

دراسات قانونية

التقديم الدولي ISSN 2535-9673

مجلة سنوية متخصصة في المجال القانوني والبرلماني تصدر عن مجلس النواب في مملكة البحرين



العدد الأول - جمادى الثانية 1439 م - فبراير 2018 م

14 فبراير ... ذكرى ميثاق العمل الوطني



حضرة صاحب الجلالة

الملك محمد بن سلمان بن عبد العزيز آل سعود

ملك مملكة البحرين

دم لسات قانونية دم لسات قانونية دم لسات قانونية دم لسات قانونية دم لسات قانونية

رئيس التحرير

المستشار الدكتور صالح إبراهيم الغيث
رئيس هيئة المستشارين القانونيين

هيئة التحرير

المستشار الدكتور علي عبدالفتاح محمد
نائب رئيس هيئة التحرير

حسن يوسف العلوي
مدير تحرير المجلة

محمد مبارك بوقيس
الأمين المالي

حنان ربحان المضحكي
عضو هيئة التحرير

منيرة حسن النعار
عضو هيئة التحرير

علي أحمد الوداعي
عضو هيئة التحرير

منصور طارق منصور
عضو هيئة التحرير

محمد باقر المدني
عضو هيئة التحرير

مساعدات هيئة التحرير

زيداد علي عبدالغفار
خالد يوسف مراد

الإخراج ومتابعة التنفيذ

علي ملا أحمد المعلم
قسم المطبوعات - إدارة الاتصال

مجلة سنوية متخصصة في المجال القانوني والبرلماني
تصدر عن مجلس النواب في مملكة البحرين

العدد الأول - السنة الأولى

جمادى الثانية 1439 هـ - فبراير 2018 م

للمراسلات:

مجلس النواب - مملكة البحرين

ص ب 54040 - القضائية

هاتف 17748444

فاكس 17748445

البريد الإلكتروني legal@nuwab.gov.bh

التقييم الدولي ISSN 2535-9673

* الآراء الواردة في مجلة دراسات قانونية تخص أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي هيئة تحرير المجلة أو مجلس النواب.

الفهرس

7 كلمة صاحب المعالي المستشار أحمد بن إبراهيم الملا رئيس مجلس النواب

9 افتتاحية العدد

البحوث

14 1. البند العقدي المقترض: الدكتور محمد سليمان الأحمد

2. الخطأ في المسؤوليتين المدنية والجنايية في القانونين البحريني والعراقي: الدكتور نضال

54 ياسين العبادي، والدكتور أحمد رشاد الهواري

3. المسؤولية الجنايية للطبيب عن الخطأ الطبي في مجال الإنعاش الصناعي في التشريع

82 البحريني: المستشار الدكتور علي حسن الطوالبه

108 4. خصائص العقد الإلكتروني: الدكتور نبيل العبيدي

146 5. إبدال العملة وأثره في عقوبة الغرامة: الدكتور خالد محمد ناصر حسن

6. عدم الاختصاص السلي للمشرع في قضاء المحكمة الدستورية البحرينية: المستشارة جواهر

164 عادل عبدالرحمن

190 7. الحصانة البرلمانية لأعضاء المجلسين في مملكة البحرين: أحمد مبارك سالم

8. توجه مملكة البحرين لفرض ضريبة القيمة المضافة في ظل الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة

218 المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: حنان ربحان المضحكي

250 9. رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين: علي أحمد الوداعي

274 10. الاختصاص المالي لمجلس النواب (الميزانية العامة): منيرة حسن النعار

المقالات

306 1. سريان القاعدة الدستورية من حيث الزمان: الدكتور علي عبدالفتاح محمد

316 2. Hierarchy of the sources of international law: Faisal Sameer Alzayani

التقارير

328 دور السلطات التشريعية في مكافحة الإرهاب: محمد باقر المدني

التعليق على الأحكام القضائية

التعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 24 لسنة 37 قضائية دستورية عليا،

336 في 7 مارس 2015م: حسن يوسف العلوي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه أجمعين،،،

جاء المشروع الإصلاحي لمملكة البحرين وقيادة حضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة عاهل البلاد المفدى، زاخراً بالعديد من الإنجازات والمكتسبات والمؤسسات الدستورية والمبادرات الحضارية، وهو يؤسس لدولة المؤسسات والقانون التي قوامها المواطنة، وأساسها العدالة، ومركزاتها الحقوق والواجبات، وفتح المجال بأفقه الرحبة الواسعة، لجميع أبناء شعب البحرين، للمشاركة السياسية، والمساهمة في البناء والتنمية، والإصلاح والتطوير، وفق الإرادة الشعبية الدستورية الحرة.



ويعد مجلس النواب "المنتخب" أحد أبرز ثمرات المشروع الإصلاحي، لتعزيز المشاركة الشعبية في صنع القرار، ودعم عمل السلطات والمؤسسات الدستورية في الدولة، من خلال مسؤولياته التشريعية والرقابية، لخدمة الوطن والمواطنين.

وانطلاقاً من مسؤوليتنا المجتمعية، وتكريساً لنشر الثقافة القانونية والبرلمانية، وتعزيزاً لإبراز دور القانون في بناء المجتمع، ارتأينا في مجلس النواب - مجلس "العمل والإنجاز" - تدشين مشروع برلماني ثقافي فكري، هو الأول من نوعه على مستوى مملكة البحرين، ليكون رافداً جديداً للمكتبة القانونية، ومعيناً للدارسين والباحثين والمهتمين، فأطلقنا مجلة "دراسات قانونية" بإشراف وإدارة الفريق القانوني بمجلس النواب، إيماناً منا بأهمية ضرورة استثمار خبرات وكفاءات أبنائنا في إثراء الفكر القانوني، من خلال الدراسات والبحوث القانونية، وفتحنا المجال للمشاركة والمساهمة لكافة القانونيين، وفقاً لمعايير واشتراطات علمية معلنة، من أجل تقديم عمل فكري قانوني متميز ورائد، وجدير بأن يكون نافذة علمية لتطوير العمل القانوني البحثي البرلماني.

سيكون العدد الأول إن شاء الله باكورة جهد قانوني وعلمي رصين، في معالجة القضايا المعاصرة ومتابعة اتجاهات الحركة العلمية في إطار القانون، يساندنا في ذلك مستشارون أجلاء، وأساتذة قانون أفاضل، وكافة المهتمين بالشأن القانوني.

وقد قمت بتوجيه الأخوة في هيئة تحرير المجلة بأن يتزامن صدور العدد الأول للمجلة مع ذكرى ميثاق العمل الوطني في مملكة البحرين، لما لهذه المناسبة العظيمة من أثر في أعماق شعب البحرين وما شكلته من لحظة فارقة في تاريخ البحرين المعاصر.

منتهزاً هذه المناسبة لدعوة كافة الباحثين والمتخصصين في فروع القانون المختلفة لنشر أبحاثهم وإنتاجهم العلمي، وسنكون بإذن الله داعمين لكل مشتغل ومتخصص في الشأن القانوني يرغب في نشر نتاج فكره، وحصاد جهده، في مجلة "دراسات قانونية".

كما أن طموحنا أكبر في تطوير مشروع مجلة "دراسات قانونية" لتصل لكافة المهتمين في الداخل والخارج، وبمختلف اللغات وعبر كافة الوسائل الإعلامية الحديثة، لتغدو منصة لإبراز منجزات المشروع الإصلاحي، وتدعم تطور العمل القانوني والبرلماني في مملكة البحرين وخارجها.

وعلى بركة الله وتوفيقه نبدأ المشوار.. ونواصل المسيرة المباركة..

المستشار أحمد بن إبراهيم راشد الملا

رئيس مجلس النواب

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يسر هيئة تحرير مجلة دراسات قانونية، التي تصدر عن مجلس النواب - مملكة البحرين - أن تضع بين أيديكم العدد الأول من المجلة، وهذه المجلة قبل أن تصبح واقعاً ملموساً وتطل على القراء والمتخصصين في عددها الأول، كانت مجرد فكرة لاحت لدى صاحب المعالي المستشار أحمد بن إبراهيم الملا رئيس مجلس النواب الموقر، وإيماناً من معاليه بأهمية الفكرة، تكاتفت كافة الجهود في مجلس النواب لتصبح الفكرة حقيقة واقعة.

والمجلة إذ تصدر عن مجلس النواب البحريني؛ فإن أهدافها الأساسية هي المساهمة في دعم البحث العلمي والقانوني، وخلق بيئة تواصلية بين جميع المهتمين بالدراسات القانونية والبرلمانية من باحثين وأساتذة متخصصين في مختلف فروع القانون.

وقد تضمن العدد الأول من هذه المجلة مجموعة من الأبحاث والمقالات القانونية، والتقارير والتعليق على الأحكام القضائية، من إعداد نخبة متميزة من الباحثين والأساتذة والمستشارين القانونيين، وقد تميز هذا العدد بالتنوع الذي يلبي حاجات عدد واسع من المشتغلين والمهتمين بالشأن القانوني والبرلماني.

وقد أثر صاحب المعالي المستشار أحمد بن إبراهيم الملا رئيس مجلس النواب الموقر أن يكون صدور العدد الأول للمجلة موافقاً لذكرى ميثاق العمل الوطني، من منطلق إيمان معاليه العميق بأن هذا اليوم، يوم أغر في تاريخ مملكة البحرين ولحظة مشرفة في مسيرة نهضتها الوطنية والديمقراطية.

واستكمالاً لما سبق؛ فإن هيئة التحرير تنتظر من جميع المتخصصين في العلوم القانونية والبرلمانية، أن يثروا المجلة بأبحاثهم ودراساتهم القيمة، وألا يبخلوا بجهودهم وملاحظاتهم التي ستكون محل تقدير واهتمام من جانب أسرة تحرير المجلة في الأعداد القادمة.

وإذ نضع بين أيديكم العدد الأول من المجلة؛ فإننا نأمل أن يكون على مستوى طموح القارئ والمتخصص، سائلين الله العلي القدير أن ينفع به، وأن يكون عملاً خالصاً له سبحانه فيتصل ولا ينقطع.

والحمد لله رب العالمين،،،

هيئة التحرير

البحوث



أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية
أبواب قانونية

أبواب قانونية أبواب قانونية أبواب قانونية أبواب قانونية أبواب قانونية

البند العقدي المفترض

الدكتور محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني

جامعة السلمانية - العراق - جامعة الشارقة - الإمارات

البند العقدي المفترض

الدكتور محمد سليمان الأحمد
أستاذ القانون المدني - جامعة السليمانية - العراق
جامعة الشارقة - الإمارات

المخلص

عندما يُقدّم الأشخاص على إبرام عقود فإنهم يدرجون فيها بنوداً عقدية، لكن هذه البنود تعجز عن تنظيم جميع التفاصيل العقدية، فتكون هناك بنود عقدية مفترضة، تُمَثّل النية المشتركة للمتعاقدين، وكذلك القواعد القانونية المنظمة للعلاقات العقدية.

يتحدد مفهوم البند العقدي المفترض من تحديد المفهوم العضوي والمفهوم الوظيفي للبند العقدي، فالمفهوم الأول يعتمد على الكيان المادي للبند، في حين يكون للمفهوم الثاني بُعداً براكماتياً تُسَّع معه دائرة الافتراض، والبند العقدي المفترض هو المُعَبَّرُ عن الإرادة العقدية العامة والتي تتحقق به المصلحة العقدية العامة عبر القانون؛ ويلجأ القانون إلى أن يفتح له قنائه في كل عقد تمثل مجموعها بنوداً عقدية عامة، عن طريق (قنونة) العقد، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الكشف عن هذه البنود، لكن ينبغي تحديد سلطته عندما يتعلّق الأمر بالمحظورات العقدية، إذ يجب ألا يُحظر على الأشخاص إبرام العقود إلا بنصوص صريحة لا يقوى القاضي على التحكم في تفسيرها، كما يجب ألا نحكم بطلان العقد إلا إذا تضمّن جريمة، وهذا ما أطلقنا عليه مبدأ الشرعية العقدية، قياساً على مبدأ الشرعية الجزائية المعروف في القانون الجنائي.

Research Summary

(The supposed nodal item)

When people submit contracts, they include contractual clauses, but these clauses are unable to regulate all the contractual details, so there are assumed contractual clauses, which represent the common intent of the contractors, as well as the legal rules regulating the contractual relations.

The concept of the presumed nodal element is determined by the definition of the organic concept and the functional concept of the nodal element. The first concept depends on the material entity of the item, while the second concept has a pragmatic dimension. The presumed component of the contract is the expression of the general contractual will, in which the general contractual interest is achieved through the law. The law seeks to open a channel in each contract, which is generally a general contract, through the contract. The judge has the discretion to disclose these items, but his authority should be determined when it comes to the statutory prohibitions. The contract can only be concluded by explicit provisions, which the judge can not control, and we should not judge the invalidity of the contract unless it includes a crime, and this is what we call the principle of Contract legality, in comparison with the principle of criminal legality known in criminal law.

مقدمة:

إن الشائع في العقود أن المتعاقدين يتفقان على بنود معينة في عقدهما، إلا أن العلاقة العقدية التي تقوم بالعقد أو الاتفاق بينهما⁽¹⁾ تحتوي على الكثير من التفاصيل التي قد لا يتنبأ لها الطرفان لحظة إبرام العقد، ويأتي هنا دور القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين أو المقررة لها لتضع بنوداً عقدية تعد جزءاً من العقد، ما لم يتفق الطرفان على خلافها.

وعلى الرغم من احتواء القانون المدني أو قانون المعاملات المدنية، المختص بتنظيم العقود، على قواعد مكملة، إلا أنه لا يخلو من قواعد أمره لا يُسمح للمتعاقدين التجاوز عليها أو الاتفاق على ما يخالفها، فما مدى عدها جزءاً من العقد؟ لا سيما أن المتعاقدين لا خيار لهما في قبولها أو رفضها، فهي ملزمة لهما، شاء أم أبى؛ وهنا يحق لنا التساؤل: هل ستعد هذه القواعد جزءاً من العقد؟ فإن عُدَّت كذلك فإن هذا سيعد خرقاً لدستور العقد، وتحديداً للحرية التعاقدية التي ينهض بها العقد، أما عكس ذلك فسيجعلها خارج النيان العقدي، ويترتب على الأخذ بأحد الرأيين تحديد صفة الخطأ الناجم عن الإخلال بها، وبالتالي المسؤولية الناجمة عنه فيما لو وقع نتيجة هذا الإخلال ضرر بالمتعاقدين الآخر؟ فهل هذا الخطأ عقدي، أم غير عقدي؟ وبالتالي هل المسؤولية عقدية أم غير عقدية؟

إن عَدَّ حُكْمٍ ما جزءاً من النيان العقدي لا يقتصر على التشريع بقواعده الأمره والمكمله، بل يشمل العرف والعادة، كما يشمل مبادئ وأحكام الشريعة التي اتخذها المشرع مصدراً تاريخياً له، فضلاً عن عدها مصدراً لتطبيقه، كما يشمل كذلك ما قد يحل محل العقد في كله أو جزئه من أحكام أخرى، كالحكم القضائي. وإن عُدَّ كل هذه الأمور من النيان العقدي يعني أن ثمة بنوداً عقدية موجودة وظيفياً، لكنها غير موجودة عضوياً ضمن الكيان المادي للعقد، ويترتب على ذلك ما يترتب من نتائج عضوية وأخرى وظيفية، وبالمقابل فإن التسليم بهذا الأمر يقودنا إلى وضع مفهومين للبند العقدي المفترض، أحدهما عضوي والآخر وظيفي.

لكن كيف يتم الكشف عن هذا البند؟ وهل افتراضه بسيط؟ وكيف يمكن التوفيق بينه وبين الإرادة المفترضة لأحد المتعاقدين أو كليهما؟ وكل ذلك يشكل مشكلة البحث.

1. يلاحظ أن هناك فرقاً بين العقد والاتفاق، إذ يَعدُّ الفقه العقد ارتباط إرادي المتعاقدين لإنشاء التزام أو تعديله، أما الاتفاق فهو ارتباط إرادي المتعاقدين لإنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إلغائه؛ فهو أشمل معنى من العقد، لكن القانون المدني الفرنسي في تعديله المرقم (2016-131) لعام 2016، قد ساوى بينهما، إذ عرف العقد في المادة 1101 بما يلي: (هو اتفاق إرادي بين شخصين أو أكثر من الأشخاص بقصد إنشاء أو تعديل أو نقل أو إلغاء الالتزامات).

وستتبع في هذا البحث أسلوب التحليل المنطقي، مشيرين إلى نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني البحريني، وتعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016.

وسنقسم البحث ضمن الخطة الآتية:

- المبحث الأول: ماهية البند العقدي المفترض

• المطلب الأول: المفهوم العضوي للبند العقدي المفترض

• المطلب الثاني: المفهوم الوظيفي للبند العقدي المفترض

- المبحث الثاني: مصدر البند العقدي المفترض وأحكامه

• المطلب الأول: مصدر البند العقدي المفترض

• المطلب الثاني: أحكام البند العقدي المفترض

وسنهي البحث بخاتمة نوضح من خلالها أهم النتائج والتوصيات، والله ولي التوفيق.

المبحث الأول

ماهية البند العقدي المفترض

يبدو لأول وهلة أن البند العقدي هو شرط يتفق المتعاقدان على إدراجه في العقد، وهو بهذا يكون له مفهوم عضوي، بوصفه جزءاً من جسم العقد؛ إلا أن الذي يريد أن يُحصي تفصيلات بعض العقود، سيصل إلى صياغتها في عشرات الصفحات لِيُغطي كلَّ شاردة وواردة فيه تمسُّ وتتصل بحقوق أطرافها والتزاماتها، وفي هذا مشقَّةٌ على المتعاقدين أو من يمثلهما أو الوسيط بينهما، ولهذا قام المشرع، لا سيما في الأنظمة التي سارت على هدي الشريعة اللاتينية ومنهجها في تقنين القانون المدني، بتنظيم العديد من العقود، ووَضَع لها مسميات وأحكاماً، وهذه العقود قد وضعها في باب واحد أو كتاب واحد تحت مسمى (العقود المسماة)، فضلاً عن وضع نظرية عامة للعقد تُطبق على جميع العقود، سواء أكانت مسماة في القانون أم غير مسماة. إن وجود الأحكام التشريعية الخاصة بالعقد، سواء تلك المنظمة ضمن النظرية العامة للعقد، أو تلك المنظمة ضمن الأحكام الخاصة بالعقود المسماة، قد خففت عن كاهل كل من يروم التعاقد البحث في التفصيلات العقدية، فهو في غنى عن ذكرها في العقد، لكن هل يمكن عدها بنوداً عقدية على الرغم من عدم الإشارة إليها أو اشتراطها في العقد؟ هنا يمكن أن يكون هناك بند عقدي مفترض، إن خلصنا إلى التسليم بوجود مفهوم وظيفي للبند العقدي، بوصفه يؤدي غرضاً من أغراض العقد. وعليه سنتناول المفهومين تبعاً في المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: المفهوم العضوي للبند العقدي المفترض

- المطلب الثاني: المفهوم الوظيفي للبند العقدي المفترض

المطلب الأول

المفهوم العضوي للبند العقدي المفترض

لا يخرج وصف البند العقدي المفترض بمفهومه العضوي عن كونه جزءاً من البنيان المادي للعقد، فضلاً عن كونه وليد التقاء إرادتي العقد؛ كما أن افتراض البند العقدي على وفق هذا المفهوم سيُحيلنا إلى افتراض النية المشتركة للمتعاقدين، أو إرادتهما المشتركة دون إمكان إدخال أي عنصر خارجي عن بنيان العقد. وتتناول كلا الأمرين في الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: البند بوصفه جزءاً من بنيان العقد

- الفرع الثاني: افتراض البند وفقاً للمفهوم العضوي

الفرع الأول

البند بوصفه جزءاً من بنيان العقد

يرتكز المفهوم العضوي للبند العقدي على الوجود المادي لهذا البند في العقد، عليه سنحاول بيان هذا المفهوم ببيان مدلوله المادي في المقصدين الآتيين:

- المقصد الأول: مادة البند العقدي بوصفه جزءاً من بنيان العقد

- المقصد الثاني: البند العقدي وليد الالتقاء المادي لإرادتي العقد

المقصد الأول

مادة البند العقدي بوصفه جزءاً من بيان العقد

لما كان العقد، على وفق النظرة التقليدية، يُبنى على ثلاثة أركان هي: الرضا والمحل والسبب، وبها يتكون العقد، لكن بنيانه يتضح بتحديد ما تمَّ ارتضاء طرفي العقد عليه، إذ يرتضي طرفا العقد على نقاط يتفان عليها ومنها يتكون الجانب العضوي للعقد، فهذا البناء قائم على بنود العقد التي فيها تتجسد أركانه، وعلى رأسها وأهمها ركن التراضي، وعليه فإن البند العقدي هو العنصر الذي بمجموعه تتكون وثيقة الاتفاق بين المتعاقدين.

وهذا المفهوم لا يتطلب أن يُحرر العقد في ورقة ما، ما لم يكن المشرع قد اشترط تحريره بوصفه ركناً فيه،⁽¹⁾ أو لمجرد الإثبات، أو أن العقد أو التصرف لا يحقق غرضه إلا بالتدوين، كالاتفاقات الناجمة عن تداول الأوراق التجارية؛ إذ فيما عدا ذلك تبرم معظم العقود شفاهاً.

والبند العقدي بالمفهوم العضوي هو جزء من الكيان الوجودي لما يجسده تراضي الطرفين المتعاقدين، وبمجموعه يتكون العقد، وهو تاج ما اتفق عليه الطرفان في العقد.

والبنود التي يحتويها العقد تُقسم إلى ثلاثة أنواع:

1. فقرات عقدية تنظم العلاقة بين المتعاقدين وتحدد التزاماتهما ووسائل تنفيذ العقد، وتمثل المحتوى الذي يتفق عليه الطرفان في أي عقد.

2. شروط تعليقية تتضمن أموراً مستقبلية يتوقف عليها نشوء الالتزام أو زواله، وهي من أوصاف الالتزامات العقدية، وهي إما أن تكون شروطاً واقفة يتوقف عليها نشوء الالتزام، أو شروطاً فاسخة يتوقف عليها زوال الالتزام.

3. شروط تقييدية، تقييد بها إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، لمصلحة أحدهما أو كليهما أو الغير، أو تقييد بها سلطات الحق العيني الذي انتقل بالعقد. وقد نظم القانون هذه الشروط تنظيمياً يشمل كل حالاتها، واختص بعضها بتنظيم خاص، كشرط المنع من التصرف، والشرط الجزائي، وكذلك الخيارات العقدية ولا سيما خيار الشرط.

1. كما هو الحال بالنسبة لعقد التدريب المهني، حيث نصت المادة (42) من قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي رقم (8) لسنة 1980 المعدل بالقانون الاتحادي رقم (12) لسنة 1986 على أنه: (...ويجب أن يكون عقد التدريب مكتوباً وإلا كان باطلاً...).

المقصد الثاني

البند العقدي و ليد الالتقاء المادي لإرادتي العقد

العقد، محرك تحركه إرادة عاقلين لترتيب الحقوق المالية لهما أو لأحدهما، وأحياناً للغير، وهذا المحرك لا يمكن أن نردّ فكرة مشروعيتها إلى القانون، بل إلى الإرادة الحرة الراشدة القادرة على إلزام صاحبها مع من تعاقده معه، وهذه القوة التي تعطى للإرادة، منبعا قوة الحق الذاتية التي تدفع الشخص نحو إشباع حاجاته بوسائل ينبغي على القانون حمايتها والإقرار بها، وليس للقانون على الأشخاص منّة في هذا الإقرار وتلك الحماية، إذ لا خيار للقانون بوصفه وسيلة لحماية الحقوق، إلا نحو حمايتها وإقرارها، وإن هو فعل غير ذلك يكون قد خالف الغرض الذي من أجله وجد، وهذا، وإن كان تدعيماً لاتجاه فكري معين في القانون على حساب فكر آخر، لكن هو الذي نجد فيه الصواب دوماً، فالحقوق أسمى من القانون منزلة،⁽¹⁾ حتى وإن قام القانون بتقييد بعضها، إنما من أجل حماية بعضها الآخر، وهذا منهج الترجيح بين الحقوق التي قد تتصادم أو تتزاحم فيما بينها، فالقانون، وهو يمثل الإرادة العامة للجماعة، يرجح كفة بعضها على حساب بعض، فليس هو من أنشأ، وليس هو من عدّل، وليس هو من ألغى، بل الآلية المنطقية لتنظيم الحقوق، بما رأته الإرادة العامة مناسباً، هي التي قامت بذلك، وبناءً على ذلك، فالعقد، بوصفه تعبيراً عن إرادتين، هو الأصل في توزيع الحقوق على المتعاقدين، وما القانون إلا منظمٌ لهذا التوزيع.⁽²⁾

لكن، في أحيان ليست بقليلة، نرى القانون يتدخل في كبح ذلك المحرك الشرعي للحقوق العقدية وأغني العقد، لدرجة أنه يبطل العقد لا لأجل العقد بوصفه تعبيراً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل لكون العقد قد خالفه أو خالف النظام العام في الدولة، أو خالف ما يعرف بالآداب العامة⁽³⁾، لكن النظرة الثابتة لهذا التدخل، تخرجه من كونه تدخلاً سافراً، إلى كونه تدخلاً منطقياً، إذا ما أخذنا بفكرة الإرادة العقدية العامة.

وفي ضوء مراعاة الإرادة العقدية العامة، تلتقي إرادتا طرفي العقد لتنتج آثاره المبتغاة تحقيقاً لغرض العقد المراد تحقيقه، فكل بند يحقق للمتعاقدين غرضاً عقدياً معيناً، ويجب أن يكون البند المراد افتراضه منتجاً لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين عبر التقاء تراضيهما، فالعقد ينعقد

1. لاحظ د. محمد سليمان الأحمد، فكرة سمو الحق على القانون، بحث منشور في مجلة القاضي (دادور) الصادرة عن اتحاد قضاة كوردستان، العدد (3)، 2011، ص 213.

2. لاحظ د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص 188، ص 522.

3. ويلاحظ هنا أن المشرع الفرنسي لم يتمسك في هذا النص بحظر مخالفة العقد للآداب، الذي عاد، كما يقول التقرير الرسمي للأمر بقانون الخاص بالتعديل، مفهوماً عتيقاً لا يتلاءم مع تطور المجتمع، والذي تخلى عنه القضاء تدريجياً لصالح مفهوم النظام العام. انظر التقرير الرسمي الخاص بالأمر بقانون رقم 131-2016 في 10 فبراير 2016، مرجع سابق، ص 14. ولكن مع ذلك لا بد من ملاحظة أن الأمر بقانون المعدل للقانون المدني الفرنسي لم يبلغ المادة (06) من القانون المدني التي كانت تشير إلى الآداب العامة، الأمر الذي يعني أن منع الخروج على القواعد المتعلقة بالآداب العامة ما زال سارياً في القانون الموضوع الفرنسي، انظر، =

C. Francois, Présentation des articles 1101 à 1111-1 du nouveau chapitre 1 " Dispositions lumineuses", La réforme du droit des contrats présentée par l' IEJ de Paris 1, <https://iej.unvi-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/>

[chap1-dispositions-liminaires/ [consulté le 21/2/2017

بالتراضي، والتراضي التقاء رضائين، وكل من الرضا لدى كلا المتعاقدين ينعقد بتوافر ركني القصد والتميز⁽¹⁾، والقصد في الرضا يجب أن يتوجه إلى أمرين: عبارة العقد، وأثر العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه إلا بعد الإحاطة بصفات المقصود، وعلى هذا لا بد وأن يكون العاقد على علم بالآثار التي تترتب على العقد الذي أقدم عليه وإن كان علماً إجمالياً لم تتوفر فيه الإحاطة بتفصيلاته⁽²⁾، لأنه إذا لم يكن المتعاقد عالماً بالآثار القانونية المترتبة على العقد الذي يريد إبرامه فلا يمكن أن تتجه نيته نحو إبرامه، فكيف تتجه النية نحو أمور غير معلومة؟ أما إذا كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها، فإما أن يكون قاصداً لها أو لا، فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها في حقه ولزمته، وإن لم يكن قاصداً لها، فإما أن يقصد خلافها أو لا يقصد لا معناها ولا غير معناها، فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو (الهازل)⁽³⁾.

الفرع الثاني

افتراض البند وفقاً للمفهوم العضوي

في هذا الفرع نحاول أن نضع مفهوماً للبند العقدي المفترض على وفق المفهوم العضوي للبند العقدي، نبحت عن فحوى افتراض البند عضوياً بالإشارة إلى الإرادة العقدية والنية المشتركة للمتعاقدين، وذلك في المقصدين الآتيين:

- المقصد الأول: مفهوم افتراض البند عضوياً

- المقصد الثاني: فحوى افتراض البند عضوياً

1. لاحظ د.علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2002، ط2، ج2، ص(259، 359).

2. المرجع السابق، ص259.

3. لاحظ المرجع السابق، ص260.

المقصد الأول

مفهوم افتراض البند عضوياً

تطرقَ الفقه إلى مفهوم الافتراض عند حديثه عن الحيلة القانونية بوصفها إحدى وسائل تطور الشرائع القديمة كالقانون الروماني، ومن خلال عموم التعريفات التي وضعها الفقه للافتراض⁽¹⁾ فإنه يقيمه بشكل عام على الكذب ومخالفة الحقيقة.

ومن مجمل هذه التعريفات يلاحظ أن الفقهاء قد أجمعوا على أن الافتراض القانوني، قائم على أساس فكرة الكذب، لأنه ينطوي على مخالفة الحقيقة، لكن هذا الأمر لا يمكن التسليم به على إطلاقه، لأنه إن صح قيامه على فكرة الكذب في أحيان كثيرة، فإنه في أحيان أخرى يكون قائماً على فكرة المجاز⁽²⁾، والمجاز هو عبارة عن استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة بين المعنيين الحقيقي والمجازي⁽³⁾. وتضمن القانون المدني العراقي هذه القاعدة في المادة (155/2) منه إذ تنص على أنه: ((الأصل في الكلام الحقيقة أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز)).

ولذلك يمكن أن يسمى الافتراض القانوني بـ (المجاز القانوني) عند بعض الفقهاء، ومن الأمثلة على ذلك اعتبار المنقولات التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة هذا العقار أو استغلاله (عقارات بالتخصيص) أو اعتبار العقارات (منقولات بحسب المآل)، كالمنزل الذي يباع انقاصاً وهو لا يزال قائماً⁽⁴⁾. لكن المعنى المتقدم للافتراض، سواء أكان قائماً على الكذب أم المجاز، إنما ارتبط بالحيلة التي تعالج سكوت المشرع عن أمر ما، فهي افتراض أمر مخالف للحقيقة والواقع، يترتب عليه تغير حكم القانون دون المساس بأصل القاعدة القانونية أو نيتها⁽⁵⁾.

1. فقد عرّفه البعض بأنه (وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون، يقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه). د.عكاشة محمد عبدالعال، ود.طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2006 ص650. كما عرفه البعض الآخر بأنه: (لباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع، لتحقيق أثر قانوني معين، ما كان ليحقق لولا هذا الافتراض الكاذب). د.منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص147. أما الفقيه (Maine) فقد عرفه بأنه: (افتراض يخفي أو يسعى إلى إخفاء حقيقة أن قاعدة قانونية قد عدلت وغيّر حكمها دون أن يمس نيتها) نقلاً عن د.حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص75.

2. لاحظ جوتيار عبدالله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، أربيل، 2008، (غير منشورة) ص25.

3. لاحظ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، ط10، مكتبة التفسير للطباعة والنشر، أربيل، 2002، ص395.

4. لاحظ د.حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص252.

5. لاحظ د.محمود عبدالمجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، بيروت، 1979، ص222، د.علي محمد جعفر، تاريخ القوانين والشرائع، بيروت، 1982، ص127. (وتعد الحيلة وسيلة شائعة في الشرائع القديمة، استعان بها الحكام والقضاة لمواجهة قسوة النصوص وضيق نطاق استيعابها للحاجات المتطورة، وكانت نشأتها نتيجة طبيعية لما كانت تتمتع به هذه النصوص من قدسية في النفوس بسبب ظروف نشأتها الدينية، إذ اصطبغت القواعد القانونية بنوع من القدسية والاحترام، فعندما صعب على الأفراد المساس بهذه القواعد، على الرغم من التبدلات الاجتماعية والاقتصادية التي اقتضت تطوير القوانين، كان لا بد من إيجاد حل وسط يوفق بين التمسك بهذه القواعد الواجبة الاحترام من جهة، وبين الضرورة والحاجة الملحة لتطويرها من جهة أخرى، وهذا الحل هو عن طريق الاستعانة بالحيلة (د.محمد سليمان الأحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغيّر الواقع (دراسة تحليلية استخلاصية لعنصر "المستقبل" في القاعدة القانونية)، منشور في مجلة (بحوث مستقبلية) تصدرها كلية الحداثة الجامعة، الموصل، ع2000، 1، ص232).

إذن فاللجوء إلى الحيلة كان للضرورة ليس إلا، وهذا ما دعا البعض إلى تعريفها بأنها: (أكذوبة محبوكة أملتها الضرورة)⁽¹⁾، وهذه (الأكذوبة) كان قد استخدمها البريتور (الحاكم القضائي) في روما بشكل واسع لدرجة أنها عرفت باسم (الحيلة البريتورية)، ومن أبرز الأمثلة على استخدام الحيلة لدى الرومان هو استحداث نظام (النيابة في التعاقد)، وقصة هذا الاستحداث تكمن في أن القاعدة القانونية الجامدة التي كانت سائدة لدى الرومان هي: (إن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين فحسب)، مما يعني أن الشخص الذي يوكل عنه غيره في إبرام العقد مع شخص ثالث، لا ينصرف إليه أثر هذا العقد، لأنه ليس طرفاً فيه، بل ينصرف إلى نائبه والشخص الذي تعاقد معه، فهنا لجأ البريتور إلى استخدام الحيلة عن طريق افتراض أمر مخالف للواقع، وهو أن الذي تعاقد مع الطرف الآخر، هو الأصيل وليس النائب، وبما أن (أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين فحسب) فإن هذا الأثر سينصرف إلى الأصيل وليس إلى النائب، بفضل استخدام الحيلة.⁽²⁾ فهذه الطريقة أدت إلى تغيير حكم القانون على الواقع دون أن تغير القاعدة في ذاتها.

لكن افتراض البند العقدي أمر مختلف تماماً، فهو متعلق بسكوت المتعاقدين عن أمر معين، يُفترض أن نيتهما اتجهت إليه، فهو افتراض لا لحكم القانون، بل للإرادة العقدية والنية المشتركة للمتعاقدين؛ وغالباً ما يتوصل القاضي إلى الكشف عن هذه النية، وبالتالي كشف الستار عن البند العقدي المفترض على وفق المفهوم العضوي للبند الذي يحصر معنى البند داخل بنية العقد وضمن المنطقة التي تدخل في اتفاق الطرفين المتعاقدين.

1. د.صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، 1963، ص292.

2. د.محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سابق، ص240.

المقصد الثاني

فحوى افتراض البند عضوياً

النية، وإن لم تكن أحد أركان العقد المعهودة، إلا أنها لا تتفصل عنه، بل هي شرط جوهري لتحقيق العقد مرتبطاً بركنيه التراضي والسبب⁽¹⁾، وإذا وضعنا للنية أو القصد اعتباراً في العقد، فسنجد لهذا الاعتبار أساساً مستندا إلى الأسباب الآتية⁽²⁾:-

أ. أن العقد تصرف قانون، ولو أننا اعتمدنا التقسيم الذي اقترحه بعض الفقه⁽³⁾ لمصادر الالتزام التي يقسمها إلى:

1. الواقعة القانونية، ويشترط فيها (الوقوع) فقط.

2. العمل القانوني غير التصرفي، ويشترط فيه (الوقوع والإرادية) فقط.

3. التصرف القانوني، والذي يشترط فيه توافر ثلاثة أمور هي: (الوقوع والإرادية والنية).

فاستلزام وجود النية هو الذي يميز التصرف القانوني من كل من الواقعة القانونية والعمل القانوني غير التصرفي.

ب. أما السبب الثاني، فالعقد قائم على التراضي، والتراضي هو الرضا المزدوج من الطرفين، والنية (القصد) ركن في الرضا، لأنها دعامة في الموافقة والقبول.

ج. والثالث أن لكل عقد سبباً، وسبب كل عقد هو الباعث للدافع للتعاقد.

د. أن القصد في العقد قد لا ينحصر في اختيار نوع العقد، بل قد يمتد للأثر.

فالعقد بوصفه تصرفاً قانونياً صادراً عن إرادتين متطابقتين حصل ارتباطهما لإحداث أثر قانوني، ووجود النية هو الذي يميز التصرف القانوني من العمل القانوني غير التصرفي، لأن الأخير وإن كانت فيه إرادة، ولكن بدون نية -على حسب رأي بعض الفقه⁽⁴⁾- فلا وجود لأي تصرف قانوني بدون نية.

1. ويلاحظ هنا أن القانون المدني الفرنسي بموجب تعديله لعام 2016 قد حذف الإشارة الصريحة إلى عدّ السبب ركناً في العقد، واستبدل به ما أطلق عليه بـ(المحتوى) حيث نصت المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي المعدل بـ(التعديل سنة 2016) على أنه: (تعد ضرورة لصحة العقد: - رضا الأطراف؛ - أهليتهم للتعاقد؛ - محتوى مشروع ومؤكّد). بعدما كان منظماً في المواد (1131 - 1133) منه، بدعوى تعقيد مفهومه، وكذلك انسجاماً مع بعض النظريات التي ترى أن الاعتماد على السبب ركن في العقد يجعله يتداخل من حيث الوظيفة مع ركن المحل، خصوصاً عند البحث في مسألة سبب العقد وسبب الالتزام، وهذا يشكل انتصاراً لنظرية الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol) الذي يرى أن نظرية السبب التقليدية غير صحيحة وغير مفيدة. ومع كل ذلك فإن القانون المدني الفرنسي المعدل قد احتفظ بتطبيقات لمفهوم السبب قادت إلى الحفاظ الضمني عليه بالرغم من الإلغاء الصريح له. فالمادة (1162) من القانون نصت على أن: (العقد لا يمكنه أن يخالف النظام العام، لا في شروطه ولا في غرضه، سواء أكان هذا الأخير معلوماً أو غير معلوم لجميع الأطراف).

2. لاحظ د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص194.

3. د. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، المجلد الأول، الكويت، 1982، ص234.

4. د. عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص241.

والنية لدى عموم أهل اللغة والفقه وأصوله، هي القصد، إلا أن التحقيق في نظر البعض يخرج بأن: (النية ليست القصد إلى الفعل فحسب، وإنما هي الباعث من القصد إلى الفعل) وهذا ما جعل الفقه يَصوِّرُ النية في العقد بالباعث الدافع إلى التعاقد، وهذا ما ذهبت إليه النظرية الحديثة في تفسير سبب العقد⁽¹⁾.

ونية التعاقد، نية إنشاء علاقات قانونية، هي نية مستلزمة لتفعيل العقد بين المتعاقدين، فالعقد بلا مفعول عند العقّادين، إلا إذا كان عندهما، حين إبرامه، نية التعاقد، أي نية إنشاء علاقات قانونية. هذه النية تكون موجودة في الكثير من الحالات؛ ومثلما يكون لوجودها أثر في العقد، ولا سيما عندما يتضمن العقد بنوداً غامضة⁽²⁾، يكون لعدم وجودها أثر عكسي على العقد، إذ إن هناك حالات كثيرة يكون فيها من الجلي أن الطرفين لا يقصدان من اتفاقهما إنشاء علاقات قانونية. فما أكثر ما يحصل في الحياة العائلية والحياة الاجتماعية أن توجد اتفاقات لا تتوافر عند أطرافها نية الالتجاء إلى المحاكم في حالة عدم تنفيذ الاتفاقات⁽³⁾.

وفي الحقيقة أن الأمر لا يخلو من أحد فرضين:

(أ)- فيما أن يكون الطرفان إذ يبرمان الاتفاق، قد نصا صراحة في اتفاقهما أنهما لا يقصدان من هذا الاتفاق إنشاء علاقات قانونية، وهنا يحترم القانون قصدهما فلا يعتبر أيهما ملزماً في مواجهة الآخر. ولنضرب لذلك مثلاً شركة إنجليزية اتفقت مع شركة أمريكية على أن تتولى الثانية بيع منتجات الأولى، وكان من بين بنود الاتفاق ألا يرفع الخلاف بشأنه إلى القضاء، لا الإنجليزي ولا الأمريكي. ثم نشأ خلاف بين الشركتين أنهت بسببه الشركة الأمريكية الاتفاق دون أن تخطر الشركة الإنجليزية. وما عرض الأمر على القضاء (الإنجليزي) قضى بأن "هذا الاتفاق لم يكن من الناحية القانونية عقداً ملزماً للطرفين. وفي هذا المعنى يقول (في محكمة الاستئناف) والان يجوز للطرفين، عن طريق قبول أحدهما إيجاباً صادراً إليه من الآخر، أن يبرما اتفاقاً يعلنان فيه أنه لا يترتب على هذا الاتفاق أي علاقات قانونية.

(ب) وإما أن يبرم الطرفان اتفاقاً لا ينصان فيه صراحة على تجريده من أي أثر قانوني. هنا يثور التساؤل: أليس يشترط، لكي يكون هذا الاتفاق عقداً، فيكون ملزماً للطرفين، أن تتوافر عند كل منهما نية إنشاء علاقات قانونية؟ أو بعبارة أخرى: أليس يشترط ألا تكون عند الطرفين نية استبعاد أي أثر قانوني لهذا الاتفاق؟⁽⁴⁾

وهذا يعني أن كثيراً مما لا يُذكر في العقد موجوداً في قصد العقّادين، ويتضمنه العقد بنودٍ مفترضة على وفق المفهوم العضوي للبند العقدي؛ لكن هذا الافتراض لا يتضمن فحسب النية المشتركة للمتعاقدين، والتي قد لا تستوعب جميع الفرضيات التي خلقها المشرع، بل يشمل كذلك أموراً أخرى تتكشف عند إدراك المفهوم الوظيفي للبند العقدي.

1. لاحظ د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، مرجع سابق، ص 196.

2. نصت المادة (265/2) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (125/2) مدني بحريني، على أنه: ((أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)) ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي.

3. لاحظ د. عبدالحى حجازي، مرجع سابق، ص 254.

4. لاحظ المرجع السابق نفسه، ص 255.

المطلب الثاني

المفهوم الوظيفي للبند العقدي المفترض

وفقاً لهذا المفهوم لا يشترط في البند أن يكون جزءاً عضوياً من البنيان المادي للعقد، بل يكفي أن يحقق إحدى وظائف البند العقدي كي يكون كذلك. فالبند العقدي وفقاً لهذا المفهوم هو كل موجّه للكيفية التي ستصبح عليها العلاقة بين المتعاقدين، فهو قد يبين كيفية تنفيذ العقد، أو يقيد إرادة أحد الطرفين لمصلحة الآخر أو لمصلحة الغير، أو يفرض وضعاً ما على التزاماتهما أو التزام أحدهما، دون اشتراط الوجود المادي له في العقد، مكتوباً كان أم غير مكتوب، اتجهت إليه نية المتعاقدين أم لم تتجه في أحيان كثيرة.

إن التعريف بالبند العقدي بهذا المفهوم يأخذ بعين الاعتبار وظيفة البند وليس وضعه، ولهذا ما كان البند ركناً في العقد، بل عنصراً له وظيفه فيه، وهذا المفهوم يضع فيصلاً بين البند المؤثر وغير المؤثر في العقد، ويجعل للبند العقدي المفترض بعداً براكامنيا. وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين:-

- الفرع الأول: البند المؤثر وغير المؤثر في العقد

- الفرع الثاني: البعد البراكاتي للبند العقدي المفترض

الفرع الأول

البند المؤثر وغير المؤثر في العقد

البند المؤثر في العقد هو البند الذي يحقق وظيفته في العقد، وبالتالي يمكن افتراضه، أما البند غير المؤثر في العقد فهو البند الذي لا يحقق أية وظيفة في العقد، وبالتالي لا يمكن افتراضه.

فكثيراً ما يدرج المتعاقدان أموراً نصّ عليها القانون صراحة، بقواعد أمرة أو مكملة، فوجود هذا البند وعدم وجوده سيان، وبهذا فهو وإن عُدّ بنداً بمفهومه العضوي، فإنه ليس كذلك بمفهومه الوظيفي، فالاتفاق بين البائع والمشتري أن تكون نفقات العقد على الثاني إنما هو عبارة عن تكرار لما جاء به القانون من قاعدة مكملة لم يتفق المتعاقدان على خلافها، وكذا الحال عندما يتفق المتعاقدان على أن يكون وفاء الالتزام في موطن المدين .

إن عدم وجود مثل هكذا بنود في العقود يفسح المجال لافتراضها، فهي جزء من العقد وإن لم ينص عليها، أما وجودها فلا يسمن ولا يغني من جوع. وهذا يدلُّ على مدى أهمية الافتراض، فبعض البنود تكون لها قيمة أكبر عندما لا تكون موجودة عضوياً في العقد، ما دامت مفترضة بقواعد قانونية. كما أن لإرادة الأطراف ولنيتها المشتركة التي يكشف عنها القاضي، دوراً كبيراً في افتراض البنود العقدية؛ وهذا يعني أن المفهوم الوظيفي للبند العقدي يوسّع من نطاق افتراضه ليشمل ما يشمل الافتراض على وفق المفهوم العضوي، فضلاً عن اتساعه لأمر أخرى خارج البنيان المادي للعقد.

إن من بين ما يُلزمه القانون على المتعاقدين تنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية، وهذا المبدأ يُرتب عليه القانون آثاراً مهمة لا تخلو من تأثير على افتراض البنود العقدية التي تنحاز إلى المتعاقد حسن النية؛ فإذا كان للطرفين تنفيذ العقد بما جاء فيه، ويكون شريعتهما في ذلك، فإنهما لابد أن يراعي مبدأ حسن النية في تنفيذه.

هذا المبدأ الذي يعد في القانون الحديث⁽¹⁾ قاعدة عامة تشمل العقود جميعها. ولقد قرر المشرع الإماراتي ذلك في المادة (246/1) من قانون المعاملات المدنية⁽²⁾، حيث نصت على أنه: ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)).

وهذا المبدأ يقيد المدين في تنفيذ الالتزام، كما يقيد الدائن في مطالبته في تنفيذ الالتزام، فلا يمكن تنفيذ العقد بما يخالف مبدأ حسن النية⁽³⁾.

إن مبدأ حسن النية يقتضي الإخلاص والأمانة في تنفيذ العقد، ويوجب على كل متعاقد أن يلتزم للطرف الآخر بما يساعد على تنفيذ العقد، فهذا المبدأ يفرض التعاون بين أطراف العقد، فإذا كان المدين يلتزم بتنفيذ ما رتبته العقد فإن على الدائن أن يساعده على ذلك، فعلى المدين أن يسعى إلى القيام بتنفيذ التزاماته بطريقة يظهر معها حسن نيته، فعليه أن يتخذ من الاحتياطات ما يمنع حدوث ما يمكن توقعه، وأن يسعى إلى تحقيق الغرض من العقد، وفي هذه تشير المادة (535) من القانون المدني العراقي بخصوص

1. تقابلها المادة (150/1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، والمادة (129) من القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001 والتي تميزت عن سائر نظيراتها في قوانين البلاد العربية، إذ أضافت عبارة (شرف التعامل). وقد انتقل هذا النص من القانون المدني المصري في المادة (148/1) منه، مروراً بالقانون المدني السوري فالعراقي فالليبي، وهكذا في أغلبية قوانين البلاد العربية. ويعود المبدأ إلى القانون الروماني، إذا كان الشخص يلزم الوفاء بما تعهد به، ولا يمكنه الإخلال بالثقة والأمانة، وإلا اعتبر مرتكباً لعمل يدخل في نطاق الغش والخديعة، وقد ابتدع (البريتور) جزاء لمن أحل بذلك، فمنح الدائن دعوى تؤسس على حسن النية، وعرف هذا النوع من الدعاوى (بدعاوى حسن النية *Judicia bonae Fides*). (لاحظ في تفصيل ذلك: د. صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 142). هذا ولم يكن حسن النية يشمل كافة العقود في القانون الروماني، إذ كان قسم من هذه العقود ينفذ حرفياً، ويسمى (عقود القانون الضيق) وقسم آخر يسمى (عقود حسن النية) (لاحظ د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، دار النشر للجامعات المصرية، 1952 ص 726. وأيضاً د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة، عمان، 2000، ص 244-243). كما أن شريعة حمورابي التي سبقت في الظهور أقدم مدونة للقانون الروماني، (قانون الألواح الاثني عشر) خمسة عشر قرناً، كان لها الفضل السابق في الأخذ بالنظر بحسن النية في تنفيذ العقود، فالمادة (49) منها تنص على أثر الغش وسوء النية، فتقرر إلزام التاجر الذي يقبض حبوباً من أصل دينه ولا يخصم قيمتها بما له ولا يحرر سنداً جديداً، بأن يرد صنف الحبوب التي استلمها (عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1975، ص 16). كما رتب هذه الشريعة المسؤولية على الطبيب إذا ما أخطأ في معالجة المريض، فألزمه بدفع التعويض. (لاحظ أ. د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، دار الكتب، الموصل، 1999، ط2، ص 114).

2. الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987.

3. وقد قضى في فرنسا بأنه إذا قدمت شركة السكة الحديدية إحدى عرباتها لشحن بضائع معينة، وكان في العربة عطب لاحظته المرسل، وبدلاً من أن ينبه الشركة بذلك قام بشحن البضائع مما تسبب في فقدته لجزء منها في الطريق من جراء هذا العطب، فيكون المرسل في هذه الحالة قد أحل بما كان يجب عليه الإخطار بحالة العربة. (نقلاً عن د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، ج1، ط3، القاهرة، 1976، ص 317).

عقد البيع، إلى أن على البائع أن يسعى إلى تنفيذ التزامه، وأن يصاحب ذلك حسن النية، بأن يلجأ إلى ما من شأنه أن يؤثر على نقل الشيء المبيع⁽¹⁾.

ووفقاً لمبدأ حسن النية يلتزم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً، بل قد يجبر على ذلك.

وتنتيجة لمبدأ حسن النية، فإنه يجب أن ينفذ العقد بمستلزماته، وليس بما ورد فيه من عبارات فحسب، وهذا وفقاً للقانون والعرف والعدالة⁽²⁾.

فحسن النية يستلزم تنفيذ العقد بما تتحقق به مصلحة طرفيه، ومستلزمات العقد تزيد من قيمة محل هذا العقد، بل قد تكون ضرورية في تنفيذ العقد، كما هو عليه الحال بالنسبة لتسليم الأوراق الضرورية للسيارة إلى المشتري، والذي يقع على بائع السيارة، فهذه المستلزمات تكون جزءاً من الاتفاق، وتلتزم المتعاقدين كما لو كانت إرادتهما قد اتجهتا إليها، إذ ليس في استطاعة المتعاقدين الإلزام بكل مضمون الاتفاق، ومن ثم فإن إرادتهما لا تفسران كل مضمون الاتفاق⁽³⁾.

وقد يلجأ إلى القانون لاستكمال آثار العقد، وإلى العرف أو إلى العدالة، ومن مستلزمات العقد الالتزام بالسلامة في بعض العقود، كعقد النقل، حيث يلتزم الناقل إلى جانب الالتزام بتوصيل المسافر إلى جهة الوصول في الميعاد المحدد بضمان سلامة هذا المسافر أثناء السفر،⁽⁴⁾ وإذا ما لحقه ضرر التزم الناقل بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

وكذلك الشأن في عقد العمل الذي يلتزم فيه رب العمل بسلامة العامل من حوادث العمل، بحيث يكون عليه أن يتخذ من الوسائل ما يقي العامل ويحميه⁽⁵⁾، ويلتزم العامل بعدم إفشاء أسرار العمل، وبالامتناع عن منافسة رب العمل فيما يقوم به⁽⁶⁾. وكذلك أنشأ القضاء الفرنسي التزاماً جديداً على عاتق منظم الأنشطة الرياضية، وهو الالتزام (بضمان السلامة) تجاه اللاعبين والمشاهدين لأداء النشاط الرياضي⁽⁷⁾.

1. حيث تنص هذه المادة على ما يلي: ((يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلًا أو عسيرًا)).

2. وقد أشارت إلى ذلك المادة (246/2) من قانون المعاملات الإماراتي والمادة (150/2) من القانون المدني العراقي إذ نصت على ما يلي: ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)). أما المادة (127) من القانون المدني البحريني فقد حورت النص ((لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته وفقاً لما تجري عليه العادة وما تلمبه العدالة، مع مراعاة طبيعة التعامل، وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل)). وبالإضافة إلى دقة هذا النص فإنه حرص على تضمين احترام حسن النية في العقد بجميع مراحلها، وليس فقط في مرحلة تنفيذه، كما فعلت القوانين الأخرى، إلا أنه رجح وأكّد المبدأ في هذه المرحلة وفقاً لما نصّ عليه في المادة (129) منه.

3. د. حيفارا، أشار إليه، عبدالرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، الإسكندرية، 1972، ص 110.

4. لاحظ: المادة (10) من قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983.

5. لاحظ: المادة (913/1) معاملات مدنية إماراتي، المادة (913) مدني عراقي، ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني البحريني لم يتناول هذا الالتزام في النصوص التي خصصها لالتزامات صاحب العمل (المواد 634-632)، فقد ركّز فيها على التزام صاحب العمل بدفع الأجر.

6. لاحظ: المادة (909) معاملات مدنية إماراتي، المادتين (909 و910) مدني عراقي، والمادة (630-628) مدني بحريني.

7. لاحظ للتفاصيل حول هذا التزام: د. محمد سليمان الأحمد، المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الأنشطة الرياضية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2000، ص 114 وما بعدها.

وقد راعى المشرع مصلحة المتعاقد حسن النية، وقرر حمايته في الكثير من الأحيان⁽¹⁾، وهكذا فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً سوى بتعويض الضرر المتوقع دون الأضرار غير المتوقعة في المسؤولية العقدية⁽²⁾.

الفرع الثاني

البعد البراكماي للبند العقدي المفترض

يرتبط المفهوم الوظيفي للبند العقدي المفترض ببعد البراكماي، إذ لا معنى لافتراض بند ليس له أثر في العقد، بمعنى أن لا تأثير له على الوضع القانوني للمتعاقدين وعلى حقوقهما والتزاماتهما، وبالتالي فإنه من العبث افتراض بند بلا تأثير، وإن حصل فهو كمن يبرم عقداً بلا سبب.

والبعد البراكماي للبند العقدي المفترض يربط بين العقد ورضه، فلكل عقد غرض، والبند هو الكاشف عنه، فإن كان موجوداً بالمفهوم الوظيفي إن لم يوجد بالمفهوم العضوي، أمكن افتراض البند.

والبند العقدي يتم افتراضه إما تشريعاً أو عرفاً أو فقهاً أو قضاءً. أما الشائع منها فهو الافتراض التشريعي حيث يتم عبر فتح القانون قناة له في العقد يُعبّر عن خلالها عن الإرادة العقدية العامة وصولاً لتحقيق المصلحة العقدية العامة، ويُفضّل أن نطلق على هذا الأمر بـ (قنونة) العقد.

البند العقدي المفترض تضعه الإرادة العقدية العامة، في العقود عموماً، وفي بعضها على وجه الخصوص، لاعتبارات معينة، عبر القانون، من خلال وسائل قانونية متعددة، من أهمها القواعد القانونية الآمرة (أو المكتملة عند عدم وجود ما يخالفها)، في مجال العقد، وإعطاء القاضي سلطة في إعادة التوازن الاقتصادي للمتعاقدين.

والبند العقدي المفترض، قد يكون بنداً واحداً، أو بنوداً متعددة، وفي العادة لا يظهر إلى الوجود إلا عند النزاع، أو عند التمسك به عبر الوسائل التي تعبر عنها الإرادة العقدية العامة، كما في بعض الأجهزة الإدارية أو القضائية أو الإعلامية.

فمثلاً في عقد القرض، يوجد بند عقدي مفترض مفاده أن القرض إن أبرم بمقابل فائدة فقد وقع باطلاً لاشتماله على معصية حسب قانون المعاملات الإماراتي،⁽³⁾ أو أبطل الشرط حسب القانون المدني

1. للتفاصيل لاحظ: عبد الجبار ناجي الملا صالح، مرجع سابق، ص 200 وما بعدها.

2. لاحظ: المادة (169/1) مدني عراقي، والمادة (223) مدني بحريني. واللافت للنظر أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي خلا من الإشارة إلى هذا الحكم المهم في المسؤولية العقدية، بل أنه لم ينظم أحكام هذه المسؤولية في نظرية العقد، كما فعل القانون المدني العراقي وقبله القانون المدني المصري، كما أنه لم ينظمها في الفصل الخاص بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض، كما فعل القانون المدني البحريني.

3. المادة (127) معاملات مدنية إماراتي.

البحريني⁽¹⁾؛ وفي القانون المدني العراقي الذي أجاز الفائدة يوجد بند عقدي مفترض مفاده أنه لا يجوز الاتفاق على سعر فائدة أكثر من 7%⁽²⁾.

وفي عقد البيع يوجد بند عقدي مفترض مفاده أن التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة يقع باطلاً⁽³⁾. وفي عقد الإيجار قد يوجد بند عقدي مفترض مفاده عدم جواز تأجير دار سكنى لممارسة الدعارة أو للعب القمار.

وقد ينسف البند العقدي المفترض العقد بأكمله، كما في عقد الرهان والمقامرة⁽⁴⁾ في غير ما أباحه القانون. إن جميع الأمثلة السابقة تؤكد وجود تلك القناة القانونية في العقد، والتي من خلالها تكشف عن البند العقدي المفترض، أي أن (قنونة العقد)، وهي فكرة ليست بتقليدية، بل هي مستجدة وتختلف عما بات يطلق عليه بالقنونة، المأخوذة من وزن فوعلة، وهو مصطلح عُرف حديثاً، أما مصطلح الـ((قنونة)) فهو مصطلح اخترعناه للتعبير عن فكرة البند العقدي المفترض، والذي تضعه في العادة الإرادة العقدية العامة، والتي لا يمكن أن تتدخل في العلاقات العقدية إلا من خلال القانون، فما هي ((قنونة)) العقد؟ وما هي أبعادها؟ هذا ما سنتطرق إليه في المبحث القادم.

1. نصّ البند (أ) من الفقرة (1) من المادة (228) مدني بحريني على أنه: ((يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به)).

2. لاحظ المادة (172) مدني عراقي.

3. لاحظ الفقرة (2) من المادة (129) مدني عراقي، والمادة (104) مدني بحريني. أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد نصت الفقرة (2) من المادة (202) منه على أنه ((غير أنه لا يجوز التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي ينصُّ عليها القانون)).

4. لاحظ المادة (1021) معاملات مدنية إماراتي، المادة (975) مدني عراقي، ولا مقابل لهما في القانون المدني البحريني.

المبحث الثاني

مصدر البند العقدي المفترض وأحكامه

إن مصدر البند العقدي المفترض يكمن في الإرادة العقدية العامة، وهي إرادة لها مفهومها الخاص في نظام العقد، لكن المعبر عنها هو القانون بما يضعه من قواعد مكملة وأخرى أمرة خاصة بالعقود. والبند العقدي المفترض لا يثار الخلاف حوله إذا وقع نزاعٌ بين الطرفين المتعاقدين، إذ تتولى المحكمة الكشف عنه باستخلاص مفهومه العضوي عبر قراءة الإرادة العقدية والنية المشتركة للمتعاقدين، أو باستخلاص مفهومه الوظيفي الأوسع لاستنباط كل ما يدخل في مستلزمات العقد من قانون وعرف وعدالة، فضلاً عن طبيعة الالتزام المتحقق من العقد. كما يثور التساؤل حول صفة الإخلال بالبند العقدي المفترض، فهل تنشأ عنه مسؤولية عقدية أم مسؤولية غير عقدية؟ عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين:-

- المطلب الأول: مصدر البند العقدي المفترض

- المطلب الثاني: أحكام البند العقدي المفترض

المطلب الأول

مصدر البند العقدي المفترض

ليس للقانون دور إنساني في الحقوق، فدوره لا يتعدى دور المنظم والموزع والمقر والمحمي والمكفّل، ليس إلا، وهو إن تدخل في أمر ولم يكن لتدخله سابقة من قبل، عدّ تدخله قوينة، أما إن أعاد ترتيب تنظيمه أو توزيعه أو إقراره أو حمايته أو تكفله للحقوق، فقد اختار لنفسه (قناة) في إعادة النظر إلى تلك الحقوق في زاوية محددة جديدة بالاتباع، فهو بذلك (يقنون) العلاقة تعبيراً عن إرادة عامة، بعد أن كان قد (قوننها) في السابق، لكن قبل هذا يجب ألا نترك ثغرة للحديث عن طبيعة الدور الذي يلعبه القانون في العقد من خلال (قنونة) العقد، وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين:-

- الفرع الأول: دور القانون في البند العقدي المفترض

- الفرع الثاني: أثر الإرادة العقدية العامة في البند العقدي المفترض

الفرع الأول

دور القانون في البند العقدي المفترض

ليس من الجديد القول إن العقد نظام مقونن، أي أن القانون قد نظم أحكامه العامة، بل والخاصة أيضاً في كثير من العقود؛ والعقد لا يحتاج من القانون إلا لبعض من (القنونة)، فالعقد وإن كان شريعة المتعاقدين لكنه ليس ملكاً لهما بمفرديهما، بل للإرادة العقدية العامة دور في تمريره، فالعقد عندما يبرم يحقق لعاقديه مصلحة عقدية، سواء لكل منهما على حدة، أو لهما مشتركين، لكنه يجب ألا يمس المصلحة العقدية العامة للجماعة، أو بالأحرى ألا يتصادم مع أية مصلحة عقدية أخرى، ممكن أن يسبب العقد في تعطيلها لتحقيق مصالح آنية وذاتية للمتعاقدين أو لأحدهما، فمثلاً: لو تعاقد اثنان على تزوير مبلغ من النقود، فإن هذه النقود ممكن أن تكون محلاً في المستقبل لعقد ما بين اثنين آخرين، تعاقدًا، أو تعاقد أحدهما على الأقل، بحسن نية، فالعقد وإن كان قد حقق مصلحة لأحد العاقدين أو كليهما، لكنه أضر بالغير إضراراً بشكل يخل بما تقرره فكرة العدالة التوزيعية⁽¹⁾ القائمة على التوازن بين الحقوق وجعل الجميع يتمتعون بالمزايا نفسها بشكل متساو وعادل، وكذا الحال بالنسبة لجميع القيود التي فيها مساس بحياة الأشخاص الآخرين، أو حرياتهم، أو تعاملاتهم، أو كرامتهم الشخصية، أو كرامة بلدهم، (سيادة الدولة)، أو استقرار أمنهم وسكينتهم وصحتهم وكل ما يدخل في صالحهم.

ولكل هذا تشقُّ الإرادة العقدية العامة لها قناةً بواسطة القانون في كل علاقة عقدية حماية منها لمصلحتها العقدية العامة، من خلال أساليب متعددة منها حماية المصالح العليا للكافة عبر القواعد القانونية الآمرة، أو جعل هذه المصالح ضمن مفهومي النظام العام والآداب والأسلوب الأوسع انتشاراً، تنظيم العقود بشكل تفصيلي بمجموعة من القواعد المكتملة أو المفسرة أو المقررة لإرادة طرفي العقد، أو النظر إلى بعض العلاقات العقدية على أنها، في الوقت نفسه، تشكل علاقات تنظيمية، ونقصد بالجواهر هنا العناصر الموضوعية للبند العقدي المفترض، وهما الإرادة العقدية العامة والمصلحة العقدية العامة، والذي يلعب القانون دوراً تقريرياً كاشفاً عن الأولى وحامياً للثانية؛ وفيما يأتي نتناول دور القانون في افتراض البند العقدي المفترض من خلال بيان مفهوم (القنونة) في المقصدين الآتيين:-

- المقصد الأول: (قنونة) العقد عبر البند العقدي المفترض

- المقصد الثاني: (القنونة) وتمييزها من القنونة

1. في فكرة العدالة التوزيعية، لاحظ د.عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص213.

المقصد الأول

(قنونة) العقد عبر البند العقدي المفترض

ال(قنونة) مصطلح ابتكرناه في بحثنا هذا لطرح فكرة البند العقدي المفترض، والافتراض مسألة أقرها القانون في كثير من الأحيان، فوضع القرائن القانونية⁽¹⁾ والقضائية⁽²⁾ البسيطة منها والقاطعة⁽³⁾، على أساس الافتراض، كما عمل على افتراض الخطأ في أحيان⁽⁴⁾، وافتراض الضرر في أحيان أخرى⁽⁵⁾، رعاية لمصلحة المتضرر، ولجأ إلى افتراض العلم لدى أحد أطراف الرابطة المدنية⁽⁶⁾، وافتراض حسن النية⁽⁷⁾، وما شاكل ذلك في مواضيع متفرقة، والبند العقدي المفترض فكرة تسوغها حقيقة وجود إرادة عقديّة عامة سلكت طريقاً داخل كل علاقة ينظمها العقد، وأرست لنفسها (قناة) مدعومة بالبند العقدي المفترض، لتكون جزءاً لا يتجزأ من الإرادة المشتركة للعاقدين.

وال((قنونة)) تختلف عن القنونة، فكلاهما ينصب على أرضية خاصة بهما، ولكل منهما معنى يختلف عن معنى الآخر، وعليه لكي تكون الصورة أكثر وضوحاً واستكمالاً لفهم حقيقة القنونة ومدى تداخلها مع حقيقة الدور الذي يلعبه القانون في العقد، لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الأول ال(قنونة) ودور القانون في العقد، ثم نعالج في المطلب الثاني: البند العقدي المفترض.

1. نصت المادة (98) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل على أن: ((القرينة القانونية هي استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت، وتعفي هذه القرينة من تقررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات)).
2. نصت المادة (102) من قانون الإثبات العراقي على تعريف القرينة القضائية بأنها: ((استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة)).
3. ونوعي القرينة البسيطة والقاطعة خاصتين بالقرينة القانونية، فالأولى تقبل إثبات العكس، أما الثانية فلا تقبل إثبات العكس (المواد 99-101) إثبات عراقي.
4. كما في افتراض الخطأ الوارد في المادة (313) معاملات مدنية إماراتي، المادتين (218 و219) مدني عراقي، والمادة (170) مدني بحريني.
5. كما في المادة (119) مدني عراقي، ولا مقابل لها في القانونين المعاملات المدنية الإماراتي والمدني البحري.
6. كما في افتراض الضرر الوارد في الفقرة الأولى من المادة (173) مدني عراقي، ولا مقابل لها في القانونين المعاملات المدنية الإماراتي والمدني البحري.
7. كما في المادة (1312) معاملات مدنية إماراتي، المادة (1148) مدني عراقي، والمادة (882) مدني بحريني.

المقصد الثاني

ال(قنونة) وتميزها من القوننة

يستطيع القارئ أو الدارس أن يفقه معنى كلمة قوننة من خلال البحث الإلكتروني على شبكة (الإنترنت)، أو عبر محرك البحث العملاق (Google)، وسيرى أن القوننة تعني، من خلال قراءته لمواضيع متعددة حولها، أنها التدخل القانوني في بعض الأوضاع غير القانونية، وغير القانونية بمعنى أنها، إما كانت غير مشروعة فشرّعها القانون، كما في الزواج المثلي وتعاطي المخدرات، حيث يقال قوننة الزواج المثلي أو قوننة تعاطي المخدرات، في قوانين البلاد التي قوننت مثل هذه الأوضاع، أو أنها أوضاع وإن كانت مشروعة، لكن القانون لم ينظمها بعد، مثلاً قوننة التظاهرات، وقوننة التوقيع الإلكتروني، وغيرها. فالقوننة هي تحول الأوضاع من أوضاع غير قانونية إلى قانونية، عبر قيام التشريعات بتنظيمها وإقرارها وحمايتها، لكن ما نقصده ب (القنونة) يتباين مع ذلك وإن كان قريباً منه في المعنى، فالعقد ليس بالوضع غير القانوني لكي يحتاج إلى قوننة، بل هو لا يحتاج إليها أصلاً، إنما هو وضع لا يقدر القانون على نكرانه أبداً، لكن القانون جعل وسيلة لوضع بند عقدي مفترض فيه يعبر عن الإرادة العقدية العامة، عن طريق فتح قناة في العقد، والقناة التي يفتحها القانون في العقد لا شك أن أفضل مصطلح للتعبير عنها يتمثل في ال(قنونة)، إذن فال(قنونة) هي قناة يضعها القانون في العلاقات العقدية عموماً، وفي بعضها على وجه الخصوص، لاعتبارات معينة، تعبيراً عن الإرادة العقدية العامة، لتحقيق مصلحة عقدية جماعية تمثل في الأساس في منع كل عقد من أن يحقق لطرفيه مصالح على حساب الإضرار بالجماعة ضرراً لا يقره العاقدان لأنفسهما وهما يبرمان عقدهما المشترك.

وإن كان مصطلح ال(قنونة) غير دارج في لغتنا العربية، لكنه بالإمكان إدراجه في لغتنا القانونية الخاصة، شأنه شأن استخدامات كثيرة درج الفقه والقضاء ورجال القانون على استخدامها في القوانين والأحكام والمؤلفات الحقوقية، دون أن يكون لها أساس في اللغة الفصحى، كما في استخدام مصطلح (الغير) و(البعض) وما شاكل ذلك، والمهم أن يكون لهذا الاستخدام ضرورة ومعنى خاص على وفق اللغة المهنية الدارجة.

الفرع الثاني

أثر الإرادة العقدية العامة في البند العقدي المفترض

لا نقصد بالإرادة العقدية العامة ما يمكن أن يدركه العقل لمفهوم هذا المصطلح لأول وهلة، فليست أقصد منها إرادة الجماعة أو الإرادة العامة لها، إنما المقصود منها الإرادة المشتركة لجميع من قد يتعاقد ويأخذ مكانة أحد المتعاقدين، ذلك أن الإرادة العقدية لأحد المتعاقدين في النوع الواحد من العقود لا يمكن أن تخرج من قالب ما قد تسعى له كل إرادة من تحقيق لمصلحتها العقدية المتبغى تحقيقها من خلال إبرام العقد، وهو ما قد يتوافق مع مضمون نظرية السبب حسب مفهومها التقليدي المكّرس فهمه لدى الفقهاء فيما بات يعرف بسبب الالتزام⁽¹⁾ حيث إنه يعد واحداً في النوع الواحد من العقود، فسبب التزام البائع هو الحصول على الثمن في كل عقود البيع وبالنسبة لجميع من نزل منزلة البائع،

1. لاحظ تفاصيل هذه النظرية: د. محمد علي عبدة، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 38.

وسبب التزام المقاول هو الحصول على الأجر في كل عقود المقاولة وبالنسبة لجميع من نزل منزلة المقاول، وهكذا، وهو يوازي القول إن المصلحة العقدية المجردة إنما هي ثابتة في النوع الواحد من العقود، وهي مصلحة الجميع ممن دخلوا هذا المجال، وهي المصلحة ذاتها التي تسعى إلى تحقيقها إرادة الجميع ممن نزلوا منزلة المتعاقد في هذا المجال، وبالتالي فهي إرادة عقدية عامة.

ثم إن الإرادة العقدية العامة لا تقف عند حد المفهوم المجرد لما عسى أن تحققه من غرض، أو مصلحة عقدية عامة، إنما يجب أن ننظر إلى المتعاقد نفسه من زاويتين، أحدهما: أنه هو المتعاقد الحقيقي، فهو يمثل إرادته العقدية الخاصة، وثانيهما: أنه غير عن العقد افتراضاً، فإذا تلاقت مصلحته العقدية في حقيقة أمره مع مصلحته الجزئية المكونة بجانب مصالح الآخرين، مصلحة عقدية عامة افتراضاً، فتكون المصلحة العقدية المتأتية من إبرام العقد مصلحة جديرة بالاحترام والرعاية، ومثال على ذلك أن المصلحة العقدية للمتعاقد الذي يبرم عقد بيع (مخدرات محظورة) قد تتحقق، لكنها غير متلاقية، أو غير متوافقة مع مصلحته الجزئية المكونة مع مصالح الآخرين للمصلحة العقدية العامة، بمعنى أنه لو كان غيراً عن العقد، وعلم أن أثر العقد امتد إلى المجتمع، أو أن أحد أقربائه يتعاطى المخدرات بسبب وجودها عبر عقود استيرادها من الخارج، لما قبل أن يمضي العقد بهذا الشكل وهذا المضمون، فالعقد لا يعد مشروعاً، لأن الإرادة العقدية العامة لم تقبل به، فلا تتحقق من خلاله مصلحة عقدية عامة.

وكذلك من يتعامل بالعملة النقدية المزورة أو الدعارة أو القمار، أو أي شيء آخر لا تتلاقى فيه مصلحة الشخص كونه متعاقداً، ومصلحته الجزئية المكونة للمصلحة العقدية العامة، فيما لو افترضناه خارج الدائرة العقدية، فإن التعامل بتلك الأشياء هو تعامل لا أساس له في القانون.

إن الأخذ بفكرة الإرادة العقدية العامة، المسؤولة عن وضع البنود العقدية المفترضة، يترتب عليه عدة نتائج، قسمٌ منها عضوية، وقسمٌ منها وظيفية، وتتناولهما في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: النتائج العضوية لفكرة الإرادة العقدية العامة

المقصد الثاني: النتائج الوظيفية لفكرة الإرادة العقدية العامة

المقصد الأول

النتائج العضوية لفكرة الإرادة العقدية العامة

ويمكن إجمالها في الفقرات الآتية:

أولاً: الإرادة والمصلحة العقدية هما ركنان للعقد دون غيرهما:

بموجب فكرة الإرادة العقدية العامة التي تتقوم بها الإرادة المشتركة للمتعاقدين أو لأحدهما، فإنها تجعل العقد ينهض بركنين اثنين هما: الإرادة والمصلحة، وكل من الإرادة والمصلحة تتوزع على نوعين: فمن حيث الإرادة هناك إرادة المتعاقدين، والإرادة العقدية العامة، ومن حيث المصلحة، هناك المصلحة العقدية للمتعاقدين، الرؤية المشتركة، وكذلك المصلحة العقدية العامة، وبهما يستغنى عن الأركان التقليدية للعقد، الرضا والمحل والسبب، بل إن بهما يستغنى عن ركن الشكلية في العقود الشكلية، وركن التسليم في العقود العينية، فالإرادة العقدية العامة هي التي استلزمت هذين الشرطين في هذين الصنفين من العقود؛ ولا ينبغي أن يترتب على تخلف أحد هذين الشرطين الحكم ببطالان العقد، بل يجب أن يكونا شرطين لترتيب أثر العقد، فلا ينفذ العقد الشكلي إلا باستيفاء الشكلية، ولا ينفذ العقد العيني إلا بالقبض.

ثانياً: تلازم ركن الإرادة العقدية العامة مع ركن المصلحة العقدية العامة

إن مجرد القول إن العقد لا يخالف الإرادة العقدية العامة إنما يؤدي إلى افتراض وجود مصلحة عقدية عامة، بعكس العلاقة بين الإرادة المشتركة للمتعاقدين ومصلحتهما العقدية، فلا تلازم بين الاثنين، إذ قد تكون الإرادة سليمة والمصلحة غير سليمة أو بالعكس، وهنا يأتي دور النظرية الحديثة للسبب، (سبب العقد) في إرساء مشروعية العقد، وهي فكرة لا تخرج عن منطوق الفكرة المنادى بها، فباعث الشخص لا يكون مشروعاً ما لم تقره الإرادة العقدية العامة، لذا فإن الإرادة العقدية تحقق على الدوام مصلحة عقدية عامة، ومثلما يتم افتراض البند العقدي غير الموجود عضويّاً في العقد، باستنباط الإرادة العقدية العامة، فإن أعمال هذا البند يؤدي إلى تحقيق مصلحة عقدية عامة، كزرع الثقة في التعامل، واستقرار المعاملات، وحماية المتعاقد الحسن النية، فضلاً عن تحقق المصالح المبتغاة من إبرام العقد.

ثالثاً: إن ما تضعه الإرادة العقدية العامة من بنود يعد جزءاً لا يتجزأ من المنظومة العقدية

ولهذا قيل: (إن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد لما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)⁽¹⁾ فالإرادة العقدية العامة هي بحق المقصود من عبارة (مستلزمات العقد)، لذا فهي لا تقتصر على مفهوم واحد في القانون، ولا يمكن إرجاعها إلى فكرة ما، كفكرة النظام العام أو الآداب العامة، بل هي فكرة متسعة لكل ما من شأنه أن يدخل في العقد عرفاً أو عدالة أو قانوناً.

كما أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وتركوا مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطوا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتُبر أن العقد قد تمّ، وتقضي المحكمة في المسائل التفصيلية إذا لم يتم الاتفاق عليها طبقاً لأحكام القانون وطبيعة العقد والعرف والعدالة⁽²⁾.

1. لاحظ المادة (246) معاملات مدنية إماراتي، المادة (150) مدني عراقي، والمادة (127) مدني بحريني.
2. لاحظ المادة (43) مدني بحريني، وتقابلها المادة (141) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (86) مدني عراقي.

المقصد الثاني

الناتج الوظيفية لفكرة الإرادة العقدية العامة

ويمكن إجمالها في الفقرات الآتية:

أولاً: القانون بجميع صوره هو المعبر عن الإرادة العقدية العامة

ليس التشريع بمفرده، بما يحتويه من قواعد قانونية آمرة أو مكملة، هو المعبر عن الإرادة العقدية العامة، بل يمكن أن يعبر عن هذه الإرادة بالأعراف ومصادر تطبيق القانون الأخرى الوارد تعدادها في المادة الأولى من القانون المدني، ولعل التشريع هو الوسيلة المثالية للتعبير عن هذه الإرادة، نظراً لكونه يشكل وسيلة واضحة للوصول إلى ماهية تلك الإرادة، كما أنه هو الذي أعطى للمصادر الأخرى قوتها في التعبير عن الإرادة العقدية العامة، كما أن الركون إلى التشريع سيبين سلفاً المحظورات العقدية على وجه التحديد.

ثانياً: إن الإرادة العقدية العامة هي أساس مشروعية العقد

عندما يبرم متعاقدان عقداً بينهما، ولم يحتو عقدهما على ما يخالف الإرادة العقدية العامة أو على محظوراتها المحددة، فإن العقد مشروع لذاته، ذلك أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين عندما تكون متوافقة مع الإرادة العقدية العامة، فإن العقد يخرج إلى النور ويكون له أساس شرعي وحقوق، كما أنه يكون بمقدور العقد أن يرتب حقوقاً، لا سيما عندما تكون حقوقاً عينية ترتكز باعتراف تلك الإرادة لصاحب الحق سلطته على الأشياء التي تحت سيطرته أو قيد ملكيته؛ فجميع الحقوق العينية، باستثناء حقوق الامتياز، تنشأ من العقد.

ثالثاً: الإرادة العقدية العامة لا يقتصر دورها على الحظر فحسب

يجب ألا يولينا الفهم نحو الحظر عند الحديث عن الإرادة العقدية العامة، فدورها ليس مقتصرًا على جعل العقد غير مشروع، بل إنها تكمل -في العادة- وتفسر إرادة المتعاقدين في العقد، وسد الفراغ الموجود في بنوده، ولهذا فإنه لو أبرم عقد بيع بين طرفين، فإنهما لا يقدران على تدوين كل البنود التي يحتاج لها هذا العقد، ما عدا البنود الجوهرية، فتأتي البنود العقدية المفترضة لتسد الفراغ الموجود في العقد، فيدخل في العقد تلقائياً جميع المواد المنظمة للعقد بصيغة عامة في النظرية العامة للالتزام، وجميع المواد المنظمة لعقد البيع الواردة ضمن الكتاب الخاص بالعقود المسماة في القانون المدني.

إن عدم اقتصار دور الإرادة العقدية العامة على الحظر لا يعني فقط عدم اقتصارها على تمثيل القواعد الآمرة، بل تشمل غيرها، إنما يعني -فضلاً عن ذلك- أن دائرة الحظر العقدي يجب أن تكون محددة ومعلومة، وبالتالي، واحتراماً لدستور العقد الذي يحكمه مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وأساساً مع التوجه العام للقوانين في تحديد المحظورات من الأفعال على الأشخاص كي يتجنبوا ارتكابها أو الاقتراب منها أو التعاقد عليها، لا بُدَّ أن تحصر المحظورات العقدية في أمور محددة معروفة للمتعاقدين وغير غامضة أو ملتبسة لهم، فالمبدأ الذي يقول: (إن للأشخاص إنشاء ما شأؤوا من عقود والتزامات (حقوق

شخصية) ما لم تكن مخالفة لقاعدة قانونية أمرة أو النظام العام أو الآداب⁽¹⁾ لا يتماشى مع الفلسفة التي تقوم عليها فكرة الحظر بشكل عام، فإن كان واضحاً معالم القواعد القانونية الأمرة، فإنه من الصعب على الأشخاص أن يعرفوا على وجه التحديد ما يدخل وما لا يدخل في النظام العام أو الآداب، حتى إن الفقه عجز عن وضع مفهوم ومدلول لكلا المصطلحين، وهذا سيفتح المجال للقاضي في أن يوسع من دائرة المفهومين، فتزداد حالات الحظر العقدي بغير مسوغ قانوني أو فلسفي.

وهنا لا بدّ من القياس على الأسس التي دفعت الدساتير والقوانين الجزائية إلى الإقرار بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص⁽²⁾، لذا ينبغي ألا يكون هناك حظر على إبرام العقود إلا بنص، بل يمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك، ولتجنب تعدد الحلول في القوانين، يجب ألا يقضى ببطلان العقد إلا إذا تضمن جريمة، أما إذا خالف العقد أموراً أخرى لا ترقى للجرائم فيمكن أن يُرتب القانون أثراً أقلّ حدة من البطلان، كوقف العقد (عدم نفاذه) إلا إذا أُجيز بطريقة أو بأخرى، أو إمكانية فسخ العقد (بجعله قابلاً للإبطال أو غير لازم)، أو الحكم بفساد العقد الذي يقبل التصحيح إن رُفِع من العقد البند الذي جعله فاسداً، وبالتالي فإن العقد يقبل التصحيح ما دام لم يتضمن جريمة، وهذا التفسير يقلل من حدة المحظورات العقدية ويحددها سلفاً للمتعاقدين، ويبنى على أساس صلبٍ تدعمه المفاهيم المكونة لدستور العقد والمبادئ التي تقوم عليها الأمم المتمدينة.

المطلب الثاني

أحكام البند العقدي المفترض

عرفنا فيما سبق أن البند العقدي المفترض، وهو البند الموضوع من الإرادة العقدية العامة، تحقيقاً لمصلحة عقدية عامة عبر القانون، يُعبّر عن وجهة نظر تلك الإرادة في العقد، ويكتمل ما فات على المتعاقدين ذكره في العقد، ويُفسر الغموض الذي اعترى إرادتهما، ويمنعهما من القيام بأي عمل أو الامتناع عن أي عمل لا تقره الإرادة العقدية العامة، كونه يُشكل جريمة يُعاقب عليها القانون.

ثم إن البند العقدي المفترض قد يعمل على إعادة التوازن المختل بين المتعاقدين، وذلك من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية في إعادة النظر في العلاقة العقدية بين المتعاقدين، تحقيقاً للعدالة العقدية.

ومما تقدم يمكن القول إن البند العقدي المفترض يمكن أن يعود افتراضه إلى القانون مباشرة، وإما أن يعود افتراضه إليه بشكل غير مباشر، أي من خلال السلطة التقديرية للقاضي، ولهذا يمكن أن يكون البند

1. لاحظ في المعنى نفسه: (126) معاملات مدنية إماراتي، المادة (75) مدني عراقي، ولا مقابل لهذا في القانون المدني البحريني، إلا أن المادة (109) منه نصت على أنه: ((إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وقع العقد باطلاً)). تقابلها:

المادة (205) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (130) مدني عراقي.

2. لاحظ في تفصيل هذا المبدأ في القانون الجنائي: د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الكتب الموصل، 1990، ص 67. ولاحظ أيضاً: د. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002، (غير منشورة)، ص 60 وما بعدها.

العقدي المفترض على نوعين، بنداً قانونياً، أو بنداً قضائياً، إضافة إلى البنود الاتفاقية، وهذا ما يفسر بالقياس إلى حقيقة انقسام أنواع الفسخ إلى الفسخ القانوني والفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي، وكل واحد من أنواع الفسخ ناجم عن إخلال المتعاقد بأي نوع من أنواع بنود العقد الحقيقية والمفترضة، لكن القياس اقتصر على منهج التقسيم فحسب.

ولعلَّ جعل القانون الأصل في الفسخ فسخاً قضائياً ناجمً عن الصعوبة الكامنة وراء تفسير البنود الحقيقية والافتراضية، ومدى توافق الإرادة المشتركة للعاقدين والإرادة العقدية العامة، فسنلجأ في الفسخ مقتصر فقط على التقسيم، لا على التلازم بين نوع الفسخ ونوع البند.

والبنود العقدية المفترضة هي جزء لا يتجزأ من العقد، سواء أكان مصدرها القانون متمثلاً في قواعده الأمرة والمكاملة، أم القضاء بما يملك من سلطة الكشف عن البند العقدي المفترض، وهنا يثور تساؤلان متصلان بأحكام البند العقدي المفترض هما: ماذا يترتب على الإخلال بالبند العقدي المفترض فيما لو كان مضمونه قواعد قانونية أمرة أو مكاملة، هل تُثار هنا المسؤولية غير العقدية (التقصيرية)، كون الإخلال بقانون، أم المسؤولية العقدية، كون الإخلال بالعقد؟ وما هو مدى سلطة القاضي التقديرية في الكشف عن البند العقدي المفترض؟

للإجابة على هذين التساؤلين نُقسم هذا المطلب إلى فرعين هما:

- الفرع الأول: صفة الإخلال بالبند العقدي المفترض المتضمن قاعدة قانونية

- الفرع الثاني: سلطة القاضي والبند العقدي المفترض

الفرع الأول

صفة الإخلال بالبند العقدي المفترض المتضمن قاعدة قانونية

إن عد البنود العقدية المفترضة جزءاً لا يتجزأ من العقد يثبت التساؤل عن نوع الالتزامات العقدية التي يسأل المدين عن الإخلال بها، فهل تتحدد بتلك الواردة في بنود العقد فحسب أم تتعداه؟ وهل يعد الإخلال بالقواعد القانونية المكاملة والمفسرة لإرادة الأشخاص في العقد إخلالاً بالالتزام عقدي؟ أم هل يعد الإخلال بالقواعد القانونية الأمرة⁽¹⁾ التي استوجب القانون على الأشخاص احترامها في إبرام العقود إخلالاً بهذا الالتزام؟ وقبل تحديد الإجابة عن هذه الأسئلة، يبدو من المفيد أن نذكر أنه: (أيما كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه)⁽²⁾ كما أن القانون⁽³⁾ نصَّ

1. للتعرف على معنى القواعد القانونية الأمرة والقواعد القانونية المكاملة، لاحظ د. عبدالمنعم البدر، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1960، ص 137 وما بعدها.

2. المادة (145) مدني عراقي.

3. المادة (267) معاملات مدنية إماراتي، المادة (146/1) مدني عراقي، لا مقابل في القانون المدني البحريني.

على أنه: (إذا انعقد العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون⁽¹⁾ أو بالتراضي⁽²⁾ أو بالقضاء⁽³⁾). ويعني ذلك أن كلا العاقدين يلتزمان بما ورد في العقد من التزامات على عاتق كليهما (العقد شريعة المتعاقدين)، ويجبران على تنفيذها ما لم يقض القانون أو الاتفاق أو القضاء بخلاف ذلك. وهذا هو الإطار العام للإجابة التالية عن الأسئلة السابقة، بموجب المقصدين الآتين:-

- المقصد الأول: صفة الإخلال بالقواعد القانونية المكملة والمفسرة لإرادة الأشخاص في العقد
- المقصد الثاني: صفة الإخلال بالقواعد القانونية الآمرة في دائرة التعاقد

المقصد الأول

صفة الإخلال بالقواعد القانونية المكملة والمفسرة لإرادة الأشخاص في العقد

قد يظن البعض بأن الإخلال بالالتزامات التي تفرضها نصوص القانون، إن هو إلا إخلالاً بالتزامات قانونية توجب نهوض المسؤولية غير العقدية، لكن على من يشرع في الاعتقاد بذلك أن يتذكر بأن القواعد القانونية المتضمنة لهذه الالتزامات إنما هي قواعد مكملة ومفسرة لإرادة الأشخاص في العقد. وفي مقدور هؤلاء استبعادها، فيفترض إذا لم يفعلوا أنهم ركنوا إليها، قاصدين الأخذ بها وإدماجها في عقدهم، بحيث نجد الالتزامات التي تفرضها، مصدرها الحقيقي في إرادتها الضمنية، فالمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها إنما هي مسؤولية عقدية⁽⁴⁾. فضلاً عن ذلك فإن هذه القواعد تمثل بحق، تعبيراً خالصاً عما تتضمنه الإرادة العقدية العامة، فإن لم يخالفها طرفا العقد ابتداءً، فإنهم قصدوا، بعدم مخالفتهم لها الأخذ بها وجعلها جزءاً لا يتجزأ من منظومة عقدهم المبرم.

وتشكّل القواعد القانونية المكملة الحيز الأكبر من الافتراض في البنود العقدية التي لا تُذكر في العقد، وهي تمثل القدر الأكبر من مستلزمات العقد، إذ بها تكتمل جميع التفاصيل التي تنظم العلاقة العقدية، لا سيما عندما يتفق المتعاقدان على عقدٍ من العقود المسماة التي نظمها القانون، إذ تحوي الكثير من الأحكام التي تدخل تلقائياً جزءاً من العقد، عندما لا يتفق الطرفان المتعاقدان على استبعادها عند إبرامه.

1. كما في تطبيق استحالة التنفيذ لسبب أجنبي. (لاحظ: المادة (273) معاملات مدنية إماراتي، المادة (425) مدني عراقي، والمادة (364) مدني بحريني).

2. كما في تطبيق الإقالة (لاحظ المادة (268) معاملات مدنية إماراتي، المادة (181) مدني عراقي، والمادة (148) مدني بحريني).

3. كما في تطبيق نظرية الظروف الطارئة (لاحظ: المادة (249) معاملات مدنية إماراتي، الفقرة (2) من المادة (146) مدني عراقي، والمادة (130) مدني بحريني).

4. Veaux, J.-Cl. Responsibilite Civile, Fasc 450-1 Paris. P.63. Wagner, De responsabilites, dans le dirigeant benevole, 4 Dalloz, 1984, p.80

المقصد الثاني

صفة الإخلال بالقواعد القانونية الآمرة في دائرة التعاقد

يذكر بعض الفقهاء⁽¹⁾ أنه: (لم يعد الشارع الحديث كما كان خلال القرن الماضي قانعا في حماية مصلحة الجماعة، يمنع الأفراد من ترتيب التزامات معينة في عقودهم، بل عمد -أحيانا- لتحديد مضمون العقد، إلى فرض التزامات معينة لا يجيز لهم الفكك منها بالاتفاق بينهم، ليقوم بين العاقدين التوازن الذي كثيرا ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله⁽²⁾). ويتضمن التقنين المدني لهذه الالتزامات أمثلة قليلة، كاللزام المهندس المعماري والمقاول بالضمان العشري للأبنية⁽³⁾، الشريك بالمساهمة في الخسارة⁽⁴⁾، إنما يكمن أوسع نطاق لها، في علاقات العمل بالالتزامات العديدة التي فرضت على صاحب العمل⁽⁵⁾.

وقد ثار الخلاف في الفقه⁽⁶⁾ والقضاء الفرنسيين⁽⁷⁾، حول طبيعة هذه الالتزامات، ونوع المسؤولية التي تترتب على الإخلال بها، فذهب بعضهم -تأسيسا على عجز الإرادة الفردية عن استبعادها- إلى أنها التزامات مصدرها نصوص القانون، ولم يرتبها العاقدان، بل فرضت عليهما، وما دامت هي التزامات قانونية لا يمكن للأفراد المساس بها، ويتعذر -من ثم- إسنادها إلى إرادتهم الضمنية، كتلك التي تفرضها القواعد القانونية المكتملة أو المفسرة، فينجم عن الإخلال بها مسؤولية غير عقدية.

إلا أن الرأي الراجح⁽⁸⁾ يذهب إلى وصفها بأنها التزامات عقدية، وتعليل ذلك هو أن المشرع إنما كان غرضه من فرض هذه الالتزامات على العاقدين، تنظيم العقد الذي يزمعان إبرامه، فهما بقبولهما إبرام العقد في دائرة هذا التنظيم إنما وافقا -ضمنا- على شمول عقدهما بهذه الالتزامات الذي يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية. وقد شبّه بعض الفقهاء⁽⁹⁾ موقف العاقد إزاء قواعد القانون الآمرة، بموقفه إزاء عقود الإذعان، (إذ هو في الحالتين بين أن يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد، فإذا تعاقد قبل بتعاقدته الالتزامات التي يفرضها عليه القانون في نصوصه أو المحتكر في إيجابه)؛ وقد يكون هذا التفسير غير مقنع، فضلا عن أن تأسيس الالتزام الذي يفرضه نص أمر على القول بأن: (العقد يتضمن دائما مبدأ ضمنا باحترام القانون المعبر عن الإرادة العقدية العامة) أو حتى على القبول الجبري، تناقضه الحقيقة حين يفصح العاقدان صراحة عن الإرادة في استبعادها، وحين يفرضه عليهما قانون صدر بعد إبرام العقد،

1. د. محمود جمال الدين زي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، 1998، ص 224.

2. لاحظ د. غازي عبدالرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، من منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986، ص 5.

3. لاحظ أ. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة جامعة الموصل، 1989، ص 397.

4. لاحظ الأستاذ كامل عبدالحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، مطبعة جامعة الموصل، 1990، ص 28.

5. لاحظ د. محمود جمال الدين زي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982، ط 2، ص 745، 813.

6. Wagner, op.cit. p.80. Fourgoux, La responsabilite des association de consommateurs en raison du. Prejudice cause .6 par leur action judiciaire, leur information, Gaz Pal, 1984, p.409. Veaux, op. Cit.. p68

.Cass. 1re civ. 11 mars 1986, no 84-13.557, Bull. Civ.I, no 64, p.61, D.1987, son., p.467 7

.Cass. 2e civ., 25 nov.1987. no 86-16.074, Bull. Civ. II, no 242, p.133 -

.Cass.2e civ., 13 janv 1988, no 84-16.561, Bull. civ. II, no 11. P.5 -

.Wagner, op.cit p.82. Veaux, op. Cit, p.69. Eourgoux, op.cit., p.410 8

9. نقلًا عن د. محمود جمال الدين زي، مشكلات المسؤولية، مرجع سابق، ص 225.

في وقت لم يكن في مقدورهما العلم به، ولكنه يسلم بأن الالتزامات التي تفرضها قواعد القانون الآمرة تخضع لنظام الالتزامات التي يولدها التراضي. ويترتب على الإخلال بها مسؤولية عقدية، لا تأسيساً على قبول ضمني أو جبري، وإنما استناداً إلى قصد المشرع الذي يفرضه هذه الالتزامات على العاقدين، يشترك معهما في تنظيم العقد - عبر الإرادة العقدية العامة التي يمثّلها - حماية للطرف الضعيف فيه، ولا يتركهما مستقلان بتحديد آثاره، فيكمل، أو يعدل، صيغ الإرادة المشتركة، ولا يستبدل بصيغها تنظيماً تشريعياً⁽¹⁾. فالقواعد القانونية الآمرة التي لها صلة بالتعاقد هي قواعد من نوع خاص، إذ لم توجه لجميع الأفراد على السواء، بل قُصد بها هؤلاء الذين يتعاقدون، فتكون عدم مشروعيتها ما قد تتضمنه الالتزامات ليس إلا ظاهرياً، وذلك من الناحية الشكلية، أما من ناحية الواقع فإنها عقدية، لأن القانون لم يفرضها إلا لعقد بذاته، أو لعقود بعينها، وإذن بالإخلال بها يعد عقدياً، وإن المسؤولية التي لا وجود لها إلا إذا كان ثمة عقد بين الطرفين قائماً، إنما هي مسؤولية عقدية⁽²⁾. كما أنه في عد الالتزامات التي تتضمنها القواعد القانونية الآمرة، أنها التزامات عقدية ما يطابق إرادة المتعاقدين، ويتفق وروح القانون، إذ إن العاقدين إنما يقبلان ضمناً كل الأحكام التي يفرضها القانون للعقد بمجرد تعاقدتهما، ولهما الخيار وقت التعاقد في قبول ما تقتضيه أحكام القانون، المعبرة عن الإرادة العقدية العامة، فيبرمان العقد على أساسها، أو أن يرفضها فلا يتعاقدان، لذا فإنه لمن التناقض أن يقرر المشرع التزاماً في الدائرة العقدية ثم يخرجها منها في الوقت نفسه⁽³⁾.

الفرع الثاني

سلطة القاضي والبند العقدي المفترض

لا شك أن القاضي تخوله الإرادة العقدية العامة في بعض المسائل إما لتكملة إرادة المتعاقدين، أو لإعطائه سلطة تقديرية لتحقيق الغاية التي من أجلها نشأ العقد وفقاً لما تقتضيه الإرادة العقدية العامة، وهذا ما سنتناوله في المقصدين الآتيين:

- المقصد الأول: دور القاضي في استظهار الإرادة العقدية العامة

- المقصد الثاني: سلطة القاضي التقديرية في تحقيق غرض العقد

1. المرجع السابق نفسه.

2. لاحظ الأستاذ حسين عامر، المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص 103 ولاحظ كذلك حكم محكمة استئناف باريس (Ca Paris, 1rech. B, 29janr 1987, D 1987, J.R., P.52).

3. لاحظ الأستاذ حسين عامر، مرجع سابق، ص 103.

المقصد الأول

دور القاضي في استظهار الإرادة العقدية العامة

إن موضوع تدخل القاضي في العلاقة التعاقدية مثار جدل كبير بين منكر لهذا التدخل، حماية للحرية الفردية واحتراما لسلطان إرادة المتعاقدين، وبين مؤيد لتدخله على أساس تحقيق نوع من العدل والمساواة بين المتعاقدين ولتحقيق مصالح المجموع في النهاية.

إن منكري تدخل القاضي في العقد⁽¹⁾ يرون أن في تدخله ذلك مساساً بإرادة الطرفين التي يجب أن تحترم، فلا بد من أن يترك الأشخاص ينظمون علاقتهم بحرية، وفقاً للشروط والأوضاع التي يرونها كفيلة بتحقيق مصالحهم.

وذهب بعض الفقهاء⁽²⁾ إلى محاولة التخفيف من الرأي الذي كان لا يقبل تدخل القاضي في العقد بأية صورة كانت، فأجازوا تدخل القاضي في شروط العقد في حالة التفسير، وذلك حينما تكون النصوص التي يحاول تفسيرها غامضة، أو يكون هناك نقص في العقد يتدخل لتكتمله.

وفي مقابل ذلك ذهب بعض المؤيدين لتدخل القاضي في العلاقة التعاقدية إلى إعطائه دوراً كبيراً في ذلك يتعدى أحيانا حدود وظيفته⁽³⁾ إلى حد صنع قاعدة الخصومة، ويبدو أن في هذه مبالغة في الاعتداد بدور القاضي وإمكانية تدخله لوضع القواعد القانونية، والذي يكون من اختصاص المشرع، وفي هذا خلط بين وظيفة القاضي ووظيفة المشرع.

وبالنسبة لكل من المشرعين الإماراتي والعراقي والبحريني فقد أعطى للقاضي إمكانية التدخل في العقد لتكملة إرادة المتعاقدين، وهكذا فقد أجاز له أن يتدخل عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية التي يربطها المتعاقدان ليتفقا عليها فيما بعد، فيتدخل القاضي وفقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة ليرى حكمه فيما لم يتفق عليه الأطراف⁽⁴⁾.

1. لاحظ عبدالسلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة المحاماة، السنة 41، العدد 6، ص 99.

2. Boris Starck, Droit Civil, 1919, p.568 أشار إليه د.حسب الرسول الشيخ الغزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 1979، ص 477.

3. لاحظ عبدالمنعم عبدالعظيم جيرة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة، 1982، ص 205. (إذ يرى أن القاضي ملزم بالفصل فيما يعرض عليه من خصومات، وعدم قبول عذره بنقص التشريع أو غموضه، فأصبح لا مناص من الاعتراف للقاضي بحقه في صنع قاعدة الخصومة ليتدارك ما يشوب العقد من نقص ويستكمل ما يعتريه من قصور، ويكشف ما يحيط به من إبهام أو غموض).

4. نصت الفقرة (2) من المادة (86) من القانون المدني العراقي على أنه: ((وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقا عليها فيما بعد، ولم يشترط أن يكون العقد غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع والأحكام القانونية والعرف والعدالة)). تُقابلها المادة (141) معاملات مدنية إماراتي والمادة (43) مدني بحريني. ويرى الأستاذ السنهوري في هذا المجال أن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه، فهو إذن يساهم في صنع العقد. (لاحظ د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 218-219).

كذلك الحال إذا ما كان الالتزام الذي يقع على المدين التزاماً بالقيام بعمل معين ولم يقر به هذا الأخير، فيجوز للدائن أن يطلب من القاضي الاستئذان بالقيام بهذا الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً⁽¹⁾.

المقصد الثاني

سلطة القاضي التقديرية في تحقيق غرض العقد

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية أحياناً، فيتدخل في العقد بمقتضى هذه السلطة التقديرية المخولة له، ويكون بذلك قيماً على إرادة المتعاقدين؛ فلا يقتصر تدخله على حالة انعدام البند العقدي بمفهومه العضوي، بل هو يتدخل حتى في حالة وجود بنود عقدية صحيحة وصريحة، فيعمل على تعديلها مراعاة للمصلحة العقدية العامة، وتماشياً مع حرص الإرادة العقدية العامة على الأخذ بيد الطرف الضعيف في العقد.

وهكذا فبالنسبة لآجال الدين، فإن للقاضي أن يعين ميعاداً مناسباً لحلول الأجل إذا تبين له من الالتزام أن المدين لا يستطيع القيام به إلا عند الميسرة⁽²⁾.

كذلك فقد تركت للقاضي سلطة تقديرية في تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي، وذلك بإنقاصه أو الزيادة منه، فإذا اتفق الطرفان على تحديد مبلغ التعويض مقدماً دون تركه للقاضي جاز لهذا الأخير أن يتدخل لتعديله إذا ما وجد مبررات لذلك، فله أن ينقص منه إذا كان المبلغ المتفق عليه مبالغاً فيه إلى حد كبير، بحيث يكون هذا المبلغ أكبر بكثير من مقدار الضرر، أو حينما ينفذ المدين جزءاً من الالتزام بحيث

1. نصت المادة (250) من القانون المدني العراقي على أنه: (1). في الالتزام بعمل إذا لم يقر المدين بتنفيذ التزامه، ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه، جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. 2. ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا إذن من المحكمة)). تُقابلها: المادة (281) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (211) مدني بحريني. وفي أبعد من ذلك نصت المادة (382) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك المادة (212) من القانون المدني البحريني على أنه: ((يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا كان موضوع الحق عملاً وسمحت بذلك طبيعته)). ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي. (لاحظ لمزيد من التفاصيل في دور القاضي في تنفيذ الالتزامات العقدية: الأستاذ عبدالباق البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج3، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971، ص53).

2. لاحظ المادة (359/2) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (336/ب) مدني بحريني. ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني العراقي عالج نظرة الميسرة في مادتين، إذ نصت المادة (397/1) منه على أنه: ((إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه)) كما نصت المادة (394/2) من القانون ذاته على أنه: ((إذا لم يكن الدين مؤجلاً أو حل أجله، وجب دفعه فوراً، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة، إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم)). (ولمزيد من التفاصيل لاحظ د.عبدالناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام، دار التأليف، القاهرة، 1965، ص14 وما بعدها).

يكون له أن ينقض من المبلغ المتفق عليه بالقدر الذي نفذ الالتزام فيه⁽¹⁾.

وللقاضي أيضاً أن ينقص من مبلغ التعويض الاتفاقي أو لا يقضي به فيما إذا ثبت بأن الدائن وهو يطالب بحقه قد تسبب في إطالة أمد النزاع⁽²⁾ بلا مبرر.

كما أن للقاضي أن يزيد من مبلغ التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) إذا كان الضرر أكبر من المبلغ المتفق عليه، على شرط أن يكون المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً⁽³⁾، بل له ألا يحكم بهذا التعويض وذلك في حالة ما إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر⁽⁴⁾.

هذه إذن بعض الأمور التي تركت فيها سلطة القاضي في تقديره لها، وبعد ذلك تدخلت من القاضي في العلاقة التعاقدية يحد من إرادة المتعاقدين ودورها في ذلك، والهدف منها تحقيق غرض العقد مثلما تراه الإرادة العقدية العامة.

فإن كان هذا بالنسبة للبند المتفق عليها بين المتعاقدين، فماذا بالنسبة للبند العقدي المفترضة؟ هنا تتسع سلطة القاضي التقديرية بمساقين:

- الأول: إن للقاضي سلطة تقديرية في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهنا يساهم القاضي في افتراض البند العقدي بمفهومه العضوي.

- الثاني: إن للقاضي سلطة تقديرية في البحث عن كل ما يدخل في العقد دون أن يتناوله المتعاقدان بالذكر، فهو الذي يكشف عن أحكام القانون والعرف ومقتضيات العدالة بحسب طبيعة التعامل، وهذه وظيفة ليست سهلة، وبها يكون القاضي قد ساهم في افتراض البند العقدي بمفهومه الوظيفي.

وفي النهاية لا بد من أن توضع حدود معينة لسلطة القاضي، بحيث لا يستطيع التحكم بإرادة المتعاقدين، وهنا لا بد أن يكون هناك مبدأ للشرعية العقدية، بالقياس على مبدأ الشرعية الجزائية، فلا حظر على العقود إلا بنص في القانون، فلا يحكم على أي عقد بالبطلان ما لم يكن قد تضمن جريمة، أما مخالفة العقد لبعض القواعد الأمر التي لا ترقى أو أمرها أو نواهيها لعد الفعل أو الامتناع جريمة، فيتربط عليها فساد العقد، أو عدم نفاذه، أو عدم لزومه، أو قابليته للإبطال، وجميع هذه الصور تسمح بتصحيح العقد.

1. حيث قضت المادة (170/2) في شطرها الثاني من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه). بل إن أحكام هذه المادة تعد من الشرعية العقدية التي لا يجوز المساس بها، إذ نصت الفقرة الأخيرة منها على أنه (ويوقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة). تُقابلها المادة (390/2) معاملات مدنية إماراتي، والمادة (226) مدني بحريني.

2. لاحظ المادة (173/3) مدني عراقي. ولا مقابل في كل من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني البحريني.

3. لاحظ المادة (170/3) مدني عراقي. ويقابلها نص المادة (390) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونص المادة (223) من القانون المدني البحريني.

4. لاحظ المادة (170/3) مدني عراقي. ويقابلها نص المادة (390) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونص المادة (223) من القانون المدني البحريني.

الخاتمة

يعد موضوع البند العقدي المفترض من الموضوعات التي تبين وتوضح مدى تدخل القانون والقضاء في العلاقة العقدية، وحدود هذا التدخل، فالعقد ليس بموضوع حديث القونة، بل هو من أكثر وسائل تداول الحقوق والأموال بين الأشخاص، وهو أكبر مصدر للحقوق المالية بأنواعها المختلفة، ومنذ عهد موغل في القدم. لكننا حددنا في هذا البحث رؤى خاصة في مجال التدخل القانوني في العقد، إذ لا يقتصر العقد على التعبير عن إرادة المتعاقدين، ولا يقتصر على تحقيق مصلحتهما، بل هو أداة معبرة عن الإرادة العقدية العامة لمجموع من يصلحون أن يكونوا متعاقدين لهذا العقد أو ذلك، كما أنه يُحقق مصلحة عقدية عامة لهم؛ ويُعبّر القانون عن تلك الإرادة ويُحقق هذه المصلحة عبر فتح قناة له في كل عقد تجسدها البنود العقدية المفترضة، وقد أطلقنا على هذه العملية مصطلح (القونة).

إن مصطلح (قونة) العقد من المصطلحات المبتكرة في نطاق الدراسات القانونية، وكونه مصطلحا غريبا على اللغة العربية فقد دأبنا على وضعه بين هلالين، وقد وجدنا في استخدامه ضرورة نعر بها عما يأتي:-

1. تبيين الدور الذي تلعبه الإرادة العقدية العامة في العقد جنبا إلى جنب إرادة طرفيه، وكيف أنها تضع البنود العقدية المفترضة التي تعد جزءا لا يتجزأ من المنظومة العقدية.

2. التأكيد على أن البنود العقدية المفترضة تمثل جميع البنود الضمنية التي تستنبط من القواعد القانونية المكملّة والمفسّرة وكذلك الأمرة في نطاق العقد، كما تشمل كل ما يعد من مستلزمات العقد.

3. إن سعي المتعاقدين لإبرام العقد متصل بتحقيق مصلحة عقدية لهما أو لأحدهما، مع ارتباط باعثيهما بمدار هذه المصلحة التي لا يمكنها أن تخالف المصلحة العقدية العامة التي تصبو إليها الإرادة العقدية العامة.

4. لا يمكن أن يتم تصوير الإرادة العقدية العامة التي يعبر عنها القانون بكافة صوره على أنها إرادة الجماعة، إنما هي مفهوم قائم على افتراض ما تعبر عنه إرادة كل عاقد في مثل العقد الذي أبرمه المتعاقدان، بحيث لا تتضرر مصالحه بشكل مجحف من هذا العقد فيما لو كان أجنبيا تماما عن العقد، وبمجموع هذه المصالح تتحقق المصلحة العقدية العامة.

5. بموجب فكرة الإرادة العقدية العامة التي تتقوم بها الإرادة المشتركة للمتعاقدين أو لأحدهما، تجعل من العقد ينهض بركنين اثنين هما: الإرادة والمصلحة، وكل من الإرادة والمصلحة تتوزع على نوعين: فمن حيث الإرادة هناك إرادة المتعاقدين، والإرادة العقدية العامة، ومن حيث المصلحة، هناك المصلحة العقدية للمتعاقدين، والرؤية المشتركة، وكذلك المصلحة العقدية العامة، وبهما يستغنى عن الأركان التقليدية للعقد، الرضا والمحل والسبب، بل بهما أيضا يستغنى عن الشكلية في العقود الشكلية، وعن التسليم في العقود العينية، فالإرادة العقدية العامة هي التي استلزمت هذين الشرطين في هذين الصنفين من العقود.

6. إن الأخذ بفكرة الإرادة العقدية العامة، تعطي قيمة أكبر للإرادة لدرجة أنها تكون مفترضة في أحيان كثيرة، وليس دوما لمراقبة المتعاقدين وتقييد حريتهما التعاقدية، بل غالبا لأجل تكميل إرادتهما وتصحيح مسار السير العقدي لهما للتقليل، بقدر الإمكان، من حالات بطلان العقد أو فسخه.

7. وليس ما ذكرناه في الفقرة السابقة تأكيداً على اعتناقنا للفكر الفردي في إقرار نظريتنا في افتراض البند العقدي، فهذا الفكر يغالي كثيراً في إعطاء الإرادة العقدية الخاصة الحرية التامة في إبرام العقد، دون أن يدرك أن لها جانباً مفترضاً، كونها في خارج ما تبرمه من عقود، جزءاً من إرادة عقدية عامة تجعل جميع العقود مرتبطة بفكرة عدم تأثير ما اكتسبه الشخص من مصالح من عقد سبباً في الإضرار بالآخرين، ولا تجد أحداً مؤهلاً للتعاقد لا يرضى بهذه الفكرة.

8. إن (قنونة) العقد تجعل للعقود جميعاً شبكة رصينة من الحماية، وترسخ قوة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بالجمع وليس بصيغة المثني، فالكل يتأثر بأي عقد يبرم، قريباً أم بعيداً، وعلى كل فرد أن يرضى لنفسه ما يرضاه للآخرين من آثار ترتبها عليه العقود، وهذا ما سيحقق لنا دعامة شاملة لاستقرار العقود والاطمئنان إلى ما تفرزه من آثار.

9. إن الأخذ بفكرة (قنونة) العقد تحسّس المتعاقدين أن بطلان العقد أو فسخه في الحالات التي يقع فيها ذاك البطلان أو ذلك الفسخ رغماً عنهما، أنه قد وقع لمصلحتهما، وليس لمصلحة القانون أو (الغير) مهما كان، ذلك أن وجود بند صريح في العقد تخالفه الإرادة العقدية العامة، إنما تخالفه أيضاً إرادة كلا المتعاقدين فيما لو كانا أجنبيين عن هذا العقد، وهذا ما يساهم في تدعيم فكرة المصلحة العقدية التي نراها ركناً مهماً في العقد.

10. ولهذا يجب على القانون ألا يشترط في بعض حالات البطلان أو توقف العقد وجود ضرر للمتعاقد المتمسك به، بل عليه أن يفترض تعرض المصلحة العقدية العامة للانتهاك بمجرد وجود فعل مشين في العقد، والمثال الواضح على ذلك، اشتراط أن يكون التغيير مقرباً بتحقيق غبن فاحش للمغرب به، كي يستطيع المطالبة بوقف العقد، وهذا يناهض فكرتنا في (قنونة) العقد، ذلك أن لا أحد منا يرغب أن يصيبه تغريب أو غش في التعامل، حتى وإن لم يترتب على ذلك غبن فاحش.

11. التقليل من حالات بطلان العقد، لطالما لم تكن هناك جريمة متحصلة من إمضاء العقد، كما يجب ألا ننظر إلى كل الشروط بمستوى واحد من الأهمية، فبعضها يمكن للقاضي أن يكمله عند النزاع.

12. العمل على تعديل كل القوانين التي تنحاز إلى فلسفة التنظيم على حساب فلسفة الحق، ومنها القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وقانوني التجارة والشركات، وقانون العمل، وقانون الإيجار، ويجب أن نتفهم أن معنى (قنونة) ينصب على مزيد من احترام حقوق الشخص في العقود، وتمتين الثقة بها، لا على أساس أن النظام شاء ذلك، بل على أساس أن من حق كل فرد أن يدرك أن لإرادته مكانة عظيمة في القانون لدرجة أنها تعد جزءاً من إرادة عقدية عامة قادرة على تعطيل كل ما من شأنه تعطيل حقوقه الأخرى.

13. وأخيراً فإن دائرة الحظر العقدي يجب أن تكون محددة ومعلومة، وبالتالي، واحتراماً لدستور العقد الذي يحكمه مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وأتساقاً مع التوجّه العام للقوانين في تحديد المحظورات من الأفعال على الأشخاص كي يتجنبوا ارتكابها أو الاقتراب منها أو التعاقد عليها، لا بُدَّ أن تنحصر المحظورات العقدية في أمور محددة معروفة للمتعاقدين وغير غامضة أو ملتبسة لهم، فالمبدأ الذي يقول: (إن للأشخاص إنشاء ما شأوا من عقود والتزامات (حقوق شخصية) ما لم تكن مخالفة لقاعدة قانونية أمرة أو النظام العام أو الآداب)، لا يتماشى مع الفلسفة التي تقوم عليها فكرة الحظر

بشكلٍ عام، فإن كان واضحاً معالم القواعد القانونية الآمرة، فإنه من الصعب على الأشخاص أن يعرفوا على وجه التحديد، ما يدخل وما لا يدخل في النظام العام أو الآداب، حتى إن الفقه عجز عن وضع مفهوم ومدلول لكلا المصطلحين، وهذا سيفتح المجال للقاضي في أن يوسع من دائرة المفهومين فتزداد حالات الحظر العقدي بغير مسوغ قانوني أو فلسفي. وهنا لا بدّ من القياس على الأسس التي دفعت الدساتير والقوانين الجزائية إلى الإقرار بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لذا ينبغي ألا يكون هناك حظر على إبرام العقود إلا بنص، بل يمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك، ولتجنب تعدد الحلول في القوانين، فيجب ألا يُقضى ببطلان العقد إلا إذا تضمن جريمة، أما إذا خالف العقد أموراً أخرى لا ترقى للجرائم فيمكن أن يُرتب القانون أثراً أقلّ حدة من البطلان، كوقف العقد (عدم نفاذه) إلا إذا أُجيز بطريقة أو بأخرى، أو إمكانية فسخ العقد (بجعله قابلاً للإبطال أو غير لازم) أو الحكم بفساد العقد الذي يقبل التصحيح إن رُفع من العقد البند الذي جعله فاسداً. وبالتالي فإن العقد يقبل التصحيح ما دام لم يتضمن جريمة، وهذا التفسير يقلل من حدة المحظورات العقدية ويحددها سلفاً للمتعاقدين.

وبهذا يكون البحث قد أسس لمبدأً جديد في العقد وهو مبدأ الشرعية العقدية والذي نصبو أن يكون محوراً لعمل بحثي قادمٍ بإذن الله تعالى.

المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ) الكتب:

1. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة جامعة الموصل، 1989.
2. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
3. حسين عامر، المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية، مطبعة مصر، القاهرة، 1956.
4. د. صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
5. د. صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، 1963.
6. د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، دار الكتب، الموصل، 1999، ط2.
7. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج3، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971.
8. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1975.
9. د. عبد الحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
10. د. عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، المجلد الأول، الكويت، 1982.
11. د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، الإسكندرية، 1972.
12. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، دار النشر للجامعات المصرية، 1952.
13. د. عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1960.
14. د. عبد الناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام، دار التأليف، القاهرة، 1965.
15. د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة، عمان، 2000.
16. د. عكاشة محمد عبدالعال ود. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2006.
17. د. علي محمد جعفر، تاريخ القوانين والشرائع، بيروت، 1982.
18. د. علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2002، ط2، ج2.
19. د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، من منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.
20. كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، مطبعة جامعة الموصل، 1990.
21. د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الكتب، الموصل، 1990.
22. د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مكتب الفكر والوعي، السليمانية، 2009.
23. د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

24. د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.
25. د. محمد علي عبدة، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
26. د. محمود جمال الدين زي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982، ط2.
27. د. محمود جمال الدين زي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1998.
28. د. محمود جمال الدين زي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، ج1، ط3، القاهرة، 1976.
29. د. محمود عبدالمجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، بيروت، 1979.
30. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، ط10، مكتبة التفسير للطباعة والنشر، أرييل، 2002.
31. د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956.

ب) البحوث والرسائل:

1. جوتيار عبد الله مصطفى، الافتراض القانوني في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، أرييل، 2008، (غير منشورة).
2. د. حسب الرسول الشيخ الغزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 1979.
3. د. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002، (غير منشورة).
4. عبدالسلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة المحاماة، السنة 41، العدد 6.
5. عبدالمنعم عبدالعظيم جيزة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، جامعة القاهرة، 1982.
6. د. محمد سليمان الأحمد، فكرة التطور القانوني بين تبدل القانون وتغير الواقع (دراسة تحليلية استخلاصية لعنصر "المستقبل" في القاعدة القانونية)، منشور في مجلة (بحوث مستقبلية)، تصدرها كلية الحداثة والجامعة، الموصل، ع2000، 1، د. محمد سليمان الأحمد، فكرة سمو الحق على القانون، بحث منشور في مجلة القاضي (دادور)، الصادرة عن اتحاد قضاة كوردستان، العدد (3)، 2011.
7. د. محمد سليمان الأحمد، المسؤولية المدنية للمساهمين في تنظيم الأنشطة الرياضية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2000.

ج) القوانين:

1. قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987.
2. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

3. القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001.
4. قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.
5. قانون العمل العراقي رقم (71) لسنة 1987.
6. قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي رقم (8) لسنة 1980، المعدّل بالقانون الاتحادي رقم (12) لسنة 1986.
7. القانون المدني الفرنسي في تعديله المرقم (131.2016) لعام 2016.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- Fourgoux, La responsabilite des association de consommateurs en raison du. Prejudice cause par leur action judiciaire, leur information, Gaz Pal, 1984
- Veaux, J-CI. Responsibilite Civile, Fasc 450-1 Paris.-
- Wagner, De responsabilites, dans le dirigeant benevole, Dalloz, 1984.
- C. Francois, Présentation des articles 1101 à 1111-1 du nouveau chapitre 1 “ Dispositions lumineaires”, La réforme du droit des contrats présentée par l’ IEJ de Paris 1/, <https://iej.unvi-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaire/> [consulté le

الخطأ في المسؤولية المدنية والجنائية في القانونين البحريني والعراقي

دراسة تحليلية مقارنة

الدكتور أحمد رشاد الهواري
أستاذ القانون المدني المشارك
وعميد كلية الحقوق

الدكتور نضال ياسين الحاج حمو العبادي
أستاذ القانون الجنائي المساعد
(عميد كلية الحقوق سابقاً)

جامعة المملكة - مملكة البحرين

الخطأ في المسؤوليتين المدنية والجنائية في القانونين البحريني والعراقي

دراسة تحليلية مقارنة

الدكتور أحمد رشاد الهواربي
أستاذ القانون المدني المشارك
وعميد كلية الحقوق

الدكتور نضال ياسين الحاج حمو العبادي
أستاذ القانون الجنائي المساعد
(عميد كلية الحقوق سابقاً)

المخلص

تناول هذا البحث الخطأ في المسؤوليتين المدنية والجنائية في القانونين البحريني والعراقي، بهدف إزالة الغموض الذي يكتنف الخطأ، وبخاصة أن المشرع البحريني لم يعرفه، وإنما عرف الجريمة غير العمدية. وبينما أن جوهر الخطأ يتمثل بالإخلال بواجب قانوني، سواءً أكان هذا الواجب واجباً خاصاً أو عاماً يفرضه القانون على الشخص باعتباره أحد أفراد المجتمع الذي يعيش فيه، وأن هذا الخطأ ليس له إلا درجة واحدة وإن تعددت صورته، وأن هذا الخطأ يقوم على عنصرين، أحدهما يُسمى العنصر المادي والآخر يُسمى العنصر المعنوي؛ وانتهى هذا البحث بخاتمة تضمنت مجموعة من النتائج والتوصيات.

Abstract

This research dealt with the civil and criminal responsibilities in the Bahraini and Iraqi laws, in order to remove the ambiguity surrounding these kinds of faults, especially that the Bahraini legislator did not define the fault in general, but defined the intentional crime.

And demonstrated that the essence of the fault is a breach of a legal duty, whether this duty is a special duty or a general imposed by law on the person as a member of the community in which he lives.

And that this fault has only one degree and that multiple images. And that this fault is based on two elements, one called the physical element and the other is called the moral element. This paper concludes with a set of conclusions and recommendations.

المقدمة

لا ريب أن الجرائم بصفة عامة يترتب على ارتكابها الاعتداء على حقين رئيسيين؛ **الأول**: الاعتداء على حق المجتمع في أمنه وثباته⁽¹⁾. **والثاني**: يتمثل في الاعتداء على الذمة المالية للمجني عليه، أو على عرضه، أو كرامته.

وإذا كان الجاني موظفاً عاماً كانت الجريمة المرتكبة اعتداءً على حق ثالث، يتمثل في الاعتداء على نزاهة الوظيفة العامة وحسن سير العمل بالجهاز الإداري للدولة⁽²⁾.

ومن ثم ينشأ لكل من وقع عليه اعتداء أن يرفع دعواه إلى القضاء، مطالباً باسترداد حقوقه، حيث يرفع المجتمع **دعواه الجنائية** مطالباً بالقصاص من الجاني، حتى لا يقلده غيره، وترفع جهة الإدارة **دعواها التأديبية** مطالبة بتأديب الموظف⁽³⁾ حماية لنزاهة الوظيفة وثقة الجمهور فيها⁽⁴⁾ وأخيراً يرفع المجني عليه **دعواه المدنية** مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصيب به⁽⁵⁾ الأمر الذي يعني أن سبب الدعوى المدنية والجنائية هو الخطأ الذي يرتكبه الجاني ويحدث به ضرراً بالمجني عليه، وهذا الخطأ لا يحدث إلا في حالة الإخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير، كما لو قام الجاني بالاعتداء بالضرب على شخص آخر فأصابه بجروح، أو قام بإتلاف ماله، ففي مثل هذه الحالات وغيرها يكون للمجني عليه الحق في المطالبة بالتعويض فضلاً عن حق المجتمع في معاقبة الجاني؛ أي أن الخطأ هو ركن ضروري لقيام المسؤولية⁽⁶⁾ بنوعها، الجنائية⁽⁷⁾ والمدنية⁽⁸⁾.

1. ويكون مرتكب الفعل في هذه الحالة مسؤولاً مسؤولاً جنائية.

2. د. سعيد حسب الله عبدالله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، ط1 مطبعة جامعة البحرين، 2005، ص42.

3. يخضع الجزاء التأديبي لمبدأ التدرج بحسب مدى جسامة الجريمة الإدارية، إذ يبدأ بالتنبيه أو الإنذار أو الحرمان من المرتب أو من الترقية أو العلاوة السنوية أو الإيقاف لمدة معينة أو الفصل من العمل.

4. د. محمد زكي أبو عامر، شرح قانون الإجراءات الجنائية، 1982، ص87. ومن أمثلة ذلك: جريمة إفشاء سر لمريض من طبيب بمستشفى حكومي، ففي هذه الحالة ترفع على الطبيب والمستشفى ثلاث دعاوى.

5. د. سعيد حسب الله عبدالله، مرجع سابق ص42.

6. المسؤولية (بوجه عام): حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال: أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتطلق (أخلاقياً) على: التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق (قانونياً) على: الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً للقانون. المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون، تحقيق مجمع اللغة العربية، الناشر دار الدعوة، الجزء الأول، ص 411. فالمسؤولية هي التبعة أو الضمان، ففيها يكون الشخص ضامناً (أي يتحمل تبعه عمله أو عمل التابعين له)، فهو المتحمل لغرم الهلاك أو النقصان أو التعيب (الضرر) الذي يحدث للغير، والراجع إلى فعله أو فعل المسؤول عنه أو الأشياء التي تحت حراسته، فيلزم في هذه الحالة بتعويض الغير عما أصابه من ضرر. والضمان اصطلاح درج عليه الفقه الإسلامي، واستدل الفقه على مشروعيته بقوله تعالى "كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ" سورة المدثر آية 38، وقوله سبحانه "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا، فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ" سورة الشورى آية 40. وقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البيهقي "لا ضرر ولا ضرار". السنن الكبرى، للبيهقي، ص133 الجزء10.

7. تتحقق المسؤولية الجنائية متى ارتكب شخص ما عملاً يُعد جريمة وفقاً لقانون العقوبات. وفقاً للقاعدة السائدة في هذا الشأن والمتمثلة في أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". فالمسؤولية الجنائية هي جزء على فعل موجه ضد المجتمع. فتقوم هذه المسؤولية على فكرة الضرر الذي يصيب المجتمع، ويتمثل الغرض منها في إزالة الضرر عن المجتمع، وذلك بتوقيع العقوبة الرادعة على الجاني أو المجرم حتى يكون عبرة للآخرين، ويرتدع بما أصابه من عقاب، مما يؤدي إلى حماية المجتمع. انظر في نفس المعنى: د. خالد جمال، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، جامعة البحرين، الطبعة الثانية 2002، ص 343، د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، طبعة 2006، ص 245، د. مصطفى الجمال، القانون المدني في توبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر، ص 525.

8. المسؤولية المدنية يقصد بها ذلك الجزاء الذي يوقع في حالة ما إذا سبب شخص ضرراً للغير، سواءً بفعله الشخصي، أو بفعل شخص آخر يكون مسؤولاً عنه، كما لو قام أحد الأشخاص بالاعتداء بالضرب على آخر أو قيامه بإتلاف ماله، أو بتخويفه بالتعرض له.

هذا وقد ترتب المسؤولية المدنية مع المسؤولية الجنائية، وقد تنفصل عنها، فإذا كان الفعل أو الخطأ في نظر المشرع فعلاً إجرامياً ارتببت المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، والعكس،⁽¹⁾ كما لو نشر شخص عن آخر أخباراً يعتقد بصحتها، ففي مثل هذه الحالة قد يسأل مرتكب الفعل مدنياً لو كان من شأن فعله إحداث ضررٍ بالآخر، سواء كان الضرر ماديّاً أو أدبياً، إلا أنه لا يسأل جنائياً، لافتقار الجريمة القصد الجنائي، وهو أحد أركانها⁽²⁾.

وهو ما يثير عدة تساؤلات عن ماهية الخطأ الذي يعتد به لقيام المسؤولية بنوعيهما، وهل يقتصر الخطأ المعاقب عليه جنائياً على الخطأ العمدي؟ أم أنه يشمل كذلك الخطأ البسيط والجسيم؟ وغير ذلك من التساؤلات التي سنحاول أن نجيب عنها من خلال هذا البحث.

وسنعمد في هذا البحث على المنهج المقارن والمنهج التحليلي من خلال دراسة النصوص والقواعد القانونية المتعلقة بالخطأ في المسؤولية المدنية والجنايية في التشريع البحريني و العراقي.

خطة البحث:

وعلى هدي ما سبق نرى تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: ماهية الخطأ وعناصره.

- المبحث الثاني: صور الخطأ.

المبحث الأول

ماهية الخطأ وعناصره

بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى أن المشرع البحريني لم يحدد المقصود بالخطأ، لذا فقد حاول الفقه تحديد مفهوم الخطأ وذلك من خلال بيان عناصره، حيث يرى الفقه أن الخطأ يشتمل على عنصرين: **العنصر الأول للخطأ** هو العنصر المادي المتمثل بالأفعال أو الفعل الذي يقع به الإخلال بالواجب

1. هناك أفعال تصدر عن الأفراد وترتب المسؤولية المدنية وحدها دون المسؤولية الجنائية، مثال ذلك الأخطاء العقدية أو الأخطاء التصيرية التي تسبب أضراراً للغير دون أن تشكل جريمة من الجرائم الجنائية، كإتلاف مال الغير بغير عمد، والمنافسة غير المشروعة، والتدليس عند إبرام العقود، كما توجد أفعال ترتب عليها المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية، وهي الأفعال التي تتوافر فيها أركان الجريمة دون أن تضر شخصاً معيناً، كجرائم التشرد، وإحراز السلاح دون ترخيص، ومخالفات المرور وجرائم الشروع. انظر تفصيلاً، د. خالد جمال، مرجع سابق، ص 344، قريب من ذلك، د.عبدالباسط الحكيمي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القسم الأول، الدعاوى الناشئة عن الجريمة، مركز الصادق للطباعة والنشر، صنعاء، الطبعة الرابعة، 2012، ص346.

2. د. فيصل الكندري، أحكام الجرائم الانتخابية، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص130، 131.

القانوني، والعنصر الثاني للخطأ هو العنصر المعنوي، المتمثل بضرورة أن يكون الشخص الذي قام بالإخلال بالواجب القانوني مميزاً، وذلك في حالة المسؤولية التقصيرية. وهو ما يثير التساؤل بشأن انطباق ذلك على الخطأ في المسؤولية الجنائية.

ونستعرض فيما يلي مفهوم الخطأ وعناصره، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الخطأ.

المطلب الثاني: عناصر الخطأ.

المطلب الأول

مفهوم الخطأ

تعددت تعريف الخطأ وتوعت⁽¹⁾ فقيل: إنه "العمل الضار المخالف للقانون" أي أنه العمل الذي يأتي به الشخص مخالفاً للقانون، ويترتب عليه -في الغالب- الإضرار بالغير، إلا أن هذا القول يتضمن بدوره بعض المسائل التي تحتاج أيضاً إلى تحديد المقصود منها، فمثلاً ما هي الأعمال الضارة؟ ومتى تكون الأعمال مخالفة للقانون؟ وهل كل مخالفة للقاعدة القانونية أياً كان مصدرها تصف المخالف بالمخطئ؟

وقيل أيضاً في تحديده أنه "الإخلال بالثقة المشروعة" وهذه العبارة بدورها فضفاضة تحتاج إلى تحديد مدلول مفرداتها. وقيل أيضاً إنه "الإخلال بالتزام سابق" ولما كانت الالتزامات التي تقع على عاتق كل شخص في مواجهة الآخرين متعددة ومتنوعة (دينية وأخلاقية وقانونية)، وتختلف باختلاف الأزمان والأماكن والمشارب، فهذه الالتزامات غير محددة تحديداً دقيقاً، ومن ثم فهي كسابقتها تحتاج إلى محددات لها.

ويمكن القول إنه يُقصد بالخطأ -الموجب للمسؤولية- وفقاً للرأي الغالب، "الإخلال بالالتزام القانوني الذي يمنع من الإضرار بالغير"⁽²⁾. فهو يتمثل في الإخلال بواجب قانوني، سواء كان هذا الواجب واجباً خاصاً (التزاماً) أم كان واجباً عاماً يفرضه القانون على الشخص باعتباره أحد أفراد الجماعة التي يعيش فيها، والتي تخضع لحكم القانون الذي يفرض فيها على كل فرد أن يحترم حقوق وحريات الغير، وألا

1. د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت بدون تاريخ للنشر، ص 642.

2. الالتزام القانوني بعدم جواز الإضرار بالغير قد يرد في نصوص خاصة تتضمن تجريماً لهذا الفعل فيؤدي الإخلال به إلى قيام خطأ تقصيري يستوجب مساءلة الشخص عنها مسؤولية مدنية إلى جانب مساءلته عنها جنائياً، تفصيلاً د.خالد جمال، مرجع سابق، ص 360، 361. ومن أمثلة ذلك ما قرره المشرع في المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 2002 من تجريم إهانة اللجنة الانتخابية، أو إذاعة أقوال كاذبة عن سلوك أحد المرشحين أو أخلاقه، أو الإخلال بحرية الانتخاب (كأن يقوم بالاعتداء على الناخبين للحيلولة دون مباشرتهم الحق الانتخابي، يستوي أن يكون الاعتداء بالضرب أو الجرح أو الخطف)، وقد يضع القانون نصاً عاماً يفرض من خلاله واجباً أو التزاماً عاماً بعدم الإضرار بالغير. ويطلق على الخطأ في الفقه الإسلامي العدوان، والعدوان يأخذ مفهومين متشابهين لمفهوم الخطأ في الفقه القانوني، فكلاهما انحراف في السلوك عن المعايير المعتمدة في المجتمع. د.مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 534.

يرتكب ما يعتبر ماساً بهذه الحقوق والحريات⁽¹⁾. والخطأ بالمعنى السابق يمكن أن ينسب لأي شخص صدر منه هذا الإخلال، بشرط أن يكون من صدر منه هذا الإخلال مميزاً.

وهنا يثور التساؤل عن مدى الاختلاف بين مفهوم الخطأ الجنائي والخطأ المدني، ولبيان ذلك تجدر الإشارة إلى أن للخطأ في الفقه درجتين: خطأ يسير، وخطأ جسيم، هذا بالإضافة للخطأ العمدي والذي يطلق عليه في الفقه الجنائي (القصد)، ولا ريب أن هذا التقسيم قد جاء متأثراً بما كان سائداً في القانون الروماني من تقسيم الخطأ إلى درجات: جسيم، ويسير، ويسير جداً⁽²⁾. ويرتبط مثل هذا التقسيم للخطأ الجنائي بفكرة الخطأ المدني، إذ إن من شأن القول بوجود درجتين للخطأ تقوم بأحدهما فقط (الخطأ الجسيم) المسؤولية الجنائية، بينما تكفي الثانية (الخطأ اليسير) لتوافر المسؤولية المدنية. كما يرتب على القول بتقسيم الخطأ إلى درجتين اعتبار أن الخطأ الفني أو المهني - كما في أخطاء الأطباء والمهندسين وأصحاب الحرف - لا يرتب المسؤولية الجنائية إلا إذا كان جسيماً⁽³⁾.

وقد تجاوز الفقه والقضاء هذه النظرية الثنائية للخطأ. فالخطأ ليس له إلا درجة واحدة وإن تعددت صورته، إذ يتمثل في مخالفة واجبات الحيطة والحذر، سواء تلك التي تفرضها قواعد الخبرة الإنسانية العامة أو الخاصة، أو التي تستخلص من مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأنظمة، فالخطأ الجنائي إذن إما يقوم أو لا يقوم، ولا وسط بين الفرضين.

ولربما تكمن فائدة التمييز (واقعيًا) بين درجات الخطأ في مجال تقدير القاضي للجزاء الجنائي أو المدني، حيث يملك بما له من سلطة تقديرية أن يصعد نحو الحد الأقصى للجزاء متى استبان له جسامته الخطأ⁽⁴⁾. هذا ولم يرد في التشريع البحريني ما يشير إلى تبنيه وحدة الخطأ أو تطلبه درجة معينة من الجسامته فيه، إلا أن الرأي السائد في البحرين يميل إلى اعتناقه الاتجاه القائل بوحدة الخطأ، وأن أي قدر من الخطأ يمكن أن ترتب عليه المسؤولية بنوعيهما، ومهما كان يسيراً⁽⁵⁾، وهو في ذات الوقت اتجاه القضاء البحريني⁽⁶⁾.

وقد تستفاد هذه الجسامته من كون الخطأ مصحوباً بالتوقع، هو ما يعرف بالخطأ الواعي أو مع التبصر، كما قد تستخلص جسامته الخطأ من وجود التزام إضافي على الجاني بالحيطة والحذر بحكم مهنته. بل

1. د. فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بغداد 1992 ص 30.

2. V. Vidal et Magnol, op.cit. tome, n.136, p.197. نقلاً عن د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص 565.

3. انظر د. محمود نجيب حسني، القسم العام، 9 ط، مطبعة جامعة القاهرة، 1974، ص 666.

4. د. عبدالمهيمن بكر سالم، القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1959، ص 145؛ د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 317.

5. انظر د. هلال عبد الإله أحمد، شرح قانون العقوبات البحريني، القسم الخاص، ط 1، مطبعة جامعة البحرين، 2007، ص 374. وكذلك د. عبد الوهاب عمر البطراوي، الوجيز في قانون العقوبات البحريني، ط 1، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2008، ص 124.

6. تقول محكمة التمييز البحرينية: (من المقرر أن تقدير الخطأ المستوجب لمسؤولية مرتكبه جنائياً ومدنياً في جرمي القتل والإصابة الخطأ... من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب ما دام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة وأصلها في الأوراق: وقولها تقدير الخطأ الموجب للمسؤولية الجنائية والمدنية مما يستقل به قاضي الموضوع). حكم محكمة التمييز، جلسة 13/12/2004، في الطعن رقم 15/ج/2004. وحكم محكمة التمييز جلسة 15/5/1999/ الطعن 11 لسنة 1999، القاعدة رقم 13، ص 749. أشار إليهما د. هلال عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 375.

إن جسامه الخطأ قد تستفاد من مسلك الجاني المعاصر لفعله أو اللاحق له: كأن لا يمنع تفاقم الأضرار المتولدة عن خطئه، أو ينكص عن محاولة إصلاحها، ولكن في كافة الأحوال فإن الأمر لا يتعدى مجال تقدير العقوبة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

عناصر الخطأ

الخطأ هو الذي لا تقوم المسؤولية إلا به بوصفه ركناً من أركانها، فليكي تقوم المسؤولية بنوعيتها حيال مقترف الفعل غير المشروع لا يكفي مجرد النسبة المادية لهذا الفعل إلى الفاعل، وإنما يلزم أيضاً أن تتوافر رابطة سببية نفسية بينهما تصلح بعد ذلك أساساً للحكم بتوافر العنصر النفسي⁽²⁾.

فالمسؤولية ليست مجرد كيان مادي يتشكل من الفعل وما قد يترتب عليه من أثار، بل هي كيان شخصي، ومفاد ذلك كله أن الإنسان يسأل إذا أمكن إسناد الفعل إليه وأنه مخطئ فيه، لأنه من المقرر في القانون أن الخطأ هو الركن الذي تقوم عليه المسؤولية بنوعيتها، بحيث لا يمكن تحميل الشخص نتائج الفعل المنسوب إليه إلا إذا تبين أنه كان مقترفاً خطأ⁽³⁾، على أن توافر الخطأ يستلزم بالضرورة توافر الإدراك وحرية الاختيار، ذلك أن الخطأ وصف يلحق الإرادة المميزة وأن توافر الإدراك وحرية الاختيار لا يقتضي توافر الخطأ، فقد ينعدم الخطأ مع قيامهما كما لو ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر قانوني أو دفاعاً عن النفس أو أداءً لواجب⁽⁴⁾.

ومهما كانت تصرفات الإنسان فإنها في الواقع لا تخرج عن الحالات الآتية:-

1. أن يكون الفاعل قد أراد النتيجة بالفعل الذي قام به، فهو عندئذ يكون قاصداً الوصول إلى هذه النتيجة، وهذا هو القصد أو النية.
2. ألا يكون الفاعل مريداً للنتيجة.
3. ألا يكون قد أَرادها، ولم يكن أو يجب عليه توقعها، فالنتيجة حصلت قضاءً وقدرًا - كما يقال - ولا مسؤولية عنها، إذ ليس هناك خطأ⁽⁵⁾.

1. انظر د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 569.

2. انظر د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 409.

3. انظر د. فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 273، د. عدنان الخطيب، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، 1957، ص 159.

4. انظر د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، 1982، ص 337.

5. انظر حورية عمر أولاد الشيخ، موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1983، ص 64. Charles Shmidt "Faute Criminales Et Faute Civile" Parise, 1928, p. 118.

وصفوة ما تقدم أن مسؤولية الشخص لا تقوم إلا بخطأ صادر عن إرادة حرة واعية، فإذا كان بخطئه مريداً نتيجة فعله يكون قد قصدها ويتوافر عنده قصد ارتكابها (القصد الجنائي) أو الخطأ العمدي، أما إذا لم يكن قد أراد نيتها وحدثت النتيجة بإهمال أو عدم احتياط أو تبصر، فلا يتوافر لديه مثل هذا القصد، ويكون خطؤه خطأ غير عمدي.⁽¹⁾

وستتناول فيما يلي عناصر الخطأ، وهما العنصر المادي، أي الفعل الذي ارتكبه الشخص، و العنصر المعنوي المتمثل في الإدراك والوعي.

أولاً: العنصر المادي للخطأ:

والعنصر المادي لتوفر الخطأ هو الفعل أو الترك الذي يعتبر إخلالاً بالواجب القانوني السابق الذي يقع على عاتق من ينسب إليه الخطأ، يستوي بعد ذلك أن يكون هذا الإخلال عمدياً أو غير عمدي (أي نتيجة إهمال).⁽²⁾

والالتزام القانوني في المسؤولية التقصيرية، هو الالتزام القانوني العام⁽³⁾ الذي يقضي باحترام حقوق وحريات الغير، وعدم إحداث الضرر بهم. لذا فإن تحديد مفهوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقتضي تحديد معنى الالتزام العام ومقياس الخطأ وهل هو شخصي أم موضوعي؟ وهو أمر على درجة كبيرة من الصعوبة.

والالتزام العام يتمثل في خضوع الشخص لأحكام القانون والالتزام به، وهو ما يقتضي اتباعه سلوكاً معيناً، وهو سلوك الشخص المعتاد إذا وضع في ذات الظروف التي كان فيها الشخص المراد الحكم على سلوكه، فإذا اتبع هذا الأخير ذات السلوك عند التزامه بالواجب القانوني في علاقته بالغير، وحدث رغم ذلك من أفعاله ضرر للغير، فلا يُسأل عن تعويض هذا الضرر لأنه لم يرتكب خطأ، أما إن انحرف عن مسلك الشخص المعتاد في سلوكه، وأحدث ضرراً للغير، فإنه يكون مخطئاً، ومن ثمّ مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر.

1. انظر المحامي محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، شرح على متون النصوص الجزائية، مطبعة العاني، بغداد، ط1، ص151، د.محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ط9، 1974، ص416.

العمد أو القصد الجنائي هو الصورة النموذجية للإرادة الأتمة، ففي هذه الصورة يبرز بجلء وجه التحدي من جانب الفاعل لأوامر الشارع ونواهيه، والجريمة في جوهرها ليست إلا خروجاً عن أمر الشارع أو نهييه. ولهذا كان العمد هو الأصل في الجرائم، أما الخطأ غير العمدي فيعد استثناء. ولما كان الأصل لا يحتاج إلى نص يقرره أو يؤكد، فإن المشرع قلما يصرح بالعمد في نصوصه. والقضاء والفقه متفقان على أنه إذا أغفل الشارع بيان صورة الركن المعنوي في جريمة ما، فإن هذه الجريمة تكون عمدية. دعوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، 1980، ص211، وانظر بهذا المعنى فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص274، د.علي راشد، الإرادة والعمد والخطأ والسببية في نطاق المسؤولية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، ص2، 1966، ص241.

2. دنضال ياسين حمو وآخرون، التنظيم القانوني للجرائم الانتخابية، معهد التنمية السياسية، 2014، ص184.

3. على خلاف ذلك نجد أن الخطأ في المسؤولية العقدية يكون في شكل إخلال بواجب خاص، أي التزام عقدي، وهو ما لا يثير صعوبة في تحديده ما إذا كان هناك إخلال من عدمه، لأن تحديد هذا الالتزام باعتباره واجباً خاصاً يمكننا بسهولة من معرفة ما يعتبر إخلالاً له، وذلك لأن تحديد معنى الخطأ في المسؤولية العقدية لا يثير صعوبة ما، لأن الإخلال يتحقق من مجرد عدم الوفاء بأي من الالتزامات الناتجة من العقد في الموعد المحدد بالاتفاق.

وعليه فمعيار الخطأ أو الانحراف الذي اقترفه الشخص هو معيار الشخص المعتاد، وهو معيار موضوعي مجرد⁽¹⁾ لا شخصي، بمعنى أنه لا ينظر لقياس الانحراف إلى سلوك الشخص الذي يرتكب الضرر ذاته وما يتميز به من ذكاء وتبصر واحتياط، بل ننظر إلى شخص عادي أي شخص يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، ولا هو محدود الفطنة والذكاء حامل الهمة⁽²⁾.

على أنه عند قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد يجب الاعتداد بالظروف الخارجية التي وقع في ظلها الخطأ،⁽³⁾ فإذا اصطدم شخص يسير مسرعاً في الطريق بشخص آخر، فأوقعه أرضاً مما أدى إلى إصابته بجروح، فيجب لتقرير مسلك مرتكب الضرر أن نأخذ في الاعتبار المكان الذي وقع فيه الحادث، وزمانه،⁽⁴⁾ ويقصد بالظروف الخارجية للحادث الظروف العامة التي يمكن أن يوجد فيها كل إنسان، فلا يعتد بالظروف الداخلية الخاصة بشخص مرتكب الضرر، كأن يتذرع بسوء مزاجه أو المرض، أو ضعف بصره.

ثانياً: العنصر المعنوي للخطأ:

لا يكفي لقيام الخطأ توافر ركنه المادي والمتمثل في الفعل الذي اقترفه المتسبب في الضرر، بل لابد من توافر عنصر آخر وهو العنصر المعنوي، ويتمثل في كون المتسبب في الضرر لديه التمييز والإدراك، بحيث يكون هذا الشخص مدركاً لمعنى الخطأ الذي يعتبر بمثابة إخلال بالواجب القانوني. لذا فإن التشريع المقارن تطلب فيمن يمكن نسبة الخطأ إليه، ومساءلته عما اقترفه من أضرار بالغير، أن يكون مميزاً.⁽⁵⁾

على أنه تجدر الإشارة إلى أن اشتراط التمييز لقيام المسؤولية التقصيرية لا يعني عدم ترتيب أي مسؤولية

1. يقصد بالمعيار الموضوعي المجرّد ذلك الذي يتم فيه النظر إلى فعل الانحراف أو التعدي بعد تجريده من الظروف الشخصية، بعكس المعيار الشخصي الذي يستلزم النظر إلى شخص المتعدي نفسه، ولا شك أن الاعتماد على المعيار الأخير من شأنه أن يؤدي إلى التناقض والتضاد في محاسبة الأشخاص عن أفعالهم الشخصية تبعاً للظروف الخاصة الذاتية لكل منهم، فعلى سبيل المثال لو أثرت المسؤولية التقصيرية في مواجهة طبيب بارع في إحدى الجراحات، متميزاً عن غيره ممن هم في نفس تخصصه، سوف نحمله المسؤولية لأدنى خطأ يقع منه، ولو كان لا يشكل مظهراً من مظاهر الإهمال في عرف الأطباء الذين هم في نفس تخصصه، في ذات الوقت الذي نعفي فيه طبيباً آخر مهملاً لم يبذل في عمله الجراحي أو العلاجي ما يبذله طبيب معتاد في نفس تخصصه، ما دام أن مؤهلاته وخبراته لا تمكنه من تفادي مثل هذا الإهمال الذي وقع منه، وهذا هو عين الظلم في المحاسبة. د. خالد جمال، مرجع سابق، هامش ص 362، 363.

2. د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 645، د. خالد جمال، مرجع سابق، ص 363.

3. د. نضال ياسين حمو وآخرون، مرجع سابق، ص 185، د. خالد جمال، مرجع سابق، ص 363. ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية والتجارية - في الطعن رقم 572، السنة 58 - جلسة 16/3/1989 بأن مسؤولية الطبيب تقوم على التزام ببذل عناية.. وواجبه في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ في مستواه المهني علماً ودراية في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول أثناء ممارسته لعمله. د. عبد الحميد عثمان، المفيد في مصادر الالتزام، هامش ص 430.

4. مثلاً: من يقود سيارته في طريق متعرج أو لزج ليس كمن يقود سيارته على طريق ممهد أو خال من اللزوجة، ومن يقود سيارته ليلاً أو في مكان يغص بالناس ليس كمن يقود سيارته في مكان خال من الناس، حيث يختلف الشخص المعتاد كمعيار لقياس مدى الانحراف والتعدي في سلوك كل واحد منهم بحسب الظروف الخارجية المحيطة به لحظة صدور السلوك عنه، د. خالد جمال، مرجع سابق، ص 363، 430.

5. وفي ذلك تقول المادة 164 مدني مصري "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة، متى صدرت منه وهو مميز". كما نصت المادة (305) مدني يمني على "يكون الشخص مسؤولاً في ماله عن أعماله غير المشروعة إذا ارتكبها في حق غيره وهو مميز... الخ".

على عديم التمييز، حيث يمكن ترتيب المسؤولية في حقه في حالة ما إذا لم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، فللقاضي في مثل تلك الحالات أن يحكم بالتعويض العادل من مال المتسبب في الضرر ولو كان الأخير عديم التمييز، وهي مسؤولية استثنائية، تقوم على أساس تحمل التبعية، كما في حالة مسؤولية عديم التمييز إذا كان متبوعاً عن عمل تابعه.

على خلاف ما توجه إليه التشريعات الحديثة من الأخذ بانعدام مسؤولية عديم التمييز كقاعدة عامة عن فعله الضار بغيره لانتفاء وصف الخطأ في سلوكه، وذلك بسبب تخلف الركن المعنوي اللازم لتحقيق الخطأ، نجد أن المشرع البحريني قد قرر ثبوت المسؤولية في حق مرتكب الفعل الضار شخصياً ولو كان غير مميز، والتزامه من ثم بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، وذلك بقوله في المادة 159 مدني "يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز"، وبذلك يكون المشرع البحريني قد أقام مسؤولية ناقص الأهلية أو عديمها على أساس فكرة الضمان أو مبدأ تحمل التبعة، وليس على أساس الخطأ، وبالتالي فإنه من المتصور قيام المسؤولية في حق الشخص والتزامه بتعويض المضرور ولو كان غير مميز⁽¹⁾.

المبحث الثاني

صور الخطأ⁽²⁾

تعرفنا فيما سبق على مفهوم الخطأ وعناصره، وتناول في هذا المبحث صور الخطأ، ويمكن بيان هذه الصور من خلال تقسيمها إلى مطلبين:

المطلب الأول: نتناول فيه الخطأ العمدي (القصد الجنائي).

المطلب الثاني: نتناول فيه الخطأ غير العمدي.

1. د. خالد جمال، مرجع سابق، ص 368.

2. الخطأ بمعناه العام هو الخطيئة CULPABILITE التي تسوغ العقاب، وبذلك فهو يتصل اتصالاً وثيقاً بالإرادة الآتية التي من مقتضاها مخالفة أوامر الشارع ونواهيته، فلا عقاب على فعل دون خطيئة (خطأ) د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص 337.

المطلب الأول

الخطأ العمدي (القصد الجنائي)

إن فكرة القصد الجنائي لا ترتد إلى تاريخ الجريمة ذاتها، فإذا كانت هذه الأخيرة قديمة قدم البشرية، إلا أن مسؤولية فاعلها تقوم الآن على أساس موضوعي بحث. فقد أصبح من المقرر أن الخطأ هو أساس المسؤولية الجنائية في العصر الحديث، وهو يمثل فتحاً مبيناً في تاريخ الحضارة الإنسانية.

والقصد الجنائي أخطر صور الركن المعنوي، إذ تصرف إرادة الجاني إلى الفعل الذي يأتيه وإلى النتيجة المقصودة بالعقاب فتبدو الخطيئة في أظهر صورها.

ومن التشريعات المعاصرة ما يُعنى بتعريف القصد الجنائي، ومنها ما يغفل تعريفه؛ وقد نهج المشرع العراقي نهج الطائفة الأولى من التشريعات. فقد عرف قانون العقوبات العراقي القصد الجنائي وأسماءه القصد الجرمي في الفقرة أولاً من المادة (33) منه بقوله: (القصد الجرمي هو توجيه الفاعل لإرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة إجرامية أخرى).

كما أن المشرع البحريني أورد تعريفاً محدداً للقصد الجنائي تبنى فيه نظرية العلم، فالمادة (25) من قانون العقوبات عرفت القصد المباشر في الشق الأول منها بقولها: (تكون الجريمة عمدية إذا اقترفها الفاعل عالماً بحقيقتها الواقعية وبعناصرها القانونية...)⁽¹⁾

وتناول جانب كبير من الفقه تعريف القصد الجنائي، ولا يختلف تعريف الفقه له من حيث المعنى وإن اختلف عن تعريف المشرعين له من حيث الصياغة. فقد عرف الفقه القصد الجنائي بأنه: (انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة بالشروط التي نص عليها القانون، أو بعبارة أخرى إرادة الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون ويعاقب على انتهاكه والمفروض علم الشخص بالقانون).⁽²⁾

1. إن أغلب القوانين العقابية على خلاف القانونين العراقي والبحريني لا تعطي تعريفاً إلى العنصر المعنوي للجرائم la Culpabilite سواءً أكانت عمدية أم غير عمدية، ومرد ذلك هي الفكرة القائلة بأن الخطيئة أو الإثم هو من الأمور التي تخرج عن نطاق القانون وأنها كما يقول الأستاذ Hafter تختص بالأخلاق أكثر مما تختص بالقانون، أو كما يوضح الأستاذ Logoz بأن الفلسفة التي من واجها إعانة رجال القانون لم تستطع النجاح لتفسير أو لتحديد معنى الإثم الذي يصدر عن الإنسان بأسلوب يمكن معه تقديم العون إلى القانون لمصطلح حددت مفاهيمه وعرفت جوانبه بصورة عامة. فالقوانين التي لا تعطي تعريفاً للإثم تخرج إذن من المبدأ القائل بأن الإنسان الذي لا يوجد في إحدى الحالات غير الطبيعية التي تجعله غير مسؤول جنائياً لا يستطيع أن يتصرف بطريقة أئمة. ولذا فإنها تمتنع عن إيراد تعريف للقصد الجنائي تاركة ذلك للفقه والقضاء أمر تحديد المراد من العنصر المعنوي للجرائم وتحديد العناصر المكونة له. Logoz, p.50, p.50 Hafter, p.50, PAR20-1. Garcon, Art.1, NO.377, Garraud, t 01, NO.287. نقلاً عن د. عبدالستار الجميلي، جرائم الدم، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969، ج1، جريمة القتل العمد، مطبعة دار السلام، ط2، 1973، ص99.

2. د. محمد مصطفى القليلي، في المسؤولية الجنائية، مطبعة فؤاد الأول، 1948، ص83، وانظر بهذا المعنى د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، 1980، ص50، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، ج1، القسم الأول، دار النهضة العربية، جامعة القاهرة، 1981، ص526، د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص331.

والحق إن تحليل عناصر القصد الجنائي قد أثار في الفقه خلافا تنازعتة نظريتان، عرفت إحدهما باسم نظرية العلم، والأخرى باسم نظرية الإرادة، وهذا ما سنتناوله في فرعين على التوالي:

الفرع الأول

نظرية العلم *Theorie De La Representation*

يشترط لتوافر القصد الجنائي أن يتصور الجاني حقيقة الشيء الذي تتجه إرادته نحو ارتكابه، وهو ما يسمى بالعلم،⁽¹⁾ ويقصد به علم بالعناصر المكونة للجريمة وتوقع النتيجة ثم اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الفعل. وليست إرادة النتيجة وغيرها من العناصر المكونة للجريمة عنصرا من عناصر القصد الجنائي.⁽²⁾ ولما كانت إرادة السلوك أمرا مشتركا بين العمد والإهمال فإن العلم يعد العنصر الوحيد الذي يميز بينهما، فهو قاصر على العمد وحده، ومن ثم فإنه جوهر القصد الجنائي،⁽³⁾ وبهذا المنطق تحصر هذه النظرية القصد في مجرد العلم وتخرج من عناصره إرادة النتيجة والوقائع الأخرى التي لا تدخل في تكوين الجريمة⁽⁴⁾ وحتتها أن إرادة هذه الأمور ممتنعة من الناحية المنطقية والعلمية، لأن دور الإرادة الحقيقي يقتصر على السيطرة على أعضاء الجسم وإلى جعلها تأتي الحركات العضوية، أما النتيجة فلا سيطرة للإرادة على إحداثها، وإنما تقتصر سيطرتها على الفعل، فحدوث النتيجة ثمرة لقوانين طبيعية حتمية لا سيطرة لإرادة الإنسان عليها،⁽⁵⁾ فهي تقع كلما تحققت أسبابها، وتتخلف كلما تخلف بعضها، دون أن يكون للإرادة في الحالتين سيطرة عليها.⁽⁶⁾

وهكذا تنتهي هذه النظرية إلى أنه يكفي لقيام القصد أن تتجه الإرادة إلى ارتكاب الفعل مع توقع النتيجة الإجرامية والعلم بالعناصر التي تلزم قانونا لوقوع الجريمة.⁽⁷⁾

الفرع الثاني

نظرية الإرادة *Theorie De La Volonté*

وطبقا لهذه النظرية فإن القصد الجنائي هو إرادة الفعل المكون للجريمة، وإرادة نتيجته التي تمثل فيها الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون، وإرادة كل واقعة تحدد دلالة الفعل الإجرامية وتعد جزءا من

1. انظر د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 39.
2. انظر د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 33 وكذلك للمؤلف نفسه، شرح قانون العقوبات، القسم العام، 9، مطبعة جامعة القاهرة، 1974، ص 686.
3. انظر محمد حسين على الحمداني، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2000، ص 100.
4. انظر د. عوض محمد، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 212.
5. انظر ماهر عبد شويش الدرّة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990، ص 299.
6. انظر د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 415.
7. ولمزيد من التفصيل في عرض هذه النظرية راجع د. عبدالمهيمن بكر سالم، القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1959، ص 69 وما بعدها، د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 33 و ص 36.

ماديات الجريمة. (1) فالقصد لا ينحصر في مجرد العلم، لأن العلم يعني المعرفة، وهي لا تكفي وحدها لإضفاء معنى الإثم، سواءً بمفهومه الخلقي أم القانوني. فالعلم بالشئ أو بمخالفة القانون لا يعد إثماً في ذاته، وإنما ينهض معنى الإثم حين تنجبه الإرادة إلى تحقيق ما تعلم أنه شراً أو مخالف للقانون. (2) وحجة هذه النظرية هي القول بأن العلم وحده حالة نفسية ساكنة مجردة عن الصفة الإجرامية، وعن معنى الإثم، فالقصد في جوهره وضع مخالف للقانون ونشاط نفسي يوصف بالإجرام، وليس من المتصور أن يقوم بمجرد العلم بل لا بد فيه من اتجاه ضد القانون، أي لا بد من نشاط نفسي يستهدف غرضاً غير مشروع، هذا الاتجاه أو النشاط هو الإرادة حين تسعى إلى الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، أي حين تسعى إلى إحداث النتيجة الإجرامية. (3)

ويبدو لنا مما سبق أن المشرعين العراقي والبحريني أخذ كل منهما بمضمون إحدى نظريتي القصد الجنائي، حيث اعتنق المشرع العراقي نظرية الإرادة، فيما تبني المشرع البحريني نظرية العلم.

فالمشرع العراقي أخذ بمضمون نظرية الإرادة من خلال تعريفه للقصد الجنائي بأنه: (توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة أخرى). (4)

ولسنا مع من يقول إن المشرع العراقي عند تعريفه للقصد الجنائي قد نص صراحة على ضرورة توافر الإرادة وأغفل الإشارة إلى وجوب علم الفاعل بأركان الجريمة التي يقترفها وهو نقص اعترى التعريف لكونه يُسقط عن عناصر القصد الجنائي وهو العلم. كما يشير البعض إلى أنه قد يُفهم من التعريف أن المشرع العراقي يقيم القصد الجنائي على عنصر الإرادة، والحقيقة أن الصيغة التي طرح فيها النص تقيد إقامة القصد الجنائي على عنصرين، العلم والإرادة، (5) إذ إن الإرادة لا تعمل إلا إذا سبقها علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر. أما أنه اكتفى بإيراد كلمة الإرادة فإن ذلك لا يعني عدم تطلبه العلم، لأن الإرادة تفترض العلم، إذ هو مقدمة ضرورية لوجود إرادة واعية تحيط بما تريد. وإذا كان القصد الجنائي هو إرادة تحقيق الواقعة الإجرامية مع العلم بعناصرها المكونة لها فمعنى ذلك أنه يقوم على عنصرين، الأول وهو الإرادة التي يجب أن تتجه إلى السلوك والنتيجة المترتبة عليه فإذا اتجهت الإرادة إلى السلوك دون النتيجة تخلف القصد الجنائي.

أما العنصر الثاني فهو العلم الذي يقصد به تمثل الجاني في ذهنه للواقعة الإجرامية بكل عناصرها المعتبرة قانوناً، وتتحدد عناصر الجريمة في كل حالة على حده بالرجوع إلى النص القانوني الخاص بها. وهذا التمثل السابق للواقعة يتواجد في لحظة سابقة على الإرادة وهو الذي يحدد اتجاهها وحدودها. (6)

1. انظر د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 26، د. عبدالستار الجميلي، مرجع سابق، ص 102.
2. انظر د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 213، محمد حسين علي الحمداني، مرجع سابق، ص 101.
3. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 688، د. ماهر عبد شويش الدرّة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 300، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 530.
4. انظر المادة 33/1 من قانون العقوبات العراقي.
5. انظر د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 275.
6. انظر د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، 1979، ص 305.

أما المشرع البحريني فقد أخذ بمضمون نظرية العلم من خلال تعريفه للقصد الجنائي بأنه: (تكون الجريمة عمدية إذا اقترفها الفاعل عالما بحقيقتها الواقعية وبمعناها القانونية...) (1) ثم ألحق المشرع في الشق الأخير من النص المذكور القصد الاحتمالي وعده بحكم العمد حيث نص على أنه: (وتعتبر الجريمة عمدية كذلك إذا توقع الفاعل نتيجة إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلا للمخاطرة بحدوثها). (2) وبذلك يكون المشرع البحريني بالإضافة إلى تبنيه نظرية العلم مد أمر فكرة القصد الاحتمالي صراحة وجعل منها أصلا عاما ساوي بين حكمه وحكم العمد المباشر. ولعل هذه المساواة هي التي دفعته إلى تبني نظرية العلم التي تعرف القصد بأنه إيراد الفعل وتصور النتيجة. (3)

وما قيل عن المشرع العراقي بصدد تعريفه للقصد الجنائي وإغفاله لأحد عنصريه يقال كذلك عن المشرع البحريني، إلا أن محكمة التمييز البحرينية كان لها رأي مغاير عندما أخذت بعنصري القصد العلم والإرادة في أحد أحكامها حيث قالت إن: (القصد الجنائي في الجرائم العمدية يتطلب اتجاه الإرادة في ارتكاب الواقعة مع العلم بعناصرها). (4)

وبهذا تكون محكمة التمييز قد تبنت أكثر التعاريف شيوعا في الفقه الجنائي الذي يتضمن العنصرين اللازمين لقيام العمد بإجماع الآراء وهما: اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة والعلم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون. (5)

وأخيرا فإننا في معرض المفاضلة بين نظرية العلم ونظرية الإرادة لا نملك إلا أن نؤيد منطق النظرية الثانية، فهذه النظرية تطوي جميع العناصر التي تطلبها نظرية العلم في القصد الجنائي، فضلا عن أنها تضيف إليها عنصر إرادة النتيجة أو الحدث، وبهذا فإنها تعطي تفسيراً مقنعا لفكرة الخطأ العمدي كما يحسها ضمير الجماعة ويسوغها منطق القانون.

1. انظر المادة 25 من قانون العقوبات البحريني.

2. انظر المادة 25 من قانون العقوبات البحريني.

3. انظر د.هلاي عبدالإله أحمد، مرجع سابق، ص303.

4. انظر حكم محكمة التمييز البحرينية رقم 16، جلسة 27 يونيو 1999، القاعدة رقم 12 لسنة 1999، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز للفترة من 1990 حتى 1999، ص744.

5. ومثال ذلك تعريف الدكتور سليمان عبدالمعمر حيث يقول: (العمد Ledol أو كما يسمى بالقصد الجنائي هو إرادة النشاط والعلم بالعناصر الواقعية الجوهرية اللازمة لقيام الجريمة، وبصلاحية النشاط لأحداث النتيجة المحظورة قانونا، مع توافر تحقيق ذلك). د.سليمان عبدالمعمر، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص539. كذلك عرفه د.محمود نجيب حسني بأنه: (علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر وقبولها). د.محمود نجيب حسني، القسم العام، مرجع سابق، ص605.

المطلب الثاني

الخطأ غير العمدي⁽¹⁾

إن الصورة الثانية من صور العلاقة النفسية هي الخطأ غير العمدي،⁽²⁾ وإذا كان القصد الجنائي يمثل الشكل العادي للمسؤولية الجنائية فإن الخطأ غير العمدي يمثل شكلاً استثنائياً لتلك المسؤولية. وكما قلنا إن القاعدة هي المسؤولية عن الوقائع العمدية ولا يسأل الإنسان عن الوقائع غير العمدية إلا حينما ينص القانون على ذلك صراحة. ومعنى ذلك أن المسؤولية الجنائية عن الأفعال المنصوص عليها في قانون العقوبات يجب أن تؤسس على القصد الجنائي، ولا يجوز تأسيسها على الخطأ غير العمدي إلا بنص صريح.

وستتناول الخطأ غير العمدي في ثلاثة فروع على التوالي:-

الفرع الأول

تعريف الخطأ غير العمدي

لم تتعرض معظم القوانين لتعريف الخطأ، لا سهواً منها كما يعتقد البعض، فهذا الموقف يشكل اتجاهًا عامًا، بل ذلك منها تعمدًا لا لترك الأمر نهياً للاجتهاد كما يعتقد البعض، بل للرجوع إليه في مدونات شرح القانون المدني، وحتى لا يكون التعارض بين شقي الخطأ الواحد المدني والجنائي في دعوى واحدة. وعلى هذا النهج سار المشرع العراقي، فلم يورد تعريفاً للخطأ غير العمدي، لكنه اكتفى بتعداد صورته فقط.⁽³⁾ وكذلك فعل المشرع البحريني، فهو يدخل ضمن الاتجاه الذي حرص على عدم إيراد تعريف للخطأ غير العمدي وإنما عرف الجريمة غير العمدية، فقد عرفت المادة (26) من قانون العقوبات الجريمة غير العمدية بقولها: (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل).

ويعتبر الخطأ متوافراً سواء توقع الفاعل نتيجة فعله أو امتناعه وحسب أن في الإمكان اجتنابها أو لم يتوقعها وكان ذلك في استطاعته أو من واجبه).

أما الفقه فيعرف الخطأ غير العمدي بأنه: (إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي

1. الخطأ غير العمدي هو الصورة الثانية أيضاً للخطأ الجزائي، وهو تعبير يتضمن حقيقة الإثم الممكن إسناده إلى فاعل سلوك مجرم في الجرائم غير المقصودة إلى جانب القصد الجنائي الذي يمثل صورتها الأولى. انظر يوسف إلياس حسو، المسؤولية الجنائية عن الخطأ غير العمدي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، غير منشورة، 1971، ص 7. وكذلك: Chales Shmidt, OP- CIT, P.118.

2. F.Almena, La Colpanellateoria general del reato, Palermo, 1974, p. le seg.o. Cecchi, Ndelitto colpose, s. Maria. C.V.; 1950, P.15- Vannini, omicidio colpose, in Quid luris, 1954, p.50. القسم العام، دار الفكر العربي، 1979، ص 315.

3. انظر المادة 35 من قانون العقوبات العراقي.

يفرضها القانون وعدم حيولته تبعاً لذلك دون أن يفرض تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته وكان واجباً عليه.⁽¹⁾

الفرع الثاني

أنواع الخطأ غير العمدي

يتمثل الخطأ غير العمدي في أحد نوعين:⁽²⁾

- الخطأ مع التوقع La faute consciente

- الخطأ بغير توقع La faute inconsciente

فالخطأ الأول مع التوقع ويسمى أيضاً بالخطأ الواعي أو مع التبصر، وبمقتضى هذا النوع من الخطأ فإن الفاعل يتوقع النتيجة الإجرامية بالفعل لكنه يحسب أن بوسعه تجنبها معتمداً على احتياطات تبين أنها غير كافية، والقول بأنه كان مدركاً وواعياً لها ولهذا سمي أيضاً بالخطأ الواعي أو مع التوقع⁽³⁾ (...). ويعتبر الخطأ متوافراً سواء توقع الفاعل نتيجة فعله أو امتناعه وحسب أن في الإمكان تجنبها...⁽⁴⁾.

1. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 763. ويعرفه د. هلال عبد الإله أحمد بأنه: (كل فعل أو ترك إرادي مخالف للقانون أو لمقتضيات الحيطة والحذر، تترتب عليه نتائج إجرامية لم يردّها الجاني، سواء توقعها وكان يعتقد إمكانية تلافيها، أو أنه لم يتوقعها على الإطلاق وكان يجب عليه أن يتوقعها ويتلافها، ولكنها تقع بالفعل من جراء إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته القوانين واللوائح والقرارات والأنظمة. د. هلال عبد الإله أحمد، شرح قانون العقوبات البحريني، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 366. وانظر بهذا المعنى د. نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، ص 454؛ د. حسن أحمد الشافعي، المسؤولية في المنافسات الرياضية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص 257؛ د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 307.

2. والخطأ بالمفهوم السابق ينبع من مصدرين رئيسيين: أولهما مخالفة التزامات الحيطة والحذر النابعة من الخبرة الإنسانية، وهو ما يسمى بالخطأ العام Faute generique ذلك أن هذه الخبرة تقرر مجموعة من القواعد تحدد المنهاج السليم الذي يتعين أن يباشر وفقاً له نوع معين من السلوك، وتساهم العلوم والفنون واعتبارات اللائحة في تكوين هذه الخبرة. فإن اعترف القانون بجانب منها قيل عنه إنه مصدر ما تقررره من واجبات، وما لم يعترف به منها تظل له على الرغم من ذلك قيمته، وتتسبب الواجبات التي تضمنها إلى الخبرة الإنسانية المباشرة. أما المصدر الثاني فهو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأنظمة ويترب على هذه المخالفة ما يعرف بالخطأ الخاص Faute Specuffque، نظراً لأنه خطأ ثابت حكماً أو مقترضاً. د. هلال عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 367.

3. انظر د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 206؛ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 555. وهذا النوع من الخطأ غير العمدي يقترب كثيراً من القصد الاحتمالي فيشترك معه في توقع النتيجة كأثر ممكن للفعل إلا أنه يفتقر عنه في عدم اتجاه الإرادة إلى هذه النتيجة. ويمكن تحديد نقاط هذا النوع بالقول أنه يشمل (كل حالات توقع النتيجة الإجرامية كأثر ممكن للفعل التي لا يعد القصد الاحتمالي متوافراً فيها). ويعني ذلك أن نطاقه مرتبط بالضابط الذي يؤخذ به في تحديد القصد الاحتمالي، فما خرج عن نطاق القصد الاحتمالي من حالات توقع النتيجة لانتهاء القصد المتطلب لتوافر هذا القصد دخل حتماً في نطاق هذا النوع للخطأ. انظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 776.

4. انظر المادة 26 من قانون العقوبات البحريني.

أما الخطأ بغير توقع، ويسمى أيضاً بالخطأ العادي أو غير الواعي أو الخطأ بغير تبصر، وطبقاً لهذا النوع من الخطأ فإن الفاعل أقدم على نشاطه دون أن يتوقع ما قد يحدثه هذا النشاط من نتائج ضارة (إجرامية) بالغير مع أنه كان يجب عليه وفي إمكانه أن يتوقعها،⁽¹⁾ (ويعتبر الخطأ متوافراً سواء توقع الفاعل نتيجة فعله أو امتناعه... أو لم يتوقعها وكان ذلك في استطاعته أو من واجبه).⁽²⁾

وأثر الخطأ غير العمدي ينصرف إلى النتيجة التي يؤثمها القانون وهو لا يختلط بالإرادة، إذ لا بد من توافر إرادة النشاط الجرمي المنطوي على خطأ غير عمدي. إلا أن ما تتميز به الجريمة غير العمدية هو أن الفاعل أراد النشاط لكنه لم يرد النتيجة بل وقعت بسبب خطئه غير العمدي.⁽³⁾

ومع ذلك فإن عدم اتجاه الإرادة إلى النتيجة لا يستغرق في الحقيقة تعريف الخطأ غير العمدي وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يتوافر موقف نفسي للجاني مرتبط بتحقيق النتيجة غير الإرادية. وهذا الموقف النفسي يتمثل في كون تحقيق النتيجة راجعاً إلى إهمال الجاني وعدم مراعاته للواجبات المفروضة بمناسبة مباشرته للسلوك الذي تسبب في أحداثها.⁽⁴⁾

ويتضح مما تقدم أن جوهر الخطأ غير العمدي هو إخلال بالتزام عام يفرضه المشرع، هو التزام بواجبات الحيطة والحذر والحرص على المصالح التي يحميها القانون.

الفرع الثالث

صور الخطأ غير العمدي

بيننا سابقاً أن المشرع العراقي على خلاف تعريفه للقصود الجنائي لم يعرف الخطأ غير العمدي، وإنما أورد صورته من خلال تعريفه الجريمة غير العمدية بموجب المادة (35) من قانون العقوبات التي تنص على أنه: (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر).⁽⁵⁾

1. انظر د. نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، ص 457؛ د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 556؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 774.

2. انظر المادة 26 من قانون العقوبات البحريني.

3. انظر د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 551؛ د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 256.

4. د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 315. Chales Shmidt, OP- CIT, P.119.

5. وبصورة متقاربة أوردت بعض التشريعات العربية صور الخطأ غير العمدي مثل المادتين (190-191) من قانون العقوبات اللبناني والمادتين (189-190) من قانون العقوبات السوري، والمادة (64) من قانون العقوبات الأردني والمادة (63) من قانون العقوبات الليبي والمادة (10) من قانون العقوبات اليمني.

أما المشرع البحريني فإنه على خلاف تعريفه للجريمة غير العمدية، فإنه لم يعرف الخطأ، كما أنه تجاهل تحديد صورته - إذ ترك تحديد تلك الصور لما استقر عليه العمل أمام القضاء.⁽¹⁾ ومن ملاحظة نص المادة (35) من قانون العقوبات العراقي يتضح أن صور الخطأ غير العمدي تنحصر بخمس صور، سنتناولها في المقاصد الآتية:

المقصد الأول

الإهمال

ويقصد به حصول الخطأ بطريق سلمي نتيجة لترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما. فالفاعل يقف موقفا سلبيا إزاء ما يستوجب الحيطة والحذر وما تمليه الخبرة الإنسانية على من كان في مثل ظروفه ليتفادى حدوث النتائج الإجرامية.⁽²⁾ ومثاله ألا يضع شخص مصباحا على حفرة أحدثها في الطريق العام فيقتل إنسانا من جراء ذلك، أو يقصر في مراقبة حيوان أليف. ومن يترك سلاحا معبئا في مكان ظاهر في بيته فيكون من نتيجة لعب الأطفال بهذا السلاح أن ينطلق منه عيارٌ يصيب أحد أفراد العائلة. ومثال ذلك أيضا من يتسبب إهمالا في تسرب الغازات أو الأبخرة أو الأدخنة أو المياه القذرة وغير ذلك من المواد التي من شأنها إيذاء الناس ومضايقتهم أو تلوثهم، ومن أهمل في تنظيف وإصلاح المداخن أو الأفران أو المعامل التي تستعمل النار فيها المادة (497 ثالثا ورابعا) من قانون العقوبات العراقي. ومن يترك الثلجة الموجودة في المزرعة الخاصة به دون صيانة مما يؤدي إلى إصابة المجني عليه بصعقة كهربائية عند ملامسته لها تؤدي إلى وفاته.⁽³⁾ أو من يوقف قيادة مركبته ليلا في طريق فرعي مظلم خالٍ من الإنارة بدون إضاءة الأنوار الصغيرة والأمامية والأنوار الحمراء الخلفية أو عاكسة الأنوار المقرر أو ما يدل على توقفها، الأمر الذي يؤدي إلى اصطدام سيارة المجني عليه بها ووفاته.⁽⁴⁾

المقصد الثاني

الرعونة

ويقصد بها الخفة وسوء التقدير باتهاج سلوك عشوائي بطيش، دون تروٍ والتفكير بما يترتب عليه من نتائج ضارة.⁽⁵⁾ فالفاعل يتجاهل ما كان يجب العلم به فيتوافر لديه جهل أو غلط منصب على الواقعة أو على ظروفها، ويتمثل خطؤه في أنه أهمل اكتساب المعلومات الضرورية لتفادي الضرر الذي أحدثه

1. إن طبيعة صور الخطأ غير العمدي محل خلاف، فهناك من يرى أنها واردة على سبيل الحصر، ومن يرى أن ظاهرها وإن كان الحصر فباطنه الإطلاق، وتوافر إحداها يغني عن باقيها. هذا ونجد البعض يقسمها إلى صورتين: الأولى سلبية، والثانية إيجابية، بينما البعض يصف الصور الأربعة الأولى بالخطأ العام والصورة الأخيرة بالخطأ الخاص. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 484.

2. انظر د. جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، 1989، ص 163.

3. انظر الطعن رقم 25 /ج/ 2004 جلسة 13-12-2004 حكم محكمة التمييز البحرينية.

4. انظر الطعن رقم 15/ج/ 2000 جلسة 8-10-2000 حكم محكمة التمييز البحرينية.

5. انظر د. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، مطبعة الفتیان، ط 1، بغداد، 1998، ص 287؛

د. جلال ثروت، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، مرجع سبق ذكره، ص 225.

بفعله، فهي تنجم من ناحية أولى عن عدم مراعاة قواعد الخبرة الإنسانية الخاصة أو الفنية التي توجبها ممارسة مهنة أو حرفة معينة. كما أنها قد تتمثل في ناحية أخرى في مسلك إيجابي إذ يقوم الجاني بعمل كان يتعين عليه الامتناع عن القيام به بالكيفية التي يتم بها أو في الوقت الذي تم فيه. (1) ومثاله الطبيب الذي يجري جراحة دون أن يتبع الأصول المستقرة في مجال عمله أو فنه، أو البناء الذي يترك حجرا يسقط فيصيب أحد المارة فيقتله أو يجرحه، وكذلك الأخطاء التي يرتكبها المقاولون والمهندسون والصيدلة والقابلات نتيجة جهلهم أو عدم كفاءتهم في أعمالهم الفنية، وإصابة المجني عليه بطلقة سببت موته أثناء مسكه مسدس المتهم الذي شهره على شخص آخر خطأ وقع نتيجة رعونة (2) وقد تتمثل الرعونة في مسلك سلبي إذ يحجم الجاني عن اتخاذ عمل كأن توجب قواعد الخبرة المهنية اتخاذه، كالممرضة التي يستغرقها مشاهدة أحد المسلسلات التلفزيونية، أو مواصلة الثرثرة مع زميلاتها فلا تقوم بإعطاء المريض في حالة خطرة دواءه في الميعاد المحدد بما يؤدي إلى وفاته. (3)

المقصد الثالث

عدم الاحتياط (التقصير)

وتتحقق هذه الصورة من الخطأ في حالة قيام الجاني بنشاط إيجابي وهو يدرك ما قد ينشأ عن ذلك من آثار ولم يتخذ ما ينبغي من الوسائل التي تحول دون تحقق هذه الآثار. (4) فهذا الخطأ في جوهره موقف إيجابي يتمثل في مباشرة الجاني لسلوك كان يتعين الامتناع عن مباشرته لما يترتب عليه من أضرار بالنظر لما تمليه قواعد الخبرة الإنسانية العامة. (5) فالفاعل يعلم جيدا طبيعة عمله ويعلم أنه يمكن أن تترتب عليه نتائج ضارة ولكنه لم يتوقع النتيجة التي حدثت لأنه لم يستخدم إمكانياته وقدراته، فسبب الجريمة هنا عدم تبصر الفاعل بالعواقب، فخطأ عدم الاحتياط هو الذي لا يأتيه إنسان متبصر مدرك.

وأغلب تطبيقات هذه الصورة تكون في حوادث المركبات فيعتبر مخطئا قائد المركبة الذي يسير بسرعة تجاوز الحد المقرر فيدعس أحد المارة، والأمر التي تنقلب على وليدها في أثناء النوم فتقتله، والشخص الذي يمزج مع صديقه بسلاح محشو فتنتطلق منه رصاصة لعدم احتياطه وتحزره وتقتله. (6)

1. انظر د. سليمان عبدالمنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 566.

2. قرار محكمة التمييز العراقية رقم 1847 في 8-30-1973 النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الرابعة، ص 378.

3. انظر د. سليمان عبدالمنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 567.

4. انظر د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 319؛ د. راتبة السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مديرية الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1988-1999، ص 135.

5. انظر د. فخري الحديثي، مرجع سابق، ص 311.

6. قرار محكمة التمييز رقم 214 في 2-2-1986، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الخامس، ص 606.

المقصد الرابع

عدم الانتباه

تتحقق هذه الصورة من صور الخطأ عندما لا يقوم الإنسان باستعمال حواسه ليكون ملماً بما حوله ومطلعاً على كل تغيير يطرأ في البيئة المحيطة به. فالذي يسير في الطريق ساهياً أو متأثراً من سهرة الليلة، أو يقود سيارته وهو منشغل البال يفكر في خصومة تمت بينه وبين آخر من قبل، أو كان لاهياً في جدال مع الأشخاص، ففي كل هذه الحالات يقال إن الشخص غير متنبه، فإذا ما تسبب في إصابة أحد دون قصد يكون مسؤولاً عن خطئه.⁽¹⁾

فعدم الانتباه مفاده عدم القيام بما ينبغي القيام به لتفادي النتائج الضارة، وهو كالإهمال يتمثل في سلوك سلبي تنجم عنه نتيجة إجرامية،⁽²⁾ ومثاله من يجتاز طريقاً ضيقاً يزدحم بالمارة وهو يحمل أثقالاً فيصيب أحد المارة، أو أن يقع القتل من بندقية انطلقت منها رصاصة بعد إقائها على الأرض بدون انتباه.⁽³⁾

المقصد الخامس

عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر

هذه الصورة تكفي وحدها لقيام مسؤولية الفاعل دون أن تكون هناك حاجة إلى اقترافه واقعة خاصة من الإهمال أو عدم الانتباه أو الرعونة أو عدم الاحتياط. فهذه الصورة قائمة بذاتها بحيث يترتب على عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر قيام مسؤولية الفاعل بسبب هذه المخالفة ولو لم يثبت عليه صورة أخرى من صور الخطأ.⁽⁴⁾

وتتميز هذه الصورة في أن الجاني لا يخالف قواعد الخبرة الإنسانية العامة أو المهنية كما في صور الخطأ السابقة، بل يخالف قواعد قانونية ذات قوة إلزامية.⁽⁵⁾

وبمقتضى هذه الصورة فإن المشرع نفسه هو الذي يحدد مباشرة وبالنص الصريح مخالفة القواعد والأنظمة والأوامر، والخطأ فيها يكون ثابتاً حكماً أو مفترضاً، فالقاضي هنا لا يلزم بإقامة الدليل على قدرة الفاعل على توقع النتيجة الإجرامية التي تترتب على نشاطه المخالف للقوانين والأنظمة والأوامر، وإنما يتوافر لمجرد المخالفة، فهذا يكفي لنعت سلوكه بالخطأ وبالتالي ترتيبت مسؤوليته الجنائية عن جريمة غير عمدية. ومثاله الشخص الذي يقود سيارة بدون رخصة، أو يقود سيارته بسرعة أكثر مما حددها

1. انظر محمد شنه، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، طبع مطبعة جامعة البحرين، 2006، ص 87.

2. انظر د. فخري الحديثي، مرجع سابق، ص 310.

3. قرار محكمة التمييز العراقية رقم 311 في 10-5-1969، مجلة القضاء، العدد الثاني، نيسان أيار حزيران 1969، السنة الرابعة والعشرون، ص 235.

4. انظر د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 319. وكذلك للمؤلف نفسه، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 2 جامعة الموصل، 1997، ص 209؛ د. واثبة السعدي، مرجع سابق، ص 136.

5. انظر د. سليمان عبدالمنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 567.

القانون، أو يسير باتجاه يخالف اتجاه السير العادي، أو إيقاف السيارة في مكان وكيفية تخالف مقتضى قانون المرور والبيانات الصادرة بموجبه.⁽¹⁾

وهذا الخطأ المفترض يرقى إلى حد القرينة القاطعة التي لا يجوز للشخص إثبات عكسها. على أن مخالفة القوانين والأنظمة والأوامر لا يعني قيام جريمة غير عمدية حتماً، وإنما يجب أن تتوافر جميع عناصر الخطأ في حق الفاعل، فيقتضي توافر الخطأ والنتيجة والرابطة السببية، كما لو قاد شخص سيارة بدون رخصة ودعس آخر ومات ثم تبين أن سبب الوفاة يرجع إلى خطأ المجني عليه وحده، فإن رابطة السببية لا تكون متوافرة، ومن ثم لا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن جريمة قيادته سيارة بدون رخصة.⁽²⁾

1. انظر د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 319؛ د. فخري الحديثي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ص 312؛ وكذلك للمؤلف نفسه، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جامعة الموصل، ط 2، 1997، ص 184.

2. انظر د. جلال ثروت، قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص 227؛ وكذلك للمؤلف نفسه، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 163؛ د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق. د. سليمان عبدالمنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 568. وبهذا المعنى انظر طعن محكمة التمييز البحرينية رقم 13 لسنة 1996، جلسة 26 يناير 1997، رقم القاعدة 2، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، السنة الثانية من يناير إلى ديسمبر 1997، ص 671.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع الخطأ في المسؤوليتين المدنية والجنائية في القانونين البحريني والعراقي، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، حيث تمت المعالجة التفصيلية لجوانب هذا الموضوع حول نصوص القانون البحريني وبعض القوانين العربية الأخرى وعلى وجه الخصوص القانون العراقي.

وقد استهدفت هذه الدراسة إجلاء بعض الغموض الذي أحاط بالخطأ كأساس للمسؤوليتين المدنية والجنائية، ليغدو هذا الخطأ واضح المعالم أمام العاملين في الحقل القانوني من باحثين وقضاة ومحامين إلخ.

وفي ما يلي نعرض لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة:

أولاً: النتائج

1. إن الخطأ الذي يرتكبه الجاني، ونعني بالخطأ هنا (الخطأ بمفهومه الواسع الذي يتضمن العمد والخطأ بمفهومه الضيق) هو ركن ضروري لقيام المسؤولية اتجاه مرتكبه بنوعها المدنية والجنائية.
2. إن جوهر الخطأ بصورة عامة يتمثل بالإخلال بواجب قانوني سواءً أكان هذا الواجب واجباً خاصاً (التزاماً) أم كان واجباً عاماً يفرضه القانون على الشخص باعتباره أحد أفراد الجماعة التي يعيش فيها، والتي تخضع لحكم القانون الذي يفرض فيها على كل فرد بأن يحترم حقوق وحريات الغير، وألا يرتكب ما يعتبر مساساً بهذه الحقوق والحريات، وأن هذا الخطأ يمكن أن ينسب لأي شخص صدر منه هذا الإخلال.
3. الخطأ ليس له إلا درجة واحدة وإن تعددت صورته، إذ يتمثل في مخالفة واجبات الحيطة والحذر، سواءً تلك التي تفرضها قواعد الخبرة الإنسانية العامة أو الخاصة أو التي تستخلص من مخالفة القوانين والأنظمة واللوائح.
4. لم يرد في التشريع البحريني ما يشير إلى تبنيه وحدة الخطأ أو تطلبه درجة معينة من الجسامه فيه، إلا أن الرأي السائد في البحرين يميل إلى اعتناق الاتجاه القائل بوحدة الخطأ، وأن أي قدر من الخطأ يمكن أن ترتب عليه المسؤولية بنوعيهما، ومهما كان يسيراً، وهو في ذات الوقت اتجاه القضاء في البحرين.
5. إن الخطأ يقوم على عنصرين هما العنصر المادي، وهو الفعل أو الترك الذي يعتبر إخلالاً بالواجب القانوني الذي يقع على عاتق من ينسب إليه الخطأ، يستوي بعد ذلك أن يكون هذا الإخلال عمدياً أو غير عمدي أي نتيجة إهمال. وعنصر آخر وهو العنصر المعنوي، ويتمثل في كون المتسبب في الضرر لديه التمييز والإدراك، بحيث يكون هذا الشخص مدركاً لمعنى الخطأ الذي يعتبر بمثابة إخلال بالواجب القانوني، لذا فإن القانون يتطلب فيمن يمكن نسبة الخطأ إليه ومساءلته عما اقترفه من إضرار بالغير أن يكون مميزاً.
6. إن الخطأ بكافة صورته يرتبط على نحو وثيق بمخالفة شخص ما لقاعدة تجريمية منصوص عليها

في القانون، ولهذا السبب لا تثار مسؤولية المخطئ إذا كان الفعل أو السلوك الذي أتاه الشخص غير منصوص عليه كجريمة في القانون. وعلى وفق المبدأ الأساسي في القانون الجنائي الذي يقضي بأنه (لا جريمة ولا عقوبة بدون نص) فإنه يتعين للقول بمسؤولية شخص ما جنائياً أن يكون النشاط المنسوب إليه خاضعاً لنص جنائي محدد يتضمن بياناً بالفعل و بالجزاء المقرر له.

ثانياً: التوصيات

إن المشرع البحريني لم يُعرّف لنا الخطأ، على خلاف من قال بأنه قد فعل ذلك بموجب المادة (26) من قانون العقوبات)، ذلك أن المادة المذكورة عرّفت الجريمة غير العمدية، وأغفلت أيضاً الإشارة إلى صورها المتعارف عليها في التشريعات المقارنة والفقهاء الجنائي، عندما نصت على أنه: (تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل...)

لذلك نقترح تعديل هذه المادة لتقرأ على النحو الآتي:

- تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت الجريمة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل، وكان ذلك ناشئاً عن إهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر واللوائح.
- الخطأ، تقصير في مسلك الفاعل يترتب عليه نتائج يؤثمها القانون، سواءً حصلت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لا يصدر من شخص متوسط الذكاء وجد في ذات الظروف الخارجية التي اكتنفته.

المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ. الكتب

1. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، دار الدعوة، بدون سند نشر.
2. البيهقي، السنن الكبرى، ج10.
3. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، الجزء الأول، القسم الأول، دار النهضة العربية، جامعة القاهرة، 1981.
4. د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، ط2006.
5. د. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، مطبعة الفتیان، ط1، بغداد، 1998.
6. د. جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، 1989.
7. د. حسن أحمد الشافعي، المسؤولية في المنافسات الرياضية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
8. د. خالد جمال الدين، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط1، الفتح للطبع والنشر.
9. د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010.
10. د. سعيد حسب الله عبدالله، الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحريني، طبع مطبعة جامعة البحرين، 2005.
11. د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، 1980.
12. د. عبدالباسط الحكيمي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القسم الأول، الدعاوى الناشئة عن الجريمة، مركز الصادق للطباعة والنشر، ط4، صنعاء، 2012.
13. د. علي حسين الخلف ود.سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، طبع مطابع الرسالة، الكويت، 1982.
14. د. عدنان الخطيب، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، 1957.
15. د. عبد الستار الجميلي، جرائم الدم، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات رقم 111، 1969، ج1، جريمة القتل العمدية، مطبعة دار السلام، ط2، 1973.

16. د. عبد المهيمن بكر سالم، القصد الجنائي في قانون العقوبات المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1959.
17. د. عبدالوهاب عمر البطراوي، الوجيز في قانون العقوبات البحريني، ط1، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، 2008.
18. د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، بغداد، 1992.
19. د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جامعة الموصل، ط2، 1997.
20. د. فيصل الكندري، أحكام الجرائم الانتخابية، جامعة الكويت، ط1، 2000.
21. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
22. د. مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، ط1 الفتح للطباعة والنشر.
23. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط9، مطبعة جامعة القاهرة، 1974.
24. د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، 1978.
25. المحامي محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، شرح على متون النصوص الجزائية، مطبعة العاني، بغداد، ط1، 174.
26. د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، 1979.
27. د. محمد مصطفى القللي، في المسؤولية الجنائية، مطبعة فؤاد الأول، 1948.
28. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ط9، 1974.
29. د. محمد زكي ابو عامر، شرح قانون الإجراءات الجنائية، 1982.
30. د. محمد شنه، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، طبع مطبعة جامعة البحرين، 2006.
31. د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر، 1990.
32. د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جامعة الموصل، ط2، 1997.
33. د. نضال ياسين حمو وآخرون، التنظيم القانوني للجرائم الانتخابية، معهد التنمية السياسية، البحرين، 2014.

34. د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم الأول، الكتاب الأول، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1998.
35. د. هلاي عبدالإله أحمد، شرح قانون العقوبات البحرين، القسم الخاص، مطبعة جامعة البحرين، ط1، 2007.
36. د. واثبة السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1988.1989.

ب. الرسائل والبحوث

1. حورية عمر أولاد الشيخ، موانع المسؤولية الجنائية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، غير منشورة، 1983.
2. د.علي راشد، الإرادة والعمد والخطأ والسببية في نطاق المسؤولية الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، س2، مصر، 1966.
3. محمد حسين محمد علي الحمداني، المسؤولية الجنائية عن الغير، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، غير منشورة، 2000.
4. يوسف الياس حسو، المسؤولية الجنائية عن الخطأ غير العمدي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، غير منشورة، 1971.

ت. المجلات (الدوريات)

1. القضاء، العدد الثاني، نيسان أيار حزيران السنة 24، 1969، بغداد.
2. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، س2، 1966.

ث. المجموعات القضائية

1. النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة 4، بغداد، 1973.
2. قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الخامس، 1986.
3. مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية للفترة 1999.1990.
4. مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية، لسنة 1997.

5. الطعن رقم 25، ج، 204 جلسة 13/12/2004 حكم محكمة التمييز البحرينية.
6. الطعن رقم 15، ج، 2000 جلسة 18/10/2000 حكم محكمة التمييز البحرينية.

ج. القوانين

1. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
2. قانون العقوبات البحريني رقم 14 لسنة 1976.
3. قانون المدني البحريني رقم 22 لسنة 2004.
4. القانون المدني المصري.
5. قانون العقوبات السوري رقم 148 لسنة 1949.
6. قانون العقوبات الأردني رقم 21 لسنة 1968.
7. قانون العقوبات الليبي لسنة 1953.
8. قانون العقوبات اللبناني رقم 40 لسنة 1948.
9. قانون العقوبات اليمني.

ثانياً: باللغة الأجنبية

1. Glanvill Williams, Criminal law, The general part, Stevens, sons edition, London, 1998.
2. Jean Salvaire, Reflexions sur la responsabilite penal d autrui, reuvede sc crime parise, 1984.
3. Thomas Wurtenberger, Des problem du droit penal en matyer economique, parise, 1985.
4. Charles Shmidt Faute Criminales Et Faute Civile " parise, 1928.
5. Caston Stefani, Et georges Levasseur a "droit penal general" Tom1.7: Edition, parise, 1973.



استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية

المسؤولية الجنائية للطبيب عن الخطأ الطبي في مجال الإنعاش الصناعي

الدكتور علي حسن الطوالبه

مستشار قانوني

مجلس الشورى - مملكة البحرين

المسؤولية الجنائية للطبيب عن الخطأ الطبي في مجال الإنعاش الصناعي

الدكتور علي حسن الطوالبه
مستشار قانوني
مجلس الشورى - مملكة البحرين

المخلص

يعد العمل الطبي من الأعمال وثيقة الصلة بصحة الأفراد فمحله الجسم البشري الذي أولته معظم التشريعات عناية خاصة، والممارسون لهذا العمل ليسوا على درجة واحدة من العلم والمهارة ودرجة الحيلة والحذر، وقد يخالفون القانون خطأ أو قصدا مما يستتبع معه إمكانية تحريك المسؤولية الجنائية والمدنية والمهنية بحقهم، خاصة إذا ما ثبت خطأ أي منهم.

إن استخدام الوسائل والتجهيزات الطبية الداعمة للحياة كإنعاش القلب والرئتين وأجهزة التنفس الاصطناعي باعتبارها من الإجراءات الهامة التي يقوم بها الطبيب وما يترتب على اختلالها من إمكانية تقرير مسؤولية الطبيب، خاصة أن ذلك قد يتعلق بتحديد لحظة الوفاة وما تثيره من إشكاليات.

والتأكد من يقينية وفاة المريض من الأمور الهامة في هذا المجال، وما يصدر عن الطبيب لا يخرج عن مسألة الامتناع عن استخدام تلك التجهيزات أو إبقاء استخدامها، مما يثير التساؤل حول حق الطبيب في الامتناع عن تركيب تلك التجهيزات أو رفعها عن المريض ومدى مسؤوليته الجنائية.

Abstract

The medical field is considered to be one of the most related field to people health since human body is its subject, most legislation give this subject a special concern.

Workers in this field are not at the same level of knowledge, experience nor Conservatism; hence, they might intentionally or unintentionally commit wrongdoing, which might lead to rise their criminal, civil and professional responsibilities.

The usage of life-sustaining treatment such as Cardiopulmonary resuscitation (CPR) and Artificial Ventilator which considered as an important treatment that doctors apply, the disruption of such treatment could lead to the possibility of doctor legal responsibility, especially when such treatment and procedures relate to determining the moment of death and other related debates. So, the sureness of death certainty is one of the important issues in this respect, the possibility of doctor conducts is either to refrain or to continue using life-sustaining treatment, this may rise the question about doctor abstention right to use life-sustaining equipment or disconnect them and the scope of his/her legal responsibility.

المقدمة

يعد العمل الطبي من الأعمال الهامة لتعلقها بأفراد المجتمع بشكل مباشر، فلا يعصم أي شخص من الخطأ، سيما وأن الممارسين لهذه المهنة وهم الأطباء ليسوا على درجة واحدة من العلم والمعرفة والحيلة والحدز، لذلك لا بد من محاسبة من يخطئ منهم إذا ما ثبت خطؤه بشكل يقيني قاطع، لأن محل الحماية القانونية هو الجسم البشري الذي أولته معظم التشريعات عناية خاصة.

من هنا برزت مسؤولية الطبيب والتي تطورت تطورا ملحوظا، ففي البداية لم يكن من المتصور مساءلة الأطباء عن أخطائهم، إلا أنه ومع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلة الأطباء عن أخطائهم العمدية، ثم تطورت بعد ذلك فأصبح الأطباء مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ، ويترتب على ذلك جزاء قانوني، ولا تتحقق هذه المسؤولية إلا إذا وجد ضرر لحق بالمريض.

وتعد عملية استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي من العمليات الهامة لما يترتب عليها من مسؤولية في حق الطبيب الذي يزاوول هذه العملية، خاصة أن مسؤوليته مرتبطة بتحديد لحظة الوفاة التي أثارت إشكالية بين الأطباء.

والتصرفات التي تنسب إلى الطبيب إزاء استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي لا تخرج عن الصور التالية: إما الامتناع عن استخدامها، أو إتيان استخدامها، واستمرارها في العمل، فما مدى حق الطبيب في الامتناع عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي أو رفعها عن المريض؟ فهل يسأل الطبيب جنائيا في مثل هذه الحالات؟

مشكلة البحث:

إن الغرض من هذه الدراسة هو قيام مسؤولية الطبيب الجنائية عن الخطأ الطبي الناجم عن الإنعاش الصناعي.

عناصر مشكلة البحث:

إن الغرض من هذه الدراسة هو الإجابة عن التساؤلات الآتية:

1. ما معيار الحياة والموت الموجب للمسؤولية الجنائية للطبيب في استمرار أجهزة الإنعاش في العمل أو توقفها؟
2. ما مدى تحقق المسؤولية الجنائية في حالة امتناع الطبيب عن استخدام أجهزة الإنعاش؟
3. ما مدى مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن الخطأ في استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي؟

فرضيات البحث:

تتمثل فرضيات البحث في الإجابة المتوقعة على الأسئلة السابقة التي شكلت عناصر مشكلة الدراسة وذلك على النحو التالي:

1. إن لحظة الوفاة مختلف عليها بين المعيار التقليدي بموت القلب والرئتين، وبين المعيار الحديث بموت المخ.

2. تقوم المسؤولية الجنائية اتجاه الطبيب الممتنع عن إنعاش المريض، ويعمل بالمعيار الموضوعي عند تقرير خطأ الطبيب مع مراعاة الظروف الخارجية والخاصة للطبيب في حالة استمرار أجهزة الإنعاش في العمل أو توقفها.

3. إن دراسة الإنعاش الصناعي من الدراسات الحديثة التي تقوم فيها المسؤولية الجنائية على الخطأ في استخدامها، لذلك لا بد من تحديد الأصول الفنية التي تحدد طبيعة عمل الإنعاش الصناعي ومدى الخطأ فيه وبالتالي مساءلة الطبيب جنائياً.

منهج البحث المستخدم:

للإجابة عن أسئلة الدراسة تم اتباع المنهج المقارن، بالإضافة إلى المنهج التحليلي، مسترشداً بحكم التشريع واجتهاد الفقه والقضاء.

تقسيم البحث:

اقتضت طبيعة هذا البحث تقسيمه إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مشكلة تحديد لحظة الوفاة (الموت).

المبحث الثاني: مسؤولية الطبيب الجنائية عند استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي.

المبحث الأول

مشكلة تحديد لحظة الوفاة (الموت)

تمهيد وتقسيم:

إن حق الإنسان في الحياة من أهم حقوق الإنسان، وهو من الحقوق الجوهرية لارتباطها ببقاء الإنسان على قيد الحياة وجودا وعدما، ولا يجوز الخروج عن هذا الحق حتى في أوقات الطوارئ⁽¹⁾، ونصت على هذا الحق الجوهرية المادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: (الحق في الحياة هو حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفا).

وقد انضمت البحرين إلى هذا العهد بموجب القانون رقم (56) لسنة 2006 بالموافقة على انضمام مملكة البحرين إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وأصبح ملزما بما ورد فيه بموجب الدستور⁽²⁾.

ولما كان الموت هو اللحظة الحاسمة والقاسية التي يغادر فيها الإنسان الحياة، قسّم الأطباء الموت الحقيقي إلى ثلاث مراحل: المرحلة الأولى يحدث الموت الإكلينيكي، حيث يتوقف القلب والرئتان عن العمل، وفي المرحلة الثانية تموت خلايا المخ بعد بضع دقائق من دخول الدم المحمل بالأوكسجين للمخ، وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو إلى آخر، أما المرحلة الثالثة للموت فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي⁽³⁾.

ويستنتج من ذلك أنه من الممكن أن يتوقف قلب الإنسان عن العمل ولكن خلايا المخ تبقى حية، لهذا يعد موت الإنسان موتا ظاهريا لعدم موت المخ. أما إذا ماتت خلايا المخ فلا أمل في إعادة الحياة إلى المخ.

وتباينت التشريعات القانونية والآراء الفقهية حول مشكلة تحديد لحظة الوفاة، حيث ظهر معياران: الأول تقليدي (الموت الظاهري أو الإكلينيكي)، والثاني الموت الدماغي، اللذان ساعمل على دراستهما في المطلبين التاليين:

1. د. طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، سلسلة الرسائل العلمية - رسالة دكتوراه، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014م، ص16.

2. نصت المادة (37) من الدستور البحريني على أن: (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم، ويبلغها إلى مجلسي الشورى والنواب فوراً، مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. على أن معاهدات الصلح والتحالف، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة، والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين البحرين يجب لنفاذها أن تصدر بقانون. ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية).

3. انظر د. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م، ص130.

المطلب الأول

المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة

لا بد لنا في البداية من تحديد مفهوم المريض، لذا عرفه جانب من الفقه بأنه: الشخص المريض هو الإنسان الحي حتى لو كان فاقد الإدراك أو التمييز وكانت حياته كلها أو تكامله الجسدي في خطر⁽¹⁾. ويتربط على ذلك أن المريض لا بد أن يتمتع بالحياة. وقد يتعرض هذا المريض لما يسمى بالموت الظاهري، وهو "توقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمركزة في القلب والتنفس"⁽²⁾.

يستند المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة على توقف القلب وجهاز الدوران والتنفس عن العمل بصورة دائمة، بمعنى أنهم يأخذون بالموت الظاهري، وهذا ما أخذت به بعض التشريعات التي لم تنص صراحة على تحديد لحظة الوفاة، حيث أخذ المشرع الفرنسي قديماً بهذا المعيار، حيث يتضمن أسلوبيين يتأكد من خلالهما الأطباء من حدوث الوفاة وهما:

1. قطع أحد الشرايين للتأكد من توقف الدورة الدموية.

2. الحقن بمادة الفلوروسين تحت الجلد للتأكد من انتشارها بالعين⁽³⁾. وانتهى الأمر بالمرسوم رقم (501) لعام 1978م، الخاص بنقل الأعضاء، وقد حدد هذا القانون طرق وإجراءات التحقق من الوفاة يجب أن يتم بواسطة طبيبين من المستشفى، أحدهما يجب أن يكون رئيس القسم أو نائبه، كما أشارت المادة (21) منه على كيفية التأكد من الوفاة، حيث أشارت إلى أن التثبيت من الوفاة يستند بصفة أساسية على تطابق الأدلة الأكلينية، بحيث تسمح للأطباء بالقول بموت الشخص وإحالة ذلك إلى قرار يصدره وزير الصحة بعد أخذ رأي الأكاديمية الوطنية للطب ونقابة الأطباء الفرنسية⁽⁴⁾.

وأخذ المشرع الإسباني في بداية الأمر بهذا المعيار، حيث أصدر في عام 1980م قانوناً خاصاً بنقل الأعضاء⁽⁵⁾.

وكذلك فعل المشرع الأمريكي في عام 1968م، عندما أسندت المادة (7/ب) من قانون نقل الأعضاء الفيدرالي مهمة تحديد لحظة الوفاة إلى الطبيب. وفي عام 1970 صدر تشريع ولاية تكساس عرف الموت وحدد الوسائل التي يتعين على الطبيب التأكد من توافرها قبل الإقرار بحدوث الوفاة، وتبنت غالبية الولايات في أمريكا عام 1981م هذا المفهوم للموت والذي يعني (التوقف التام والنهائي لجميع وظائف المخ)⁽⁶⁾.

1. د. أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، ط2، د.ن، 1990م، ص276.

2. د. محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي - نقل الأعضاء البشرية - إجراء التجارب الطبية)، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015م، ص30.

3. د. محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، د.ن، 1977م، ص246.

4. د. محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة .. مرجع سابق، ص17-16.

5. د. محمود أحمد طه، الأساليب الحديثة، مرجع سابق، ص18.

6. د. محمود أحمد طه، الأساليب الحديثة، مرجع سابق، ص17.

ومن التشريعات العربية، نص التشريع المصري في المادة (14) من القانون رقم (5) لسنة 2010م، بشأن نقل وزراعة الأعضاء على أنه: (لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت يقينياً تستحيل بعده عودته للحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من اللجنة الثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب....)، ومن النص السابق يتضح أن المشرع المصري أخذ بالمعيار التقليدي.

ولم يحدد المشرع الأردني لحظة الموت، ولم يحدد كيفية التأكد من حدوث الوفاة، حيث بينت المادة الثامنة من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان رقم (23) لسنة 1977م وتعديلاته، على عدم فتح الجثة لأي غرض إلا بعد التأكد من حدوث الوفاة بتقرير طبي، ويشترط في ذلك أن يكون الطبيب الذي يقرر الوفاة هو غير الطبيب الاختصاصي الذي يقوم بعملية النقل.

أما التشريع البحريني فقد سار على نهج التشريعات السابقة، وبقراءة لنص المادة (5) من المرسوم بقانون رقم (16) لسنة 1998 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية، نجد أنها لم تشر صراحة إلى موت الدماغ، إلا أنها أشارت إلى التحقق من الوفاة بصورة قاطعة، بواسطة لجنة طبية تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين، من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية.

فقد نصت المادة (5) من القانون أعلاه على أنه: يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفي، بشرط الحصول على موافقة أقرب الأشخاص إليه حتى الدرجة الثانية، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة، وجبت موافقة غالبيتهم، وفي جميع الأحوال يجب أن تصدر الموافقة بإقرار كتابي، وذلك بالشروط التالية:

1. التحقق من الوفاة بصورة قاطعة، بواسطة لجنة طبية تشكل من ثلاثة أطباء متخصصين، من بينهم طبيب متخصص في الأمراض العصبية، على ألا يكون من بين أعضاء اللجنة الطبيب المنفذ للعملية.

2. ألا يكون الشخص المتوفي قد أوصى حال حياته بعدم استئصال أي عضو من جسمه وذلك بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية.

ونرى أن هذه الطرق أعلاه لم تعد كافية في وقتنا الحالي لإثبات الموت، وخاصة بعد تدخل وسائل الإنعاش الصناعي التي أثبتت عدم صحة تشخيص الوفاة لمجرد توقف القلب والرئتين⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أن الموت: (هو التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة: التنفس والنبض وخفقان القلب لشخص ما زال حيا لكنه يظهر بمظهر الميت)⁽²⁾، كما يرى البعض الآخر أن الموت هو توقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان والمركزة في القلب والتنفس⁽³⁾.

1. ولتأكيد ما انتهينا إليه انظر: د.رياض الخاني، شرعية تشريح جثة الإنسان للتعليم الطبي، دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قارونس، 1986م، ص 95.

2. د.أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والشرعية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق والشرعية، ص 5، ع 1، 1981م، ص 106.

3. د.محمد سامي الشواء، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، (د.ن)، 1986م، ص 577.

وتعرض الرأي القائل بمعيار الموت الظاهري لانتقادات عديدة نذكر أهمها:⁽¹⁾

1. أن الوفاة الحقيقية لا تحدث إلا بتوقف الأجهزة الثلاثة وهي القلب والمخ والرئتين، فهي لا تتوقف دفعة واحدة وإنما تباعا، حيث إن المخ لا يتوقف إلا بعد انقطاع الأوكسجين.

2. التقدم الطبي والتكنولوجي أدى إلى التغلب على توقف بعض أجهزة الجسم عن العمل، حيث أمكن إعادة التنفس عن طريق التنفس الاصطناعي باستخدام الرئة الصناعية، وجهاز منظم القلب الكهربائي الذي يستطيع نقل الدم إلى بقية أجزاء الجسم، وكذلك إيقاظ مراكز الإحساس عن طريق الصدمات الكهربائية، وغيرها.

3. من الممكن أن يبقى القلب يعمل، بينما يموت جذع المخ، هنا يكون الموت قد حصل وفقا لمعيار الموت الدماغي، رغم أن القلب والرئتين مستمرين في عملهم بطريقة صناعية بواسطة الأجهزة المشار إليها سابقا⁽²⁾.

وأمام فشل معيار الموت الظاهري في تحديد لحظة الوفاة، ظهر معيار آخر يحدد لحظة الوفاة وهو معيار الموت الدماغي.

1. د. أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، مجلة الحقوق والشرعية، س5، ع1، الكويت، 1981م، ص128.

2. د. حسام الدين الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975م، ص172.

المطلب الثاني

المعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة (موت الدماغ) والتشريعات التي أخذت به

يطلق على هذا المعيار اسم "موت الدماغ" أو "موت جذع المخ" أو "المعيار الحديث للوفاة". واتجهت معظم التشريعات في الوقت الحالي إلى اعتبار الشخص متوفى إذا ماتت خلايا المخ على الرغم من بقاء قلبه حيا، فكيف تتم عملية تشخيص موت الدماغ؟ وما هو موقف التشريعات المختلفة من هذا المعيار؟ هذا ما سنجيب عليه بالآتي:

من الممكن أن يتعرض الشخص السليم لإصابة جسيمة أو بسيطة في دماغه، وبما أن مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية موجودة في الدماغ وبالذات في جذع الدماغ، فإن إصابة هذه المراكز بصفة دائمة يعني ذلك الموت الحتمي، لكن من الممكن أن تكون الإصابة بسيطة يمكن أن يشفى منها المصاب بالعلاج عن طريق إعادة محاولة استمرار التنفس وضربات القلب والدورة الدموية بوسائل الإنعاش المختلفة⁽¹⁾.

وبما أننا بصدد دراسة هذه الجزئية فإنه لا بد من التمييز بين الحالات التالية:

الحالة الأولى: وهي أن الإنسان يموت بموت خلايا مخه حتى ولو بقي القلب حيا ينبض، ففي مثل هذه الحالة يدخل المريض في مرحلة الغيبوبة الكبرى أو النهائية المسماة (Deep Coma).

والحالة الثانية: المعروفة بحالة الغيبوبة العميقة (Coma Prolonge)، التي تعني بقاء خلايا الدماغ سليمة دون تلف، لكن المريض يبقى فاقدًا لكل إدراك وقدرة على الاتصال بالعالم الخارجي، ففي مثل هذه الحالة يعد إنسانا سليما ويتم ربطه بأجهزة الإنعاش الصناعي لإنقاذ حياته⁽²⁾.

"ويتفق الأطباء على أن موت الدماغ يتم تشخيصه من خلال"⁽³⁾.

1. توقف التنفس: فحص التنفس من حيث غازات الدم وحركة الصدر ووقف التنفس الصناعي لملاحظة تنفس المريض من نفسه.

2. انفعالات جذع الدماغ: من خلال تسليط الضوء على حدقة العين، حيث تنكمش وتكون صغيرة، أما في حالة موت الجذع لا تتأثر وتبقى متسعة.

1. حيث تتمثل وسائل الإنعاش في مجموعة الأجهزة والعقاقير بالإضافة إلى الكوادر البشرية المدربة من الأطباء والممرضين التي تستخدم هذه الأجهزة بمهارة وهي:

1. المنفسة (Respirator or Ventilator) المعروفة باسم قناع التنفس. 2. جهاز إنعاش القلب مثل مانع الذبذبات. 3. (Defibrillator). 4. جهاز منظم ضربات القلب (pace Maker). لمزيد من المعلومات انظر د. محمد علي البار، موت القلب أم موت الدماغ، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط 1، 1986م، ص 84-90.

2. د. محمد علي البار، مرجع سابق، ص 90-92.

3. انظر د. محمد علي البار، موت القلب وموت الدماغ.. الموت.. تعريفه وعلاماته وتشخيصه، موقع الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، تاريخ الدخول 8 مايو 2017، [https://www.eajaz.org/index.php/Scientific-Miracles/Medicine-](https://www.eajaz.org/index.php/Scientific-Miracles/Medicine-and-Life-Sciences/314-Cardiac-death-and-brain-death)

and-Life-Sciences/314-Cardiac-death-and-brain-death

3. التأثير العام ويلاحظ فيها: المنعكس الرأسي العيني، القرنية، الدهليز العيني (50 سم ماء بدرجة صفر مئوي)، الانعكاسات الإرادية للسعال (التقيؤ).

وهناك فحوصات إضافية لتحديد موت الدماغ وهي⁽¹⁾

1. تخطيط الدماغ الذي يتم في ذلك اليوم الذي يثبت به موت الدماغ ويتكرر هذا التخطيط كل 6-8 ساعات وعادة يجري بعد 24 ساعة لمزيد من التأكد.

2. غياب تيارات جذع المخ المستثارة بالمنبهات السمعية.

3. توقف دوران الدم الدماغى المثبت بطريقتين:

أ. دراسة تدفق الدم بالمسح الطبقي.

ب. دراسة تدفق الدم بالنظائر المشعة".

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته المنعقدة في عمان الأردن من (8-13 صفر 1407هـ/ 11-16 أكتوبر 1986م) بشأن أجهزة الإنعاش حيث قرر المجمع ما يأتي: (إن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة إذا تبينت فيه العلامتان التاليتان:

1. إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2. إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا وحكم الأطباء المتخصصون أصحاب الخبرة بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه بالتحلل)⁽²⁾.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة؛ الأمر الذي فتح الباب لنقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء.

فالموت الدماغى هو (توقف المخ عن العمل وكذلك توقف التنفس بصورة طبيعية عن العمل)، وهناك من يرى موت جذع المخ الذي يوجد فيه مراكز التنفس والمراكز الخاصة بالدورة الدموية، وهناك من يتطلب موت المخ كاملا⁽³⁾.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا المعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة بموت المخ، التشريع السعودي، والذي حدد معيار الموت الدماغى دون أي لبس أو غموض، وأوضح العلامات التي يتمكن بها الأطباء من تشخيص حدوث الوفاة من خلال دليل إجراءات زراعة الأعضاء الصادر عن المركز السعودى لزراعة الأعضاء والمعتمد بموجب قرار وزير الصحة رقم (1081/1/29) لعام 1414هـ معيار الموت الدماغى (موت جذع المخ)⁽⁴⁾، ذلك بتشكيل لجان خاصة في كل مستشفى من المتخصصين لتحديد لحظة موت المخ.

1. د. ازدباد بران، ندوة التبرع بالأعضاء وزراعتها بالأردن الأبعاد الطبية والشرعية والقانونية، عمان، 17/12/1997م، ص 27.

2. د. عبد المطلب عبدالرزاق حمدان، مرجع سابق، ص 132.

3. لمزيد من المعلومات انظر د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، ط 1، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001م، ص 33.

4. د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مرجع سابق، ص 21-20.

وكذلك فعل التشريع العراقي منذ عام 1986م، حيث نصت المادة الثانية من قانون نقل وزرع الأعضاء البشرية رقم (85) لسنة 1986م، على أن الوفاة لا تتحقق إلا بموت جذع المخ.

وأيدت معظم المؤتمرات الطبية⁽¹⁾ هذا المعيار، إلا أنه بالرغم من ذلك تعرض لعدة انتقادات نورد أهمها:

1. احتمال الخطأ في تشخيص موت المخ⁽²⁾: وذلك لأن عملية تشخيص موت المخ تتم بواسطة جهاز رسم المخ الكهربائي، وهذا الجهاز لا يعكس من المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية دون أن يتمكن من إعطاء معلومات كافية عن نشاط المراكز العصبية العميقة، وهو ما يعرف بجذع المخ والذي تتواجد فيه مراكز التنفس والمراكز الخاصة بالدورة الدموية، مما يحتمل معه أن يكون الشخص فاقدًا للوعي والحركة ولا يزال حيا.

2. الموت الدماغي ليس هو الموت الحقيقي: لعدة أسباب علمية يبررها أصحاب الاختصاص.

3. الأمل وعدم اليأس من رحمة الله تعالى.

4. أن هذا المعيار يسهل الطريق للتأجار بالأعضاء البشرية.

وأمام هذه الانتقادات ظهرت معايير أخرى تحاول أن تصل إلى نتيجة دقيقة ولكنها في إطار الطب تحت مسمى الموت الجسدي أو كما يسميه بعض الأطباء بالموت الكلي، حيث تتوقف كافة الأجهزة في الجسم عن العمل بصورة نهائية غير قابلة لإعادتها إلى الحركة من جديد، ونادى العديد من أطباء الطب الشرعي بالموت الخلوي وهو الذي يكون نتيجة موت الخلايا في الجسم⁽³⁾.

واعتقد أن تعدد الآراء لدى الأطباء في شأن تحديد لحظة الوفاة راجع إلى رغبة بعض الأطباء في فتح الطريق لهم لنقل الأعضاء البشرية من الموتى للأحياء من المرضى للاستفادة بها في علاجهم، لذلك كلما كان اعتبار الموت مبكرا أمكن الحصول على أعضاء بشرية ما زالت صالحة للنقل إلى جسد شخص مريض.

1. هذا ما أيده مؤتمر مدريد عام 1966م، حول نقل وزرع الأعضاء حيث نص على: "أن التوقف النهائي لموت المخ هو معيار تحديد لحظة الوفاة، ويتحقق ذلك بتوافر الدلائل الإكلينيكية وجهاز رسم المخ الكهربائي لأي إشارة"، كذلك المؤتمر الذي عقد في كلية الطب الملكية في بريطانيا عام 1976م، حيث أكد على أن الموت يتحقق بتوقف كافة وظائف المخ بصفة نهائية لا عودة فيها، بالإضافة لذلك مؤتمر الخليج الأول للتخدير والعناية المركزة بالدوحة عام 1991م أقر الموت الدماغي، والمؤتمر الثالث للفقهاء الإسلامي الذي عقد بالأردن عام 1986م قرر "أن الوفاة تكون قد حدثت إذا توافرت فيه إحدى العلاقاتين التاليتين:

أ. إذا توقف قلبه وتنفسه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

ب. إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا (موت جذع المخ) وقرر الأطباء أن هذا التوقف لا رجعة فيه". انظر حول ذلك: د. محمد عبد الوهاب الخولي، مرجع سابق، ص 227 وما بعدها.

2. للمزيد حول هذا الموضوع انظر: د. محمود أحمد طه، الأساليب الحديثة، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها.

3. للمزيد من المعلومات حول هذه المعايير انظر: د. محمود أحمد طه، الأساليب الحديثة، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

المبحث الثاني

مسؤولية الطبيب الجنائية عند استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن المريض لا يحتاج لتكيب أجهزة الإنعاش الصناعي إلا إذا كان وضعه الصحي في حالة حرجة، بحيث يتطلب ذلك من الطبيب السرعة في تركيب الأجهزة، لأنه ملزم بموجب طبيعة عمله واختصاصه ببذل العناية اللازمة لعلاج مريضه.

وأجهزة الإنعاش الصناعي هي تلك الأجهزة التي تعلق للمريض الذي توقف قلبه عن العمل لتزويد خلايا المخ بالدم والأكسجين حتى لا تموت هذه الخلايا⁽¹⁾.

فإذا قام الطبيب بهذه الإجراءات لا يسأل عن أية نتائج تحدث لمريضه، وأساس ذلك أن الطبيب ملزم ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة.

لكن من الممكن أن يحدث غير ذلك بأن يتمتع المريض عن الخضوع للإنعاش الصناعي رغم الحاجة الماسة إليه، أو قد يقوم الطبيب برفع الأجهزة عن المريض بعد تركيبها، أو أن يتمتع الطبيب من البداية عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي للمريض، فما مدى مسؤولية الطبيب جنائياً إذا قام بمثل هذه التصرفات؟ هذا ما سنحيط عليه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

نطاق مسؤولية الطبيب الجنائية في حال رفض المريض إطالة حياته بالإنعاش الصناعي

تمنح بعض التشريعات حقا للمريض في رفض العلاج، وبالتالي عدم مسؤولية الطبيب جنائياً عن امتناعه عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي، ومن هذه التشريعات:

أولاً: تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية: أصدرت بعض الولايات تشريعات تمنح المريض الحق في رفض العلاج نذكر منها:

1. تشريع ولاية كاليفورنيا: حيث منحت وثيقة الحياة الصادرة في 3/2/1976م الحق للمريض الميؤوس من شفائه رفض إطالة حياته بوسائل صناعية، وذلك في حالة تعرضه للإصابة في حادث أو لمرض ميؤوس الشفاء منه.

واشترطت وثيقة الحياة لعدم مسؤولية الطبيب جنائياً عن امتناعه عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي الشروط التالية⁽²⁾

1. د. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005م، ص146.

2. د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص74.

- أن يوقع عليها المريض بنفسه في حضور شاهدين ممن ليس لهم مصلحة.
- ألا يكون الطبيب المعالج شاهدا ضمن الشاهدين المطلوبين على هذه الوثيقة.
- ألا تتعدى مدة الوثيقة خمس سنوات تبدأ من تاريخ تحريرها.
- أن تصدر الوثيقة عن إرادة حرة واعية.
- أن تصدر الوثيقة قبل تشخيص المرض بأسبوعين على الأقل.

2. تشريع ولاية الأسكا: أجاز تشريع ولاية الأسكا الصادر عام 1986م للمريض الواعي الحق في أن يعين وكيلًا عنه ليأخذ نيابة عنه القرارات التي تتعلق بحياته فيما إذا وصل إلى حالة اللاوعي من حيث طلب إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي أو استمرارها⁽¹⁾.

ثانياً: اقتراح بقانون لتعديل العقوبات الفرنسي: قدم اقتراح بقانون في فرنسا في 6/4/1987م، نص على: "أن كل شخص بالغ أو قاصر مأذون له بإدارة أمواله ويتمتع بملكاته العقلية له الحق في رفضه تلقي أية وسائل طبية أو جراحية لإطالة حياته صناعياً، وذلك إذا أصيب بمرض ميؤوس من شفائه"⁽²⁾. ومن مبررات هذا الاقتراح بقانون أن من حق كل شخص أن يرفض التكنولوجيا الطبية، إذا بدت متجاوزة وغير إنسانية؛ ويكفي أن يرفض المريض هذه الوسيلة إذا كان بالغاً رشيداً، أما الشخص غير الراشد لا يعتد برأيه مهما كان السبب، ونظراً لخطورة هذا الأمر لابد من توثيق إرادة المريض بصورة قانونية ورسمية أمام القضاء، قياساً على ما ورد بالمادة الثانية من مرسوم 31 مارس 1978م، في فرنسا الذي صدر تطبيقاً لتشريع 22 ديسمبر 1976م، المتعلق بزرع الأعضاء⁽³⁾.

واتخذ جانب من الفقه وضع تشريع خاص لمواجهة حالة رفض المريض إطالة حياته صناعياً، وأن المرضى بأمراض خطيرة لا يرفضون في غالب الأحوال العلاج وذلك لسبب بسيط، وهو كونهم ليسوا في حالة تسمح لهم بالرفض⁽⁴⁾.

كما استدل أصحاب هذا الرأي على إقرار بعض أحكام القضاء التي نورد منها مثلاً: "حكم للقضاء الأمريكي يتعلق بفتاة عمرها 22 سنة تدعى Karen Quinlon دخلت إحدى المستشفيات الأمريكية وكانت فاقدة لكل إحساس وشعور، ولم يكن يُثبت أنها ما زالت على قيد الحياة سوى نبض قلبها، وقام الطبيب المعالج بوضعها تحت جهاز التنفس الصناعي، إلا أن هذا الجهاز لم يُعد لها شعورها، مما دفع أهلها إلى الطلب من الطبيب رفع جهاز الإنعاش الصناعي عنها لعدم جدواه إلا أن الطبيب رفض ذلك وأصر على استمرار جهاز التنفس الصناعي، وقد دفع ذلك والد الفتاة إلى اللجوء للمحكمة طالباً منها إصدار أمر للطبيب برفع جهاز الإنعاش عن الفتاة وتركها تموت، إلا أن المحكمة رفضت الحكم بذلك، واستندت في ذلك إلى أن قرار وقف أجهزة الإنعاش من عدمه يعود اتخاذها إلى الأطباء وحدهم، وعلى أثر ذلك إلى المحكمة العليا في نيو جيرسي.

1. د. هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، 1996م، ص62.

2. Savatier (J), les prelevements d'organes après décès, Rapport présenté aux travaux de 1 institut de science Criminelles de peitiers 1979-1, p32. 73. أشار لذلك د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص116 وما بعدها.

3. نقلاً عن د. رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص150.

4. انظر د. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص116 وما بعدها.

وقد لجأ والداها للمحكمة العليا لصالحه بوقف جهاز الإنعاش وعللت حكمها بالقول: "إننا مقتنعون في هذه الظروف الأليمة أن كارين (الفتاة المريضة) لو استطاعت أن تستفيد لحظة واحدة من إفاقتها وإحساسها -وهي التي من قبيل المعجزات- وأدركت حقيقة وضعها الميؤوس منه نهائياً، لكانت قد اختارت وقف هذه الأجهزة التي تقيها حياة، وإننا لا نتردد في القول إن الواجب الذي يقع على عاتق الدولة صيانة حياة الناس، يجب أن ينحني في هذه الحالة الشاذة أمام حقوق الأفراد الخاصة، وبالتالي فإنه لا يجوز إرغام كارين على أن تتحمل ما لا يمكن تحمله، دون أن يكون لها أقل أمل واقعي في أن تعود إلى حياتها، وفي الوضع الحالي، فإنه يعود لوليّ كارين الشرعي أن يمارس باسمها هذه الحقوق"⁽¹⁾.

وأرى أنه لا يجوز منح المريض الحق في رفض العلاج، لأن الإنسان لا يملك جسمه ولا روحه، فهي ملك لله وحده، لذلك يجب على الإنسان المحافظة على جسده من الأمراض، لأنه إذا كان هناك حقوق خاصة للأفراد يجب على الدولة إلا تضعف أمام هذه الحقوق، لأن من أولى واجباتها المحافظة على صحة أفرادها، بالإضافة لذلك إن واهب الحياة هو الله عز وجل، وهو وحده الذي ينهيها.

وعليه فإن إسناد عدم وقف جهاز الإنعاش عن الفتاة وإصرارهم على استمرار جهاز التنفس الصناعي - بقولهم إن قرار وقف أجهزة الإنعاش الصناعي من عدمه يعود للأطباء- هو إسناد صحيح، لأنهم أعرّف علمياً في الحالة الصحية التي وصل إليها المريض، وبالتالي ليس من حق المريض ولا ولي أمره الطلب من الطبيب وقف جهاز الإنعاش الصناعي.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (36) من قانون أخلاقيات المهنة في فرنسا والصادر بمقتضى المرسوم رقم 79-506 بتاريخ 28/6/1976م، تنص على أن (على الطبيب أن يبحث في جميع الأحوال على رضى المريض الذي يقوم بفحصه، وتأكيداً لاحترام إرادة المريض)، تعرض هذه المادة لحالة رفض المريض للفحوصات أو العلاج المقترح من قبل الطبيب فتقول إنه: عندما يكون المريض في حالة يستطيع معها التعبير عن إرادته ورفض الخضوع للفحوصات أو العلاج المقترح فيجب على الطبيب احترام هذا الرفض بعد تبصيره بنتائج هذا الرفض، فإذا كان المريض في حالة لا يستطيع معها التعبير عن إرادته فإن الطبيب لا يستطيع التدخل، فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة، إلا بعد إعلام أقارب المريض وتبصيرهم⁽²⁾.

ويعاقب المشرع البحريني عن امتناع الطبيب عن علاج أي مريض بنص عام ورد في قانون العقوبات في المادة (342) منه، بالحبس أو بالغرامة من تسبب بخطئه في موت شخص. وتكون العقوبة الحبس إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان تحت تأثير سكر أو تخدير عند وقوع الحادث أو نكل حينئذ عن مساعدة المجني عليه أو عن طلب المساعدة له مع استطاعته ذلك. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمس سنين إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص، فإذا توافر طرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات.

ونصت المادة (21) من قانون ممارسة مهنة الطب في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (7) لسنة 1975م، على أنه: (لا يجوز أن يتمتع الطبيب عن علاج مريض أو إسعاف مصاب ما لم تكن حالته خارجة

1. أشار لهذا الحكم د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مرجع سابق، ص 77.

2. نقلا عن د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016م، ص 147.

عن اختصاصه وعليه في هذه الحالة أن يجري له الإسعافات الأولية اللازمة ثم يوجهه إلى أقرب مستشفى حكومي إذا رغب في ذلك).

أما المادة (342) من قانون العقوبات الاتحادي فقد نصت في فقرتها الأولى على القتل الخطأ بالحبس والغرامة أو واحدة من هاتين العقوبتين، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان تحت تأثير سكر أو تخدير عند وقوع الحادث أو امتنع حينئذ عن مساعدة المجني عليه أو عن طلب المساعدة له على استطاعته ذلك.

المطلب الثاني

نطاق مسؤولية الطبيب في حال إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض

من الممكن أن يقوم الطبيب بوقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض بعد تركيبها له، معتقداً أن حالة المريض الصحية سيئة لدرجة أنه لا يمكن شفاؤه، أو نتيجة للتشخيص الخاطئ بالوفاة، فهل يسأل الطبيب جنائياً إذا قام بمثل هذه التصرفات؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض الميؤوس من شفائه

لجريمة القتل في القانون أركان تلخص في وقوع فعل الاعتداء على الحياة، أي أن يقع الاعتداء على إنسان حي، وأن يقصد الجاني إحداث الوفاة وهو يعلم أنه يوجه فعله إلى جسد حي، وأن تكون الوفاة نتيجة لفعل الجاني، فإذا ثبت أن الاعتداء وقع على إنسان ميت، فإن فاعله لا يعد قاتلاً، ولا يعاقب بعقوبة الاعتداء على الحياة⁽¹⁾.

تباينت التشريعات حول مدى مسؤولية الطبيب في مسألة القتل بدافع الشفقة، فبعضها يرى عدم مساءلة الطبيب جنائياً، والبعض الآخر يرى أنه يمكن مساءلة الطبيب جنائياً، وما يهمنا هنا في البحث هو مساءلة الطبيب جنائياً عن رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض الميؤوس من شفائه، أو عدم وضع أجهزة الإنعاش ابتداءً، حيث ظهر اتجاهان حول نوعية الجريمة التي يسأل عنها الطبيب، فمنهم من قال إن الطبيب يسأل عن جريمة امتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، والبعض اعتبرها جريمة قتل عادية، والبعض الآخر يرى مساءلته بمسؤولية مخففة، هذا ما سأتناوله في البنود التالية:

1. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (د.ن)، (د.ت)، ص 331.

البند الأول: جريمة امتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر: ويستند أصحاب هذا الرأي في الفقه والقضاء الفرنسي إلى نص المادة (6/2-323) من قانون العقوبات الفرنسي لعام 1992م، والتي تنص على أن: (يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبالغرامة من (360 إلى 500000) فرنك أو بإحدهما كل من امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في خطر، سواء من تلقاء نفسه أو يطلب مساعدته من الغير بشرط ألا يكون من شأن تقديمه المساعدة تعريضه للخطر).

ويتضح من النص السابق أنه اشترط توافر الآتي: أن يكون الإنسان على قيد الحياة، ولا بد من وجود خطر، وإمكانية تقديم المساعدة، وكذلك انعدام الخطر سواء للطبيب أو لغيره، ويشترط أيضا أن يكون امتناع الطبيب عمديا، ووفقا لهذا النص لا يشترط أن يكون تدخل الطبيب في الحالة ذا فائدة لكي يتدخل، وأن يلزمه القانون بالتدخل لتقديم المساعدة في كل الأحوال، إذ تقع الجريمة بمجرد إخلال الطبيب بالتزامه، ولا يعفيه من المساءلة الجنائية كونه قد رخطأ بعدم جدوى تدخله في حالة المريض الميؤوس من شفائه.

ويعاقب المشرع البحري عن الامتناع عن أداء الواجب إذا كان بحكم القانون أو الاتفاق، فقد نصت المادة (22) من قانون العقوبات على أن: (لا يعاقب الفاعل عن جريمة ما لم تكن نتيجة لسلكه. وإذا ارتكبت الجريمة العمدية بطريق الامتناع ممن أوجب عليه القانون أو الاتفاق أداء ما امتنع عنه عوقب عليها كأنها وقعت بفعله).

البند الثاني: مساءلة الطبيب عن جريمة قتل عادية: ذهب بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁾، إلى مساءلة الطبيب جنائيا عن جريمة قتل عمد، واستندوا إلى القواعد العامة في قانون العقوبات خاصة ما يتعلق بعدم الاعتداد بالباعث على الجريمة، وعدم الاعتداد برضا المجني عليه في جرائم القتل، وبالتالي عدم إباحة سلوك الطبيب المتمثل في إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي، مستندين على نص المادة 20 من قانون الأخلاق الطبية الفرنسية التي نصت على: "أنه يجب على الطبيب أن يسعى إلى تخفيف آلام المريض ولا يحق له حتى في الحالات التي تبدو له أنها ميؤوسة منها أن يعجل بموت المريض بصورة متعمدة"⁽²⁾.

يرى جانب من الفقه المصري⁽³⁾، أن مساءلة الطبيب جنائيا عن إيقافه عمل أجهزة الإنعاش الصناعي عن جريمة قتل عمد، واستندوا إلى أن من قربت حياته من الانتهاء له من الحرمة ما للأحياء، بحيث يستحق من يتسبب في إنهاء حياته العقاب، وبناء على ذلك إذا ركب الطبيب أجهزة الإنعاش الصناعي على مريضه لا يجوز له قبل التأكد من موته موتا حقيقيا أن ينزعها عنه، وإلا تسبب في إزهاق روحه.

هذا ما ذهب إليه البعض الآخر بالقول: "إن الإنسان لا زال حيا ومن ثم فإن إيقاف أجهزة الإنعاش من شأنها توقف خلايا المخ، وبالتالي حدوث الوفاة الطبية وعليه يعد قاتلا، وذلك أيا كانت التبريرات لذلك"⁽⁴⁾، حيث يسأل عن جريمة قتل عمدية وفقا لنص المادة (333) من قانون العقوبات البحريين

1. - Hunry, Le Probleme de mort par pite, Rev. Belg. Dr. Pen 1952-1953, p 978. المسؤولية. أشار لذلك د. محمود أحمد طه، المسؤولية. 108 ص، مرجع سابق، ص 108.

2. د. عبدالرؤف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار الفكر العربي، ط2، 1986م، ص 381.

3. انظر د. أحمد شرف الدين، زراعة الأعضاء والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، ع2، س1، 1977م، ص 106.

4. د. كامل السعيد، تقرير مقدم إلى اللجنة الثانية، (المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي)، القاهرة، 1987م، ص 152.

لعدم ورود نص خاص لمواجهة هذه المسألة.⁽¹⁾ حيث لا عبرة للباعث أو الغاية في قيام العمد أو الخطأ إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون، ويكون أثرهما في تخفيف العقوبة أو تشديدها طبقاً للأحكام الواردة في القانون.⁽²⁾

البند الثالث: مساءلة الطبيب عن جريمة القتل مسؤولة مخففة: القتل بدافع الرحمة هو ذلك الموت الرحيم الذي يخلص مريضاً لا يرجى شفائه من آلامه.⁽³⁾ وإذا كان الأصل التعجيل بموت المريض يعد فعلاً معاقباً عليه قانوناً.⁽⁴⁾

ذهب أنصار هذا الاتجاه من الفقه⁽⁵⁾، إلى ضرورة الأخذ بالباعث على القتل لا باعتباره مبيحاً للفعل، إنما باعتباره مخففاً للعقاب، ففي نظرهم أن القتل بدافع الشفقة لتخليص مريض من آلامه يختلف عن القتل بدافع الكراهية والانتقام، لأن الطبيب من الممكن أن يضعف أمام توسل المريض وذويه، مما يجد نفسه مضطراً لقتله من أجل تخليصه من آلامه.

فالجاني هنا (الطبيب) يتبغي مصلحة المجني عليه، لا مصلحته الخاصة، ويترتب على ذلك أن نبيل الباعث يقلل من الخطورة الإجرامية للفاعل، فلا يحتمل أن يكرر جريمته، فيكون هذا القتل أقل خطورة على المجتمع من سائر صورته.⁽⁶⁾

وبذلك يكون أنصار هذا الاتجاه قد أقاموا وزناً على الباعث للجريمة، وهذا ما لا نقره لأن نتيجة القتل واحدة وهي إزهاق الروح، سواء أكان بدافع الشفقة أم كان بدافع الكراهية، وفي الغالب لا عبرة للباعث في القانون الجنائي إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وينبني على ذلك عدم تخفيف العقاب على الطبيب الذي يوقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن مريضه، إنما مساءلته عن جريمة قتل عمد.

وأرى أنه سلوك سلبى من قبل الطبيب مكوناً بذلك جريمة قتل عمد بطريق الامتناع، وأساس مساءلته عن امتناعه هذا هو التزام الطبيب بتقديم العلاج لمن هو في حالة خطر طالما كان لا يزال على قيد الحياة، وامتناعه عمداً عن ذلك بقصد تحقيق النتيجة التي يعاقب عليها القانون (إزهاق روح المريض)، وسند ذلك في التشريع البحريني الفقرة الثانية من المادة (24) من قانون العقوبات والتي نصت على أن: (تكون الجريمة عمدية إذا اقترفها الفاعل عالماً بحقيقتها الواقعية وبعناصرها القانونية. وتعتبر الجريمة

1. تنص المادة (333) من المرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976 بإصدار قانون العقوبات على أن: (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت، وتكون العقوبة الإعدام إذا وقع القتل مع التردد، أو مسبقاً بإصرار، أو مقتراً أو مرتبطاً بجريمة أخرى، أو إذا وقع على أحد أصول الجاني أو على موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأديته وظيفته أو خدمته، أو إذا استعملت فيه مادة سامة أو مفرقة).

2. تنص المادة (30) من قانون العقوبات البحريني على أن: (لا عبرة للباعث أو الغاية في قيام العمد أو الخطأ إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون. ويكون أثرهما في تخفيف العقوبة أو تشديدها طبقاً للأحكام الواردة في القانون).

3. د. شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، 1983م، ص 181.

4. د. حسام الدين الأهواي، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، مطبعة أبناء وهبة حسان، 1990م، ص 182.

5. Vidal et mangol, Cours de droit criminel et sciences penitentiaire, Paris, Cujas, 1947, p358.

أشار لذلك د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، مرجع سابق، ص 114.

6. د. محمود نجيب حسني، الاعتداء على الحياة في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1977م، ص 181.

عمدية كذلك إذا توقع الفاعل نتيجة إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً للمخاطرة بحدوثها)، ويمكن للقاضي أن يخفف العقاب بحسب نص المادة (72) من قانون العقوبات والتي تنص على أنه: (إذا توافر في الجنائية ظرف رأى القاضي أنه يدعو إلى الرأفة بالمتهم وجب تخفيض العقوبة. فإذا كانت العقوبة المقررة للجنائية هي الإعدام جاز إنزالها إلى السجن المؤبد أو المؤقت وإن كانت عقوبتها السجن المؤبد جاز إنزالها إلى السجن المؤقت أو الحبس الذي لا يقل عن ستة أشهر، وإن كانت عقوبتها السجن المؤقت لا يحكم القاضي بالحد الأقصى للعقوبة ويجوز له إنزالها إلى الحبس الذي لا يقل عن ثلاثة أشهر).

وقضت محكمة النقض المصرية بأن: (التعجيل بموت المجني عليه يلحق به ضرراً مادياً محققاً هو أبلغ الضرر، إذ يسلبه أثمن ما يمتلكه الإنسان، وهو الحياة)⁽¹⁾.

ولكن من الممكن أن يوقف الطبيب جهاز الإنعاش الصناعي عن المريض نتيجة لتشخيص خاطئ، هل تترتب مسؤوليته الجنائية في مثل هذه الحالة؟ هذا ما سأجيب عليه في الفرع التالي:

الفرع الثاني

مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن إيقافه أجهزة الإنعاش نتيجة التشخيص الخاطئ للوفاة

يعرف الخطأ الطبي بتعريفات عدة ومن أهمها: (كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها الطب أو القواعد المتعارف عليها من الناحية النظرية والعملية وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى تترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان قدرته، من الواجب عليه أن يتخذ في تصرفاته اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض)⁽²⁾.

بالتالي من الممكن أن يشخص الطبيب حالة المريض ويقرر أنه ميت وهو في الحقيقة ما زال حياً، وبالتالي يقوم برفع الأجهزة أو يمتنع عن وضعها على المريض بناء على الاعتقاد الخاطئ الذي بنى عليه فعله الإيجابي (رفع الأجهزة عن المريض)، فهل يسأل جنائياً في مثل هذه الحالات؟

في ضوء ما تقدم لا بد من التمييز بين حالتين: الحالة الأولى: تشخيص الطبيب للمريض بأنه توفي دون إجراء فحوصات للتأكد من ذلك، والحالة الأخرى: التشخيص الخاطئ رغم إجراء الفحوصات اللازمة لذلك، هذا ما سأتناوله في البندين التاليين:

البند الأول: تشخيص الطبيب للمريض بأنه توفي دون إجراء فحوصات للتأكد من ذلك، وذلك في حالة

1. نقض جنائي مصري في 14 مارس 1967، المجموعة الجنائية، ص45، ص145. والحكم مشار إليه لدى أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص44.

2. د. أسامة عبدالله قايد، مرجع سابق، ص224.

إذا ما رفع الطبيب أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض رغم حالته الخطرة فيعد مسؤولاً عن جريمة قتل قصدية، وهذا العمل يوازي تشخيص حالة المريض دون إجراء أية فحوصات له معتقداً أنه ميت.

وهذا الاعتقاد في غير محله، لأن الطبيب لم يقر بأي عمل مادي يستطيع من خلاله معرفة موته من عدمه، سيما أننا اتفقنا مع الرأي القائل إن معيار وفاة الشخص هو المعيار الحديث المتمثل في موت جذع الدماغ، وليس القلب والرئتين، وهذا ليس بالأمر اليسير، بل لا بد من قيام الطبيب بعمل فني لمعرفة الموت الحقيقي من عدمه، وذلك عن طريق جهاز رسم المخ الكهربائي الذي يؤكد "توقف خلايا المخ عن طريق إرسال واستقبال أي ذبذبات كهربائية، فمتى توقف هذا الجهاز عن إعطائه أية إشارة لأكثر من 24 ساعة فإن ذلك يعني بالدليل القاطع موت خلايا المخ واستحالة عودتها للحياة، حتى ولو ظلت خلايا القلب حية بفضل استخدام وسائل الإنعاش الصناعية"⁽¹⁾، حيث قضت بعض المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب الجنائية عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لرفضه قبول مريض، على أساس أنه ميت من وجهة نظره دون أن يقوم بفحصه أو يتأكد من موته⁽²⁾، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 9 يونيو 1977م، حيث اعتبرت الطبيب مسؤولاً عن وفاة سيدة أثناء ولادتها، بسبب تركها بدون متابعة، وأن ما صدر عنه يعد جريمة قتل خطأ⁽³⁾.

وهذا الأمر من أبسط الإجراءات التي تفرضها عليه أصول مهنته، تحت مصطلح بذل العناية اللازمة، فهو لم يقر بأي عمل يشير إلى أنه بذل العناية المطلوبة منه، مما يتطلب تشريع قانون خاص لمساءلة الطبيب جنائياً في البحرين.

البند الثاني: التشخيص الخاطئ رغم إجراء الفحوصات اللازمة: من الممكن أن يشخص الطبيب حالة المريض ويقرر خطأ أنه ميت، على الرغم أنه ما زال حياً، وبالتالي يوقف أجهزة الإنعاش الصناعي عنه، فهل يسأل الطبيب في مثل هذه الحالة؟

تعد هذه الحالة عكس الحالة السابقة، فالطبيب هنا قام بفعل مادي (تشخيص المرض)، ولكن بناء على المعطيات الخطأ التي توصل إليها قرر أن المريض ميت، ففي مثل هذه الحالة أرى أن الطبيب أحل بواجبات الحيطة والحذر الملقاة على عاتقه، لأنه عالم أن طبيعة سلوكه (وقف الأجهزة) يرتب أضراراً بالغة تؤدي إلى إنهاء حياة المريض، وعلى الرغم من ذلك يقرر أن المريض توفي وبالتالي يرفع الأجهزة عنه.

فتوقع النتيجة الضارة متحققة في ذهنه، إلا أنه لم يقصد إحداثها ولم يقبل بها، وبذلك يكون الطبيب قد وقع في إهمال في مرحلة التشخيص الخطأ واتخاذ القرار أن المريض ميت، لأنه كان من الواجب عليه وفقاً للأصول العلمية المتبعة في مهنة الطب استخدام جهاز رسم المخ الكهربائي، وجهاز رسم القلب الكهربائي، واستخدام الأشعة فوق الصوتية للمخ للتأكد من أن موته قد تحقق بشكل يقيني قاطع لا يدع مجالاً للشك فيه.

1. د. أحمد شوقي أبو خبطة، القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية الحديثة، مصر، 1986م، ص 177.

2. Cass. Crim. 23 mars, 1953, Bull. Crim, 104 D. 1953, p371.

3. Savatier, Note sous Cass. Crim 9 juin 1977, Bucher, JCP 1978 11. 18839.

ويقع على المحكمة إثبات خطأ الطبيب، والمعيار الذي يحدد على أساسه القدر اللازم من العناية بالمريض هو معيار الطبيب المتوسط إذا وجد في مثل هذه الظروف الظاهرة للطبيب المدعى عليه⁽¹⁾، ذلك لأنه يعول على الظروف التي أحاطت بالطبيب عند علاج المريض الميؤوس منه، حيث إن صعوبة إثبات قيام الطبيب بذل قدر العناية المطلوبة منه، باعتباره واقعة سلبية، لا يمكن إنكاره، ويلجأ القاضي غالباً إلى الخبرة لاستجلاء الحقيقة بشأنها⁽²⁾.

وقد بين حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في 5 سبتمبر 2000م، مسؤولية الطبيب عن التشخيص الخاطئ، حيث قضى بإدانة الطبيب المسؤول عن الإشراف على إدارة أحد المراكز العلاجية - وهو في ذات الوقت مسؤول عن الإفاقة والإنعاش في المركز - واثنتين من الأطباء المعاونين بتهمة أصابة مريضة أصابة خطأ، وقد تأسست الإدانة على ارتكاب الطبيب خطأ مهنيًا يتمثل في تحديد طريقة إجراء أشعة ذات خطورة خاصة على الرئتين، أي أن إدانته تأسست على وقوع خطأ مهنيًا باعتباره طبيباً، وليس بصفته الإشرافية على المركز الطبي⁽³⁾.

البند الثالث: إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض برضاً أهله، وأثر ذلك على مسؤولية الطبيب: إذا قبل أهل المريض إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي المتعلقة على المريض، فهل يؤدي ذلك إلى انتفاء المسؤولية عن الطبيب؟ وفي هذه الحالة نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: هي توقف القلب والرئتين عن العمل: إذا توقف قلب المريض ورثاه عن العمل، فإن الفترة بين ذلك التوقف وموت الدماغ يعد المريض فيها حياً، فإذا تم تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي لتزويد المخ بالدم والأكسجين، فإنه لا يجوز للطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي قبل وفاة المخ⁽⁴⁾، ولا يجوز له ذلك بموافقة أهل المريض؛ وموافقة أهل المريض على رفع أجهزة الإنعاش الصناعي في هذه الحالة لا يعتد بها، ولا ترفع عن فعل الطبيب وصف الخطأ، ومن ثم فإن فعل الطبيب في هذه الحالة معاقب عليه جنائياً ومدنياً.

والحالة الثانية: هي حالة وفاة المخ مع استمرار نبض القلب، فهل يجوز للطبيب أن يوقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض برضاً أهله؟ إذا تيقن الطبيب من موت المخ، وبين لأهل المريض حالة المريض وموت مخه، ووافق أهل المريض على رفع الأجهزة، فهنا لا أثر لهذا القبول على مسؤولية الطبيب، إذا ما ثبت بعد ذلك خطأ الطبيب في تقدير الموت، وأن المخ لم يكن قد مات، وأنما حدثت الوفاة نتيجة رفع الأجهزة الصناعية، حيث إن مسألة تقدير الموت ومعرفة حالة المريض بين الحياة والموت فنية بحتة يختص بها الطبيب وحده، ولا دخل لأهل المريض في بيانها، وبالتالي لا مسؤولية على أهل المريض إذا ما قبلوا برفع الأجهزة ثم تبين أن المريض قد مات بسبب رفع الأجهزة عنه.

1. د. عبدالفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص182.

2. د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص16 وما بعدها.

3. GUIGE, NOTE SOUS CASS. Crim, sep. 2000, Gaz. Pal.21-22 mars 2001. P31.

4. د. رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص155.

وإن رضا المريض الصحيح أو من يمثله، ليس معناه إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية والمدنية التي تنشأ عن أخطائه المهنية، وذلك لأن مسؤولية الطبيب عن عدم رضا المريض مستقلة عن مسؤوليته عن أخطائه المهنية التي تنشأ عن الإنعاش الصناعي للمريض⁽¹⁾.

أما كيفية التعامل مع خطأ الطبيب في التشريع البحريني فقد نصت المادة (17) من المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1989 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان على أن: (لا يكون الطبيب مسؤولاً عن الحالة التي وصل إليها المريض، إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة، ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض وعلاج المريض، ولكنه يكون مسؤولاً في الأحوال التالية:

أ. إذا ارتكب خطأ أدى إلى الإضرار بالمريض نتيجة الجهل بأمور فنية أو عملية يفترض في كل طبيب الإلمام بها.

ب. إذا لحق ضرر بالمريض نتيجة لإهمال الطبيب أو تقصيره في العناية به.

ج. إذا أجرى على مرضاه تجارب أو أبحاثاً علمية غير معتمدة من قبل وزارة الصحة، وترتب على ذلك الإضرار بهم.

وتختص اللجنة المنصوص عليها بالمادة (5) من هذا القانون بتقرير حدوث الأخطاء المشار إليها).

1. انظر د. طه عثمان أبو بكر المغربي، مرجع سابق، ص 86.

النتائج والتوصيات

وبعد الدراسة المعمقة في هذا الموضوع توصلت إلى مجموعة من النتائج التي تتعلق بموضوع البحث، وعلى أثرها وضعت مجموعة من التوصيات التي تتعلق بالمسؤولية الجنائية الناشئة عن المسؤولية الجنائية للطبيب عن الخطأ الطبي في مجال الإنعاش الصناعي.

نتائج البحث:

أولاً: إن ضابط الخطأ الجنائي الموجب للمسؤولية الجنائية هو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وهو الضابط المنشئ للمسؤولية الطبية ذاته، ولكن خصوصية العمل الطبي من حيث المحل كجسم الإنسان يتحقق بصورة مختلفة بما يتفق مع طبيعة العمل الطبي، وهذا الضابط يستخلص من القوانين الناظمة للعمل الطبي.

ثانياً: إن الأساس القانوني لتبرير الأعمال الطبية ونفي المسؤولية الجنائية عن أفعال الأطباء التي يمارسونها على أجساد المرضى يرجع إلى إرادة الشارع نفسه، فهو يخول للأطباء حق التعرض لأجسام المرضى، ولو أحدث بهم آلاماً أو انتقص من مادة أجسادهم، بالإضافة للترخيص القانوني الذي منح للأطباء مزاوله مهنة الطب لا الحصول على الإجازة العلمية، بالإضافة لتوافر الشروط الإضافية للمشروعية وهي رضا المريض واتباع أصول فن الطب.

ثالثاً: المعيار الذي يجب الأخذ به لتقدير خطأ الطبيب هو المعيار الموضوعي الذي يركز على العناية اللازمة بحيث يؤخذ في تقدير الخطأ العناصر التالية: السلوك المألوف لطبيب وسط من المستوى المهني نفسه، والظروف الخارجية والخاصة للطبيب محل المساءلة.

رابعاً: لم يحدد المشرع البحريني معيار لحظة الوفاة بموت الدماغ بشكل صريح، إلا أنه أشار إلى ذلك في المادة الخامسة من المرسوم بقانون الخاص بنقل الأعضاء البشرية.

التوصيات:

مما تقدم نخلص إلى مجموعة من التوصيات وهي:

أولاً: أتمنى إعادة تعريف الخطأ الجنائي على النحو التالي: (يعد الفعل مرتكباً بخطأ الجنائي: أ. إذا كان قد توقع نتيجة فعله دون أن يقبلها معتقداً - دون أي أساس- أن هذه النتيجة لن تحدث، ب. إذا لم يتوقع نتيجة فعله بينما كان يجب عليه وفي استطاعته توقعها.)، حتى يكون معينا للفقهاء والقضاء على تفادي الاختلافات، سيما عند البحث في الخطأ الطبي.

ثانياً: نقترح على المشرع البحريني أن يضيق من نطاق المسؤولية العمدية بحيث يورد المشرع في باب المسؤولية الخطئية النص التالي: "لا جريمة إذا وقع الفعل من شخص مرخص له في مباشرة الأعمال الطبية أو الجراحية وكان قصده متجهاً إلى شفاء المريض ورضي المريض مقدماً صراحة أو ضمناً بإجراء هذا الفعل، وثبت أن الفاعل (الطبيب) التزم من الحذر والاحتياط ما تقضي به أصول الصناعة الطبية"، وهذا ذات النص الوارد في المادة (30) من قانون الجزاء الكويتي.

ثالثاً: ضرورة تدخل المشرع الجنائي بحيث يقيد المسؤولية الجنائية الناشئة عن الخطأ الطبي لا بحسب جسامة الجريمة في نتیحتها النهائية بل حسب جسامة الخطأ ذاته ونطاق خروج الطبيب عن أصول الصناعة والفن الطبي.

رابعاً: نتطلع نحو خطوة مستقبلية من المشرع البحريني نحو إصدار قانون خاص للمسؤولية الطبية، بحيث يسهل الأمر على الأطباء والقضاة ورجال القانون الوصول إلى محددات واضحة دون لبس أو غموض في تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب.

المصادر والمراجع

أ. المراجع باللغة العربية:

1. د. أحمد جلال الجوهرى، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، مجلة الحقوق والشريعة، 5، ع1، الكويت، 1981م.
2. د. أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والشريعة للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق والشريعة، 5، ع1، 1981م.
3. د. أحمد شرف الدين، زراعة الأعضاء والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، 2، ع1، 1977م.
4. د. أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجزائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
5. د. ازدياد بدران، ندوة التبرع بالأعضاء وزراعتها بالأردن الأبعاد الطبية والشريعة والقانونية، عمان، 17/12/1997م.
6. د. أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، 2، دن، 1990م.
7. د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الإرادية، مطبعة أبناء وهبة حسان، 1990م.
8. د. حسام الدين الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1975م.
9. د. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005م.
10. د. رياض الخاني، شرعية تشريح جثة الإنسان للتعليم الطبي، دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قاريونس، 1986م.
11. د. شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (د.ن)، 1983م.
12. د. طه عثمان أبوبكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، سلسلة الرسائل العلمية - رسالة دكتوراه، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014م.
13. د. عبدالمطلب عبدالرزاق حمدان، مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الآدمي حيا أو ميتا في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م.
14. د. عبدالرؤف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار الفكر العربي، ط2، 1986م.
15. د. عبدالفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.
16. د. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.

17. د. كامل السعيد، تقرير مقدم إلى اللجنة الثانية، (المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائي)، القاهرة، 1987م.
18. د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016م.
19. د. محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دن، 1986م.
20. د. محمد عبدالوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، دن، 1977م.
21. د. محمد علي البار، موت القلب أم موت الدماغ، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط1، 1986م.
22. د. محمود أحمد طه، الأساليب الطبية المعاصرة وانعكاساتها على المسؤولية الجنائية للطبيب وتحديد لحظة الوفاة (الإنعاش الصناعي - نقل الأعضاء البشرية - إجراء التجارب الطبية)، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015م.
23. د. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، ط1، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2001م.
24. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (د.ن)، (د.ت).
25. د. محمود نجيب حسني، الاعتداء على الحياة في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1977م.
26. د. هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، 1996م.

ب. المراجع باللغة الأجنبية:

1. Savatier (J), les prelevements d organes après deces, Rapport presente aux travanx de 1 institut de science Criminelles de peitiers 1979.
2. Hunry, Le Probleme de mort par pite, Rev. Belg. Dr. Pen 1952-1953.
3. Vidal et mangol, Cours de droit criminal et sciences penitenciaire, Paris, Cujas, 1947.
4. Cass .Crim. 23 mars, 1953, Bull. Crim, 104 D. 1953.
5. Savatier, Note sous Cass. Crim 9 juin 1977, Bucher, JCP 1978.
6. GUIGE, NOTE SOUS CASS. Crim, sep. 2000, Gaz. Pal. 21-22 mars 2001

خصائص العقد الإلكتروني

الدكتور نبيل العبيدي

أستاذ القانون الجنائي المشارك
كلية الحقوق - جامعة البحرين

خصائص العقد الإلكتروني

الدكتور نبيل العبيدي

أستاذ القانون الجنائي المشارك
كلية الحقوق - جامعة البحرين

المقدمة

إن التكنولوجيات الجديدة التي تشهدها البشرية في العصر الحديث تلقي بظلالها وإنتاجها على كافة جوانب الحياة العصرية والعلاقات بين الأفراد والدول⁽¹⁾، فدخلت البشرية عصر الحضارة الرقمية تجاوزت قيمته الثورة الصناعية التي غيرت وجه العالم⁽²⁾.

تطورت وسائل الاتصال ونقل المعلومات بكيفية تلقت الانتباه، حيث أصبح العالم قرية كونية يقع التخاطب فيها دون الحاجة للتنقل من بلد إلى آخر، وتم التحول من التعامل المادي والمباشر بين البشر إلى التعامل الافتراضي عن بعد.

اكتسحت ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أغلب المجالات وفتحت أفقا جديدة تجاوزت مختلف الأنظمة المستعملة تقليديا، فظهرت طرق جديدة تصف بالسرعة والنجاعة واختصار المسافات، فدخلنا العصر الرقمي الذي يكون فيه تناول المعلومات من جميع أنحاء العالم عبر الضغط على أزرار. ولعل الإعلامية وشبكات التواصل الاجتماعي سمح بمواصلة سريعة ونقل نوعية من المعلومات والبيانات في شكل إرشادات مرقمة وقد تكون هذه المعلومات في شكل أصوات أو صور متحركة أو نصوص أو بيانات معلوماتية⁽³⁾.

تمثل الإعلامية مجموعة المعارف التقنية التي تسمح بمعالجة البيانات بطريقة إلكترونية بما في ذلك استقبال وتسجيل وتجميع وتغيير أية معلومة بشكل آلي وفي زمن قياسي⁽⁴⁾.

وهذا الواقع الجديد جعل المتعاقد يواجه الآلة التي أصبحت الأداة التكنولوجية التي يتم بواسطتها التعاقد في حيرة من المخاطر التي تترتب عن الدور الذي صار لها إن لم تتخذ الاحتياطات الكافية للإحاطة بطرق عملها وتوفير ما لا يلزم من ضمانات.

وبذلك أصبح الحديث عن مجتمع المعلوماتية، وما رافقه من مصطلحات جديدة منها الأرشيف الإلكتروني،

1. محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2003، ص18.

2. عز الدين بن عمر، العقد الإلكتروني بين زوال السند المادي عند إبرامه والآثار المادية عند تنفيذه، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ديسمبر 2005 ص23.

3. إشراق بالزين، وسائل الإثبات الإلكترونية، مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 2000-2001، ص1.

4. علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2002، ص32.

معلوماتية الإدارة، المعالجة عن بعد، الحوكمة الإلكترونية، التحكيم الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني.⁽¹⁾

ويعتبر العقد الإلكتروني من أصناف العقود عن بعد، ولعل من أهم هذه العقود هو عقد البيع عن بعد والذي يمكن تعريفه بأنه اتفاق بين طرفين، البائع والمشتري عن طريق الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت وذلك دون حاجة لانتقال الطرفين أو لقاءهما، أين يتم التوقيع الإلكتروني على العقد.⁽²⁾

ومواكبة للتطور ومراعاة لضرورة تفاعل القاعدة القانونية مع كل ما يطرأ من تطور تقني وعلمي ومجتمعي، باعتبار أن القانون يتطور بتطور المجتمع ويرتبط ارتباطاً عضوياً بتطور الحضارات، فالقانون يتأقلم مع الواقع المجتمعي وهو دوماً مرتبط بتعدلات القيم الاجتماعية والنمط الاجتماعي لمجتمع ما، فالقانون هو دوماً في حاجة لمتطلبات ومستلزمات المجتمع.

تدخل المشرع البحريني ليصدر قانون المعاملات الإلكترونية المؤرخ في 14 سبتمبر 2002. وحيث بصدر هذا القانون، لم يتناول المشرع تعريفاً واضحاً ودقيقاً للعقد الإلكتروني غير أنه أتى على ذكر بعض المفاهيم الحديثة منها مفهوم "إلكتروني"، "التوقيع الإلكتروني"، "نظام المعلومات"، "السجل"... إلى غير ذلك من المفاهيم المستحدثة في ميدان التجارة الإلكترونية؛ وبينت المادة الثانية من هذا القانون أنه "يسري على السجلات والتوقيعات الإلكترونية".

العقد اصطلاحاً هو اتفاق بين إرادتين أو أكثر يتم فيها توافق الإيجاب مع القبول بهدف إحداث أثر قانوني. ولعل العقد الإلكتروني الذي يعد من مظاهر التكنولوجيا الرقمية، كوسيلة تعامل في المستقبل بين الناس وكأداة لمباشرة التجارة الإلكترونية. إذ ظهرت الحاجة إلى إبرام العقود الإلكترونية في ظل سيادة وانتشار التجارة الإلكترونية بين دول العالم، كنتيجة للتقدم الهائل في تقنيات المعلومات والاتصالات، وهو ما جعل الكمبيوتر يعد الوسيط الأقوى بين المنتج والمستهلك، في المعاملات الإلكترونية التي يعتبر العقد الإلكتروني⁽³⁾ أهم صورته.

كما يتميز العقد الإلكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات (الإنترنت)، كما يتميز أيضاً بصفته الانفتاحية، فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها؛ ويتميز العقد الإلكتروني أخيراً بصفته الإلكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم، وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد.

ويعتبر العقد الإلكتروني من العقود غير المسماة، حيث لم يضع المشرع البحريني تنظيمًا خاصاً له، وهو ما يفسر عدم تعريفه للعقد الإلكتروني بل عرفه الفقه، فالعقد الإلكتروني هو عقد عن بعد باعتبار أنه يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس واحد وإنما عبر التواصل الإلكتروني.

وقد ذهب الفقهاء في تعريف العقد الإلكتروني إلى اتجاهات متعددة، إذ عرفه بعض الفقهاء بأنه: اتفاق

1. ناصف إلياس، العقود الدولية، العقود الإلكترونية في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ط 2009، ص 5.

2. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 2002، ص 45.

3. علي كحلون، العقد الإلكتروني، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ديسمبر 2001، ص 44.

يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل⁽¹⁾.

واعتبره البعض الآخر، ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية⁽²⁾.

ويتم التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة دون الحاجة إلى التقاء مادي للأطراف، ويمكن أن تتمثل وسائل الاتصال هذه في التلكس، والفاكس، والميتال، أو التواصل عبر شبكة الإنترنت التي هيمنت على بقية الطرق، وأصبحت الوسيلة المتواترة في التعامل الإلكتروني.

ولا يعتبر العقد عن بعد ظاهرة جديدة أو من الأمور المستحيلة، بل تضمنت القوانين القديمة والفقهاء الإسلامي على وجه الخصوص أحكاماً تتعلق بالتعاقد عن طريق الوكيل أو الرسول، كما تضمنت التشريعات الحديثة أحكاماً للتعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين⁽³⁾.

وقد نص القانون المدني البحريني في المادة 20 وما يليها على التعاقد بالنيابة، كما نص القانون المدني التونسي في مجلة الالتزامات والعقود على التعاقد بالمراسلة بالفصل 25 منها ويمكن أن ينطبق الإطار القانوني التقليدي على العقود الإلكترونية⁽⁴⁾. كما تضمنت تنصيحا للتعاقد عبر الهاتف في الفقرة الأخيرة من الفصل: "وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على آخر بواسطة التلفون". ونصت مجلة الالتزامات والعقود بالفصل 28 منها على العقد بالمراسلة والتعاقد بواسطة الرسول.

وبالرجوع إلى قانون 14 سبتمبر 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية نستشف أنه يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير على الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون، كما تبين أن العقد الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه وتركيبته وأنواعه ومضمونه عن النظرية العامة للعقود، وبالتالي فإن القواعد الواردة بالقانون المدني المتعلقة بتكوين وتنفيذ العقد تنطبق أيضاً على العقود الإلكترونية، على أن الطبيعة الإلكترونية للعقد توجب بعض الخصوصية.

هذا الوضع دفع برجال القانون إلى التساؤل حول الإطار التشريعي للعقد الجديد فهل يظل خاضعاً لنظام العقود التقليدية باعتبار أن هذه النصوص قد نظمت بعض حالات العقود عن بعد، أم يستوجب الأمر تطوير القانون ليوكب هذه التطورات التكنولوجية؟

يرى أنصار التيار الكلاسيكي ضرورة إخضاع العقد الإلكتروني للمبادئ القانونية التقليدية التي تستوعب كل جديد يطرأ على أحكام العقد الإلكتروني، وذلك بالاكْتفاء بتتقيح بعض الأحكام التقليدية لمواكبة التكنولوجيا الجديدة، فالأكيد أنه ليس لهذه التكنولوجيا الحديثة ما من شأنه أن يقوض المبادئ القانونية الجوهرية التي ارتكزت عليها المعارف القانونية منذ زمن بعيد على غرار النظرية العامة للإثبات والنظرية العامة للالتزام⁽⁵⁾.

1. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 51.

2. عبدالمنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة 1990، ص 123.

3. علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الطبعة الأولى 1997، تونس، ص 27.

4. علي كحلون، الإطار القانوني للإعلامية في تونس، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 2005، ص 79.

5. سعاد اللواتي، القانون وتكنولوجيا المعلومات، مركز النشر الجامعي، 2004، تونس، ص 24.

لكن أنصار المدرسة التحررية⁽¹⁾ ظلت تناضل منذ سنة 1980 في اتجاه عدم إخضاع العقد الإلكتروني للمبادئ القانونية التقليدية لأنها لا تتماشى مع آليات العالم الافتراضي، ودعت إلى تبني منظومة حديثة تتلاءم ومستوى التعامل الإلكتروني الحديث وتعتمد بالأساس على الحرية المطلقة في تكوين العقد وتنفيذه نفيًا لكل قاعدة قانونية مسبقة.⁽²⁾

أما في التشريعات المقارنة، فقد تم تعريف العقد الإلكتروني في المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، ويقصد بالتعاقد عن بعد بأنه: "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد".

أما المشرع الكندي فقد عرف في القانون الخاص بولاية كيبك لحماية المستهلك بالقسم 20 منه التعاقد عن بعد بأنه: "تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهم سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين".

كما عرف المشرع الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه: "العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفًا ومعالجة إلكترونية، وتشئى التزامات تعاقدية".

ولكن رغم الاتفاق الذي ساد التشريعات المختلفة حول ماهية العقد الإلكتروني، فقد اختلف الفقه الذي تعددت وجهات نظره بخصوص التعاقد الإلكتروني.

فمنح الشق الأول الشخصية القانونية للجهاز الإلكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد وبالتالي يتمتع هذا الجهاز بالشخصية القانونية للإلزام والالتزام.⁽³⁾

في حين شبه شق ثانٍ الجهاز الإلكتروني بالهاتف أو الفاكس، فهو بالتالي لا يتمتع بالشخصية القانونية، ولا يبرم عقدا لحساب شخص ما، ويقصر دوره على نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر.⁽⁴⁾

أما الاتجاه الثالث، فيأخذ بنظرية النيابة في التعاقد، حيث يعتبر الجهاز الإلكتروني نائبًا للمتعاقد يعمل باسمه ولحسابه.⁽⁵⁾

ولكن بالرغم من اختلاف آراء الفقهاء، يتفق أغلبهم حول جواز المعاملات المبرمة عبر العقد الإلكتروني، إذ إنه أصبح واقعا وأمرًا مسلمًا به وذلك ما يفسر تنظيمه في جل التشريعات العالمية.

1. قاد هذه الحركة بأمريكا John Perry Barlow وهو مؤسس منظمة Electronic Frontier Fondation التي تعرضت لجميع المشاريع القانونية التي كانت تهدف إلى تأطير العالم الإلكتروني، عن سعاد اللواتي، مرجع سابق، ص 26.

2. Demoulin-Marie, «Commercé électronique: de la théorie à la pratique», Brylant 2003., p24.

3. منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الطبعة رقم 1، دار الفكر الجامعي، جامعة الكويت 2000، ص 181.

4. Youssef Khneni, «Les effets de commerce, le chèque et la carte de paiement» Pub CEREP, Tunis 1999, p.19.

5. لطفي بن كريم، التجربة التونسية في مجال تنظيم المعاملات المدنية والتجارية الإلكترونية، دار النشر التونسية، تونس 2008، ص 98.

ومن هنا تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع باعتبارها تمكننا من تحديد مدى التوافق بين القواعد التقليدية والقواعد الحديثة، ومدى الحماية التي يوفرها قانون المعاملات الإلكترونية لجميع الأطراف المتعاملة في هذا العالم الافتراضي والإشكاليات والصعوبات التي يطرحها.

لا شك أن التطور العلمي التقني أثر على بنية المجتمع الحديث وطبيعة المعاملات بين الأفراد مما أدى بالضرورة إلى تطور المنظومة القانونية التي تعكس في جانب منها أهمية وخصوصية العقد الإلكتروني.

وينبغي الإشارة إلى أن البحث في خصوصيات العقد الإلكتروني لن يكون من خلال التعرض للشروط العامة التقليدية للتعاقد، وإنما من خلال التعرض لخصوصيات ذلك الوليد الجديد في الأسرة التعاقدية ومدى تأثير الطابع الإلكتروني عليها.

فكيف تبرز خصائص العقد الإلكتروني من خلال الاستجابة للمبادئ العامة للعقود وملائمته لوسائل التكنولوجيا الحديثة؟ ومدى سلامة المعاملات الإلكترونية وطريقة إثباتها مقارنة بالإثبات التقليدي؟

لا غرو أن الحديث عن نمط جديد من الإثبات يسمى بالإثبات الإلكتروني ليس بالأمر الهين لما يطرحه من تساؤلات وإشكاليات يكون منطلقها: ما هي قيمة الإثبات الإلكتروني؟

باعتبار أن التعامل اللامادي الافتراضي طغى على المعاملات بين الناس مما أدى إلى تزايد الحديث عن نمط إثبات يتماشى مع متطلبات التطور التقني، فكان من الضروري بيان خصائص العقد الإلكتروني والذي يقتضي حتما المرور حول أهم خاصياته الفنية والعملية خاصة في ظل سيطرة التجارة الإلكترونية على عالم العقود (**مبحث أول**) والبحث عن حجية الإثبات الإلكتروني باعتباره أصبح من الوسائل الجديدة للإثبات التي جاءت لتواكب عصر المستجدات الفنية (**مبحث ثان**).

المبحث الأول

خصائص العقد الإلكتروني

إن التطرق إلى خصائص العقد الإلكتروني يستوجب البحث عن الطبيعة القانونية للعقد (مطلب أول) والمميزات التي تميزه عن العقد الورقي من حيث الشروط الأصلية والشروط الشكلية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

طبيعة العقد الإلكتروني

المتمثل في قانون 14 سبتمبر 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية يجد أن المشرع البحريني سن ما يلزم من أحكام لجعل التشريع المدني متلائماً مع الواقع الجديد الذي أفرزته الثورة الرقمية من حيث تنظيم أحكام الإمضاء الإلكتروني، والسجل الإلكتروني، والوكيل الإلكتروني... كما اعتمد مصطلحات مثل أداة إنشاء توقيع، وبيانات إنشاء توقيع، ونظام معلومات... الخ.

ويعتبر العقد الإلكتروني التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية، أو كليهما على شبكة الاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفة معينة يرغب الطرفان في إنجازها.

وهو ما يكسب الموضوع بعدا دوليا واضحا يزيده تشعبا وتعقيدا اتصاله بمختلف فروع القانون واتسامه بطابع تقني وحداثة قانونية، ومع ذلك فإن صبغته تبقى مدنية وتجارية بالدرجة الأولى، ويكتسب بالتالي أهمية عملية جلية ويسبب تحول الإنترنت إلى ظاهرة فرضها انتشار المؤسسات الاقتصادية والإدارية والتعليمية... الخ.

فمن الناحية النظرية يثير الموضوع العديد من التساؤلات والصعوبات القانونية وأهمها الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني والإشكاليات التي تطرحها التصرفات المبرمة عبر هذه الوسائل على مستوى الإثبات القانوني تتعلق بعدم اعتماد الكتابة، الإمضاء والحجج في مفاهيمها التقليدية المتعارف عليها في شكلها الورقي.

كما أن الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ما زالت موضوع دراسة واجتهاد وشرح من المهتمين بهذا المجال مما يقود إلى محاولة تصنيفها من حيث الطبيعة وفيما إذا كانت عقود رضائية أم عقود الإذعان.⁽¹⁾ واختلف الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض لكون عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان أم لا، فذهب أنصار الاتجاه المؤيد إلى اعتبار بعض العقود الإلكترونية من تطبيقات عقود الإذعان، وتمثل هذا الاتجاه بالفقه الإنجليزي والفرنسي الحديث وكذلك الأمر في التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية.⁽²⁾

1. عقد الإذعان "هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"، وهذا التعريف ما استقر عليه أغلب الفقهاء.

2. منير محمد الجنيبي وممدوح محمد الجنيبي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 181.

ولقد جاء هذا العقد وليد التطور الذي شهدته الحياة الاقتصادية الحديثة، فالنشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة في العقود التي يجب أن تبرم في أقصر وقت وأقل جهد مما يترتب على ذلك وجود عدد كبير من العقود انفرد الموجب بتحديد شروطها واستحالة النقاش عند إبرامها.

أما أنصار الاتجاه الثاني فيعتبرون العقد الإلكتروني عبارة عن عقد رضائي بعيد كل البعد عن عقود الإذعان⁽¹⁾ وذلك لأن عملية المساومة تسود هذا العقد على اختلاف أنواعه، حيث إن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً، بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة، وإذا كان إبرام العقد عن طريق الإنترنت يمكن للموجب له الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء فهذا يعني أن الرضائية تسود هذا العقد.

وتيجة لتطور نسبة التعاقد الإلكتروني على المستوى العالمي، فإن هذا الأمر خلق الحاجة لسن تشريعات وطنية خاصة بالمعاملات الإلكترونية، وذلك لظهور الكثير من التحديات القانونية حول العقد الإلكتروني، مما دفع غالبية الدول العربية إلى إصدار قوانين المعاملات الإلكترونية لمواجهة التحديات التي قد تطرأ في هذا المجال،⁽²⁾ وهو ما جعل المشرع البحريني يصدر قانون المعاملات الإلكترونية وذلك مواكبة لروح العصر ومواكبة للمنظومة القانونية للتطور التقني المعلوماتي، نلاحظ نفس الشيء بالنسبة للمشرع التونسي الذي سعى في مرحلة أولى إلى القيام بتنقيحات جزئية شملت جوانب متفرقة من القوانين أجاز فيها اعتماد تقنيات الاتصال المستحدثة في الإثبات نذكر من بينها الفصل 62 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين وعلى الشركات⁽³⁾، الفصل 6 من مجلة التحكيم⁽⁴⁾، الفصل 410 ثالثاً من المجلة التجارية⁽⁵⁾.

هذا دون أن نتغافل عن ذكر الإشارة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود التي تجيز التعاقد بواسطة الهاتف في الفصل 27 منها، ولقد وضع المشرع التونسي أحكاماً منظمة للبيع عن بعد والإشهار الإلكتروني صلب

1. إدريس الحياي وعمر أنجوم، إبرام العقد الإلكتروني وفق القواعد العامة وعلى ضوء مشروع قانون التبادل الإلكتروني للبيانات القانونية، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 11، أكتوبر 2006، ص 48. دراسة منشورة بموقع: www.marocdroit.com تحت عنوان "ماهية عقد التجارة الإلكترونية وطبيعته القانونية" لسلطان بن سالم البلوشي، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجدة.

2. لقد أدركت تونس هذه المستجدات وقطعت أشواطاً هامة في تركيز البنية الأساسية للمعلوماتية وتطوير الموارد البشرية في هذا المجال، وتتح عن ذلك أن صنف التقرير السنوي للمنتدى الاقتصادي العالمي المجتمع بلاغوس خلا سنة 2005 تونس في المرتبة 31 في العالم من جملة 104 دول من حيث التطور في مجال المعلوماتية والإنترنت متقدمة في ذلك على العديد من الدول على غرار روسيا وإيطاليا والمجر والهند والمكسيك... كما تم اختيار تونس لاحتضان المرحلة الثانية من القمة العالمية حول مجتمع المعلومات وأخذت للعرض لجنة وطنية لتنظيم فعاليات هذه القائمة بمقتضى الأمر عدد 1206 المؤرخ في 21 ماي 2002، عن علي كلحون، "العقد الإلكتروني"، مرجع سابق، ص 43.

3. الذي نص على الاعتراف الصريح بالوثيقة الإلكترونية كحجة إثبات وفق شروط معينة.

4. الذي نص على أن اتفاقية التحكيم تعتبر ثابتة بكتب إذا وردت في وثيقة موقعة من الأطراف.

5. الفصل 410 من م ت الذي سمح حسب التنقيح المؤرخ في 3 أبريل 1996 للبنك أن يدعو الساحب لتوفير الرصيد وذلك باعتماد وسائل الاتصال السريعة كالبرقية والتلكس والفاكس وكل وسيلة أخرى شبيهة تترك أثراً كتابياً، والتنقيح الحاصل بالمجلة المذكورة بتاريخ 20 جوان 2000 والذي أجاز بموجب الفصلين 294 فقرة أخيرة جديدة و 373 جديد الاستعانة عن العرض المادي سواء للكيميالية أو الشيك بعرضهما بواسطة نظام إلكتروني للتبادل المعلوماتي واعتبر ذلك بمثابة العرض الفعلي للدأء أو للدفع.

القانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 المتعلق بطرق البيع والإشهار الإلكتروني، وبذلك اعترف المشرع التونسي بشرعية البيع الواقع باستعمال وسائل الاتصال بالمستهلك لترويج منتج أو خدمة خارج الأماكن الاعتيادية للبيع، ويمكن أن تكون وسائل الاتصال المستعملة: الهاتف والبث عن طريق التلفزة والإذاعة والبريد والنشرية أو أية وسيلة أخرى.⁽¹⁾

ونظرا للأثر الكبير للمنظومة الإلكترونية في العلاقات الاجتماعية كان لابد من طمأنة المتعاملين وتشجيعهم على ممارسة المعلوماتية، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا عبر زجر الجريمة المعلوماتية لضمان سلامة المعلومة وحماية المعطيات الشخصية للمتدخلين في هذا المجال⁽²⁾، وهو ما يفسر إصدار المشرع لقانون خاص ينظم فيه الجريمة المعلوماتية بموجب القانون عدد 98 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999 المتعلق بإتنام وتنقيح بعض الفصول من المجلة الجزائية، ولقد شمل هذا القانون تنقيح الفصل 172 و199 مكرر و199 ثالثا وإصدار هذا القانون الجزائي، تم تكريس الجريمة المعلوماتية لأول مرة في القانون التونسي.

كما كان المشرع التونسي من السابقين، إذ اهتم بحماية المعطيات الشخصية لمختلف المتدخلين، فأصدر في مرحلة أولى القانون عدد 117 لسنة 1992 المتعلق بحماية المستهلك وبادر بتحديد الإطار العام للمتدخلين في مجال الاتصالات ذات القيمة المضافة خاصة من خلال الأمر عدد 501 لسنة 1997 المؤرخ في 14 مارس 1997 المتعلق بالخدمات ذات القيمة المضافة، وكراس الشروط الضابطة للشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات من نوع انترنت حسب ما وقع المصادقة عليه بموجب قرار من وزير المواصلات المؤرخ في 22 مارس 1997.

وتواصل تكريس هذه الحماية في مرحلة ثانية وذلك بإصدار قانون يتعلق بتنظيم مجال السلامة المعلوماتية وضبط القواعد العامة لحماية مختلف المتدخلين في النظم المعلوماتية والشبكات وذلك بإصدار القانون عدد 5 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 المتعلق بالسلامة المعلوماتية، وتماشيا مع ما يتميز به الوفاء الإلكتروني من خصوصيات على مستوى وسائل الدفع الإلكتروني، تم تعصير المنظومة التشريعية بالقانون عدد 51 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جوان المتعلق بالتحويل الإلكتروني للأموال.

ونم استكمال المسار التحديثي للتشريع بتنقيح مجلة الالتزامات والعقود بتاريخ 13 جوان 2000 فيما يتعلق بقواعد الإثبات ثم صدر القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

وتجسم الأهمية التطبيقية لهذا الموضوع، في كثرة العقود الإلكترونية المبرمة عبر وسائل الاتصال وخاصة الإنترنت، ففي عصر التكنولوجيا الرقمية، أصبح الوقت أهم عملة يمكن أن يستثمرها ويحافظ عليها الفرد، كما أن عامل الوقت والسرعة في إنجاز الأعمال هو من أهم ما يميز التجارة عن غيرها من الأعمال، وبالتالي يتيح التعاقد عبر قنوات الاتصال الحديثة البحث عن سلعة أو خدمة معينة وكذلك شرائها عبر مواقع أشبه بمراكز تجارية دون الحاجة إلى التنقل والبحث المضي.

وهو ما جعل واقع الاستخدام الحالي لهذه الشبكة يسجل تقدما ملحوظا لصالح تبادل الصفقات على

1. علي كحلون، قانون التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص19.

2. Jean - Pierre PIZZIO, «La protection des consommateurs par le droit commun des obligations», R.T.D. Com, Janvier - mars 1998

حساب تبادل المعلومات بعد أن غدت التجارة في هذه الشبكة حقيقة وواقعا. فالمسجل خلال السنوات الأخيرة⁽¹⁾ أن تعاملات التجارة الإلكترونية تطورت بين الشركة أو المنتج أو المستهلك، من التعاقد على بيع السلع المادية مثل الكتب والمجلات والملابس والمنتجات الغذائية والأجهزة الكهربائية والأدوات الرياضية وغير ذلك من هذا النوع من السلع، إلى التعاقد على بيع السلع المعنوية المتعلقة بالأشياء التي يحميها قانون حماية الملكية الفكرية، سواء تمثلت في برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات، أو أي مصنف أدبي أو ثقافي أو علمي.

لا غرو أن الدعوة إلى التعاقد يقصد بها العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، فهي عبارة عن رغبة في الحصول على إيجاب من الغير، فالإرادة التي تقبل الدعوة إلى التعاقد تكون هي الإيجاب الذي يحتاج بعد ذلك إلى قبول لكي ينعقد العقد، إذ يبدأ التعاقد غالبا باستطلاع مدى استعداد الطرف الآخر للتعاقد وكل ما يدخل في هذا النطاق يعتبر مجرد مفاوضات تمهيدية لا يمكن أن يفضي إلى إيجاب حقيقي وياتي، ذلك أنه إذا صادف الإيجاب قبولا من الطرف المرسل إليه ينعقد العقد الإلكتروني.

ويتميز الإيجاب في الفضاء الإلكتروني بمجموعة من الخصوصيات وكذلك من المخاطر باعتباره يصدر في شبكة متعددة الأطراف ويمكن أن تشارك فيها إلى جانب التجار ومستعملي الخدمات الإلكترونية ومزودي المحتوى، مجموعة متعددة من المتحيلين ومرتكبي الجرائم الإلكترونية.

والإيجاب هو تعبير عن الإرادة لكن من منظور أحادي الجانب لا يكتمل إلا بتلقي القبول معه (أي مع الإيجاب)، ولقد تم تعريف الإيجاب في العقد الإلكتروني في التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1998 بأنه "كل اتصال عن بعد يضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".

ويعرف فقه الإيجاب بأنه "تعبير بات عن إرادة حرة، حقيقية، جدية وواعية يتضمن عرضا للتعاقد حسب شروط معينة يوجهه الموجب لشخص آخر معين أو لأشخاص معينين"⁽²⁾. ويخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تنظم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتأثر بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة اتصالات إلكترونية.

ويتم الإيجاب الإلكتروني عن بعد نظرا لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة، ولما كان الإيجاب إيجابا عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني ونذكر منها تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه وعنوان البريد الإلكتروني والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة وأوصافها وأثمنها ووسائل الدفع والسداد وطريقة التسليم وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع ومدة الضمان. وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في العقود الإلكترونية⁽³⁾.

1. إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص 22.

2. », Paris ,Montchrestien, 2ème éd S.GUICHARD. M. HARICHAUX et TOURDONNET, 2001 «Internet pour le droit

3. كريستيان إلياس كاملبري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس 2002، ص 14.

كما يتم الإيجاب الإلكتروني عبر وسيط إلكتروني (مقدم خدمة الإنترنت)، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت.

ويقترّب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارا معيناً، بحيث إن الموجب له يستطيع دائماً أن يعود ليقراً مرة أخرى الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون بوقتيّة الرسالة المعروضة عبر شاشة التلفزيون، فمدة البث عبر التلفزيون تكون محدودة وتتميز بالسرعة وباختصار المعلومات، أي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز بالاختصار وسرعة الزوال⁽¹⁾.

ويكون الإيجاب في الغالب دولياً أي يتم باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعاً لذلك إيجاباً دولياً نظراً لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية⁽²⁾.

إن الخصائص التي يتميز بها الإيجاب في العالم الإلكتروني تكفي لتمتيعه بالقوة الملزمة له، فمبدئياً، لا يترتب عن صدور الإيجاب من الموجب أي أثر قانوني أو أي التزام ما دام لم يحصل بعلم من وجه إليه، لكن إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه، فإنه يتحقق له وجوده القانوني بحيث لو اقترن به قبول مطابق انعقد العقد، ومن هنا يمكن الإقرار بأن العقد الإلكتروني عقد رضائي.

ويستنتج مما سبق أنه إذا عين أجل القبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، وقد ذهب المشرع التونسي في هذا الاتجاه في الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود "من صدر منه الإيجاب وعين أجل لقبوله فهو ملزوم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل". وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، وهو ما تبناه المشرع في الفصل 34 الفقرة الأولى: "من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزوماً إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب". فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغه إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي، فالصادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء، يبقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة التي تسبب فيها.

1. Hafedh Labidi, «L'offre et l'acceptation dans les contrats électroniques» RJL, novembre 2002.p 48.

2. ورغم ذلك يرى جانب من الفقهاء أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة مثل ذلك ما نلاحظه في بعض مواقع الواب الفرنسية المنتشرة على الإنترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرنكوفونية الناطقة بالفرنسية، وأيضاً ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليمياً أو دولياً، ومن ثمة فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفاً. كريستيان إلياس كاملبري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي، مرجع سابق، ص 39.

وتبقى جميع هذه القواعد فاعلة بالنسبة إلى العقد الإلكتروني، أي أن الموجب يلتزم بمسك عرضه أجلا معقولا، الذي يخضع في نهاية الأمر لاجتهاد المحكمة، على أن يبقى للمتضرر طلب التعويض عند الاقتضاء⁽¹⁾.

لكن يحدث أن تأتي شبكة الإنترنت بصور غريبة للعرض والإيجاب بما في ذلك الإشهارات الكاذبة وما يعرف بـ Spamming⁽²⁾ من شأنها أن تنمي صور المخادعة والتي تشكل خطرا يهدد الرضا الإلكتروني، ولكن في الأصل يبقى العقد الإلكتروني عقدا رضائيا.

المطلب الثاني

مميزات العقد الإلكتروني

لا شك أن الطبيعة الافتراضية للعقد الإلكتروني تخلق بالضرورة بعض المبادئ الجديدة التي ربما تشذ عن القواعد الكلاسيكية خاصة على مستوى تكوين العقد، وإن كان المحل والسبب لا يطرحان أي إشكال فإن عنصري الأهلية والرضا فيهما بعض التغيير، ويبرز هذا التغيير في مميزات الشروط الأصلية للعقد الإلكتروني (فرع أول)، كما تبرز كذلك من خلال مميزات الشروط الشكلية (فرع ثاني).

الفرع الأول

مميزات الشروط الأصلية للعقد الإلكتروني

لعل الشروط الأصلية المتعلقة بالعقد عموما تتميز شرطين اثنين، شروط تتعلق بالموضوع، تتعلق بالمحل والسبب، وشروط تتعلق بالأشخاص، وهي التي تهمننا وتمثل خصوصية العقد الإلكتروني وهي الأهلية (أولا) والرضا (ثانيا).

أولا- الأهلية في العقد الإلكتروني:

تكتسي الأهلية في التعاقد أهمية قصوى إذ جعل منها المشرع أول ركن يجب توفره لصحة العقد. وقد اعتنى المشرع البحريني بتنظيم المسائل المتصلة بها واضعا قرينة قانونية إلى جانب كل شخص مفادها أنه أهل للإلزام ما لم يصح القانون بخلاف ذلك.

1. علي كحلون، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 24.

2. Définition: le Spamming peut être défini comme l'usage abusif d'un système de messagerie électronique destiné à exposer délibérément et généralement de manière répétée toute ou partie ses utilisateurs à des messages ou à des contenus non pertinents et non sollicités, souvent en faisant en sorte de les confondre avec les messages ou les contenus habituellement échangés ou recherchés par ces utilisateurs.

وبالرجوع إلى قانون 14 سبتمبر 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية نستشف انطباق نظام العقود الكتابية من حيث صحتها على نظام العقود الإلكترونية. وحتى تكون هذه العقود صحيحة، نص المشرع البحريني صلب القانون المدني على ضرورة توفر أهلية التعاقد وبغيابها يبطل العقد، فالالتزام يبطل من أساسه إذا غاب ركن من أركانه⁽¹⁾.

الأهلية هي قدرة الإنسان على الإلزام والالتزام وعلى مباشرته شخصا لما يترتب على تصرفه من حقوق وواجبات ما لم يصرح القانون بخلافه⁽²⁾. ويميز الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، من ناحية أخرى فأهلية الوجوب تتمثل في تمتع بالحقوق وتحمل الواجبات، أما بالنسبة لأهلية الأداء فهي تتوفر في الخصم الذي يتمتع بأهلية الوجوب لممارسة ذلك الحق بنفسه خلافا لفاقدتها الذي يمارس ذلك الحق من خلال نيابة وليه أو وصيه، إن الأهلية هي أحكام إلزامية تتصل بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

لكن بالرغم من الأهمية البالغة لركن الأهلية في العقود عامة وفي العقود الإلكترونية خاصة، فإنه يصعب التأكد من وجودها وتحققها في خصوص العقود الإلكترونية⁽³⁾ بما أنها عقود يتم إبرامها عن بعد، خلافا للعقود العادية التي تبرم بين أشخاص يجمع بينهم مجلس واحد، وفي هذه الحالة فإن التأكد من أهلية المتعاقد شيء سهل.

وتفريعا على ذلك فإن التحقيق في مدى أهلية الشخص المتعاقد معه يعد من أصعب الأمور التي ينبغي على المتعاقد التحقق منها قبل إتمام عملية التعاقد لضمان صحة العقد وما يحتويه من التزامات، غير أن مثل تلك الرقابة وإن كانت متميزة في الفضاء الحسي الملموس فإنه يصعب التثبت من أهلية الشخص المتعاقد معه في العالم اللامادي غير المحسوس أين يتم التعاقد عن بعد عبر شبكات اتصال مفتوحة مع شخص يكون محل جهالة من حيث طبيعته القانونية أو شخصيته القانونية⁽⁴⁾.

فالمتعامل في الفضاء الإلكتروني لا يمكنه التأكد من أن معاقده الذي يجلس أمام جهاز الكمبيوتر في الجهة المقابلة هو شخص طبيعي أو ذات معنوية تخضع لنظام الجمعيات أو لقانون الشركات، فكل ما يمكن أن يعلمه في هذا الشأن عن معاقده هو "اسم الموقع" الذي يتشكل عادة من جملة من المختصرات وبعض المعلومات المركبة التي تصلح فقط للتدليل على خصوصية الموقع والتعريف به في حين لا تدل في شيء على صاحبه، وبذلك فإن إمكانية التعاقد مع شخص طبيعي مقيد الأهلية (المحجور عليه لضعف عقل أو لسفه أو لكونه مفلسا) أو فاقدًا لها تماما (الصغير غير المميز أو المجنون) تبقى واردة جدا.

ونفس المشكل يطرح أيضا حتى إذا ما تم التعامل عبر البريد الإلكتروني، إذ يتعذر عمليا إعداد قائمة اسمية لجميع مستعمليه، وحتى إن تسنى إعدادها يبقى احتمال تضمينها أسماء وهمية واردة جدا دون أن يشكل ذلك مانعا من الانتفاع بخدمات البريد الإلكتروني، خاصة وأن بعض أصحاب العقول البشرية

1. نبيل القرقي، التعاقد عبر الإنترنت، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء للسنة القضائية 2000 - 2001، ص 36.

2. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات- العقد، مطبعة الوفاء، تونس 1997، طبعة ثانية، جزء 1، ص 22.

3. أحمد بدر أسامة، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005، ص 116.

4. عزالدين بن عمر، العقد الإلكتروني بين زوال السند المادي عند إبرامه والآثار المادية عند تنفيذه، مرجع سابق، ص 19.

الذكية قد وجدوا في الفضاء الإلكتروني متنفسا لتفجير طاقاتهم ومواهبهم في حرك أعمال الغش والتحويل التي ربما تنطلي على من كان قليل الدراية بما يدور في العالم الافتراضي من سلوكيات منحرفة تتم عن ضلوع في مجال الإجرام المنظم⁽¹⁾.

وللحد من الآثار الخطيرة التي قد ترتب عن اختلال ركن الأهلية من حيث صحة العقد تم التفكير في إيجاد آليات قانونية تساعد على التأكد من توفر ركن الأهلية، وفي هذا الصدد وقع ابتكار آلية المصادقة الإلكترونية التي تتمثل في اللجوء إلى طرف ثالث محايد موثوق فيه من كلا الطرفين وذلك للتحقق من هوية أطراف العقد الإلكتروني، وبالتالي يستطيع كل طرف من خلال هذه الوسيلة التأكد من هوية الطرف الآخر.

لكن حتى في حالة المصادقة الإلكترونية، يضل إبرام العقود مع عديمي الأهلية ممكنا إذ لا يتطلع جميع المستهلكين إلى بيانات شهادة المصادقة، ويعود ذلك إلى ما تتطلبه هذه التجارة الإلكترونية من سرعة لتقليص الإجراءات والشكليات التي قد تعرقل تطورات هذا النشاط⁽²⁾.

وتعتبر المصادقة الإلكترونية طريقة إلكترونية تسمح بضمان الصلة بين المنظومة العمومية للتشفير وصاحبها بصورة تكفل لكل طرف التأكد من أن الإمضاء الموجود بالمراسلة الإلكترونية يتعلق بشخص معين دون غيره، وهو مفهوم إلكتروني ليس له علاقة بالمفهوم المدني الذي يشترط تدخل أمور عمومي لحماية المتعاقدين ومراقبة أعمالهم⁽³⁾. ويتمثل التصديق فقط في تدخل الغير لضمان الرابطة بين الإمضاء وصاحبه دون تدخل منه بمضمون الوثيقة الذي لا يمكن أن يدركه بحجم سرية المعلومة المضمنة به ويسلم شهادة في الغرض تعرف بشهادة المصادقة الإلكترونية التي يعتد بها أمام القضاء⁽⁴⁾.

وبالتالي فهي وسيلة تم ابتكارها بهدف إضفاء مصداقية على عمليات التبادل الإلكتروني للمعطيات لما توفره من إمكانيات لا يستهان بها من حيث نسبة الإمضاء الإلكتروني لصاحبه دون غيره من المتعاملين في إطار ما يعرف في العالم الافتراضي اللامادي بالاستثبات، وأن مفهوم المصادقة الإلكترونية يمثل مفهوما إلكترونيا مستحدثا أفرزته مقتضيات الإعلامية ويكون بلا ريب إحدى خصوصيات مجتمع المعلومات على مستوى المفاهيم القانونية المعتمدة.

كما تم التفكير في التخفيف من وطأة أعمال الغش والتحويل على المتعاقد الذي يأخذ المعلومات التي يوافيه معاقده بها إلكترونيا مأخذ الجد. وبرزت في هذا المجال عدة توصيات صادرة عن الندوات الدولية ذات العلاقة تنادي بضرورة التأكد من أهلية التعاقد وصفته والتحري في شأنهما قدر الإمكان قبل إبرام العقد، وضرورة الانضمام إلى معاهدة بروكسال للاستفادة من الأحكام الواردة بها والمتصلة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث الاحتيال والغش⁽⁵⁾.

ورغم ما لركن الأهلية من بالغ الأهمية، فإن التطبيق السائد في ميدان المعلوماتية يثبت عدم اكتراث

1. B.Faraggi, «Commerce électronique et moyens de paiement», Paris, DALLOZ, 1998, p65.

2. كريستيان إلياس كاملبري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي، مصدر سابق، ص18.

3. علي كحلون، الإطار القانوني للإعلامية في تونس، مرجع سابق، ص56.

4. قرار وزير تكنولوجيا الاتصال (تونس) المؤرخ في 19 جويلية 2001 المتعلق بضبط المعطيات التقنية المتعلقة بشهادة المصادقة الإلكترونية والوثوق بها.

5. سندس الشيخ، عقد التجارة الإلكترونية، المعهد الأعلى للقضاء، 2001-2002، ص29.

معظم المتعاملين بمسائله، إذ ما يشغل بال التجار -وهم الأكثر استعمالاً للتعاقد الإلكتروني- هو الدفع الفوري لثمن بضائعهم المباعة أو خدماتهم المسداة، ولعل تشعب الإجراءات الدولية في التقاضي وارتفاع كلفتها مقارنة برقم المعاملة التجارية محل الخلاف هو الذي جعل النزاعات شبه منعقدة في خصوص مسائل أهلية التعاقد⁽¹⁾.

وإن كان الأمر كما تقدم بالنسبة لركن الأهلية في عقود المعلوماتية، فما عساه يكون بالنسبة لركن الرضا؟

ثانياً- الرضا في العقد الإلكتروني

يعتبر ركن الرضا من أهم الأركان التي اقتضاهها المشرع لصحة العقد إلى جانب الأهلية والمحل والسبب؛ وهو من أبرز ما أفرزته نظرية سلطان الإرادة التي قامت على جملة من المبادئ جعلت من الإرادة الحرة والواعية الأساس الأوحيد الذي تبني عليه جميع المعاملات وهي مبادئ لاقت صدى في نفس معتنقي مذهب الحرية الفردية، وقد ساد العمل بمبدأ سلطان الإرادة خلال العصور الماضية، ولم يكن من المقبول حينها تدخل أي من كان -سلطة أو أفراداً- للتضييق من مجال أعمال الإرادة بما تكفله من حرية التعاقد.

ولقد أنكر معتنقو التيار الاجتماعي ارتكاز النظرية التحررية على أبعاد أخلاقية، لكونها تركز غالباً سيطرة طرف على آخر من خلال إملاء شروطه وفرض بنود مجحفة لا يسع المتعاقدين سوى القبول بها دون أية مناقشة مما يمثل إخلالاً لمبدأ العدالة العقدية ومن ورائها للسلم الاجتماعي، وسعوا بذلك إلى التدخل للحد من إرادة الأطراف من خلال سن قواعد قانونية أمرت تكفل العقد.

ورغم التضييق في مجال الحرية التعاقدية، يبقى الرضا ركناً لا محيد عنه لصحة العقد، ولعل خضوع العقود الإلكترونية لنفس النظام الذي يحكم العقود الخطية، فإن العقد في نطاق المعلوماتية لا يستوفي شروط صحته إلا إذا ثبت التحقق من وجود الرضا الإلكتروني، وقد أقر المشرع البحريني لضمان سلامته من كل العيوب التي قد تتال من الإرادة المعبر عنها بواسطة الإعلامية الحق في التفكير والتروي.

تعتبر الإرادة المصدر الأساسي للالتزامات التي تنشأ عن العقود، فإذا غابت أو كانت معيبة بطل العقد، والتعرض للإرادة كأساس للعقد يتطلب التطرق للرضا الذي يعتبر أهم ركن لقيام العقد عامة، والعقد الإلكتروني بصفة خاصة، نظراً لطابعه اللامادي ومجلسه الافتراضي وطبيعة المنتج الذي لا يتم نقله لرؤيته والتثبت من مدى ملائمته للإعلان الإشهادي الذي ورد به العرض، بل تتم رؤيته عن طريق العالم الافتراضي⁽²⁾.

ولقد ساهم إشعاع التجارة الإلكترونية أو ظهور مفهوم الاقتصاد اللامادي في هيمنة شبكة الإنترنت على جميع الأنشطة والبيوعات التي تتم في إطار افتراضي لا مادي، كما أصبحت الشركات الضخمة تستخدم أساليب الدعاية المختلفة لإقناع المستهلكين بأهمية السلع المعروضة وجداها ومن ثمة الإقبال على اقتنائها، وأضحت كذلك تتحكم في حاجيات المستهلك بشتى الوسائل⁽³⁾.

1. كريستيان إلياس كاملبري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي، مصدر سابق، ص 23.

2. أحمد بدر أسامة، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 92.

3. عبدالفتاح الخرشاني، البيع عن بعد والبيع بالتقسيم، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2000، ص 175.

لكن خصوصية العقد الإلكتروني المرتبطة بما يحيط بعالمه من سرعة وحركة ونشاط، وأيضاً مدى ارتباطه بالنظام العام الاقتصادي، حداً بالمشرع إلى الوعي بأهميتها والتدخل لإعادة تنظيم أحكام الاستهلاك بسن قوانين تهدف في مجملها إلى حماية رضا المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقود التي تبرم في العالم الافتراضي.

ولئن كان التصريح بالرضا في الواقع المادي يمكن أن يتم شفاهياً أو كتابياً على سند ورقي، فإن التعبير عن الرضا في العالم الافتراضي يتم إلكترونياً من خلال الضغط على مكان الموافقة التابع لجهاز الكمبيوتر، وبذلك يتخذ الرضا الإلكتروني شكلاً فورياً وتلقائياً.

وإذا جاز الإقرار بأن إبرام العقود في ميدان المعلوماتية يطغى عليه العمل بعقود الإذعان، فإن كيفية تقديم العروض بالمواقع التجارية مثلاً تكون مبرمجة بصفة مسبقة، ولا يملك التاجر الراغب في عرض السلع أو الخدمات غير الخضوع لموجبات نظام الموقع، ويكون نطاق أعمال إرادته في هذه الصورة مقيداً إلى أبعد الحدود، إذ لا يسعه سوى القبول بالشروط التعاقدية المعدة بصفة مسبقة والانخراط في المنظومة المبرمة من قبل أو رفض التعاقد برمته، مما يبقى معه السؤال مطروحاً: هل يعد الرضا في مثل هذه الصورة موجوداً أم مفقوداً، أم أنه موجود لكنه معيب⁽¹⁾.

إن ظاهرة عقود الإذعان ليست مستحدثة ولا هي من إفرزات الإعلامية، بل هي قديمة عرفها التعاقد في العالم المادي، وبالتالي لا يمكن القول إن الرضا غير موجود ولكن طبيعته الإلكترونية والفورية والتلقائية تؤسس لمفهوم حديث للإرادة تفرد به عقود المعلوماتية، وهو ما يجعله مدعماً بمجموعة من الآليات التي تضمن سلامته.

وإن كان وجود الرضا أمراً مهماً وضرورياً لتكوين العقد الإلكتروني تماماً كما هو الشأن بالنسبة للعقد الخطي، فإن سلامة الإرادة من كل عيب لا تقل أهمية ليكون العقد صحيحاً ماضياً وناجراً، ونظراً لرفع التفرقة بين العقود الخطية ذات السند الورقي والعقود الإلكترونية ذات الطابع اللامادي، فإن أحكام الفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود (الرضا الصادر عن غلط أو عن تغرير أو عن إكراه يقبل الإبطال) تطبق في العالم الافتراضي، وبالتالي تظل إمكانية إبطال الرضا الإلكتروني الصادر بناءً على غلط أو تدليس أو إكراه قائمة كما في السابق.

غير أن العيوب التي تنال الإرادة المعبر عنها في العالم المادي قد لا تستجيب في جانب منها لطبيعة التعامل الإلكتروني، في حين أن الجانب الآخر منها قد تتزايد نسبة حصوله، لذلك يسعى المشرع جاهداً إلى إيجاد آليات قانونية كفيلة بحماية الإرادة المعبر عنها إلكترونياً.

العيوب التي تنال من صحة الإرادة المعبر عنها إلكترونياً، يمكن التطرق في البداية إلى أن عيب الإكراه في مفهومه التقليدي مستبعد في العقود الإلكترونية على اعتبار أن التعاقد يتم عن بعد باستعمال وسائل الاتصال، وطبعاً لا يمكن الحديث في هذه الصورة عن إكراه بدني نظراً لانعدام الاتصال المادي المباشر بين المتعاقدين، أما الإكراه المعنوي فيتخذ في العالم الافتراضي مفهوماً مغايراً لمفهومه الكلاسيكي يتصل أساساً بعوامل اقتصادية، وليس بعوامل نفسانية، كما لو يقع التهديد باستعمال فيروس لتدمير البرمجيات الإعلامية.

1. نبيل القرقي، التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 40.

وخلافا لما هو الأمر بالنسبة لعيب الإكراه، فإن احتمال وقوع المتعاقد في الغلط أو في الغرير تزداد نسبته بصفة مضاعفة في الفضاء الإلكتروني.

يشكل الغلط أهم عيب يمكن أن ينال الإرادة في نطاق العقود الإلكترونية، وذلك بسبب أمرين اثنين **أولهما** غياب الاتصال المباشر بين المتعاقدين، و**ثانيهما** انعدام الاتصال المادي بالمنتج موضوع التعاقد. ويمكن تعريف الغلط على أنه "وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمور على غير حقيقتها ويدفعه للتعاقد، وما كان ذلك الشخص ليتعاقد لو علم تلك الحقيقة"⁽¹⁾.

وبمقارنة أحكام الفصول 44 و45 و46 من مجلة الالتزامات والعقود يمكن أن يكون الغلط المفسد للرضا غلطا في القانون أو في الواقع، إلا أن حالة الغلط الواقع هي الأكثر شيوعا في نطاق المعلوماتية ويدخل في حكمه الغلط في ذات المتعاقد أو صفته.

إلا أن مثل هذا الغلط لا يفسد الإرادة إلا متى كان الشخص المتعاقد محل اعتبار كما في حالة العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة أو الحرفيين مثلا وتتضمن التزاما بعمل، كما يدخل في حكمه الغلط في ذات الشيء المتعاقد عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد، وهذا النوع من الغلط وارد بنسبة كبيرة في مجال العقود الإلكترونية، أولاً لقصور الحاسوب عن نقل صورة مطابقة للحقيقة، وثانياً لأن التعاقد عبر شبكة الاتصالات المفتوحة مثل الإنترنت يركز على الإشهار الذي يقوم على تقنيات عالية تجمع بين الصورة والصوت والكلمة وفيات إخراج متطورة تساهم حتماً في التأثير على المستهلك وإغرائه، وثالثاً نظراً للسرعة الفائقة التي تتم فيها المعاملات والتي لا تترك للمستهلك مجالاً للتثبت والتحري كما في صورة الإشهار المقترن بالعرض، وهي صورة قد يعمد فيها التاجر (الموجب) إلى التغيير والتبديل في إيجابه أحيانا بشكل يعسر إثباته⁽²⁾.

وحفاظاً على سلامة الرضا الإلكتروني، وضع المشرع البحريني على غرار التشريعات الأجنبية جملة من القواعد الآمرة التي من شأنها إحاطة المستهلك علماً بجميع المعطيات والتفاصيل ذات العلاقة بالمنتج موضوع التعاقد كما تم بيانه في قانون 14 سبتمبر 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية.

أما في خصوص التغيير وحسب الفصل 56 من مجلة الالتزامات والعقود فهو يشكل عيباً مفسداً للإرادة وهو يتكون عموماً من كل حيلة أو كتمان يقصد بها إيقاع الشخص في غلط يحمله على التعاقد، وبذلك المعنى يختلف عن الغلط الذي يقع في المرء من تلقاء نفسه باعتباره غلطا مستثارا⁽³⁾.

ويمكن أن يصدر التغيير من أحد المتعاقدين أو من نائبه أو ممن كان متواطئاً معه، ويتكون من عنصرين اثنين أحدهما مادي والآخر معنوي، فالعنصر المادي يتكون بمجرد صدور مختلات والمقصود بها الطرق والوسائل المعتمدة للتضليل والاحتيال أو كنايات ويعبر عنها بالكتمان ويقصد بها السكوت والتكتم المقصود عن أمر معين من مصلحة الطرف الآخر معرفته، أما العنصر المعنوي فيتمثل في نية التضليل وإيقاع الشخص في الغلط قصد حمله على التعاقد⁽⁴⁾.

1. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص72.
2. سندس الشيخ، عقد التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص33.
3. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص135.
4. سندس الشيخ، عقد التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص42.

وما يجعل من عيب التغيرير أمرا كثير الوقوع في العالم الإلكتروني هو أن التعاقد عبر شبكات الاتصال المفتوحة يتيح مجالا فسيحا لأعمال الغش والاحتيال من خلال المتاجرة الافتراضية الوهمية واعتماد الإشهارات الكاذبة خاصة أمام انعدام الرقابة السابقة أو حتى التتبع والمواخظة اللاحقة.

ولكل تلك الاعتبارات لم يشأ المشرع ترك المستهلك فريسة للمهنيين ينتهجون ممارسات التضليل والمخادعة في مباشرة أنشطتهم على الفضاء الإلكتروني، وإنما أحاط الإرادة المعبر عنها إلكترونيا بحماية خاصة من خلال إرساء بعض الآليات القانونية.

آليات حماية الإرادة المعبر عنها إلكترونيا: تتسم بعض العقود الإلكترونية باختلال التوازن العقدي وانبنائها في كثير من الأحيان على اعتبارات وهمية متأتية من أعمال تضليل وخداع للتأثير على إرادة المستهلك، وللحد من مخاطر هيمنة التاجر (المهني) بما له من وسائل متطورة في مجال التسويق التجاري مقارنة بقلّة دراية المستهلك وعدم إلمامه بمجريات الأمور في العالم الافتراضي.

وضعت بعض الآليات لحماية المستهلك تتمثل أساسا في إقرار أحقية المستهلك في الإعلام المسبق وإقرار الحق في التفكير والتروي.

الحق في الإعلام المسبق، هو واجب محمول على البائع يسبق مرحلة التعاقد النهائي فرضه المشرع التونسي على البائع أو مسدي الخدمات في عقد التجارة الإلكترونية، ويهدف إلى جعل المتعاقد عالما بجميع المعطيات العملية التي ينوي القيام بها⁽¹⁾، ولعل السبب الرئيسي في تكريس هذا الواجب هو افتراض انعدام التوازن بين القوة الاقتصادية للتاجر وقدرته على الإقناع بفضل طغيان وسائل الإشهار التجاري وتوظيفها لفائدته من جهة، وضعف تجربة المستهلك وتسرع في اتخاذ قرار الشراء وعدم إلمامه بفنون التسويق التجاري من جهة أخرى.

ويتخذ واجب الإعلام بعدا متميزا في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية باعتبار أن العقد الإلكتروني من العقود المبرمة بين غائبين ويتم عبر جهاز الحاسوب ومن خلال التراسل الإلكتروني بين مواقع المتعاقدين على شبكة الإنترنت⁽²⁾. أما الضمان الثاني لحماية الإرادة المعبر عنها إلكترونيا فتتمثل في:

إقرار الحق في التفكير والتروي: إن تكوين العقد الإلكتروني وإن كان لا يشذ كثيرا عن المبادئ العامة المبينة بالقانون المدني باعتبار أن المعاملة الإلكترونية تبقى في نهاية الأمر معاملة تعاقدية، فإن خصوصية المجال الإلكتروني تسبغ على هذا النشاط التجاري شكلا معيناً وتفرد به خصائص ما فتئت تتكاثر بحكم تعاقب الوسائل الفنية وتجدها⁽³⁾.

1. محي الدين نقنق، قانون حماية المستهلك عدد 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء للسنة القضائية 1993 - 1994، ص30.
2. محمد السعيد، جرائم التجارة الإلكترونية، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، السنة الجامعية 2003 - 2004، ص59.
3. علي كحلون، العقد الإلكتروني، المصدر السابق، ص62.

وإذا كان التكوين التقليدي للعقد يفرض التكوين الفوري، فإن خصوصية أجل التفكير في العقود الإلكترونية تجعله يشكل استثناء للنظرية العامة للالتزامات وذلك بخروجه عن التكوين التقليدي للعقد وبوصفه إمكانية متاحة للمستهلك لمزيد من التروي وحماية لإرادته ورضاه⁽¹⁾.

ويمكن أن يفسر إقرار هذا الحق بمزيد تدعيم عنصر الثقة بين المتعاقدين في مجال العقود الإلكترونية، إذ تعتبر الثقة من أهم العناصر التي يجب أن تتوفر بين المتعاملين في مادة التجارة الإلكترونية والتي يجب أن تتوفر أساساً لدى المستهلك الذي يعتبر الطرف الأضعف في العقد الإلكتروني، ويعود ذلك إلى الإقصاء المادي لطرفي العقد، فالمستهلك في هذه المادة لا يتعامل مع شخص يمكن التفاوض معه، بل يتعامل مع مجرد معطيات قد تكون صحيحة أو تكون خاطئة تؤدي للوقوع في الخطأ والتغريب بسهولة، ويعود ذلك إلى الكم الهائل من المواد الإشهارية والتجارية⁽²⁾.

لذلك كان من الضروري توفير الحماية الكافية للمستهلك، وذلك بتوفير كل الضمانات التي توفر له الحماية وهو ما حمل أغلب المشرعين على البحث عن توفير جملة من الضمانات الضرورية لحماية المستهلك من المادة التجارية الإلكترونية سعياً منهم إلى توسيع هذا المجال وتدعيمه وحث المستهلكين على التعامل عبره وخاصة المشرع البحريني الذي اهتم بالتجارة الإلكترونية باعتبارها من أهم المجالات التجارية، وذلك بالنظر لأرقام المعاملات في هذا المجال التي هي في تضح من يوم إلى آخر. واعتباراً للضغوطات التي يمكن أن يتعرض لها المستهلك عند أخذه لأي قرار وما قد ينتج عن ذلك من اضطرابات في الإرادة، يمكن أن ندرك الفائدة من إقرار أجل التفكير كحق سابق لمرحلة إبرام العقد.

فإن كان الأصل في إبرام العقود حسب النظرية العامة للالتزامات هو اقتران الإيجاب بالقبول ليتم التراضي ويصح العقد، فإنه واعتباراً للضغوطات التي قد يتعرض لها المستهلك عند أخذه لأي قرار وما ينتج عن ذلك من اضطرابات في الإرادة يمكن أن ندرك الفائدة من أجل التفكير كإمكانية للمراجعة النهائية لجميع اختياراته⁽³⁾.

وإن كانت تلك هي مميزات العقد الإلكتروني على مستوى شروطه الجوهرية، فإن السؤال يطرح نفسه حول الخصائص التي تميزه من حيث شروطه الشكلية.

1. سامية الغندري، أجل التفكير من أجل الأحكام المنظمة للعقود بين المهنيين والمستهلكين، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2002، ص 12.
2. رانية الدوسري، البيع بين الغائبين، دار النشر الجامعي، تونس، ص 62.
3. سامية الغندري، أجل التفكير من أجل الأحكام المنظمة للعقود بين المهنيين والمستهلكين، مصدر سابق، ص 13.

الفرع الثاني

مميزات الشروط الشكلية للعقد الإلكتروني

بالرغم من أن مبدأ الرضاية هو أساس النظرية العامة للعقد، فإن إخضاع جانب من التصرفات القانونية إلى بعض الموجبات الشكلية يمثل مظهرا من مظاهر الحماية القانونية التي قد يراد بها في أغلب الحالات إما حماية شخص المتعاقد أو حماية الشيء موضوع التعاقد.

إن شيوع استخدام تكنولوجيا المعلومات ونمو تطور المبادلات الإلكترونية بين المتعاملين في الفضاء اللامادي الافتراضي برر التفكير بضرورة الإقرار بحتمية الاعتراف بالكتب الإلكتروني وإيجاد منظومة قانونية تراعي شكله غير المادي واللاملموس، ولعل الإشكال لا يكمن في شكل الكتاب، وإنما المفهوم القانوني للكتب يستوعب في الآن نفسه معنى الكتب وطريقة كتابته والسند الحامل له.

فالمشرع البحريني في قانون 14 ديسمبر 2002 يشترط من ضمن شروط صحة الوثيقة الإلكترونية ضرورة احتوائها على الإمضاء الإلكتروني، فلنتبين (أولا) شكلية الوثيقة الإلكترونية، و(ثانيا) الإمضاء الإلكتروني.

أولا- شكلية الوثيقة الإلكترونية

لا غرو أن الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة⁽¹⁾.

ويقتضي هذا التعريف بعض الملاحظات، أنه تعريف يستند إلى العناصر المميزة للوثيقة الإلكترونية، وهذه العناصر منها ما يتعلق بفحوى الوثيقة الإلكترونية ومنها ما يتعلق بحفظها. أما بالنسبة للعناصر المتعلقة بفحوى الوثيقة الإلكترونية فهي الأحرف والأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى من ناحية، ويشترط أن يكون ذلك الفحوى مقروءا من ناحية ثانية.

هذا العنصر الأول المكون للوثيقة الإلكترونية هو عنصر تشابه لاعتبار أن الأحرف والأرقام هي أيضا من مكونات الكتاب العادية أو اليدوية، لكن هذا العنصر لا يؤدي إلى التطابق التام بين الكتب الإلكتروني والكتب العادي، إذ إن الأول يتميز بإمكانية احتوائه أو تكونه من علامات أو إشارات رقمية أخرى قد تكون غير مفهومة بالنسبة للشخص العادي لكنها متفق عليها من قبل أطراف الكتب الإلكتروني (مع الملاحظ أن الكتب العادي قد يتضمن أيضا بعض الإشارات والكتابة المختصرة، وهذه الإشارات الرقمية أصبحت اليوم ممكنة نتيجة لتطور الوسائل المعلوماتية للتشفير⁽²⁾).

كما اعتبر جانب من الفقه أن الوثيقة الإلكترونية متكونة من مجموعة أحرف وأرقام وإشارات رقمية متبادلة عبر وسائل الاتصال، وبذلك تكون الوثيقة الإلكترونية كل بطاقة تتضمن معلومات وبيانات تخص

1. عمر بالطيب، الكتب الإلكتروني، مجلة القضاء والشرع، نوفمبر 2000 ص15.

2. خالد عرفة، حجية الوثيقة الإلكترونية، دار النشر، تونس 2009، ص 17.

المعاملات المدنية أو التجارية والتي تساعد على سير ومعالجة البرمجيات والبيانات المعلوماتية عبر وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت والحاسوب أو ما شابهها كالموزع الآلي للبنك⁽¹⁾.

إن الوثيقة الإلكترونية يقع تبادلها عبر شبكات الاتصال وهي شبكات مفتوحة لعدة مستعملين من غير أطراف الوثيقة المذكورة، وبالتالي فهي مهددة بخطر الاطلاع عليها من أطراف أجنبية، وهو ما حتم ضرورة تأمين سرية المعلومات المضمنة بالوثيقة الإلكترونية عند تبادلها عبر شبكات الاتصال وذلك عن طريق عملية التشفير الذي هو استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها.

ولعل ضرورة إيجاد موازنة عادلة بين سهولة فهم الوثيقة الإلكترونية عند الحاجة من قبل الأطراف والقاضي وضرورة تأمين نقلها وتداولها عبر شبكات الاتصال يحفظ حرمة المراسلات والحياة الخاصة للأفراد، فالوثيقة الإلكترونية لا بد أن تكون ذات محتوى يمكن فهمه، فمن غير الضروري أن تكون الوثيقة مفهومة في كل زمان ومكان، وإنما يمكن فهمها عندما تبرز الحاجة إلى ذلك وخاصة عند الاطلاع عليها من قبل الأطراف أو القاضي، وعن طريق التأويل العكسي، يمكن أن تكون الوثيقة الإلكترونية غير مفهومة بالنسبة للغير ممن لا يهمهم الأمر، أي أن الوثيقة الرقمية عند نقلها عبر شبكات الاتصال يمكن أن تكون مشفرة حتى لا يطلع عليها الغير، ويشترط دون شك أن يتم التشفير طبقاً للقوانين والتراتب الجاري بها العمل⁽²⁾.

ويستخلص مما سبق ذكره أن ضرورة إمكانية فهم الوثيقة الإلكترونية لا يتعارض مع إمكانية تأمينها بالوسائل الفنية المتاحة للتشفير أو الترميز، بل إن ذلك قد يصبح ضرورياً لضمان سرية الوثائق الإلكترونية الهامة ولزرع الثقة في الوسائل الحديثة للاتصال وتبادل المعلومات.

إلى جانب بيان العناصر المتعلقة بفحوى الوثيقة الإلكترونية، لا بد من وجود عنصر خارجي يتعلق بحفظها، فلكي تكتسب الوثيقة الإلكترونية قوتها التوثيقية، يجب أن يتوفر فيها شرطان للصحة: أولهما أن تكون الوثيقة محفوظة في شكلها النهائي موثوق بها، وثانيهما أن تكون مدعومة بإمضاء إلكتروني، وبذلك تكفل الوثيقة الإلكترونية أقصى درجات الحجية المعترف بها قانوناً⁽³⁾، فلا بد من حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، ولعل المقصود بمصطلح الحفظ هو توثيق مجموعة من المعلومات اللامادية داخل برمجيات حتى يكون الرجوع إليها في وقت الحاجة أمراً ممكناً، فاستعمال عبارة الحفظ لا يتماشى وطبيعة الوثيقة بما أن الحفظ يخص الحقوق، أما التوثيق فيتعلق بالسندات.

ويتمثل الحفظ في استعمال وسائل فنية هدفها ضمان السرية والشريعة وحماية سلامة محتوى الوثيقة من التحريف والتدليس ومن التلف والزوال.

وفي نفس الاتجاه، اقتضى المشرع الفرنسي ضمن المادة 1316 في فقرته الأولى من المجلة المدنية أن الوثيقة الإلكترونية لها نفس قيمة الوثيقة الورقية على شرط حفظها بشكل يضمن سلامتها ويضمن عدم تغيير

1. أسماء الزلاوي، حماية المستهلك في مادة التجارة الإلكترونية، مطبعة جنبل، طبعة ثانية، تونس 1999، ص32.

2. محمد أمين الرومي، التعاقد عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 1، 2004.

3. عمر بالطيب، الكتب الإلكترونية، مرجع سابق، ص15.

محتواها. وعلى غرار المشرع الفرنسي، فإن المشرع البحريني واع بأن تغيير أو إفساد المعلومات المنصوصة بالوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي عن طريق أنظمة معلوماتية يفقدها قيمتها الثبوتية.

إلى جانب حفظ المعلومات المتضمنة داخل الوثيقة الإلكترونية من كل أوجه الإفساد أو التدليس، يجب كذلك حفظها من الزوال لضمان الاطلاع عليها في وقت الحاجة، بالفعل فإنه في صورة حصول نزاع قد يمكن للقاضي الاطلاع على هذه الوثائق كما يمكن عند الحاجة الرجوع إلى ما تتضمنه.

ولعل من آليات ضمان صحة الوثيقة الإلكترونية هو أن تكون محفوظة على حامل إلكتروني.

وبالرغم من اتخاذ كل هذه التدابير، يمكن أن يصيب هذا الحامل الذي يتضمن كل التسجيلات عدد لا يحصى من الفيروسات التي قد تعطبه فيستحيل بذلك قراءة المعلومات التي يتضمنها. بالإضافة إلى هذه الحماية المادية هناك ضرورة إلى وجود إمضاء إلكتروني للتعبير عن رضا الطرفين.

ثانيا- التوقيع الإلكتروني

في واقع الأمر لا يمكن الحديث عن حجية الوثيقة الإلكترونية ولا عن طابعها الثبوتي دون الاعتراف بالكتب الإلكترونية، فالوثيقة الإلكترونية هي كتب غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بالتوقيع الإلكتروني. فما هو المقصود بمصطلح التوقيع الإلكتروني؟

عرف المشرع البحريني بمصطلح "التوقيع الإلكتروني" صلب قانون 14 سبتمبر 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية وذلك نظرا للدور الذي يضطلع به التوقيع في منظومة الإثبات، إذ نص في المادة الأولى من القانون المذكور على أن "التوقيع الإلكتروني معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقيا، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته".

يؤدي التوقيع الإلكتروني وظيفتين أساسيتين أولهما التعريف بصاحب الكتب وثانيهما استثبات هوية الشخص الممضي، إضافة إلى ذلك ونظرا إلى خصوصية هذا الإمضاء الإلكتروني المتمثل أساسا في سرعة استعماله ومرورته وسريته في التعامل، أحاطه المشرع بشروط ضرورية يستوجبها القانون للاعتراف به وحتى ينتج الآثار القانونية التي يرتبها الإمضاء اليدوي، أولهما استعمال منوال تعريف موثوق به وثانيهما أن يضمن ذلك المنوال الصلة بين التوقيع والوثيقة الإلكترونية المرتبطة به، وهو ما نصت عليه المادة 453 "جديد" من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

إن خصوصية عقود التجارة الإلكترونية وخصوصية التوقيع الإلكتروني تجعل من الوثيقة الافتراضية وثيقة مختلفة تمام الاختلاف عن الكتب والتوقيع اليدوي. إن الكتب يحتوي على التوقيع اليدوي فهو يجمع بين الوثيقة والتوقيع، ففي هذه الحالة يكون التوقيع مدمجا بالكتب نفسه، في حين أن الحامل الإلكتروني يفصل بين التوقيع الإلكتروني والوثيقة الإلكترونية، وبالتالي يستحيل تحقيق هذا الاندماج المادي كما هو الحال في الوثيقة المكتوبة⁽¹⁾.

1. p.19. Philippe LE TOURREAU, «Contrats informatiques et électroniques», DALLOZ 2004.

لهذه الغاية اشترط المشرع البحريني في التوقيع الإلكتروني استعمال منوال التعريف يضمنه أسئلة بين التوقيع والوثيقة الإلكترونية المرتبطة به، ولضمان هذه الصلة بصفة واقعية، من الضروري تدخل طرف ثالث إضافة إلى طرفي التعاقد، وقد يسمى هذا الطرف الثالث بالغير المصادق أو مزود خدمات المصادقة الإلكترونية. ويعرف مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بأنه السلطة بين المتعاملين في المجال الإلكتروني، ويتعهد بإصدار وحفظ الشهادات التي تثبت وقوع عملية التبادل الإلكتروني للمعطيات وتحديد مراقبة هوية الباعث والتأكد من صدور التوقيع عنه.

وقع التفكير في إيجاد طريقة تضمن تحقيق الأمان والثقة بين المتعاملين وتضمن التحقق من شخصية هوية وأهلية الممضي، ففي هذا السياق تم اللجوء إلى طرف ثالث غير المتعاقدين يسلم شهادة المصادقة الإلكترونية. لقد تم تعريف المصادقة الإلكترونية على أنها طريقة إلكترونية تسمح بضمان الصلة بين المنظومة العمومية للتشفير وصاحبها بصورة تكفل لكل طرف من أن التوقيع الموجود بالمراسلة الإلكترونية يتعلق بشخص معين دون غيره، وتتمثل في وجود طرف ثالث محايد موثوق به يعمل بطرقه الخاصة على التأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية ممن تنسب إليه. كما يقوم هذا الطرف كذلك على التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها كل البعد عن الغش والاحتيال. وقد تعددت المحاولات والاجتهادات في تعريف الغير المصادق، واعتبره البعض ذلك الهيكل الذي يعنى بضمان صلة شكلية بين الشخص ومفتاحه العام، واعتبر البعض الآخر أن شهادة المصادقة الإلكترونية هي تلك الوثيقة الإلكترونية التي تسمح بضمان الصلة بين صاحب المفتاح الخاص أو السري والمفتاح العام المضمن بالشهادة.

ولقد نص المشرع البحريني في المادة الأولى من قانون 14 سبتمبر 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية على مزود خدمة الشهادات، وهو ذلك الشخص الذي يصدر شهادات إثبات الهوية لأغراض التوقيعات الإلكترونية أو الذي يقدم خدمات أخرى تتعلق بهذه التوقيعات. والشهادة المعتمدة هي سجل إلكتروني يتسم بأنه يربط بيانات تحقق من توقيع شخص معين، يثبت هوية ذلك الشخص، يكون صادرا من قبل مزود خدمة شهادات معتمد، ويكون مستوفيا للمعايير المتفق عليها بين الأطراف المعنية أو المنصوص عليها في القرارات التي تصدر استنادا للقانون المذكور سلفا.

إن التوقيع الإلكتروني يمثل عنصرا أساسيا لا يمكن التخلي عنه على مستوى عقود التجارة الإلكترونية، وذلك لما يوفره من ضمانات في إبرام هذه العقود وفي حسن تبادل الإيرادات بين الأطراف، نظرا للأهمية التي تكتسبها هذه التجارة وللمكانة التي أولتها لها الدول، فلقد أصبحت وسيلة إستراتيجية تستعمل لتضخيم حجم المبادلات التجارية بالداخل والخارج.

لا غرو أن التعامل اللامادي الافتراضي طغى على المعاملات بين الناس مما أدى إلى تزايد الحديث عن نمط إثبات يتماشى مع متطلبات التطور التقني، لذا كان من الضروري البحث في كيفية إثبات العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني

إثبات العقد الإلكتروني

لم يحد الإثبات الإلكتروني عن مسار الإثبات التقليدي، وإنما جاء لمواكبة التطورات السريعة التي تشهدها العديد من البلدان التي بدأت في ترسيخ ثقافة قانونية للمعلوماتية، خاصة وأن نظرية الإثبات هي من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، حيث إنها النظرية التي لا تقطع المحاكم عن تطبيقها في القضايا التي تعرض عليها، الأمر الذي يلح علينا البحث عن حجية العقد الإلكتروني (مطلب أول) وعن حدود نجاعة الإثبات الإلكتروني (مطلب ثاني).

المطلب الأول

حجية العقد الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني لا يمكن أن يؤدي وظيفته إلا إذا مكن من التعريف بالأطراف المتعاقدة، وضمن سلامته من أي تغيير أو إتلاف، وضمن مصداقيته وسلامته وعرف بالشخص الذي أمضاه، وبهذا الشكل ينزل منزلة الكتب الخطي (حجة غير رسمية) (فرع أول)، وفي غياب هذه الشروط يؤدي إلى اعتباره بداية حجة كتابية (فرع ثاني).

الفرع الأول

العقد الإلكتروني حجة غير رسمية

تتمثل الحجة غير الرسمية في كل كتب لا تتوفر فيه شروط الكتب الرسمي، ويكون متضمناً إمضاء الطرفين⁽¹⁾. وتعد الوثيقة الإلكترونية كتبا بحكم القانون.

وحتى تعتبر الوثيقة الإلكترونية حجة غير رسمية، لا بد أن تكون محفوظة في شكلها النهائي، وبطريقة موثوق بها ومدعمة بتوقيع إلكتروني، فالوثيقة المستوفية لشروطها القانونية تتمتع بحجية تظاهي تلك المعترف بها للوثيقة الورقية مع احترام مبدأ تدرج وسائل الإثبات وترتيبها من حيث درجة الحجية.

في القانون المقارن، ما لبثت مختلف التشريعات أن تبنت مفهوم العقد الإلكتروني مثل القانون الأمريكي، والقانون الإيطالي، والقانون البلجيكي، والقانون الفرنسي الذي أقر في الفصل 1316 من المجلة المدنية بالمساواة التامة بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني ووضعهما في نفس المرتبة⁽²⁾.

واستناداً لأهمية وسائل الإثبات الإلكترونية، اهتمت بها التشريعات المقارنة، وأسندت لها حجية متفاوتة

1. أسماء نبيل، البيع عن بعد، مركز النشر الجامعي، تونس 2008، ص 25.

2. Chiheb Ghazouani, «La protection du consommateur dans les transactions électroniques », R.J.L Juin, 2003.

الأهمية، من ذلك أن مملكة لوكسمبورغ أصدرت مشروعاً أعطت فيه الميكروفيلم حجية السندات العادية، حيث افترض هذا القانون مطابقة الميكروفيلم للأصول التي استخرجت منها وبشرط أن يكون إتلاف الأصل أمر قد جرى العرف على استخدامه في مجال العلم⁽¹⁾.

وقد اعتبر المشرع العراقي ضمن الفصل 134 من قانون إتلاف الأوراق الرسمية رقم 141 لسنة 1973، النسخة المصورة بالميكروفيلم من أية مخابرة رسمية لها حكم الأصل فيما يتعلق بالحقوق المترتبة عنها، ويوفر الميكروفيلم نسخاً تتطابق والأصول بل وتنقلها بكل أمان⁽²⁾.

أما بالنسبة للتلكس، فقد ألحقه المشرع التونسي بالمحركات الكتابية، ولم يعترف بحجية الوثائق المتبادلة عنه إلا في باب مجلة التحكيم بفصلها السادس.

ولكن يمكن أن يأخذ التلكس نفس النظام المتعلق بالتلغراف، لأنه عبارة عن مرحلة متقدمة منه، وإن كان لا ينقل التوقيع فهو يبقى أثراً كتابياً⁽³⁾.

وأكدت المحكمة العليا الكويتية في قرار لها بحجية السند المستخرج من التلكس، إذ اعتبرته من السندات العادية بالرغم من أن قانون الإثبات الإلكتروني لسنة 1980 لم يذكر كيفية إثبات التعاقد بالتلكس أو السندات الإلكترونية الأخرى⁽⁴⁾.

أما الفاكس، فقد أعطت عدة تشريعات واتفاقيات دولية للسندات المرسلة بواسطة حجية متميزة في الإثبات وعدتها ضمن السندات الكتابية، حيث اعتبرت المادة 14 فقرة 13 من اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بحراً سنة 1978 أنه يجوز أن يكون التوقيع على السند شخصياً أو بصورة مطابقة للأصل أو بالختم أو بالرموز أو بأية وسيلة آلية أو إلكترونية أخرى، ذلك إذا لم يتعارض مع قوانين البلد الذي يصدر فيه السند.

وقد اعتبر القانون البرتغالي أن الفاكس يمثل حجة كتابية غير رسمية بشرط الاستثبات من المرسل⁽⁵⁾.

كما اعتبر الفصل 8 من القانون التجاري للكمبورغ أن الفاكس يمثل حجة كتابية بشرط أن يمثل وسيلة اتصال اعتيادية في الوضعية المعينة. وفي هذا الإطار يمكن القول إن المشرع التونسي صنف الفاكس ضمن الحجج غير الرسمية شرط التثبت من المرسل، وذلك اقتداءً بالمشرع الأسباني⁽⁶⁾.

1. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الجنوب للنشر، تونس، ص 56 و 57.

2. Riadh Essid, «La législation tunisienne en matière de document électronique», R.J.L. Juillet 2006, p23.

3. Raymond Salleilles, «De la responsabilité précontractuelle», R.T.D. Civ, 1907.

4. حيث جاء في أحد قراراتها أنه فيما يتعلق بمعارضة الغير بالرسالة المرسلة غير الموقعة بوصفها سندا عاديا بين الأطراف فإنه في هذه الحالة لا تكون إلا مبدأً ثبوت بالكتابة وإن الشخص الذي يقدم الرسالة عليه أن يكملها بأدلة أخرى، لكن فيما يتعلق بالنسخ الأصلية المرسلة عن طريق التلكس، فإنها تعد سندا كتابيا كاملا على الرغم من عدم وجود توقيع على هذا السند، عن عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص 88.

5. الفصل 762 من المجلة المدنية البرتغالية.

6. Riadh Khmakhem, «La valeur probatoire des documents informatiques en droit positif tunisien» Colloque cadre juridique et technique des échanges de données informatisés, Tunis 19-20, Juin 1996.

ومهما يكن من أمر، فإن إعطاء المشرع حجية للوثيقة الإلكترونية لا يلغي دور القاضي، حيث تبقى له سلطة تقدير الحجج المقدمة إليه في إطار نشاطه القضائي.

فرغم خصوصية الإثبات الإلكتروني، فإن المشرع لم ينص على قاعدة خاصة للتعامل الإلكتروني تبين مدى تدخل القاضي في تقدير قيمة الحجج المقدمة له وذلك لإمكانية استيعاب مجلة الالتزامات والعقود ذلك⁽¹⁾.

ويتدخل القاضي في تقدير حجية الوسيلة الإلكترونية في صورة تعارضها مع وسيلة إثبات أخرى، فالقاضي يعمل على ترجيح وسيلة الإثبات التي تحقق أكثر ضمانات وإن لم يتعرض المشرع لهذه المسألة على غرار بعض التشريعات الأخرى من ذلك الفصل 2839 من المجلة المدنية للكيبيك، كندا.

أما في فرنسا فإن الفصل 1316 من المجلة المدنية ساوى بين السندين، وفي حالة التعارض يلجأ القاضي إلى ترجيح أحدهما اعتمادا على جميع وسائل الإثبات الأخرى.

أما إذا كان التعارض بين وسائل الإثبات الإلكترونية ذاتها، فإن القاضي مطالب باعتماد الوثائق الإلكترونية المستوفية للشروط، وللقاضي أن يقتنع بمصدقية وثبوتية وسيلة دون غيرها حتى يعمل بها ويعتد بها في الإثبات⁽²⁾.

ولعل الحل المعتمد في القانون الفرنسي بالفصل 1328 من المجلة المدنية يعتمد التاريخ في ترجيح الحجج المقدمة إلى القاضي في صورة تعارض وثيقة إلكترونية مع كتب خطي فالحجة المعتمدة هي الحجة الأقدم في التاريخ⁽³⁾.

أما في تونس، فقد اعتبر المشرع التونسي أن الوثيقة الإلكترونية حجة غير رسمية نص عليها الفصل 453 مكرر الذي أضافه القانون عدد 57 لسنة 2000 إلى مجلة الالتزامات والعقود. وقد احتوى هذا الفصل في فقرته الثانية أن الوثيقة الإلكترونية تعد كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بتوقيع إلكتروني. وقد ارتقى المشرع بالكتب الإلكتروني إلى مرتبة الكتب ذي القيمة الثبوتية، لكنه أوجب توفر شرطين وهما: الاعتراف بأن تكون الوثيقة المحفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعومة بتوقيع إلكتروني، وحتى تكون الوثيقة الإلكترونية كتبا غير رسمي يجب أن تستجيب إلى التعريف الذي أقصاه المشرع، بالإضافة إلى ذلك توفر الشرطين اللذين وقع ذكرهما، فهي حجة غير رسمية تكتسي حجية نسبية، إذ يمكن إثبات عكس ما جاء بها دون حاجة للقيام بدعوى الزور.

وبذلك فإن أشكال الوثيقة الإلكترونية تتنوع وتتعدد، إلا أن هذا التنوع والتعدد يطرح إشكالية تتعلق بنسخها وأصلها.

إن مفهوم الأصل والنسخة له مدلول خاص في المجال الإلكتروني، فالوسائل الحديثة لا تتطلب وجود أصل، لأن الأصل يتمثل في النص الذي تمت صياغته وكتابته على شاشة الحاسوب لأول مرة ثم حفظه على حامل إلكتروني⁽⁴⁾. وما المطبوعة المستخرجة منه إلا نسخة من ذلك التسجيل.

1. Adel Brahimi, «La conclusion du contrat par voie électronique», R.J.L. Février 2000.

2. Badii Ben Abbes, «Le droit de rétraction à travers la loi n° 2000-83 du 09-08-2000 », RJL Décembre 2003.

3. علي كحلون، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 44.

4. نورة قصيص، التسويق الإلكتروني، دار الجنوب للنشر، 2005، تونس ص 73.

وبالتالي فإن ميدان الإعلامية لا يقيم فرقا بين الأصل والنسخة في المجال الإلكتروني، لأن جميع الوثائق تعتبر أصولاً⁽¹⁾، حيث لا يمكن الحديث عن الأصل إلا في العالم الورقي.

ويؤكد الفينيون أن العالم الإلكتروني المبني على تقنية الرقمنة La numérisation يمكن الحصول على أجيال متعاقبة من نفس الوثيقة دون التمييز بينهما، ولذلك فمن الجانب التقني من الأفضل أن تعتبر الوثيقة الإلكترونية بمعزل عن ثنائية الأصل والنسخة.

وبغاية ملائمة النظام القانوني لنسخ الحجج مع بعض تطبيقات الواقع الإلكتروني، اعترف المشرع التونسي بالقوة الثبوتية لنسخ الحجج الإلكترونية، فالتمييز بين الأصل والنسخة على مستوى التعامل الإلكتروني هو تمييز دون جدوى، لأن الطبيعة الرقمية تجعل منها وثيقة أصلية في كل مرة، فيمكن أن نجد معنى لهذه التفرقة التي قام بها المشرع بين الأصل والنسخة في الحالة التالية: الأصل حسب قصده يمكن أن تكون الوثيقة الإلكترونية التي تم تحريرها إلكترونياً على شاشة الحاسوب، ويقصد بالنسخة نفس الوثيقة التي تم تسجيلها على الحامل الإلكتروني لغاية حفظها وهو ما يشرح اشتراط المشرع أن تكون النسخة ثابتة ودائمة، غير قابلة للتغيير عند التسجيل أو طوال مدة حفظها.

إن مثل ذلك التمييز يعد غير ذي معنى في العقود الإلكترونية، حيث لا تتطلب الوسائل المعلوماتية الحديثة وجود أصل للوثيقة، لأن مفهوم الأصل في الفضاء الإلكتروني يعني المعلومات المسجلة في ذاكرة الحاسوب أو الحامل الإلكتروني، وما المطبوعة المستخرجة منه إلا نسخة مستخرجة من ذلك التسجيل، وهي اعتبارات أيقن معها الجميع عدم جدوى إقامة التفرقة بين الأصل والنسخة في مجال المعلوماتية، سيما وأنه بات من الثابت على الصعيد التقني إمكانية الحصول على أكثر من أصل واحد، وحتى النسخة الأولى المتحصل عليها ليست أصلاً بالمعنى التقليدي المتعارف عليه في العالم الورقي، وإنما هي مجرد نسخة مما أعده الأطراف وضمّنه إلكترونياً بالنظام المعلوماتي للحاسوب، كما اعتبر بعض الفقهاء أن ما يدعم عبثية التمييز بين الأصل والنسخة هو انبناء التعامل الإلكتروني على تقنية الرقمنة التي يسمح استخدامها بالحصول على أجيال متعاقبة من نفس الوثيقة دون التمييز بينها.

ومن الناحية القانونية، فإن الوثيقة الإلكترونية تكتسب حجة الكتب غير الرسمي طالما كانت مستوفية لشروطها ولم يطعن فيها أحد الأطراف.

1. علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 22.

الفرع الثاني

العقد الإلكتروني كبداية حجة كتابية

تحتل الكتائب مكانة هامة في نظام الإثبات، لذلك وجب مراعاة الشروط القانونية حتى يتسنى اعتمادها بصفة صريحة، لكن تخلف أحد الشروط القانونية يجعلنا نعتبرها بداية حجة بالكتابة. وهذا ما يدعو للتساؤل عن تعريف بداية الحجة بالكتابة، وعن الشروط التي تمكن من اعتماد الوثائق الإلكترونية كبداية حجة بالكتابة.

إن بداية الحجة بالكتابة هي في الحقيقة عبارة عن كل ما صدر من الخصم أو نائبه أو مما انجر له حق فيه يقرب به احتمال ما تضمنته الدعوى، كما يمكن اعتبار التصريحات التي يقوم بها الأطراف أثناء حضور القاضي الشخصي أو رفضه الجواب أو غيابه عن الحضور مساوية لبداية الحجة بالكتابة.

ويستخلص مما تقدم أن بداية الحجة بالكتابة لا تتوفر إلا بوجود ثلاث عناصر وهي:

1. وجود كتب سواء أكان إلكترونيا أو خطيا.

2. هذا الكتب يجب أن يكون صادرا إما من الخصم المحتج به ضده أو من نائبه أو ممن انجر له حق منه.

3. من شأن هذا الكتب تقريب احتمال الحق المدعى به، أي أن الشرط الثالث يتعلق بالمحتوى.

ومن الملاحظ أن التوسيع في مفهوم الكتب جعل من الممكن لمؤسسة الحجة بالكتابة أن تستوعب أنواعا جديدة من وسائل الإثبات، حيث يمكن اعتبار الوثائق المتحصل عليها من التلكس أو الفاكس أو من الحاسوب والتي لا تحمل إمضاء بداية حجة بالكتابة إذا كانت صادرة من الخصم أولا وتقرب احتمال ما تضمنته الدعوى ثانيا.

فالوثائق المستخرجة من الفاكس اختلف شرح القانون في تكييف الكتب المتحصل عليه عبر الفاكس، حيث ذهب شق إلى القول بأنه يتعلق بنقل محتوى نص أصلي سابق، ولا يجوز إسناده سوى حجية النسخة، هذا الرأي لا يمكن الاعتداد به إلا إذا تحقق شرط التصديق من طرف مأمور عمومي مأذون بذلك⁽¹⁾.

وهناك اتجاه ثان اعتبر أن هذا الجهاز يستعمل في نقل نص أصلي بصفة مباشرة، وبذلك يمكن القول إن الوثيقة المتحصل عليها تعتبر كتبا أصليا، هذا الرأي أيضا لا يمكن الاعتداد به.

وذهب اتجاه فقهي آخر إلى اعتبار الوثائق المتحصل عليها بالفاكس يمكن اعتبارها بداية حجة بالكتابة، ولكن تحول العديد من العوائق دون اعتبار الوثيقة المرسله بالفاكس بداية حجة بالكتابة حيث نجد أنفسنا أمام استعمال غير مشروع من قبل الغير سيء النية مما يجعلنا نقرب حجية الوثيقة المرسله بالفاكس بمثابة قرينة واقعية⁽²⁾.

1. سندس قرطاس، الطرق الحديثة للبيوعات التجارية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، فيفري 2008، ص15.

2. Raymond Mougnot, «La preuve», op; cit, p.158.

وعموما فإن دراسة حجية الوثائق المرسله بالفاكس تخضع لسلطة القاضي التقديرية للوقوف على مدى تقربها لاحتمال ما تضمنته الدعوى⁽¹⁾.

أما بخصوص التسجيلات الصوتية فقد قال فقه القضاء الفرنسي كلمته في هذا الصدد إذ رفض بداية اعتمادها كبداية حجة بالكتابة اعتبارا أنها تمس بالحياة الشخصية، إلا أنه تخلى عن هذا الرأي وقبل به، وذلك بمناسبة قضية تفيد وقائعها أن اتصالا جنسيا قد تم بين رجل وامرأة أثمر مولودا، فقامت المرأة بقضية تطلب إلزام عشيقها بالإنفاق على المولود مكتفية بتقديم تسجيل صوتي لحوار دار بينهما. محكمة الدرجة الأولى رفضت الدعوى وبعد استئناف الحكم قضت محكمة الدرجة الثانية بقبول الدعوى معتبرة أن التسجيل الصوتي من شأنه أن يكون بداية حجة بالكتابة⁽²⁾.

هذا الحكم شكل نقطة البداية الفعلية للتوسيع في مفهوم الكتب المكون لبداية حجة بالكتابة. غير أن فقه القضاء الفرنسي قد شدد في استعمال هذه التسجيلات الصوتية مما أدى في كثير من المناسبات إلى رفضه سواء كدليل كامل أو كبداية حجة⁽³⁾.

أما في تونس فإن المشرع لم ينص على هذه التقنية في الإثبات حيث حدد المشرع وسائل الإثبات في المادة 427 من مجلة الالتزامات والعقود (الإقرار، الكتابة، شهادة الشهود، القرينة واليمين)، وفي غياب فقه القضاء في هذه المسألة فإنه يجوز القول إنه من غير الممكن اعتماد التسجيلات لافتقادها شروط بداية الحجة بالكتابة.

هذا الموقف يصطدم بعديد من الصعوبات نظرا لتطور تقنيات الاتصال من ذلك إمكانية استخدام الإعلامية والهاتف والبريد الإلكتروني والتلفزيوني في ترويج المنتج أو الخدمات. ولكن وتقابلا لعدة صعوبات، فإنه يمكن اعتبار التسجيلات الصوتية بمثابة الإقرار غير القضائي، حيث يترك المجال للقاضي لتقدير مدى قبولها وحجيتها، وفي نفس الإطار يمكن اعتبار التسجيلات كقرائن واقعية، ولعل هذا الرأي يتمشى أكثر انطلاقا من رؤية عامة لقواعد الإثبات⁽⁴⁾.

أما فيما يخص التسجيلات المغناطيسية L'enregistrement magnétique فإن الآراء في خصوص حجيتها اختلفت، فقد صدر في فرنسا عدة قرارات تعتبر أن مثل هذه التسجيلات تعتبر بداية حجة كتابية، لكن تم رفض هذا الاتجاه، وذهب اتجاه ثان إلى اعتبارها إقرارا غير قضائي وأنها مجرد قرائن يمكن الاستناد إليها اعتبارا لخصوصياتها اللامادية⁽⁵⁾.

ومهما يكن من أمر، فإن إقرار حجية لهذه التسجيلات يجب أن يأخذ بكثير من الحذر وذلك نظرا للمخاطر التي تحيط بها من ذلك إمكانية التزوير والتدليس أو الإنقاص منها.

1. Didier MARTIN, «La défense du consommateur à crédit », DALLOZ 1992.

2. خالد اليوسفي، بداية الإثبات بالكتابة، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2002-2003، ص66.

3. Cassation .ch.civ.15.1.1970,J.C.P1970, ed.G.II,I 6320.

4. أسماء نبيل، البيع عن بعد، مرجع سابق، ص28.

5. خالد عرفة، المرجع السابق، ص11.

وقد عرفت المحاكم التونسية نزاعين متعلقين بالقوة الثبوتية للكتب المرسل بالتلكس، الأول أمام محكمة ابتدائية تونس وهو قرار غير منشور عدد 11205 صادر في 13 أفريل 1990 حيث رفضت المحكمة الدعوى اعتبارا إلى عدم كفاية الأسباب معتبرة أن الكتب المرسل عبر التلكس لا يعتبر حجة كتابية. أما النزاع الثاني فقد كان أمام محكمة ناحية تونس⁽¹⁾، وقد قبل حاكم الناحية التلكس كحجة لإثبات علاقة المديونية بين الطرفين⁽²⁾.

وقد نص المشرع على إمكانية اعتماد التلكس في المعاملات من ذلك ما نص عليه الفصل 6 من مجلة التحكيم، الفصل 410 من المجلة التجارية والقانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري⁽³⁾.

وفي جميع الأحوال فإن إسناد حجية أو قيمة ثبوتية للوثيقة المستخرجة من وسائل الإثبات الإلكتروني يبقى رهين تقدير القاضي، فهو يتمتع بسلطة واسعة في تقدير الحجة والترجيح بين مختلف أدلة الإثبات المفروضة عليه، فله مطلق الحرية في تحديد أي الوثائق سيقع اعتمادها في قضاؤه خاصة في صورة التعارض بينها.

ونظرا للمميزات الفنية والتقنية للوثائق الإلكترونية، فإن القاضي قد يجد صعوبات في تحديد صحة وسلامة الوثائق، حيث يصعب عليه الإلمام بجميع الجوانب الخاصة إذا ما طرحت عليه إشكالات تستدعي تدخل المختصين، وإن كان تدخل الخبير يعد من الأمور الأساسية فإن رأي الخبير يبقى استشاريا وللقاضي مطلق الحرية في الأخذ به أو عدمه⁽⁴⁾.

وما يمكن ملاحظته أن الحجة غير الرسمية إذا فقدت إحدى عناصرها كالإمضاء أو أصابها خلل جاز اعتبارها بداية حجة بالكتابة، وينسحب هذا الأثر على الحجة غير الرسمية الإلكترونية، فالوثيقة الإلكترونية هي كتب في كل أشكالها سواء تجسمت في مخرجات الحاسوب أو في التسجيلات الإلكترونية.

وبافتقاد الوثيقة الإلكترونية لأحد شروطها تكون قد استجابت لأولى الشروط الضرورية لبداية الحجة وهي "بداية كتب"، ويتجه اعتبارها بداية حجة إذا توفرت شروطها.

وتتمثل هذه الشروط في:

1. صدور الوثيقة الإلكترونية من الخصم المحتج بها ضده. هذا الشرط مستمد من قاعدة "ما يصدر عن شخص لا يكون حجة له". ويترب عن هذا أنه لا يمكن الاعتداد بالوثيقة الإلكترونية الصادرة من الغير كبداية حجة بالكتابة، لأن هذا الغير بعيد عن إطار التصرف القانوني، وهو لا يعدو أن يكون سوى مجرد شاهد، وقد تكون الوثيقة صادرة عن الخصم أي أن يكون من أنشأها أو وقعها أو حررها هو الخصم في الدعوى، ويمكن أن تكون الوثيقة الإلكترونية مكتوبة في جزء ومسجلة على الحاسوب وخطية في الجزء الآخر.

1. حكم مدني عدد 1263 صادر في 20 أفريل 1990، غير منشور، مذكور في مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، زهير اسكندر «La preuve en matière commerciale».

2. انظر M.D.E.A., 2000-2001, p62. Imen Chaabani, «Le contrat et nouveaux moyens de communications».

3. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 4 مؤرخ في 2 جوان 2000، ص 1206.

4. رمزي الجودة، بداية الحجة بالكتابة، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1990 - 1991، تونس، ص 27.

2. قرب احتمال ما تضمنته الدعوى. حتى يعتد بالكتب باعتباره بداية حجة كتابية يجب توفر علاقة متينة بين التصرف المدرج بالكتب والتصرف المراد إثباته. كما أن قرب احتمال ما تضمنته الدعوى يجب أن يكون مستمداً من الكتب نفسه دون اللجوء إلى أوراق أخرى يقدمها طرفا الدعوى أو الغير. وعموماً يخضع تقرب احتمال ما تضمنته الدعوى إلى التقدير المطلق للقاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة التعقيب إلا في حالة تحريف الوقائع. وهذا ما يجرننا للبحث عن السلطة التقديرية للقاضي في تقدير حجية العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في تقدير حجية العقد الإلكتروني

إن بداية الحجة بالكتابة حسب ما اصطلح عليه فقها⁽¹⁾ هي "كل كتب صدر من الخصم أو من نائبه أو ممن انجر له حق فيه يقرب به احتمال ما تضمنته الدعوى وتعد وسيلة إثبات غير كاملة".

ومن خلال عبارة "كل كتب" يمكن القول إن الكتب الإلكتروني الذي يكون غير محفوظ في شكله النهائي أو تكون طريقة حفظه غير موثوق بها أو يكون غير مدعوم بإمضاء إلكتروني، يمكن أن يشكل بداية حجة بالكتابة على اعتبار أن تلك الوثيقة لا تخرج عن كونها كتاباً، وإن كانت طريقة تحريرها تتم بصورة إلكترونية، فلفظة "كل كتب" تستوعب الكتابة في مفهومها اليدوي الورقي وكذلك في مدلولها الإلكتروني المستحدث.

ومن خلال نفس العبارة، يمكن أن نستشف أن العقود الإلكترونية تدخل في نطاق هذا الفصل الذي يستوعب كل أنواع الكتابة في مفهومها اليدوي الورقي والإلكتروني، فحتى يتم اعتماد الكتب الإلكتروني كبداية حجة مكتوبة، يجب أن يكون هذا الكتب صادراً عن الخصم أي أن الخصم هو الذي أنشأه أو حرره بنفسه أو عن طريق مأمور عمومي أو عن وكيله في حدود وكالته، وأخيراً ينبغي أن يحقق الكتب قرب احتمال ما تضمنته الدعوى حتى يكسب وصف بداية الحجة المكتوبة إلا أن هذه المسألة الأخيرة تعتبر موضوعية وتخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي.

في صورة الاتفاق بين الأطراف على كيفية إثبات وجود المعاملة الإلكترونية وتفصيلها قد يساعد القاضي على ترجيح الكتب الإلكتروني على غيره من وسائل الإثبات، ولكن وفي صورة غياب هذا الاتفاق فإن دور القاضي يزداد أهمية وصعوبة إذا ما حصل تنازع بين الوثيقة الإلكترونية ووسائل الإثبات الأخرى.

لم يتعرض المشرع البحريني لمسألة حجية الكتابات الإلكترونية في حالة تناقضها مع وسائل إثبات أخرى، وذلك خلافاً لما قام به المشرع الفرنسي بالفصل 2-1316 من المجلة المدنية والذي أقر بموجبها بأنه يتم الترجيح بين الكتب الإلكتروني والكتب اليدوي بغض النظر عن طبيعة السند الحامل للكتابة. أما بالنسبة للقانون البحريني، فيمكن التفريق بين صورة التنازع بين الكتب الإلكتروني والحجة الرسمية ثم

1. المنصف زغاب، خصوصية العقد الإلكتروني من خلال القواعد التي تحكم تنفيذها، مركز النشر الجامعي، تونس، ص 23.

اليمين الحاسمة، البيئة بشهادة الكتب اليدوي غير الرسمي وأخيرا صورة التنازع بين كتبين من نفس الطبيعة الإلكترونية.

في خصوص الصورة الأولى التي تتمثل في تنازع كتب إلكتروني وحجة رسمية نلاحظ أن الكتب الرسمي له علوية على سائر الحجج المكتوبة وهو ما نستشفه من قانون الإثبات، فإذا ما تعارضت الوثيقة الإلكترونية مع الكتب الرسمي فقد يتم تغليب الكتب الرسمي في الإثبات، لكن هذه العلوية ليست مطلقة إذ لا تتحقق إلا في حالة أن شهد المأمور الذي حررها بوقوع الاتفاق بمحضره ولكن فيما زاد عن ذلك يمكن اعتماد الكتب الإلكتروني في معارضة الكتب الرسمي.

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة للنزاع في كل درجة من المرافعة وفي جميع أصناف الدعاوي، بالتالي يمكن معارضة الكتب الإلكتروني مبدئياً بتوجيه اليمين، لكن هذه اليمين لا تقبل قانوناً إذا ما كان الهدف منها إثبات معاملة يوجب القانون ثبوتها بحجة رسمية أو بالتسجيل.

في خصوص البيئة بالشهادة، فإنها لا تقبل فيما بين متعاقدين لمعارضة ما تضمنه الكتب، وذلك أن الكتب الإلكتروني يتميز بعلوية من حيث حجته على البيئة بالشهادة وذلك حتى وإن كانت قيمة الشيء محل المنازعة دون 200 دينار بحريني (المادة 61 من قانون الإثبات البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1996). إن هذا الحل يحترم الدرجة التي يتميز بها الكتب الإلكتروني بما أنه وسيلة إثبات كاملة مقارنة بالبيئة بالشهادة التي تمثل وسيلة إثبات ناقصة.

قد يحصل تنازع بين كتب إلكتروني وكتب يدوي غير رسمي، فيتمثل الحل في الفصل بين الحالتين التي يكون فيهما العقد الإلكتروني مرة كتب غير رسمي والحالة التي يكون فيها هذا الكتب بداية حجة بالكتابة في الصورة التي يكون فيها الكتب الإلكتروني مفتقدا لأحد الشرطين المذكورين سابقا. ففي الحالة الأولى التي يكون فيها الكتب الإلكتروني كتبا غير رسمي فحجته تساوي حجة الكتب اليدوي غير الرسمي، ويبقى للقاضي ترجيح الكفة حسب العناصر التي قدمت إليه، أما في الحالة الثانية فلا يمكنه معارضة الكتب الورقي غير الرسمي بما أنه يشكل بداية حجة بالكتابة⁽¹⁾.

ولعل حالة التنازع بين كتبين إلكترونيين يجعل القاضي يتثبت من توفر الشروط القانونية الواجب توفرها والتي تخص الحفظ والتوقيع الإلكتروني وفي صورة توفر هذه الشروط في كلا الكتبين الإلكترونيين، فإنه يتم اللجوء إلى وسائل إثبات أخرى لحسم النزاع، ولا يخفى أن الكتب الإلكتروني الذي يستوفي كل الشروط القانونية يتسم بالعلوية مقارنة بالكتب الإلكتروني الذي لا تتوفر فيه شروط التوقيع والحفظ، ويمكن للطرف المحتج ضده بذلك الكتب الطعن في صحته، ولا يقف هذا الطعن على عرض الكتب على الاختبار وإنما يصل إلى رميته بالزور⁽²⁾.

1. سامي شعبان، إثبات الوثائق الإلكترونية والقوة الثبوتية، دار الكتب القانونية، تونس، ص 22.

2. نورة قبيص، وسائل الإثبات في المادة التجارية بين مسايرة تطور المعاملات وتوفير الضمانات، دار الجنوب للنشر، تونس، 2002، ص 34.

الخاتمة

يشهد العالم حاليا تطورات متلاحقة في مجال نظم المعلومات والاتصالات، تحول معها العالم إلى قرية كونية صغيرة في فضاء إلكتروني تتقلص فيه المسافات وتتلاشى فيه الحدود الجغرافية التقليدية. وهذا العالم غير العادي وغير الورقي يعتمد على دعائم ووسائط إلكترونية، وهو الأمر الذي كان له بالغ الأثر في تغيير المفاهيم القانونية في فروع القانون المختلفة، ومما حدا بالكثير من الدول إلى سن التشريعات لتنظيمها وإيجاد الوسط القانوني المناسب لتقنينها وحماية أطرافها، لاسيما وأن التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد بين أشخاص عادة ما ينتمون إلى دول مختلفة، وهذه الدول تختلف في قوانينها وأنظمتها القضائية، وحتى في عاداتها وتقاليدها.

ويعتبر القانون الصادر في 14 سبتمبر 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية "مجازفة إيجابية" من المشرع البحريني الذي وضع من خلاله قواعد قانونية لمجال مازال بصدد التطور من يوم إلى آخر وذلك حرصا منه على أن تنجز المعاملات في نطاق التجارة الإلكترونية في إطار قانوني بدلا من أن تبقى مهمشة خاضعة لتأويلات مختلفة ومتعددة قد تسبب في صعوبة تنفيذ بنود العقد الإلكتروني.

ولا يخرج العقد الإلكتروني في الواقع، في بنائه ومضمونه وتركيبته أنواعه عن هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع له المشرع تنظيما خاصا به.

ويعتبر العقد الإلكتروني من طائفة العقود عن بعد وهو اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، ليتم بذلك إبرام العقد الإلكتروني في غياب التواجد المادي لأطرافه، إن الطبيعة الافتراضية للعقد الإلكتروني تخلق بالضرورة بعض المبادئ الجديدة التي ربما تشذ عن القواعد التقليدية سواء على مستوى تكوين أو إثبات العقد، إذ يتم إبرام العقد عبر استخدام الوسائط الإلكترونية التي تعد من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية.

فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف من حيث طريقة إبرامه التي أدت إلى استبدال الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية، وذلك بالكتابة الإلكترونية التي تقوم على الدعائم الإلكترونية. وإذا كان المحل والسبب لا يطرحان أي إشكال في إطار الشروط الأصلية للعقد الإلكتروني، فإن عنصري الأهلية والرضا تميزا ببعض التغيير. كما شمل هذا التغيير أيضا مميزات الشروط الشكلية للعقد الإلكتروني، إذ يختلف شكل الكتب في الفضاء الإلكتروني عن المفهوم الشكلي للكتب الورقي وهو ما يستوجب شكل العقد في نطاق المعلوماتية، كما أن لغة الكتب الإلكترونية تستأثر بخصائص تحيد بها عن اللغة المستعملة تقليديا في الكتابات الخطية.

أما من حيث القواعد المنظمة للإثبات، كانت الدعامة الورقية هي الوسيلة التي تثبت الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي. أما خصوصية العقد الإلكتروني فتتمثل في ضرورة إثباته عبر الوثيقة الإلكترونية التي تحمل توقيعها إلكترونيا، فالوثيقة الإلكترونية تتضمن حقوق طرفي التعاقد، وهي المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان، وتحديد التزاماتهما القانونية، أما التوقيع الإلكتروني فيضيف الحجية القانونية على المستند الإلكتروني.

وعموما يمكن القول إن تأقلم قواعد الإثبات مع التقنيات الحديثة هو أحد مظاهر تأقلم القانون مع التطور العلمي، لكن التطور في مجال الإثبات لا يمثل في الحقيقة قطيعة مع الماضي أو انفصالا تاما عن النظرية التقليدية للإثبات بل تواسلا للمضمون مع تجديد في شكله وآلياته أي في طريقة إقامة الحجة. فالحجة الإلكترونية حتما ستكون في المستقبل مع جيل الإعلامية والحاسوب هي الغالبة، إلا إنها لا تمنع تواجد الحجة الكتابية أي الوثيقة المجسمة على الورق بحروف الهجاء والأرقام والأشكال.

المراجع

1. أحمد بدر أسامة، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005.
2. أسماء الزلاوي، حماية المستهلك في مادة التجارة الإلكترونية، مطبعة حنبعل، طبعة ثانية، تونس 1999.
3. أسماء نبيل، البيع عن بعد، مركز النشر الجامعي، تونس 2008.
4. إشراق بالزين، وسائل الإثبات الإلكترونية، مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 2000-2001.
5. إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، دار الكتب القانونية، مصر 2005.
6. إدريس الحياتي وعمر انجوم، إبرام العقد الإلكتروني وفق القواعد العامة وعلى ضوء مشروع قانون التبادل الإلكتروني للبيانات القانونية، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 11، أكتوبر 2006.
7. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات- العقد، مطبعة الوفاء، تونس 1997، طبعة ثانية، جزء 1.
8. محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2003.
9. محمد السعيد، جرائم التجارة الإلكترونية، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، السنة الجامعية 2003-2004.
10. محمد أمين الرومي، التعاقد عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
11. محي الدين نغلق، قانون حماية المستهلك عدد 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء للسنة القضائية 1993 - 1994.
12. علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 2002.
13. علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية - محاولة لضبط مميزات مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، مركز النشر الجامعي، تونس 2005.
14. علي كحلون، العقد الإلكتروني، مجلة القضاء والتشريع 2002.
15. علي كحلون، الإطار القانوني للإعلامية في تونس، مجلة القضاء والتشريع، جويلية 2005.
16. علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الطبعة الأولى 1997.
17. عزالدين بن عمر، العقد الإلكتروني بين زوال السند المادي عند إبرامه والآثار المادية عند تنفيذه، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2005.
18. عمر بالطيب، الكتب الإلكتروني، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2001.
19. عبدالمنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة 1990.
20. عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي 2004.
21. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الجنوب للنشر، تونس 2006.

22. سامية الغندري، أجل التفكير من أجل الأحكام المنظمة للعقود بين المهنيين والمستهلكين، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2002.
23. سامي شعبان، إثبات الوثائق الإلكترونية والقوة الثبوتية، دار الكتب القانونية، تونس 2002.
24. سندس الشيخ، عقد التجارة الإلكترونية، المعهد الأعلى للقضاء 2001-2002.
25. نورة قصيص، التسويق الإلكتروني، دار الجنوب للنشر، تونس. 2005.
26. نورة قصيص، وسائل الإثبات في المادة التجارية بين مسايرة تطور المعاملات وتوفير الضمانات، دار الجنوب للنشر، تونس، 2002.
27. نبيل القرصي، التعاقد عبر الإنترنت، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء للسنة القضائية 2000 - 2001.
28. ناصف إلباس، العقود الدولية، العقود الإلكترونية في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 2009.
29. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006.
30. خالد اليوسفي، بداية الإثبات بالكتابة، مذكرة الحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 2002-2003.
31. رمزي الجوه، بداية الحجة بالكتابة، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس -1990 1991.
32. رانية الدوسري، البيع بين الغائبين، دار النشر الجامعي، تونس 2009.
33. لطفي بن كريم، التجربة التونسية في مجال تنظيم المعاملات المدنية والتجارية الإلكترونية، دراسة منشورة على موقع: <http://www.startimes.com/f.aspx?t=30245970>
34. كريستيان إلباس كاملبري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس 2002.
35. منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ط 1، جامعة الكويت 2000، ص. 181.
36. المنصف زغاب، خصوصية العقد الإلكتروني من خلال القواعد التي تحكم تنفيذه، دار النشر الجامعي، تونس 2000.

Les ouvrages en langue française:

- 1- Adel Brahimi, «La conclusion du contrat par voie électronique», R.J.L., Février 2000.
- 2- Badiï Ben Abbes, «Le droit de rétraction à travers la loi n° 2000-83 du 09-08-2000», R.J.L., Décembre 2003.
- 3- B. Faraggi, «Commerce électronique et moyens de paiement», Paris, DALLOZ, 1998.
- 4- Chiheb Ghazouani, «La protection du consommateur dans les transactions électroniques », R.J.L., Juin 2003.
- 5- Demoulin-Marie, «Commerce électronique: de la théorie à la pratique», Brylant 2003.
- 6- Didier MARTIN, «La défense du consommateur à crédit», DALLOZ, 1992.
- 7- Hafedh Labidi, «L'offre et l'acceptation dans les contrats électroniques», R.J.L., novembre 2002.
- 8- Imen Chaâban, «Le contrat et nouveaux moyens de communications», M.D.E.A., 2000-2001.
- 9- Jean – Pierre PIZZIO, «La protection des consommateurs par le droit commun des obligations», R.T.D., Janvier 1998.
- 10- Montchrestien S.GUICHARD. M. HARICHAUX et TOURDONNET, «Internet pour le droit», Paris, 2ème éd.2001.
- 11- Philippe LE TOURREAU, «Contrats informatiques et électroniques», DALLOZ, 2004.
- 12- Riadh Essid, «La législation tunisienne en matière de document électronique», R.J.L., Juillet 2006.
- 13- Riadh Khmakhem , «La valeur probatoire des documents informatiques en droit positif tunisien», Colloque cadre juridique et technique des échanges de données informatisés, Tunis 19-20, Juin 1996.
- 14- Raymond Saleilles, «De la responsabilité précontractuelle», R.T.D.Civ., 1907.
- 15- Youssef Khneni, «Les effets de commerce et le chèque et la carte de paiement», Pub CEREP, Tunis 1999.

إبدال العملة وأثره في عقوبة الغرامة «قانون المسكرات البحريني مثلاً»

الدكتور خالد محمود ناصر حسن

رئيس ضبط معلومات الدعاوى

وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف - مملكة البحرين

إبدال العملة وأثره في عقوبة الغرامة «قانون المسكرات البحريني مثلاً»

الدكتور خالد محمود ناصر حسن
رئيس ضبط معلومات الدعاوى
وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف - مملكة البحرين

الملخص

هذا البحث موضوع إبدال العملة وما يترتب عليه من الإجراءات من آثار في النص القانوني لعقوبة الغرامة حال عدم التزام المشرع العقابي بتعديل نصوص هذه العقوبة بما يتوافق مع نوع العملة الجديدة.

وحقيقة الأمر أن موضوع هذا البحث يتخذ أهمية بالغة في المجال التشريعي المقارن، فمن جانب ظهر موقف المشرعين في هذه المسألة إلى اتخاذ بعضهم موقفاً سلبياً حيال تعديل نوع العملة في النصوص العقابية، وهو ما أدى إلى وجود إشكاليات قانونية عند التطبيق، كان من أهمها مخالفة مبدأ الشرعية، ومخالفة قواعد الاختصاص القضائي، وذلك على عكس ما ذهب إليه البعض الآخر من تعديل هذه النصوص تقديماً لوجود مثل هذه الإشكاليات.

ويمكن القول إن قانون المسكرات البحريني الصادر عام 1956م يعتبر أهم مثال في هذا الموضوع، فاعتماد نصوصه النافذة حتى الآن على عملة تم إبدالها دون أن يصاحب ذلك تعديلاً في هذه النصوص، كان له أثرٌ واضح في الأحكام القضائية الصادرة تطبيقاً له.

لذا، سيكون تسليط الضوء في هذا البحث على أثر إبدال العملة في عقوبة الغرامة الواردة في نصوص قانون المسكرات البحريني، من خلال مناقشة النتائج التي يربتها إغفال تعديل نصوص الغرامة بما يتوافق مع هذا الاستبدال، وهذا الأمر يستلزم منا إيراد مواقف التشريعات المقارنة في هذا الجانب.

Abstract

This research deals with the subject of currency change and the implications of this procedure in the legal articles dictating the fine penalty if the penal legislator does not comply with the amendment of the provisions of this penalty in accordance with the new currency type.

The subject of this research is of great importance in the field of comparative legislation. On the one hand, the position of the legislators on this issue has shown that some of them have taken a negative attitude towards modifying the currency in punitive articles, which led to the existence of legal problems in practice, was the most important infraction to principle of legality and violation of the rules of jurisdiction, contrary to what went to others to amend these articles to avoid the existence of such problems.

It can be said that the Bahraini Alcohol Law issued in 1956 is the most important example in this matter, the adoption of its articles so far on a currency whose circulation has been canceled without accompanying an amendment to these articles has had a clear effect on the judicial decisions issued in its enforcement.

Therefore, the focus in this research will be on the effect of replacing the currency in the penalty of fine contained in the provisions of the Bahraini Alcohol Law, by discussing the results of the omission of the amendment of the fine articles in accordance with this replacement, and this requires us to state the position of comparative legislation in this aspect.

المقدمة

تتجه التشريعات العقابية في الوقت الحاضر إلى اعتبار الغرامة إحدى العقوبات المهمة في النظام الجنائي الحديث مقارنةً بما كانت عليه سابقاً، ويرجع صعود أهميتها لأسباب عدة، من أبرزها أنها تتفادى مساوئ العقوبات السالبة للحرية، لا سيما تلك المحددة بمدة زمنية قصيرة، بالإضافة للجانب الردعي الذي تحققه في نفوس الأفراد نظراً لزيادة أهمية المال لديهم.

هذا من جانب، ومن جانب آخر ترتبط الغرامة -وبشكل وثيق- بنوع العملة الواردة في النص العقابي، لذلك فإن لجوء الدولة لاستبدال عملتها قد يثير تساؤلاً عن الحكم القانوني للغرامات المعتمدة على العملة المُستبدلة ومدى إمكان تطبيقها بعد إجراء هذا الاستبدال عندما يصادف هذا الأمر عدم تعديل نوع العملة في النصوص العقابية، لما قد يثيره هذا الأمر من مخالفة لمبدأ الشرعية ومخالفة أيضاً لقواعد الاختصاص القضائي في المجال الجنائي.

وفي هذا السياق، يعتبر قانون المسكرات البحريني الصادر عام 1956م مثلاً واضحاً لهذا الموضوع، حيث لا تزال نصوص الغرامة التي تضمنها هذا القانون تعتمد على "الروبية" باعتبارها العملة السارية حين صدوره، رغم استبدالها إلى "الدينار" منذ فترة ليست بالقصيرة، وذلك راجعاً إلى عدم تعديل نوع العملة في هذه النصوص، وهو ما أدى إلى وجود إشكاليات عند محاولة تطبيقها.

لذلك سيتم في هذا البحث مناقشة أثر إبدال العملة في عقوبة الغرامة، والموقف التشريعي والقضائي من اعتماد هذه العقوبة على عملة مستبدلة.

المبحث الأول

عقوبة الغرامة وأثر إبدال العملة فيها

سنتناول في هذا المبحث الحديث عن الآثار القانونية المترتبة من عملية إبدال العملة على عقوبة الغرامة والتي يمكن إجمال أهمها في مخالفة مبدأ الشرعية وقواعد الاختصاص القضائي، إلا أننا نرى من الأهمية أن نسبق ذلك بالحديث عن القيمة العقابية للغرامة وارتباطها بالعملية.

المطلب الأول

القيمة العقابية للغرامة وارتباطها بالعملية

تُقَدَّر للغرامة قيمتها العقابية من خلال ما تؤديه من دور في النظام الجنائي الحديث باعتبارها إحدى العقوبات التي ظهرت أهميتها بشكل ملحوظ بجانب العقوبات الأخرى؛ وقد أثارَت هذه الأهمية موضوع ارتباطها بالعملية باعتبارها المحل الذي سُنَفذ من خلالها؛ بناءً عليه سنتحدث في هذا المطلب عن القيمة العقابية للغرامة وارتباطها بالعملية وفق الشكل الآتي.

الفرع الأول

القيمة العقابية للغرامة

ذهب العديد من الفقه الجنائي في مجال تعريفه "للغرامة" إلى القول بأنها "إيلاء المحكوم عليه بطريق الاقتطاع من ماله"⁽¹⁾. أو هي "مبلغ من المال تقضى المحكمة باقتطاعه من ثروة المحكوم عليه، وتدخله في ملكية الدولة"⁽²⁾.

وفي نفس الاتجاه تم تعريفها تشريعاً بأنها: "...إلزام المحكوم عليه أن يدفع للدولة المبلغ المقدر في الحكم"⁽³⁾. وهي بهذا المعنى تعتبر عقوبة مالية تتوافر فيها كل مقومات وخصائص العقوبة الجنائية باعتبارها إيلاءً مقصوداً ينال من الحقوق المالية للفرد المحكوم عليه بها⁽⁴⁾.

بناءً على ذلك، تتحدد القيمة العقابية للغرامة بناءً على المزايا التي يحمله تطبيقها، فهي من جانب تعتبر عقوبة "نظيفة"⁽⁵⁾، لأنها تتفادى مساوئ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة من اختلاط المحكوم عليه بمن هم أعرق إجراماً وأكثر خطراً⁽⁶⁾. وهي أيضاً عقوبة تحتفظ بفعاليتها في الردع دائماً مهماً أنزلت بالمحكوم عليه، بخلاف العقوبة السالبة للحرية التي قد تفقد ذلك. كما أن تنفيذها غير مكلف، بل على العكس، فإنها تأتي بإيراد للدولة لتنفقه في المصارف التي تراها مناسبة، هذا بالإضافة إلى أنها عقوبة يمكن الرجوع عنها حال ثبوت خطأ القضاء بإصدارها، وذلك برد المبلغ الذي تم تنفيذه.

ورغم المزايا التي تحملها هذه العقوبة، فإن هذا لم يكن مانعاً لخلوها من العيوب، ومن أبرز ما ذكر في ذلك أنه لا يتحقق بموجبها مبدأ المساواة بين المحكوم عليهم لتفاوت ثرائهم، فهي ستكون مؤلمة جداً للفقير وأقل إيلاءً للغني. ورد البعض على هذا الأمر بالقول إن سلطة القاضي التقديرية -والمستمدة من النص العقابي- تعطيه الحق في تعيين المقدار المناسب لكل حالة، ومن الطبيعي أن حالة الشخص

1. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1997م، ص 1123.

2. د. عبدالوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي "القسم العام"، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، 1987م، ص 340. أو هي "إلزام المدعى عليه بأداء مبلغ نقدي إلى الخزانة العامة". د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون ذكر سنة النشر، الطبعة الثالثة، المجلد الثاني، ص 1019. انظر قريباً من هذا المعنى أيضاً: د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1950م، ص 476. د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر الطبعة وسنة النشر، ص 824. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1996م، ص 588. د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر الطبعة وسنة النشر، ص 598.

3. المادة 56 من قانون العقوبات البحريني (مرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1976، الجريدة الرسمية، العدد 1170، الخميس 8 أبريل 1976). انظر كذلك في المعنى نفسه: المادة (64) من قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1960 الصادر في 8 ذي الحجة 1379هـ الموافق 2 يونيو 1960م. والمادة (22) من قانون العقوبات المصري (القانون رقم 58 لسنة 1937).

4. د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات "القسم العام"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979م، ص 616.

5. د. أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 829.

6. د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، القسم العام، المجلد الثاني، ص 1023.

المادية ومدى ملاءة ذمته المالية، تعتبر إحدى المعايير في تحديد هذا المقدار، وهذا الأمر سيحقق -بالإضافة لتحقيق مبدأ المساواة- مبدأ "تفريد العقاب" لكل محكوم عليه. وأياً يكن من أمر، ورغم ما قيل من عيوب في حق هذه العقوبة، إلا أن هذا لم يفقدها قيمتها العقابية، ولم يمنع من استمرار أهميتها في الصعود.

الفرع الثاني

الغرامة وارتباطها بالعملة

تعرّف "العملة" بأنها "وحدة للحساب أو مقياس للقيم، ووسيط للمبادلة، وأداة لاختزان القيم، وقاعدة للمدفوعات"⁽¹⁾. أو "كل أداة وفاء ومقياس للقيم صادرة عن الدولة أو بناء على تصريحها وذات تداول عام في المجتمع"⁽²⁾. وهي بهذا المعنى، لا ينحصر نطاق اعتمادها على المعاملات الخاصة بين الأفراد، بل يمتد إلى الإجراءات المتخذة من قبل الدولة؛ ومن بين هذه الإجراءات أحكام الغرامات الصادرة من القضاء الجنائي، وذلك لاستناد هذه الأحكام عليها كمحل عند التنفيذ. لذلك نرى أن الرابط بين الغرامة والعملة يظهر من خلال طرح تساؤل في الحكم القانوني حال صدور حكم قضائي بالغرامة بناءً على نص قائم على عملة تم استبدالها، كيف سيكون تنفيذ هذه العقوبة رغم استنادها على عملة فقدت قوتها القانونية في الإبراء؟ لذلك يظهر لنا أن غاية المشرعين من إيراد نوع العملة في نصوص التشريعات العقابية له غاية مهمة في نطاق تنفيذ العقوبات المالية⁽³⁾. وعليه، فإن أي تغيير في نوع العملة المحددة في النص القانوني سيكون له بالغ الأثر عند تطبيق هذه النصوص، وسيكون أثره واضحاً أيضاً عند محاولة تنفيذه، وهو ما سنرى تفصيله في المطلب الآتي.

1. مشار إليه لدى د.محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن "الجزء الثاني- جرائم الصرف"، دار مطابع الشعب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1966، ص3.

2. د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م، ص170. أما لغوياً ف: (...العملة والعملة والعملة والعملة... : أجز ما عمل. ويقال: عملت القوم عمالتهم إذا أعطيتهم إياها. وفي حديث عمر، رضي الله عنه: قال لابن السعدي: خذ ما أعطيت في أي عملت على عهد رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فعملتني أي أعطاني عمالتي وأجرة عملي، يقال منه: عملته وعملته. قال الأزهري: العملة، بالضم، رزق العامل الذي يجعل له على ما قلد من العمل. محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1426هـ-2005م، المجلد السادس، ص556.

3. فعلى سبيل المثال نصت الفقرة الثانية من المادة (56) من قانون العقوبات البحريني: ((ولا تنقص الغرامة عن دينار ولا يزيد حدها الأقصى في الجنايات على ألف دينار وفي الجناح على خمسمائة دينار...)). انظر كذلك: المادتين، (50)، (103) من القانون ذاته. والفقرة الثانية من المادة (22) من قانون العقوبات المصري. والمادة (71) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم 3 لسنة 1987 (الجريدة الرسمية، العدد 182، السنة السابعة، بتاريخ 20/12/1987م). والمادة (64) من قانون الجزاء الكويتي.

المطلب الثاني

أثر إبدال العملة في الغرامة

تلجأ الدول في بعض الأحيان إلى استبدال عملتها الرسمية لأسباب عدة⁽¹⁾، منها أن يكون بسبب التضخم الشديد، أو انهيار سعر الصرف، أو تزوير العملة المحلية القائمة على نطاق ضخم، أو قيام الحرب، أو أن يكون السبب الانضمام إلى اتحاد نقدي⁽²⁾.

وأياً يكن من أسباب لاتخاذ هذا الإجراء، فإن الذي يعنينا في هذا المقام هو أثر هذا الاستبدال على عقوبة الغرامة، والتي يمكن حصر أهمها في ارتباطها بمبدأ الشرعية وقواعد الاختصاص القضائي، وعلى الترتيب الآتي.

الفرع الأول

إبدال العملة ومبدأ الشرعية⁽³⁾

يرتكز التجريم والعقاب على مبدأ الشرعية القاضي بـ "ألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" باعتباره أحد أهم الضمانات لحماية حقوق وحريات الأفراد من المساس بها بحجة حماية المجتمع ومصالحه⁽⁴⁾. لهذا الاعتبار أخذت به الكثير من الدول ونصت عليه في دساتيرها⁽⁵⁾، منها على سبيل المثال المادة (20/أ) من دستور مملكة البحرين⁽⁶⁾ بأن: ((أ- لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال

1. حيث يعتبر هذا الأمر إجراءً سيادياً للدولة. انظر تأييداً لذلك: نقض مصري رقم 3717 لسنة 65ق، جلسة 1/2/1999م، ص50، ص84. حكم منشور على الموقع الإلكتروني "البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية": http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Criminal/Cassation_Court_Criminal.aspx وهو من الإجراءات التي نصت على كيفية اتخاذه العديد من القوانين. انظر مثلاً لذلك: نص المادتين (16)، (17) من القانون رقم 64 لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية البحريني، الجريدة الرسمية، ملحق العدد 2755، الأربعاء 6 سبتمبر 2006م.

2. قريب من هذا المعنى انظر: آكيه لونبرغ، النقود الجديدة، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، العدد 4، المجلد 50، ديسمبر 2013م، ص38 وما بعدها. ومن أظهر الأمثلة على الاتحادات النقدية التي تم بموجبها استبدال الدول لعملتها بسبب انضمامها لهذه الاتحادات، الاتحاد الأوروبي. انظر في ذلك معاهدة الاتحاد الأوروبي (Treaty on European Union- Official Journal of the European Union-Volume 55-26 October 2012)، والتي ألزمت في مادتها (3/4) أعضاء هذا الاتحاد بإنشاء اقتصاد موحد تكون عملته "اليورو".

3. ذهب بعض الفقهاء إلى أن مدلول "مبدأ الشرعية" هو حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، فتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها، كل ذلك من اختصاص الشارع. د.محمود نجيب حسني، القسم العام، مرجع سابق، المجلد الأول، ص 109 وما بعدها. انظر كذلك لنفس المؤلف: الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1992م، ص11.

4. انظر قريباً من هذا المعنى: د.رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص16.

5. حيث إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات اكتسب كيانه كقاعدة أساسية في معظم التشريعات منذ الثورة الفرنسية. د.محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، القسم العام، دون ذكر ناشر، طبعة 1994م، ص36.

6. دستور مملكة البحرين المعدل لعام 2002، الجريدة الرسمية، العدد الخاص 2517، الخميس 2 ذو الحجة 1422هـ الموافق 14 فبراير 2002م.

اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها⁽¹⁾. ومن مقتضيات هذا المبدأ في شق العقاب تحديداً ألا يعاقب شخص إلا بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً، ولا يكفي أن يكون هذا النص موجوداً للقول بتحقق هذا المبدأ، بل يجب أن يكون بالإمكان تطبيقه عملياً، بمعنى ألا يكون هناك مانع قانوني يمنع القاضي من تطبيق العقوبة المنصوص عليها.

ويمكن اعتبار موضوع إبدال العملة أحد أهم الموانع التي قد تواجه القضاء عند تطبيقه لعقوبة الغرامة، ويكون ذلك في حال إغفال المشرع إجراء التعديل اللازم لنصوص هذه العقوبة من خلال استبدال نوع العملة الملغية إلى العملة الحديثة، وهو ما يؤدي إلى عدم إمكان تطبيقها لاستنادها على عملة فقدت قيمتها لبطلان التعامل بها، وبالنتيجة انعدام شق العقاب في النص القانوني رغم وجوده. وما يؤكد هذا النظر، أن العديد من التشريعات المصرفية والمالية قد أعطت العملة المُستبدلة هذا الحكم، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (16/ج) من قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية البحريني بأنه: **(...ج- تفقد العملة المسحوبة قيمتها بعد انتهاء المهلة المحددة للتسليم ولا يكون لها قوة إبراء...)**. وهذا الأمر يثير مخالفة لمبدأ الشرعية بشكل غير مباشر، ذلك لأن القاضي عند التطبيق يكون متقيداً بنوع ومقدار العقوبة الوارد في النص القانوني⁽²⁾، وهذا لن يتحقق من خلال عملة تم إبدالها، لعدم إمكان تقديرها مادياً لفقدانها قيمتها كما ذكرنا. هذا بالإضافة إلى ما يسببه هذا الأمر من إرباك للقضاء عند تطبيقه لمثل هذه النصوص؛ فمن ناحية قد يواجه القاضي نصاً يحمل في أساسه عقوبة تخريرية بجانب عقوبة الغرامة الملغية، وفي هذه الحالة يجد نفسه مقيداً بنوع واحد من العقوبات بعد أن كان مخيراً بينها وبين الغرامة التي لم يعد بإمكانه تطبيقها؛ وبالتالي سيتحول شق العقاب الذي راعى فيه المشرع أن يكون تخريراً -لاعتبارات تجد أساسها في الفلسفة الحديثة للعقوبة- إلى نوع واحد ومحدد لا تجد الغرامة إليه طريقاً. ومن ناحية أخرى، قد يكون الإرباك عندما تكون العقوبة الوحيدة لهذه الجريمة هي الغرامة، فهنا سيتعطل تطبيق النص بشكل كامل لفقدان النص أحد شقيه وهو العقاب. وعليه، فإذا ما قام القاضي في أي من الحالتين بمحاولة تطبيق نصوص الغرامة المعتمدة على عملة فقدت قيمتها القانونية، سيكون أمام صورة جديدة لمخالفة المبدأ المذكور⁽³⁾.

1. انظر كذلك في المعنى نفسه: المادة (27) من دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر في 25 جمادى الأولى 1391هـ الموافق 18 يوليو 1971م والتي نصت على أن: ((يحدد القانون الجرائم والعقوبات، ولا عقوبة على ما تم من فعل أو ترك قبل صدور القانون الذي ينص عليها)). كذلك: المادة (32) من دستور دولة الكويت الصادر في 14 جمادى الثاني 1382هـ الموافق 11 نوفمبر 1962م. والمادة (38) من النظام الأساسي للحكم للمملكة العربية السعودية الصادر بالأمر الملكي رقم 90/ بتاريخ 27 رجب 1412هـ والمادة (40) من الدستور الدائم لدولة قطر الصادر في 8 يونيو 2004م. والمادة (95) من دستور مصر لعام 2014، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 3 مكرر (أ)، الموافق 18 يناير 2014م. والمادة (19/ثانياً) من دستور العراق الصادر عام 2005، والنفاذ بتاريخ 15 أكتوبر 2005م. والمادة (28) من دستور الجمهورية التونسية لعام 2014م. والمادة (8) من الدستور اللبناني الصادر في 23 أيار سنة 1926م. بل هي من قواعد النظام الطبيعي التي لا تحتاج إلى نص يقرها. د.محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية، مرجع سابق، ص 59.

2. انظر في المعنى ذاته د.محمود نجيب حسني، مرجع سابق، القسم العام، المجلد الأول، ص 110.

3. والأمر نفسه بالنسبة للنصوص المنظمة لإجراء المقاصة بين الحكم الصادر بالغرامة كعقوبة وحيدة والمسبوقه بالحبس الاحتياطي للمحكوم عليه، فقد اعتمدت هذه النصوص على وضع مقياس لتقدير ما يعادل اليوم الواحد من الحبس الاحتياطي بالغرامة المعتمدة على العملة المتداولة. فعلى سبيل المثال، نصت المادة (361) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني على أنه: ((إذا حبس شخص احتياطياً ولم يحكم إلا بالغرامة، وجب أن ينقص منها عند التنفيذ خمسة دنائير عن كل يوم من أيام الحبس المذكور...)). كذلك تعتبر العديد من النصوص العقابية سريان العملة في الدولة الصادرة منها شرطاً لقيام جريمة تزيف العملة. فعلى سبيل المثال نصت المادة (262) من قانون العقوبات البحريني على أن: ((يعاقب بالسجن وبالغرامة من قلد أو زيف أو زور بأية كيفية كانت عملة ورقية أو معدنية متداولة في دولة البحرين أو في دولة أخرى...)). انظر كذلك: المواد (263)، (264)، (265)، (268) من القانون ذاته. وانظر تأييداً لذلك فقهاً: د.محمود نجيب حسني، مرجع سابق، القسم الخاص، ص 171 وما بعدها. درؤوف عبيد، جرائم التزييف والتزوير، تقديم ومراجعة د.أحمد ضياء الدين محمد خليل، دون ذكر الناشر، الطبعة الخامسة، 2007م، ص 28 وما بعدها.

ولتجنب هذا الأمر، يجب أن تأتي جميع نصوص الغرامة بنوع العملة واجبة التنفيذ عند الحكم بها، وهي بهذا تستلزم أن تكون متوافقة مع نوع العملة المتداولة حينها، ويكون ذلك من خلال إجراء التعديلات اللازمة على نصوص هذه العقوبة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

إبدال العملة وقواعد الاختصاص القضائي

حقيقة الأمر أن موضوع إبدال العملة ذو علاقة وثيقة بقواعد اختصاص القضاء الجنائي، وذلك لقيام هذا الاختصاص على نوع الدعوى المنظورة أمامه، والتي تتحدد من خلال نوع الجريمة المرتكبة⁽²⁾، وهذه الأخيرة يتحدد نوعها من خلال مقدار العقوبة المرصودة لها في النص القانوني والتي تعتمد في بعضها على العملة، وهي الغرامات⁽³⁾. وبالتالي، فإذا ما شمل النص القانوني عقوبة ليس لها هذا المقدار بسبب إبدال العملة وفقدانها قوة الإبراء في التنفيذ، نكون أمام إشكالية عدم التمكن من تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى، وبعد ذلك عدم إمكان تطبيق العقوبة. إلا أنه يجب التفرقة في هذا المقام بين حالتين: الأولى كون النص العقابي لم يحتوِ إلا على عقوبة الغرامة،

1. وقياساً على وجوب التقييد -حال استبدال العملة- بنوعها الحديث، نرى وجوب التقييد بالعملة المحلية دون غيرها من العملات الأجنبية في عقوبة الغرامة. وما يؤكد هذا النظر، ذهب إحدى الأحكام القضائية إلى القول: ((إن الغرامة التي نصت عليها المادة 118 من القانون المذكور -قانون العقوبات المصري- هي من الغرامات النسبية التي أشارت إليها المادة 44 سالفه الذكر، وكان إصدار الدولة للنقود هو مظهر من مظاهر استقلالها وسيادتها، كما أن الأصل في الإلزام قضاء بأداء مبلغ من النقود أن يكون بالعملة المصرية، ومن ثم فقد نصت المادة 17 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 163 لسنة 1957 بإصدار قانون البنوك والائتمان على أن "يكون لأوراق النقد التي يصدرها البنك المركزي قوة إبراء غير محدودة"، كما جرى التعريف بعقوبة الغرامة وبيان حديها وإجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة بها في المادتين 22، 23 من قانون العقوبات والمادتين 509، 511 من قانون الإجراءات الجنائية وفي سائر مواد هذين القانونين والقوانين العقابية الأخرى على أساس العملة المصرية المتداولة، **ومؤدى ذلك كله أنه يجب في كل حكم يصدر بعقوبة الغرامة أن يحدد مقدارها بالعملة المصرية**، ولا يغير من هذا الوجوب أن تكون الغرامة المقضي بها من الغرامات النسبية أو أن يكون المال الذي وقعت عليه الجريمة من النقد الأجنبي المسموح بتداوله في البلاد، إذ يتعين تقدير قيمة الغرامة بقيمة ذلك النقد بالعملة المصرية في تاريخ وقوع الجريمة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتغريم الطاعين الثلاثة غرامة مساوية للمبالغ المستولى عليها فتعدد بذلك إلزامهم بها، ولم ينص على التضامن بينهم، كما أن الحكم قدر بعض الغرامة المقضي بها بالدولار الأمريكي، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون خطأ يؤذن بتصحيحه بإلزام المحكوم عليهم متضامين بدفع غرامة واحدة مقدرة بالعملة المصرية)). نقض مصري رقم 3717 لسنة 65 ق، جلسة 1/2/1999م، س 50، ص 84، مشار إليه سابقاً.

2. (...تختص المحكمة الكبرى الجنائية بالفصل في الجنايات وفي استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الصغرى. وتختص المحاكم الصغرى بالفصل في الجناح والمخالفات...))، الفقرة الثالثة والرابعة من المادة (181) من قانون الإجراءات الجنائية البحري (مرسوم بقانون رقم 46 لسنة 2002، العدد 2553، الأربعاء 23 أكتوبر 2002م).

3. حيث: (...يحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة المقررة لها في نص القانون...))، الفقرة الثانية من المادة (13) عقوبات بحريني. كذلك: المادة (26) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي. المادة (179) من قانون العقوبات اللبناني (مرسوم اشتراعي رقم 340، صادر بتاريخ 1/3/1943م). انظر تفصيلاً لهذا الموضوع فقهاً: د.محمود نجيب حسني، مرجع سابق، القسم العام، المجلد الأول، ص 78 وما بعدها.

فهنا لا نستطيع تعيين المحكمة المختصة لعدم وجود معيار لتحديد نوع الجريمة. أما في الحالة الثانية فهي عندما تكون هناك عقوبة أصلية أخرى بجانب الغرامة، كالعقوبات السالبة للحرية -سواء أكانت بالحبس أو السجن- فهنا يمكن الاعتماد عليها كمعيار لتحديد نوع الجريمة، وبالتالي تحديد نوع المحكمة المختصة⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن تحديد الاختصاص القضائي وعلاقته بنصوص الغرامة المستندة على العملة المستبدلة يطرح موضوعاً آخر، وهو مدى الحق في الطعن بالتمييز على الأحكام الصادرة بناءً على هذه النصوص، اعتماداً على أن العديد من التشريعات ذهبت إلى حصر هذا الحق في جرائم الجرح والجنايات دون المخالفات. فعلى سبيل المثال، نصت المادة (27) من قانون محكمة التمييز البحرينية⁽²⁾ على أنه: ((لكل من الادعاء العام -النيابة العامة- والمحكوم عليه الطعن بالتمييز في الأحكام الجزائية المنهية للخصومة الجزائية الصادرة من محكمة الاستئناف العليا أو من المحكمة الكبرى بصفتها الاستئنافية في مواد الجنايات والجرح...))⁽³⁾. وهو بالتالي سيمنع طرف الدعوى الجزائية من معرفة مدى حقه في الطعن، على غرار تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى ابتداءً، وذلك في حال كانت العقوبة الوحيدة الواردة في النص العقابي هي الغرامة⁽⁴⁾.

وعلى عكس ذلك، فلو راعى المشرع وقت تعيينه للعملة الجديدة تعديل النصوص الجزائية بما يتوافق مع هذا التعديل، فلن تصادفه هذه المشكلة. وهذا في الحقيقة ما تم تطبيقه في إحدى الأحكام القضائية بسبب وجود تقدير تشريعي لمعادلة قيمة العملة المستبدلة بالحديثة بالقول إن:

1. انظر مثلاً لذلك: نصوص المواد (3)، (4)، (5)، (6)، (7) من قانون المسكرات البحريني لعام 1956م (النشرة الرسمية، العدد 11/1956، 5 رجب 1375 الموافق 16 فبراير 1956م).

2. مرسوم بقانون رقم 8 لسنة 1989، الجريدة الرسمية، العدد 1848، الخميس 27 أبريل 1989م.

3. ونصت المادة (5) من القانون نفسه على أنه: ((تختص محكمة التمييز بإعادة النظر في الأحكام الجزائية النهائية الصادرة بالعقوبة في مواد الجنايات والجرح على النحو المبين في هذا القانون)). انظر كذلك: المادة (30) من القانون رقم 57 لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم 106 لسنة 1962 بشأن حالات وإجراء الطعن أمام محكمة النقض المصري (الجريدة الرسمية، عدد 33 مكرر "ب" الصادر في 19 فبراير 1959م). والمادة (244) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم 35 لسنة 1992 (الجريدة الرسمية، العدد 233 مكرر، السنة الثانية والعشرين، تاريخ 26/4/1992).

4. تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن موضوع أثر إبدال العملة في عقوبة الغرامة يثير موضوعاً آخر ذا صلة به، وهو تغيير قيمة النقد، وأثره في جانب القيمة العقابية للغرامة في تحقيق الردع، وهو ما يعتبر أحد الجوانب المؤثرة على هذه العقوبة. وفي ذلك يقول البعض: ((ومع ذلك يلاحظ أن هبوط قيمة النقد منذ الحرب الأخيرة وعدم زيادة قدر الغرامات بما يقابل هذا الهبوط قد أثر بدرجة كبيرة على قيمة الغرامة كعقوبة، وأخل بالتناسب الذي قدره المشرع بينها وبين عقوبة الحبس في كثير من الجرائم. وعلاجاً لذلك واجه المشرع هذه المشكلة وزاد من قيمة الغرامات في فترات متعاقبة بما يحقق التوازن بين قيمة النقد وحجم الجرائم)). د.حسني الجندي، قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة معلقاً عليه بأقوال الفقه وأحكام القضاء، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008/2009م، الكتاب الأول، هامش رقم (1) ص 568. ويمكن القول كذلك إن تغيير قيمة النقد لا سيما في حال وجود تعديل جزئي على بعض نصوص الغرامة، سيؤدي إلى وجود تفاوت فيما بين النصوص غير المعدلة وبين تلك المعدلة -وسواء أكان التعديل بإضافة مادة جديدة في القانون أو تعديل مادة موجودة من الأساس- وذلك عندما تكون الأخيرة مرتفعة القيمة بعكس انخفاضها في الأولى، رغم أنه في كثير من الأحيان تكون الخطورة الإجرامية في الجرائم التي نظمها النصوص غير المعدلة أخطر وتستدعي غرامة أكبر من الغرامات الواردة في النصوص المعدلة.

((معادلة عقوبة الغرامة المقدرة بالدينار بما يساويها من درهم الدولة استناداً إلى قانون المصرف المركزي رقم 10 لسنة 1980 لمعرفة نوع الجريمة وتحديد ما إذا كانت مما يجوز الطعن فيه بالنقض من عدمه))⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الموقف التشريعي والقضائي من الغرامة الواردة على عملة مستبدلة

تكمن الأهمية في التطرق للموقف التشريعي للدول حيال استناد عقوبة الغرامة على عملة بطل التعامل بها، هو إجراء المقارنة بين هذه المواقف ومعرفة آليات تعديل نصوص هذه العقوبة في الدول التي استبدلت عملتها، هذا بالإضافة لمعرفة النتائج المترتبة حال عدم التزامها بهذا التعديل على الموقف القضائي من تطبيق هذه النصوص. وبناءً على ذلك، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنخصص الأول منه لموقف التشريعات المقارنة من هذا الموضوع، ثم نردفه بالحديث عنه في التشريع والقضاء البحريني كمطلب ثاني.

المطلب الأول

موقف التشريع المقارن من الغرامة الواردة على عملة مستبدلة

حرصت العديد من الدول التي ذهبت إلى إصدار قرار لاستبدال عملتها الرسمية إلى تعديل تشريعاتها العقابية بما يتوافق مع هذا الاستبدال، وكل ذلك لتفادي التعارض الذي قد يحصل بين هذا القرار وبين تطبيق نصوص الغرامة في هذه التشريعات. فعلى سبيل المثال، ذهبت دولة الإمارات إلى النص في المادة (64/ب) من قانونها الاتحادي في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية⁽²⁾ على أنه: ((تعتبر أية إشارة إلى العملات الموجودة سابقاً في أي قانون أو أداة تشريعية أخرى أو لائحة سارية المفعول في دولة الإمارات العربية المتحدة في تاريخ نفاذ القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 1973 المشار إليه كما لو كانت إشارة إلى الدرهم كما تعتبر أية إشارة إلى أي مبلغ بالعملات الموجودة سابقاً كما

1. حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الطعن رقم 163 لسنة 15 قضائية، جلسة 2/3/1994م، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجزائية والجزائية الشرعية وفهرسها، السنة السادسة عشرة (1994)، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1419هـ-1998م. حيث إن نص المادة (244) من القانون رقم 35 لسنة 1992 بشأن الإجراءات الجزائية الإماراتي (الجريدة الرسمية، العدد 233 مكرر، السنة الثانية والعشرين، تاريخ 1992/4/26م) حصرت حق الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف في الجنايات والجنح دون المخالفات بنصها على أن: ((لكل من النيابة العامة والمحكوم عليه والمسؤول عن الحقوق المدنية والمدعي بها والمؤمن لديه الطعن بطرق النقض في الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف في جنائية أو جنحة...)).

2. قانون رقم (10) لسنة 1980، الجريدة الرسمية، السنة العاشرة، العدد 82 مكرر، شوال 1400هـ الموافق أغسطس 1980م.

لو كانت إشارة إلى الدرهم⁽¹⁾). وفي الكويت تم إصدار قانون بإبدال الدينار بالروبية حيثما ورد النص عليها في القوانين⁽²⁾، حيث نصت المادة (1) منه على أن: ((تستبدل كلمة "دينار" بكلمة "روبية" أينما وردت في القوانين، وتعديل المبالغ المقدره فيها على أساس الدينار وذلك بمعدل خمسة وسبعين فلساً للروبية الواحدة)). ويمكن القول إن المشرع الكويتي في هذا القانون قام بتعديل جميع المواد التي أوردت لفظ الروبية في القوانين السارية بطريقة غير مباشرة، وذلك من خلال إصداره قانوناً عاماً يشمل حكمه جميع نصوص القوانين⁽³⁾.

وفي فرنسا وبعد انضمامها للاتحاد الأوروبي واعتمادها "اليورو" عملة لها بدل "الفرنك"، استلزم هذا منها إصدار القرار رقم 916 2000 بتاريخ 19 سبتمبر لعام 2000م المعدل لقيمة المبالغ المعبر عنها بالفرنك في النصوص التشريعية إلى اليورو⁽⁴⁾، ومن هذه النصوص بالتأكيد النصوص الجزائية التي أوردت عقوبات الغرامة بالعملة السابقة، حيث نصت المادة (3) من هذا القرار على أنه: ((في كل النصوص التشريعية المقررة لعقوبة الغرامة أو غيرها من الجزاءات المالية أو التي تتضمن الإحالة إليها، يستبدل بالمبالغ

1. وفي المعنى نفسه انظر: المادة (45) من المرسوم بقانون رقم (6) لسنة 1966 بالموافقة على اتفاقية نقد قطر ودبي الموقعة بالدوحة في التاسع والعشرين من شهر ذي القعدة سنة 1385هـ الموافق الحادي والعشرين من شهر مارس سنة 1966م (المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 3، سنة 1966م) والتي نصت على أن: ((كل مرسوم أو قانون أو نظام أو أمر أو إعلان أو تعليمات، وكذا الجداول الملحقه بشيء منها وأية وثيقة تشير إلى أي نقد آخر غير النقد الجديد، تُقرأ -اعتباراً من اليوم المعين- كأنها تشير إلى النقد الجديد)). وفي الحقيقة إن هذا الموقف قد اتخذه المشرع البحريني بادئ الأمر من خلال إصدار المرسوم رقم 8 مالية لعام 1965 (الجريدة الرسمية، العدد 627، السنة الثامنة عشرة، الخميس 7 ربيع الثاني 1385هـ الموافق 5 أغسطس 1965م) والذي تم بموجبه اعتماد "اتفاقية نقد الخليج العربي" الموقعة بين عدة دول خليجية، وكان الهدف منها إصدار عملة موحدة بين الدول الموقعة على هذه الاتفاقية، حيث نصت المادة (45) منها على أن: ((كل مرسوم أو قانون أو نظام أو أمر أو إعلان أو تعليمات، وكذا الجداول الملحقه بشيء منها وأية وثيقة تشير إلى أي نقد آخر غير النقد الجديد، تُقرأ -اعتباراً من اليوم المعين- كأنها تشير إلى النقد الجديد)). ورجوعاً إلى تعريف "النقد الجديد" الوارد في هذه المادة، والذي أشارت إلى معناه المادة (1/1) من نفس الاتفاقية بالقول: ((ل- النقد الجديد: يعني النقد المصرح بإصداره بموجب هذه الاتفاقية، ويشمل -فيما عدا ما نص عليه في المادة 1/43 منها- نقد البحرين طالما كان هذا النقد قانونياً في منطقة النقد وأي نقد معدني بحريني صادر عن الهيئة طبقاً للمادة 18 من هذه الاتفاقية)). ورغم كل ذلك، إلا أن المادة (45) لم تُفعل، بسبب عدم تطبيق الاتفاقية ذاتها، لاتجاه البحرين إلى إصدار عملة خاصة بها (انظر المادة 19 من المرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1973 بإصدار قانون إنشاء مؤسسة نقد البحرين، الجريدة الرسمية، ملحق العدد 1050، تاريخ 13 ديسمبر 1973م، والمادة 13 من القانون رقم 64 لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية، ملحق العدد 2755، الأربعاء 6 سبتمبر 2006م). وعليه، تبقى هذه الاتفاقية وما تحمله من نصوص -ومنها المادة 45- غير ذات أثر، وبالتالي تبقى النصوص العقابية التي أوردت لفظ "الروبية" غير معدلة.

2. قانون رقم (9) لسنة 1985، نشر بالجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، العدد 1616، بتاريخ 21 رمضان 1405هـ الموافق 9 يونيو 1985م. ولمزيد من التفصيل عن تاريخ العملة في الكويت انظر: محمد عبد الهادي جمال، تاريخ العملة والنقود في دولة الكويت، بنك الكويت الصناعي، الطبعة الثانية، 2010م.

3. ومنها الفقرة الأولى من المادة (64) من قانون الجزاء الكويتي والتي نصت على أن: ((العقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع للدولة المبلغ الذي تقدره المحكمة طبقاً لنص القانون، ولا يجوز أن يقل عن عشر روبيات)). والفقرة الأولى من المادة (229) من القانون رقم (17) لسنة 1960 بإصدار قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي على أنه: ((إذا حبس شخص احتياطياً ولم يحكم عليه إلا بغرامة، وجب أن ينقص منها عند التنفيذ عشر روبيات عن كل يوم من أيام الحبس المذكور)). والمادة (232) من القانون نفسه على أن: ((الرئيس المحكمة التي أصدرت الحكم بالغرامة أن يصدر الأمر بتنفيذ الغرامة بالإكراه البدني، وينفذ الإكراه البدني بالحبس البسيط وتقدر مدته باعتبار يوم واحد عن كل عشر روبيات...)).

4. Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs.

المقدرة بالفرنك إلى اليورو طبقاً لما هو محدد بالجدول الوارد في الملحق رقم 1 من هذا القرار. وتستبدل بمبالغ الغرامة أو الجزاءات المالية المقدرة بالفرنك التي لم يرد ذكرها في الجدول إلى اليورو بالمراعاة للمبالغ المحددة بالفرنك الواردة في الجدول أو أقل منها مباشرة)). وفي الاتجاه ذاته، ذهبت إسبانيا وبالتزامن مع استبدال عملتها المحلية "البيزيتا" إلى "اليورو" باعتبارها أيضاً عضواً في الاتحاد الأوروبي إلى تعديل تشريعاتها الجنائية لتتوافق عقوبات الغرامة فيها مع هذا التغيير، فقد صدر في 25 نوفمبر 2003 قانون رقم 15/2003 بتعديل قانون العقوبات رقم (11) 10/1995، والذي جاءت أحكامه العامة باعتماد عملة "اليورو" بدلاً من "البيزيتا" في نصوص هذا القانون⁽²⁾.

المطلب الثاني

موقف التشريع والقضاء البحريني من الغرامة الواردة على عملة مستبدلة

(قانون المسكرات البحريني نموذجاً)

تعاملت البحرين قبل إصدار عملتها الرسمية "الدينار" بعملات أجنبية عدة، نظراً لمركزها التجاري الذي سهّل لها ذلك، والذي جاء بالتزامن مع عدم وجود عملة محلية لها في حينه. لذلك، وفي عشرينيات القرن التاسع عشر -ولكون معظم التجارة كانت تجري بين البحرين والهند- فقد تم اعتماد "الروبية الهندية" كعملة متداولة في البلاد⁽³⁾. وقد أثار هذا الأمر على نوع العملة المعتمدة في نصوص الغرامة في التشريعات الصادرة وقتها، منها على سبيل المثال: قانون حيازة الأسلحة والمتاجرة بها 1955⁽⁴⁾، وقانون عقوبات البحرين المعدل 1958⁽⁵⁾، وقانون المتفجرات للبحرين 1958⁽⁶⁾، وقانون إساءة استعمال التليفون للبحرين 1958⁽⁷⁾. إلا أنه وفي عام 1964م قررت الحكومة البحرينية وبموجب مرسوم المالية رقم (6) اعتماد

1. LEY ORGANICA 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Organica 10/1995, de 23 de noviembre, delCodigo Penal.

2. وانظر كذلك من التشريعات المقارنة: قانون اعتماد اليورو 2006 لجمهورية مالطا (2006, EURO ADOPTION ACT) والذي عدل جميع النصوص التي أوردت لفظ "الليرة" -باعتبارها العملة السابقة للجمهورية- إلى "اليورو".

3. انظر في تفصيل هذا الموضوع: روبرت إي وداري دوران، تاريخ النقود في دولة البحرين، مؤسسة نقد البحرين، النامة، 1417هـ- 1996م، ص 91 وما بعدها.

4. الجريدة الرسمية، العدد 137، بتاريخ 7 جمادى الأولى 1375هـ الموافق 22 ديسمبر 1955م، في المادة (13) منه.

5. الجريدة الرسمية، العدد 271، بتاريخ 21 محرم 1378هـ الموافق 7 أغسطس 1958م، في المادة (2) منه.

6. الجريدة الرسمية، العدد 245، بتاريخ 25 رجب 1377هـ الموافق 15 فبراير 1958م، في المادة (9) منه.

7. الجريدة الرسمية، العدد 283، بتاريخ 8 جمادى الأولى 1378هـ الموافق 20 نوفمبر 1958م، في المادة (2) منه. انظر كذلك: المادة (7) من قانون مراقبة العقاقير الخطرة للبحرين 1959 (الجريدة الرسمية، العدد 315، بتاريخ 26 ذي الحجة 1378هـ الموافق 2 يوليو 1959م). المادتين (9/3)، (13) من قانون مكافحة الملايا في البحرين 1960 (الجريدة الرسمية، العدد 388، بتاريخ 5 جمادى الثانية 1380هـ الموافق 24 نوفمبر 1960م). والمواد (4/3)، (5/1)، (6) من قانون التعليم الخصوصي للبحرين 1961 (الجريدة الرسمية، العدد 433، بتاريخ 21 ربيع الثاني 1381هـ الموافق 1 أكتوبر 1961م). والمادة (6) من قانون مطار البحرين المدني 1962 (الجريدة الرسمية، العدد 485، بتاريخ 6 جمادى الأولى 1382هـ الموافق 4 أكتوبر 1962م). والمادة (4) من قانون الجمارك المعدل 1963 (الجريدة الرسمية، العدد 500، بتاريخ 22 شعبان 1382هـ الموافق 17 يناير 1963م). والمادة (4) من قانون نقل الحجارة والكتكريت والرمل 1963 (الجريدة الرسمية، العدد 521، بتاريخ 29 محرم 1383هـ الموافق 20 يونيو 1963م). وهي تشريعات تم في الواقع إلغاء أغلبها من خلال إصدار تشريعات أحدث منها.

"الدينار" كعملة وطنية خاصة للبلاد بدل "الروبية"، وصدر بناءً على ذلك عدة مراسيم وإعلانات تنفيذاً لعملية الاستبدال هذه⁽¹⁾.

وعلى أي حال، ظلت بعض التشريعات المستندة في بعض نصوصها على عملة "الروبية" سارية رغم عدم تعديلها، وقد كان من بين هذه التشريعات قانون المسكرات⁽²⁾؛ وقد كان الاعتماد في سريان هذا القانون هو المادة (105/ب) من الدستور⁽³⁾ والتي نصت على أن: ((...ب- كل ما قرره القوانين والمراسيم واللوائح والأوامر والقرارات المعمول بها عند العمل بهذا الدستور يظل سارياً ما لم يعدل أو يلغ وفقاً للنظام المقرر بهذا الدستور، وبشرط ألا يتعارض مع نص من نصوصه))⁽⁴⁾. وما يؤكد هذا الأمر، ما جرت عليه محاكم البحرين من تطبيق نصوص هذا القانون في الدعاوى التي تعرض عليها والمتعلقة بأحكامه.

إلا أن التساؤل المطروح في هذا السياق هو ما موقف التشريع والقضاء البحريني من النصوص العقابية الواردة في هذا القانون والمعتمدة في أساسها على عملة بطل التعامل بها؟ إجابةً على هذا التساؤل يمكن القول إن المشرع البحريني -وعلى خلاف موقف العديد من التشريعات المقارنة المشار إليها سابقاً- لم يتخذ موقفاً إيجابياً في هذا الجانب، فقد أغفل تعديل نصوص هذا القانون من خلال إغفال تعديل نوع العملة في نصوص الغرامة، وهو بهذا الأمر أوجد تعطيلاً في تطبيق هذه العقوبة، رغم قيامه بإجراء هذا التعديل في قوانين أخرى⁽⁵⁾، ورغم أن المنطق القانوني كان يقتضي منه مد هذا الإجراء لقانون المسكرات⁽⁶⁾.

1. من هذه المراسيم والإعلانات: إعلان استبدال النقد الصادر عن دائرة المالية لحكومة البحرين، الجريدة الرسمية، العدد 636، السنة الثامنة عشرة، الخميس 11 جمادى الثانية 1385هـ الموافق 7 أكتوبر 1965م. والمرسوم رقم 10 مالية لعام 1965 (مرسوم النقد البحريني -اليوم المعين- 1965)، الصادر في 11 جمادى الثانية 1385هـ الموافق 7 أكتوبر 1965م.
2. انظر المواد (3)، (4)، (5)، (6)، (7) من هذا القانون. كذلك: المادة (5) من قانون الكحول التجاري للبحرين 1956 (النشرة الرسمية، العدد 142، الخميس 27 جمادى الثانية 1375هـ الموافق 9 فبراير 1956م). المواد (1)، (2)، (3) من قانون لحم الخنزير (الجريدة الرسمية، العدد 282، الخميس 2 جمادى الأولى 1378هـ الموافق 14 نوفمبر 1958م).
3. دستور دولة البحرين الصادر عام 1973م، والمنشور بالجريدة الرسمية، ملحق العدد 1049، الخميس 12 ذو القعدة 1393هـ الموافق 6 ديسمبر 1973م، والمعدل عام 2002م.
4. وفي نفس المعنى، نصت المادة (121/ب) من دستور مملكة البحرين المعدل لعام 2002 على أنه: ((... ب- استثناء من حكم الفقرة الثانية من المادة 38 من هذا الدستور يبقى صحيحاً وناظراً كل ما صدر من قوانين ومراسيم بقوانين ومراسيم ولوائح وأوامر وقرارات وإعلانات معمولى بها قبل أول اجتماع يعقده المجلس الوطني ما لم تعدل أو تلغ وفقاً للنظام المقرر بهذا الدستور)).
5. كما في نص المادة (29) من قانون الأجناب الصادر عام 1965 (الجريدة الرسمية، العدد 627، تاريخ 1 يوليو 1965م) بموجب المرسوم بقانون رقم 21 لسنة 1980 (الجريدة الرسمية، العدد 1401، الخميس 18 سبتمبر 1980م).
6. ومن مقتضيات هذا المنطق وجوب تطبيق القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة (انظر المادة 1 من قانون العقوبات البحريني)، وهذا التطبيق لا يعني حصر نطاقه في الجريمة فقط، ولكن يمتد أيضاً للعقوبة وما يستلزمه ذلك من تنفيذها، ففروع العملة المفروضة في القانون لتنفيذ عقوبة الغرامة تستلزم التقيد بما نص عليه قانوناً من عملة وقت ارتكاب الجريمة. وبما أن عملة الغرامة الواردة في قانون المسكرات قد أُلغيت بناءً على إعلان استبدال النقد الصادر عن دائرة المالية لحكومة البحرين، وبما تم اعتماده من عملة رسمية للبحرين من خلال نص المادة (19) من قانون إنشاء مؤسسة نقد البحرين الصادر عام 1973 والمادة (13) من قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية لعام 2006م كما أشرنا سابقاً، فيجب التقيد بها وقت إصدار الحكم وبالتبعية وقت تنفيذها. وما يؤكد نظر وجوب استبدال نوع العملة في قانون المسكرات كذلك، ورود تعريف عقوبة الغرامة في قانون العقوبات البحريني بالعملة المتداولة حالياً وهي "الدينار"، فقد نصت المادة (56) لهذا القانون على أن: ((عقوبة الغرامة هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع للدولة المبلغ المقدر في الحكم. ولا تنقص الغرامة عن دينار ولا يزيد حدها الأقصى على ألف دينار وفي الجنايات على خمسمائة دينار وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي بينها القانون لكل جريمة...)). وعليه يجب الالتزام بعملة الدينار عند تطبيق هذه العقوبة على المحكوم عليه.

أما بالنسبة لموقف القضاء في هذه المسألة، فيمكن ردها إلى اتجاهين اثنين، **الأول**: استبداله "للروبية" وقيامه بتحويلها إلى "الدينار" عند تطبيقه لنصوص الغرامة في هذا القانون. ومن ذلك ما ذهبت إليه العديد من الأحكام، فقد قضي في أحدها بالقول: ((وحيث إن المحكمة قد اطمأنت إلى أدلة الثبوت على النحو السالف إيرادها...، ومن ثم حق عليهما الإدانة والعقاب عملاً بالمادة 256 من قانون الإجراءات الجنائية رقم 46 لسنة 2002 والمادتين 4 و5 و6 من قانون المسكرات لعام 1956، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة... **بتغريم كل متهم خمسون دينار** عن التهم المسندة إليه وأمرت بمصادرة المواد المسكرة المضبوطة⁽¹⁾). وأعتقد أن اعتماد هذا الاتجاه مرجعه -العادة- التي دُرِّجَ عليها من تسمية وحدة "المائة فلس" بـ "الروبية"، تأثراً بالتراث اللفظي المتناقل لاسم العملة المتداولة قبل اعتماد العملة الحالية؛ وعلى هذا الاعتبار يقومون باستبدال "الدينار" -وهو ما يعادل الألف فلس وفق نص 19 من المرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1973 بإصدار قانون إنشاء مؤسسة نقد البحرين المُلغى والمادة 13 من القانون رقم 64 لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية البحريني- لكل عشر "رييات"؛ رغم أن هذا الأمر يعتبر مخالفةً صريحةً لمبدأ الشرعية لعدم وجود نص قانوني لعملية الاستبدال هذه. وما يؤكد هذا النظر، ذهاب إحدى الأحكام الاستثنائية عند تطرقها لعقوبة الغرامة المقضي بها أمام أول درجة طبقاً لقانون المسكرات للقول: ((...وترى بأن عقوبة الحبس مناسبة، **غير أن عقوبة الغرامة قد خالفت الحد الأقصى المقرر لها، حيث إن من المقرر لها بأن لا تزيد على -/1500 روية، والحكم المستأنف قضي بغرامة خمسمائة دينار، لهذا، فإن المحكمة تكتفي بالحبس...**)⁽²⁾). أما بالنسبة للاتجاه الثاني، وتفادياً لما وقع فيه الاتجاه الأول من مخالفة للقانون، فقد قام باستبعاد تطبيق عقوبة الغرامة لغياب التعديل التشريعي في نوع العملة، واكتفى بعقوبة الحبس باعتبارها العقوبة المتبقية منهما⁽³⁾.

وعليه، واستناداً لما ذكر سابقاً في هذا البحث، نرى أن الاتجاه الثاني الذي قام بحصر نطاق تطبيق العقوبة في أحكامه على عقوبة الحبس دون الغرامة يعتبر هو الاتجاه الصحيح، أما بالنسبة للاتجاه الأول الذي قام بتحويل الروبية إلى الدينار فلم يكن موفقاً في اتجاهه هذا، وتعتبر الأحكام الصادرة منه بالغرامة **مخالفةً للقانون**، وذلك لعدم استناد هذا التحويل على نص قانوني.

1. دعوى رقم 07/2013/3306، بتاريخ 9 ديسمبر 2013م، المحكمة الصغرى الجنائية الرابعة، حكم غير منشور. وفي المعنى نفسه كذلك: دعوى رقم 07/2014/11350، بتاريخ 7 يناير 2015، المحكمة الصغرى الجنائية الأولى، حكم غير منشور، والمؤيد بالاستئناف رقم 11/2015/93، بتاريخ 5 مارس 2015م، المحكمة الكبرى الجنائية الاستئنافية الثانية. دعوى رقم 07/2014/335، بتاريخ 2 يونيو 2015م، المحكمة الصغرى الجنائية الخامسة، حكم غير منشور، والمؤيد بالاستئناف رقم 11/2015/1519-1520، بتاريخ 4 يناير 2016م، المحكمة الكبرى الجنائية الاستئنافية الثانية. دعوى رقم 07/2011/10569، بتاريخ 29 فبراير 2012م، المحكمة الصغرى الجنائية الثانية، حكم غير منشور. دعوى رقم 07/2012/218، بتاريخ 14 فبراير 2012م، المحكمة الصغرى الجنائية الرابعة، حكم غير منشور. دعوى رقم 07/2011/4179، بتاريخ 28 ديسمبر 2011م، المحكمة الصغرى الجنائية الثالثة، حكم غير منشور.

2. استئناف رقم 11/2006/18/7، بتاريخ 22 فبراير 2006م، المحكمة الكبرى الجنائية الاستئنافية الثانية، حكم غير منشور.

3. انظر المواد (3)، (4)، (5)، (6)، (7) من القانون ذاته.

خاتمة

لقد تبين لنا من خلال هذا البحث جملة من النتائج والتوصيات يمكن تلخيص أهمها:

أولاً: النتائج:

1. تعطل تطبيق عقوبة الغرامة حال إغفال تعديل نوع العملة المستبدلة في النص العقابي، وذلك لاعتماد هذه العقوبة على العملة المحددة قانوناً.
2. يرتب إغفال المشرع تعديل نصوص الغرامة عند استبدال العملة الرسمية للدولة مخالفة لمبدأ الشرعية عند تطبيق هذه النصوص.
3. صعوبة تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى بناءً على قواعد الاختصاص القضائي حال عدم تعديل النص القانوني وبما يتوافق مع نوع العملة المستبدلة، لاستناد هذه القواعد على نوع الجريمة المركبة والذي يتحدد من خلال نوع العقوبة المرصودة للجريمة، والتي تتأثر كما قلنا بنوع العملة المحددة في النص العقابي.
4. مسارعة العديد من مشرعي الدول إلى تعديل تشريعاتهم العقابية بما يتوافق مع استبدال العملة الرسمية المنصوص عليها في هذه التشريعات، تقديراً للآثار السلبية التي قد تنتج من إغفال ذلك، وذلك على عكس المشرع البحريني الذي أغفل تعديل قانون المسكرات بما يتوافق مع استبدال العملة الواردة في نصوص الغرامة، وهو ما أدى إلى ظهور اتجاهين في القضاء حيال تطبيق هذه العقوبة، يرى الأول منه تطبيقها رغم قيامها على عملة مُستبدلة. أما الثاني فتجنب هذا التطبيق اكتفاء منه بعقوبة الحبس باعتبارها العقوبة المتبقية في النص العقابي.

ثانياً: التوصيات:

وجوب مراعاة تعديل نصوص عقوبة الغرامة في قوانين الدول التي أبدلت عملتها. وهذه التوصية وإن كنا نرى حكم تنفيذها في قانون المسكرات البحريني، إلا أننا بدلاً من ذلك نهيىب بالمشرع إصدار قانون متكامل أحدث من القانون الحالي لأسباب ترجع -بالإضافة لورود نصوص الغرامة فيه على عملة مستبدلة- في عدم تضمنه أحكاماً متكاملة للموضوع الذي ينظمه بالنظر للتشريعات المقارنة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

- آكيه لونبرغ، النقود الجديدة، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، العدد 4، المجلد 50، ديسمبر 2013م.
- روبرت إي ودارلي دوران، تاريخ النقود في دولة البحرين، مؤسسة نقد البحرين، المنامة، 1417هـ- 1996م.
- محمد عبد الهادي جمال، تاريخ العملة والنقود في دولة الكويت، بنك الكويت الصناعي، الطبعة الثانية، 2010م.
- محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1426هـ- 2005م.

ثانياً: المراجع القانونية:

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1996م.
- أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر الطبعة وسنة النشر.
- حسني الجندي، قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة معلقاً عليه بأقوال الفقه وأحكام القضاء، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008/2009م.
- رؤوف عبيد، جرائم التزييف والتزوير، تقديم ومراجعة د. أحمد ضياء الدين محمد خليل، دون ذكر الناشر، الطبعة الخامسة، 2007م.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1997م.
- عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي "القسم العام"، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، 1987م.
- عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر الطبعة وسنة النشر.
- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات "القسم العام"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979م.
- محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، القسم العام، دون ذكر ناشر، طبعة 1994م.

- محمود محمود مصطفى:

- شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1950م.

- الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن "الجزء الثاني- جرائم الصرف"، دار ومطابع الشعب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1966م.

- محمود نجيب حسني:

- شرح قانون العقوبات "القسم العام"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون ذكر سنة النشر، الطبعة الثالثة.

- شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.

- الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1992م.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

- موقع "البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية":

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Criminal/Cassation_Court_Criminal.aspx

عدم الاختصاص السلبي للمشرع في قضاء المحكمة الدستورية البحرينية

المستشارة جواهر عادل العبدالرحمن

مستشار بالمجلس الأعلى للقضاء

مملكة البحرين

عدم الاختصاص السلبي للمشرع في قضاء المحكمة الدستورية البحرينية

المستشارة جواهر عادل العبدالرحمن
مستشار بالمجلس الأعلى للقضاء
مملكة البحرين

المخلص

يعتبر مصطلح عدم الاختصاص السلبي للمشرع من المصطلحات الحديثة في نطاق الدراسات الدستورية، يأتي عدم الاختصاص السلبي للمشرع عندما يتخلى أو يتنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي في تنظيم أحد الموضوعات الدستورية إلى سلطة أخرى (السلطة التنفيذية) لممارسة هذا الاختصاص الموكول إليه وفقاً لنصوص الدستور، وقد مارس القضاء الدستوري رقابته على عدم الاختصاص السلبي للمشرع استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات من جانب، ومبدأ الانفراد التشريعي من جانب آخر.

وقد راقبت المحكمة الدستورية في البحرين عدم الاختصاص السلبي للمشرع، سواء من خلال إعمال رقابتها السابقة على مشروعات القوانين، أو اللاحقة على القوانين واللوائح، حيث أقرت المحكمة الدستورية كون عدم الاختصاص السلبي للمشرع عيباً دستورياً يستوجب القضاء بعدم دستورية النصوص التشريعية التي يتخلى أو يتنازل فيها المشرع عن اختصاصه للسلطة التنفيذية فيحيل الموضوعات التي تدخل في اختصاص القانون إلى اللائحة لتنظيمها، واستخدمت في أحكامها عبارات تدل على هذا المصطلح مثل تنازل المشرع أو السلطة التشريعية عن اختصاص أصيل لها للسلطة التنفيذية.

The Summary

The concept "Legislator's negative incompetency" which is considered to be one of the modern terminologies within the scope of constitutional studies. Legislator's negative incompetency occurs when the legislator give up its competence to regulate the required topic or topics in the constitution to the executive authority.

The constitutional judiciary in Bahrain monitors Legislator's negative incompetency and the bases on which such monitoring is established, which could be referred to one of these bases or both of them; the principle of separation of powers, and the principle of Legislative authorization.

المقدمة

يتولى الدستور بوصفه القانون الأعلى في الدولة، مهمة توزيع الاختصاصات الدستورية بين سلطات الدولة الثلاث وتحديد ضوابط ممارستها، فيحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها، ويضع الحدود الضابطة لنشاطها، بما يحول دون تدخل أي منها في أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها في ممارسة اختصاصاتها التي أناطها الدستور بها.

ويقصد بالاختصاص في المجال الدستوري، أن يسند الدستور إلى سلطة من سلطات الدولة وظيفة أو مهاماً محددة للقيام بها، دون أن يكون لأي سلطة أخرى أن تنازعها فيها، أو تشاركها في أدائها، إلا وفق الحدود والضوابط التي رسمها لها الدستور، ودون أن يكون لهذه السلطة في المقابل أن تتخل عن القيام بوظيفتها، أو تتنازل عنها لغيرها.

وتعد قواعد الاختصاص قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها من قبل أي سلطة من سلطات الدولة، سواء كانت تلك المخالفة إيجابية، من خلال القيام بعمل لم يسند إليها الدستور، أو سلبية من خلال امتناعها عن عمل أسند إليها الدستور القيام به، أو من خلال التخلي عنه لسلطة أخرى.

وبناءً عليه فإنه من مقتضيات احترام مبدأ الشرعية الدستورية، أن تحترم كل سلطة الاختصاص الذي منحها الدستور إياه، فلا تحيد عن نطاق هذا الاختصاص، سواء من خلال اعتدائها على اختصاص محجوز لسلطة أخرى، أو كان بتنازلها عن اختصاصها، أو بتهاونها في التفويض فيه، ومن ثم فإنها إن خالفت أيّاً مما سبق، وقع عملها في حماة المخالفة الدستورية.

وعليه ولما كانت الدساتير تعهد للسلطة التشريعية وحدها الاختصاص بتنظيم موضوعات معينة، أي مسائل محجوزة للتشريع، فيتعين أن يباشر المشرع هذه الاختصاصات بنفسه دون أن يعهد بها إلى سلطة أخرى، فلا يجوز للمشرع أن يتنازل عن اختصاصه التشريعي في تنظيم أحد الموضوعات إلى سلطة أخرى لممارسة هذا الاختصاص الموكول إليه وفقاً لنصوص الدستور، وهو ما درج الفقه على تسميته بعدم الاختصاص السلبي للمشرع، فإذا ما خرج المشرع على ذلك، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل بالتشريع، ومن ثم ساقطاً في هوة مخالفة الدستور.

أولاً: أهمية البحث:

يعد موضوع عدم الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه من الموضوعات المهمة في المجال الدستوري، نظراً لحدائه مصطلح عدم الاختصاص السلبي للمشرع في نطاق الدراسات الدستورية هذا من جانب، وكذلك حداثة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين من جانب آخر.

ثانياً: مشكلة البحث:

يثير موضوع الدراسة جملة من الإشكالات التي يتعين مناقشتها من خلال بحث موضوع الدراسة للوصول إلى إطار قانوني يحكم موضوع عدم الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه.

ومن هذه الإشكالات، مفهوم عدم الاختصاص السلبي للمشرع ومدى جواز الرقابة عليه، وهو ما أثار

جدلاً في الفقه الدستوري، الأمر الذي يتطلب بحث مفهوم عدم الاختصاص السلبي للمشروع ومبدأ الانفراد التشريعي كأساس الرقابة عليه.

ولا تقف إشكالات الموضوع عند هذا الحد، إنما تمتد إلى مدى اعتبار المحكمة الدستورية في مملكة البحرين عدم الاختصاص السلبي للمشروع عيباً من العيوب التي تصيب التشريع أم لا، والتي تعتبر أهم نقاط البحث في الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع لأنها تطرح بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين القضاء الدستوري والسلطة التشريعية، الأمر الذي يستلزم استعراض موقف المحكمة الدستورية البحرينية من الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع.

ثالثاً: نطاق البحث:

يحكم موضوع البحث دستور مملكة البحرين وأحكام المحكمة الدستورية البحرينية، كما أرتأينا من الملائم لإثراء البحث أن نعرض للفقه والقضاء الدستوري المقارن، لا سيما قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، وأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.

رابعاً: منهجية البحث:

يعتمد هذا البحث المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص الدستورية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية بشأن عدم الاختصاص السلبي في مملكة البحرين، مستدلين بأراء الفقه.

خامساً: تقسيم البحث:

ارتأينا أنه من الملائم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث يليها خاتمة تتضمن النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث، وذلك حسب خطة البحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم عدم الاختصاص السلبي للمشروع.

المبحث الثاني: أساس الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع.

المبحث الثالث: موقف المحكمة الدستورية البحرينية من الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع.

المبحث الأول

مفهوم عدم الاختصاص السلبي للمشرع

إن المشرع بمناسبة ممارسته لوظيفته التشريعية الموكولة إليه وفقاً لنصوص الدستور قد يتنازل عن تنظيم أحد الموضوعات إلى سلطة أخرى (السلطة التنفيذية) وهو ما يسميه الفقه بعدم الاختصاص السلبي للمشرع.⁽¹⁾

فما المفهوم الذي وضعه الفقه لبيان فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وهل أورد القضاء الدستوري هذا المفهوم في أحكامه أو أنه اكتفى بإعمال مضمون الفكرة؟

وسوف نخصص هذا المبحث للإجابة على هذا التساؤل من خلال تقسيمه إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: المفهوم الاصطلاحي لعدم الاختصاص السلبي للمشرع.

المطلب الثاني: المفهوم القضائي لعدم الاختصاص السلبي للمشرع.

المطلب الأول

المفهوم الاصطلاحي لعدم الاختصاص السلبي للمشرع

إن الاختصاص يعتبر من أهم العناصر التي يركز عليها القانون العام، ويقصد به القدرة على القيام بإجراء أو اتخاذ تصرف ما، وعلى ذلك يقصد بعدم الاختصاص عدم المقدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف معين، نتيجة لانتهاك ومخالفة القواعد المحددة لاختصاص السلطة صاحبة التصرف.⁽²⁾

وتحتل فكرة الاختصاص في المجال الدستوري -شأنها شأن فكرة الاختصاص في المجال الإداري- أهمية بالغة جعلت منها الأساس الذي يقوم عليه القانون العام، وذلك نتيجة لاعتمادها مبدأ الفصل بين السلطات،⁽³⁾ ومقتضى هذا المبدأ أن تتوزع السلطة داخل الدولة بين ثلاث سلطات، أحدهما تتولى التشريع، والثانية التنفيذ، والثالثة الفصل في المنازعات، على أن تستقل كل سلطة بمباشرة الوظيفة التي أسندها إليها الدستور، وليس لأي من السلطات الثلاث أن تباشر عملاً يدخل في ولاية السلطة الأخرى ما لم يوجد نص في الدستور يقضي بغير ذلك.⁽⁴⁾

1. قد يكون عدم الاختصاص السلبي من خلال إفراط المشرع في تفويض اختصاصه التشريعي، أو توسعه في تفسير الضوابط الموضوعية للتفويض التشريعي، وقد يكون من خلال إفراط المشرع في الإحالة إلى السلطة التنفيذية، وسنكتفي في هذا البحث بدراسة هذه الحالة الأخيرة لعدم الاختصاص السلبي للمشرع، خاصة مع عدم وجود تطبيقات عملية للتفويض التشريعي في مملكة البحرين، وأن هذا البحث يركز على دراسة رقابة المحكمة الدستورية البحرينية على هذا العيب.

2. د.رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، 2003، ص 461-460.

3. د.محمد أنس قاسم جعفر، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة تطبيقية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999، ص 77.

4. عبدالعزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995، ص 10 وما بعدها.

فالدستور يحدد اختصاصات السلطات العامة في الدولة، وتعد قواعد توزيع الاختصاص بين هذه السلطات من النظام العام، والتي لا يجوز مخالفتها أو التنازل عنها أو تعديلها بما يخالف الدستور، حيث إن العضو أو الهيئة التي يعهد إليها الدستور بمباشرة اختصاص معين، لا تعد مالكة لاختصاصها، فهي لا تباشر حقاً مطلقاً تصرف فيه كيفما تشاء،⁽¹⁾ فلا يجوز أن يباشر الاختصاص إلا من الجهة التي حددها، فلا يجوز لسلطة منحها الدستور اختصاصاً معيناً أن تتنازل عنه أو تفوض غيرها في ممارسة هذا الاختصاص إلا بناء على نص صريح فيه.⁽²⁾

والأصل أن السلطة التشريعية هي التي تقوم بمهمة التشريع، ولا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا بنص صريح في الدستور، كما أن السلطة التنفيذية تتولى أعمال التنفيذ، ولا يجوز لها أن تتدخل في أعمال التشريع إلا بنص صريح في الدستور.⁽³⁾

وبمعنى آخر لا يجوز للسلطة التشريعية أن تتجاوز حدود اختصاصاتها وتتاول بالتنظيم أحد الموضوعات التي تدخل في الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية، كما لا يجوز للسلطة التشريعية أن تتنازل عن مباشرة أحد اختصاصاتها للسلطة التنفيذية دون سند من الدستور.⁽⁴⁾

فإذا صدر التشريع على خلاف قواعد الاختصاص التي جرى بها الدستور وتولته سلطة أخرى لا شأن لها به، كان مشوباً بعيب عدم الاختصاص، ويتعين القضاء بعدم دستوريته.

والواقع أن البحث في عيب عدم الاختصاص كأحد أوجه الطعن بعدم الدستورية لا يثير صعوبات تذكر، ذلك لأن المشرع الدستوري عادة ما يحرص على تحديد قواعد الاختصاص تحديداً دقيقاً على النحو الذي لا يسمح للمشرع العادي بأي قدر من حرية التقدير، بحيث تبدو سلطته في هذا الشأن سلطة مقيدة في أشد صورها، وفي ظل هذا التحديد لقواعد الاختصاص فإن المشرع إما أن يكون مختصاً، ومن ثم يكون التشريع المطعون فيه دستورياً، وإما أن يكون غير مختص، وبالتالي يكون التشريع غير دستوري دون أن يكون للمشرع في أي من الحالتين أي قدر من حرية الاختيار.⁽⁵⁾

ونخلص مما سبق، أن قواعد الاختصاص تعتبر من النظام العام التي لا يجوز الخروج عليها، فلا يملك المشرع أن يتنازل عن اختصاصه في التشريع أو أن يفوض غيره في القيام به دون مراعاة الضوابط الدستورية - المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (32) من الدستور - ولا أن يعدل في اختصاصه بالزيادة أو النقصان، فلا سلطان للمشرع فيما يتعلق باحترام قواعد الاختصاص.

إذا كان هذا هو عدم الاختصاص للمشرع، فما هو عدم الاختصاص السلبي للمشرع؟

في البداية نقول إن تعبير عدم الاختصاص السلبي للمشرع "L'incompétence négative du législateur" هو تعبير فرنسي بالأساس، وأول من استخدمه للمرة الأولى الفقيه الفرنسي "جان ريفيرو" Jean Rivero

1. د.عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعات الجديدة، 2010، ص385.

2. د.رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص460.

3. د.رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، جامعة الكويت، 1972، ص489-490.

4. د.ثروت عبدالعال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، 1999، ص60-61.

5. د.ثروت عبدالعال أحمد، المرجع السابق، ص61.

بمناسبة تعليقه على بعض قرارات المجلس الدستوري المتعلقة بممارسة السلطة التشريعية لاختصاصها التشريعي.⁽¹⁾

فقد ذهب جانب من الفقه في تعريفه لعدم الاختصاص السلبي للمشروع إلى أنه: "تخلي البرلمان -أي تنازله- عن اختصاصه التشريعي لغيره من السلطات".⁽²⁾

وقد ذهب جانب آخر إلى أن المقصود من عدم الاختصاص السلبي للمشروع هو "مخالفة مسلك المشروع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور باعتباره تخلى عن مباشرة اختصاصه وأسند الموضوع برمته إلى سلطة أخرى غير مختصة دون سند من الدستور".⁽³⁾

وقد أشار الدكتور عوض المر إلى فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع وعبر عنها بالقول "يتحقق عدم اختصاص السلطة التشريعية سلبياً بتخليها عن مباشرة اختصاص يدخل في ولايتها".⁽⁴⁾

ويتضح لنا من التعريفات السابقة أنها جميعها، وإن اختلفت في الصياغة حول تعريف عدم الاختصاص السلبي للمشروع، إلا أنها أجمعت على اعتبار تخلي المشروع عن مباشرة اختصاصه التشريعي لغيره من السلطات بالمخالفة للدستور.

كما عبر جانب آخر من الفقه عن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع بالقول إن عدم الاختصاص السلبي للمشروع يأتي عندما يُسند الدستور تنظيم موضوع من الموضوعات إلى السلطة التشريعية، ففي هذه الحالة يجب أن تتولى تنظيم هذا الموضوع عن طريق إصدار تشريع ينظمه بصورة مباشرة، أو تتولى على الأقل تنظيم أطره العامة وخطوطه العريضة وعناصره الرئيسية، فإذا لم تتولَّ السلطة التشريعية هذا التنظيم، وأحاله برمته إلى السلطة التنفيذية، فإن هذا يعد تسلباً من اختصاص ناطق الدستور مباشرته لها.⁽⁵⁾

وقد أورد أحد الفقهاء حالات لعدم الاختصاص السلبي للمشروع، أي حينما تتخلى السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصاتها للسلطة التنفيذية، الحالة الأولى، هي حالة الإفراط في التفويض التشريعي أو تجاوز حدوده، حينما يتخذ المشروع من عملية التفويض التشريعي فرصة للتخفف عن اختصاصاته التشريعية، فيفرط في تفويض اختصاصاته للسلطة التنفيذية أو يتسامح في تحديد ضوابط التفويض؛ والحالة الثانية، فهي إفراط السلطة التشريعية في الإحالة إلى السلطة التنفيذية، إذ يجب على المشروع حينما يدعو السلطة

1. د.عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2003م، ص 43.

2. المرجع السابق، ص 50.

3. د.عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003م، ص 24.

4. د.عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دوى للقانون والتنمية، 2003م، ص 452.

5. د.عبدالعزيم محمد سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد (15)، السنة الثامنة، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا، وتمت الإشارة إلى ذات الفكرة عند: د.هالة محمد طريح، حدود سلطة المشروع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2011م، ص 256-255.

التنفيذية لوضع اللوائح التنفيذية للقوانين التي يقرها، أن يلتزم بالضوابط الدستورية التي تحدد قواعد الاختصاص، فلا يتنازل أو يترك الأمر برمته للسلطة التنفيذية بذريعة تنفيذ القانون.⁽¹⁾

وذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تكون أكثر وضوحاً في القانون الدستوري منها في القانون الإداري، لأن المشرع تنازل عن اختصاصه بإرادته للسلطين التنفيذية والقضائية، مخالفاً بذلك قواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، ويرجع ذلك الوضوح إلى التحديد الدستوري لاختصاصات القانون من ناحية، ومجال اللائحة من ناحية أخرى، ويظهر هذا بصورة جلية في الدستور الفرنسي لعام 1958 لما جاء به من تحديد جامد لاختصاصات كل من السلطين التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية من ناحية أخرى.⁽²⁾

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن النصوص الدستورية التي تعالج أمر سلطات الحكم ورسم الحدود الفاصلة بينها تحمل بسبب عمومها تفسيرات متعددة، ومثلها في ذلك النصوص التي ترسم الحدود بين سلطات الدولة المختلفة وحقوق الأفراد والجماعات، ويضاف إلى ذلك أن النصوص الدستورية العديدة التي تُحدد للمشرع ولسائر سلطات الحكم في الدولة، تشمل على توجهات موضوعية عامة في العديد من الشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وأن ذلك التحديد يتم عادة من خلال نصوص عامة.⁽³⁾

ومن جاني اتفق مع ما ذهب إليه الاتجاه الأول، لأن المشرع الدستوري عادة ما يحرص على تحديد قواعد الاختصاص تحديداً دقيقاً، ومن ثم فإن المشرع إما أن يكون مختصاً، ومن ثم يكون التشريع المطعون فيه دستورياً، وإما أن يكون غير مختص، وبالتالي يكون التشريع غير دستوري.

المطلب الثاني

المفهوم القضائي لعدم الاختصاص السلبي للمشرع

تطرق القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية إلى فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في العديد من أحكامه، واستخدم العديد من المصطلحات والعبارات التي تعبر عن هذه الفكرة.

كان القرار الأول للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 26 يناير 1967 بعدم دستورية بعض نصوص مشروع قانون يتعلق بالقضاء حينما ترك المشرع اختصاصه للائحة في موضوعات تدخل بحسب الأصل في اختصاص القانون الأساسي بالمخالفة لنص المادة (64) من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي تنص على أن: "يحدد قانون أساسي النظام الأساسي للقضاة"، وكان مشروع القانون يتعلق بتعيين بعض القضاة بمحكمة النقض لمدة عشر سنوات، وذلك لمساعدة مستشاري هذه المحكمة، إلا أنه ترك للائحة تحديد شروط تعيين القضاة بالمحاكم بصورة دائمة.⁽⁴⁾

1. د. عبدالمجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 580 وما بعدها.

2. د. عبدالحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص 23-24.

3. د. أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، الجزء الأول، مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الأول، السنة الأولى، يناير 2003م، ص 6.

4. Décision du conseil constitutionnel No. 67-31 du 26 janvier 1967.

ومنذ صدور هذا القرار لم يتردد المجلس الدستوري الفرنسي في التصدي لكل محاولة من المشرع تؤدي إلى تخليه أو تنازله عن مباشرة اختصاصاته الدستورية لصالح السلطة التنفيذية أو القضائية تحت ستار التنظيم التشريعي، وذلك لمخالفته لقواعد الاختصاص الثابتة بالدستور.⁽¹⁾

ومن قرارات المجلس الدستوري في مجال الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع المخالف لنصوص الدستور، قراره الصادر في 19 و20 يناير 1981 المتعلق بفحص دستورية قانون بشأن الأمن والحرية، ففي هذا القرار ذهب المجلس الدستوري إلى أنه وفقاً للمادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 لا تكون هناك عقوبة إلا بناء على نص في القانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة على تطبيق القانون، وعندئذ يجب على المشرع أن يحدد الجرائم والعقوبات بصورة واضحة ومحددة بما فيه الكفاية لاستبعاد ثمة تحكم أو تعسف من جانب السلطات العامة، وإلا كان التشريع غير دستوري.⁽²⁾

وفي ذات الحكم لم يكتف المجلس بمراجعة النص الخاضع لرقابته وفقاً لعريضة الدعوى وطلبات المدعين، بل ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك عندما قرر في حيثية أخرى أن القانون لا يحتوي على أية أحكام من شأنها إهدار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات". ويعني ذلك قيام المجلس بالتصدي - من تلقاء نفسه - لبحث ما إذا كان المشرع قد استنفذ تماماً اختصاصه بشأن مسألة من المسائل الجنائية، ويأتي ذلك في إطار كون الدفع بعدم الاختصاص السلبي من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، التي يتصدى لها القاضي الدستوري حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك.⁽³⁾

يتبين لنا من القرارين السابقين، أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يعرّف عدم الاختصاص السلبي للمشرع تعريفاً واضحاً، بل استخدم عدة عبارات تدل على أن عدم الاختصاص السلبي للمشرع يعد مخالفة دستورية.

وعرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في حكمها الصادر بشأن حرية التنقل، وقد جاء فيه ما يلي: "أن حرية الانتقال تخترط في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتضى مشروع، إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها، ويقوّض صحيح بنائها؛ وقد عهد الدستور بهذا النص إلى السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك أن يكون تعيين شروط إصدار وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح، استصحاباً لأصل الحرية في الانتقال؛ والاستثناء هو المنع؛ وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض، أو عضو نيابة عامة، يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية.

وحيث إن الدستور قد احتفى كذلك بالحقوق المتصلة بالحق في التنقل، فنص في المادة (50) منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة في جهة معينة إلا في الأحوال التي يبينها القانون، وتبعتها المادة (51) لتمنع إبعاد المواطن عن البلاد أو حرمانه من العودة إليها، وجاءت المادة (52) لتؤكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو الموقوتة على أن ينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط

1. د.عبدالمجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص592-591.

2. Décision du conseil constitutionnel No. 80-127 du 19-20 janvier 1981.

3. د.عبد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص217.

الهجرة ومغادرة البلاد؛ ومقتضى هذا أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور فيما تقدم، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين.

متى كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تسلب من اختصاصها، وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة (86) من الدستور، ساقطاً -بالتالي- في هوة المخالفة الدستورية⁽¹⁾.

ونستخلص من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا في مصر لم تضع مفهوماً محدداً لعدم الاختصاص السلبي للمشرع، على الرغم من أنها قد تصدت لتخلي المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية تحت ستار التنظيم التشريعي، واستخدمت عبارة (التسلب من الاختصاص) و(التخلي عن الاختصاص) للتعبير عن ذلك، وأقامت قضاءها على أن الدستور جعل تنظيم حرية التنقل للسلطة التشريعية إلا أن المشرع وبمناسبة تنظيمه لهذا الحق ترك للأئحة تحديد شروط وإجراءات منح جواز السفر للمواطنين مخالفاً بذلك للدستور.

وفي مجال تطبيقها لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فقد أكدت المحكمة على ضرورة عدم اتخاذ المشرع للإحالة التشريعية سبيلاً للتخلي عن اختصاصه في تنظيم المسائل التي يجوز للسلطة التنفيذية التدخل في تنظيمها "بناءً على قانون"، فقد أوردت في حيثيات حكمها: "أنه وحيث إذ نص الدستور في المادة (66) منه على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، قد دل على أن الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها -ومن خلال قانون بالمعنى الضيق تقره وفقاً للدستور- تحديد الجرائم وبيان عقوبتها، وليس لها بالتالي أن تتخلى كلية عن ولايتها هذه، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية، وإن كان يكفيها وفقاً لنص المادة (66) من الدستور أن تحدد إطاراً عاماً لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء؛ لئلا تُفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، فلا يعتبر تدخلها عندئذ في المجال العقابي إلا وفقاً للشروط والأوضاع التي نظمها القانون، بما مؤداه أن النصوص القانونية وحدها بعموميتها واتفائها شخصيتها La Portée générale et impersonnelle، هي التي يدور التجريم معها، ولا يتصور أن تنشأ بعيداً عنها"⁽²⁾.

أما المحكمة الدستورية البحرينية فلم تستخدم مصطلح عدم الاختصاص السلبي للمشرع صراحة، إلا أنها استخدمت عبارات تدل عليه، منها تنازل المشرع أو السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية، فقد ذهبت المحكمة الدستورية في حكم لها بشأن الإحالة الملكية لمشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية إلى أن: (إن الدستور المعدل قد اختص في الفقرة (ب) من المادة (32) منه السلطة التشريعية بمهمة إقرار القوانين، فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيء من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينتها النصوص حصراً، ذلك أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على أعمال القوانين، وإحكام تنفيذها... فإذا عهد المشرع

1. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (243) لسنة (21) قضائية "دستورية" جلسة 4 نوفمبر 2000.

2. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (24) لسنة (18) قضائية "دستورية" جلسة 5 يوليو 1997.

إلى اللائحة التنفيذية تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص فإنه يكون قد تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية خلافاً لأحكام المادتين (32) و(39/أ) من الدستور المعدل.⁽¹⁾ ومن ثم نخلص إلى أن القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية المشار إليها، لم يضع تعريفاً واضحاً لعدم الاختصاص السلبي للمشرع، وإنما عبّر عنه من خلال استخدامه لعدة مصطلحات وعبارات تدل على فكرته ومضمونه، وسنأتي لاحقاً في المبحث الثالث من هذا البحث لبيان موقف المحكمة الدستورية في مملكة البحرين بشأن رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع باستعراض أهم الأحكام الدستورية بشأنه.

المبحث الثاني

أساس الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

إذا ما انتهينا إلى أن عدم الاختصاص السلبي يأتي عندما يتخلّى أو يتنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي في تنظيم أحد الموضوعات الدستورية إلى السلطة التنفيذية لممارسة هذا الاختصاص الموكول إليه وفقاً لنصوص الدستور، يثور تساؤل حول الأساس الذي يمكن الاستناد إليه في رقابة القضاء الدستوري على عدم الاختصاص السلبي للمشرع؟

وعليه، سنتناول في هذا المبحث أساس الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مبدأ الانفرد التشريعي.

المطلب الثاني: مبدأ الانفرد التشريعي في الدستور البحريني.

المطلب الأول

مبدأ الانفرد التشريعي

ألزمت الدساتير السلطة التشريعية بممارسة اختصاصاتها بنفسها، وعدم تخليها عن جزء من اختصاصها للسلطة التنفيذية إلا بشروط حددها الدساتير، وأوكلت إلى القاضي الدستوري مهمة التأكد من توافرها، بحيث إذا أحل المشرع بهذا الالتزام وقع في حومة عدم الاختصاص السلبي الذي يعتبر الآن وجهاً من وجوه عدم الدستورية.⁽²⁾

ولكن ما الأساس الذي يمكن الاستناد إليه في جعل السلطة التشريعية تمارس اختصاصها بنفسها وعدم تنازلها أو تخليها عنه للسلطة التنفيذية؟

1. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (إ.ح.م/1/09) لسنة (7) قضائية جلسة 25 يونيو 2009.

2. د.عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 64.

الواقع أن أساس ذلك هو مبدأ "الانفراد التشريعي" الذي يعني انفراد السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية للدولة، ولهذا المبدأ حجته في مواجهة جميع سلطات الدولة، تتمثل حجته في مواجهة السلطة التنفيذية يعني اقتصرها على تنفيذ القوانين وعد تدخلها في المجال المحجوز للمشرع، إلا في الحالات التي يسمح لها الدستور ذلك، وتعني حجية المبدأ في مواجهة السلطة القضائية أن المحاكم يقتصر دورها على تطبيق القوانين على الدعاوى المعروضة عليها دون أن تضيف إليها أحكاماً لم تذهب إليها إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية، أما حجية مبدأ الانفراد التشريعي في مواجهة السلطة التشريعية ذاتها فتعني التزامها بالتدخل تشريعياً حيث يوجب عليه الدستور ذلك، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم تخليها عن هذه الاختصاصات لغيرها من السلطات العامة الأخرى، وخصوصاً السلطة التنفيذية، وإذا حدث وتخلت السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصاتها التشريعية لتمارسها سلطة أخرى عوضاً عنها فإن ذلك يعد مخالفاً للدستور بما أحدثه من تعديل لقواعد توزيع الاختصاصات الدستورية، وهذا هو جوهر فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع.⁽¹⁾

وبتعبير آخر، يعني مبدأ انفراد التشريع اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه وفقاً لنصوص الدستور، ويعني هذا المبدأ أن السلطة التنفيذية لا تملك من خلال اللوائح معالجة المسائل التي تدخل في اختصاص المشرع وحده. ومن ناحية أخرى، يعني هذا المبدأ أن المشرع لا يملك أيضاً الإفلات من مسؤوليته في معالجة هذه المسائل.⁽²⁾

الأمر الذي يستلزم أن يباشر المشرع بنفسه الاختصاص الذي عهد إليه الدستور وحده بتنظيم موضوعات معينة، أي مسائل مجوزة للقانون، دون أن يعهد به إلى السلطة التنفيذية، فلا يجوز للمشرع التنازل عنها لسلطات أخرى تحت ستار التنظيم أو التفويض التشريعي.

ذلك أنه إذا كان المشرع مطالباً باحترام الدستور فيما يأتيه من نشاط إيجابي يتمثل فيما يصدر عنه من قواعد تشريعية لتنظيم الحقوق والحريات المختلفة، وغيرها من الموضوعات الدستورية، فإن هذا المطلب ينطبق وبذات القدر على حالة عدم الاختصاص السلبي، وعندما يحجم المشرع -عامداً أو متهاوناً أو متنازلاً- عن تنظيم حق أو حرية أو موضوع تضمنه الدستور، أو عن تنظيم بعض جوانبها، فكما تكون المخالفة الموضوعية مخالفة إيجابية إذا كان النص التشريعي المطعون فيه يمثل تدخلاً إيجابياً من المشرع في تقريره، تكون أيضاً هذه المخالفة سلبية إذا اتخذ المشرع موقفاً سلبياً يتمثل في عدم إيراده نصاً أو عدم إكمال النص الطعين محل الطعن تاركاً ذلك للسلطة التنفيذية.⁽³⁾

ومع ذلك فإن الانفراد التشريعي لا يعني إبعاد السلطة التنفيذية تماماً عن المساهمة في العمل التشريعي، لأن هدف الانفراد التشريعي هو في نهاية الأمر حث المشرع على التدخل لممارسة اختصاصاته التشريعية، ومنع السلطة التنفيذية من الحلول محله في ممارسة هذه الوظيفة، عندما يتعلق الأمر ببعض المسائل جزؤها الدستور له ولا يمكن مزاولتها إلا من خلاله، وفيما عدا ذلك من المسائل، يمكن للسلطة التنفيذية

1. د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013م، ص 77.

2. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، 1999م، ص 368.

3. د. حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية، المخالفة الموضوعية للدستور، مجلة الدستورية، العدد الخامس، السنة الثانية، أبريل 2004م، ص 20.

أن تتدخل في المجال التشريعي للسلطة التشريعية، بناء على تفويض من المشرع أو لوضع ما أصدره من تشريعات موضع التنفيذ، وفق ضوابط دستورية محددة.⁽¹⁾

ويلاحظ أن الدساتير تنص بشكل عام على اختصاص السلطة التشريعية في مسائل التشريع، ثم تحدد مسائل أخرى معينة يجب تنظيمها "بقانون"، ومسائل أخرى يمكن تنظيمها عن طريق السلطة التنفيذية ولكن "بناء على قانون" يسنه المشرع، وهذا ما سلكه دستور مملكة البحرين المعدل لعام 2002 كما سنبين في المطلب الثاني التالي لهذا المطلب.

لذلك فإن مدى التزام المشرع وحده بتنظيم المسائل التي تدخل في اختصاصه ومدى قدرته في أن يعهد بجزء منها إلى السلطة التنفيذية يتحدد بالنظر إلى العلاقة بين التشريع واللائحة، ومن هنا يميز الفقه بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي، فيكون الانفراد مطلقاً إذا ما التزمت السلطة التشريعية وحدها بالتنظيم المتكامل للمسألة التي تدخل في اختصاصها، مع استبعاد أية إمكانية لتدخل السلطة التنفيذية من خلال اللوائح في هذا الشأن، بحيث يكون التشريع هو المصدر الوحيد في هذه المسألة، فيكون عندما ينظم المشرع العناصر الأساسية للمسألة التي تدخل في اختصاصه، مقتصراً على وضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها، تاركاً للسلطة اللائحية مهمة معالجة نقاط محددة في هذا الشأن، وكفي في هذه الحالة أن يضع التشريع الإطار الذي تمارس فيه السلطة التنفيذية سلطتها اللائحية.⁽²⁾

ونرى أنه يمكن التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والآخر النسبي من خلال العبارات والألفاظ التي يستخدمها الدستور في صياغة نصوصه، تدل كلمة "بقانون" أو عبارات "وفقاً للقانون" أو "ينظم القانون" أو "يبين القانون" أو "يحدد القانون" على ضرورة ممارسة الاختصاص من قبل السلطة التشريعية، وهو الانفراد التشريعي المطلق، بينما تدل عبارة "بناء على قانون" أو "في حدود القانون" على الانفراد النسبي للمشرع، مما يؤدي إلى نتيجة مهمة وهي ضرورة الرجوع إلى عبارات وألفاظ الدستور لتحديد مدى انفراد المشرع بممارسة اختصاصاته التشريعية.

فالهدف من الرقابة بالنسبة لفكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع يتمثل في حماية المجال المحجوز للقانون وعدم إقحام السلطات الأخرى مباشرة اختصاصات السلطة التشريعية،⁽³⁾ لذلك الرقابة في حالة عدم الاختصاص السلبي تهدف إلى إدانة حالات إقحام السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصها التشريعي على اعتبار أنها قد جاوزت -ولكن بصورة سلبية- حدود اختصاصها المنوط به دستورياً.⁽⁴⁾ وفي ضوء ما تقدم، يمكن التعبير عن مظاهر الانفراد التشريعي في ثلاثة أمور: أولها أن هذا الانفراد يتعلق بالحقوق والحريات وغيرها من المجالات التي يحددها الدستور، وثانيها أن يتحدد بأهداف معينة عبّر عنها الدستور، ولا يجوز للسلطة التقديرية للمشرع أن تتجاوزها أو تحرف عنها في الكيفية التي يباشر فيها اختصاصه الفريد، وثالثها أنه انفراد مانع، يحول دون مشاركة السلطة التنفيذية فيه عن طريق اللوائح إلا في الحدود التي ينص عليها التشريع طبقاً للدستور.⁽⁵⁾

1. د. عبيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 79-78.

2. د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 373-372.

3. بذات المعنى انظر: د. عبدالمجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 579.

4. د. عبيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 110-109.

5. د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 372.

المطلب الثاني

مبدأ الانفرد التشريعي في الدستور البحريني

ينص دستور مملكة البحرين المعدل 2002 على مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وهذه السلطات العامة الثلاث إذ ينشئها الدستور فإنه أيضاً هو الذي يحدد لكل منها اختصاصاتها ويبين الأطر العامة لولاية كل منها، فقد نصت المادة (32) من الدستور على أن: "أ- يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقاً لأحكام هذا الدستور، ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور، وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة وبموضوع أو موضوعات بالذات، ويمارس وفقاً لقانون التفويض وشروطه.

ب- السلطة التشريعية يتولاها الملك والمجلس الوطني وفقاً للدستور، ويتولى الملك السلطة التنفيذية مع مجلس الوزراء والوزراء، وباسمه تصدر الأحكام القضائية، وذلك كله وفقاً لأحكام الدستور".⁽¹⁾

وأكد الدستور البحريني كذلك على انفرد السلطة التشريعية بممارسة الوظيفة التشريعية، وأوردت المحكمة الدستورية البحرينية في حكمها: "وحيث إن الدستور المعدل قد اختص في الفقرة (ب) من المادة (32) منه السلطة التشريعية بمهمة إقرار القوانين، فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيء من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينها النصوص حصراً، ذلك أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على أعمال القوانين، وإحكام تنفيذها، غير أنه استثناء من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها الذي نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (32) من الدستور المعدل. فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة بأعمال تدخل في نطاق الأعمال التشريعية".⁽²⁾

وفيما يلي سنبين مبدأ الانفرد التشريعي في الدستور البحريني في الفرعين الآتين.

الفرع الأول: المسائل الداخلة في نطاق مبدأ الانفرد التشريعي المطلق

يدخل ضمن الانفرد التشريعي المطلق كل ما ينص عليه الدستور البحريني من مسائل أوجب تنظيمها بالكامل بموجب قانون تسنه السلطة التشريعية، بحيث يمتنع على السلطة التنفيذية التدخل بتنظيمها بموجب اللوائح، إلا في حالات استثنائية ينص عليها الدستور وهي التفويض التشريعي طبقاً للمادة (32/أ) من الدستور، وحالات تدخل السلطة التنفيذية من تلقاء نفسها عن طريق المراسيم بقوانين التي نصت عليها المادة (38) من الدستور والمادة (87) منه.

كما سبق وأن أشرنا إلى أن العبارات والألفاظ الواردة بنصوص الدستور هي التي تحدد مدى التزام المشرع وحده بتنظيم المسائل التي تدخل في اختصاصه ومدى قدرته في أن يعهد بجزء منها إلى السلطة التنفيذية.

أولاً، في مجال المقومات الأساسية للمجتمع التي تضمنها الدستور البحريني، ينص على العديد من

1. تجدر الإشارة إلى أنه في عامي 2012 و2017 تم إدخال تعديلات على الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

2. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (إ.ح.م/1/09) لسنة (7) قضائية جلسة 25 يونيو 2009.

النصوص التي تناولت الانفراد التشريعي المطلق للمشرع، أهمها الأسرة أساس المجتمع، يحفظ القانون كيانها الشرعي ويقوي أواصرها وقيمها ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة ويرعى النشء، وما ينص عليه بأن ينظم القانون أوجه العناية بالتربية الدينية والوطنية في مختلف مراحل التعليم وأنواعه، وأن لا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وأن ينظم القانون العلاقة بين ملاك الأراضي والعقارات ومستأجريها، وكذلك أن ينظم القانون العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال، وما ينص عليه بأن المواطنين سواء في تولي الوظائف العامة وفقاً للشروط التي يقررها القانون.⁽¹⁾

ثانياً، في مجال الحقوق والواجبات العامة، تجدر الإشارة إلى أنه يوجد بالدستور البحريني عدد ليس بالقليل من النصوص الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات، حيث خصص باباً مستقلاً تحت مسمى (الحقوق والواجبات العامة)⁽²⁾ إضافة إلى أنه نص على بعض الحقوق والحريات في مواضع أخرى متفرقة من الدستور، ووضع أساساً عاماً يحكم كل الحقوق والحريات والواجبات العامة وهو مبدأ المساواة.

ومن هذه النصوص، أن الجنسية البحرينية يحددها القانون، وأن الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون، وما ينص عليه بأن حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون، وما ينص عليه بأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، وأن حرية تكوين الجمعيات والنقابات مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون.⁽³⁾

وقد وضع الدستور قيوداً عاماً بشأن تنظيم المشرع للحقوق والحريات وتحديدها لا يكون إلا بقانون، أو بناءً عليه،⁽⁴⁾ وهذا النص يبين الانفراد التشريعي للمشرع في تنظيم موضوعات الحقوق والحريات سواء أكان انفراداً مطلقاً أو نسبياً كما سنرى في الفرع الثاني من هذا المطلب.

وثالثاً، أما بالنسبة للانفراد التشريعي المطلق في مجال السلطات العامة في الدستور البحريني، نجد أنه ينص بشأن السلطة التنفيذية على أن ينظم القانون المؤسسات العامة وهيئات الإدارة البلدية، وبشأن السلطة التشريعية ينص على أن يتألف مجلس النواب من أربعين عضواً يُنتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي يبينها القانون، أما فيما يخص السلطة القضائية، ما ينص عليه الدستور بأن يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها، وأن ينشأ بقانون مجلس أعلى للقضاء يشرف على حسن سير العمل في المحاكم وفي الأجهزة المعاونة لها ويبين القانون صلاحياته في الشؤون الوظيفية لرجال القضاء والنيابة العامة.⁽⁵⁾

أما بالنسبة للشؤون المالية، نجد العديد من النصوص التي جعل الدستور السلطة التشريعية تتفرد بتنظيمها، ومنها أن إنشاء الضرائب العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون، وما ينص عليه بأن تحدد السنة المالية بقانون، وأن تصدر الميزانية العامة للدولة بقانون، وأن ينشأ بقانون ديوان للرقابة

1. المواد (1/5)، (7/ب)، (9/ج، هـ)، (13/د)، (16/ب) من الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

2. الباب الثالث من الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

3. المواد (17/أ)، (19/أ)، (20/و)، (23)، (27) من الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

4. المادة (31) من الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

5. المواد (50)، (56)، (105/أ، د) من الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

المالية يكفل القانون استقلاله، وأن ينظم القانون شؤون المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والمكافآت التي تقرّر على خزانة الدولة.⁽¹⁾

هذه النصوص الدستورية السابقة تتضمن الطبيعة الإلزامية بوجوب تدخل المشروع لتفعيل النص الدستوري وبالتالي إذا تخلّى أو تنازل عنها للسلطة التنفيذية، فإنه يقع في حومة عدم الدستورية.

الفرع الثاني: المسائل الداخلة في نطاق مبدأ الانفرد التشريعي النسبي

يدخل في مجال الانفرد التشريعي النسبي -كما سبق وأن بينا- المسائل التي أجاز الدستور للسلطة التنفيذية تنظيمها بناء على قانون تسنه السلطة التشريعية، والمسائل التي يقوم المشروع بالإحالة إلى السلطة التنفيذية لإصدار اللوائح اللازمة لتنظيمها بشكل مفصل، بعد أن يكون قد نظم جوانبها الأساسية دون أن تتضمن الإحالة ما يفيد تنازل المشروع عن اختصاصه التشريعي لصالح السلطة التنفيذية.

ويستخدم المشروع الدستوري من العبارات ما يؤكد معنى الانفرد التشريعي النسبي، وذلك من خلال النصوص التي تنظم مسائل يجوز تنظيمها من قبل السلطة التنفيذية ولكن "بناء على قانون" أو "في حدود القانون".

والمقصود هنا بأن يصدر القانون من السلطة التشريعية متضمناً الأطر والقواعد العامة للمسائل التي عهد بها إليها الدستور، أما السلطة التنفيذية فإنها تنفذ ما حدده الدستور أي تقوم بتنظيم تفاصيل هذه المسائل.⁽²⁾

ومن أمثلة النصوص الدستورية في الدستور البحريني حول الانفرد التشريعي النسبي للمشروع، ما ينص عليه بأن الاقتصاد الوطني أساسه العدالة الاجتماعية وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص وهدفه التنمية الاقتصادية وفقاً لخطة مرسومة وتحقيق الرخاء للمواطنين وذلك كله في حدود القانون، وما ينص عليه بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، كذلك ما ينص عليه بأن لا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم والتكاليف إلا في حدود القانون.⁽³⁾

وما تعنيه هذه النصوص هو إمكانية تدخل السلطة التنفيذية لتحديد بعض جوانب تلك المسائل.

كما أن الدستور يتضمن الكثير من الموضوعات التي تعبر عن آمال الشعب، ولم يضع قواعد جامدة ومحددة لكي تطبق في وقت أو زمن محدد، وإنما تضمن قواعد عامة ليتم تطبيقها في ظروف مختلفة وفي أوقات متباينة، ومن هنا تأتي أهمية دور المشروع لكي يفعل ويطور من النص الدستوري.⁽⁴⁾

ويظهر لنا من هذه النصوص الدستورية في الدستور البحريني حرص المشروع الدستوري على حماية الحقوق والحريات العامة وجعلها من المسائل المحجوزة للمشروع العادي (التشريع)، وهذا وإن كان لسبب فهو يعود للتركيب الهيكلية للسلطة التشريعية -وعلى الأخص مجلس النواب- الذي يضم ممثلي الشعب، الأمر الذي يجعل هذا التشريع صورة تعكس طموحات من يخضعون له.

1. المواد (107/أ)، (109/أ)، (د)، (116)، (119) من الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

2. د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 375.

3. المواد (10/أ)، (20/أ)، (107/أ) من الدستور البحريني المعدل لعام 2002.

4. انظر بشأن فكرة تطوير النص الدستوري: د. عوض المر، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

المبحث الثالث

موقف المحكمة الدستورية البحرينية

من الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع

نص دستور مملكة البحرين المعدل لعام 2002 في المادة (106) منه على إنشاء المحكمة الدستورية التي تختص المحكمة الدستورية بموجب هذا النص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح.⁽¹⁾

وإذا كانت المحكمة الدستورية البحرينية قد باشرت هذه الرقابة سواء بشأن الطعون الدستورية التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع والإجراءات المقررة في الدستور أو تلك التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو: هل اعتبرت المحكمة الدستورية عدم الاختصاص السلبي للمشروع عيباً من العيوب التي تصيب التشريع أم لا؟

لذلك فإننا سنتناول في هذا المبحث موقف المحكمة الدستورية البحرينية من فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع، وتقسيمه إلى المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: الرقابة السابقة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع.

المطلب الثاني: الرقابة اللاحقة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع.

المطلب الأول

الرقابة السابقة على عدم الاختصاص السلبي للمشروع

يأخذ دستور مملكة البحرين المعدل 2002 بالرقابة السابقة إلى جوار الرقابة اللاحقة، وهي الرقابة التي يباشرها الملك عن إحالة مشروع قانون بعد موافقة المجلسين عليه إذا وجد فيه شبهة عدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية لتبدي رأيها فيه قبل إصداره.

ولعل أهم أحكام المحكمة الدستورية في مجال رقابتها على عدم الاختصاص السلبي هو حكمها الصادر بشأن الإحالة الملكية لمشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية الصادر بجلستها 25 يونيو 2009 بعدم مطابقة عدة مواد من مشروع القانون للدستور ومنها نص المادة (26) منه التي تنص على أن: "يصدر الوزير، بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء في مدة لا تتجاوز ستة أشهر من صدور القانون، لائحة تتضمن القواعد والإجراءات المتبعة أمام الغرفة والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة طبقاً لأحكام الفصل الأول من الباب الثاني من هذا

1. لمزيد من التفاصيل حول رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح في مملكة البحرين، انظر: د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص 295 وما بعدها، د. إحسان المفرجي، القضاء الدستوري وتجربته في مملكة البحرين، جامعة البحرين، 2010.

القانون، بما في ذلك إجراءات تقديم الدعوى وإدارتها وشروط تعيين واختيار أعضاء هيئة تسوية النزاع والقواعد المنظمة لردهم وأسباب تحييمهم وشروط تمثيل الخصوم أمام هيئة تسوية النزاع وحالات عدم صلاحية من يعين لتسوية النزاع للفصل فيه، والأحكام المنظمة لسداد الرسوم والمصاريف وإيداعها خزينة الغرفة، وغيرها من الأمور اللازمة لتنظيم الإجراءات بما فيها الحضور والغياب والإدخال والتدخل وتفسير الأحكام وتصحيح الأخطاء المادية والحسابية وإغفال الطلبات".

وقد أكدت المحكمة على مبدأ الانفراد التشريعي في حيثيات حكمها بقولها: "وحيث إن الدستور المعدل قد اقتص في الفقرة (ب) من المادة (32) منه السلطة التشريعية بمهمة إقرار القوانين، فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيء من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينتها النصوص حصراً، ذلك أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على إعمال القوانين، وإحكام تنفيذها، غير أنه استثناء من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها الذي نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (32) من الدستور المعدل، فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة بأعمال تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، من ذلك إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، فنصت المادة (39) من الدستور المعدل على أن "يضع الملك بمراسيم اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه".

ومفاد هذا النص، أن الدستور المعدل حدد على سبيل الحصر الجهات التي تختص بإصدار اللوائح التنفيذية فقصرها على الملك أو من يفوضه القانون في ذلك.

والأصل في اللوائح التي تصدر وفقاً لنص المادة (39) من الدستور المعدل أنها تفصل ما ورد إجمالاً من النصوص القانونية، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها".

وتضيف المحكمة في ذات الحكم: (فيإذا عهد المشرع إلى اللائحة التنفيذية تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص فإنه يكون قد تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية خلافاً لأحكام المادتين (32) و(39/أ) من الدستور المعدل.

وحيث إن الدستور قد أفصح بنص الفقرة (و) من المادة (20) عن كفالة حق التقاضي وفقاً للقانون، كمبدأ دستوري أصيل مردداً بذلك ما قرره الموثيق والإعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها، وإذا كانت القواعد الإجرائية هي السياج الذي يقيمه القانون لحماية هذا الحق وصولاً إلى الترضية القضائية التي يسعى إليها من يطلبها، وجب على السلطة التشريعية أن تنظم هذه القواعد بقانون إعمالاً لحكم الفقرة (و) من المادة (20) من الدستور المعدل سالف الذكر، أما اللائحة التنفيذية فدورها يقتصر على تفصيل ما أجملته هذه القواعد بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها.

وإذ فوض المشروع في المادة (26) منه وزير العدل في إصدار لائحة تتضمن القواعد والإجراءات المتبعة أمام الغرفة، والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة طبقاً لأحكام الفصل الأول من الباب الثاني من هذا القانون... فإنه يكون قد فوضه في تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص

بالمخالفة لنص المادتين (32)، (39/أ) من الدستور فضلاً عما تقتضيه المادة (20/و) من الدستور من تنظيم هذه القواعد بقانون⁽¹⁾.

وبتبيين من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية البحرينية أعملت رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع عند ممارستها لاختصاصها في الرقابة السابقة، واستخدمت عبارة (المشرع... تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية)، وهي العبارة التي استخدمتها المحكمة في الأحكام التي سنستعرضها في المطلب الثاني عند ممارستها رقابتها اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح وذلك للدلالة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

وأوردت المحكمة في حكمها أن الدستور ينص على كفالة حق التقاضي وفقاً للقانون، ومن ثم فإنه يجب على السلطة التشريعية أن تنظم القواعد الإجرائية لحماية وكفالة حق التقاضي، وألا تترك أمر تحديدها للوائح التنفيذية التي يقتصر دورها على تفصيل ما أجمته هذه القواعد.

ولكن لم يلتزم المشرع في مشروع القانون المعروض بقواعد الاختصاص في شأن كفالة حق التقاضي سالفه البيان وتنازل وترك أمر تنظيم موضوع القواعد والإجراءات المتبعة أمام غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة برمته للسلطة التنفيذية (وزير العدل)، فإنه يكون قد فوضه في تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص ويكون المشرع قد تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية.

وخلص الحكم إلى أن المشرع يكون بذلك مخالفاً بذلك للمبدأ الدستوري الذي يقرر كفالة حق التقاضي وفقاً للقانون من الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات.

المطلب الثاني

الرقابة اللاحقة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

تختص المحكمة الدستورية بموجب دستور مملكة البحرين المعدل 2002 بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح إلى كل من رؤساء مجلس الوزراء ومجلس الشورى ومجلس النواب، وأعطاهم حق الطعن في القوانين بعد صدورها أمام المحكمة الدستورية، كما أعطى لمحكمة الموضوع الحق في أن تحيل من تلقاء نفسها للمحكمة الدستورية أي قانون صدر معروضا أمامها ترى أنه غير دستوري، وأعطى أيضاً للأفراد أن يدفعوا بعدم دستورية القانون أمام محكمة الموضوع وتأذن لهم المحكمة في رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية.

وقد بسطت المحكمة الدستورية رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع عند مباشرتها للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح، في نطاق المرسوم بقانون رقم (8) لسنة 1970 بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة، وفي نطاق قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (35) لسنة 2006، وستتطرق إلى موقف المحكمة الدستورية في هذين القانونين في الفرعين الأول والثاني على التوالي.

1. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ج.م/1/09) لسنة (7) قضائية جلسة 25 يونيو 2009.

الفرع الأول: في نطاق المرسوم بقانون رقم (8) لسنة 1970 بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة:

ولعل أول الأحكام التي باشرت فيها المحكمة الدستورية في البحرين رقابتها على فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع، عند مباشرتها للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين هو حكمها الصادر بجلسته 26 مارس 2007 في نطاق الملكية الخاصة.⁽¹⁾

ومن ضمن ما أسست عليه المحكمة الدستورية في قضائها أنه: "وحيث إن المادة (32) من الدستور تقضي بالآتي: أ- "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقاً لأحكام هذا الدستور، ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور... ب- السلطة التشريعية يتولاها الملك والمجلس الوطني وفقاً للدستور...".

والمقرر في فقه القانون الدستوري أنه حين تمارس السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة 32 (فقرة ب) من الدستور -وهي تلك المتعلقة باختصاصها الأصيل في سن القوانين- فإن سلطتها هذه إما أن تكون سلطة مقيدة، وإما أن تكون سلطة تقديرية؛ فكلما فرض الدستور قيدهم على السلطة التشريعية في ممارستها لاختصاصاتها التشريعية، فإن سلطتها تكون مقيدة بمراعاة القيد الذي فرضه الدستور عليها، فلا تستطيع أن تسن تشريعاً تتحلل فيه من القيود التي فرضها، أو أن تنظم موضوعاً على خلافها، ذلك أن تلك القيود التي فرضها الدستور لا تعتبر مقصودة بذاتها، وإنما يفرضها الدستور لتحقيق مصلحة يراها جديرة بالحماية.

وحيث إنه إذا كان ما تقدم، وكانت السلطة التشريعية لم تمثل لأحكام المادة التاسعة من الدستور⁽²⁾ فيما أوجبه من تحديد أحوال المنفعة العامة في المرسوم بقانون المطعون فيه، وتحللت من القيد الذي فرضته تلك المادة، وتنازلت عن اختصاص أصيل لها -وهو تحديد أحوال المنفعة العامة- وناطت بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية، فإن المرسوم بقانون المطعون فيه يكون فضلاً عن مخالفته أحكام المادة التاسعة من الدستور قد خالف أيضاً مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (32) فقرة أ).

وانتهت المحكمة في حكمها إلى حيث قضت بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (8) لسنة 1970 بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة.

بهذا الحكم أكدت المحكمة الدستورية أنها باشرت رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشروع في مجال حق الملكية استناداً إلى أن المشروع تنازل عن اختصاصه التشريعي في تحديد حالات المنفعة العامة وناط

1. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/2/05) لسنة (3) قضائية جلسة 26 مارس 2007.

2. تنص المادة التاسعة من دستور مملكة البحرين لعام 2002 على أن: "أ- الملكية ورأس المال والعمل، وفقاً لمبادئ العدالة الإسلامية، مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون".

ب- للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن.

ج- الملكية الخاصة مصنونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً".

بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية واعتبرت توافره عيباً دستورياً، استندت على مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (32 فقرة أ) من الدستور، واستخدمت المحكمة عبارة (تنازلت - السلطة التشريعية - عن اختصاص أصيل لها وناطت بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية) للتعبير عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

ويتبين أن المحكمة الدستورية عند معالجتها لعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع قضت بعدم دستورية التشريع لمخالفته لقواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، ولكن الجديد فيه هو صدوره استناداً إلى عيب عدم الاختصاص السلبي المتمثل في اتجاه المشرع إلى التنازل عن اختصاصه التشريعي، وعدم رغبته في ممارسته بنفسه على عكس ما ينص عليه الدستور.

الفرع الثاني: في نطاق قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (35) لسنة 2006:

وفي معرض أحد أحكامها، قضت المحكمة في جلستها 29 فبراير 2012 باعتبار الخصومة منتهية لصدور قانون الخدمة المدنية بموجب المرسوم بقانون رقم (48) لسنة 2010، وذلك في طلب رئيس مجلس النواب بعدم دستورية المادة (15) من قانون الخدمة المدنية رقم (35) لسنة 2006 التي تنص على أن: "يكون تعيين غير البحرينيين بصفة مؤقتة وبطريق التعاقد، وتسري على المعينين بطريق التعاقد أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية فيما لم يرد به نص خاص في العقود المبرمة معهم، ويضع ديوان الخدمة المدنية قواعد وأحكام وصيغ هذه العقود، وتضع اللائحة التنفيذية للقانون القواعد الخاصة بتوظيف الخبراء البحرينيين وغير البحرينيين، ومن يقوم بأعمال عارضة، ومن يعمل بدوام جزئي"، وذلك لمخالفتها المادة (16/أ) من الدستور التي تنص على أن: "الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة، ولا يولى الأجانب الوظائف العامة إلا في الأحوال التي بينها القانون".

وقد ذهبت المحكمة في حيثيات حكمها إلى أن:

"وحيث إن الطالب لئن لم يعرض لأوجه المخالفة الدستورية إلا إلاماً ولم يبسطها إلا ابتساراً وإجمالاً، مستعيضاً عن التفصيل في معرض البيان، بالارتكان إلى إيرادات مدونات حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم (د/2005/2) الصادر بجلسة 26 مارس 2007، المنشور في الجريدة الرسمية عدد (2786) المؤرخ في 12 إبريل 2007، لتشابه ارتآه بين الدعويين من حيث مناط كل منهما، فإن أعمال هذه المحكمة لنظرها في شأن هذه الأوجه استجلاءً لها وإحاطة بتخومها واستظهاراً لحقيقتها وما قصد إليه الطاعن حقاً من إثارتها، يُنبئ بأن الطالب قد قصد إقامة طعنه على وجهين،... وثانيتها: القول بمخالفة النص المطعون فيه لمبدأ فصل السلطات على سندٍ من أن المشرع إذ لم يمثل لأحكام المادة (16) الفقرة (أ) من الدستور على نحو ما تقدم، فإنه يكون بذلك قد تحلل من القيد الذي فرضته تلك المادة وتنازل عن اختصاص أصيل له، وناط بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية، بما مؤداه حسب الطاعن- تردّي النص الطعين أيضاً في حمأة مخالفة المادة (32) الفقرة (أ) من الدستور"⁽¹⁾.

يمثل هذا الحكم اتجاهاً متطوراً ومتقدماً للمحكمة الدستورية البحرينية في رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، حيث يظهر فيه بوضوح أنها قبلت نعي الطالب بعدم دستورية النص التشريعي

1. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ط.ن/08/1) لسنة (6) قضائية جلسة 29 فبراير 2012.

المطعون فيه استناداً إلى أسس منها عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وقد استند الطالب إلى حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم (د/2005/2) الصادر بجلسة 26 مارس 2007 الخاص بالطعن بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (8) لسنة 1970 بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة، ونلاحظ أن المحكمة في حكمها ذكرت ذات العبارة الذي استخدمتها للدلالة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع في حكمها بشأن المرسوم بقانون بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة المشار إليه وهي (تنازل -المشرع- عن اختصاص أصيل له وناط بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية).

وكان النص المطعون فيه يجبل إلى اللائحة التنفيذية لتضع القواعد الخاصة بتوظيف وتعيين غير البحرينيين، والتي هي في الأصل من اختصاص القانون طبقاً للدستور، وقد خلص الحكم وبحق إلى أن النص المطعون فيه قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات على سندٍ من أن المشرع لم يمثل لأحكام الدستور وتنازل عن اختصاص أصيل له وناط بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية.

ومن مجموع ما تقدم من أحكام المحكمة الدستورية البحرينية نخلص إلى أنها تعرضت لعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع، وباشرت رقابتها واعتبرت توافره عيباً دستورياً يلحق بالنص التشريعي المطعون فيه، رغم أنها لم تستخدم هذا الاصطلاح صراحة إلا أنها ترددت في جميع تلك الأحكام عبارة (تنازل المشرع أو السلطة التشريعية) للتعبير عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

وأقرت المحكمة الدستورية عدم دستورية عدم الاختصاص السلبي للمشرع حين قضى بعدم دستورية النصوص التشريعية التي يتخلى أو يتنازل فيها المشرع عن اختصاصه للسلطة التنفيذية، فيجبل الموضوعات التي تدخل في اختصاص القانون إلى اللائحة لتنظيمها، وأكدت على كون عدم الاختصاص السلبي للمشرع عيباً دستورياً يستوجب القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه.

وأست المحكمة قضاءها على مبدأ الفصل بين السلطات الذي أقره الدستور، وانفراد السلطة التشريعية بمهمة سن القوانين، فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيء من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينها الدستور.

واتضح لنا أن المحكمة الدستورية عند معالجتها لعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع فهي تقضي بعدم دستورية النصوص التشريعية لمخالفتها لقواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، ولكن الجديد فيه هو صدوره استناداً إلى عيب عدم الاختصاص السلبي المتمثل في اتجاه المشرع إلى التنازل عن اختصاصه التشريعي وعدم رغبته في ممارسته بنفسه على عكس ما ينص عليه الدستور.

كما أن المحكمة بسطت في أحكامها سالفه البيان رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، سواء عند مباشرتها للرقابة السابقة على مشروعات القوانين قبل إصدارها التي يحيلها إليها جلالة الملك لتقرير مدى مطابقتها للدستور، أو عند مباشرتها للرقابة اللاحقة على القوانين واللوائح التي تتم بدعوى أصلية، أو الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع، أو الدفع من الأفراد لفحص دستورتها.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث موضوع عدم الاختصاص السلبي للمشرع في قضاء المحكمة الدستورية البحرينية. وبدأ البحث ببيان تحديد المفهوم الاصطلاحي والقضائي لعدم الاختصاص السلبي للمشرع، تلا ذلك بيان أساس الرقابة عليه والذي يتمثل في مبدأ الانفرد التشريعي، ثم استعراض موقف المحكمة الدستورية البحرينية من الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع عن ممارستها لاختصاصاتها في الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح.

وقد توصلنا من خلال البحث إلى جملة من النتائج يمكن تلخيصها في الآتي:

(1) أن المشرع الدستوري يعهد إلى السلطة التشريعية وحدها الاختصاص بتنظيم موضوعات معينة، أي مسائل مجوزة للقانون، الأمر الذي يستلزم أن يباشر المشرع هذه الاختصاصات بنفسه دون أن يتخلى أو يتنازل عنها أو يعهد بها إلى سلطة أخرى.

(2) عدم الاختصاص السلبي للمشرع يأتي عندما يتخلى أو يتنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي في تنظيم أحد الموضوعات الدستورية إلى السلطة التنفيذية لممارسة هذا الاختصاص الموكول إليه وفقاً لنصوص الدستور.

(3) يفرض مبدأ الفصل بين السلطات من جانب، ومبدأ الانفرد التشريعي من جانب آخر على المشرع التزامه بالتدخل تشريعياً، حيث يجب عليه الدستور ذلك وعدم تخليه عن هذه الاختصاصات لغيره من السلطات العامة الأخرى.

(4) أقرت المحكمة الدستورية كون عدم الاختصاص السلبي للمشرع عيباً دستورياً يستوجب القضاء بعدم دستورية النصوص التشريعية التي يتخلى أو يتنازل فيها المشرع عن اختصاصه للسلطة التنفيذية فيحيل الموضوعات التي تدخل في اختصاص القانون إلى اللائحة لتنظيمها، واستخدمت عبارات تدل عليه مثل (تنازل المشرع -أو السلطة التشريعية- عن اختصاص أصيل لها للسلطة التنفيذية).

(5) أن المحكمة الدستورية عند معالجتها لعيب عدم الاختصاص السلبي للمشرع قضت بعدم دستورية التشريع لمخالفته لقواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، ولكن الجديد فيه هو صدوره استناداً إلى عيب عدم الاختصاص السلبي المتمثل في اتجاه المشرع إلى التنازل عن اختصاصه التشريعي، وعدم رغبته في ممارسته بنفسه على عكس ما ينص عليه الدستور.

(6) تمارس المحكمة الدستورية البحرينية رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع، من خلال أعمال الرقابة السابقة على مشروعات القوانين، فإراقب دستورية اختصاص المشرع في تنظيم موضوعات معينة دون الإخلال بالضوابط والقيود التي أكرها الدستور، ودورها في هذا الشأن لا يختلف عن دوره في الرقابة اللاحقة.

كما توصلنا إلى توصيات يمكن إجمالها بما يلي:

(1) نوصي المشرع البحريني بالحرص عند تدخله لتنظيم موضوع من الموضوعات الدستورية التي حجزها الدستور له، أن يباشر اختصاصه بنفسه دون أن يتنازل عنها أو يعهد بها إلى السلطة التنفيذية حتى لا يقع في حومة عدم الاختصاص السلبي الذي يعتبر الآن وجهاً من وجوه عدم الدستورية.

(2) نهيب بالمحكمة الدستورية البحرينية التي أعملت رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع أن تستخدم مصطلح "عدم الاختصاص السلبي" صراحة باعتباره عيباً من العيوب الدستورية التي تصم التشريعات بعدم الدستورية.

قائمة المراجع

- د. إحسان المفرجي:

القضاء الدستوري وتجربته في مملكة البحرين، جامعة البحرين، 2010.

- د. أحمد فتحي سرور:

الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، 1999.

- د. أحمد كمال أبو المجد:

دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، الجزء الأول، مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الأول، السنة الأولى، يناير 2003.

- د. ثروت عبدالعال أحمد:

حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، 1999.

- د. حنفي علي جبالي:

الدعوى الدستورية - المخالفة الموضوعية للدستور، مجلة الدستورية، العدد الخامس، السنة الثانية، أبريل 2004.

- د. رمزي الشاعر:

- النظرية العامة للقانون الدستوري، جامعة الكويت، 1972.

- القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، 2003.

- د. عبدالحفيظ علي الشيمي:

رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.

- د. عبدالعزيز محمد سالم:

- رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995.

- رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد (15)، السنة الثامنة، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

- د. عبدالمجيد إبراهيم سليم:

السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعات الجديدة، 2010.

- د. عوض المر:

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دبوى للقانون والتنمية، 2003.

- د. عيد أحمد الغفلول:

فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2003.

- د. محمد أنس قاسم جعفر:

الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة تطبيقية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999.

- د. محمد ماهر أبو العينين:

الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013.

- د. هالة محمد طريح:

حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2011.

- أحكام المحكمة الدستورية البحرينية:

الموقع الرسمي لهيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

<http://www.legalaffairs.gov.bh>

- قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

الموقع الرسمي للمجلس الدستوري - الجمهورية الفرنسية

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

- أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية:

الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا - جمهورية مصر العربية

<http://hccourt.gov.eg/pages/elmglaourt>



استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية

استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية

الحصانة البرلمانية لأعضاء المجلسين في مملكة البحرين

أحمد مبارك سالم

رئيس شؤون اللجان بوزارة شؤون مجلسي الشورى والنواب

مملكة البحرين

الحصانة البرلمانية لأعضاء المجلسين في مملكة البحرين

أحمد مبارك سالم

رئيس شؤون اللجان بوزارة شؤون مجلسي الشورى والنواب
مملكة البحرين

المقدمة

تمثل الحصانة البرلمانية جانباً مهماً في ممارسة الحراك البرلماني في بعدها السياسي والدستوري والقانوني؛ إذ لا يمكن دون تفعيلها وفق أبعادها الموضوعية والإجرائية إبراز الحيادية في دور العضو البرلماني في أداء دوره الرقابي والتشريعي بمهنية واستقلالية؛ المجالس النيابية التي تمثل أحد أهم المؤسسات البرلمانية في النظام الديمقراطي تمثل في إنشائها وصلحياتها وعضويتها جانباً محورياً لتعزيز الحراك الديمقراطي بصورة تستلزمها المهنية في العمل البرلماني.

ونظراً لكون المجالس النيابية تعد من أهم مؤسسات النظام النيابي الديمقراطي بوصفها المعبرة عن إرادة الأمة، والحافطة لحقوق الأفراد وحياتهم، والمنصة العامة للتعبير عن المطالب الكبرى للمجتمع، فإن الفقه الدستوري يجمع على أن النظام النيابي الديمقراطي الذي يباشر فيه الشعب السيادة عن طريق نواب يختارهم لهذا الغرض لا يتحقق إلا إذا توافرت أركانه والتي يعتبر أهمها الركن الخاص باستقلال البرلمان باعتباره الدعامة الأساسية التي تركز عليها بقية الأركان الأخرى، والذي يرتبط به استقلال عضو المجالس النيابية الذي لن يتمكن من أداء واجبات العضوية باسمه ولصالح الأمة بأكملها إلا إذا تحقق له الاستقلال في مواجهة جمهور الناخبين، وفي مواجهة كافة الهيئات والمؤسسات والسلطات الأخرى في الدولة، حيث يعد هذا المظهر هو الأكثر إلحاحاً لضمان قيام البرلمان بوظائفه الرقابية على السلطة التنفيذية، كما يقضي بذلك منطلق النظام النيابي البرلماني؛ حيث تحرص معظم الدساتير على أن توفر لأعضاء البرلمان على وجه الخصوص الضمانات التي تكفل لهم الحرية والطمأنينة عند مباشرة وظائفهم النيابية دون وصاية من جانب الأفراد أو السلطات الأخرى، كما تعد الحصانة البرلمانية التي تجسد الاستقرار والاستقلالية من أهم الضمانات التي نصت عليها معظم الدساتير، وهي تستهدف حجز المسؤولية عن الأفعال الصادرة عنهم بمناسبة أدائهم لوظائفهم البرلمانية، أو إخضاع المتابعات الجزائية لإجراءات غير مألوفة في القانون العام.

وانطلاقاً من هذا المعطيات التي تعكس الخلفية التاريخية ودلالة مفهوم الحصانة البرلمانية، فإن الباحث يفترض أن الحصانة البرلمانية في ظل النظام الدستوري البحريني من حيث التعريف والموجبات، مع استقراء الأساس القانوني لها وفق ما قرره الدستور ومذكرته التفسيرية واللائحتين الداخليتين لكل من مجلسي الشورى والنواب في مملكة البحرين؛ وذلك لاستقراء نطاق الحصانة القانوني في ظل الجرم القانوني المرتكب وفق ما تقرره هذه التشريعات؛ تحصيلاً لمعرفة التنظيم الملائم والمناسب لأوضاعنا المختلفة وفق ما يرتبط بخصوصيتنا السياسية.

وقد تأسس هذا البحث وتوجهت محاوره من أجل الإجابة على عدد من التساؤلات التي تمثلت في ما يلي:

- ما هو البعد الاصطلاحي لمفهوم الحصانة؟ وما هي المبررات والخصائص التي تقترب به؟ وكيف تتحقق شروط تطبيقه؟ وما هي نطاقات التمييز فيه؟

- ما هي الطبيعة القانونية للحصانة البرلمانية؟ وكيف يتحقق النطاق الإجرائي لتنفيذها؟

- ما هي محاور الحصانة البرلمانية في ظل النظام الدستوري والتشريعي لمملكة البحرين؟ وما هو نطاقها القانوني والإجرائي؟

وجدير بالذكر أنه سوف يتم في هذا البحث الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي يتطلب الحصول على نصوص معتبرة تتناول جوهر الموضوع، والقيام بوصف تلك النصوص، والتركيز على عدد من عناصر النص لتحليل التوجهات في فهمها؛ وذلك بغرض مقارنته مع غيره للاتصال بالرأي والتحليل الأكثر وجهة في ذلك، حيث تعد هذه المنهجية من أحدث منهجيات البحث العلمي المتبعة في مجالات الدراسات الاجتماعية، وغايتها استخراج الأقوال والتعميمات اعتماداً على تحليل العبارة كما وردت في النص.

ترتسم خطة البحث ضمن نطاق ثلاثة مباحث سيتم في الأول منهما تناول البعد الاصطلاحي والمبررات والخصائص وشروط التطبيق للحصانة البرلمانية ونطاقات التمييز لها، أما المبحث الثاني فسيتم التركيز فيه على ما يتعلق بالطبيعة القانونية والنطاق الإجرائي للحصانة البرلمانية، وفي المبحث الثالث والأخير سيتم تناول ما يتعلق بالحصانة البرلمانية في ظل النظام الدستوري والتشريعي لمملكة البحرين.

المبحث الأول

البعد اللغوي والاصطلاحي والمبررات والخصائص وشروط التطبيق ونطاقات التمييز للحصانة البرلمانية

يقترن مفهوم الحصانة البرلمانية بعدد من الاعتبارات التي ترتبط بالبعد الاصطلاحي، وذلك انطلاقاً من المبررات التي انطلقت وفق اعتباراتها نطاقات هذا المفهوم وفق ما يتميز به من خصائص وسمات، وما يتحقق من خلاله من شروط تطبيق، مع ضرورة تمييز الحصانة البرلمانية عن غيرها من الحصانات التي يتم منحها لاعتبارات مختلفة.

المطلب الأول

البعد اللغوي والاصطلاحي

إن الحصانة في اللغة اسم ومصدر حصن، والحصانة من الأمراض هي المناعة التي تكون إما طبيعية وإما مكتسبة، أما الحصانة النيابية (السياسية) فهي أن يكون النائب في حصينة تمنع مقاضاته إلا إذا رفع مجلس النواب عنه الحصانة، وهناك الحصانة الدولية وهي: امتيازات يحصل عليها أشخاص أو هيئات تمنع من تطبيق القانون عليهم.⁽¹⁾

وقد كان لمصطلح الحصانة في القانون الروماني مفهوماً أو معنى ضيقاً؛ إذ كان يقصد به آنذاك الإعفاء الضريبي الذي كان يمنح لبعض المواطنين الذين كانوا يؤدون للدولة خدمات مميزة، ثم اتخذ هذا المصطلح في القانون القديم -القانون الذي كان سائداً قبل الثورة الفرنسية- معنى أكثر اتساعاً، حيث فُصد به إعفاء بعض الأفراد من التزامات معينة مفروضة عليهم -أي من التزامات كان من المفترض عليهم أدائها فيما لو لم تقرر لهم حصانة في شأنها-.⁽²⁾

ثم بدأ بعد ذلك مصطلح الحصانة يظهر في بعض المواثيق الدستورية كضمانة هامة وأساسية لحماية استقلال أعضاء البرلمان أثناء مباشرة عملهم النيابي، وإن كانت هذه المواثيق لم تشر صراحة إلى مصطلح الحصانة البرلمانية، وإنما تضمنت فقط مضمون أو جوهر هذا المصطلح، وذلك بالنص على إعفاء أعضاء البرلمان من المسؤولية السياسية عما يصدر منهم من أقوال وأفكار أثناء أداء أعمالهم البرلمانية، وإعفائهم من مواجهة بعض الإجراءات الجنائية التي تؤثر على استمرارية العمل.⁽³⁾

تمثل الحصانة ضد المسؤولية البرلمانية ضمانة حقيقية تهدف إلى منح عضو البرلمان الثقة التي تمكنه من

1. معنى الحصانة في معجم (المعاني الجامع)، منشور على الرابط الإلكتروني:

وتاريخ زيارة الرابط: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AD%D8%B5%D8%A7%D9%86%D8%A9/>، 19/11/2017م.

2. بطيخ، رمضان محمد، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، 1994م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص8.

3. التويجري، علي عبد المحسن، الحصانة البرلمانية ومدى إمكانية تطبيقها على أعضاء مجلس الشورى السعودي، رسالة ماجستير، 2009م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض - السعودية، ص17.

أن يقول كل ما من شأنه إثراء العمل البرلماني وإعلاء الفكر الديمقراطي؛ وعليه فإنه يتقرر بأن الحصانة البرلمانية ضد المسؤولية الاجتماعية هي: (امتياز دستوري مقرر لأعضاء البرلمان بصفاتهم لا بأشخاصهم، سواء أكانوا منتخبتين أم معينين يتيح لهم أثناء قيامهم بواجباتهم البرلمانية حرية الرأي والتعبير دون أي مسؤولية جنائية أو مدنية ترتب على ذلك)، فالحصانة وفقاً لهذا البعد الاصطلاحي تعد بحق مبدأ من أقدس المبادئ الدستورية، وهي على هذا النحو يُقصد بها أنها ضمانة دستورية بعدم اتخاذ أي من الإجراءات الجنائية في غير حالة التلبس بالجرائم ضد أعضاء البرلمان أثناء انعقاده بغير إذن من المجلس التابع له العضو؛ ولذلك فقد استثنيت من نطاق أعمال تلك الضمانة حالة التلبس بالجريمة، حيث تتوافر مع هذه الحالة جدية بما لا يكون معه ثمة حاجة إلى اشتراط أخذ إذن المجلس أو رئيسه.⁽¹⁾

وقد حاول الفقه بصفة عامة، والفقه الدستوري بصفة خاصة إعطاء مفهوم للحصانة البرلمانية، بيد أنه لم يوفق في اقتراح مفهوم موحد لها، فقد تعددت المصطلحات الدالة على الحصانة البرلمانية، وتعددت المفاهيم المحيطة بالحصانة البرلمانية، إلا أنها تعني بمفهومها البسيط جعل المتمتع بها في حالة تمنع التعرض إليه أو مقاضاته لأسباب ينظمها القانون.⁽²⁾

إن الحصانة بصفة عامة -وكما يقول جانب من الفقه- مصطلح من المصطلحات التي تستعمل في لغة القانون دون أن تؤدي معنى موحداً، ففي معناها الجاري تثير فكرة تحمل عبء أو واجب.⁽³⁾

إن أغلب الدول تستعمل لفظ الحصانة البرلمانية سواء على مستوى الأنظمة الداخلية أو على مستوى الدساتير من خلال مصطلح من شأنه أن يؤدي إلى تحديد مضمون وجوهر الحصانة في هذه الدساتير، وإلى تعدد المصطلحات الدالة على مفهوم الحصانة في هذه الدساتير، وإلى تعدد المصطلحات الدالة على مفهوم الحصانة خصوصاً في القانون الدستوري الفرنسي، واختلاف دلالاته عن المصطلح المستخدم في القانون الإنجليزي، وما ترتب على ذلك من انقسام في الفقه الدستوري في تحديد مضمون ومفهوم الحصانة البرلمانية واستقلالها عن عدم المسؤولية البرلمانية.⁽⁴⁾

فأما الفقه الدستوري الفرنسي فيذهب إلى وجوب إطلاق مصطلح الحصانة البرلمانية للدلالة على ضمانتي عدم مسؤولية أعضاء البرلمان عما يبدونه من آراء أو أفكار عند ممارستهم لوظيفتهم البرلمانية من جانب، وعدم جواز اتخاذ إجراءات جزائية ضدهم إلا بتصريح من المجلس التابعين له من جانب آخر، كما تتحلل الحصانة البرلمانية -وفق ما استقر لدى غالبية الفقه الفرنسي- إلى عدم المسؤولية البرلمانية التي تشكل حصانة موضوعية، بينما تشكل الحرمة البرلمانية حصانة إجرائية.⁽⁵⁾

وفي القانون الإنجليزي هناك ازدواجية في مفهوم الحصانة البرلمانية، حيث تقرر بناء على ذلك بأن الحصانة

1. رياضي عبدالغاني، جهاز النيابة العامة بالمحاكم العادية والاستثنائية، دار السلام للطباعة، بدون بلد النشر، ص 371.

2. شادية رحابة، الحصانة القضائية الجزائية للمبعوث الدبلوماسي، دراسة نظرية تطبيقية، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي العام، 2005م، 2006م، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، ص 3.

3. مقابلة - عقل يوسف، الحصانات القانونية في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه، 1987م، جامعة القاهرة، القاهرة - مصر، ص 98.

4. بو مدین، أحمد، الحصانة البرلمانية - دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، 2014-2015م، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، ص 43.

5. شادية رحابة، الحصانة القضائية الجزائية للمبعوث الدبلوماسي، دراسة نظرية تطبيقية، مرجع سبق ذكره، ص 44.

البرلمانية هي: مجموعة من القواعد الخاصة المقررة للبرلمان لتأمين استقلاله عن السلطات الأخرى، ولتمكينه من القيام بالوظائف الدستورية المخولة له، حيث تتمثل هذه القواعد بعدم مؤاخذة أعضاء البرلمان عما يبدونه من آراء أو أفكار بمناسبة قيامهم بعملهم البرلماني، وعدم جواز اتخاذ إجراءات جزائية ضدهم إلا بعد الحصول على إذن المجلس التابعين له.⁽¹⁾

وتقسم الحصانات البرلمانية بالنظر إلى مضمونها إلى حصانة برلمانية موضوعية، وحصانة برلمانية إجرائية، حيث تتمثل الحصانة البرلمانية الموضوعية بعدم جواز مؤاخذة أعضاء البرلمان جزائياً أو مدنياً في أي وقت من الأوقات عما يبدونه من آراء أو أفكار بمناسبة قيامهم بعملهم البرلماني، وهي بذلك تمثل امتيازاً دستورياً مقررراً لأعضاء البرلمانات بصفاتهم لا بأشخاصهم، سواء أكانوا منتخبين أو معينين يتيح لهم حرية الرأي والتعبير عن إرادة الأمة دون أية مسؤولية جنائية أو مدنية تترتب على ذلك.⁽²⁾ إلا أن هذه الحصانة إذا كانت تحول دون اتخاذ إجراءات جزائية ضد عضو البرلمان إلا بعد الحصول على إذن المجلس التابع له، فإنها لا تحول دون أن يكون لها أثر على المسؤولية المدنية، كما أنها مؤقتة بمدّة الدورة البرلمانية وتزول بزوال صفة النائب؛ وعليه فإن الغرض الأساسي منها عدم انتزاع عضو البرلمان من مقعده أثناء الدورة البرلمانية.⁽³⁾

وجدير بالذكر أنه بناء على الدلالة الاصطلاحية لمفهوم الحصانة البرلمانية، فإن هذه الحصانة تتعلق بالأفكار والآراء دون أن تمتد إلى الأفعال التي يأتها الأعضاء، والتي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية كأعمال العنف التي يرتكبونها، وأن تكون هذه الأفكار قد صدرت بمناسبة أداء عضو البرلمان لمهام وظيفته البرلمانية، سواء أكان ذلك داخل المجلس أو في لجانته؛ وعليه فإنه إذا كانت الحصانة البرلمانية الموضوعية تحمي أعضاء البرلمان من تبعية أية مسؤولية جزائية أو مدنية عما يصدر عنهم من أقوال أو آراء خلال ممارستهم لوظيفتهم البرلمانية، إلا أن ذلك لا يمنع من مساءلة أعضاء البرلمان تأديبياً أمام المجلس التابعين له.⁽⁴⁾

وبناء على ما سبق فإن غالبية الفقه الدستوري قد اتجه إلى إعطاء مفهوم مزدوج للحصانة البرلمانية عند محاولة تعريفها، فهي حصانة موضوعية تنصب على عدم المسؤولية، وحصانة إجرائية تستند على إجراءات خاصة للمتابعة القضائية.⁽⁵⁾

إلا أن هذا التقسيم انطلقاً من البعد الاصطلاحي للمفهوم لم ينل إجماع الفقه الدستوري، حيث اتجه جانب منه إلى الفصل بين نظام عدم المسؤولية ونظام الحصانة، وتم قصر مفهوم الحصانة على مجموع الإعفاءات التي حددها القانون تجاه بعض الأشخاص، بحيث يقتصر البعد الاصطلاحي على الحصانة ضد الإجراءات الجنائية.⁽⁶⁾

1. الشوابكة، إبراهيم كامل، الحصانة البرلمانية، دراسة مقارنة بين الأردن وبريطانيا، أبريل 1997م، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية، الجامعة الأردنية، عمان - الأردن، ص7.
2. بطيخ، رمضان محمد، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، مرجع سبق ذكره، ص11.
3. الشوابكة، إبراهيم كامل، الحصانة البرلمانية، دراسة مقارنة بين الأردن وبريطانيا، مرجع سبق ذكره، ص10.
4. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري، 1996م، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ص575.
5. بو مدین، أحمد، الحصانة البرلمانية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص53.
6. محمود أبو السعود حبيب، ضمانات أعضاء البرلمان في النظام الدستوري المصري، 2000م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص10، ومحسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، 1996م، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، مصر، ص396.

وبين تأرجح الآراء في تقرير البعد الاصطلاحي التي يستند على ازدواجية لتعريف نظام الحصانة الدستورية وخصوصاً البرلمانية بضمها نوعين من الحصانة - الموضوعية منها المقررة لعدم المسؤولية والإجرائية- وفي ظل الآراء التي تفصل بين الحصانة وعدم المسؤولية يعتبر جانب من الفقه أن الحصانات الدستورية ما هي إلا مانع لاختصاص القاضي العادي، والذي قد يكون مانعاً مؤقتاً، وقد يكون مانعاً دائماً، وقد يكون مانعاً ذو طابع خاص؛ إذ يعتبر هذا التوجه الفقهي أن الدفع بالحصانة الإجرائية يعد مانعاً مؤقتاً لاختصاص القاضي العادي لانعقاده بتوافر شرط دستوري فقط كطلب الإذن للمتابعة في حالة رفع الحصانة البرلمانية، ويكون الدفع بالحصانة الموضوعية مانعاً دائماً لاختصاص القاضي العادي؛ إذ لا ينعقد أبداً بالنسبة لمتابعة البرلماني عن التصويت والآراء والأقوال التي يبدي بها عند ممارسته للمهام البرلمانية؛ وعليه فإن الحصانة البرلمانية هي حصانة دستورية تم إقرارها بمقتضى قاعدة دستورية من طرف المؤسس الدستوري بهدف حماية الممارسين للمهام الدستورية.⁽¹⁾

وبناء على ما سبق ينتهي بعض الفقهاء إلى تعريف الحصانة البرلمانية بتعريفات مختلفة، فهناك من يرى أنها ما هي إلا نوع من الحماية ضد التهديدات وضد الإجراءات التعسفية التي يمكن أن يتعرض لها النائب بمناسبة ممارسة مهامه النيابية، وهي تنقسم إلى فرعين: عدم المسؤولية والحصانة الإجرائية.⁽²⁾ وهناك من يرى بأنه لا يمكن تعريف الحصانة البرلمانية إلا بتوضيح جزئياتها وأنواعها، وذلك فيما يتعلق بتقسيمها ما بين حصانة إجرائية وحصانة موضوعية.⁽³⁾ وهناك من يرى بأن الحصانة البرلمانية هي التي يترتب عليها عدم جواز اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد أي عضو من أعضاء البرلمان إلا بعد الحصول على إذن من رئيس المجلس إن لم يكن منعقداً.⁽⁴⁾

وبناء على التعريفات السابقة فإنه يمكن بيان البعد الاصطلاحي لمفهوم الحصانة البرلمانية بأنه: (امتياز مقرر بموجب الدستور لعضو البرلمان بصفته لا بشخصه، سواء للحماية الموضوعية عما يبديه من آراء بمناسبة عمله، أو بالحماية الإجرائية المقيدة بصدور الإذن من السلطة المختصة، أو الحماية من الإجراءات التعسفية التي قد تصدر ضد النائب أثناء مباشرة أعمال أخرى في مواقع تنفيذية إذا كان القانون يسمح بذلك، وذلك وفق نطاق زمني ومكاني وشخصي يختلف باختلاف ما نصت عليه الدساتير والتشريعات الداخلية للدول).⁽⁵⁾

1. بو مدین، أحمد، الحصانة البرلمانية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 57.

2. صلاح الدين فوزي، البرلمان، دراسة تحليلية مقارنة لبرلمانات العالم، ط. 1، 1994م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 31.

3. الطبطبائي، عادل، الأسئلة البرلمانية - نشأتها، أنواعها، وظائفها، ط. 1، 1987، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العاصمة - الكويت، ص 35.

4. الخصاونة، مصطفى، الحصانة البرلمانية في الأنظمة النيابية المعاصرة، 2009م، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان، عمان - الأردن، ص 3.

5. محمد عمر مراد، الحصانة البرلمانية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، 2015هـ 1435م، قسم القانون العام، الجامعة الإسلامية، غزة - فلسطين، ص 5.

المطلب الثاني

المبررات والخصائص

تقترب الحصانة البرلمانية في بعدها الاصطلاحي سواء أكانت موضوعية أو ضمن نطاق بعدها الإجرائي بعدد من المبررات وعدد من الخصائص على النحو التالي:

أولاً: المبررات

ترتبط الحصانة البرلمانية بعدة مبررات من أبرزها:

- أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بما يمكّن النائب من توضيح آراءه في المسائل المعروضة بحرية مطلقة واستقلالية في ممارسة عمله، وضمن نطاق يحميه من ملاحقة الأجهزة الأمنية والتنفيذية، وذلك عندما تنجح السلطة التنفيذية للتضييق عليه انتقاماً منه على أقواله التي يحاسب الحكومة من خلالها.

- تجنب تشريع القوانين من برلمان غير مكتمل العدد، مما يشكل انتقاصاً لتمثيل الأمة أو الشعب الذي يمثله النائب⁽¹⁾.

- الحيلولة دون إساءة المواطنين في استخدام الحق في تحريك الدعوى الجزائية ضد النائب، سواء أكان ذلك دون قصد أو بقصد تهديد النائب والضغط عليه.

- حماية استقلال البرلمان من اعتداء السلطات الأخرى في الدولة، وهو مبرر يجد أساسه في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات.⁽²⁾

ثانياً: الخصائص

تقترب الحصانة البرلمانية بعدة خصائص من أهمها:

- أنها محددة المدة؛ إذ تسري خلال مدة انعقاد المجلس النيابي فقط، ولا يعني تطبيقها على العضو انتفاء الجريمة التي ارتكبها.⁽³⁾

- أنها من النظام العام، وبالتالي لا يجوز للنائب التنازل عنها باعتبارها مقررة للمجلس النيابي الذي ينتمي إليه.

- أنها تعد من الأحكام الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها بين الحكومة والبرلمان أو بين الحكومة والنائب المطلوب رفع الحصانة عنه.

1. الخطيب، أدور، الأصول البرلمانية في لبنان ودساتير الدول العربية، ط.1، 1961م، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ص446.

2. الجبوري، عامر عياش عبد، الحصانة البرلمانية، رسالة ماجستير، 1995م، كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد - العراق، ص52.

3. مقابلة - عقل يوسف، الحصانات القانونية في المسائل الجنائية، مرجع سبق ذكره، ص357.

- أنها حصانة تشمل فضلاً عن عدم جواز اتخاذ إجراءات جنائية بحق النائب عدم جواز اتخاذ أية إجراءات يمكن أن تمس بالمتهم كالقبض عليه واستجوابه والأمر بضبطه وإحضاره وتفتيشه أو تفتيش مسكنه أو حبسه احتياطياً.

- أنها حصانة تقتصر على الدعاوى الجنائية؛ وبالتالي فإن للأفراد إقامة الدعوى المدنية أمام القضاء ضد أعضاء المجلس النيابي أثناء أدوار انعقاد المجلس ودون إذن منه، سواء أكانت الدعوى تتعلق بطلب تعويض أو تنفيذ عمل أو إزالة تجاوز أو طلب نفقة أو غير ذلك من الأمور.

- أنها حصانة شخصية تطبق على النائب دون أن تمتد إلى أفراد عائلته، ولا يوجد ما يمنع من اتخاذ الإجراءات القانونية بحقهم عند ارتكابهم جريمة معينة.⁽¹⁾

المطلب الثالث

شروط التطبيق

ي يستطيع النائب الاستفادة من الحصانة البرلمانية، فإنه يجب توفر عدد من الشروط مجتمعة فيه، حيث إن فقدان أحد تلك الشروط يمنعه من التمتع بتلك الحصانة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: أن يكون الشخص نائباً برلمانياً

وذلك بغض النظر عن الاسم الذي يطلق على البرلمان (مجلس نواب، جمعية وطنية، مجلس وطني، كونجرس، مجلس الأمة، مجلس الشعب)، وبغض النظر سواء أكان منتخباً في البرلمان أو معيناً فيه؛ إذ إن بعض الدول تجيز تعيين عدد من أعضاء البرلمان.

وتثبت صفة النائب للشخص بمجرد انتخابه وإعلان فوزه أو تعيينه دون التوقف على حلف اليمين.⁽²⁾ ويبقى النائب محتفظاً بتلك الصفة ما دام مستمراً بعضويته في البرلمان، حتى وإن أصبحت عضويته النيابية محل شك بسبب طعن في صحتها، إلا أن صدور قرار من البرلمان بعدم صحة عضوية النائب يجعله فاقداً لصفة النائب البرلماني بأثر رجعي من تاريخ اكتسابها، وبالتالي فاقداً لتلك الحصانة من تاريخ كسبها كأثر تبعي لفقدان العضوية.⁽³⁾ وذلك بخلاف الحال بالنسبة لحالة إسقاط العضوية عن النائب بعد اكتسابه إياها بسبب فقدانه لبعض الشروط الواجب توافرها في عضو البرلمان بعد أن كانت متوفرة وقت انتخابه؛ إذ إن العضوية تزول عنه وقت صدور قرار من الجهة المختصة (البرلمان) بإسقاط العضوية عنه دون أن يمتد أثر الإسقاط إلى الماضي، وبالتالي فإن النائب يبقى متمتعاً بالحصانة إلى حين إصدار قرار إسقاط العضوية عنه.

1. حسام الدين أحمد، الحصانة البرلمانية الموضوعية والإجرائية من وجهة النظر الجنائية، ط.2، 1995م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص73.

2. بطيخ، رمضان محمد، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، مرجع سبق ذكره، ص52.

3. صبري محمد السنوسي محمد، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، 2000م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص20.

إن الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية مقررة لغاية معينة متمثلة في منع تهديد النائب أو منعه من ممارسة أعماله، وبالتالي فإن تلك الحصانة ترفع عن النائب إذا انتفت هذه الغاية بزوال العضوية البرلمانية وانتهائها لأي سبب كان كالوفاة أو الإقالة أو الاستقالة أو الاستبدال، ويكون بالإمكان اتخاذ كافة الإجراءات الجنائية ضد النائب السابق.⁽¹⁾

ثانياً: أن يكون الفعل المنسوب للنائب جريمة غير مشهودة

وهذا ما تذهب إليه معظم الدساتير والقوانين المقارنة، حيث إن الحصانة تكون بالنسبة للأفعال التي تعد جرائم على وفق قانون العقوبات، سواء أكانت جنائية أو جنحة أو مخالفة، والتي من الممكن أن تؤدي إلى إلقاء القبض على النائب بغض النظر عن الجهة المحركة للدعوى، سواء كانت متمثلة في الادعاء العام أو تم تحريكها من شخص من الأشخاص؛ إذ إن الدساتير المقارنة تنص عادة على عدم جواز إلقاء القبض أو تحريك الدعوى الجنائية أو اتخاذ أية إجراءات جزائية، وهو ما يقرر شمول الحصانة للجرائم كافة.

وبالتالي، فإن الحصانة لا تقف حائلاً دون اتخاذ أي إجراء مدني أو محاكمة مدنية مهما كان نوعها؛ إذ يمكن لأي فرد أن يرفع دعوى مدنية أمام القضاء المدني يطلب فيها التعويض عن الجريمة المرتكبة من النائب دون وجود حاجة أو مبرر لطلب الإذن أو موافقة المجلس التابع له، وتكمن الغاية من ذلك في أن الدعوى المدنية سوف لن تؤدي بأي حال من الأحوال إلى القبض على النائب أو منعه من القيام بمهامه البرلمانية.

إن سبب عدم شمول الحصانة للجريمة المشهودة يكمن في انتفاء الغرض الذي قررت الحصانة من أجله، والمتمثل في منع الدعاوى الكيدية الموجهة ضد النائب بهدف تهديده أو منعه من أداء أعماله؛ إذ إن وجود حالة التلبس لا تدع مجالاً للشك في أن التهم الموجهة للنائب جدية وحقيقية، وأن النائب خرج على القانون بفعل مجرم.⁽²⁾

ثالثاً: عدم موافقة المجلس الذي ينتمي إليه النائب على رفعها

ويكون التصويت في العادة داخل المجلس النيابي بالأغلبية البسيطة، وبالتالي فإنه لا تُرفع الحصانة عن النائب عند عدم موافقة أغلبية أعضاء المجلس النيابي على رفعها.⁽³⁾

1. نجيب شكر محمود، الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، العدد الأول، السنة الخامسة، دراسة منشورة في مجلة المحقق الحلي للدراسات القانونية والسياسية، ص 233، والمنشورة على الرابط الإلكتروني: http://mouhakiq.com/papers/Lawj_paper_2014_71646474.pdf، وتاريخ زيارة الرابط: 5 أبريل 2016م.

2. محمود محمد مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، 1988م، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة - مصر، ص237.

3. نجيب شكر محمود، الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص229.

المطلب الرابع

نطاقات التمييز بين الحصانة البرلمانية وبين غيرها من الحصانات

لما كانت الحصانة البرلمانية تنفرع إلى حصانة ضد الإجراءات الجنائية وحصانة ضد المسؤولية البرلمانية، فإن هناك نطاقات تمييز بينهما، فأما الحصانة البرلمانية ضد المسؤولية فإنها تشمل المسؤولين الجنائيين والمدنية عن كل ما يصدر من عضو البرلمان من الأقوال والأفكار والآراء عند ممارسته عمله البرلماني، أما الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية فإنها تقتصر على الحصانة من المسؤولية الجنائية دون أن تمتد إلى المسؤولية المدنية، كما تختلف كلتا الحصانتان من ناحية ما يهدف إليه المشرع من منح النائب كل منهما، فأما الحصانة ضد المسؤولية البرلمانية فإنها تهدف إلى ضمان حرية المناقشة وطرح الآراء أثناء دورات الانعقاد في المجلس النيابي، في حين تهدف الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية إلى منع الحكومة والسلطات الأخرى في الدولة من تخويف النائب وتهديده عن طريق ملاحقته جنائياً، أما النطاق الأخير - لاختلاف كلا الحصانتين - فيتمثل في أن الحصانة البرلمانية ضد المسؤولية البرلمانية تعد دائمة ونهائية؛ إذ لا يمكن مسائلة أو ملاحقة النائب البرلماني عن الآراء الصادرة عنه أثناء مدة عضويته في المجلس بعد أن تنتهي عضويته فيه، أما الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية فإنها تعد مؤقتة وتزول بانتهاء عضوية النائب في المجلس.⁽¹⁾

كما تتميز الحصانة البرلمانية كذلك -ضمن نطاقات التمييز لها عن غيرها من الحصانات- عن الحصانة الدستورية، والتي يقصد بها تلك الحصانة الممنوحة للملوك والرؤساء، والتي يمنع بموجبها اتخاذ الإجراءات القانونية في مواجهتهم، وتختلف بحسب ما إذا كان رئيس الدولة ملكاً أو رئيس جمهورية؛ إذ تبقى ذات الملك مصونة لا يجوز المساس بها ولا تجوز مساءلته عن أي فعل يعد جريمة مرتكبة من قبله.⁽²⁾ كما قد تكون هذه الحصانة جزئية، وذلك بالنسبة لما تجيزه بعض الدساتير من مساءلة الملك في حالة الخيانة العظمى ومخالفة الدستور.

وبذلك، فإن الحصانة المقررة للنائب تعتبر أوسع من الحصانة المقررة لرئيس الجمهورية؛ إذ تشمل حصانة النائب الجرائم الجنائية كافة، في حين أن الحصانة المقررة لرئيس الجمهورية تستثنى منها بعض الجرائم الجنائية العظمى، كما أنها تختلف عن الحصانة المقررة للملك في جواز رفعها بموافقة المجلس النيابي الذي ينتمي إليه، في حين أن الحصانة المقررة للملك تعد قطعية ولا يمكن رفعها من قبل أي جهة.⁽³⁾

كما تتميز الحصانة البرلمانية عن الحصانة الدبلوماسية، حيث تعرف الأخيرة بأنها امتياز يقرره القانون الدولي العام أو القانون الداخلي يؤدي إلى إعفاء الدبلوماسي من الالتزامات المفروضة بموجب القانون على جميع الأشخاص الموجودين في إقليم الدولة، أو يمنحه ميزة عدم الخضوع لأحكام سلطة عامة في الدولة، خاصة السلطة القضائية أو بعض مظاهرها.

1. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، 1964م، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة - مصر، ص404.

2. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ط.2، 1962م، دار المعارف، القاهرة - مصر، ص322.

3. نجيب شكر محمود، الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص229.

كما تتميز الحصانة الدبلوماسية عن الحصانة البرلمانية في كونها لا تخضع الدبلوماسية الأجنبي لقانون البلد الذي يؤدي مهمته الدبلوماسية فيه؛ إذ لا تجوز مساءلته أو محاكمته أو القبض عليه أو التحقيق معه، ويشمل بهذه الحصانة رؤساء الدول الأجنبية والوفود الرسمية والسفراء ومن في حكمهم وموظفو الهيئات الدولية والمنظمات الإقليمية، حيث تجد الحصانة الدبلوماسية سندها القانوني في الأعراف الدولية بموجب اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961م، في حين تجد الحصانة البرلمانية سندها القانوني في الدساتير والقوانين الوطنية.⁽¹⁾

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية والنطاق الإجرائي للحصانة البرلمانية

يرتبط مفهوم الحصانة البرلمانية وفق ما تقرره طبيعته القانونية بعدد من الأبعاد الدستورية التي يتقرر من خلالها نطاق تأثيره القانوني، وذلك وفق النطاق الإجرائي الذي تختلف مراحلها في جانب من تفصيلاتها بالنسبة لمعظم الدساتير، وإن كانت ترتبط بقواسم مشتركة ضمن نطاقها الإجمالي في الغالب الأعم.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية

إن الحصانة البرلمانية سواء أكانت حصانة ضد المسؤولية البرلمانية أم حصانة ضد الإجراءات الجنائية ليست في حقيقة الأمر امتيازاً شخصياً لعضو البرلمان، وإنما هي في جميع الأحوال لصالح البرلمان باعتباره الممثل الحقيقي للأمة؛ ضماناً لاستقلاله في عمله وحماية لأعضائه.⁽²⁾

وإذا كان إقرار مثل هذه الحصانة دستورياً يعني أن الأعمال أو الأفعال التي يقرتها عضو البرلمان والتي يحظرها قانون العقوبات تصبح أعمالاً أو أفعالاً مشروعة أم لا، فإن الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية مستبعدة في ذلك؛ لأن الهدف منها يتمثل في إجراء اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد العضو حتى يتم الإذن بها من قبل المجلس التابع له؛ إذ يصبح هذا العضو بعد صدور ذلك الإذن شخصاً عادياً يخضع لكافة أحكام التشريع الجنائي فيما اقترفه من فعل، حيث إن الحصانة ليس لها علاقة بالفعل المقترف، وإنما فقط بالإجراءات الجنائية الواجب اتخاذها في مثل هذه الحالة، أو بمعنى أدق بوقت اتخاذ هذه الإجراءات، فالحصانة البرلمانية لا يُستهدف منها أن يكون النائب خارجاً عن سلطة القانون، ولا تؤدي

1. انظر في: مبررات الحصانة الدبلوماسية للدكتور علي صادق أبو هيف، 1987م، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ص 122، والحصانة في ميزان المشروعية للدكتور علاء علي أحمد عبد المتعال، 2004م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص 68.

2. بو ضيف، أحمد رضا، الحصانة البرلمانية والمعارضة السياسية، ورقة مقدمة للمؤتمر البرلماني الإقليمي حول تعزيز قدرات البرلمانيين العرب، 20-22 سبتمبر 2005م، منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد البرلماني العربي: <http://www.arabipu.org/ArabIpuPublications.php>، وتاريخ زيارة الموقع 23/3/2016م.

إلى حفظ الدعوى بالنسبة إليه، ولا ترمي إلى براءته؛ إذ كل ما في الأمر يتمثل في تأجيل النظر في الدعوى ضده أثناء الانعقاد.

وبناء على ما سبق فقد تعددت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للحصانة البرلمانية، إلا أن الرأي السائد هو أن هذه الحصانة لم تقرر لمصلحة العضو الشخصية وإنما لصفته الوظيفية، وعلى ذلك يمكن القول بأن هذه الحصانة ما هي إلا امتياز دستوري يمنح لعضو البرلمان كي يباشر وظيفته النيابية على أكمل وجه، أو أنها سبب قانوني خاص قرره المشرع الدستوري لضمان منع عقاب هذا العضو عما يبدية من قول أو رأي طالما أن ذلك يتم في إطار وحدود وظيفته البرلمانية.⁽¹⁾ والمشرع حين قرر الإغفاء من العقاب وازن بين مصلحتين تتمثل الأولى بمصلحة العمل النيابي وتمثيل الأمة تمثيلاً صادقاً، ومصلحة من أضر من جراء ما صدر عن عضو البرلمان من قول أو رأي ثم رجح - وهو أمر طبيعي - المصلحة الأولى على الثانية باعتبار أنها أكثر أهمية؛ وعليه فإنه إذا ارتكب العضو داخل المجلس أو داخل إحدى لجانه جريمة من الجرائم التي تقع بالقول كجرائم السب والقذف بصفة خاصة، فإن هذه الجرائم تنحسر عنها صفة عدم المشروعية ليصبح الفعل مشروعاً، بينما هو في قانون العقوبات يظل فعلاً غير مشروع.

إن حصانة أعضاء البرلمان سواء أكانت حصانة ضد المسؤولية البرلمانية أو حصانة ضد الإجراءات الجنائية قاعدة أساسية في كل نظام سياسي.⁽²⁾ وهي مرتبطة في حقيقتها بالصالح العام أو النظام العام، ويترتب على اعتبار الحصانة البرلمانية من النظام العام مجموعة من النتائج أهمها ما يلي:⁽³⁾

- لا يملك عضو البرلمان التنازل عن حصانته بأي حال من الأحوال.
- إذا رفعت الدعوى إلى القضاء قبل رفع الحصانة وجب على المحكمة الحكم بعدم قبولها لبطلان إجراءاتها وتقضي المحكمة بذلك من تلقاء نفسها إن لم يدفع العضو بها.
- إن الإجراءات التي تتخذ ضد عضو البرلمان دون إذن المجلس أو رئيسته باستثناء حالة التلبس بالجريمة تكون باطلة.
- يمكن الدفع بالبطلان في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض.

وفيما يتعلق بإثارة مسألة ما إذا كانت الحصانة البرلمانية تمثل إخلالاً بمبدأ المساواة بين أعضاء البرلمان الممثلين للأمة من ناحية وبين عامة المواطنين من ناحية أخرى، فلا بد من التأكيد بأن هذه الحصانة لم تقرر لأعضاء البرلمان إلا لما يحيط بالدور الذي يباشرونه - والمتمثل بالدفاع عن مصالح الأمة ورقابة

1. بطيخ، رمضان محمد، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، مرجع سبق ذكره، ص46.

2. التويجري، علي عبد المحسن، الحصانة البرلمانية ومدى إمكانية تطبيقها على أعضاء مجلس الشورى السعودي، مرجع سبق ذكره، ص30.

3. بناني، عبد الإله لحكيم، الحصانة البرلمانية كوسيلة لتعزيز قدرات البرلمانيين العرب، ورقة مقدمة للمؤتمر البرلماني الإقليمي حول تعزيز قدرات البرلمانيين العرب، 22-20 سبتمبر 2005م، منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد البرلماني العربي: <http://www.arabipu.org/ArabipuPublications.php>، وتاريخ زيارة الموقع 23/3/2016م.

الحكومة - من رقابة جادة وفعالة من أخطار من شأنها أن تعوقهم عن مباشرة هذا الدور بالكيفية التي يجب أن يتم بها.⁽¹⁾ ولهذا تعتبر الحصانة البرلمانية جزءاً استثنائياً اقتضته ضرورة جعل السلطة التشريعية بمنأى عن اعتداءات السلطات الأخرى.⁽²⁾

إن القيمة القانونية لمفهوم الحصانة لا تقوم فقط على الاعتداءات الواقعة على البعد المادي لمبدأ المشروعية فحسب، وإنما تأخذ مصدرها كذلك في المساس بالبعد الرمزي لمبدأ المشروعية؛ وعليه فإنه لا يمكن الحديث عن المساس بقيمة السلطة المرتبطة بالقانون ما دام أن ممارسة نظام الحصانة مطابق للدستور المستند إلى متطلبات النظام بحيث يقتضي فحص هذه المسألة توافقها وسيادة القانون، حيث إن الحصانات البرلمانية لا تشكل إخلالاً بمبدأ المشروعية بمفهومه المادي، وإنما تؤثر على بعده الرمزي، كما أن الحصانات البرلمانية تشكل اعتداء على القيم الرمزية للقانون المتمثلة في النظام والسلطة المعبر عنها.

إن إساءة تطبيق الحصانات البرلمانية - وفقاً لما تقررها طبيعتها القانونية - أدت إلى محو المعنى الأصلي للحصانة وإضعاف قيمتها القانونية وشرعيتها للمبادئ المكونة لدولة القانون، وهناك من يرى بأن القيمة القانونية لمفهوم الحصانة التي تبدو كبناء نظري محض لا علاقة له بالممارسة المؤسسية التي تشكل الإثبات الوحيد للقيمة الحقيقية للمفاهيم القانونية والمنافية للواقع، حيث إن حصانة الحكام لا يمكن أن تكون سوى ترتيبات سياسية، ودراساتها لا تنتمي للقانون الدستوري وإنما للعلوم السياسية.⁽³⁾

وعليه، فإنه أياً كان النطاق الذي يمكن أن نؤطر من خلاله الطبيعة القانونية للحصانة البرلمانية، حيث ترتبط بأبعاد سياسية ودستورية وقانونية، فإنها لا بد أن تتحقق ضمن طبيعتها التي تقتزن بنطاقها الإجرائي الذي تتحقق له الخصوصية وفقاً لاعتبارات ترتبط بها في الجملة والتفصيل.

المطلب الثاني

النطاق الإجرائي

يقصد بإجراءات رفع الحصانة البرلمانية الخطوات الواجب اتباعها لإمكان اتخاذ الإجراءات القانونية ضد العضو وفقاً لما ينص عليه القانون، والتي يقصد منها المشرع إثبات جدية الطلب، ووجود أسباب قوية وكافية ومقنعة لوجود أساس ومبرر للتحقيق الجنائي مع العضو تمهيداً لرفع الحصانة عنه، سواء من حيث تقديم طلب رفع الحصانة وشروطه والمخول به وما ينبغي أن يتضمنه من متطلبات، أو ما يتعلق بإحالة الطلب إلى اللجنة القانونية المعنية للدراسة في المجلس، والتي تعتبر من أهم لجان المجلس، ويناط بها دراسة مشاريع القوانين المتعلقة بالشؤون القانونية، حيث يقصد من هذا الإجراء أن تتحقق

1. علوش، حازم، مدى توافق الحصانة البرلمانية مع الشريعة الإسلامية ومبدأ المساواة بين الأفراد، مقال منشور على الرابط الإلكتروني: <http://www.basrasy.com>، وتاريخ زيارة الموقع 23/3/2016م.

2. د.شرون، حسينة، الحصانة البرلمانية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة محمد خيصر بسكرة، الجزائر، منشور على الرابط الإلكتروني للجامعة: <http://fdsp.univ-biskra.dz/images/revues/mf/r5/mf5a9.pdf>، وتاريخ زيارة الموقع 23/3/2016م.

3. بو مدين، أحمد، الحصانة البرلمانية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 168 و 172.

جهة قانونية ومختصة ولديها الخبرة الكافية بالإجراءات القانونية وبتقدير البينات من طلب رفع الحصانة البرلمانية ضماناً لعدم وجود عناصر كيدية قد تشوه صورة النائب أو نسيء إليه، كما تدرس اللجنة الطلب باستفاضة وتقوم بإعداد تقرير تفصيلي لعرضه على المجلس للتصويت عليه فور انتهاء اللجنة القانونية من دراسة الطلب المقدم عن العضو.⁽¹⁾

وللمجلس أن يوافق على طلب رفع الحصانة، وله أن يرفضها وفق الإجراءات المحددة في القانون، فيما يستمر العضو في مباشرة مهامه بعد رفع الحصانة، حيث لا يترتب على رفعها أثر سلبي على واجبات العضو البرلمانية المتمثلة في حضور الجلسات والمشاركة في اجتماعات اللجان والمناقشة والتصويت، وذلك ما لم يتم توقيفه احتياطياً، وهو موقف انتقده جانب من الفقه؛ إذ كيف من الممكن رفع الحصانة عن العضو ومباشرة جهة التحقيق الإجراءات الجنائية ضده ثم يظل يباشر مهامه مثلاً للأمة، حيث كان ذلك محلاً لانتقاد بعض البرلمانيين في مصر الذين طالبوا بإجراء تعديل تشريعي يتضمن النص على وقف نشاط عضو البرلمان في حال رفع الحصانة عنه حتى تستقيم الأمور وتنتهي التحقيقات.⁽²⁾

ويثور في هذا المقام تساؤل هام حول مدى جواز نظر طلب رفع الحصانة عن العضو حال غيابه وعدم حضوره الجلسة أو عدم علمه بإدراج الطلب على جدول الأعمال لمناقشته، فهناك من يرى عدم جواز نظر الطلب من قبل المجلس أو البت فيه في حالة عدم حضور العضو لعذر جدي ومقبول، أو لعدم علمه بإدراج الطلب على جدول الأعمال، وفي هذه الحالة يؤجل النظر في رفع الحصانة لإتاحة الفرصة للعضو لإبداء دفاعه قبل التصويت على الطلب.⁽³⁾ وهناك من يرى بأنه متى أدرج الطلب في جدول أعمال المجلس فإنه لا ينبغي تأجيله بسبب غياب العضو أياً كان سبب الغياب.⁽⁴⁾

إلا أنه لا بد من التأكيد على أن اتخاذ البرلمان لقراره برفع الحصانة عن أحد أعضائه لا يُنقص من قيمة العضو ولا يُهدر من كرامته، ولا ينطوي إلى الإساءة للمجلس ككل، بل هو تطبيق لمعاني المساواة أمام القانون، وتحقيق لمبدأ العدالة الجنائية، وتكريس لمفهوم الديمقراطية، وإذا ما صدر لاحقاً قرار بحفظ الدعوى الجنائية عن العضو، أو صدر حكم قضائي ببراءته، فهو يعود لموقعه أقوى وأقدر على ممارسة مهامه النيابية، وله الحق المقرر قانوناً في المطالبة بأية تعويضات مالية جراء ما وقع عليه من ضرر مادي أو أدبي.⁽⁵⁾

أما قرار الرفض لرفع الحصانة من المجلس عن العضو فهو يعد بمثابة تأجيل لاتخاذ الإجراءات الجنائية إلى وقت زوال الحصانة عن العضو، وهو ما يعني أن حق المجني عليه وحق المجتمع ثابت ولم يُلغ واقعياً، وإنما يتم تأجيل استعماله إلى وقت لاحق.⁽⁶⁾

إن النطاق الإجرائي لطلب رفع الحصانة عن العضو يتمثل إجرائياً طبقاً لما هو منصوص عليه في اللائحة

1. محمد عمر مراد، الحصانة البرلمانية في التشريع الفلسطيني، مرجع سبق ذكره، ص 97.

2. سعد الشتيوي، الحدود الدستورية للحصانة البرلمانية، 2009م، العدد الثالث، السنة الثالثة والثلاثون، مجلة الحقوق بجامعة الكويت، العاصمة - الكويت، ص 243.

3. بطيخ، رمضان محمد، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، مرجع سبق ذكره، ص 88.

4. محمود أبو السعيد حبيب، ضمانات أعضاء البرلمان، ط 1، 2000م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ص 33.

5. محمد عمر مراد، الحصانة البرلمانية في التشريع الفلسطيني، مرجع سبق ذكره، ص 102.

6. بطيخ، رمضان محمد، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، مرجع سبق ذكره، ص 98.

الداخلية للمجلس التابع له، وذلك بناء على طلب مقدم من وزير العدل وممن يريد رفع دعوى مباشرة ضد العضو أمام المحاكم الجنائية، على أن يرفق بالطلب أوراق القضية المطلوب اتخاذ الإجراءات فيها، خاصة عريضة الدعوى المزمع رفعها مع المستندات المؤيدة لها .

أما إجراءات طلب رفع الحصانة التي تمثل النطاق الإجرائي فإنه يجوز تقديم طلب رفع الحصانة عن عضو المجلس من أحد الأفراد لاتخاذ الإجراءات القانونية ضد العضو، ولا يمتد بناء على ذلك رفع الحصانة إلى القبض عليه أو تفتيشه أو تفتيش مسكنه

أما بالنسبة لإجراءات رفع الحصانة داخل المجلس فإنه يتم رفع طلب الحصانة إلى اللجنة المختصة، ثم على المجلس أن يعرف أسباب طلب رفع الحصانة، كما يجب تمكين العضو المطلوب رفع الحصانة عنه من الإدلاء بأقواله أمام اللجنة، ويجب أن تعرض على المجلس أي أمور تتعلق بالمساس بالحصانة لنوابه، مع إبلاغ الرئيس بها لكفالة حماية النواب، كما يجوز رفع الحصانة عن العضو بصورة جزئية.

أما بالنسبة لآثار رفع الحصانة، فإن الحصانة البرلمانية قاعدة تتعلق بإجراءات لا ترفع عن العمل المنسوب للعضو صفة الجريمة، ولكنها توقف اتخاذ الإجراءات الجنائية المعتادة حتى يصدر الإذن وتحول دون اتخاذ أي إجراءات جنائية ضد النائب، فإذا أذن برفع الحصانة سقطت الحماية المقررة للعضو، وأصبح من الممكن اتخاذ كافة الإجراءات القضائية ضده من تحقيق واتهام ومحاكمة.

وجدير بالذكر أن هذا النطاق الإجرائي يمثل ضمانات لاستقلال البرلمان، وهو يعد من النتائج الضرورية لمبدأ الفصل بين السلطات؛ إذ لا يمكن للبرلمان أن يؤدي دوره على الوجه الأكمل إلا إذا كان استقلال أعضائه مكفولاً؛ ولهذا فإن هناك بعض الدساتير تنص على توقيع الجزاء على من يخالف أحكام الحصانة كالدستور الفرنسي، إلا أن أغلب النظم البرلمانية تقتصر على تقرير بطلان الإجراءات التي تتخذ بالمخالفة لأحكام الدستور.⁽¹⁾

المبحث الثالث

الحصانة البرلمانية في ظل النظام الدستوري والتشريعي لمملكة البحرين

بناء على المعطيات التي سبق تناولها فيما يتعلق بمعالجة عدد من المحاور المتعلقة بالحصانة البرلمانية، وذلك من حيث البعد الاصطلاحي والمبررات والخصائص وشروط التطبيق ونطاقات التمييز للحصانة البرلمانية، إلى جانب ما يتعلق بالطبيعة القانونية والنطاق الإجرائي لها، لا بد من التأكيد بأن هذه الحصانة وفق ما تقرره هذه المحاور فيما سبق تناوله تنطوي على معاملة خاصة فيما يتعلق بتطبيق القوانين النافذة في مملكة البحرين؛ وذلك لتمكين النائب من ممارسة مهامه البرلمانية بكل حرية واستقلال، ودون خوف أو وجل، خاصة فيما يتعلق بمحاسبة الحكومة من خلال الأدوات الرقابية المنصوص عليها في الدستور والقانون، فعوضو البرلمان سواء في مجلس النواب أو في مجلس الشورى لا يسأل مديناً أو جزائياً عما يبيده من آراء أو أقوال، أو ما يصدر عنه من وقائع في البرلمان وفي أعمال اللجان، فهو يستطيع في

1. معلومات منشورة على الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة على الرابط الإلكتروني:

تاريخ زيارة الرابط 11 مايو 2016، <http://www.kna.kw/clt/run.asp?id=1162#sthash.MzdORzqc.dpuf>

سبيل أدائه لمهامه أن يبدي نقداً موضوعياً يكون ضمن نطاق التجريم فيما لو أبداه غيره من المواطنين، وهذا ما يسمى بالحصانة الموضوعية أو الحصانة المطلقة أو عدم المسؤولية البرلمانية.

كما تؤمّن الحصانة البرلمانية لعضو البرلمان حماية خارج نطاق الوظيفة البرلمانية، حيث إن عضو البرلمان في مملكة البحرين متى ما ارتكب جريمة خارج هذا النطاق، فإن العدالة تفترض أن يتدخل القانون لكي يفرض سلطة الدولة في العقاب والدفاع عن المجتمع، إلا أن الصفة البرلمانية لمرتكب الفعل تفترض ضمن شروط معينة تأجيل هذا التدخل إلى حين الحصول على إذن البرلمان، وهذا ما يسمى بالحصانة الشخصية أو الحصانة الإجرائية أو الحرمة البرلمانية.

إن الحصانة البرلمانية تعتبر مبدأً دستورياً أقرته جميع الدساتير في دول العالم على الرغم من اختلاف نظمها السياسية وطبيعة العلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فيها، حيث يعتبر هذا الإقرار الدستوري لها بمثابة إبراز لأهميتها، سواء من الناحية القانونية أو المؤسساتية أو السياسية، وذلك سواء أكانت القواعد القانونية التي تنظمها قد وردت في دساتير الدول أو في الأنظمة الداخلية لمجالسها النيابية، والتي تعتبر متفاوتة من حيث مفهوم الحصانة البرلمانية وأثارها، حيث يرجع هذا التفاوت إلى اختلاف مبررات ومسوغات هذه الحصانة في ظل الأنظمة السائدة في الدول.

وفي ظل النظام الدستوري والتشريعي البحريني، فإن الحصانة البرلمانية تعتبر من أهم الضمانات الدستورية الممنوحة لأعضاء البرلمان، فهي تكفل لهم فرصة التعبير الحر والمطلق عن الإرادة الوطنية التي يمثلونها وينطقون باسمها، وتوفر لهم الحماية من تعنت السلطة التنفيذية معهم، والتي قد تلجأ من تأجيل أو منع معارضة عضو البرلمان لها إلى الضغط عليه عن طريق التوقيف أو الملاحقة أو المحاكمة الكيدية.

وقد ورد في المرجع التشريعي الصادر من مجلس الشورى بمملكة البحرين تعريفاً لكل من (الحصانة البرلمانية الإجرائية)، و(الحصانة البرلمانية الموضوعية)، حيث جرى تعريف الأولى بأنها هي: (المانع الدستوري الذي يحول دون اتخاذ إجراء من إجراءات الضبط القضائي، مثل: إجراءات التوقيف أو التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحبس أو أي إجراء آخر ضد عضو السلطة التشريعية دون إذن المجلس التشريعي أو رئيسه فيما بين أدوار الانعقاد)، أما تعريف الحصانة البرلمانية الموضوعية فهي: (عدم مؤاخذه عضو السلطة التشريعية فيما يبديه في المجلس أو لجانه من آراء وأفكار، إلا إذا كان الرأي المعبر عنه فيه مساس بأسس العقيدة أو بوحدة الأمة، أو بالاحترام الواجب للملك، أو فيه كذف في الحياة الخاصة لأي شخص كان).⁽¹⁾

وبناء على هذين التعريفين، فإن الحصانة البرلمانية تقررت نطاقاتها الموضوعية والإجرائية في دستور مملكة البحرين ومذكرته التفسيرية، إلى جانب اللائحة الداخلية لكل من مجلس الشورى ومجلس النواب، وهو ما تعرض لتفاصيله في السطور التالية.

1. مصطلحات قانونية وبرلمانية، المرجع التشريعي، الفصل التشريعي الثالث (2010-2014م)، مجلس الشورى، مملكة البحرين، ص 64.

المطلب الأول

الحصانة البرلمانية في ظل دستور مملكة البحرين ومذكرته التفسيرية

إن النصوص الدستورية في ظل دستور مملكة البحرين المعمول به حالياً عرّضت ما يتعلق بفلسفة الحصانة، سواء في نطاقها الموضوعي أو سياقها الإجرائي، والتي تقررت انطلاقاً من الدور الذي يضطلع به عضو مجلس الشورى وعضو مجلس النواب، فقد ورد في الفقرة (أ) من المادة (89) بأن: (عضو كل من مجلس الشورى ومجلس النواب يمثل الشعب بأسره، ويرعى المصلحة العامة، ولا سلطان لأية جهة عليه في عمله بالمجلس أو لجانته)، حيث تقرر بناء على ذلك بأن عضوية مجلس الشورى بالتعيين، وعضوية مجلس النواب بالانتخاب تقترن باعتبار كل منهما يمثل الشعب بأسره، وأنه بناء على ذلك ينبغي أن ترتبط وظيفته برعاية المصلحة العامة التي تحقق من التأكيد على تمتعه بالحصانة البرلمانية التي ترفع عنه أي سلطان لأي جهة في عمله بالمجلس أو اللجان، فهو محصن في أدائه الوظيفي ضمن مختلف نطاقاته لضمان ارتباط أدائه برعاية المصلحة العامة المتعلقة بمصلحة المواطنين الذين يمثلهم.

أولاً: الحصانة الموضوعية

تأكيداً على ذلك أوردت الفقرة (ب) من ذات المادة ما يرتبط بالحصانة الموضوعية التي تقتضي وفق ما نصت عليه المادة بأنه: (لا تجوز مؤاخذه عضو كل من مجلس الشورى أو مجلس النواب عما يبيده في المجلس أو لجانته من آراء أو أفكار، إلا إذا كان الرأي المعبر عنه فيه مساساً بأسس العقيدة أو بوحدة الأمة، أو بالاحترام الواجب للملك، أو فيه قذف في الحياة الخاصة لأي شخص كان)، حيث اعتبرت هذه الفقرة أن الأصل في عمل العضو في كلا المجلسين مبني على التحصين وعدم المؤاخذه عما يبيده في المجلس أو لجانته من آراء أو أفكار، فكل ما يبيده العضو ضمن نطاق مختلف الأدوات الدستورية عبر النطاق الرقابي أو التشريعي محصن باعتبار الأصل، إلا أن المشرع استثنى من ذلك الحالات التالية:

- إذا كان الرأي المعبر عنه فيه مساساً بأسس العقيدة: حيث يتركز هذا المبدأ على ما قرره المادة الثانية من الدستور التي أكدت على أن دين الدولة الإسلام؛ والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع؛ وعليه فإن على العضو أن يلتزم فيما يبيده من آراء أو أفكار بعدم المساس بأسس العقيدة الإسلامية حتى لا يتعرض للمساءلة على ما يبيده من آراء.

- إذا كان الرأي المعبر عنه ينتهك مقومات وحدة الأمة: حيث تمثل وحدة الأمة حجر الزاوية في حماية المجتمع من الطائفية والعنصرية البغيضة، وهذا الاستثناء يرتبط بدور العضو في أن تكون آراءه معبرة عن المصلحة العامة للمجتمع وليس لحساب فئة على حساب أخرى؛ تأكيداً على دور العضو في بناء منظومة ثقافة المواطنة في نطاقها النموذجي.

- إذا كان الرأي المعبر عنه ينتهك الاحترام الواجب للملك: يمثل الملك رأس الدولة والممثل الأسمى لها، وذاته مصونة لا تمس باعتباره الحامي الأمين للدين والوطن ورمز الوحدة الوطنية وفقاً لما قرره الفقرة (أ) من المادة (33) من الدستور؛ لذلك فإن على العضو انطلاقاً من هذه الاعتبارات ألا ينتهك من خلال ما يقدمه من آراء أو أفكار الاحترام الواجب للملك.

- إذا كان الرأي المعبر عنه فيه قذف في الحياة الخاصة لأي شخص كان: إذ ليس من حق عضو مجلس الشورى أو عضو مجلس النواب أن يستغل وظيفته وحصانته عندما يتبنى رأياً يتضمن تعبيراً بالقذف فيما يرتبط بالحياة الخاصة لأي شخص كان، حيث ينبغي عليه انطلاقاً من ذلك أن يربط آراءه بالمضمون لا بالأشخاص، وأن يبدي رأيه في أي مسألة ما دون ربط ذلك بالحياة الخاصة للأشخاص.

وجدير بالذكر أن هذه الضوابط التي استثنى من خلالها المشرع الدستوري تحصين الآراء والأفكار التي يديها عضو مجلس الشورى أو عضو مجلس النواب تمثل فلسفتها بربط هذه الآراء والأفكار بنطاقات النقد الموضوعي، والنأي بها عن انتهاك مقومات المجتمع أو الإسفاف في الآراء المقدمة عندما ينفك ارتباطها عن مقومات التصور البناء.

ثانياً: الحصانة الإجرائية

أما فيما يتعلق بالحصانة الإجرائية لعضو مجلس الشورى وعضو مجلس النواب فقد قررت الفقرة (ج) من المادة (89) بأنه: (لا يجوز أثناء دور الانعقاد، في غير حالة الجرم المشهود، أن تتخذ نحو العضو إجراءات التوقيف أو التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحبس أو أي إجراء جزائي آخر إلا بإذن المجلس الذي هو عضو فيه، وفي غير دور انعقاد المجلس يتعين أخذ إذن من رئيس المجلس، ويعتبر بمثابة إذن عدم إصدار المجلس أو الرئيس قراره في طلب الإذن خلال شهر من تاريخ وصوله إليه.

ويتعين إخطار المجلس بما قد يتخذ من إجراءات وفقاً للفقرة السابقة أثناء انعقاده، كما يجب إخطاره دوماً في أول اجتماع له بأي إجراء اتخذ أثناء عطلة المجلس السنوية ضد أي عضو من أعضائه).

فقد تقرر بناء على نص هذه المادة إقرار الحصانة الإجرائية للعضو في غير حالات التلبس التي عبر عنها بـ(حالة الجرم المشهود)، حيث يمكن لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس القيام بدوره في التوقيف أو التحقيق أو التفتيش أو الحبس أو أي إجراء آخر دون انتظار إجراءات رفع الحصانة عن العضو، أما في غير حالة التلبس فقد فرقت الفقرة بين حالتين هما:

- أثناء دور الانعقاد: ترك الدستور معالجة الإجراءات المتعلقة بطلب رفع الحصانة عن العضو أثناء دور الانعقاد للمشرع الذي قرر عدداً من الخطوات على نحو ما سنتناوله في المحور الثاني من هذا المبحث، وذلك فيما يتعلق بتقديم الطلب وعرضه على اللجنة المختصة ورفع تقرير به إلى المجلس لاتخاذ القرار، وهي كلها إجراءات -وفق ما نصت عليه المادة- يتعين إخطار المجلس بها أثناء فترة انعقاده.

- في غير أدوار الانعقاد: وفي هذه الحالة يتعين أخذ إذن من رئيس المجلس مباشرة، وهو الذي تكون له الصلاحية في اتخاذ إجراء رفع الحصانة، إلا أنه يجب عليه إخطار المجلس دوماً في أول اجتماع له بأي إجراء اتخذ أثناء عطلة المجلس السنوية ضد أي عضو من أعضائه).

كما ورد في ذات الفقرة بأن القرار الذي ينبغي أن يتخذ برفع الحصانة سواء أكان تحققه بالإجراءات المعتادة أثناء دور الانعقاد أو من خلال رئيس المجلس في غير أدوار الانعقاد لا بد أن يكون خلال شهر من ورود الطلب إلى المجلس، وألا يعتبر عدم اتخاذ القرار بمثابة إذن برفع الحصانة عن العضو في كلا المجلسين.⁽¹⁾

أما المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين فقد أوردت تقريراً لما ورد في الفقرة (ب) من المادة (89)، حيث أكدت بأن هذه المادة أتت: (لوضع الضوابط اللازمة لإعمال مبدأ عدم جواز مساءلة أعضاء مجلسي الشورى والنواب عما يبدونه من آراء وأفكار في المجلس أو لجانه؛ وذلك تحقيقاً لترسيخ الالتزام باحترام القيم والمبادئ وأسس العقيدة ووحدة الأمة، والاحترام الواجب للملك، وحماية حرمة الحياة الخاصة، حيث نص هذا البند على أنه: (لا تجوز مؤاخذة عضو كل من مجلس الشورى أو مجلس النواب عما يبديه في المجلس أو لجانه من آراء أو أفكار، إلا إذا كان الرأي المعبر عنه فيه مساساً بأسس العقيدة أو بوحدة الأمة أو بالاحترام الواجب للملك، أو فيه كذف في الحياة الخاصة لأي شخص كان).⁽²⁾ لتؤكد بذلك حرصاً على أهم الاستثناءات التي ترتبط بنطاق الحصانة البرلمانية احتراماً لنطاق المهنية في أداء عضو البرلمان لعمله وفق الأطر المتاحة ضمن نطاق ما قرره المبادئ الدستورية.

وبناء على ما سبق فإنه يُثار تساؤل فيما يتعلق بما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (89)، وذلك بالنسبة للحالات المستثناة من عدم جواز مؤاخذة عضو كل من مجلس الشورى أو مجلس النواب عما يبديه في المجلس أو لجانه من آراء أو أفكار، وذلك إذا ما كان الرأي المعبر عنه فيه مساساً بأسس العقيدة أو بوحدة الأمة، أو بالاحترام الواجب للملك، أو فيه كذف في الحياة الخاصة لأي شخص كان، فإذا كان من حق الجهة التنفيذية بناء على الفقرة (أ) من المادة (89) أن تتخذ الإجراءات ضد العضو في حالة الجرم المشهود، فهل لها أن تتخذ هذه الإجراءات في حال إقدام العضو على تصرف يندرج ضمن الحالات التي استثناها النص فيما يتعلق بمنح الحصانة؟ وما هو نطاق التقدير واعتباراته لبيان ما إذا كان الفعل الذي قام به العضو يندرج ضمن حالات الاستثناء أم لا؟

وفي رأيي فإن تقييم الفعل الذي ارتكبه العضو وما إذا كان يدرج ضمن حالات الاستثناء أم لا ينبغي أن يرتبط بإذن المجلس، فمتى ما صنف فعل العضو ضمن هذه الحالات الاستثنائية فإن على السلطة التنفيذية أن تتخذ الإجراءات المعتادة؛ وذلك حتى لا يكون توظيف هذه الاستثناءات ذريعة للنيل مما تقررت بناء عليه اعتبارات الحصانة ونطاقاتها.

1. دستور مملكة البحرين، المرجع التشريعي، مرجع سبق ذكره، ص 64.

2. المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين، المرجع التشريعي، مرجع سبق ذكره، ص 108.

المطلب الثاني

الحصانة البرلمانية وفقاً لما قرره اللائحان الداخليان لمجلس النواب ومجلس الشورى

ورد في الفصل الأول من الباب الخامس المتعلق بحقوق الأعضاء وواجباتهم في كل من اللائحة الداخلية لمجلس النواب (185-188) واللائحة الداخلية لمجلس الشورى (146-149) ما يتعلق بالحصانة البرلمانية الإجرائية، فيما لم يتم تناول الحصانة الموضوعية وفق ما سبق بيانه في النص الدستوري كما ورد في الفقرة (أ) من المادة (89)، وذلك فيما يتعلق بعدم مؤاخذة العضو في كل من مجلس الشورى أو مجلس النواب عما يبديه من آراء أو أفكار.

أما ما ورد في نصوص كلا اللائحتين فقد تمثل بإيراد ذات النص السابق بيانه في الفقرة (ج) من المادة (89) من الدستور، وذلك فيما يتعلق بحظر اتخاذ إجراءات التوقيف أو التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحس أو أي إجراء جنائي ضد العضو، وما يتعلق بإجراءات ذلك أثناء دور الانعقاد وفي غير أدوار الانعقاد، وما يرتبط بذلك من إجراءات تتعلق بإخطار المجلس في الحالة الأخيرة، وما إلى ذلك من ضوابط، فيما ورد في اللائحتين بالإضافة إلى ما سبق معالجة لما يلي:

أولاً: إجراءات طلب الإذن برفع الحصانة

ورد في المادة (186) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب والمادة (147) من اللائحة الداخلية لمجلس الشورى فيما يتعلق بإجراءات طلب الإذن برفع الحصانة بأنه: (يقدم طلب الإذن برفع الحصانة عن العضو إلى رئيس المجلس من وزير العدل والشؤون الإسلامية، ويجب أن يرفق بالطلب صورة رسمية من أوراق القضية المطلوب اتخاذ إجراءات فيها).

ويحيل الرئيس الطلب المذكور ومرفقاته إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية لبحثه وإبداء الرأي فيه، ويجب على اللجنة إعداد تقريرها بشأن طلب رفع الحصانة خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إحالة الأوراق إليها).

لقد قررت هذه المادة فيما يتعلق بإجراءات طلب الإذن برفع الحصانة بأنه يتم بالخطوات التالية:

- **تقديم طلب الإذن برفع الحصانة عن العضو إلى رئيس المجلس من وزير العدل والشؤون الإسلامية، على أن يرفق بالطلب صورة رسمية من أوراق القضية المطلوب اتخاذ إجراءات فيها:** وفقاً لنص هذه المادة فإن تحريك طلب الإذن برفع الحصانة عن العضو إلى رئيس المجلس يتم بموجب خطاب رسمي من وزير العدل والشؤون الإسلامية باعتباره ممثلاً عن السلطة التنفيذية المخولة بتنفيذ القانون فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية، وذلك عند ورود ما يستدعي تقديم هذا الطلب، كما أورد هذا النص - ضماناً لجدية الطلب - وجوب أن يرفق بالطلب صورة رسمية من أوراق القضية المطلوب اتخاذ الإجراءات فيها وفقاً لآخر إجراء؛ وذلك لربط الطلب بحيثيات القضية المتهم فيها العضو للنظر في مدى كيديتها.

وعليه فإنه إذا ما ورد على سبيل المثال إلى مركز الشرطة شكوى ضد أحد الأعضاء، فإنه لا يجوز - وفقاً لاعتبارات الحصانة - من الجهة المعنية سوى قبول هذه الشكوى دون القيام بأي إجراء فيها؛ كما لا

يجوز للجهة قبل الموافقة على طلب الإذن برفع الحصانة من قبل المجلس استدعاء العضو أو التحقيق معه أو تفتيشه وما إلى ذلك من إجراءات تتخذ ضد المشكو ضده.

- قيام رئيس المجلس بإحالة الطلب المذكور ومرفقاته إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية: بعد استلام رئيس المجلس للطلب فإنه يحيله إلى لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بالمجلس لبحثه وإبداء الرأي فيه، كما أوجب نص هذه المادة على اللجنة أن تعد تقريرها بشأن طلب رفع الحصانة خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إحالة الأوراق إليها، وذلك فيما يتعلق بالنظر في مدى كيدية الدعوى كما سيأتي بيانه.

إلا أن نص هذه المادة لم يعالج الإجراءات المتعلقة بطلب الإذن برفع الحصانة في غير أدوار الانعقاد، وهو ما يقرر أن تحقيق ذلك وفقاً لما سبق بيانه فيما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة (89) من الدستور يكون من خلال أخذ إذن من رئيس المجلس مباشرة، والذي تكون له - وفقاً لهذا النص - الصلاحية في اتخاذ إجراء رفع الحصانة، إلا أنه يجب عليه إخطار المجلس دوماً في أول اجتماع له بأي إجراء اتخذ أثناء عطلة المجلس السنوية ضد أي عضو من أعضائه.

ثانياً: عدم جواز تنازل العضو عن الحصانة دون إذن المجلس

إن تقرير الحصانة لعضو البرلمان يرتبط بعموم المجلس لا بشخص العضو، وهذا ما جعل المادة (187) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب والمادة (148) من اللائحة الداخلية لمجلس الشورى تقرران بأنه: (لا يجوز للعضو أن يتنازل عن الحصانة دون إذن المجلس، وللمجلس أن يأذن للعضو بناء على طلبه بسماع أقواله إذا وجه ضده أي اتهام ولو قبل أن يقدم طلب رفع الحصانة، ولا يجوز في هذه الحالة اتخاذ أية إجراءات أخرى ضد العضو إلا بعد صدور قرار من المجلس بالإذن بذلك طبقاً لأحكام المادتين السابقتين).

لقد قررت هذه المادة عدم جواز تنازل العضو عن الحصانة دون إذن المجلس، فالمجلس وحده من خلال التصويت له القرار في ذلك لارتباط منح القانون للحصانة له باعتباره عضواً في المجلس، والذي له أن يأذن للعضو بناء على طلبه بسماع أقواله إذا وجه ضده أي اتهام ولو قبل أن يقدم طلب رفع الحصانة من قبل وزير العدل، إلا أن اتخاذ الإجراءات ضد العضو بناء على ذلك يرتبط في جميع الأحوال بصدور قرار من المجلس بالإذن في أدوار الانعقاد، أو من رئيس المجلس في غير أدوار الانعقاد وفقاً لما سبق بيانه.

ثالثاً: اقتصار دور لجنة الشؤون التشريعية والقانونية والمجلس عند نظر طلب الإذن برفع الحصانة على البحث على مدى كيدية الادعاء

وذلك عندما يحيل رئيس المجلس الطلب إليها، سواء أكان الطلب مقدماً من وزير العدل والشؤون الإسلامية، أو بناء على طلب العضو، حيث عالج دور اللجنة عند نظر الطلب المادة (188) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب والمادة (149) من اللائحة الداخلية لمجلس الشورى اللتان نصتا على أنه: (لا يجوز للجنة الشؤون التشريعية والقانونية ولا للمجلس البحث في توافر الأدلة أو عدم توافرها للإدانة في

موضوع الاتهام الجنائي، ويقتصر البحث على مدى كيدية الادعاء، والتحقق مما إذا كان يقصد منه منع العضو من أداء مسؤولياته البرلمانية بالمجلس).

كما ورد في الفقرة الثانية من ذات المادة النطاق الذي يقرر من خلاله المجلس الإذن باتخاذ الإجراءات الجنائية، حيث قررت بأنه: (يوذّن دائماً باتخاذ الإجراءات الجنائية متى ثبت أن الإجراء ليس مقصوداً منه منع العضو من أداء مسؤولياته البرلمانية بالمجلس).⁽¹⁾

ويتضح مما سبق بأن هذه المادة بفقرتيها قد قررت بخصوص دور لجنة الشؤون التشريعية والقانونية والمجلس عند نظر طلب الإذن برفع الحصانة ما يلي:

- اقتصار البحث على مدى كيدية الادعاء: سواء أكان ذلك من قبل اللجنة أو من قبل المجلس، حيث يقتصر بحث كل منهما على مدى كيدية الادعاء، وقد حدد النص نطاق ذلك بأن البحث يرتبط بالتحقق فيما إذا كان مدى الكيدية في الادعاء يُقصد منه منع العضو من أداء مسؤولياته البرلمانية بالمجلس أم لا.

- تحقيق الإذن دائماً متى ثبت أن الإجراء ليس مقصوداً منه منع العضو من أداء مسؤولياته بالمجلس: إذا كان ربط القرار برفع الحصانة بإذن المجلس قد تقرر منعاً لاستغلاله؛ وذلك نظراً لكون الحصانة تمنح للعضو بموجب القانون لاعتبارات مهنية ترتبط بأدائه لوظيفته البرلمانية، فإنه متى ما انتفت كيدية الادعاء وتم التحقق بأن طلب الإذن برفع الحصانة لا يُقصد منه منع العضو من أداء مسؤولياته البرلمانية، فإن الإذن من المجلس ينبغي أن يتحقق دائماً لاتخاذ الإجراءات المقررة قانوناً ضد العضو، حيث قصد المشرع قصر منح العضو حصانة ذات بعد موضوعي وإجرائي وفق ما يرتبط بحماية مقررة لضمان أدائه وظيفته المنوطة به باعتباره عضواً في البرلمان.

وبناء على ما سبق بيانه، فإن الإذن من المجلس برفع الحصانة عن العضو يتحقق إما بناء على طلب رسمي من وزير العدل والشؤون الإسلامية، على أن يرفق بالطلب صورة رسمية من أوراق القضية المطلوب اتخاذ إجراءات فيها، وإما بناء على طلب من العضو بعد سماع أقواله إذا وجه ضده أي اتهام ولو قبل أن يقدم طلب رفع الحصانة من قبل وزير العدل، وفي كلتا الحالتين فإنه لا يجوز اتخاذ الإجراءات ضد العضو إلا بعد صدور إذن المجلس في أدوار الانعقاد، أو بناء على إذن رئيس المجلس في غير أدوار الانعقاد.

1. المرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2002م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب، والمرسوم بقانون رقم (55) لسنة 2002م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى، المرجع التشريعي، مرجع سبق ذكره، ص 295 و 216.

الخاتمة

إن الحصانة البرلمانية كضمانة دستورية ترتبط بمهنية العمل البرلماني لأعضاء المجالس النيابية تعد وفق ما ترتبط به من بعد تاريخي يعكس نشأتها تطوراً تدريجياً بمستويات مختلفة للدفاع الشرسي عن استقلالية المجالس المنتخبة، حيث يفترض أن تكون الصيغة النموذجية لتقرير النطاق الدستوري للحصانة البرلمانية مكرساً لمبدأ حرية القول والكلام لأعضاء البرلمان وإقرار عدم مسؤوليتهم كحق مكتسب، بما يكفل إعلان الحرمة البرلمانية وعدم قابلية الاعتداء على أعضاء البرلمان، حيث يرتبط إرساء الحصانة البرلمانية بكونها تدبيراً دستورياً، الشيء الذي أخذت به النظم الدستورية الأخرى شيئاً فشيئاً، حيث أخذت مختلف دساتير العالم تجمع على ضرورة توفير حماية خاصة لأعضاء البرلمان لتمكينهم من أداء مهامهم التمثيلية دون خوف من المضايقات والاستفزازات والأعمال الكيدية والانتقامية من أية جهة كانت، ومن أجل ضمان استقلالية الغرف البرلمانية نفسها، حيث يكون ذلك بعد مساءلة أعضاء البرلمان عما يبدونه من آراء أو تصويت خلال قيامهم بعملهم البرلماني، وبمنع توقيف أو احتجاز أو محاكمة عضو البرلمان إلا بعد رفع الحصانة عنه من قبل الغرفة التي ينتمي إليها.

ترتبط الحصانة البرلمانية في بعدها الفلسفي والمقاصدي بتقرير الحماية اللازمة الكفيلة بحماية العضو من أية دعاوى كيدية ترتبط بأدائه لمهامه البرلمانية، وذلك وفق ما ترتبط به من شروط ونطاقات تميز وخصائص وسمات، حيث قرر النطاق الدستوري متمثلاً بالدستور ومذكرته التفسيرية والنطاق التشريعي متمثلاً باللائحة الداخلية لكل من مجلسي النواب والشورى النطاقات التي تتقرر من خلالها الأبعاد التي تتقرر من خلالها أعمال الحصانة البرلمانية لحماية الأداء البرلماني للمجلسين، مع ضمان استخدام كل منهما - خاصة مجلس النواب الذي يمتلك غالبية الأدوات الرقابية - وفق ما يرتبط بدوره المنوط به بمنأى عن أية ضغوطات قد تؤدي إلى ضعف الأداء البرلماني لعضو كلا المجلسين أثناء أدوار الانعقاد أو فيما بينهما.

إن الحصانة البرلمانية وفق ما قررتها معظم الدساتير والأنظمة التشريعية في الدول المختلفة - ومنها مملكة البحرين - ترتبط في تفاصيلها ونطاقاتها الإجرائية في المجلد بنطاق يتسم بالتقارب وتجانس النطاقات، فيما يختلف في تفاصيله وفقاً لما يرتبط بجوانب النضج في التجربة السياسية التي تعيشها الدولة، ومما لا شك فيه أن مملكة البحرين في ظل المشروع الإصلاحى لجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة تعيش بما حققته من بعد تراكمي نهضة ديمقراطية تدعم الحراك البرلماني الذي يهدف إلى دعم النطاق المؤسسي للسلطات في الدولة، حيث يمثل المواطن حلقة من أهم حلقاتها لتحقيق المأمول والمرجو لبناء منظومة رفاه يتحقق من خلالها الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي لمختلف فئات المجتمع الذي يسهم بدوره في بناء كيان الدولة وحماية إنجازاتها واستحقاقاتها خاصة في المجال الديمقراطي الذي يرتبط بالإصلاحى السياسي والمجتمعي.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية المتخصصة:

1. أحمد - حسام الدين، الحصانة البرلمانية الموضوعية والإجرائية من وجهة النظر الجنائية، 1995م، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
2. الخطيب - أدور، الأصول البرلمانية في لبنان ودساتير الدول العربية، ط.1، 1961م، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان.
3. الطبطبائي - عادل، الأسئلة البرلمانية - نشأتها، أنواعها، وظائفها، ط.1، 1987، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العاصمة - الكويت.
4. بطيخ - رمضان محمد، (1994م)، الطبعة الأولى، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
5. حسام الدين أحمد، الحصانة البرلمانية الموضوعية والإجرائية من وجهة النظر الجنائية، ط.2، 1995م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
6. رياضي عبد الغاني، جهاز النيابة العامة بالمحاكم العادية والاستثنائية، دار السلام للطباعة، بدون بلد النشر.
7. صبري محمد السنوسي محمد، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، 2000م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
8. صلاح الدين فوزي، البرلمان - دراسة تحليلية مقارنة لبرلمانات العالم، ط.1، 1994م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
9. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ط.2، 1962م، دار المعارف، القاهرة - مصر.
10. علاء علي أحمد عبد المتعال، الحصانة في ميزان المشروعية، 2004م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
11. علي صادق أبو هيف، مبررات الحصانة الدبلوماسية القانون الدبلوماسي، 1987م، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر.
12. محسن خليل، القانون الدستوري والدساتير المصرية، 1996م، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة - مصر.
13. محمود أبو السعود حبيب، ضمانات أعضاء البرلمان في النظام الدستوري المصري، 2000م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
14. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، 1964م، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة - مصر.

15. محمود أبو السعيد حبيب، ضمانات أعضاء البرلمان، ط1، 2000م، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر.
16. محمود محمد مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، 1988م، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة - مصر.
17. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري، 1996م، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر.

ثانياً: دراسات الدوريات والمؤتمرات

18. بناني - عبد الإله الحكيم، الحصانة البرلمانية كوسيلة لتعزيز قدرات البرلمانيين العرب، ورقة مقدمة للمؤتمر البرلماني الإقليمي حول تعزيز قدرات البرلمانيين العرب، 20-22 سبتمبر 2005م / منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد البرلماني العربي: <http://www.arabipu.org/ArabIpuPublications.php>، وتاريخ زيارة الموقع هي: 23/3/2016م.
19. بو ضياف - أحمد رضا، الحصانة البرلمانية والمعارضة السياسية، ورقة مقدمة للمؤتمر البرلماني الإقليمي حول تعزيز قدرات البرلمانيين العرب، 20-22 سبتمبر 2005م / منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد البرلماني العربي: <http://www.arabipu.org/ArabIpuPublications.php>، وتاريخ زيارة الموقع هي: 23/3/2016م.
20. سعد الشتيوي، الحدود الدستورية للحصانة البرلمانية، 2009م، العدد الثالث، السنة الثالثة والثلاثون، مجلة الحقوق بجامعة الكويت، العاصمة - الكويت.
21. علوش - حازم، مدى توافق الحصانة البرلمانية مع الشريعة الإسلامية ومبدأ المساواة بين الأفراد، مقال منشور على الرابط الإلكتروني: <http://www.basrasy.com>، وتاريخ زيارة الموقع هي: 23/3/2016م.
22. نجيب شكر محمود، الحصانة البرلمانية ضد الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، العدد الأول، السنة الخامسة، دراسة منشورة في مجلة المحقق الحلي للدراسات القانونية والسياسية، منشورة على الرابط الإلكتروني: http://mouhakiq.com/papers/Lawj_paper_2014_71646474.pdf، وتاريخ زيارة الرابط هو: 5 أبريل 2016م.

ثالثاً: الدراسات الأكاديمية

23. الجبوري - عامر عياش عبد، الحصانة البرلمانية، رسالة ماجستير، 1995م، كلية القانون - جامعة بغداد، بغداد - العراق.
24. الخصاونة - مصطفى، الحصانة البرلمانية في الأنظمة النيابية المعاصرة، 2009م، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان - عمان - الأردن.

25. الشوابكة - إبراهيم كامل، الحصانة البرلمانية - دراسة مقارنة بين الأردن وبريطانيا، أبريل 1997م، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية، الجامعة الأردنية، الأردن.
26. بو مدين - أحمد، الحصانة البرلمانية - دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، 2014-2015م، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر.
27. شادية رحابة، الحصانة القضائية الجزائرية للمبعوث الدبلوماسي - دراسة نظرية تطبيقية، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي العام، 2005م-2006م، كلية الحقوق- جامعة باتنة، الجزائر.
28. د. شرون - حسينة، الحصانة البرلمانية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة محمد خيصر بسكرة، الجزائر، منشور على الرابط الإلكتروني للجامعة: <http://fdsp.univ-biskra.dz/images/revues/mf/r5/mf5a9.pdf>، وتاريخ زيارة الموقع هي: 23/3/2016م
29. مقابلة - عقل يوسف، الحصانات القانونية في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه، 1987م، جامعة القاهرة، القاهرة - مصر.
30. علي بن عبد المحسن التويجري، الحصانة البرلمانية ومدى إمكانية تطبيقها على أعضاء مجلس الشورى السعودي، مذكرة ماجستير، كلية الدراسة العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2004-2005م.
31. محمد عمر مراد، الحصانة البرلمانية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، 1435هـ-2015م، قسم القانون العام، الجامعة الإسلامية، غزة - فلسطين.

رابعاً: المراجع التشريعية

32. دستور مملكة البحرين الصادر في العام 2002 وتعديلاته ومذكرته التفسيرية.
33. المرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2002م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب.
34. المرسوم بقانون رقم (55) لسنة 2002م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى.

خامساً: مراجع أخرى

35. معلومات منشورة على الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة على الرابط الإلكتروني: <http://www.kna.kw/>
36. المرجع التشريعي، الفصل التشريعي الثالث (2010-2014م)، مجلس الشورى - مملكة البحرين.



استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية

استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية

توجه مملكة البحرين لفرض ضريبة
القيمة المضافة في ظل الاتفاقية
الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول
مجلس التعاون لدول الخليج العربية

حنان ريحان المضحكي

رئيس قسم شؤون اللجان التشريعية والخارجية وحقوق الإنسان

مجلس النواب - مملكة البحرين

توجه مملكة البحرين لفرض ضريبة القيمة المضافة في ظل الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

حنان ربحان المضحكي

رئيس قسم شؤون اللجان التشريعية والخارجية وحقوق الإنسان
مجلس النواب - مملكة البحرين

المخلص

بعد تطبيق مملكة البحرين لضريبة القيمة الانتقائية، وفي إطار توجهها لتطبيق ضريبة القيمة المضافة، وفي ظل انتفاء أية ممارسات ضريبية حالياً في مملكة البحرين، تهدف هذه الدراسة لتبيان موضوع الضرائب وأهميته، والنتائج المتوقعة جراء تطبيقها، والتطور التاريخي لفكرتها في المجتمع البحريني، واستقراء نصوص الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وتوضيح المعنيين بأحكام القوانين التي ستصدر نتيجة هذه الاتفاقية والمخاطبين بأحكامها وحقوقهم والتزاماتهم، وأثر تطبيق هذه الضريبة، وذلك من خلال المطالب القادمة.

Abstract

Following Bahrain's application of selective value- tax, and as part of its approach on applying VAT, and in the absence of any tax practices currently in the Kingdom of Bahrain, this study aims to clarify the issue of taxation and its importance, the expected results of its application, the historical development of its thinking in the Bahraini society, and to extrapolate the provisions of the unified value-added tax convention of the Gulf Cooperation Council States, and clarify the concerns of the provisions of the laws that will be issued as a result of this Convention and to address the provisions, rights and obligations, and the impact of the application of this tax, through the upcoming demands.

المقدمة

تعد الضريبة العامة من الإيرادات المنتظمة التي تحصلها الدولة من الأفراد دون اعتبار لرؤساهم بالالتزام بدفع هذه الضريبة، ودون تحديد أو توضيح أوجه صرفها لدافعيها بشكل مباشر.

ولعل مفهوم الضريبة مفهوم حديث على المجتمعات الخليجية بشكل عام، وعلى المجتمع البحريني بشكل خاص، حيث لم يعرف المجتمع البحريني في العصر الحديث فرض ضرائب مباشرة بتسمية الضريبة، وإنما كانت تفرض الرسوم وبعض الضرائب غير المباشرة، وذلك بسبب استقرار الأوضاع الاقتصادية وارتفاع أسعار النفط في مرحلة ما، ولكن بعد حدوث الأزمة المالية وبعض المتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وانخفاض أسعار النفط باعتباره الإيراد الأساسي للميزانية العامة للدولة لتغطية كافة أوجه الصرف والنفقات العامة، فقد لجأت الدولة في المرحلة الأولى لتغطية نفقاتها إلى الاقتراض، حيث وصل تقدير العجز في موازنة السنة المالية 2017 - 2018 في مجموعه إلى 11,523,373,000 دينار بحريني، وهذا مؤشّر خطير يستوجب التوقف وإعادة تقييم السياسة المالية للدولة، لذلك بات من المهم في هذه المرحلة مراجعة الإيرادات العامة للدولة، واستحداث إيرادات لا تثقل عاتق الدولة بمبالغ القروض وفوائدها، ولا تمس مستوى الحياة في المجتمع البحريني، وهذه أحد المبررات الأساسية التي دعت دول مجلس التعاون الخليجي للتوافق على فرض ضريبة القيمة المضافة وضريبة القيمة الانتقائية.

وستتناول في هذا البحث ضريبة القيمة المضافة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الضريبة وغاياتها وأنواعها

المطلب الثاني: الإطار الدستوري والقانوني لتوجه مملكة البحرين لفرض الضريبة

المطلب الثالث: الإطار العام للاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

المطلب الرابع: تطبيق ضريبة القيمة المضافة في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

المطلب الأول

مفهوم الضريبة وغاياتها وأنواعها

بالرجوع للتطور التاريخي للضريبة فقد بدأت بفكرة المنحة والتضامن، حيث تُدفع من الجماعات أو الأفراد إلى من يترأسها أو يقودها بإرادتهم الحرة، وبالتالي كان ينعقد فيها مفهوم الإلزام أو الإجبار، ولكنها تطورت حتى وصلت إلى الصورة الحالية بأن تكون ضريبة تُفرض بموجب القانون وتتسم بصفة الإلزام والجبر وتتطلب مساءلة الممتنع عن أدائها.

الفرع الأول

تعريف الضريبة وخصائصها

أولاً: مفهوم الضريبة العامة

عرف الفقيه الفرنسي Maurice الضريبة بأنها "المبلغ الذي تفرضه الدولة وتقتطعه بصورة مباشرة"⁽¹⁾. وعرفها جانب من الفقه بأنها "مبلغ من النقود تفرضه الدولة جبراً على أفراد المجتمع بصورة نهائية وبدون مقابل، وذلك بغرض تحقيق النفع العام"⁽²⁾.

ثانياً: خصائص الضريبة العامة

من خلال التعاريف التي استعرضناها في البند السابق يمكن الوقوف على الخصائص التي تتميز بها الضريبة، فالضريبة تتمثل في "مبلغ" فهي فريضة نقدية تدفع من المكلف للدولة، والخاصية الثانية تتمثل في كون الضريبة "فريضة إلزامية" يكلف الأفراد بها وتدفع جبراً للدولة، والدولة هي الجهة التي تحدد إطار فرضها، والفئة المكلفة بها، ومدة تطبيقها، ونسبتها، ووعاءها، وآليات تحصيلها، مما يعني أن للدولة الحق في التنفيذ الجبري على أموال المكلف للحصول على دين الضريبة في حالة امتناعه أو التهرب منها، لذلك يجب أن تفرض الضريبة بموجب قانون يقره البرلمان لتحديد مبلغها ووعائها وآليات تحصيلها.

كما أن الضريبة تدفع بصورة نهائية، حيث لا يمكن استرداد مبلغ الضريبة إلا في حالة دفعها بصورة مخالفة للقانون أو بسبب خطأ مادي،⁽³⁾ وهي تدفع بدون مقابل مباشر وذلك بخلاف الرسوم، حيث لا يحصل دافعوها على مقابل مباشر للمبالغ المدفوعة، وإنما تحصل الضرائب لتغطية النفقات العامة وتحقيق المصلحة العامة.

1. Maurice, DUVerGer: Finance Publique ,Parise ,1965,P201.

2. د. إبراهيم الحمود، د. خالد سعد زغلول حلمي، الوسيط في المالية العامة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1998، ص 209.

3. د. عادل أحمد حشيش، التشريع الضريبي المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 12.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للضريبة وأنواعها

أولاً: الأساس القانوني للضريبة

بالرغم من تباين مواقف الفقه لتبرير الضريبة ابتداء من النظرية العقدية⁽¹⁾ التي تعد تطبيقاً لنظرية العقد الاجتماعي، وصولاً إلى نظرية التضامن الاجتماعي والسيادة التي تبرر دفع الضريبة في الوقت الراهن باعتبار أن فرضها مظهرٌ من مظاهر سيادة الدولة، وهي تدفع في إطار نظرية التضامن الاجتماعي، وبالتالي تُفرض على جميع المكلفين دون تمييز، ويتم تحصيلها جبراً⁽²⁾، فقد برز أول تطبيق لها في المجتمعات الأوروبية في العصور القديمة حيث كانت تؤخذ الضريبة في صورة جزية تفرضها الجماعات المنتصرة على الجماعات التي هزمت، وفرضت ضرائب على المحاصيل الزراعية وعلى تواجد الأفراد على إقليم الدولة.⁽³⁾ ومع تطور فكرة النقود باتت الضرائب تُجبي بشكل مالي، وتطورت وانتشرت بزيادة الحروب عبر التاريخ، خصوصاً بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى، بسبب الكساد الذي حصل في سنة 1929م،⁽⁴⁾ وقد تم تطبيقها في فرنسا في عام 1948م.⁽⁵⁾

كما أن فرض الضريبة العامة محكوم بعدد من المبادئ تتمثل في العدالة والمساواة⁽⁶⁾ بمساهمة كل فرد في الدولة بحسب قدرته المالية، ويجب أن تكون الضريبة محددة على سبيل اليقين والوضوح، فتكون واضحة ومعلومة للمكلف والإدارة الضريبية،⁽⁷⁾ كما أنه يجب أن يتم تحصيل الضريبة في الوقت والطريقة المناسبة للمكلف، علاوة على أنه يجب أن تنظم القوانين أحكام الضريبة بحيث يتم إنفاق أقل مبلغ ممكن لتحصيلها،⁽⁸⁾ وتقدير وعاء الضريبة المتمثل في الموضوع أو المحل أو المادة التي تفرض عليها الضريبة.

ثانياً: تمييز الضريبة عن الرسوم

بالتمييز بين الرسم والضريبة فإن كلاً منها يدفع نقداً من الأفراد إلى الدولة، ويتفقان بوجود عنصر الإلزام باختلاف مداه، فالرسم يدفع جبراً عند اختيار الفرد الحصول على خدمة معينة، وبالتالي فالأفراد غير ملزمين بدفعها عند عدم رغبتهم بالحصول على هذه الخدمة العامة المقدمة من الدولة، بينما الضريبة يلتزم الأفراد بدفعها بغض النظر عن استفادتهم من الخدمة أو عدمها، كما تدفع الضريبة والرسم للدولة بصورة نهائية، والدولة لها حق الامتياز على أموال المدين بها عند التحصيل.

1. ومن أنصارها هويز، لوك، الفزيوكوات، جان كاك روسو، مونتسيكيو، ميرابو، ساي، بردون. (راجع د. إبراهيم الحمود، د. خالد سعد زغلول، مرجع سابق، ص 214).
2. د. زين العابدين ناصر، مبادئ علم المالية، الجزء الأول، 1991م، ص 108.
3. د. رفعت المحجوب، المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م، ص 188.
4. د. صالح إبراهيم المتوي، المالية العامة والتشريع المالي، مرجع سابق، ص 125.
5. Daniel, I. Mitchell, Beware The Value-Added Tax "Heritage Foundation. U.S.A, 2005, p45.
6. Adam Smith, The Wealth Of Nations, V, Ch 11 .P351.
7. د. عاطف صدقي، محمد الرزاز، المالية العامة، مرجع سابق، ص 118.
8. د. شريف رمسيس، مرجع سابق، ص 143.

وتباين الضريبة عن الرسم بأن الضريبة لا يمكن أن تفرض إلا بصدر قانون يقره البرلمان، أما الرسم فيفرض بناء على قانون، وسعر الرسم ثابت لجميع المستفيدين من الخدمة، بينما الضريبة تختلف من شخص لآخر بغض النظر عن الملائمة المالية للأفراد.

ثالثاً: أنواع الضرائب

الضرائب قد تكون ضرائب مباشرة، وقد تكون ضرائب غير مباشرة، والضرائب المباشرة هي الضرائب التي تفرض على عناصر الثروة تحت يد الممول، فهي تفرض بشكل مباشر على الدخل أو رأس المال أثناء وجودهم في حوزة الممول وقبل التصرف فيها، وتشمل:

1. **الضريبة على الدخل:** الضريبة التي تفرض على الأموال المتحركة للأفراد مثل الراتب، أرباح التجار وأصحاب المهن والأسهم، وما في حكمها.

2. **الضريبة على رأس المال:** الضريبة التي تفرض على الأموال التي يملكها المكلف في فترة زمنية معينة، مثل الضريبة على رأس المال التي تدفع من الدخل، الضريبة على رأس المال التي تقتطع جزءاً منه، والضريبة على التركات.

أما الضرائب غير المباشرة والتي تفرض عادة على عناصر الثروة عند التصرف فيها، فهي تفرض على التصرفات والمعاملات وعلى انتقال الثروة، فنجد أن الضريبة تتبع الثروة في تداولها أو استعمالها وتتمثل في:

1. **الضرائب على الاستهلاك:** هي ضريبة تفرض على مجموع ما ينفقه الشخص لشراء السلع والخدمات الاستهلاكية، وتتمثل في نوعين:

• **ضرائب على سلع معينة بالذات:** (الضرائب النوعية على الإنفاق) مثل الضرائب على الإنتاج والضرائب الجمركية.

• **ضرائب تفرض على كافة أنواع الاستهلاك:** (الضريبة العامة على الإنفاق) وهذا هو نوع الضرائب الذي سيتم تطبيقه في مملكة البحرين بعد الانضمام إلى الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ويتم فرض هذه الضريبة على الإنفاق في كل مرة يتم تداول سلعة معينة من مرحلة التصنيع حتى بيعها للمستهلك الأخير⁽¹⁾.

وقد يتم فرض الضريبة على الإنفاق مرة واحد بفرضها على إنتاج السلع، وتسمى الضريبة على الإنتاج، أو عند شراء المستهلك لها فتسمى ضريبة السلع المباعة أو الضريبة على المشتريات.

2. **الضريبة على التداول:** هي تلك الضرائب التي تفرض على تداول رؤوس الأموال بين الناس، أو على تصرفات قانونية معينة مثل: انتقال الملكية، ضريبة الدمغة⁽²⁾.

وما يعيننا من الطرح السابق هي ضريبة الاستهلاك باعتبارها الضريبة التي ستفرض في إطار الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

1. د. إبراهيم الحمود، د. خالد سعد زغلول حلمي، الوسيط في المالية العامة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1998، ص 315.

2. د. إبراهيم الحمود، د. خالد سعد زغلول حلمي، مرجع سابق، ص 304.

المطلب الثاني

الإطار الدستوري والقانوني لتوجه مملكة البحرين لفرض الضريبة

خلال هذا المطلب سنتعرض للتطور الدستوري والقانوني للتشريعات الضريبية في مملكة البحرين، واستعراض تطور التشريعات الضريبية في ظل دستور 1973، ومن ثم سنتناول الإطار القانوني للتشريعات الضريبية في مملكة البحرين.

الفرع الأول

التطور التاريخي للضرائب في مملكة البحرين

أولاً: مرحلة ما قبل صدور دستور دولة البحرين لعام 1973

موضوع الضرائب وفرضها ليس بالموضوع الحديث في العمل التشريعي في مملكة البحرين، فقد صدر أول مرسوم بفرض ضريبة الدخل في عام 1952، بموجب المرسوم رقم 8/1372 الذي أصدره -المغفور له بإذن الله- الشيخ سلمان بن حمد آل خليفة حاكم البحرين آنذاك، وكان ينص هذا المرسوم على فرض ضريبة دخل على أي مؤسسة بغض النظر عن مكان تأسيسها وتعمل مباشرة بإنتاج واستخراج النفط من الأراضي البحرينية أو استخراج المواد الهيدروكربونية الطبيعية الأخرى، وحددت نسبة ضريبة الدخل باحتساب 50% من دخل المؤسسة الخاضعة للضريبة، وتضمن هذا المرسوم تنظيماً لتعريف المؤسسة التي تنطبق عليها أحكامه، وحدد طريقة تعيين مدير الضرائب بتعيينه من الحاكم، وخصص موظفين للمدير لمعاونته في القيام بمهامه.

وفي عام 1955 صدر المرسوم رقم 80 لسنة 1955 حول ضريبة دخل البحرين، وجاءت فكرته مشابهة للمرسوم الصادر في 1952، وتُفرض على ذات الفئات التي تمارس نشاط إنتاج واستخراج النفط الخام من الأراضي البحرينية أو المواد الهيدروكربونية وبذات الآلية المتبعة في المرسوم سالف الذكر، ولكن تم تعديل هذا المرسوم بموجب المرسوم رقم 11 لسنة 1966 والذي جاء كجزء لا يتجزأ من المرسوم رقم 80 لسنة 1955 وبذات المخاطبين بأحكامه، ولكنه أضاف نشاطات أخرى تقوم بها المؤسسات وتستحق عليها الضريبة.

ويلاحظ أن توجه المشرع البحريني حتى عام 1966 انحصر في فرض الضرائب على المؤسسات (الأشخاص الاعتبارية) دون الأفراد، ولكن سرعان ما تغير هذا التوجه في عام 1968 بعد صدور قانون ضريبة بنزين السيارات للبحرين لسنة 1968 الذي حدد المخاطبين بأحكامه من الأفراد الذي يستعملون الطرق العامة في دولة البحرين "آنذاك"، ونص في البند الثاني منه على أن يتم جباية ودفع ضريبة البنزين عن جميع مبيعات بنزين السيارات في الأسواق المحلية في البحرين، وحدد البند الثالث منها على أن يتم استحصال ضريبة البنزين بمعدل 16.2/3 فلس على كل غالون أمريكي عادي من حجم 231 إنشاً مكعباً، وكان هذا القانون هو أول قانون يفرض ضرائب تطبق على الأفراد في مملكة البحرين.

ثانياً: مرحلة ما بعد صدور دستور دولة البحرين لعام 1973 وحتى صدور دستور مملكة البحرين المعدل لعام 2002 وتعديلاته

بعد مضي فترة زمنية من أول تطبيق للضرائب بدون إطار أو سند دستوري جاء دستور مملكة البحرين لعام 1973 بعد الانتخابات التي جرت في مملكة البحرين وإقراره من المجلس الوطني في تلك الحقبة، وتضمن الدستور النص على إنشاء الضرائب وتعديلها، وتحصيلها وفقاً للقانون في المادة (88) منه، وهذه المادة جاءت بالنص على "أ. إنشاء الضرائب العامة وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون. ولا يعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها إلا في الأحوال الميَّنة بالقانون. ولا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم والتكاليف إلا في حدود القانون.

ب. يُبين القانون الأحكام الخاصة بتحصيل الضرائب والرسوم وغيرها من الأموال العامة، ويجراءات صرفها.

ج. يبين القانون الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وإدارتها وشروط التصرف فيها، والحدود التي يجوز فيها التنازل عن شيء من هذه الأملاك".

وباستقراء نص هذه المادة الدستورية يتبين أن دستور مملكة البحرين لعام 1973 جاء بالنص على جواز إنشاء الضرائب وتعديلها وإلغاؤها بحكم القانون، والقانون ينص في متنه على حالات الإعفاء منها، وجاء التأكيد على عدم جواز فرض غير ذلك من الضرائب إلا وفقاً للقانون وفي حدود القانون، وهذا النص ورد حرفياً في دستور مملكة البحرين لسنة 2002 المعدل في المادة (107) من الدستور.

كما ورد في دستور 1973 في المادة (15) نصٌ يفيد بأن الضرائب والتكاليف العامة أساسها العدالة الاجتماعية، وأدائها يكون وفقاً للقانون، ونصت المادة ذاتها على أن القانون ينظم إعفاء الدخول الصغيرة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة، وجاء نص هذه المادة مطابقاً لنص المادة (15) من دستور مملكة البحرين المعدل لعام 2002، وقد خلت المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين المعدل من أي تفسير لهذه المواد.

ثالثاً: وضع مملكة البحرين الضريبي في الأوساط الاقتصادية الدولية

بالرجوع لواقع مملكة البحرين من تطبيق الأنظمة الضريبية في الأوساط الاقتصادية العالمية وفقاً للتقرير الاقتصادي العربي الموحد لعام 2016 فقد بلغ إجمالي الإيرادات الضريبية لمملكة البحرين خلال 2011 حوالي 120,6 مليون دينار، وفي 2015 بلغت النسبة 98,8⁽¹⁾، وقد ورد في ذات التقرير بأن معدل نمو الإيرادات الضريبية قد بلغت في 2012 نسبة 13.3% ولكنها شهدت انخفاضاً في عام 2015 لتبلغ 4.6-%، وقد وردت نسبة حصة الإيرادات الضريبية في الناتج المحلي لعام 2015 لمملكة البحرين ضمن الفئات المتدنية بالنسبة لبقية الدول العربية لتبلغ 0.8%.

ونظراً لكون الضرائب تغذي الخزينة العامة بإيرادات دورية مستمرة، حيث أثبتت الإحصائيات الأخيرة

1. استبيان السياسات والنظم الضريبية في الدول العربية والتقرير الاقتصادي العربي الموحد لعام 2016 الصادر من صندوق النقد العربي، راجع الموقع الإلكتروني: <http://www.amf.org.ae/ar/> تاريخ ووقت الدخول 28 نوفمبر 2017 الساعة 11:30 مساءً.

أنه بلغت إيرادات الضريبة أكثر من 46% في المتوسط في الدول العربية التي تطبق الضريبة على القيمة المضافة⁽¹⁾ لذلك تطبق العديد من دول العالم النظام الضريبي ضمن سياستها الاقتصادية، حيث تطبق ضريبة القيمة المضافة في أكثر من 180 دولة حول العالم مثل المملكة المتحدة، ودول الاتحاد الأوروبي، هذا بالنسبة لدول أوروبا، أما بخصوص دول آسيا فقد طبقتها جمهورية الصين الشعبية، واليابان.

الفرع الثاني

أهمية الضرائب وأهدافها

من المستبعد أن تتجه أي دولة في العالم لإثقال كاهل مواطنيها بأعباء مادية غير ضرورية نظراً لتبعات هذا الأمر على جميع الأصعدة، ولذلك بالرجوع للضرائب العامة نجد أن الدولة تنفق المبالغ المتحصلة من الضرائب على تغطية النفقات العامة وإشباع الحاجات العامة، وبالرجوع للدساتير والقوانين التي صدرت خلال القرن الثامن عشر فقد أكدت على ذلك منعاً لإساءة استخدام حصيللة الضرائب لإشباع حاجات فئات محددة في المجتمع دون الشعب بأسره⁽²⁾.

لذلك فالضريبة تحقق عدة أهداف مهمة تتمثل في

1. أداة تنتج مردوداً عالياً للدولة: وذلك متى ما حققت أكبر حصيللة ممكنة، وتم تحصيلها بأقل قدر من النفقات الإدارية، وبالتالي يستخدم هذا المردود لتغطية النفقات العامة الأساسية من خدمات التعليم والصحة والأمن وما في حكمها، وتجويد نوعية الخدمات المقدمة لدافعي الضرائب⁽³⁾، وبالنسبة لضريبة القيمة المضافة فإنها وعلى الرغم من حداثة تطبيقها إلا أنها أصبحت مصدراً رئيسياً للإيرادات في معظم دول العالم، حيث تمثل ربع الإيرادات الضريبية وما يقارب 5% من إجمالي الناتج المحلي، وبلغ عدد الدول التي تطبق ضريبة القيمة المضافة 108 دول في العالم حتى عام 2016⁽⁴⁾.

2. كما تتميز الضريبة بأنها أداة تحكم، ولهذا فإنها أداة مثالية للتحكم في الوضع الاقتصادي في حالة الكساد، حيث يتم تخفيف الضرائب أو زيادة الإعفاءات، أما في حالة التضخم من خلالها يمكن خلق حالة من الاستقرار بالتحكم في الأوضاع الاقتصادية التي تتسم بأنها حالات طارئة مثل التضخم والركود الاقتصادي، ففي حالة الركود الاقتصادي يتم تخفيف الضرائب أو زيادة الإعفاءات لتحريك القطاع التجاري، وفي حالة التضخم يتم خفض الإنفاق من خلال زيادة الضرائب، وتقليل الإعفاءات وذلك يؤثر على الطلب الكلي.

3. أداة لتشجيع الأنشطة الاقتصادية التي تلبى حاجات وخطط الدولة الاقتصادية، وأداة للحد من

1. تقرير صندوق النقد العربي، النظم الضريبية وضريبة القيمة المضافة في الدول العربية، أبو ظبي، الإمارات، مايو 2017، ص15.

2. د. رفعت محبوب، مرجع سابق، ص193.

3. د. عاطف صديقي، د. محمد الرزاز، مرجع سابق، ص121.

4. United States Council for International Business, <http://www.uscib.org/valueadded-taxes-vat-ud-1676/>, 2016.

نشاطات اقتصادية معينة أو زيادتها، فعلى سبيل المثال تستطيع الدولة أن تقدم تسهيلات لشركائها التجاريين من خلال استفادتهم من الإعفاءات الجمركية على بعض الأنشطة مثل اتفاقيات الإعفاءات الجمركية، لذلك فقد تم اعتبار شرط اعتماد ضريبة القيمة المضافة كأحد شروط الانضمام إلى عضوية الاتحاد الأوروبي، وهذا ما ساعد على انتشار هذه الضريبة والتسويق لها ضمن خطط الإصلاحات الضريبية في دول العالم⁽¹⁾.

4. تعد الضرائب أحد الأدوات المهمة التي تساعد على **زيادة** رأس المال، لأنه في ظل فرضها سيتوجه أفراد المجتمع للدخار بدلاً من التوجه للإنفاق على السلع غير الضرورية.

5. كما أن الضريبة تحقق **توازناً** في ميزان المدفوعات وحماية الصناعات الوطنية، من خلال إعفاء أي سلعة وطنية من الضرائب عند تصديرها، وفي المقابل فرض الضريبة على السلعة ذاتها عند استيرادها⁽²⁾.

كما أن للضرائب أهمية من الناحية الاجتماعية، فهي:

1. تعد الضريبة من الأدوات التي يمكن أن تستغل لزيادة عدد السكان في الدول التي يعد فيها النمو الديمغرافي منخفضاً من خلال تقديم بعض الإعفاءات بنسبة تتزايد مع عدد أفرادها⁽³⁾.

2. تعد الضرائب من الإيرادات التي يمكن أن تحقق التوازن في عملية التنمية من خلال إقامة المشروعات التنموية في المناطق التي لم تتل نصيبها من التطوير في مشاريع البنى الأساسية.

3. تعد الضرائب من الوسائل التي تحقق **العدالة الاجتماعية** من خلال إعادة تدوير الدخل بين المواطنين.

4. للضرائب أيضاً أهمية تتعلق بالحد من استهلاك **السلع الضارة** بالصحة، حيث بدأت الدول تتوجه حالياً لفرض الضريبة الانتقائية على المشروبات الغازية والتبغ والمشروبات الروحية ومشروبات الطاقة وبعض السلع التي في حكمها.

المطلب الثالث

الإطار العام للاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

على إثر انضمام دول مجلس التعاون الخليجي للاتفاقية الاقتصادية بين دول مجلس التعاون لسنة 2001، للوصول إلى مرحلة متقدمة من مراحل التكامل الاقتصادي، وتعزيز اقتصاد دول المجلس من خلال استكمال مراحل الوحدة الاقتصادية، صدرت موافقة المجلس الأعلى في الدورة السادسة والثلاثين المنعقدة في الرياض في الفترة من 9 - 10 ديسمبر لعام 2015 على فرض ضريبة للقيمة المضافة بنسبة أساسية قدرها 5% تفرض على معاملات استيراد وتوريد السلع والخدمات في كل مرحلة من مراحل الإنتاج والتوزيع.

1. كمال حمدان، الآثار الاقتصادية لضريبة القيمة المضافة، المؤتمر العلمي الدولي السابع، بيروت، 1999، ص 65.

2. د. إبراهيم الحمود، د. خالد سعد زغلول حلمي، الوسيط في المالية العامة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1998، ص 234.

3. د. خالد سعد زغلول، مبادئ الاقتصاد السياسي، جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص 435.

الفرع الأول

مبررات توجه مملكة البحرين لفرض ضريبة القيمة المضافة

باعتبار مملكة البحرين جزءاً لا يتجزأ من منظومة دول مجلس التعاون الخليجي، وتعمل في إطار تشريعي متواءم مع توجهات دول مجلس التعاون التي يربطها، وهذا ما أكد عليه دستور مملكة البحرين في مقدمته بالنص على أن التعديل الدستوري لعام 2002 جاء معززاً لانتماء مملكة البحرين إلى الأمة العربية المجيدة، وارتباطه بمجلس التعاون لدول الخليج العربية ارتباطاً حاضراً ومصيرياً.

كما جاءت الفقرة (ب) من المادة (10) في دستور مملكة البحرين بالنص على "ب- تعمل الدولة على تحقيق الوحدة الاقتصادية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ودول الجامعة العربية، وكل ما يؤدي إلى التقارب والتعاون والتآزر والتعاقد فيما بينهما".

ونظراً للتحديات المشتركة التي بانت تواجه دول المنظومة الخليجية التي دعتمهم للتوجه لأنظمة الضريبة، مثل ضريبة القيمة المضافة، وضريبة القيمة الانتقائية، ومن أهم هذه التحديات:

أولاً: الأسباب المتعلقة بالشؤون الداخلية

1. مما لا شك فيه أنه كان للانخفاض السريع في أسعار النفط الذي تعتمد عليه معظم دول مجلس التعاون كمصدر أساسي للإيرادات لتمويل موازنتها العامة، أثر كبير على قدرة الدول لتغطية مشاريعها ونفقاتها وخططها التنموية، مما حدا بالدول للاقتراض، إلا أن سقف الدين العام خصوصاً في مملكة البحرين بدأ بالارتفاع إلى نسب غير مقبولة، مما ترتب عليه التوجه لإعمال النظام الضريبي كمصدر من مصادر الدخل التي يمكن أن تغطي هذه الفجوة دون أن ترتب أي زيادة في سقف الدين العام.

2. توجه الدول لتنويع مصادر الإيرادات وتغير سياساتها المالية أمام عجز إيرادات النفط المتدنية لتغطية النفقات العامة للدولة وانخفاض نسب تدفقات المنح الخارجية.

3. اضطراد نسبة النمو الديمغرافي على اختلاف أسبابه الطبيعية أو السياسية وتأثير ذلك على مستوى الخدمات المقدمة سواء في قطاع التعليم أو الصحة والخدمات الاجتماعية الأخرى ومدى قدرة هذه القطاعات على تغطية جميع الشرائح المستفيدة من خدماتها بالمستوى المطلوب، وبالتالي زيادة الإنفاق لتغطية ذلك.

4. توجه الدول لتنمية وتطوير المناطق التي تحتاج لتطوير البنى التحتية والمراكز الخدمية، الأمر الذي يتعذر تحقيقه إلا بإيجاد مصادر تغطي هذه النفقات.

5. تزايد أوجه الصرف الحكومي في الشؤون المتعلقة بالأمن والعدالة في المجتمع.

ثانياً: الأسباب المتعلقة بالشؤون الخارجية

1. انضمام مملكة البحرين لاتفاقية التجارة الحرة، وتوجه الدول لتحرير التجارة وإقامة مناطق التجارة الحرة مما أدى لتراجع المردود المالي للمعاملات الجمركية خصوصاً بعد انضمام مملكة البحرين لعدد

كبير من اتفاقيات تجنب الازدواج الضريبي مع مختلف دول العالم ووفقاً للقانون الضريبي الدولي فإن التشريعات الوطنية للدول يجب أن تقر أنظمة ضريبية خاصة بها لكي لا تعيق تنفيذ اتفاقيات الازدواج الضريبي.

2. أهمية إيجاد إطار موحد للأنظمة الضريبية في المنظومة الخليجية لارتباطها من الناحية الاقتصادية، لتحصيل نسب أكبر منها والوصول إلى مرحلة مرضية من الامتثال الضريبي.

3. الشركات المتعددة الجنسية تخضع لضرائب في دولة المقر عن جميع إيراداتها حتى لو كانت تحققت في دولة لا تطبق النظام الضريبي، مما يعني خسارة هذه الدولة للمردود المتحقق على إقليمها ودفعه لدولة المقر.

ثالثاً: أسباب متعلقة بضريبة القيمة المضافة

لعل من أهم مبررات توجه العديد من الحكومات لتطبيقها يتمثل في مزايا فرض هذه الضريبة، وهي كالآتي:

1. سهولة دفعها وتحصيلها نظراً لتضمينها في سعر السلعة أو الخدمة، وبالتالي انخفاض تكلفة تحصيلها، ووفرة حصيلتها لكثرة عدد المكلفين بها وتوسع نطاقها، وندرة حالات التهرب الضريبي فيها.

2. مرونة هذه الضريبة وإمكانية تطبيقها بدون المساس بمستوى معيشة ذوي الدخل المحدود، على الرغم من تأثرها بالأوضاع الاقتصادية.

3. تشجيع عملية تصدير السلع، كون معظم السلع المصدرة معفاة من الضرائب،⁽¹⁾ كما أن العبء الضريبي للسلع المحلية يكون عادة متقارباً مع العبء الضريبي الذي تحمله السلع المستوردة.⁽²⁾

4. سهولة الرقابة الذاتية بين المسجلين، ويحد من إشكاليات التهرب الضريبي، فالمكلفين المسجلين في التنظيم الإداري المعني بالضرائب والذين لديهم خبرة في عملية الحسابات الضريبية والتعاملات التجارية، سيقدّمون تقاريرهم الضريبية بشكل موثوق، كما سيقوم المكلفون بتنظيم سجلات أو قوائم ضريبية مفصلة لكل معاملة تجري مع مكلف أو مكلفين آخرين كمبيعات نهائية، الأمر الذي يحقق الرقابة الذاتية.⁽³⁾

5. تطبيق ضريبة القيمة المضافة من شأنه أن يوسع نطاق استخدام القوائم الرسمية، وسيوفر فرصة جيدة لتحصيل ضرائب أخرى مستقبلاً، كون هذه السجلات ستوفر قاعدة بيانات واضحة للسلطة المالية المختصة، وبالتالي سيتم الاطلاع على دخل العمل التجاري مباشرة.⁽⁴⁾

1. غازي عبدالرزاق النقاش، المالية العامة، تحليل أسس الاقتصاديات المالية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 1997، ص 41.

2. McLaren Study, Quarterly Economic Performance: A Long - Term Comparative Study" Quarterly Economic Commentry 28 (2) , 2003 , 42-48.

3. محمد حلو الخرسان، استخدام الوصفة العملية للحد من التهرب الضريبي، مجلة القادسية، العدد الرابع، جامعة القادسية، 1998، ص 12.

4. محمد حلو الخرسان، تحسين الإذعان الضريبي عن طريق نظام التقدير الذاتي في العراق بالمقارنة مع الدول المتقدمة، بحث مقدم لمؤتمر الإصلاح الضريبي، المنعقد في الفترة (21-22) نوفمبر 2006 ووزارة المالية، الدائرة الاقتصادية، بغداد، 2007، ص 11.

• تقييم هذه المزايا:

إن تطبيق هذه الضريبة يحتاج لتقييم موضوعي، كونها ستؤثر بشكل مباشر على ذوي الدخل الثابت، الأمر الذي يتطلب تقييم وضعهم وتصحيحه بشكل عملي وواقعي، أضاف إلى ذلك أن حصيلة هذه الضريبة متغيرة تزيد أو تنخفض حسب الوضع الاقتصادي، وبالتالي فلن تحقق غاياتها في حالة الركود الاقتصادي أو الأزمات الاقتصادية والمالية، كما أن من شأن فرضها أن يؤدي إلى ارتفاع تكلفة المعيشة ولو بشكل طفيف بالنسبة للأفراد الذين يعتمدون بشكل عام في معيشتهم على البضائع الخاضعة للضريبة.

ومن مزايا ضريبة القيمة المضافة أنها تُضمّن في سعر السلعة، الأمر الذي يصعب عملية الرقابة بشكل تام على مردودها ومراقبة أوجه صرفها.

من جانب آخر تعد هذه الضريبة ضريبة معقدة نوعاً ما من الناحية الواقعية، وتتطلب إيجاد نظام محاسبي متطور تتعامل معه الشركات والمؤسسات، وبالتالي فإن الشركات التي ستعتمد على نظام محاسبي متطور ستدفع الضرائب كاملة، بينما الشركات التي تعتمد على أنظمة غير متطورة سيسهل عليها عملية التهرب الضريبي.⁽¹⁾

وبالنسبة لفرضها على الواردات والسلع المحلية فجباية الضريبة عن الواردات يكون لمرة واحدة، بينما فرضها وجبايتها على السلع المحلية يكون في كل مرحلة من مراحل الإنتاج حتى وصولها للمستهلك النهائي، وبالتالي ترتفع تكلفة تحصيلها على السلع المحلية.

الفرع الثاني

توجه مملكة البحرين للانضمام للاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة

بناء على ما تم في جلسة المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية في دورته السادسة والثلاثين المنعقدة في الفترة من 9-10 ديسمبر 2015، التي عقدت برئاسة خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز آل سعود، ملك المملكة العربية السعودية، وبحضور جلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة ملك مملكة البحرين، وحضور أصحاب السمو أمير دولة الكويت، وأمير دولة قطر، وبحضور صاحب السمو نائب رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة، وصاحب السمو نائب رئيس الوزراء لشؤون مجلس الوزراء في سلطنة عمان، حيث تم التطرق أثناء مناقشة محور الشؤون الاقتصادية والتنمية لتوصية المجلس الوزاري في دورته الـ(137) التحضيرية بشأن موافقة وزراء المالية بدول المجلس (لجنة التعاون المالي والاقتصادي) حول ضريبة القيمة المضافة والضريبة الانتقائية بدول المجلس، فقد قرر المجلس الأعلى بشأن موضوع ضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية أن تقوم دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بشكل موحد بفرض ضريبة للقيمة المضافة بنسبة أساسية قدرها 5%.

كما قرر المجلس تفويض لجنة التعاون المالي والاقتصادي باستكمال جميع المتطلبات اللازمة لإقرار

1. غازي عبدالرزاق النقاش، مرجع سابق، ص 41.

الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والتوقيع عليها في موعد أقصاه منتصف عام 2016، وتحديد جدول زمني لجهازية تطبيق دول المجلس لهذه الضريبة، على أن يتم البدء في التطبيق مطلع عام 2018 وتمنح الدول التي لم تستكمل إجراءاتها الداخلية مهلة أقصاها حتى بداية عام 2019.

ونص القرار على أن تصادق دول المجلس على الاتفاقية حسب الإجراءات الداخلية المتبعة في كل دولة، الأمر الذي يتطلب بعد التوقيع عليها أن يتم عرض مشروع قانون بالتصديق عليها على مجلسي النواب والشورى.

ونص القرار على أن تعد الاتفاقية نافذة اعتباراً من إيداع وثيقة تصديق الدولة الثانية من دول مجلس التعاون لدى الأمانة العامة لمجلس التعاون بالنسبة للدول الموقعة عليها، وأن تقوم كل دولة بإصدار نظام محلي لضريبة القيمة المضافة على أن يعكس النظام الأحكام المشتركة الواردة في الاتفاقية.

وبالتالي فإن التزام مملكة البحرين بفرض هذه الضريبة جاء بناء على اتفاقية ضريبة ترتب حقوق وواجبات للدولة التي انضمت لها، وهذه الاتفاقية تعد ملزمة للدولة الموقعة عليها بموجب المادة 26 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، ويتم أثناء تطبيقها تنفيذ مبدأ المعاملة بالمثل، وهذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي تحقق أقصى مردود من هذه الاتفاقيات، ومملكة البحرين وقعت عليها ولكنها لن تصبح نافذة إلا بإقرارها وفقاً للأنظمة الداخلية في مملكة البحرين.

وقد تضمنت الاتفاقية تفصيلاً لآلية التعاون بين الدول الأعضاء من حيث تبادل المعلومات وواجب الدول باستحداث نظام خدمة إلكتروني لغايات فرض الضريبة وتحصيلها، والأحكام الانتقالية المتعلقة باستحقاق ضريبة القيمة المضافة، ومهل تسجيل الخاضعين للضريبة، وآلية الاعتراضات والطعون سواء للجهة الإدارية المعنية أو المحاكم، والنزاعات بين الدول الأطراف، واقتراحات تعديل الاتفاقية.

أولاً: مضمون الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة

تتألف الاتفاقية من خمسة عشر باباً، حيث خصص الباب الأول للتعريف والأحكام، والباب الثاني للتوريدات ضمن نطاق الضريبة، أما الباب الثالث فجاء بتحديد مكان توريد السلع والخدمات، أما الباب الرابع فحدد تاريخ استحقاق الضريبة، والخامس عالج موضوع احتساب الضريبة، وقد أفرد الباب السادس للاستثناءات بشكل عام، والباب السابع تطرق للاستثناءات عند الاستيراد، أما الباب الثامن فقد حدد الأشخاص الملزمين بسداد الضريبة، والباب التاسع تطرق لخصم الضريبة، أما الباب العاشر فقد نظم الالتزامات، وخصص الباب الحادي عشر للمعالجات الخاصة لاسترداد الضريبة، والباب الثاني عشر عالج موضوع تبادل المعلومات بين الدول الأعضاء، والباب الثالث عشر نص على أحكام انتقالية، حيث منحت الاتفاقية سلطة تقديرية للدولة العضو بالنص على أحكام انتقالية في تشريعاتها الداخلية مع مراعاة البنود الواردة في هذه المادة، والباب الرابع عشر وضع آليات الاعتراضات والطعون، وحُصص الباب الخامس عشر للأحكام الختامية.

ثانياً: المخاطبون بأحكام الاتفاقية والتزاماتهم ونطاق سريانها

عرف الباب الأول الضريبة بأنها: ضريبة القيمة المضافة التي تفرض على استيراد وتوريد السلع

والخدمات في كل مرحلة من مراحل الإنتاج والتوزيع وتشمل التوريد المفترض.

وعرف الشخص بأنه "أي شخص طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص، أو أي شكل من أشكال الشراكة"، وعرفت الخاضع للضريبة بأنه "الشخص الذي يزاول نشاطاً اقتصادياً بصفة مستقلة بهدف تحقيق الدخل، ويكون مسجلاً أو ملزماً بالتسجيل لغايات الضريبة وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية".

كما تطرق هذا الباب لتعريف التاجر الخاضع للضريبة بأنه "الشخص الذي يزاول نشاطاً اقتصادياً بصفة مستقلة بهدف تحقيق الدخل، ويكون مسجلاً أو ملزماً بالتسجيل لغايات الضريبة وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية"، وعرفت الاتفاقية النشاط الاقتصادي بأنه: "النشاط الذي يُمارس بصورة مستمرة ومنظمة ويشمل النشاط التجاري، أو الصناعي، أو الزراعي، أو المهني، أو الخدمي، أو أي استعمال ممتلكات مادية أو غير مادية، وأي نشاط مماثل آخر".

وجاء تعريف العميل في الباب ذاته بأنه "الشخص الذي يتلقى سلعاً أو خدمات". والمورد بأنه "الشخص الذي يقوم بتوريد سلع أو خدمات".

وقد جاءت الاتفاقية بالنص صراحة على التزامات الأشخاص الملزمين بسداد الضريبة، فالخاضع للضريبة يلتزم بسدادها على السلع أو الخدمات الخاضعة للضريبة في الدولة العضو التي يقع فيها مكان التوريد الذي سنتطرق لبيانها في المحاور اللاحقة، وكل شخص يذكر مبلغ الضريبة على فاتورة يصدرها يكون ملزماً بسدادها للجهات الضريبية المختصة.

وإذا كان مكان التوريد في دولة عضو ولكن لا يقيم فيها المورد، فالعميل يكون ملزماً بسدادها في دولته، وتسدد الضريبة بموجب الإقرار الضريبي أو بالصورة التي تحددها كل دولة انضمت للاتفاقية.

ويكون الشخص المعين أو المعترف به كمستورد ملزم بسداد الضريبة المستحقة عن الاستيراد. وفيما يخص نطاق سريانها فقد عرفت الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية إقليم دول المجلس بأنها: "جميع أقاليم الدول الأعضاء"، وعرفت المجلس بأنه "مجلس التعاون لدول الخليج العربية".

وجاءت المادة الثانية من الاتفاقية للنص على نطاق تطبيق الضريبة، حيث نصت على أن تطبيقها في إقليم دول المجلس، وتفرض على المعاملات التالية:

1. التوريدات الخاضعة للضريبة من قبل الخاضع للضريبة في إقليم الدولة العضو.

2. تلقي العميل الخاضع للضريبة سلعاً وخدمات موردة له من قبل شخص غير مقيم وغير خاضع للضريبة في الدولة العضو، في الحالات التي تطبق فيها آلية الاحتساب (التكليف العكسي).

3. استيراد السلع من قبل أي شخص.

وورد تعريف التوريد بأنه: أي شكل من أشكال توريد السلع والخدمات بمقابل وفقاً للحالات المنصوص عليها في الباب الثاني من هذه الاتفاقية.

وعرفت السلع بأنها: جميع أنواع الممتلكات المادية (الأصول المادية) وتشمل المياه وجميع أنواع الطاقة بما في ذلك الكهرباء والغاز والإضاءة والحرارة والتبريد وتكييف الهواء.

المطلب الرابع

تطبيق ضريبة القيمة المضافة في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

في هذا المطلب سنتطرق لمفهوم ضريبة القيمة المضافة ووعائها وتقديرها وتاريخها ومكان استحقاقها، وعدد من الموضوعات ذات العلاقة بتطبيقها.

الفرع الأول

مفهوم ضريبة القيمة المضافة ووعاؤها وتقديرها

ضريبة القيمة المضافة هي الضريبة التي تفرض على الفارق بين سعر التكلفة وسعر بيع المنتج، وتعد من الضرائب غير المباشرة التي تفرض على جميع السلع والخدمات إلا ما يستثنى منها بالأكية التي ينص عليها القانون، وتفرض على معظم توريدات السلع والخدمات التي يتم شراؤها وبيعها.

وبما أنها ضريبة تفرض على المستهلك النهائي وتحصل منه، قد يثور تساؤل حول سبب تسميتها بـضريبة القيمة المضافة عن تسميتها بـضريبة الاستهلاك، ونجد الإجابة في كون هذه الضريبة تسري على الإنتاج في كل مراحله، ولكنها لا تمس إلا القيمة المضافة على قيمة الإنتاج، بمعنى أنها ضريبة تفرض على الفرق بين السعر الذي تباع به السلع والخدمات المنتجة، وبين تكاليف المستخدمة الإنتاجية التي استخدمت في إنتاج هذه السلع والخدمات، وذلك في كل مرحلة من مراحل الإنتاج.⁽¹⁾

وقد حددت الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية نسبة ضريبة القيمة المضافة التي تبلغ 5% من قيمة المبيعات، بما معناه فرض خمسة دنانير كضريبة للقيمة المضافة على كل مائة دينار من المشتريات أو الخدمات المنصوص عليها في القانون، كما يجب أن يتضمن السعر المعلن عنه في السوق المحلي للسلع والخدمات ضريبة القيمة المضافة.⁽²⁾

أما عن وعاء الضريبة فهو الموضوع أو المحل أو المادة التي تفرض على الضريبة، ويتم تقديره بعدة طرق، فإما أن تقوم الإدارة بتقدير المادة الخاضعة للضريبة بنفسها من خلال عدة طرق، مثل طريقة المظاهر الخارجية⁽³⁾ أو طريقة التقدير الجزافي⁽⁴⁾ أو طريقة التقدير الإداري المباشر⁽⁵⁾ والوسيلة الثانية عن

1. رسول راضي حربي، منطقة التجارة العربية الحرة والإمكانيات الذاتية وتحديات العولمة، بحث مقدم إلى ندوة العولمة والمستقبل العربي، بيت الحكمة، 1999، ص 142.

2. المادة (25) من الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

3. طريقة المظاهر الخارجية: تقوم الإدارة باستنتاج مقدار الوعاء الضريبي من خلال العلامات والمظاهر الخارجية الواضحة التي تدل عليه. (راجع د. مجدي شهاب، أصول الاقتصاد العام، المالية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004).

4. طريقة التقدير الجزافي: يقوم المشرع بتحديد المادة الخاضعة للضريبة جزافاً. (راجع د. شريف رمسيس تكلأ، الأسس الحديثة لعلم مالية الدولة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978).

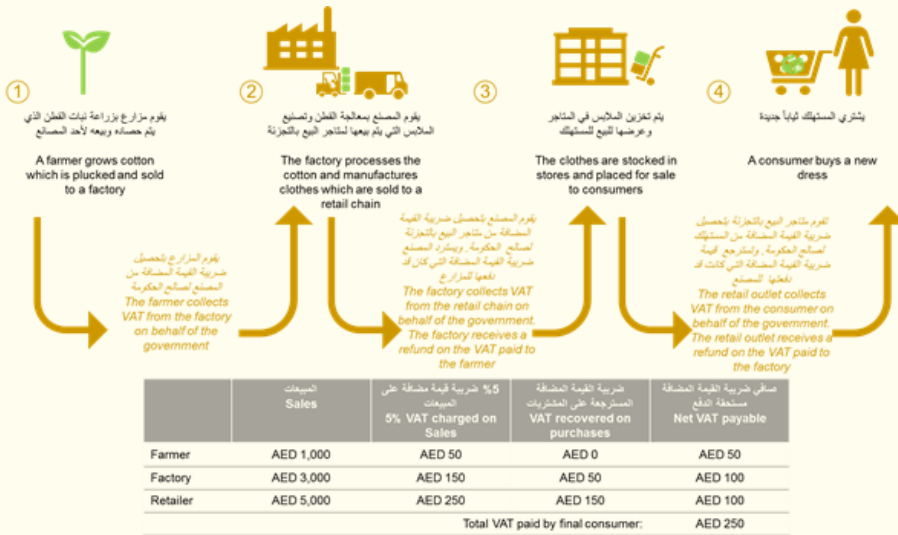
5. طريقة التقدير الإداري المباشر: هذه الطريقة يترك المشرع للإدارة المالية المختصة صلاحية تقدير دخل المكلف دون تقييد هذه الصلاحيات بعلامات أو قرائن معينة (راجع د. منصور ميلاد يونس، مبادئ المالية العامة، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1997، الطبعة الثالثة).

طريق التقدير بواسطة الأفراد من خلال إقرار المكلف بنفسه أو بواسطة الغير مثل رب العمل ومن في حكمه، ومن الطبيعي أن يعد التقدير في موضوع الدراسة (ضريبة القيمة المضافة) تقديراً إدارياً، كونه لا يوجد لدى الإدارة أي خيار إلا التطبيق بعد الانضمام للاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

ووفقاً للاتفاقية محل البحث فإنه سيتم فرض ضريبة القيمة المضافة على توريد البضائع أو الخدمات التي تقدمها الشركات أو البضائع المستوردة من خارج دول الخليج المسجلة أو القابلة للتسجيل لغرض ضريبة القيمة المضافة، حيث سيكون التسجيل إلزامياً إذا كانت قيمة الإيرادات للشركة خلال سنة تتجاوز 37500 دينار بحريني، وتركت الاتفاقية المجال للشركات للتسجيل الطوعي فيما دون ذلك.

وتحديد قيمة السلع المستوردة يكون وفقاً للقيم الجمركية المحددة في نظام قانون الجمارك الموحد، بالإضافة إلى الضرائب الاتقائية والرسوم الجمركية أو أي أعباء أخرى.

وبعد تحديد وعاء الضريبة في هذه المرحلة يمكن أن نتطرق لسعر الضريبة، والذي يتمثل في مقدار نسبتها للمادة الخاضعة للضريبة، وتحديد سعر الضريبة قد يكون من خلال طريقة الضرائب التوزيعية وهي التي لا يحدد المشرع سعرها، وإنما يحدد الحصيلة الكلية للضريبة مقدماً، أو طريقة الضريبة القياسية التي تطبق على أكثر من وجه أيضاً، والتي تعد ضريبة القيمة المضافة تطبيقاً لها، فتم تحديدها بنسبة مئوية محددة وثابتة لا تتغير بتغير قيمة المادة الخاضعة للضريبة⁽¹⁾.



النتج الصافي = يتم تحصيل ضريبة القيمة المضافة من خلال سلسلة التوريد ويحمل المستهلك النهائي التكلفة
Net result = VAT is collected through the chain and the end-consumer bears the cost

رسم توضح آلية احتساب ضريبة القيمة المضافة⁽²⁾

1. درفعت المحجوب، المرجع السابق، ص300.

2. راجع الموقع الإلكتروني: <https://www.mof.gov.ae/Ar/budget/Pages/VATQuestions.aspx> تاريخ 1 أكتوبر 2017، الساعة 12:00 صباحاً.

الفرع الثاني

مبادئ وآلية فرض ضريبة القيمة المضافة

فرض ضريبة القيمة المضافة سيكون على كل سلسلة من مراحل التوريد والإنتاج وصولاً إلى تداولها "المستهلك"، والمشرع لا يختار سلعاً معينة بالذات لكي يخضعها لهذا النظام على غرار ضريبة القيمة الانتقائية، وإنما تفرض على استهلاك كافة السلع والخدمات، إلا السلع المستثناة بحكم القانون أو المعفية.

ويحكم فرض هذه الضريبة عدد من المبادئ التي يجب أن تتحقق، وتتمثل في:

أولاً: مبدأ الوجهة: بموجبه تحدد الضريبة الكلية المدفوعة على سلعة محددة على أساس معدل الضريبة التي يتم تحصيلها في منطقة الاختصاص التي يتم فيها البيع النهائي مع استحقاق الإيراد لهذه المنطقة⁽¹⁾.

ثانياً: مبدأ المنشأ: ويقصد بهذا المبدأ وجوب تسديد الضريبة للبلد المنتجة للسلعة بالمعدل المطبق في هذه البلد، وليس البلد المستهلك لها، أو بالمعدل المطبق فيها⁽²⁾.

وتباحث آلية تطبيق ضريبة القيمة المضافة يستوجب تحديد تاريخ استحقاقها والمكان الذي تستحق فيه، والاختلافات بين السلع التي تورد حسب تصنيفات الاتفاقية بتطبيق نسب الضريبة عليها أو إعفائها، وذلك ما سنتطرق له خلال البنود التالية:

أولاً: تاريخ استحقاق ضريبة القيمة المضافة

بالنسبة لتاريخ استحقاق الضريبة فقد جاءت الاتفاقية بالنص على تاريخ استحقاق الضريبة في الباب الرابع منها، بالنص على استحقاقها في تاريخ توريد السلع أو الخدمات أو في تاريخ إصدار الفاتورة الضريبية أو في تاريخ استلام المقابل بشكل جزئي أو كلي في حدود المبلغ المستلم أيهما أسبق.

بمعنى آخر فإن تاريخ توريد السلع والخدمات يحتسب من تاريخ وضع السلع بتصرف العميل في المعاملات المتعلقة بتوريد السلع بدون النقل أو الإرسال، وإذا ما تم توريد السلع مع النقل أو الإرسال فيكون من تاريخ البدء بالنقل أو الإرسال⁽³⁾، أو من تاريخ اكتمال تركيب السلع أو تجميعها فيما يتعلق بمعاملات توريد السلع مع التركيب أو التجميع، أو من تاريخ اكتمال أداء الخدمات، أو من تاريخ وقوع أي من خدمات التوريد المفترض في المادة (8) الواردة في الاتفاقية، كما تحتسب الضريبة بالنسبة للتوريدات ذات الطابع المتتابع التي تتطلب إصدار فواتير أو سداد بشكل متتابع عند تاريخ الفاتورة أو تاريخ السداد الفعلي.

ومنحت الاتفاقية للدولة الحق في تحديد تاريخ استحقاق الضريبة بالنسبة للتوريدات غير الواردة في النصوص السابقة.

1. لويس حبيقة، ضريبة القيمة المضافة: ماذا تضيف، مجلة المقاول، العدد 60، لبنان، أيلول 2000، ص 9.

2. لويس حبيقة، مرجع سابق، ص 9.

3. المادة (23) من الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، نوفمبر 2016.

كما نصت الاتفاقية على إمكانية تسوية قيمة الضريبة بتاريخ لاحق لتاريخ التوريد إذا تم إلغاء التوريد أو رفضه كلياً أو جزئياً، أو تخفيض قيمة التوريد، أو عدم تحصيل المقابل جزئياً أو كلياً وفقاً للشروط المطبقة على الديون المعدومة في كل دولة عضو.

الديون المعدومة

يمكن للمنشآت غير القادرة على تحصيل ديونها أن تخفض ضريبة المخرجات السابق الإقرار عنها إذا تحققت الشروط الأساسية التالية:

 <p>يتوجب على المنشأة الخاضعة للضريبة الحصول على إفادة من محاسب قانوني معتمد لتأكيد شطب الدين</p>	 <p>استحقاق الديون 12 شهر على الأقل</p>
 <p>أن يكون التوريد مع شخص غير مرتبط</p>	 <p>أن يكون قد سبق الإقرار عن هذه الضريبة وسدادها</p>

وفي حال تخطي قيمة الدين 100 ألف ريال، يجب اتخاذ إجراءات قانونية إضافية تثبت إجراء المطالبة

لمزيد من التفاصيل يمكنكم الاطلاع على اللائحة التنفيذية، الفصل السابع، المادة 40



صورة توضيحية لاستحقاق الديون المعدومة⁽¹⁾

ثانياً: مكان التوريد

أ. مكان توريد السلع

لتحديد مكان التوريد فإن السلع المستوردة يجب أن تكون موردة إلى دولة عضو من أعضاء مجلس التعاون الخليجي لغرض الاستهلاك المحلي، وكذلك البضائع المستوردة من دولة عضو من خارج دول الخليج، والسلع المصدرة من دولة عضو إلى خارج دول الخليج (بنسبة صفرية)، وأيضاً التوريدات العابرة للحدود داخل دول الخليج بين شركات مسجلة في ضريبة القيمة المضافة (الرسوم العكسية)⁽²⁾، وبالتالي فإن مكان التوريد هو مكان توريد السلع الذي يتم دون نقلها أو إرسالها في مكان وجودها بتاريخ وضعها بتصريف العميل، هذا بالنسبة لتوريد السلع بدون النقل، أما توريدها مع النقل فيكون مكان التوريد في مكان وجودها عند بدء النقل أو الإرسال، هذا بالنسبة للأصل، واستثناء من ذلك فإن مكان التوريد في الدولة التي ينتهي فيها نقل السلع أو الإرسال إذا كان العميل خاضعاً للضريبة، أو إذا كان العميل غير

1. راجع الموقع الإلكتروني: <https://www.vat.gov.sa/ar/about-vat/law-regulations> وقت وتاريخ الدخول: الثلاثاء 14 نوفمبر 2017، الساعة 9:38 مساءً.

2. **الاحتساب العكسي:** إجراء تسيطي يتجنب الحاجة إلى تسجيل الموردين الأجانب في الدولة الخليجية التي يتم فيها توريد الخدمات، ومعاملة خدمات المورد على أنها مقدمة في الدولة العضو التي يقيم فيها المتلقي، ويجب على المتلقي أن يكون مسؤولاً عن أي ضريبة على القيمة المضافة.

خاضع للضريبة ولكن المورد مسجل في الدولة التي يقيم فيها العميل أو ملزم بالتسجيل.

ويكون مكان توريد السلع التي يتم نقلها أو إرسالها دون تجميع أو تركيب من قبل مورد مسجلاً لغايات الضريبة في دولة عضو لصالح عميل غير مسجل في دولة عضو أخرى شريطة عدم تجاوز هذه التوريدات خلال سنة مبلغ 37500 دينار في مكان وجود السلع بتاريخ بدء النقل أو الإرسال.

ويكون مكان التوريد في مكان وجود السلع في حالة عدم إثبات نقل السلع من دولة عضو إلى دولة أخرى من خلال تطبيق الالتزامات المنصوص عليها في المادة (6) من الاتفاقية والقوانين المحلية التي صدرت تطبيقاً لها.

وفي حالة توريد السلع بدون النقل أو الإرسال ثم ثبت لاحقاً أنه تم نقلها أو إرسالها فإنه يحق للدولة استرداد الضريبة من الدولة العضو التي بدأ النقل أو الإرسال فيها.

وخصت الاتفاقية حالة توريد الغاز والنفط والمياه والكهرباء بأحكام خاصة، حيث يعد مكان توريد الغاز والنفط والماء من خلال نظام التوزيع عبر خطوط الأنابيب وتوريد الكهرباء خاضعاً للضريبة مقر تأسيسه في دولة عضو إلى تاجر خاضع للضريبة في مقر التأسيس في دولة عضو أخرى، ويعد مكان توريد الغاز والنفط والماء من خلال نظام التوزيع عبر خطوط الأنابيب وتوريد الكهرباء لشخص لا تنطبق عليه صفة التاجر وخاضع للضريبة واقعاً في مكان الاستهلاك الفعلي.

ب. مكان توريد الخدمات

الأصل أنه يعد مكان توريد الخدمات في محل إقامة المورد إذا كان خاضعاً للضريبة، واستثناء من ذلك فإن مكان التوريد يقع في محل إقامة العميل إذا تم من قبل مورد خاضع للضريبة لصالح عميل خاضع للضريبة.

وقد أفردت الاتفاقية أحكاماً خاصة للحالات التالية:

1. خدمات تأجير وسائل النقل: حيث يعد مكان وضع وسائل التأجير والنقل تحت تصرف العميل بين مورد خاضع للضريبة وعميل غير خاضع للضريبة.
2. توريد خدمات نقل السلع والركاب: يعد مكان بدء النقل هو مكان التوريد.
3. توريد خدمات مرتبطة بالعقارات: ويكون مكان توريدها في أماكن تواجد هذه العقارات.
4. توريد خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية والخدمات الموردة إلكترونياً: يعد مكان التوريد في مكان الاستعمال الفعلي لهذه الخدمات والاستفادة منها.
5. توريد الخدمات الأخرى مثل: خدمات المطاعم والفنادق والخدمات الثقافية والفنية والرياضية والتعليمية والترفيهية والخدمات المرتبطة بالسلع المنقولة الموردة من مورد خاضع للضريبة مقيم في دولة عضو إلى عميل غير خاضع للضريبة يكون مكان التوريد في مكان التنفيذ الفعلي لها.

ثالثاً: تقسيم السلع الخاضعة لضريبة القيمة المضافة

منحت الاتفاقية دول مجلس التعاون حق التعامل مع بعض القطاعات أو السلع والخدمات بإعفاؤها من الضرائب أو تطبيق المعدل الصفري.

1. ضريبة القيمة المضافة (المعدل المعياري):

يطبق المعدل المعياري (ضريبة القيمة المضافة بنسبة 5%) على جميع التوريدات ما لم ينص صراحة في القانون على خلاف ذلك.

2. النسبة الصفرية:

تناول الباب السادس من الاتفاقية حق استثناء بعض القطاعات أو إخضاعها للضريبة بنسبة الصفر بالمائة، وشملت هذه القطاعات (التعليم، الصحة، العقارات، النقل المحلي، القطاع النفطي والمشتقات النفطية، والغاز وأيضاً البضائع والسلع التي تورد للحكومات الأجنبية والمنظمات الدولية والهيئات والبعثات الدبلوماسية).

وبالنسبة للسلع الغذائية فإنها تخضع لنسبة الصفر بالمائة ولكن ليس بمجملها وإنما تطبق على السلع الوارد في قائمة سلع موحدة يتم إقرارها من لجنة التعاون المالي والاقتصادي لدول مجلس التعاون، وكذلك بالنسبة لتوريدات الأدوية والأجهزة الطبية فتطبق عليها النسبة الصفرية وفقاً للضوابط التي تقرها لجنة وزراء الصحة وبعد اعتماد لجنة التعاون المالي والاقتصادي لمجلس التعاون الخليجي.

وكذلك بالنسبة لمعاملات نقل السلع والركاب من دولة عضو إلى دولة عضو أخرى، وتوريد الخدمات المرتبطة بالنقل، والنقل الدولي للسلع والركاب من وإلى إقليم دول مجلس التعاون، وتوريد الخدمات المرتبطة بالنقل، فهي تخضع للنسبة الصفرية، وكذلك البضائع التي تورد لخارج الدول الخليجية من دولة خليجية أخرى فتتم معاملتها بمعدل صفري، وأيضاً توريد الذهب والفضة والبلاتين الاستثماري.

ومنحت المادة (33) من الاتفاقية الخيار لكل دول بفرض ضريبة القيمة المضافة بنسبة صفرية لتوريد وسائل النقل البحري والجوي والبري المخصصة لنقل السلع والركاب لأغراض تجارية، وتوريد السلع والخدمات المرتبطة بتوريد وسائل النقل سالف الذكر والمخصصة لتشغيل أو تصليح أو صيانة أو تحويل تلك الوسائل أو لاحتياجات وسائل النقل أو حمولاتها أو ركابها.

ومورد السلع ذات المعدل الصفري ليس له الحق باسترداد جميع الضرائب التي يتكبدها من أجل صنع السلع ذات التصنيف الصفري ولكنه يدفع ضريبة مخرجات صفرية، وبالتالي فلا يتم تحصيل الضريبة بشكل تراكمي من سلسلة الإنتاج للمستهلك النهائي كونه لا يتحملها إلا المورد في هذه الحالة.

وعموماً فإن المعدل الصفري عادة يطبق على القطاعات التي لها أثار اجتماعية، وتمس بشكل مباشر حياة أفراد المجتمع.

3. السلع المعفاة:

جاءت الاتفاقية بالنص على إعفاء المعاملات التالية من ضريبة القيمة المضافة:

1. السلع المستوردة إذا تم توريدها إلى دولة من دول المجلس تكون معفاة من الضريبة أو تدفع عليها النسبة الصفرية.

2. استيراد السلع الخاضعة للإعفاءات التالية (الدبلوماسية، العسكرية، الأمتعة الشخصية التي يحضرها المقيمون في الخارج للإقامة في البلاد لأول مرة، مستلزمات الجمعيات الخيرية التي لا تهدف لتحقيق الربح، السلع المعادة، أمتعة المسافرين الشخصية والهدايا، مستلزمات ذوي الاحتياجات الخاصة).

بالنسبة للسلع المعفاة فإنه إذا تم توريد سلع معفاة فالمصنع يعامل معاملة المستهلك الأخير، ولا يتحمل ضريبة القيمة المضافة ولكنه لا يسترد ضريبة السلع التي دفعها على المواد الأولية التي وردها الخاضعة للضريبة.

وقد جاء دستور مملكة البحرين واضحاً في أن يكون الإعفاء من أداء الضرائب العامة بحكم القانون (المادة 107) فقرة (أ))، ويجب أن يكون نطاق الإعفاءات محدوداً وينصب على عدم المساس بمستوى معيشة ذوي الدخل المحدود.

معالجة ضريبة القيمة المضافة على السلع والخدمات

نسبة الضريبة	ضريبة المخرجات	ضريبة المدخلات
خاضع للنسبة الأساسية	5%	تخصم
خاضع بنسبة صفر	0%	تخصم
معفاة	لا شيء	لا تخصم*
خارج نطاق الضريبة	غير قابل للتطبيق	غير قابل للتطبيق

* يوجد حالات استثنائية قابلة للتخصم

لمزيد من التفاصيل، الإتفاقية الموحدة لدول مجلس التعاون الخليجي، الفصل الخامس، المادة 25 المنشورة في صفحة النظام واللوائح التنفيذية من الموقع الإلكتروني

آلية استحقاق نسب الضريبة بحسب تصنيفها⁽¹⁾

1. راجع الموقع الإلكتروني: <https://www.vat.gov.sa/ar/about-vat/law-regulations> وقت وتاريخ الدخول: الثلاثاء 14 نوفمبر 2017، الساعة 10:00 مساءً.

رابعاً: التسجيل في ضريبة القيمة المضافة والتزامات الخاضع للضريبة

1. التسجيل الإلزامي:

الخاضع للضريبة إذا كان مقيماً في دولة عضو في مجلس التعاون ويمارس عملاً تجارياً ملزماً بأن يسجل لأغراض ضريبة القيمة المضافة إذا كانت قيمة توريده 37500 دينار سنوياً.

وإذا كان غير مقيم في دولة عضو يكون ملزماً بالتسجيل بغض النظر عن قيمة توريده، ويحق للخاضع للضريبة الذي يقوم بتوريد سلع خاضعة للضريبة الصفرية أن يطلب استثناءه من التسجيل.

2. التسجيل الاختياري:

يحق لغير الملزم بالتسجيل إذا كان مقيماً في دولة عضو يمارس نشاطاً تجارياً ويقوم بتوريدات تزيد عن نصف مبلغ 37500 دينار سنوياً.

ويحدد رقم تعريف ضريبي لكل شركة مسجلة ، ويحق للشركات المسجلة أن تطلب إلغاء تسجيلها في حالة توقفها عن مزاولة النشاط التجاري، أو توقفها عن توريد سلع أو خدمات خاضعة للضريبة، وفي حالة انخفاض قيمة التوريدات الخاضعة للضريبة عن حد التسجيل الاختياري.

كما يقع على عاتق الخاضع للضريبة إصدار فاتورة ضريبة أو مستند مماثل عند توريده للسلع والخدمات، ويجب أن تتضمن هذه الفاتورة عملة الدفع وبيان سعر السلعة أو الخدمة وقيمة الضريبة وبيان نوع السلعة أو الخدمة وتاريخها والبيانات الأخرى التي تحددها كل دولة عضو، ويلتزم الخاضعون أيضاً بحفظ هذه الفواتير لمدة لا تقل عن خمس سنوات أو للمدة المنصوص عليها في التشريع المحلي إذا كان لمدة أطول من ذلك.

ويعد انخفاض قيمة التوريد الخاضع للتسجيل الإلزامي والاختياري منخفضاً نسبياً، الأمر الذي قد يؤدي إلى زيادة نفقات تحصيل هذه الضريبة.

خامساً: الإقرارات الضريبية

منحت الاتفاقية سلطة تقديرية لكل دولة بتحديد الفترات الضريبية الخاصة بها على ألا تقل عن شهر، وتحدد كل دولة عضو مدد وشروط وضوابط تقديم الخاضع للضريبة لإقرار ضريبي عن كل فترة ضريبية، وتحدد الشروط والضوابط التي تمنح الخاضع للضريبة الحق بتعديل الإقرار الضريبي المقدم مسبقاً، ومدد وشروط وضوابط سداد الضريبة الصافية المستحقة السداد من قبل الخاضع للضريبة.

تسهيل إجراءات الإمتثال للمنشآت المتوسطة والصغيرة

يمكن للمنشآت التي لا تزيد إيراداتها السنوية السابقة أو اللاحقة عن 5 ملايين ريال أن تستخدم نظام المحاسبة وفقاً للأساس النقدي، حيث يشمل الإقرار الضريبي فقط ضريبة المخرجات والمدخلات المتعلقة بالسلع والخدمات المسددة فعلاً.



المحاسبة على
الأساس النقدي

يمكن استخدام فاتورة ضريبية مبسطة في حال كانت قيمة الفاتورة أقل من 1000 ريال سعودي، ويجب أن تتضمن تاريخ الإصدار واسم المورد وعنوانه ورقم تعريفه الضريبي ووصف السلع والخدمات المقدمة والمقابل واجب السداد وقيمة ضريبة القيمة المضافة المستحقة أو بيان أن السعر يشمل الضريبة.



تبسيط
الفواتير

تقوم المنشآت المسجلة التي لا تتخطى إيراداتها السنوية > 40 مليون ريال بتقديم إقرار ضريبي ربع سنوي.



تقديم الإقرار
الضريبي

سيتم إعفاء المنشآت الخاضعة للضريبة والتي لا تتجاوز إيراداتها السنوية > 1,000,000 ريال سعودي من متطلبات التسجيل الإلزامي حتى 20 ديسمبر 2018.



الإعفاء من
التسجيل

(1)

الفرع الثالث

التنظيم الإداري المعني بإدارة وتحصيل وتنفيذ الضرائب

في إطار توجه دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لفرض ضريبة القيمة المضافة، فإن كل دولة يجب أن تحدد الملامح الأساسية لإدارة الضرائب من خلال تحديد نوع الهيئة أو الإدارة أو التنظيم الإداري المعني بتحصيل الضرائب، وتوفير الموارد البشرية الملائمة، والمؤهلة للقيام بهذه العملية، وإجراءات التحصيل والرقابة وتسوية الدعاوى القضائية في هذا الشأن، علاوة على عدد من المتطلبات الأساسية التي تعينها على القيام بمهامها ودورها على أتم وجه.

ويجب أن يراعى في إنشاء هذا التنظيم الإداري بتشكيله من مجموعة من المختصين في الشأن الضريبي ومنهم التدريب الكافي لتغطية مهامهم وبأقل قدر من التكاليف، لذلك يجب أن يحدد القانون المنشئ لها نوع الرقابة الذي تخضع له، لتقييم مدى جدواه وقياس تكاليف إدارته والفرق بينه وبين مردود الضريبة.

ويلاحظ في الدول التي تطبق أنواع الضرائب الأخرى مثل ضريبة الدخل فإنها تشيئ مصلحة أو دائرة معنية بالضرائب العامة، وبالتالي فهي تشيئ إدارة معنية أو ما يقابلها ضمن الدائرة أو المصلحة أو الهيئة المعنية بالضرائب، معنية بضريبة القيمة المضافة أو تشيئ إدارة معنية بالقيمة المضافة ضمن الجهة المعنية بالجمارك وشؤون الجمارك، أو أن يكون إنشاء جهة متكاملة معنية بضريبة القيمة المضافة، وكل دولة تختار التنظيم الذي يوائم موقع هذا التنظيم الإداري، على الرغم من أن معظم الخبراء يرون أن أفضل

1. راجع الموقع الإلكتروني: <https://www.vat.gov.sa/ar/about-vat/law-regulations> وقت وتاريخ الدخول: الثلاثاء 14 نوفمبر

وسيلة لإنشاء تنظيم معني بضريبة القيمة المضافة أن يكون هذا التنظيم ضمن الهيئة العامة للضرائب⁽¹⁾ كون إنشاء التنظيم الإداري المعني بضريبة القيمة المضافة -وهو ملحق بالهيئة المعنية بشؤون الجمارك- يواجه العديد من العيوب أهمها أن إدارة هذا التنظيم يحتاج لخبرات محاسبية متخصصة وليس موظفين إداريين مدربين على أمور أمنية أو فنية، كما أن إنشاء إدارة منفصلة قائمة بذاتها لضريبة القيمة المضافة وشؤونها أيضاً توجّه أثار العديد من الملاحظات أهمها تشتيت الدور الضريبي للإدارة العامة للضرائب، ولكن هذا الأمر من الممكن تصوره في الدول التي تطبق أنواعاً أخرى من الضرائب⁽²⁾، ولكن ضمن توجهات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، فمن المتصور تطور الأنظمة الضريبية خصوصاً بعد إقرار الضريبة الانتقائية، مما يتطلب البدء من الصورة الكبرى بإنشاء إدارة معنية بالضرائب العامة وإنشاء دائرة أو إدارة متخصصة في ضريبة القيمة المضافة، ليترك الأمر مرناً أمام توجه الجهات المعنية والتطورات الاقتصادية والخليجية.

ويتم تحصيل ضريبة القيمة المضافة من خلال الدفع المباشر من قبل المكلف ولو أن هناك نمط تراشي معين ولكنها تدفع من المكلف نفسه من البداية⁽³⁾، وقد أقرت المادة (17) من قانون الميزانية العامة البحريني على أن يكون لدين الضريبة امتياز على بقية الديون بعد المصروفات القضائية، كما لا تقبل المقاصة بالنسبة لدين الضريبة، ويمكن السماح بتحصيل الضرائب جبراً بالطريق الإداري (التنفيذ المباشر) دون الحاجة للجوء للقضاء.

وقد أقرت بعض التشريعات الضريبية حق الاسترداد، حيث يمكن للمكلف أن يدفع الضريبة متى ما استحققت عليه بموجب حكم القانون، وإذا اعترض عليها يمكنه طلب المعارضة في فرض الضريبة أو مقدارها، أو أن يطلب استرداد ما دفعه دون وجه حق، ولكن هذا التوجه كان محل انتقاد من الفقه كونه يمس حقوق الأفراد باللجوء للقضاء، وبالتالي وجد المشرع الفرنسي مخرجاً لهذه الحالة باستحداث نظام التأجيل أو وقف التحصيل إذا تحققت اشتراطات معينة⁽⁴⁾.

وبالرجوع لنصوص الاتفاقية فقد نصت على حق استرداد الضريبة في الباب الحادي عشر منها وذلك في الحالات التالية:

1. الشخص المقيم في إقليم دول مجلس التعاون: يحق لكل شخص مقيم في دول مجلس التعاون استرداد قيمة ضريبة دفعها في دولة عضو أخرى وفق شروط وضوابط محددة.

2. الشخص غير المقيم في مجلس التعاون: في حالة عدم قيامه بتوريد أي سلع أو خدمات خاضعة لأحكام هذه الاتفاقية والقوانين المحلية، وألا يكون مسجلاً لغايات ضريبية في بلد إقامته، وأن تكون الضريبة يتحملها شخص غير مقيم في أي دولة عضو لغايات نشاطه الاقتصادي.

1. جورج أوغريه، الضريبة على القيمة المضافة، ملحق القانون التطبيقي للضريبة، ترجمة كامل مجيد سعادة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2002، ص 125.

2. جورج أوغريه، مرجع سابق، ص 125.

3. د. صالح إبراهيم المتيوي، مرجع سابق، ص 201.

4. د. قدرى عطية، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 1960، ص 169، راجع أيضاً د. محمد أحمد عبدالرؤف، المنازعات الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 258.

3. السياح: للسائح استرداد الضريبة وفقاً للضوابط التي تقرها التشريعات المحلية لكل دولة عضو، بشرط ألا يكون السائح مقيماً في دولة عضو وأن يكون من غير أعضاء طاقم الطيران في الرحلات المغادرة لدولة عضو.

4. الحكومات الأجنبية والمنظمات الدولية والهيئات والبعثات الدبلوماسية: منحت الاتفاقية السلطة التقديرية لكل دولة عضو لتحديد شروط وضوابط منح هذه الجهات حق استرداد الضريبة على السلع والخدمات في الدولة العضو على ضوء اتفاقيات الدولة التي أبرمتها أو شرط المعاملة بالمثل.

كما يجب أن يُخول القانون المحلي موظفي السلطة الضريبية حق الاطلاع على كافة الأوراق والمستندات الخاصة بالمكلفين لتمكينهم من القيام بدورهم الرقابي على الإقرارات المقدمة من المكلفين.

وبالاطلاع على تجارب الدول الخليجية التي انضمت للاتفاقية فقد كانت دولة الإمارات العربية المتحدة هي الدولة السباقة لتطبيقها، حيث تم إنشاء الهيئة الاتحادية للضرائب واعترف لها المرسوم بقانون الاتحادي رقم (13) لسنة 2016 بالشخصية الاعتبارية، ومنحها المرسوم كافة الاختصاصات اللازمة لإدارة وتحصيل الضرائب والغرامات وتطبيق الإجراءات الضريبية والقوانين والأنظمة ومتابعة سداد الالتزامات المالية، وتطبيق اتفاقيات منع الازدواج الضريبي، علاوة على البت في طلبات التسجيل وفقاً للقانون وتوفير كافة متطلبات ذلك، وصدر المرسوم بقانون اتحادي رقم (8) لسنة 2017 بشأن ضريبة القيمة المضافة ولائحته التنفيذية.

ومنح المرسوم بقانون للهيئة سلطة اقتراح التشريعات المتعلقة بمجال عملها، وأناط بها مهمة إيداع الضرائب والغرامات المحصلة في حساب مستقل لتصرف في أوجه الصرف التي يقرها مجلس الوزراء بناء على توصيتها وبالتفاه مع الحكومة.

كما أن دولة الإمارات العربية المتحدة بصدد إصدار عدد من التشريعات ذات العلاقة بهذا القانون تمهيداً لتطبيق ضريبة القيمة المضافة في 1 يناير 2018:

1. قانون للإدارات الضريبية.

2. قانون ضريبة الشركات.

3. قانون في شأن ضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون.

4. قانون بشأن فرض رسوم على التحويلات المالية من داخل الدولة.

كما قامت المملكة العربية السعودية بإكمال مهمة تحصيل ضريبة القيمة المضافة لصندوق الزكاة والدخل⁽¹⁾ حيث يعمل الصندوق بتطبيق نظام ضريبة القيمة المضافة واللائحة التنفيذية الصادرة له وبين النظام التزامات الصندوق وواجباته، والمخاطبين بأحكامه وحقوقهم وواجباتهم، كما تم إصدار ميثاق الخاضعين لضريبة القيمة المضافة، وتضمن هذا الميثاق إرشادات أساسية لما يقع على عاتق الخاضعين للضريبة على نحو يضمن تنفيذها بسلاسة ومرونة.

1. راجع الموقع الإلكتروني: <https://www.vat.gov.sa/ar/about-vat/taxpayer-charter#1> تاريخ ووقت الدخول 14 نوفمبر 2017، الساعة 11:30 مساءً.

الخاتمة

تطرقنا خلال المحاور السابقة لاستقراء نصوص الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وعرجنا على أحكامها والمخاطبين بها ونطاق تطبيقها.

وتم تقييم جدوى الانضمام لهذه الاتفاقية من حيث تأثير مستوى المعيشة للأفراد في المجتمع البحريني، وتأثيرها في مستوى الخدمات الأساسية المقدمة للأفراد، وتوصلنا للنتائج والتوصيات التالية:

1. وضع مملكة البحرين السياسي بوحدة إقليمها ووحدة حكومتها، وصغر المساحة الجغرافية من العوامل التي لها تأثير كبير في نجاح تجربة فرض الضرائب في مملكة البحرين، لوحدة التشريعات التي تصدر بشأنها وسهولة الرقابة والتحصيل.

2. مسألة فرض الضرائب على الأفراد كما تبين لنا خلال البحث وخصوصاً في المجتمع البحريني، تحتاج لتسويق من خلال استراتيجية توعوية شاملة لبيان ماهيتها وآلية تطبيقها وأسباب فرضها، وتأثير تحصيلها، وتسخير كافة وسائل التواصل الاجتماعي والإعلام المرئي والمسموع والمكتوب والوسائل التقنية للتسويق لضريبة القيمة المضافة للوصول لحالة الامتثال الضريبي قبل تطبيقها بوقت كاف بطريقة يمكن استيعابها لجميع أفراد المجتمع بطريقة مبسطة ومختصرة، وتحفيز أفراد المجتمع البحريني للحرص على دفعها كواجب وطني لما فيه من مردود على خزينة الدولة وملازمة أثرها على الواقع بتطوير وارتقاء مستوى الخدمات المقدمة وتحقيقاً للتكافل الاجتماعي.

3. عقد ورش ودورات متخصصة تستهدف الخاضعين للضريبة، وتوعيتهم بآلية التسجيل في قاعدة بيانات ضريبة القيمة المضافة، ويتم من خلالها بيان واجب هذه المنشآت بدفع الضريبة وآلية تحصيلها، والسجلات والقوائم الضريبية وآلية حساب نسب الضريبة، والتعامل مع الجهة الإدارية المعنية باستخدام الوسائل التقنية.

4. إيجاد خطوط ساخنة لحماية المستهلك أو الخاضع للضريبة للإبلاغ عن أي شكوك حول تهرب ضريبي أو عدم الإذعان الضريبي سواء من المستهلك أو الشركات أو أي طرف معني أو ذي علاقة.

5. التقييم الدوري والمستمر للنظام الضريبي وكفاءة الجهاز الضريبي، ومواكبة أحدث ما توصلت إليه التجارب المقارنة بهذا الشأن.

6. تصميم برامج تدقيق محاسبي أو ضريبي متطورة لتغطية الخاضعين للضريبة وجباية الضريبة بأقل قدر من النفقات والكوادر البشرية ومراعاة تخصيص وقت ملائم لتدقيق حالات المطالبة باسترجاع الضريبة.

7. توفير كوادر بشرية متخصصة في العمل الضريبي وتدريبها تدريباً مستمراً وكافياً لرفع كفاءتها.

8. أهمية الالتفات للتجارة الإلكترونية نظراً لسهولة التهرب الضريبي في هذا الجانب، وهذا ما تطرقت إليه المادة (20) من الاتفاقية، ولذلك فإن القانون المحلي الذي سيطبق تفيذاً لهذه الاتفاقية يجب أن يكون واضحاً ومفصلاً في تغطية هذا الجانب.

9. بذل كافة الاستعدادات ورفع كفاءة الجهات المعنية بالضريبة مثل وزارة المالية والجمارك والمنافذ

الحدودية للدولة، وتوفير آلية لقياس تدفق البضائع في المناطق الحدودية بطريقة تقدم نتائج واقعية وعملية، وهذا ما تطرقت إليه المواد (5) و(6) و(7) من الاتفاقية.

10. الحاجة لتشكيل نظام رقابة صارم للرقابة على أسعار الخدمات والسلع الخاضعة للضريبة لمنع التاجر من رفع قيمة السلعة أو الخدمة للحصول على مكاسب وتغطية نفقاته، وإيجاد نظام رقابي فعال خلال فترة قبل فرض الضريبة لمنع التاجر من سحب السلع من السوق لحين فرض الضريبة والاستفادة من ذلك بعد فرضها وهذا ما حصل في فترة ما قبل تطبيق ضريبة القيمة الانتقائية.

11. إيجاد تنظيم ضريبي ملائم للمشروعات الصغيرة والمتوسطة ضمن المنظومة الضريبية.

12. أهمية تطبيق الإعفاءات الضريبية على كل ما يتعلق بتطوير البحوث والتنمية.

المصادر والمراجع

أولاً: المراجع

المراجع العربية:

1. د. إبراهيم الحمود، د. خالد سعد زغلول حلمي، الوسيط في المالية العامة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1998.
2. جورج أوغريه، الضريبة على القيمة المضافة، ملحق القانون التطبيقي للضريبة، ترجمة كامل مجيد سعادة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 2002.
3. د. خالد سعد زغلول، مبادئ الاقتصاد السياسي، جامعة الكويت، الكويت، 1998.
4. د. رفعت المحجوب، المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
5. د. زين العابدين ناصر، مبادئ علم المالية، الجزء الأول، 1991.
6. د. شريف رمسيس تكلا، الأسس الحديثة لعلم مالية الدولة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
7. د. صالح إبراهيم المتيوي، المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني، جامعة البحرين، 2010.
8. د. عادل أحمد حشيش، التشريع الضريبي المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
9. د. عاطف صدقي، مبادئ المالية العامة والتشريع المالي، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1964.
10. غازي عبدالرزاق النقاش، المالية العامة، تحليل أسس الاقتصاديات المالية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 1997.
11. د. قدري عطية، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 1960.
12. د. مجدي شهاب، أصول الاقتصاد العام، المالية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004.
13. د. محمد أحمد عبدالرؤوف، المنازعات الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.
14. د. منصور ميلاد يونس، مبادئ المالية العامة، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1997، الطبعة الثالثة.

المراجع الأجنبية :

1. Adam Smith, The Wealth Of Nations, V, 1976.
2. Simon Games, Tax Compliance, Self – Assessment and Tax Administration, University of Exeter, Clinton Alley, New Zealand, 2006, p 78.
3. Daniel, I.Mitchell, Beware The Value-Added Tax “Heritage Foundation. U.S.A,2005.
4. Maurice, DUVerGer: Finance Publique, Parise, 1965.
5. McLaren Study, Quarterly Economic Performance: A Long – Term Comparative Study“ Quarterly Economic Commentary 28 (2), 2003.

ثانياً: البحوث العلمية وأوراق العمل والمقالات:

1. كمال حمدان، الآثار الاقتصادية لضريبة القيمة المضافة، المؤتمر العلمي الدولي السابع، بيروت، 1999.
2. لويس حبيقة، ضريبة القيمة المضافة: ماذا تضيف، مجلة المقاول، العدد 60، لبنان، أيلول 2000 .
3. محمد حلو الخرسان، استخدام الوصفة المعملية للحد من التهرب الضريبي، مجلة القادسية، العدد الرابع، جامعة القادسية، 1998.
4. محمد حلو الخرسان، تحسين الإذعان الضريبي عن طريق نظام التقدير الذاتي في العراق بالمقارنة مع الدول المتقدمة، بحث مقدم لمؤتمر الإصلاح الضريبي، المنعقد في الفترة (22-21) نوفمبر 2006 وزارة المالية، الدائرة الاقتصادية، بغداد، 2007.

ثالثاً: الدساتير والقوانين:

• الدساتير:

1. دستور مملكة البحرين 1973.
2. دستور مملكة البحرين المعدل في 2002، وتعديلاته.

• الاتفاقيات والقوانين والأنظمة الخليجية:

1. الاتفاقية الموحدة لضريبة القيمة المضافة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
2. نظام ضريبة القيمة المضافة ولائحته التنفيذية – المملكة العربية السعودية.

3. المرسوم بقانون الاتحادي رقم (13) لسنة 2016 بشأن إنشاء الهيئة الاتحادية للضرائب - دولة الإمارات العربية المتحدة .
4. مرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة - مملكة البحرين.

رابعاً: المواقع الإلكترونية:

1. موقع وزارة المالية الإماراتية:

<https://www.mof.gov.ae/Ar/budget/Pages/VATQuestions.aspx> تاريخ ووقت الدخول 1 أكتوبر 2017 ، الساعة 12:00 صباحاً.

2. موقع البوابة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة : <https://government.ae/ar-AE/information-and-services/finance-and-investment/taxation/valueaddedtaxvat> تاريخ ووقت الدخول 1 أكتوبر 2017.

3. موقع الهيئة العامة للزكاة والدخل (المملكة العربية السعودية) : <https://www.vat.gov.sa/ar/about-vat/law-regulations> وقت وتاريخ الدخول: الثلاثاء 14 نوفمبر 2017، الساعة 10:00 مساءً.

4. United States Council for International Business: <http://www.uscib.org/valueadded-taxes-vat-ud-1676/>, 2016.

خامساً: مصادر أخرى:

1. استبيان السياسات والنظم الضريبية في الدول العربية والتقرير الاقتصادي العربي الموحد لعام 2016.
2. تقرير صندوق النقد العربي، النظم الضريبية وضريبة القيمة المضافة في الدول العربية، أبوظبي، الإمارات، مايو 2017.
3. الجريدة الرسمية للأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية - العدد 13، السنة 4، 15 يناير 2016م.

رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين

دراسة تحليلية في النظام البحريني

علي أحمد الوداعي

باحث قانوني أول - قسم البحوث القانونية

مجلس النواب - مملكة البحرين

رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين دراسة تحليلية في النظام البحريني

علي أحمد الوداعي

باحث قانوني أول - قسم البحوث القانونية
مجلس النواب - مملكة البحرين

يحمي الملك شرعية الحكم وسيادة الدستور والقانون، ويرعى حقوق الأفراد والهيئات وحررياتهم».

الفقرة (ب) من المادة (33) من دستور مملكة البحرين

المخلص

يعد موضوع الرقابة على مشروعات القوانين من الموضوعات التي تحظى باهتمام الحاكم والمحكوم على السواء، لما تمثله من وسيلة ناجعة لحماية النصوص الدستورية، فهي تعد الجزاء الذي يقع عند مخالفة القاعدة الدستورية، فإذا كانت خصائص القاعدة القانونية هي: العمومية والتجريد والجزاء، فإن جزاء مخالفة القواعد الدستورية هي الامتناع عن إصدار مشروع القانون في حال الرقابة السابقة، والإلغاء أو الامتناع عن تطبيق النص القانوني أو اللأحيي المخالف في حال الرقابة اللاحقة، وبالتالي تكون رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين من أهم الوسائل، لما تمثله من رقابة وقائية للنصوص الدستورية تمنع الوقوع في المخالفة، ومن خلالها تستقر المراكز القانونية للأفراد، وتمنع المساس بجوهر الحق أو الحرية، وتضمن سلامة وسير السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفق أحكام الدستور، وذلك عن طريق الإحالات الملكية التي ترفع من جلالة الملك قبل التصديق على مشروع القانون وإصداره، فإن كان مطابقاً للدستور كان له إصداره، وإن كان مخالفاً للدستور امتنع عن إصداره.

Abstract

The supervision of draft laws is one of the subjects of concern to both the ruler and the ruled for it is an effective mean of protecting constitutional provisions. It is considered the penalty in case there is a violation of the constitutional rule. If the characteristics of the legal rule are; generalization, abstraction and punishment, then the penalty for violating a constitutional rule is refraining from issuing the drafted law in case of a prior Judicial Review, and cancelling or refraining from applying the legal provisions in case of a subsequent Judicial Review.

Therefore, the Constitutional Court's review of drafted laws is one of the most important means of preventing violations to the provisions of the Constitution, through which the legal positions of individuals are stable and the basis of rights or freedom are not infringed. It guarantees the integrity and functioning of executive, judicial and legislative authorities in accordance with the provisions of the Constitution. That is achieved through the royal referrals submitted by His Majesty the King prior ratification and promulgation of the bill; if it was in line with the Constitution, it shall be issued, if however, it is not then its issuance would be refrained from.

المقدمة

تعد الرقابة الدستورية من أهم الضمانات التي تكفل حسن نفاذ الدستور وعدم الاعتداء على أحكامه فهي الأسس التي تقوم عليها النظم الديمقراطية لحماية الشرعية الدستورية، لما تتضمنه من قواعد غاية في الأهمية تبين شكل الدولة وترسم قواعد الحكم فيها وتضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد وتنظم سلطاتها العامة مع بيان اختصاصاتها، إلا أن هذه القواعد بالرغم من أهميتها وسموها على السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية وكافة الأفراد، فإنها تحتاج إلى نظام يحميها من أي انتهاك أو تجاوز أو خروج عليها أو مخالفة لأحكامها، وقد سلكت مملكة البحرين نظام الحماية القضائية بدلاً من الرقابة السياسية لما يتمتع به من مزايا وفاعلية و ضمانات أكبر من الآخر، إلا أن هذا الاختيار لم يحرمها من الاستفادة من بعض سمات الرقابة السياسية، فقد توجهت إلى الأخذ بأسلوب الرقابة السابقة، وذلك باختصاص المحكمة الدستورية بفحص مشروعات القوانين للوقوف على مدى سلامتها من الناحية الدستورية، ويأتي بحثنا في هذا النطاق، إذ تناول من خلاله بيان ماهية هذا النوع من الرقابة، وصاحب الحق في تحريكها، وميعادها، ونطاق رقابتها، والضوابط التي تحكمها، وأثرها على الاعتراض التوقيفي وحجبتها، وذلك بدراسة تحليلية نستعرض فيها موقف كل من المشرع والفقهاء والقضاء وبيان وجهة النظر إذا اقتضى الأمر.

أهمية الدراسة:

إن السمو الشكلي والسمو الموضوعي اللذين تحظى بهما النصوص الدستورية لا بد أن يقترنا بألية فاعلة واضحة لضمان سريان أحكامهما على الكافة دون خلل أو زلل عن طريق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وبما أن الرقابة اللاحقة لا تضيء هذه الحماية إلا بعد وقوع المخالفة سواء بعد فترة قصيرة أو طويلة لذا كان لا بد من انتهاج أسلوب يضمن عدم الوقوع في المخالفة من الأساس، وهو ما انتهجته مملكة البحرين من خلال رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين لحماية النصوص الدستورية وعدم التعرض للحقوق والحريات العامة والحفاظ على مبدأ الشرعية الدستورية.

إشكالية الدراسة:

يحيط موضوع "رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين" بعض الغموض الذي يتطلب كشفه وتوضيحه بأسلوب تحليلي من خلال فحص ودراسة نصوص الدستور ومذكرته التفسيرية وقانون إنشاء المحكمة الدستورية وما صدر عنها من أحكام وقرارات ورأي الفقهاء مع إبداء وجهة نظر الباحث.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث في إعداد الدراسة على أسلوب المنهج التحليلي لرقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين في مملكة البحرين، وذلك لعدم شيوع نظام الرقابة القضائية السابقة في الدول العربية⁽¹⁾، ولما تتطلبه الدراسة من تركيز وتحليل لإحاطته من جميع معالمه وإظهاره من كافة جوانبه.

خطة الدراسة:

يتصل تقسيم البحث بهيكله وبنائه من خلال نظرة تحليلية لمحتواه، وقد جاء البحث مقسماً إلى ما يلي:-

- مقدمة عامة.

- المبحث الأول: ماهية الرقابة القضائية السابقة.

- المبحث الثاني: صاحب الاختصاص في تحريك الرقابة السابقة.

- المبحث الثالث: ميعاد الرقابة السابقة.

- المبحث الرابع: نطاق الرقابة السابقة.

- المبحث الخامس: ضوابط الرقابة السابقة.

- المبحث السادس: الرقابة السابقة والاعتراض على مشروع القانون.

- المبحث السابع: أثر الرقابة القضائية السابقة.

- خاتمة.

كما تم تقسيم المبحث إلى مطالب وفروع بحسب ما اقتضاه عرض الفكرة ودراسة الموضوع.

1. يُعد أسلوب الرقابة القضائية السابقة أسلوباً مأخوذاً من الرقابة السياسية، لذا فهو محدود الانتشار في النظم القضائية على دستورية القوانين واللوائح، ويرجع السبب في دمج كلا الأسلوبين للاستفادة من مزايا كلا النوعين وتجنب عيوبهما، ومن ضمن الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية السابقة الاختيارية الجمهورية السورية، أما جمهورية مصر العربية فأخذت بأسلوب الرقابة القضائية السابقة الوجوبية على بعض مشروعات القوانين منذ عام 2005 لغاية صدور دستور 2014 الذي أنهى اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة السابقة.

المبحث الأول

ماهية الرقابة القضائية السابقة

يقصد بالرقابة السابقة على دستورية مشروعات القوانين أن "تقوم الجهة المختصة⁽¹⁾ بالرقابة على دستورية القوانين ببحث دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها ونفاذها، للتأكد من مدى مطابقتها لنصوص الدستور وبيان مدى سلامتها أو مخالفتها لأحكام الدستور"⁽²⁾.

ويرجع أساس هذه الرقابة إلى "الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية إخضاع التشريعات جميعها لأحكام الدستور القائم كشرط لمشروعيتها الدستورية"⁽³⁾، حيث تهدف إلى منع وقوع المخالفة الدستورية قبل حدوثها، لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، وسلامة الأجهزة والمؤسسات والسلطات العامة في الدولة، ومنع تداخلها أو الاعتداء عليها.

والغاية من وراء الرقابة السابقة كما جاء في المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين المعدل هو "نظراً إلى أن القاعدة المقررة هي: أن الطعن بعدم دستورية قانون لا يمنع من تطبيقه إلى أن تقضي المحكمة بعدم دستوريته، مما يؤدي إلى أن يستمر نفاذ القانون المخالف للدستور فترة قد تطول أو تقصر - وهو النقد الذي يوجه إلى الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين فقد حرص النص على تلافي هذا القصور، بأن أعطى للملك الحق في أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين التي يوافق عليها مجلسا الشورى والنواب قبل أن يصدرها، لتقرر مدى مطابقتها للدستور، بحيث إذا رأت المحكمة أن القانون غير مطابق للدستور امتنع على الملك إصداره، أما إذا رأت أنه مطابق للدستور، فإن ذلك يعطي الحق للملك في إصداره".

ويتميز أسلوب الرقابة السابقة عن أسلوب الرقابة اللاحقة بأن الأول أسلوب (وقائي) يمنع صدور مشروع القانون الذي أقره البرلمان ولا يسمح بصيرورته قانوناً وسريان أحكامه إلا بعد فحصه والتأكد من سلامته، أما أسلوب الرقابة اللاحقة فهو أسلوب (دفاعي) يوقف نفاذ القانون، سواء بشكل مباشر أو بأثر رجعي بعد كشف المخالفة الدستورية.

وإن غياب الرقابة السابقة قد يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم الاستقرار القانوني للمراكز القانونية التي أنشأتها النصوص القانونية المخالفة للدستور فهي معرضة للطعن والإلغاء، كما أنها تعمل على درء أي مخاطر تتضمنها النصوص القانونية من شبهات عدم الدستورية، وبالتالي تتمتع الرقابة السابقة بأهمية

1. تختلف النظم السياسية بشأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح إلى رقابة مركزية، وفيها يعهد الاختصاص بالرقابة الدستورية لمحكمة واحدة، سواء كانت محكمة متخصصة كالمحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، والمحكمة الدستورية في دولة الكويت، أو يكون منح هذا الاختصاص لأعلى محكمة في السلم القضائي كالمحكمة الاتحادية العليا (محكمة النقض)، وقد تكون رقابة لامركزية كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية، فيكون لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها اختصاص الفصل في الطعون بعدم دستورية القوانين واللوائح، ويرجع ذلك إلى أنها تعتبر جزءاً لا يتجزأ من وظيفة القضاء الأساسية، مما يتاح لكافة المحاكم الفصل فيها، في حين يرى أنصار الرقابة المركزية في تبني هذا الأسلوب توحيد كلمة القضاء وتقادي الأحكام المتعارضة في المسألة الواحدة.

2. راجع: د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، بحث منشور بعنوان "تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني" بمجلة القانونية، العدد السابع، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، ص 132.

3. مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية، الكتاب الثاني، 2007 - 2009، المحكمة الدستورية، مملكة البحرين، ص 15.

كبرى وهي تعمل جنباً إلى جنب مع الرقابة اللاحقة في حماية الشرعية الدستورية لتحقيق سمو الشكلي والموضوعي للدستور، وإعلاء أحكامها على سائر النصوص التشريعية، وتلافي أوجه القصور والنقد التي وجهت للرقابة اللاحقة.

المبحث الثاني

صاحب الاختصاص في تحريك الرقابة السابقة

يأشر ملك البلاد اختصاصاً دستورياً أصيلاً في تحريك رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين قبل التصديق عليها وإصدارها.

ومن جهة أخرى ما مدى صلاحية مباشرة الرقابة السابقة عن طريق الإنابة الملكية وهو ما سوف نبرزه من خلال عرضنا للموضوع من خلال المطالبين الآتين:-

المطلب الأول

ممارسة الرقابة السابقة من قبل ملك البلاد

نصت الفقرة الأخيرة من المادة (106) من الدستور المعدل على أنه: ((...وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة وللکافة)).

وبالتالي نرى أن المشرع الدستوري توجه إلى الرقابة الاختيارية دون الرقابة الوجوبية⁽¹⁾، وجعل تحريكها بيد جلالة الملك، فهو صاحب الصفة الدستورية في تحريك الرقابة السابقة، فلا يشاركه أحد في ممارسة هذه الصلاحية، ولا تملك أي من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ممارسة هذا الاختصاص، بل لا تملك التدخل في مسار ممارسة هذه الصلاحية من قبل ملك البلاد أو توجيهها أو تعطيلها أو التأثير عليها، فهو اختصاص حصري وقصري له فقط.

وقد وفق المشرع الدستوري في هذا المسلك لما يتناسب وينسجم مع ما يتمتع به ملك البلاد من صلاحيات دستورية بالإضافة إلى ما ذكره الفقه⁽²⁾ من أن رفع الأمر من قبل الملك إلى المحكمة لتقرير ما إذا كان القانون المراد إصداره دستورياً أم غير دستوري، يمثل حرصاً على أن تصدر القوانين منذ البداية

1. للمزيد حول الرقابة الوجوبية راجع: د. رمزي محمود نايف هيلات، "القضاء الدستوري البحريني بين الرقابة السابقة واللاحقة"، بحث منشور بمجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، 2014، ص 141. د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، "الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني"، بحث منشور بمجلة القانونية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، العدد السابع، ص 133.

2. راجع: د. رمزي الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص 353.

مطابقة للدستور، بحيث لا تتعرض المملكة لمخاطر القوانين غير الدستورية، والتي يمكن أن تظل مطبقة إلى أن ينتبه إليها البعض فيدفع بعدم دستورتيتها بعد فترة طويلة من الزمن مما يؤدي إلى إهدار مصالح الأفراد وعدم استقرار أوضاعهم.

فهذه الرقابة تعد رقابة وقائية تمنع وقوع المخالفة الدستورية قبل حدوثها، مما يحقق الاستقرار ويحمي الأوضاع القانونية التي تنشأ في ظل القوانين التي تصدر، ويتفادى مفاجآت التطبيق العملي التي قد تصيب القوانين بما يمس بحقوق وحرية الأفراد⁽¹⁾.

وبالتالي يمكن استخلاص عدة عناصر دفعت المشرع الدستوري إلى جعل هذا الاختصاص بإرادة ملكية خالصة على النحو الآتي:-

1. قيام ملك البلاد بالتصديق على القوانين وإصدارها بعد إقرارها من قبل مجلسي النواب والشورى، مما يجعله الشخص المناسب لتقدير مدى إمكان إصدار مشروعات القوانين أو التريث في إصدارها عن طريق إحالتها إلى المحكمة الدستورية لفحص مدى توافقها مع الدستور من عدمه⁽²⁾.

2. قيام ملك البلاد بحماية الدستور والحفاظ على سموه الموضوعي والشكلي من أي انتهاك، مما يجعل هذه الحماية غير متحركة على أرض الواقع، ولا يكون لها صدى حقيقي إلا من خلال إعطاء الملك الآلية الإجرائية في الدفاع عن أحكام الدستور التي تجل في الرقابة السابقة على دستورية القوانين⁽³⁾.

3. إن المشرع الدستوري جعل صلاحية تحريك الرقابة على دستورية القوانين بيد الأشخاص المخاطبين بأحكام الدستور، أو بعبارة أخرى بيد الأشخاص الذين منحهم صلاحيات دستورية، كرئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الشورى، وهذا الأمر ينطبق على ملك البلاد -من باب أولى- الذي أفردت له الوثيقة الدستورية فصلاً كاملاً⁽⁴⁾ ومنحته صلاحيات واسعة في إدارة شؤون البلاد.

4. انسجام الرقابة السابقة مع ما يؤديه ملك البلاد عند توليه العرش -في اجتماع خاص للمجلس الوطني- من قسّم دستوري⁽⁵⁾.

1. راجع: درمزي طه الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطبعة أول، مملكة البحرين، 2003، ص 353.

2. تنص المادة (35/أ) من دستور على أنه: ((للملك حق اقتراح تعديل الدستور واقتراح القوانين، ويختص بالتصديق على القوانين وإصدارها)).

3. وقد أبرزت هذه الواجبات المادة (33/ب) من الدستور بنصها على أن: ((يحمي الملك شرعية الحكم وسيادة الدستور والقانون، ويرعى حقوق الأفراد والهيئات وحررياتهم)).

4. وهو الفصل الأول من الدستور.

5. تنص المادة (33/ل) من الدستور المعدل على أنه: ((يؤدي الملك عند توليه العرش في اجتماع خاص للمجلس الوطني اليمين التالية: "أقسم بالله العظيم أن أحترم الدستور وقوانين الدولة، وأن أؤد عن حريات الشعب ومصالحه وأمواله، وأن أصون استقلال الوطن وسلامة أراضيه")).

5. إن جعل الرقابة السابقة بيد ملك البلاد يؤدي إلى خلق توازن منطقي بشأن أساليب تحريك الرقابة القضائية، فكما أعطيت صلاحية الرقابة اللاحقة للسلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية في تقديم طعون مباشرة للمحكمة الدستورية فمن الطبيعي أن تمنح الصلاحية السابقة (كمقابل للرقابة اللاحقة) لملك البلاد فهو رأس الدولة ورئيس السلطات الثلاث فيها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الإنبابة في ممارسة الرقابة السابقة

كثيراً ما يسافر ملك البلاد إلى الخارج لتعزيز أو أواصر التعاون الدولي، وإبراز دور مملكة البحرين وتأثيرها على الخريطة العالمية.

وأثناء هذا الغياب قد يطرح تساؤل فقهي أو قضائي يتعلق بمدى صلاحية ولي عهده أو من يقوم مقامه بتحريك الرقابة السابقة، وهذا التساؤل يصاغ على النحو الآتي:-

هل تقتصر ممارسة الرقابة السابقة على دستورية مشروعات القوانين على ملك البلاد، أم يمكن أن يمارسها من يقوم مقامه في حال غيابه؟

تعتبر الإنبابة في الاختصاص إحدى الاستثناءات⁽²⁾ الواردة على الأصل العام، فهي تفترض غياب الأصيل لوجود مانع مؤقت أو دائم، وهذه الموانع تحول دون ممارسته لاختصاصاته، الأمر الذي يقتضي منه تكليف أو تعيين من يحل محله نيابة عنه، على أن تكون السلطة المنابة في غالب الأحوال سلطة أعلى مرتبة، وذلك لضمان سير المرفق بانتظام واطراد.

1. تنص المادة (32) من الدستور المعدل على أنه: ((أ- يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقاً لأحكام هذا الدستور، ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور، وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة وبموضوع أو موضوعات بالذات، ويمارس وفقاً لقانون التفويض وشروطه. ب- السلطة التشريعية يتولاها الملك والمجلس الوطني وفقاً للدستور، ويتولى الملك السلطة التنفيذية مع مجلس الوزراء والوزراء، وباسمه تصدر الأحكام القضائية، وذلك كله وفقاً لأحكام الدستور)).

2. الاستثناءات الواردة على ممارسة الأصيل لاختصاصاته هي التفويض والحلول والإنبابة للمزيد راجع: د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010، ص 630 وما بعدها.

وقد بينت المادة (34)⁽¹⁾ من الدستور موضوع الإنابة بصدد غيبة ملك البلاد في الخارج⁽²⁾ وتعذر نيابة ولي العهد عنه فتكون الإنابة بأمر ملكي باعتبار جلالته الجهة الأعلى بإصدار قرار التكليف، وبإمعان النظر في المادة السابقة يمكن أن نستخلص أنواع الإنابة الملكية على النحو الآتي:-

الفرع الأول

الإنابة الملكية المطلقة⁽³⁾

ويقصد بها مباشرة ولي العهد أو من يحل محله -في حال تعذر إنابته- بموجب أمر ملكي⁽⁴⁾ بالقيام بمهام الحكم نيابة عن ملك البلاد في حال تواجده خارج البحرين، وفيها يباشر كافة صلاحيات الملك الدستورية والقانونية.

1. تنص المادة (34) من الدستور المعدل على أنه: ((أ- يعين الملك في حال تغيبه خارج البلاد وتعذر نيابة ولي العهد عنه، نائباً يمارس صلاحياته مدة غيابه، وذلك بأمر ملكي. ويجوز أن يتضمن هذا الأمر تنظيمًا خاصاً لممارسة هذه الصلاحيات نيابة عنه، أو تحديداً لنطاقها. ب- تسري في شأن نائب الملك، الشروط والأحكام المنصوص عليها في البند (ب) من المادة (48) من هذا الدستور، وإذا كان وزيراً أو عضواً في مجلس الشورى أو مجلس النواب فلا يشترك في أعمال الوزارة أو المجلس مدة نيابته عن الملك. ج- يؤدي نائب الملك قبل ممارسة صلاحياته اليمين المنصوص عليها في المادة السابقة مشفوعة بعبارة: "وأن أكون مخلصاً للملك". ويكون أداء اليمين في المجلس الوطني إذا كان منعقدًا، وإلا فتؤدى أمام الملك. ويكون أداء ولي العهد لهذه اليمين مرة واحدة، وإن تكررت مرات نيابته عن الملك)).

2. وقد تكون الإنابة بوجود الأصيل في البلاد، وهو ما أكدته المادة (74) من الدستور: ((يفتح الملك دور الانعقاد العادي للمجلس الوطني بالخطاب السامي، وله أن ينيب ولي العهد أو من يرى إنابته في ذلك. ويختار كل من المجلسين لجنة من بين أعضائه لإعداد مشروع الرد على هذا الخطاب، ويرفع كل من المجلسين رده إلى الملك بعد إقراره)).

3. نذكر مثلاً على الإنابة الملكية المطلقة: الأمر الملكي رقم (53) لسنة 2011 بتكليف ولي العهد النائب الأول لرئيس مجلس الوزراء نائب القائد الأعلى لقوة دفاع البحرين القيام بمهام الحكم، حيث نصت المادة الأولى منه على أن: ((يُعهد إلى ولي عهدنا نائب القائد الأعلى صاحب السمو الملكي الأمير سلمان بن حمد بن عيسى آل خليفة القيام بمهام الحكم نيابة عنا أثناء مدة غيابنا في الخارج)).

والإنابة المطلقة أو الشاملة بتعبير آخر لا تعني الإضرار بمركز الأصيل الدستوري والقانوني أو المساس بصلاحياته بأي شكل من الأشكال، وإلا وصفت بعيب عدم الاختصاص نتيجة مجاوزة حدود ولايتها الموضوعية والمكانية والزمانية، فلا بد أن تمارس في حدود الإنابة في الاختصاص، للمزيد حول "عيب عدم الاختصاص" راجع: د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010، ص 618 وما بعدها.

4. الأمر الملكي: ((هو تعبير عن الإرادة الملكية في شأن الاختصاصات التي منحها الدستور أو القانون للملك لباشرها بمفرده، ويصدر بتوقيعه وحده دون توقيع مجاور من رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء))، راجع: المرجع التشريعي، الأمانة العامة لمجلس الشورى، مملكة البحرين، أكتوبر 2007، ص 291.

وبالمناسبة أشارت المذكرة التفسيرية للدستور حول الأوامر الملكية إلى أنه "ومقتضى ذلك أن الاختصاصات التي منحها الدستور للملك لباشرها بمفرده تكون أداة إصدارها هي الأوامر الملكية، التي تصدر بتوقيع الملك وحده دون توقيع من رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء. أما الاختصاصات الأخرى التي يباشرها الملك عن طريق وزرائه، فتصدر في صورة مراسيم يوقعها الملك بعد توقيع رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين بحسب الأحوال، بما يعني أنه يكتفي بتوقيع رئيس مجلس الوزراء في الحالات التي يكون موضوع المرسوم فيها لا يخص وزارة بعينها أو عدة وزارات. وتوقيع الملك هنا ليس مجرد اعتماد لتوقيع رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين، بل إن للملك حق الموافقة على المرسوم أو عدم الموافقة عليه وفقاً لما يترأى له."

وبالتالي يستطيع ولي العهد أو من يحل محله -في حال تعذر إنابته- القيام بمباشرة تحريك الرقابة القضائية السابقة، وذلك بإحالة ما يراه من مشروعات القوانين قبل التصديق عليها وإصدارها إلى المحكمة الدستورية لتقرير مدى مطابقتها للدستور.

الفرع الثاني

الإنبابة الملكية النسبية

وتعني مباشرة ولي العهد أو من يحل محله -في حال تعذر إنابته- بموجب أمر ملكي بالقيام ببعض المهام الموكولة لملك البلاد نيابة عنه في حال تواجده خارج البحرين حسب ما هو محدد في الأمر الملكي الصادر في هذا الشأن، وقد يباشر مهمة تحريك الرقابة السابقة، وقد لا يباشرها في حال حضرها، وهو ما أكدته المادة (1/34) من الدستور: ((ويجوز أن يتضمن الأمر تنظيماً خاصاً لممارسة هذه الصلاحيات نيابة عنه، أو تحديداً لنطاقها)).

وإزاء تحديد الأمر الملكي لاختصاصات ولي العهد في مباشرة الرقابة السابقة يمكن التمييز بين نوعي هذه الإنابة وهما:

أ. الإنابة النسبية المانحة:

تتحقق عندما يصدر الأمر الملكي بتحديد صلاحيات من يتولى الإنابة الملكية في موضوع أو موضوعات محددة، على أن يكون من بينها صلاحية تحريك الرقابة السابقة لمشروعات القوانين دون إمكان مباشرة باقي الصلاحيات المقررة لملك البلاد الواردة في الدستور والقوانين.

ب. الإنابة النسبية المانعة:

أما بالنسبة لهذا النوع من الإنابة فيتحقق عندما يصدر الأمر الملكي بتحديد المهام الموكولة لولي العهد أو من يقوم مقامه دون التعرض لمباشرة الإحالة الملكية لمشروعات القوانين أو عندما يصدر الأمر الملكي بمباشرة كافة الصلاحيات المقررة لملك البلاد ما عدا صلاحية تحريك الرقابة السابقة.

وبالتالي لا يستطيع نائب الملك القيام بمهمة الرقابة السابقة في حال حضرها، ومن ثم يتمتع عليه تحريك الرقابة السابقة، وإلا قررت المحكمة الدستورية بعدم قبول الإحالة لصدورها من غير ذي صفة وعدم اتصالها بالموضوع اتصالاً صحيحاً مطابقاً للقانون.

فالإنابة في الاختصاص لا تقع إلا بناء على قرار يصدر بها، على أن يحدد النائب ومدة الإنابة والاختصاصات الموكولة إليه، ويكون مصدر القرار هو ملك البلاد، وفي الإنابة يباشر كافة اختصاصات الأصيل ما لم ينص الأمر الملكي على خلاف ذلك، وتنتهي الإنابة بزوال المانع وعودة الأصيل الغائب⁽¹⁾.

1. للمزيد راجع د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، مرجع سابق، ص 648 وما بعدها.

وبناء عليه فإن الأصل قيام ملك البلاد بتحريك الرقابة السابقة من خلال إحالة مشروعات القوانين قبل إصدارها إلى المحكمة الدستورية لفحص مدى توافقها مع الدستور، والاستثناء هو قيام ولي العهد أو من ينوب عنه -في حال تعذر إنابته- بتحريك هذه الرقابة في حالتين هما الإنابة الملكية المطلقة والإنابة الملكية النسبية المانحة للرقابة السابقة.

المبحث الثالث

ميعاد الرقابة السابقة

قد يبدو للوهلة الأولى عدم وجود مدة زمنية محددة بشأن تحريك الرقابة السابقة على مشروعات القوانين لعدم وجود ما يفيد ذلك في المادة (106) من الدستور وقانون المحكمة الدستورية، ولكن بالرجوع إلى المادة (35/ب)⁽¹⁾ من الدستور المعدل التي أوضحت خلاف ذلك بحيث يتم التصديق على مشروعات القوانين وإصدارها خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر، أما في حال تجاوز هذه المدة فيكون مشروع القانون قد صدر حكماً بقوة الدستور ويعد من القوانين النافذة في البلاد، حتى وإن لم يتم التصديق عليه وإصداره في واقع الحال.

ويرجع تحديد مدة الستة أشهر كما أشارت المذكرة التفسيرية للدستور المعدل إلى أنه: "كان نص البند (ب) من المادة المذكورة قبل تعديله يحدد المدة التي يجب أن يرد فيها القانون إلى المجلس الوطني لإعادة نظره بثلاثين يوماً. ولما كانت هذه المدة غير كافية للتأني في بحث القانون المعروض على الملك للتصديق عليه، وخاصة في ظل ما ورد في المادة (106) من حق الملك في إحالة ما يراه من مشروعات القوانين إلى المحكمة الدستورية قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، فقد عدل هذا البند ليجعل هذه المدة ستة أشهر، حتى يتاح الوقت الكافي للفحص الدقيق للقانون والتحقق من مدى مطابقته أو عدم مطابقته للدستور، وذلك قبل التصديق عليه أو رده إلى مجلسي الشورى والنواب لإعادة النظر فيه أو إحالته إلى المحكمة الدستورية".

وبالتالي لا يمكن بعد فوات المدة الدستورية المذكورة مباشرة الرقابة السابقة عن طريق إحالة مشروع القانون إلى المحكمة الدستورية حيث يعد فاقداً لشرط من الشروط الشكلية الواجب توافرها في طلبات الإحالة، فإذا فات هذا الميعاد أصبح المشروع قانوناً، وفات ميعاد إحالته إلى المحكمة الدستورية، إذ إن الرقابة التي تمارسها المحكمة في هذه الحالة هي رقابة مسبقة إلى أن يصدر القانون، "لذا فإن الإحالة يجب أن تكون في الفترة السابقة على التصديق والإصدار، وقبل فوات الميعاد المحدد من قبل المشرع الدستوري بصيرورة المشروع قانوناً إذا لم يعد إلى السلطة التشريعية"⁽²⁾.

1. تنص المادة (35/ب) من الدستور على أن: "ب- يعتبر القانون مصدقاً عليه، ويصدره الملك إذا مضت ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه من مجلسي الشورى والنواب دون أن يرده إلى المجلسين لإعادة النظر فيه".
2. راجع م. سالم محمد سالم الكواري، المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، 2004، ص 272.

المبحث الرابع

نطاق الرقابة السابقة

نصت المادة (17) من قانون المحكمة الدستورية⁽¹⁾ على أنه: ((للملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور)).

وبالتالي تقتصر الرقابة السابقة على القوانين المراد إصدارها أي: مشروعات القوانين⁽²⁾ في حين يكون نطاق الرقابة اللاحقة على القوانين واللوائح⁽³⁾.

وتتعدد مشروعات القوانين من حيث مصدرها فقد تكون بناء على اقتراح مقدم من ملك البلاد الذي يكلف فيه الحكومة بصياغته وتقديمه إلى السلطة التشريعية⁽⁴⁾، وقد يكون بناء على اقتراح من أعضاء مجلس النواب⁽⁵⁾، وقد يكون بناء على اقتراح مقدم من أعضاء مجلس الشورى، فمهما كان مصدر هذه المشروعات فإنها تكون محلاً للإحالة الملكية متى ما رأى ملك البلاد إحالتها إلى المحكمة الدستورية لفحصها وبيان توافقها مع أحكام الدستور من عدمه.

1. صدر القانون بموجب المرسوم بقانون رقم (27) لسنة 2002 المعدل بموجب المرسوم بقانون رقم (38) لسنة 2012 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (27) لسنة 2002 بإنشاء المحكمة الدستورية.

2. هل يجوز إحالة مشروع تعديل بعض أحكام الدستور إلى المحكمة الدستورية أم لا؟

بالطبع الإجابة بالنفي، فقد استقر المشرعان الدستوري والعدلي على اقتصر رقابة المحكمة الدستورية على مشروعات القوانين دون القواعد الأعلى منها في المرتبة (الدستور)، ونود أن نشير إلى حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن امتناعها عن رقابة الدستور نفسه، فقد ذهبت إلى القول بأن: "الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا -في مجال مراقبة الشرعية الدستورية- على النصوص القانونية دون غيرها سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية، فإن قبلت إخضاع الدستور لهذه الرقابة، تكون مجاوزة حدود هذه الولاية، مقوضة لتخومها... وقد انتهت المحكمة إلى الحكم بعدم الاختصاص". (دستورية 5/2/1994 طعن 23 لسنة 15 ق -المحاماة س73 ج-1994-3ص110 رقم 29) ذكره م.عزالدين الدناصوري بالاشتراك مع د.عبدالحاميد الشواربي: الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص30.

إلا أن بعض الأنظمة اتجهت إلى السماح للمحاكم المختصة برقابة دستورية القوانين واللوائح إلى مباشرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور، ومن ضمن هذه المحاكم: المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية، والمحكمة الدستورية الإيطالية، والمحكمة الدستورية العليا القرصية، والمحكمة العليا الأمريكية. للمزيد حول الأمثلة المذكورة راجع: د.عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 155 وما بعدها.

3. للمزيد حول أنواع اللوائح ومدى اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية بنظرها راجع د.رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص 342 وما بعدها.

4. تنص المادة (35/أ) من دستور: ((للملك حق اقتراح تعديل الدستور واقتراح القوانين، ويختص بالتصديق على القوانين وإصدارها)).

5. تنص المادة (92/أ) من الدستور: ((لخمسة عشر عضواً من مجلس الشورى أو مجلس النواب حق طلب اقتراح تعديل الدستور، ولأي من أعضاء المجلسين حق اقتراح القوانين، ويحال كل اقتراح إلى اللجنة المختصة في المجلس الذي قُدّم فيه الاقتراح لإبداء الرأي، فإذا رأى المجلس قبول الاقتراح أحاله إلى الحكومة لوضعه في صيغة مشروع تعديل للدستور أو مشروع قانون، وتقديمه إلى مجلس النواب خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ إحالته إليها)).

وقد تتنوع الإحالات الملكية من حيث الشكل، مما يمكن معه تقسيمها إلى أنواع -حسب نوع الإحالة- فقد تكون إحالة ملكية كلية لمشروع القانون، وقد تكون جزئية لهذا المشروع، ونعرض لكلا النوعين على النحو الآتي:-

المطلب الأول

الإحالة الملكية الكلية لمشروع القانون

قد تكون الإحالة الملكية لكافة نصوص مشروع القانون دون تحديد للمواد المراد فحصها حيث صدر أمر ملكي رقم (24) لسنة 2009 بإحالة مشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية إلى المحكمة الدستورية، لتقرر مدى مطابقته للدستور قبل إصداره، وقد أرفق بهذه الإحالة نسخة من مشروع القانون.

المطلب الثاني

الإحالة الملكية الجزئية لمشروع القانون

صحيح أن المشرع الدستوري والمشرع العادي لم يشترطا تحديد بيان النص المطعون عليه في الإحالة الملكية كما هو الشأن في الدفع الفرعي من قبل الأفراد⁽¹⁾ إلا أنهما في ذات الوقت لم يمنعا من تحديد النصوص المراد إحالتها، فقد تكون شبيهة عدم الدستورية تدور حول بعض مواد مشروع القانون مما يمكن معه إحالته بشكل جزئي لبيان مدى اتفاق تلك المواد مع أحكام الدستور من عدمه، وهو ما حدث بالفعل عندما صدر الأمر الملكي رقم (36) لسنة 2014 بإحالة المادة (5) مكرراً من مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون البلديات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (35) لسنة 2001 إلى المحكمة الدستورية⁽²⁾، والأمر الملكي رقم (35) لسنة 2014 بإحالة المادة (20) من مشروع قانون المرور إلى المحكمة الدستورية⁽³⁾.

1. للمزيد راجع:

- د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطبعة أوائل، 2003، ص 365.

- د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، جامعة الكويت، 2005، ص 232 وما بعدها.

- د. عبدالعزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، 1995، ص 318.

2. حيث انتهت المحكمة إلى أن "المادة (5) مكرراً من قانون البلديات، المضافة بمقتضى المادة الثانية من مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون البلديات، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (35) لسنة 2001، مطابقة للدستور، فيما عدا عبارة: ((لا يعفى أمين العاصمة أو نائبه أو أي من أعضاء مجلس الأمانة من منصبه إلا بمرسوم))، الواردة بالبند (2) منها. وذلك على النحو المبين في الأسباب" للمزيد الرجاء الاطلاع على حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم إ. ح. م / 2 / 2014 بموقع هيئة التشريع والإفتاء القانوني: <http://legalaffairs.gov.bh>.

3. حيث انتهت المحكمة إلى أنه "قررت المحكمة أن المادة (20) من مشروع قانون المرور غير مطابقة للدستور، على النحو المبين بالأسباب" للمزيد الرجاء الاطلاع على حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم إ. ح. م / 1 / 2014 بموقع هيئة التشريع والإفتاء القانوني: <http://legalaffairs.gov.bh>.

ولا ريب أن هذه الصورة من صور الإحالة تعد أيسر وأفضل للمحكمة الدستورية مقارنةً بالإحالة الكلية لأنها توفر عليها عناء البحث ومشقة الفصل في كافة نصوص مشروع القانون.

ومما سبق يتضح أن ملك البلاد يتمتع بسلطة واسعة في إحالة ما يراه من مشروعات القوانين، سواء كانت إحالة كلية لكافة نصوص مشروع القانون أو جزئية لبعض نصوصه، وهي رقابة اختيارية لا تتقيد بنوع معين أو بعدد محدد من مشاريع القوانين، ولا تسري على اللوائح.

المبحث الخامس

ضوابط الرقابة السابقة

ليان ضوابط الرقابة السابقة التي حددتها المحكمة الدستورية يتطلب تقسيم المبحث إلى ثلاث مطالب، وذلك على النحو الآتي:-

المطلب الأول

عدم مراجعة الصياغة القانونية للمشروع

يقصد "بكلمة "صاغ" في اللغة العربية "هياً ورتب"، فيقال "صاغ الكلام" بمعنى "هياً ورتبه"، ويقال "كلام حسن الصياغة" بمعنى "جيد ومحكم"، ويقال "صيغ الكلام" بمعنى تراكيبه وعباراته".⁽¹⁾

وبالتالي فإن أساليب الصياغة القانونية تستلزم الوضوح في التعبير عن الجمل والاصطلاحات القانونية، والتعبير عن الأحكام القانونية بجمل قصيرة تبعد الغموض عن النص، كما يستلزم استعمال اصطلاحات مألوفة وحديثة، لأن الاصطلاحات المستعملة للدلالة على معنى معين قد تتغير بمرور الوقت.

إلا أن عدم الالتزام بذلك لا يعد مخالفة دستورية، إلا إذا انطوى على ذلك غموض النص أو عدم إحكامه، فأدى إلى الإخلال بقيود وضمانات أوجبها المشرع الدستوري، فتعقب المحكمة الدستورية في هذه الحالة ليس بغرض الصياغة الفنية المحضة، وإنما لبيان المخالفة الدستورية.⁽²⁾

1. راجع: محمود محمد علي صبره، أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، 2007، ص 21.

2. راجع: سلمان عيسى سيادي، حجية وأثار حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها.

المطلب الثاني

عدم النظر في أي تناقض بين نصوص المشروع بعضها البعض أو تعارضها في أية نصوص قانونية أخرى

تهدف الرقابة القضائية على مشروعات القوانين إلى التحقق من مدى مطابقة نصوص مشروع القانون للدستور، وبالتالي يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية النظر في أي تناقض بين نصوص المشروع بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخرى، ويرجع هذا الأمر إلى الدور الذي تضطلع به المحكمة الدستورية في حماية الشرعية الدستورية، كونها صاحبة الولاية بالفصل على دستورية القوانين واللوائح، فهي لا تستهدف التدخل في صلاحية السلطة التشريعية، وإنما حماية النصوص الدستورية.

وقد وفقت المحكمة الدستورية في بيان هذا الموقف، وذلك بعدم إمداد نظرها إلى تناقض النصوص بنوعيه سواء كان التناقض داخلياً بين نصوص المشروع الواحد، أو كان التناقض خارجياً بين نصوص مشروع القانون وقانون آخر، التزاماً بمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقضي بعدم جواز تنازل أي من السلطات الثلاث لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يجوز ممارسة التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة وبموضوع أو موضوعات بالذات، ويمارس وفقاً لقانون التفويض وشروطه.

المطلب الثالث

عدم امتداد الرقابة الدستورية إلى ملاءمة مشروع القانون

الملاءمة في اللغة⁽¹⁾ من لاءم الشيء أي أصلحه، ولاءمت بين الطرفين أي أصلحت بينهما، ولاءمت بين القوم ملاءمة إذا أصلحت وجمعت، والملاءمة تعني الصلح أو الموافقة، ولاءم بين الشئيين إذا جمع بينهما ووافق.

إن وظيفة المحكمة الدستورية هي مراقبة دستورية القوانين واللوائح، فهي تتحقق من مدى سلامة النصوص مع الدستور، وبالتالي فهي لا تعمل على تقييم عمل السلطة التشريعية، ولا تتعرض لملاءمة مشروع القانون، إذ يدخل هذا العمل ضمن السلطة التقديرية للمشرع، فهو صاحب السلطة والصلاحية في مدى جدوى التشريع من عدمه، من حيث الزمان والمكان والأشخاص المخاطبين بأحكامه، كما لا تتعرض المحكمة لمدى ملاءمة مشروع القانون من الناحية الاجتماعية أو الأمنية أو السياسية أو الاقتصادية، فهي تدخل ضمن مهام عمل المشرع⁽²⁾.

فالدستور حدد سلطات الدولة وصلاحياتها ومنح للمشرع السلطة التقديرية في إصدار القوانين اللازمة لتنظيم الحقوق والحريات وفق ضوابط و ضمانات حددها الدستور، فالأصل أن السلطة التشريعية لها سلطة تقديرية في إصدار القانون أو عدم إصداره أو تعديله، والاستثناء هو تقييد هذه السلطة بضمانات

1. راجع: لسان العرب على الموقع الإلكتروني: <http://www.baheth.info>.

2. راجع: د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص 500.

دستورية في بعض الموضوعات، وبالتالي فإن المحكمة الدستورية لا تبحث في مدى ملاءمة وجدوى النص القانوني ومدى فعاليته في تحقيق الصالح العام، وإنما ما تبتغي من وراء رقابتها عدم الوقوع في المخالفة الدستورية.

وجاء في قرار المحكمة الدستورية الصادر في 25 يونيو 2009 على ضوابط الرقابة السابقة بأنها: "أساس ذلك أن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية، لا تستقيم موطئاً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية، ذلك أن المحكمة الدستورية إنما تباشر رقابتها لضرورة تقتضيها، وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص-المطعون عليها- عصية على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور، ذلك أن الأصل أن المحكمة الدستورية لا تزن بنفسها ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، إذ ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون فيها لأحكام الدستور- الشكلية منها والموضوعية- لا تخوض في بواعثها أو تناقض دوافعها، ويقتضي اتفاق النصوص القانونية المطعون فيها مع الدستور وفي نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي- ألا تفصل هذه النصوص عن الأغراض التي توخاها المشرع منها، بل يكون اتصال هذه الأغراض -وبافتراض مشروعيتها- بالوسائل إليها منطقياً، لا واهياً أو مفتعلاً. وهذه الرقابة التي تباشرها المحكمة تقتضيها ابتداءً أن تحدد للنصوص القانونية المطعون فيها أو المطلوب تقرير مدى مطابقتها للدستور مضامينها ومراميتها قبل أن تقابلها بأحكام الدستور، تحرياً لتطابقها معها أو خروجها عليها، فلا يكون تحديدها لنطاق النصوص القانونية المخالفة للدستور -سواء في معناها أو مغزاها- إلا عملاً مبدئياً سابقاً بالضرورة على خوضها في مناعيتها. ومن ثم فإنه يخرج عن هذا اختصاص المحكمة بالرقابة السابقة⁽¹⁾ على مشروع القانون المعروض ما يلي:

1. مراجعة الصياغة القانونية للمشروع.

2. النظر في أي تناقض بين نصوص المشروع بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخرى⁽²⁾.

3. تقرير مدى ملاءمة⁽³⁾ بعض الأحكام التي حواها المشروع باعتبار أن ذلك أمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.⁽⁴⁾

1. للمزيد راجع حكمي المحكمة الدستورية في القضية رقم إ. ح. م / 1 / 2014 و في القضية رقم إ. ح. م / 2 / 2014 المنشوران على موقع هيئة الشريعة والإفتاء القانوني: <http://legalaffairs.gov.bh>.

2. ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الشأن إلى القول بأن: "الرقابة على الدستورية مناطها مخالفة النص الطعين لقاعدة تضمنها الدستور، ولا شأن لها بالتعارض بين نصين قانونيين جمعهما قانون واحد أو تفرقا بين قانونين مختلفين، ما لم يكن هذا التعارض منطوياً - بذاته - على مخالفة دستورية". راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 46 لسنة 2004/4/4، ذكره م. أحمد منصور محمد، إجراءات الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص14.

3. ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الشأن إلى القول بأن: "التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخول المحكمة الدستورية العليا أن تزن بنفسها -وبمعاييرها- ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، وليس لها أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لأن تخوض في بواعثها أو تناقض دوافعها". راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 14 لسنة 1995/2/9، ذكره أحمد منصور محمد، إجراءات الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص14.

4. انظر قرار المحكمة الدستورية البحرينية الصادر في جلسة 25 يونيو 2009 بخصوص الإحالة الملكية رقم (أ.ح.م/09/1) لسنة (7) قضائية "دستورية" المنشور في مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية البحرينية (الكتاب الثاني) 2007 - 2010 مملكة البحرين 2010.

وأتصور أن المحكمة الدستورية البحرينية قد حالفها التوفيق حين انتهجت هذا المنهج وسلكت هذا السبيل حتى لا تقحم نفسها في صراع مع السلطة التشريعية وتوصم بالتدخل في عمل المشرع وسلطته التقديرية للأمر، مما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات المقرر في المادة (32)⁽¹⁾ من الدستور.

كما أن نأي المحكمة الدستورية بنفسها عن المحظورات سالفة الذكر يجعلها بعيدة عن ممارسة الأعمال السياسية⁽²⁾ التي قد توصف بها من قبل معارضي فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين الحين والآخر، وهو ما لا يتفق مع حياد القاضي وتجرده من البواعث السياسية حتى تكون مهمته قضائية بحتة.

المبحث السادس

الرقابة السابقة والاعتراض على مشروع القانون

إن الإحالة الملكية هي إحدى وسائل إسباغ الرقابة على دستورية القوانين في مملكة البحرين، ووفقاً للدستور فإن الملك له اختصاص تشريعي يتعلق بجواز الاعتراض⁽³⁾ على مشروع القانون المرفوع إليه من البرلمان لإصداره، فهل تغني الإحالة عن الإصدار أو بعبارة أخرى يصاغ التساؤل على النحو الآتي:-

هل يعد لجوء جلالة الملك إلى استعمال الإحالة الملكية مانعاً من حقه في الاعتراض⁽⁴⁾ على مشروع القانون؟

1. تنص المادة (32/أ) من الدستور على أنه: ((يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقاً لأحكام هذا الدستور، ولا يجوز لأي من السلطات الثلاث التنازل لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في هذا الدستور، وإنما يجوز التفويض التشريعي المحدد بفترة معينة وبموضوع أو موضوعات بالذات، ويمارس وفقاً لقانون التفويض وشروطه)).

2. للمزيد راجع د. عبدالعزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص 159.

3. تجدر الإشارة إلى وجود حالة للاعتراض التوقيفي، وذلك بصدر المرسوم رقم (8) لسنة 2016 بصدور مشروع قانون بشأن الدين العام إلى مجلسي الشورى والنواب لإعادة النظر فيه، حيث نصت المادة الأولى من المرسوم، على أنه يرد مشروع القانون بشأن الدين العام إلى مجلسي الشورى والنواب لإعادة النظر فيه، وذلك لأن إصدار المشروع المشار إليه سوف يؤدي إلى عدم قدرة الحكومة على تنفيذ الميزانية العامة للدولة للسنتين الماليتين 2016/2015، وإعاقة تمويل النفقات الخاصة بالخدمات الاجتماعية التي تمس المواطن بشكل مباشر، بالإضافة إلى تعارض المشروع بقانون المشار إليه مع المرسوم بقانون رقم (30) لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1977 بإصدار سندات التنمية على أن تتم إعادة النظر فيه في دور الانعقاد السنوي الثالث من الفصل التشريعي الرابع، وجاء في المادة الثانية من المرسوم أنه يُعمل بأحكام هذا المرسوم من تاريخ صدوره.

4. تجدر الإشارة إلى التفرقة بين التصديق والاعتراض على مشروع القانون، فالتصديق يعني عدم جواز إصدار القانون دون موافقة رئيس الدولة وقبوله، أما الاعتراض فيقصد به تأجيل القانون ووقف إصداره لبعض الوقت، ويستطيع البرلمان تجاوز عقبة الاعتراض بألية إجرائية تتمثل في إعادة الموافقة على القانون بأغلبية خاصة، من هنا جاءت تسميته بالاعتراض التوقيفي. ونوه إلى أن حق الاعتراض ترتد أصوله إلى الدستور الأمريكي، فهذا الدستور إذ يتبنى النظام الرئاسي القائم على الفصل شبه المطلق بين السلطات (السلطة التنفيذية غير مسؤولة أمام البرلمان، والسلطة التشريعية مستقلة عن السلطة التنفيذية التي لا تملك دعوة البرلمان للانعقاد أو فض دور انعقاده أو حله). وفي إطار هذا النظام كان منطقياً العمل على إيجاد وسيلة لحماية الرئيس لنفسه من "اندفاع السلطة التشريعية في عملها" وهو ما يكفله حق الاعتراض التوقيفي.

للمزيد من التفاصيل حول هذه الفكرة راجع د. فتحي فكري، وجيز القانون البرلماني في مصر، يونيو 2006، ص 408 وما بعدها.

للإجابة على السؤال لابد من الرجوع إلى البنود (ب) و(ج) و(د) من المادة (35) من الدستور، والتي تنص على أن: ((ب- يعتبر القانون مصدقاً عليه، ويصدره الملك إذا مضت ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه من مجلسي الشورى والنواب دون أن يرده إلى المجلسين لإعادة النظر فيه. ج- مع مراعاة الأحكام الخاصة بتعديل الدستور، إذا رد الملك في خلال الفترة المنصوص عليها في البند السابق مشروع القانون إلى مجلسي الشورى والنواب بمرسوم مسبب لإعادة النظر فيه، حدد ما إذا كانت هذه إعادة تتم في ذات دور الانعقاد أو في الدور التالي له. د- إذا أعاد كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو المجلس الوطني إقرار المشروع بأغلبية ثلثي أعضائه، صدق عليه الملك، وأصدره في خلال شهر من إقراره للمرة الثانية)).

وقد أشارت المذكرة التفسيرية لدستور 2002 في تفسيرها للمادة (35) إلى أن: "...بحيث إذا رأت المحكمة أن القانون غير مطابق للدستور امتنع على الملك إصداره، أما إذا رأت أنه مطابق للدستور، فإن ذلك يعطي الحق للملك في إصداره. ولا تمنع هذه الموافقة حق الملك في رد القانون إلى المجلسين لإعادة النظر فيه لأسباب أخرى يقدرها لا تتعلق بمطابقته للدستور أو عدم مطابقته له."⁽¹⁾

ومن خلال ما جاء في المذكرة التفسيرية للدستور يمكن استخلاص حالتين هما:-

الحالة الأولى: سلامة مشروع القانون من الناحية الدستورية:

في هذه الحالة للملك سلطة تقديرية في قبول التصديق على القانون وإصداره أو الامتناع عن إصداره، وذلك بإرجاعه للسلطة التشريعية لإعادة النظر فيه لأسباب -لا تتعلق بموضوع الدستور- قد ترجع إلى عدم توافر الميزانية المالية الكافية لتنفيذ مشروع القانون لأنه يتضمن أعباء مالية على الدولة أو لعدم ملاءمة مشروع القانون مع طبيعة المجتمع البحريني وعاداته وتقاليده، أو لأنه يثقل كاهل شريحة كبيرة من المواطنين أو لأن مشروع القانون يضر بمصالح الدولة الخارجية ويؤثر على علاقاتها مع بعض دول الجوار أو لغيرها من الأسباب التي يراها.

الحالة الثانية: مخالفة مشروع القانون من الناحية الدستورية:

أما في حال صدور قرار المحكمة الدستورية بعدم سلامة مشروع القانون من الناحية الدستورية فتنتمي السلطة التقديرية في الإحالة الملكية للاختيار بين إصدار مشروع القانون أو الاعتراض عليه بإعادته مرة أخرى للسلطة التشريعية.

ففي حال قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية مشروع القانون برتمته⁽²⁾، فإنه يترتب على ذلك عدم إمكانية إصدار القانون في مجمله، ويجوز للملك أن يعيد مشروع القانون إلى السلطة التشريعية مرفقاً به تقرير المحكمة الدستورية لإعادة النظر فيه وإقراره في ضوء الملاحظات الواردة في تقرير المحكمة الدستورية.

أما في حال قررت المحكمة الدستورية أن بعض مواد مشروع القانون مخالفة للدستور والبعض الآخر غير

1. المرجع: المجموعة التشريعية، الأمانة العامة، مجلس النواب، مملكة البحرين، 2008، ص 68 وما بعدها.

2. للمزيد راجع:

- د.رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص 405 وما بعدها.

- سلمان عيسى سيادي، حجية وأثار حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى، 2011، ص 53 وما بعدها.

مخالفة، فهنا ينظر في إمكانية إصدار القانون من غير تلك النصوص المخالفة للدستور، فإن كان ذلك، فإن للملك الخيار في إصدار التشريع من دون تلك النصوص أو أن يطلب من مجلسي الشورى والنواب مراجعة المشروع من جديد في ضوء تقرير المحكمة الدستورية.

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنه "في حال إصدار الملك للقانون بدون الجزء غير الدستوري، فإن ذلك لا يحول دون إصدار تشريع جديد يتبنى النص أو النصوص التي أعلنت المحكمة الدستورية عدم دستورتها شريطة تلافي المطاعن التي تجعلها مخالفة لأحكام الدستور، تنفيذاً لقرار المحكمة الدستورية".

أما إذا كانت هناك استحالة في إصدار التشريع من دون تلك النصوص التي قررت المحكمة الدستورية عدم دستورتها، فإن للملك الحق في إرجاع مشروع القانون إلى مجلسي الشورى والنواب لإعادة مراجعته، في ضوء ما قرره المحكمة الدستورية.

المبحث السابع

أثر الرقابة القضائية السابقة

تصدر المحكمة الدستورية عند مباشرة الرقابة السابقة تقارير بمناسبة فحص مشروع قانون تبين فيه -بقرار يصدر عنها- أوجه التطابق أو الاختلاف مع أحكام الدستور، في حين تصدر المحكمة الدستورية حكماً قضائياً عند ممارسة الرقابة اللاحقة تبين فيه موقفها من المشرع الأصلي أو الفرعي ومدى التزامه بأحكام الدستور.

وقد أوضحت المذكرة التفسيرية للدستور حجية⁽²⁾ قرارات وأحكام المحكمة الدستورية بأنه: "إذا رأت المحكمة أن القانون غير مطابق للدستور امتنع على الملك إصداره، أما إذا رأت أنه مطابق للدستور، فإن ذلك يعطي الحق للملك في إصداره. ولا تنفي هذه الموافقة حق الملك في رد القانون إلى المجلسين لإعادة النظر فيه لأسباب أخرى يقدرها لا تتعلق بمطابقته للدستور أو عدم مطابقته له. وقد حرص النص على أن يوضح أن التقرير الصادر من المحكمة في هذه الحالة ملزم لجميع سلطات الدولة وللکافة، ليمنع بذلك إعادة الطعن في القانون بعد صدوره لسابقة الفصل في ذلك.

ولكي لا يثور خلاف حول أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون أو لائحة من حيث السريان الزمني لهذا الحكم، نصت هذه المادة على أن "يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص

1. راجع: د.رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، المرجع السابق، ص408.

2. نصت المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية على أن: ((أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها الصادرة في المسائل الدستورية تكون ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، وتنتشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها. ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، في جميع الأحوال، أثر مباشر ويمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم تحدد المحكمة تاريخاً لاحقاً لذلك. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم الأمين العام بتبليغ المدعي العام بالحكم فور النطق به لتنفيذ ما يقتضيه).

للمزيد حول أثر قرار المحكمة الدستورية راجع سلمان عيسى سيادي، حجية وأثار حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى، 2011، ص53 وما بعدها.

في قانون أو لائحة أثر مباشر، ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخا لاحقا، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن.

ومقتضى هذا النص أن ما صدر من تصرفات أو قرارات تنفيذًا للقانون الذي حكم بعدم دستوريته يظل قائمًا حتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية أو التاريخ اللاحق الذي حددته المحكمة لسريانه، ولا يؤثر ذلك على حق من دفع بعدم الدستورية في الاستفادة من الحكم الصادر بعدم دستورية القانون في دعواه الموضوعية.

وقد استثنى النص من قاعدة الأثر المباشر للحكم، الأحكام الجنائية التي تكون قد صدرت بالإدانة استنادا إلى القانون الذي قُضي بعدم دستوريته، واعتبر هذه الأحكام كأن لم تكن، بحيث يلغى تلقائيا ما ترتب عليها من آثار. وإذا كان النص قد اقتصر على ذكر الأحكام الجنائية التي صدرت، فإنه من باب أولى يسري ذات الحكم على كل الدعاوى التي لم يكن قد صدر حكم فيها عند صدور حكم المحكمة الدستورية، إذ تعتبر هذه الدعاوى كأن لم تكن."

وبالتالي تكون قرارات المحكمة الدستورية حجية مطلقة على جميع سلطات الدولة وكافة الأفراد لتعلقها بنصوص دستورية، كما تمنع إعادة الطعن عليها لسابقة الفصل فيها.

الخاتمة

نود أن نشير إلى بعض النتائج التي أشرنا إليها من خلال البحث والدراسة على النحو الآتي:

1. جواز قيام من ينوب عن ملك البلاد في مباشرة اختصاصه بتحريك الرقابة السابقة عن طريق إحالة مشروعات القوانين إلى المحكمة الدستورية لفحصها وبيان دستورتيتها في حالتين هما: الإنابة الملكية المطلقة والإنابة الملكية النسبية المانحة.
2. أن ملك البلاد يتمتع بسلطة واسعة في إحالة ما يراه من مشروعات القوانين سواء كانت إحالة كلية لكافة نصوص مشروع القانون أو جزئية لبعض نصوصه.
3. إن الرقابة السابقة على مشروعات القوانين هي رقابة اختيارية لا تتقيد بنوع معين أو بعدد محدد من مشاريع القوانين ولا تسري على اللوائح.
4. تسري الرقابة السابقة على مشروعات القوانين مهما كان مصدرها، سواء كان اقتراحاً مقمداً من ملك البلاد الذي يكلف فيه الحكومة بصياغته وتقديمه إلى السلطة التشريعية، أو اقتراحاً مقمداً من مجلس النواب أو اقتراحاً مقمداً من مجلس الشورى.
5. وُفِّقت المحكمة الدستورية البحرينية لبيان ضوابط الرقابة السابقة وما يخرج عن نطاق رقابتها حتى لا تدخل في نطاق عمل المشرع، وتتركه له سلطته التقديرية في تحديد الأمور، ولا تُخَلَّ بمبدأ الفصل بين السلطات.
6. إن القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية لها حجية مطلقة حالها حال الأحكام الصادرة عنها فهي تسري على جميع سلطات الدولة وكافة الأفراد لتعلقها بنصوص دستورية، كما تمنع إعادة الطعن عليها لسابقة الفصل فيها.

المراجع

أولاً: المؤلفات والمراجع:

1. م. أحمد منصور محمد، إجراءات الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
2. د. بدر محمد عادل، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010.
3. د. رمزي طه الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطبعة أوام، مملكة البحرين، 2003.
4. م. سالم محمد سالم الكواري، المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، 2004.
5. م. عزالدين الدناصوري بالاشتراك مع د. عبدالحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف.
6. د. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، جامعة الكويت، 2005.
7. د. عبدالعزيز محمد سلمان:
- رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، 1995.
- ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.
8. م. سلمان عيسى سيادي، حجية وأثار حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى، 2011.
9. د. فتحي فكري، وجيز القانون البرلماني في مصر، شركة ناس للطباعة، عابدين (القاهرة).
10. م. محمود محمد علي صبره،
- أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006.
- أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، مكتبة صبرة للتأليف والترجمة، 2007.

ثانياً: البحوث والمقالات

1. د. رمزي محمود نايف هيلات، القضاء الدستوري البحريني بين الرقابة السابقة واللاحقة، مجلة دراسات دستورية، المحكمة الدستورية بمملكة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، 2014.
2. د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية.
3. د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني، بمجلة القانونية، العدد السابع، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين.

ثالثاً: الوثائق والدوريات والأحكام

1. الجريدة الرسمية، النشرة التشريعية، مملكة البحرين.
2. الدستور والمذكرة التفسيرية لتعديلات دستور مملكة البحرين الصادر في سنة 2002، المجموعة التشريعية، الأمانة العامة، مجلس النواب، مملكة البحرين، 2008.
3. المرجع التشريعي، الأمانة العامة لمجلس الشورى، مملكة البحرين، أكتوبر 2007.
4. مارك سيغال، دليل الصياغة التشريعية، طبعة معهد الدراسات القضائية والقانونية بوزارة العدل والشؤون الإسلامية، مملكة البحرين، يوليو 2009.
5. مجموعة مبادئ وأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية - مملكة البحرين.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1. موقع المحكمة الدستورية البحرينية الإلكتروني:
<http://www.constitutional-court.org.bh/CCB/default.aspx>
2. موقع هيئة التشريع والإفتاء القانوني- مملكة البحرين:
[/http://www.legalaffairs.gov.bh](http://www.legalaffairs.gov.bh)
3. موقع لسان العرب: <http://www.baheth.info>

الاختصاص المالي لمجلس النواب (الميزانية العامة)

منيرة حسن النعار

باحث قانوني أول - قسم البحوث القانونية

مجلس النواب - مملكة البحرين

الاختصاص المالي لمجلس النواب (الميزانية العامة)

منيرة حسن النعار

باحث قانوني أول - قسم البحوث القانونية
مجلس النواب - مملكة البحرين

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الدور الذي يقوم به مجلس النواب البحريني في الرقابة على المجال المالي، خصوصاً بعد أن كشفت تقاريره السنوية التي أصدرها منذ إنشائه بالمرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2002 عن الكثير من الإنجازات المهمة في إطار مهامه الرقابية، وعلى الأخص الرقابة على الميزانية العامة للدولة، لما لها من أثر في حماية الأموال العامة وصيانتها من العبث والضياع، باعتباره ممثل الشعب مصدر جميع السلطات.

Summary

This study is aimed at pointing out the oversight role played by the Council of Representatives in the Kingdom of Bahrain in the financial domain, particularly after the annual reports has been issued by the Council since its inception by Decree Law No. (54) in the year 2002, it had revealed a number of significant achievements that fall within the framework of the oversight tasks of the Council, especially on the States General budgetary control. This because of its importance in protecting the public money and in maintaining it from loss and tampering, as the representatives of people are a source for all the authorities.

مقدمة عامة

يوظف الاختصاص التشريعي لمجلس النواب في المجال المالي بدور ملحوظ في التعاون المتبادل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في مملكة البحرين، ذلك أن الأنظمة السياسية المعاصرة تقوم على الفصل بين السلطات الثلاث، وأصبح هذا الفصل أساساً من أسس النظام الديمقراطي، لذلك عمد المشرع الدستوري البحريني إلى فصل السلطات العامة في الدولة بحسب وظائفها، وأفرد لكل منها فصلاً خاصاً في صلب الدستور، واتجه المشرع الدستوري في ذلك مبدأ الفصل المرن الذي يسمح بالتعاون والتوازن بين السلطات، ذلك أن النظام (شبه) البرلماني الذي سار عليه المشرع الدستوري البحريني أخذ بنموذج الفصل المرن بين السلطات مع تحديد اختصاص كل سلطة لتقوم بعملها ضمن مجال اختصاصها حسب القوانين والأنظمة المعمول بها بقصد خلق حالة توازن بين السلطات، فتستطيع كل سلطة التأثير في السلطة الأخرى ضمن مجال اختصاصها.

ولما كان مجلس النواب هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع، برز الاختصاص المالي للمجلس، كونه السبب الرئيسي لقيام المجالس التشريعية بمختلف الأنظمة السياسية المعاصرة.

تمهيد وتقسيم:

يعد موضوع الاختصاص التشريعي لمجلس النواب في المجال المالي من الموضوعات ذات الأهمية في مجال القانون الدستوري بصفة عامة، وفي دراسة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بصفة خاصة، وفي ظل عدم وجود دراسات قانونية متخصصة تناولت هذا الموضوع بالبحث والتحليل، واقتصر الدراسات العلمية السابقة على بيان العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في مملكة البحرين، وهو الأمر الذي قد يوّلد غموضاً وإبهاماً لدى البعض -سواء أعضاء السلطة التشريعية، أو أجهزة الدولة، أو الباحثون- بالدور التشريعي المنوط بالمجلس في المجال المالي.

وعليه ستكون دراسة الاختصاص المالي لمجلس النواب على الميزانية العامة للدولة على النحو الآتي:

الفصل الأول: تطور اختصاص البرلمان في المجال المالي.

الفصل الثاني: دور مجلس النواب في الميزانية العامة.

الفصل الأول

تطور اختصاص البرلمان في المجال المالي

تمهيد وتقسيم:

يتناول الفصل الأول تطور اختصاص البرلمان في المجال المالي -بشكل عام- في كل من المملكة المتحدة (إنجلترا) وجمهورية مصر العربية ودولة الكويت، باعتبارها نماذجاً لتطور المؤسسة التشريعية على الصعيدين الدولي والإقليمي، كما يتناول بصورة مفصلة اختصاص البرلمان البحريني عبر المراحل التاريخية التي مرت بها مملكة البحرين، ابتداءً من فترة ما قبل الاستقلال، تليها فترة ما بعد الاستقلال، التي امتدت بين عامي 1971-2000، وما اشتملت عليه هذه الفترة من صدور دستور 1973، وحل المجلس الوطني وانتهاء الحياة البرلمانية في 1975، وصولاً إلى فترة ميثاق العمل الوطني ودستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002 وتعديلاته، وما تمخض عن كل ذلك من دستورية الاختصاص المالي للسلطة التشريعية، وتبعاً لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

• **المبحث الأول:** التطور التاريخي لاختصاص البرلمان في المجال المالي.

• **المبحث الثاني:** تطور الاختصاص المالي للبرلمان في مملكة البحرين.

المبحث الأول

التطور التاريخي لاختصاص البرلمان في المجال المالي

يُعد الاختصاص المالي من أقدم الاختصاصات التي تم الاعتراف بها للبرلمانات، كونه السبب الرئيسي لقيام المجالس التشريعية عبر المراحل التاريخية المختلفة.

وسيتم دراسة التطور التاريخي للاختصاص المالي للبرلمان في المجال المالي في البرلمان الإنجليزي والبرلمان المصري والبرلمان الكويتي، من خلال مطلبين:

• **المطلب الأول:** تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في إنجلترا.

• **المطلب الثاني:** تطور تنظيم الاختصاص المالي في مصر والكويت.

المطلب الأول

تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في إنجلترا

"يعتبر البرلمان الإنجليزي من أقدم البرلمانات في العالم، وتعد إنجلترا مهد النظام النيابي، ففيها نشأ وتطور واكتمل عبر تاريخ طويل، ومنها انتقل إلى غيرها من الدول، وعلى رأسها فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية.

وفي مجال البحث عن دور البرلمان الإنجليزي في المجال المالي، لابد من الإشارة إلى الوثائق الدستورية المكتوبة التي اعتبرت أساساً للدستور الإنجليزي، وتبنت فكرة اختصاص البرلمان الإنجليزي في المجال المالي، وأهمها:

أولاً: وثيقة الميثاق الأعظم (Magna Charta 1215)

يعتبر هذا الميثاق أول وثيقة دستورية نصت على تقييد السلطة المطلقة للملك في جباية الضرائب، حيث أوجبت على الملك -في القرن الثالث عشر- أخذ موافقة (Magnum Concilium) أو المجلس الكبير قبل جباية الضرائب، وبصودر هذا الميثاق نهضت المجالس الاستشارية بالدور الرقابي على تصرفات الملك في المجال المالي⁽¹⁾.

ثانياً: عريضة الحقوق (Petition of Rights 1628)

برز مبدأ تحريم إنشاء الضرائب دون موافقة البرلمان كأحد نتائج عريضة الحقوق (Petition of Rights) في القرن السابع عشر، فالملك -آنذاك- لم يطبق كسابقه من الملوك المبادئ الواردة في الميثاق الأعظم (Magna Charta) خصوصاً فيما يتعلق بالمجال المالي وطلبات الملك بالنسبة للضرائب، الأمر الذي ترتب عليه قيام أعضاء البرلمان بتوجيه عريضة⁽²⁾ إلى الملك في هذا الشأن عُرفت بعريضة الحقوق.

ثالثاً: وثيقة إعلان الحقوق (Bill of Rights 1688)

جاءت نصوص وثيقة إعلان الحقوق (Bill of Rights) مؤيدةً لما ورد في وثيقة الميثاق الأعظم (Magna Charta) وعريضة الحقوق (Petition of Rights)، فقيدت سلطات الملك، ودعمت في المقابل سلطات البرلمان، وقررت مزيداً من الحقوق لأعضاء البرلمان⁽³⁾، كما بسط البرلمان الإنجليزي بموجبها رقابته على المجال المالي من خلال تطبيقه لمبدأ سنوية ميزانية المملكة.

1. د.حامد حمود الخالدي، الدور الرقابي للبرلمان في المجال المالي في النظام الدستوري الإنجليزي والمصري والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 19 وما يليها.

2. ذكر الدكتور حامد محمود الخالدي في كتابه الدور الرقابي للبرلمان في المجال المالي في النظام الدستوري الإنجليزي والمصري والكويتي، مرجع سابق، أن: "في 7 يونيو 1628 كتب أعضاء البرلمان الإنجليزي عريضة وجهوها للملك تشارلز الأول قالوا فيها: إنه لا يجوز إجبار أي فرد أن يقدم هدايا، قروضا، ضريبة، أو أي مال إلى الملك دون موافقة البرلمان، ودون إصدار قانون برلماني بذلك. ولا يجوز اعتقال أي شخص دون سبب واضح يعرض على البرلمان..".

3. من الحقوق التي قررتها (وثيقة إعلان الحقوق) لأعضاء البرلمان: الحصانة البرلمانية، وعدم ملاحقة أعضاء البرلمان قضائياً بسبب أقوالهم أو مناقشاتهم في البرلمان. راجع د.رمضان محمد بطيخ، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 21-22.

رابعاً: قانون توارث العرش (The Act of Settlement 1701)

صدر قانون توارث العرش (The Act of Settlement) في عام 1701، وعلى الرغم من عدم ورود أية نصوص صريحة فيه تكفل للبرلمان الحق في ممارسة اختصاصه الرقابي في المجال المالي، إلا أن قيد المحافظة على الحريات العامة في البلاد الذي تضمنه هذا القانون فتح المجال أمام البرلمان للتعبير عن رأيه فيما يتعلق بمالية المملكة، الأمر الذي أدى إلى استقرار العرف في إنجلترا على عدم اعتراض الملك على أي قانون يقرره البرلمان في الشأن المالي⁽¹⁾.

خامساً: قانون البرلمان (Parliament Act 1911)

منذ صدور قانون البرلمان (Parliament Act) تطورت سلطات مجلس العموم التشريعية باعتباره الهيئة النيابية التي تمثل الشعب البريطاني، وتجاوزت إلى حد كبير سلطة مجلس اللوردات، خصوصاً فيما يتعلق باقتراح القوانين ذات الصبغة المالية، واعتمادها والتعديل عليها، وبالتالي حرم هذا القانون مجلس اللوردات من نظر القوانين المالية⁽²⁾.

إن اختصاص البرلمان في المجال المالي نشأ في إنجلترا نتيجة لرغبة البرلمان في الحد من سلطة الملك المطلقة في إثقال كاهل الناس بفرض الضرائب، من خلال تطبيق المبادئ التي وردت في الوثائق الدستورية المكتوبة، كما برزت -فيما بعد- المزيد من الاختصاصات للبرلمان تمثلت في اقتراح القوانين المالية، ومناقشة مشروعات القوانين المالية المقدمة من الحكومة، ومناقشة الميزانية العامة للدولة، وغير ذلك من المسائل الفنية التي تُسهم في إحكام الرقابة البرلمانية في المجال المالي.

المطلب الثاني

تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في مصر والكويت

يحتل كل من البرلمان المصري والبرلمان الكويتي أهمية كبيرة لا يمكن إغفالها عند دراسة موضوع تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في الدول العربية، نظراً للظروف التاريخية التي تزامنت مع نشأة هذين البرلمانين وتطور اختصاصاتهما.

وسوف يتناول هذا المطلب الفرعين التاليين:

- **الفرع الأول:** تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في مصر.
- **الفرع الثاني:** تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في الكويت.

1. د. حامد حمود الخالدي، الدور الرقابي للبرلمان في المجال المالي في النظام الدستوري الإنجليزي والمصري والكويتي، مرجع سابق، ص 30 وما يليها.

2. لا يحق لمجلس اللوردات أن يحول دون إصدار مشروعات القوانين المالية -أي القوانين المتعلقة بالإيرادات أو المصروفات- كما أن سلطته على مشروعات القوانين محدودة، فإذا أجاز مجلس العموم قانوناً ورفضه مجلس اللوردات فإنه يصدر بناء على تصديق ملكي بعد مهلة مدتها عام.

الفرع الأول

تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في مصر

يُعد البرلمان المصري أقدم مؤسسة تشريعية في العالم العربي، تم إنشاؤها وفق النمط الغربي في إقامة المؤسسات التشريعية المنتخبة التي تقوم بتمثيل جمهور الناخبين والتعبير عن مصالحهم في مواجهة السلطة التنفيذية، وإن دراسة تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في مصر، تُوجب دراسة المراحل التي مر بها النظام الدستوري.

المرحلة الأولى: مرحلة الحكم المطلق: يُعد عهد محمد علي باشا نقطة البدء في دراسة التاريخ الدستوري الحديث في مصر⁽¹⁾، حيث وضع محمد علي القانون الأساسي أو ما يسمى بقانون "السياسة" عام 1837، وكان بمثابة الدستور، إلا أنه لم يمنح "مجلس المشورة" الذي كان يقوم مقام البرلمان آنذاك أية اختصاصات في الرقابة على المال العام، بل إنه جمع السلطات التشريعية والتنفيذية بيده.

المرحلة الثانية: مرحلة تطور البرلمان: حيث شهدت الفترة من 1866 وحتى ثورة يوليو 1952 قيام المؤسسات النيابية الحقيقية التي يتم انتخاب أعضائها بشكل مباشر، ومن أبرز التطورات التي شهدتها هذه الفترة هي:

أ. مجلس شوري النواب 1866: وكان هذا المجلس ضعيفاً في ظل غياب ضمانات الحرية الفردية والسياسية⁽²⁾، خصوصاً فيما يتعلق بالقوانين التي يصدرها الحاكم بخصوص جباية الضرائب.

ب. مجلس النواب المصري 1881: يعتبر هذا المجلس بداية جديدة للنظام البرلماني في مصر الذي تقرر فيه مسؤولية الوزراء أمام البرلمان، وأعطى البرلمان فيه صلاحية التشريع وبشكل خاص في المجال المالي⁽³⁾.

ج. مجلس شوري القوانين، والجمعية العمومية: أنشئ كل من مجلس شوري القوانين والجمعية العمومية بموجب القانون النظامي 1883 الصادر من سلطة الاحتلال الأجنبية، إلا أن أياً منهما لم يكن يملك الاختصاص في المجال المالي، وكان اختصاص الجمعية العمومية يقتصر على كونها قاعدة عامة استشارية.

د. دستور 1923: أخذ دستور 1923 بالمبادئ الديمقراطية، وبذلك منح البرلمان اختصاصه الأصيل بالتشريع والرقابة على أعمال الحكومة وبشكل خاص في المجال المالي.

هـ. دستور 1930: الذي سحب حق اقتراح القوانين المالية من البرلمان، سلباً بذلك أحد اختصاصاته في المجال المالي، إضافة إلى قيام هذا الدستور بتعزيز اختصاصات السلطة التنفيذية، الأمر الذي أدى في النهاية إلى العودة بالعمل بدستور 1923.

1. د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1998، ص 311.

2. د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، مكتبة عبدالله وهبة، الطبعة الرابعة، 1949، ص 73.

3. د. حامد حمود الخالدي، مرجع سابق، ص 40.

المرحلة الثالثة: الاختصاص الرقابي للبرلمان في دستور 1971، حيث منح هذا الدستور البرلمان الحق في ممارسة اختصاصه المالي من خلال حقه في اقتراح القوانين المالية، وبسط رقابته على فرض الضرائب والرسوم وغيرها من الأعباء العامة.

المرحلة الرابعة:

- دستور 2012، الذي منح مجلس النواب بالإضافة إلى اختصاصاته المالية المقررة في دستور 1971، اختصاصاً رقابياً على ميزانية رئاسة الجمهورية من خلال الاطلاع على إقرار الذمة المالية لرئيس الجمهورية⁽¹⁾.

- دستور 2014 المعدل، الذي أولى مجلس النواب وفقاً للمادة (101) سلطة التشريع، وإقرار السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والموازنة العامة للدولة، وممارسة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية.

وعليه، فإن الاختصاص المالي للبرلمان في مصر قد مر بمراحل متعددة، مُنح فيها البرلمان الاختصاص في المجال المالي بدرجات متفاوتة، إلى أن وصل هذا الاختصاص إلى مرحلة متقدمة بصور دستور 2014 المعدل.

الفرع الثاني

تطور تنظيم الاختصاص المالي للبرلمان في الكويت

عرفت دولة الكويت ما يسمى بـ "المجلس التشريعي" قبل حصولها على استقلالها، فمن الناحية الدستورية كانت الكويت خاضعة للنفوذ البريطاني وفقاً لاتفاقية 1899، وتبع ذلك إعلان بريطانيا في 1914 اعترافها بمشيخة الكويت كحكومة مستقلة تحت الحماية البريطانية، وفي 1961 تم إلغاء معاهدة الحماية البريطانية وإعلان استقلال دولة الكويت، وإصدار دستور للدولة في 1962، ولقد مر تنظيم اختصاص البرلمان في المجال المالي بالكويت بمرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل نشأة دستور 1962، حيث أُنشئ مجلس يسمى (مجلس الشورى) في عام 1921، يتكون من أعيان البلاد وشيوخها ويرأسه الحاكم ليكون عوناً له في الشؤون العامة⁽²⁾، وللحاكم الحق في قبول أو رفض قرارات المجلس، دون أن يُرتب ذلك على الأمير أي التزام قانوني. وفي عام 1938 صادق (الأمير) على وثيقة لتنظيم كيفية ممارسة السيادة في الدولة، حيث جمعت بيد المجلس التشريعي السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وتبنت الدور التشريعي والرقابي للمجلس في المجال المالي، وفصلت بين مالية الدولة ومالية الحاكم الخاصة⁽³⁾.

1. نصت المادة (138) الفقرة الثانية من الدستور المصري لسنة 2012 على أن "يتعين على رئيس الجمهورية تقديم إقرار ذمة مالية، عند توليه المنصب وعند تركه وفي نهاية كل عام، يُعرض على مجلس النواب". وتجدر الإشارة إلى أن دستور 2014 المعدل قد خلا من اختصاص مجلس النواب الرقابي على الذمة المالية لرئيس الجمهورية.
2. أ.راشد عبدالله الفرغان، مختصر تاريخ الكويت، القاهرة، 1960، ص 93 وما بعدها.
3. د.عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، بيروت، دار النهضة العربية، 1968، ص 19 وما بعدها.

وإن استئثار المجلس التشريعي الأول (2/7/1938 - 21/12/1938) بالسلطات الثلاث كان السبب وراء تعجيل حلّه من قبل أمير البلاد آنذاك.

المرحلة الثانية: بعد صدور دستور 1962، وتبنيه لنظام المجلس الواحد -مجلس الأمة- في مجال العمل التشريعي، عهد الدستور للسلطة التشريعية بالاختصاص المالي إلى جانب الاختصاصات التشريعية والسياسية، فأقر الاختصاص الرقابي لمجلس الأمة على ميزانية الدولة وحسابها الختامي، كما أقره على عقود الإدارة وعقد القرض العام، إضافةً إلى تبني مبدأ إنشاء الضرائب بقانون، كما أنشأ ديواناً للمراقبة المالية بهدف المراقبة المالية ومعاونة مجلس الأمة في حماية المال العام.

المبحث الثاني

تطور الاختصاص المالي للبرلمان في مملكة البحرين

يرتبط تطور اختصاص البرلمان البحريني في المجال المالي ارتباطاً وثيقاً بالأوضاع السياسية التي كانت سائدة خلال الفترات التاريخية المختلفة له، بدءاً بفترة ما قبل الاستقلال من الاستعمار البريطاني، ومروراً بالاستقلال وإصدار أول وثيقة دستورية لدولة البحرين، وصولاً إلى فترة الحكم الحالية.

وعلى ذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، هما:

• **المطلب الأول:** فترة ما قبل الاستقلال.

• **المطلب الثاني:** فترة ما بعد الاستقلال.

المطلب الأول

فترة ما قبل الاستقلال

تمد الدراسات التاريخية بمعلومات عن واقع مسيرة الديمقراطية في التطور السياسي لدولة البحرين، وتكشف عن مدى اتسام المجتمع البحريني بالطابع المدني في فترة ما قبل استقلال البحرين.

ترتد جذور الحكم السياسي في البحرين إلى عام 1783م، وذلك حين استطاعت عائلة (آل خليفة) فتح جزر البحرين بقيادة الشيخ أحمد بن محمد آل خليفة المعروف (بأحمد الفاتح) الذي أسس حكومة استمرت تحكم البلاد حتى يومنا هذا.

من الناحية الدستورية كانت البحرين خاضعة للنفوذ البريطاني بموجب اتفاقيتي 1880 و 1892 والتي تعهدت بريطانيا بموجبهما بالدفاع عن البحرين وتولي شؤونها الخارجية.⁽¹⁾ وظلت إمارة البحرين مستقلة في شؤونها

1. د. حسين محمد البهارنة، دول الخليج العربية الحديثة: علاقاتها الدولية وتطور الأوضاع السياسية والقانونية والدستورية فيها، بيروت، دار الكنوز الأدبية، الطبعة الثانية، 2006، ص 25.

الداخلية أثناء فترة الحماية البريطانية، فقد كانت الحكومة تدار بشكل مباشر من قبل الأسرة الحاكمة فيها. وقد كان النظام السياسي في الدولة آنذاك نظاماً بسيطاً يركز على العادات والتقاليد القبلية، فلم تُعرف المؤسسات التي تقوم بالوظائف التشريعية والتنفيذية والقضائية، على نحو ما هو معروف في النظم السياسية المعاصرة إلا حديثاً، ومع ذلك التزم حكام البحرين وخلال حيز زمني طويل بمبدأ الشورى كأسلوب لنظام الحكم. وكانت إدارة شؤون الإمارة ذات طابع تشاوري، استمد دعائمه -في تلك الفترة- من عقد المجالس، التي تعتبر من التقاليد القبلية المنتشرة آنذاك، وما تمثله هذه المجالس من نظرة حضارية في العلاقة بين الحاكم والمحكومين، وأسلوب للحوار والتشاور، مستلهماً أساسه من مبدأ الشورى في ديننا الإسلامي.

في عام 1926 أنشئت دائرة مركزية للحكومة سميت بـ (دائرة المستشارية) واستبدلت فيما بعد بـ(دائرة السكرتارية)، وكانت هذه الدائرة حلقة الوصل بين الحاكم والجمهور والدوائر الحكومية، كما أصدرت حكومة البحرين في نفس العام أول ميزانية نظامية للدولة، واستمرت البحرين منذ ذلك التاريخ بإصدار ميزانيتها السنوية⁽¹⁾.

جدير بالإشارة إليه في هذا السياق، ظهور حركات سياسية في هذه الفترة طالبت بالإصلاح السياسي، كان من أبرز مطالبها إدخال النظام الديمقراطي النيابي عن طريق قيام مجلس تشريعي منتخب تمثل فيه كافة فئات الشعب، حيث ظهرت الحركة الإصلاحية الأولى عام 1921م، وأعقبها الحركة الإصلاحية الثانية عام 1938م، ثم الحركة الإصلاحية الثالثة عام 1954 والتي كان من أهم أسباب ظهورها هيمنة المستشار البريطاني على الشؤون الداخلية وبشكل خاص المالية منها، خصوصاً بعد اكتشاف النفط في البحرين عام 1932م.

المطلب الثاني

فترة ما بعد الاستقلال

تُعتبر فترة ما بعد الاستقلال بداية مرحلة الديمقراطية بالنسبة لدولة البحرين، إذ انتقلت خلالها من هيمنة المستعمر البريطاني، إلى إصدار دستور ينظم الحياة السياسية في البلاد.

في مطلع السبعينات من القرن العشرين تم إعلان استقلال البحرين، بتصديق حاكمها على إنهاء اتفاقيات الحماية البريطانية، وما تبع هذا الاستقلال من إعلان أمير دولة البحرين عن الرغبة بوضع (مشروع دستور حديث متطور للبلاد) يكفل تطبيق المبادئ السليمة.

وبالفعل قام أمير البلاد بتعيين لجنة وزارية من أربعة وزراء، وبمساعدة من خبير دستوري أعدت اللجنة مسودة الدستور الجديد، الذي أُحيل فور إعداده إلى المجلس التأسيسي⁽²⁾، لمناقشة أحكامه وإقراره بعد

1. د. حسين محمد البحارنة، المرجع السابق، ص 74.

2. مرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1972 بشأن إنشاء مجلس تأسيسي لإعداد دستور للدولة.

إدخال التعديلات الضرورية عليه، وكانت هذه هي الطريقة الدستورية والديمقراطية السليمة التي تم بموجبها إعداد وإقرار أول وثيقة دستورية للبحرين خلال تاريخها السياسي المعاصر⁽¹⁾.

اشتمل مشروع الدستور على (109) مواد موزعة على خمسة أبواب، تناول الباب الأول منه الأحكام الخاصة بالدولة ونظام الحكم، بينما تناول الباب الثاني الأحكام الخاصة بالمقومات الأساسية للمجتمع، وتناول الباب الثالث الحقوق والواجبات، بينما اشتمل الباب الرابع على الأحكام المتعلقة بالسلطات موزعة على أربعة فصول تتعلق بالأمر والسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، في حين اشتمل الباب الخامس على الأحكام العامة والأحكام الختامية.

وقد تناول مشروع الدستور في الباب الرابع منه والمتعلق بالسلطات، الأحكام المتعلقة بالسلطة التشريعية، سواء من حيث مبدأ الفصل بين السلطات مع التعاون، أو من حيث مبدأ عدم جواز التنازل عن اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور، كما بيّن مشروع الدستور الاختصاصات الممنوحة للمجلس الوطني، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالسلطة التشريعية.

وعليه، يمكن اعتبار مشروع الدستور خطوة متقدمة لإرساء قواعد نظام الحكم الدستوري، من خلال إنشاء السلطة التشريعية كإحدى سلطات الدولة، ومنحها الاختصاصات بموجب النصوص الدستورية.

وعلى ذلك سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

• **الفرع الأول:** في ظل دستور 1973 (1973 - 1975).

• **الفرع الثاني:** التطور التاريخي للفترة منذ عام 1975 وحتى 2001.

• **الفرع الثالث:** فترة ميثاق العمل الوطني ودستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002، وتعديلاته.

الفرع الأول

في ظل دستور 1973 (1973 - 1975)

صدر الدستور البحريني في 6 ديسمبر سنة 1973،⁽²⁾ ووُضع بأسلوب تعاقدى بين الحاكم والشعب؛ وإن هذا الأسلوب على الرغم من اعتباره أحد الأساليب غير الديمقراطية لنشأة الدساتير⁽³⁾ هو الأسلوب الأنسب في ظل الظروف السياسية التي كانت سائدة آنذاك، وعلى الأخص حداثة استقلال الدولة من الاستعمار البريطاني الذي ظل مهيمناً عليها لفترة ليست بالقصيرة، كما أنه دستور مكتوب على غرار الدستور الكويتي الصادر في 1962. ويعتبر الدستور البحريني من الدساتير الجامدة -شأنه في ذلك شأن

1. د.حسين محمد البخرنة، دراسة وتحليل قانوني للوضع الدستوري في مملكة البحرين، بيروت، دار المحجة البيضاء، الطبعة الأولى، 2008، ص19.

2. الجريدة الرسمية، العدد 1049، تاريخ النشر 6 ديسمبر 1973.

3. د.نوري لطيف، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، بغداد، مطبعة علاء، 1979، ص189.

الدستور الكويتي-1962 وذلك لأن إجراءات تعديله تختلف عن الإجراءات المقررة لتعديل القوانين العادية. وكذلك يتطلب تصديق الأمير على تعديل الدستور الذي يُعد تصديقاً مطلقاً لا يمكن التغلب عليه بأية وسيلة دستورية، فهو لازم لتعديل الدستور، وعدم تحققه يؤدي إلى استحالة التعديل، بالإضافة إلى الحظر الزمني الذي قرره الفقرة (و) من المادة (1)⁽¹⁾، والحظر الموضوعي الذي قرره الفقرة (ج) والفقرة (د) من المادة (104)⁽²⁾، كما قرر نظام المجلس الواحد بالنسبة للسلطة التشريعية التي يتولاها الأمير والمجلس الوطني الذي يتألف من أربعين عضواً ينتخبون بطريقة الانتخاب العام السري المباشر ومن الوزراء بحكم مناصبهم⁽³⁾، كما عهد دستور 1973 للمجلس الوطني بالاختصاص المالي إلى جانب اختصاصه التشريعي واختصاصه السياسي.

تظهر فكرة الاختصاص المالي للمجلس الوطني البحريني في نصوص الدستور البحريني من خلال أهم عناصر هذا المجال وهي الميزانية العامة والحساب الختامي، وإنشاء الضرائب، وعقد القروض العامة.

تبنى دستور 1973 فكرة الاختصاص المالي للمجلس الوطني على الميزانية العامة للدولة بنصه في المادة (90) الفقرة (ب) من الدستور على أن "تعد الحكومة مشروع الميزانية السنوية الشاملة لإيرادات الدولة ومصروفاتها وتقدمه إلى المجلس الوطني قبل انتهاء السنة المالية بشهرين على الأقل، لمناقشتها وإقرارها"، كما قررت المادة نفسها في الفقرة (ج) على أن "تكون مناقشة الميزانية في المجلس الوطني باباً باباً، ولا يجوز تخصيص أي إيراد من الإيرادات العامة لوجه معين من وجوه الصرف إلا بقانون"، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإن الحساب الختامي للشؤون المالية للدولة عن العام المنقضي يقدم إلى المجلس الوطني خلال الخمسة الأشهر التالية لانتهاء السنة المالية، كما تقدم الحكومة إلى المجلس الوطني برفقة مشروع الميزانية السنوية، بياناً عن الحالة المالية والاقتصادية للدولة. والجدير بالذكر في هذا السياق، موافقة المجلس الوطني على قانون رقم (1) لسنة 1975 بشأن تحديد السنة المالية وقواعد إعداد الميزانية العامة والرقابة على تنفيذها والحساب الختامي، واشتمل هذا القانون على: قواعد تقدير الميزانية من حيث تقدير الإيرادات والمصروفات، وإقرار الميزانية وإصدار قانون اعتمادها، والأحكام الخاصة بتنفيذها والرقابة عليها، والأحكام المتعلقة بالحساب الختامي والأحكام الخاصة بالميزانية المستقلة والملحقة.

ويعتبر إقرار مثل هذا القانون في مرحلة مبكرة من الحياة النيابية دليلاً على الحرص الذي أولاه المجلس الوطني للمسائل المالية المتعلقة بالميزانية العامة.

1. نصت المادة (1) الفقرة (و) من الدستور البحريني لسنة 1973 على أنه "و- لا يعدل هذا الدستور إلا جزئياً وبالطريقة المنصوص عليها فيه، كما لا يجوز اقتراح تعديله قبل مضي خمس سنوات على العمل به".
2. نصت المادة (104) الفقرة (ج) والفقرة (د) من الدستور البحريني لسنة 1973 على أنه "ج - مبدأ الحكم الوراثة في البحرين لا يجوز اقتراح تعديله بأي حال من الأحوال، وكذلك مبادئ الحرية والمساواة المقررة في هذا الدستور، كما لا يجوز اقتراح تعديل المادة الثانية منه. د- صلاحيات الأمير المبنية في هذا الدستور لا يجوز اقتراح تعديلها في فترة النيابة عنه".
3. المادة (83) من الدستور البحريني لسنة 1973.

الفرع الثاني

التطور التاريخي للفترة منذ عام 1975 حتى 2001

بعد استقلال دولة البحرين عام 1971، واتجاه إرادة كل من السلطة الحاكمة والشعب فيها نحو إقامة "الدولة الحديثة" واتخاذ الإجراءات الضرورية لوضع دستور للبلاد، والذي صدر في 6 ديسمبر 1973 وأصبح نافذاً في 16 ديسمبر 1973. كان صدور الدستور ونفاذه واقعاً تحتمه الأوضاع السياسية، خصوصاً بعد حصول البحرين على استقلالها، فكان من الطبيعي أن يسود البلاد نظام دستوري لم تعرفه المرحلة السابقة.

وقد نظم دستور دولة البحرين جميع المسائل المتعلقة بالسلطات العامة، من حيث التكوين والاختصاص، والعلاقة بين السلطات وحدود كل سلطة من هذه السلطات. كما تبين الدستور آنذاك نظام المجلس الواحد (المجلس الفردي)، ولا شك أن اختيار هذا الشكل كان انعكاساً لواقع الظروف السياسية والتطورات التاريخية.

استمر عمل المجلس الوطني البحريني لمدة تقل عن السنتين، وذلك قبل أن يدب الخلاف بين الحكومة والمجلس الوطني، بسبب قيام السلطة التنفيذية بإصدار قانون يتعلق بتدابير أمن الدولة بموجب مرسوم بقانون صادر بتاريخ 22 أكتوبر 1974، وقبل يوم واحد فقط من انعقاد المجلس الوطني⁽¹⁾، الأمر الذي ترتب عليه صدور مرسوم أميري بحل المجلس الوطني⁽²⁾، وأمر أميري آخر بتأجيل انتخاب أعضاء المجلس الوطني إلى أن يصدر قانون انتخاب جديد، ووقف العمل بالمادة (65) من الدستور، والمواد التي تتعارض مع تأجيل الانتخاب⁽³⁾.

وكنتيجة للأزمة السياسية التي مرت بها البحرين سنة 1975، انتقلت السلطة التشريعية من المجلس الوطني صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع إلى السلطة التنفيذية (الأمير ومجلس الوزراء) حيث مارست الأخيرة الوظيفة التشريعية من خلال إصدار المراسيم بقوانين -لوائح لها قوة القانون- باعتبارها الأداة القانونية التي خول الدستور بموجبها السلطة التنفيذية بممارسة الاختصاص التشريعي في الأوضاع الاستثنائية، ولمواجهة غياب السلطة التشريعية.

جدير بالذكر، أن الدستور أثناء تنظيمه لموضوع المراسيم بقوانين منع السلطة التنفيذية من المساس بالتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (38) على أنه "إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد المجلس الوطني أو في فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للأمير أن يصدر مراسيم تكون لها قوة القانون، على أن لا تكون مخالفة للدستور أو التقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية"، ولعل الحكمة من النص على مثل هذا المنع تكمن في صعوبة إزالة ما ترتبه المراسيم بقوانين من آثار تمس التقديرات المالية السابق إقرارها⁽⁴⁾.

1. د.حسين محمد البحارنة، مرجع سابق، ص 37.

2. المرسوم الأميري رقم (14) لسنة 1975، نشر في الجريدة الرسمية رقم (1138) بتاريخ 28/8/1975.

3. أمر أميري رقم (4) لسنة 1975، نشر في الجريدة الرسمية رقم (1138) بتاريخ 28/8/1975.

4. سالم محمد سالم الكواري، السلطة التشريعية في دستور مملكة البحرين 2002 المعدل، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، 2008، ص 124.

اضطلعت السلطة التنفيذية بالمهمة التشريعية من تاريخ صدور الأمر الأميري رقم (4) في 26 أغسطس 1975، وحتى تاريخ انعقاد أول اجتماع للمجلس الوطني الجديد في 14 ديسمبر 2002، الأمر الذي أدى إلى غياب دور السلطة التشريعية في البحرين عن ممارسة دورها التشريعي والرقابي في المجال المالي، خصوصاً وأن المراسيم بقوانين الصادرة في الفترة السابقة على تاريخ انعقاد أول اجتماع للمجلس الوطني الجديد تبقى صحيحة ونافذة.⁽¹⁾

الفرع الثالث

فترة ميثاق العمل الوطني ودستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002 وتعديلاته

تولى الملك حمد بن عيسى آل خليفة الحكم وأصبح أميراً على البحرين في 6 مارس 1999 خلفاً لوالده، وأبدى منذ توليه الحكم رغبة صادقة بتفعيل العمل بالمؤسسات الدستورية الديمقراطية، وإعادة النظر بدستور 1973 من أجل تعزيز العمل الوطني الديمقراطي في ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الداخلية، والمعطيات الدولية الجديدة.

وانطلاقاً من الرغبة في دفع التطور السياسي إلى ما يطمح له شعب البحرين، أصدر جلالته الملك الأمر الأميري رقم (36) لسنة 2000 بتشكيل اللجنة الوطنية العليا لإعداد مشروع ميثاق العمل الوطني التي انتهت اجتماعاتها إلى وضع مشروع ميثاق العمل الوطني.

بيّن ميثاق العمل الوطني في مقدمته وجوب إجراء تعديلات دستورية، واستناداً لذلك أقرت العديد من التعديلات على دستور 1973، وتم إصدار دستور مملكة البحرين المعدل في سنة 2002، ومن أهم هذه التعديلات، تبني نظام المجلسين في العمل التشريعي.

وقد خصص دستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002 وتعديلاته الباب الخامس لتناول الموضوعات المالية تحت عنوان (الشؤون المالية) الذي تناول تنظيم الموضوعات المالية التي تمس مالية الدولة، وتتصل بإيراداتها ومصروفاتها، وبجانب حق الرقابة على الميزانية العامة للدولة والحساب الختامي، نظم الدستور المسائل المتعلقة بالضرائب، وأملاك الدولة، والقروض العامة، والاستثمارات المتعلقة بموارد الثروة الطبيعية أو أي مرفق من المرافق العامة، ذلك أنه على الرغم من كون الاختصاص المالي فرعاً من فروع الاختصاص التشريعي، إلا أنّ دراسته تختلف بصورة مستقلة عن دراسة الاختصاص التشريعي؛ نظراً لأهميته النابعة من أهمية الموضوعات المالية ذاتها.

1. نصت المذكرة التفسيرية لتعديلات دستور مملكة البحرين الصادرة في سنة 2002 بشأن المادة (38) على أن "أما الثانية - ويقصد بها المراسيم التي تصدر أثناء تعطيل الحياة النيابية - فلا تزول قوتها القانونية عند اجتماع البرلمان بعد عودة الحياة النيابية، بل تعتبر قوانين قائمة ما لم يلغها البرلمان أو يعدها بقوانين أخرى، وذلك لأنها لا تخضع لحكم المادة (38) التي لا تسري بدهاءة إلا عند قيام الحياة النيابية، وإنما تخضع للقواعد التي وضعها الأمر الملكي الصادر بإيقاف الحياة النيابية، حيث يسند هذا الأمر للسلطة التشريعية إلى الملك ومجلس الوزراء. وعلى ذلك فإذا ما أريد إلغاء أو تعديل هذه المراسيم بقوانين عند عودة الحياة النيابية، يجب على السلطة التشريعية سن قوانين جديدة بهذا الإلغاء أو التعديل وإلا تظل نافذة".

تبني دستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002 وتعديلاته اختصاص السلطة التشريعية على ميزانية الدولة وحسابها الختامي.

تتجلى رقابة مجلس النواب على الميزانية في الأحكام التي قررها دستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002 وتعديلاته ونصت عليها اللائحة الداخلية لمجلس النواب الصادرة بالمرسوم بقانون رقم (54) لسنة 2002 وتعديلاته، والتي يجب مراعاتها عند تحضير الميزانية وإعدادها، أو عند مناقشتها في المجلس ولجانها، أو أثناء تنفيذها في الواقع العملي.

وبالنظر إلى الأحكام الدستورية التي تنظم المسائل المتعلقة بالميزانية العامة، نجد أنها قد حظيت بنصيب من التعديلات الدستورية سواء تلك التي صدرت في 2002 أو التعديلات الأخيرة في 2012، حيث مُنح البرلمان اختصاصاً إضافياً على الاختصاصات الممنوحة له بموجب دستور 1973 يتمثل في قدرته على إدخال أي تعديل على مشروع الميزانية بالاتفاق مع الحكومة، وفي مقابل هذا الاختصاص الممنوح للسلطة التشريعية مُنحت الحكومة كذلك رخصة إضافية فيما يتعلق بإعداد الميزانية العامة، وهي ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة (109) من دستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002 قبل التعديل الأخير في 2012 "... ويجوز إعداد الميزانية لأكثر من سنة مالية".

أما بالنسبة لتعديلات دستور مملكة البحرين الصادرة سنة 2012، فقد شهدت تطوراً يعد الأول من نوعه على صعيد الميزانيات العامة في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث جاءت هذه التعديلات نتيجة إيمان المشرع الدستوري بالطبيعة الخاصة للميزانية العامة، وسيراً منه مع الاتجاهات الدستورية المعاصرة، فقررت حكماً جديداً خرجت به عن الحكم الوارد في دستور 1973 ودستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة 2002، وهو قيام الحكومة بتقديم مشروع الميزانية إلى مجلسي الشورى والنواب في الوقت ذاته، بعد أن كانت تقدم هذا المشروع إلى مجلس النواب لمناقشته وإحالته إلى مجلس الشورى بعد الانتهاء منه للنظر فيه.

إضافة إلى الحكم أعلاه، جاءت هذه التعديلات بنص جديد قيدت بموجبه اختصاص السلطة التنفيذية بشأن تقديرات الميزانية العامة من خلال تحديد التقدير بستتين مائتين على الأكثر، في حين أن النص الدستوري السابق يمنح مجلس الوزراء السلطة التقديرية بتحديد عدد سنوات تقدير الميزانية دون وضع حد أقصى لعدد السنوات.

الفصل الثاني

دور مجلس النواب في الميزانية العامة

تمهيد وتقسيم:

تعتبر اختصاصات مجلس النواب الدستورية على الميزانية العامة للدولة ضرورة لازمة لتحقيق مبدأ السيادة الشعبية والتوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ورفع مستوى الحكم والحفاظ على المال العام من الإسراف والتبذير. فهي تُمارس باسم الشعب مصدر كل السلطات، فالشعب يتحمل عبء الميزانية ومن حقه أن يمارس الرقابة على تنفيذها وفقاً لما أقره الدستور.

ولاشك في الأهمية السياسية لرقابة مجلس النواب على الميزانية العامة، حيث إن شرط تقديمها إلى السلطة التشريعية لغرض التصديق عليها وإجازتها في صرف النفقات العامة وتحصيل الإيرادات يضع الحكومة تحت الرقابة المستمرة، وبشكل خاص فيما يتعلق بتعديل الاعتمادات التي تطلبها، أو رفض مشروع قانون الميزانية.

نظم دستور مملكة البحرين المعدل 2002 وتعديله، العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في مجال الشؤون المالية، وقد أفرد الدستور باباً خاصاً - الباب الخامس- لتنظيم الشؤون المالية في الدولة، وقد عكست المادة (109) من الدستور الصورة الكلية لدورة الميزانية العامة في مملكة البحرين، حيث نصت الفقرة (ب) منها على أن "تعد الحكومة مشروع قانون الميزانية السنوية الشاملة لإيرادات الدولة ومصروفاتها، وتقدمه إلى مجلسي الشورى والنواب قبل انتهاء السنة المالية بشهرين على الأقل. وبعد تقديم المشروع تجتمع اللجنتان المختصتان بالشؤون المالية لكل من المجلسين في اجتماع مشترك لمناقشته مع الحكومة، وتقدم كل لجنة بعد انتهاء المناقشات تقريراً مفصلاً إلى المجلس الذي تتبعه، ويعرض مشروع القانون على مجلس النواب لمناقشته وإحالة إلى مجلس الشورى للنظر فيه وفق أحكام الدستور، ويجوز إدخال أي تعديل على مشروع قانون الميزانية بالاتفاق مع الحكومة".

تمر الميزانية العامة بمراحل عديدة ابتداءً من مرحلة الإعداد والتحضير من قبل السلطة التنفيذية، ثم مرحلة الإقرار والاعتماد من قبل السلطة التشريعية، وأخيراً مرحلة التنفيذ، وعليه سوف يتناول هذا الفصل المراحل حسب تنظيمها في التشريع البحريني، وفقاً للمباحث الآتية:

• **المبحث الأول:** مرحلة إعداد الميزانية العامة.

• **المبحث الثاني:** مرحلة إقرار الميزانية العامة واعتمادها.

• **المبحث الثالث:** إصدار الميزانية وتنفيذها.

المبحث الأول

مرحلة إعداد الميزانية العامة

تقوم السلطة التنفيذية - كما هي الحال في الأنظمة البرلمانية - بتحضير الميزانية العامة وإعدادها، ويرجع ذلك إلى كون السلطة التنفيذية هي الجهة التي تتجمع لديها البيانات عن القطاعات والأوضاع الاقتصادية المختلفة كما تتوفر لديها الخبرة للقيام بهذا العمل⁽¹⁾.

تتولى وزارة المالية في مملكة البحرين استناداً إلى قانون الميزانية العامة الصادر بالمرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 وتعديلاته، إدارة الميزانية العامة للدولة، وعليه يحدد مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير المالية وقبل بدء الفترة المالية بثلاثة أشهر على الأقل الأمور التالية⁽²⁾:

أ. أهداف السياسة المالية، والإطار العام للاقتصاد الكلي، والأسس التي يتم بمقتضاها إعداد تقديرات الميزانية العامة، والمخاطر المالية المنظورة.

ب. إجمالي الإنفاق العام للدولة للفترة المالية المقبلة من خلال الإيرادات العامة المتوقعة.

ج. المعايير والأسس التي يتم بموجبها تخصيص الاعتمادات العامة للقطاعات والوزارات والجهات الحكومية، على ضوء أولويات استراتيجية التنمية.

كما يبين قانون الميزانية العامة بشكل مفصل قواعد تقدير الإيرادات والمصروفات والأحكام المتعلقة بها.

وسوف تُبحث مرحلة إعداد الميزانية العامة، على النحو التالي:

• **المطلب الأول:** تقدير الإيرادات.

• **المطلب الثاني:** تقدير المصروفات (النفقات).

• **المطلب الثالث:** مناقشة الميزانية.

1. د. جيهان سيد أحمد خليل، مرجع سابق، ص 37.

2. مادة رقم (9) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته.

المطلب الأول

تقدير الإيرادات

يثير تقدير الإيرادات العامة بعض الصعوبات نتيجة ارتباطها بالنشاط الاقتصادي خلال العام المقبل، وما يترتب على ذلك من ضرورة إجراء دراسة للتنبؤ بما سيطرأ عليه من تغيرات سواء بالزيادة أم بالنقصان، حتى يمكن تقدير الإيرادات العامة تقديراً أقرب ما يكون إلى الواقع⁽¹⁾.

الفرع الأول: تخصيص الإيرادات⁽²⁾

تخصص إيرادات الدولة بمجموعها لتغطية المصروفات العامة بمجموعها، ولا يجوز تخصيص أي إيراد من الإيرادات العامة لتغطية مصروف معين من المصروفات العامة إلا بقانون، وتدرج في الميزانية العامة الإيرادات والمصروفات، ولا يجوز أن يخصم مصروف معين من إيراد معين، ولا إيراد معين من مصروف معين إلا بقانون.

الفرع الثاني: التقديرات المبدئية للإيرادات⁽³⁾

تعد الوزارات والجهات الحكومية التقديرات المبدئية للإيرادات طبقاً للتعليمات التي يصدرها وزير المالية، وتبلغ وزارة المالية بالتقديرات في الميعاد الذي تحدده، فإذا تأخرت أية جهة في تقديم مشروعها لتقديرات الإيرادات عن الميعاد المحدد، تولت وزارة المالية بنفسها - بعد إخطار تلك الجهة - تقدير تلك الإيرادات على أساس ميزانية السنة الجارية لتلك الجهة مع مراعاة كافة العوامل والظروف التي تكون قد أثرت أو قد تؤثر على تلك التقديرات.

المطلب الثاني

تقدير المصروفات (النفقات)

لا تثير مسألة تقدير النفقات صعوبات فنية كبيرة كما هي الحال بالنسبة للإيرادات، حيث تلجأ كل وزارة أو جهة حكومية من خلال (طريقة التقدير المباشر) إلى تقدير نفقاتها استناداً إلى التزاماتها المتكررة (المصروفات المتكررة)، بالإضافة إلى تقدير ما ستقوم به من نفقات خاصة بالمشروعات التي تزمع القيام بها خلال العام القادم.

تعد الوزارات والجهات الحكومية تقديرات مصروفاتها، وتقدمها إلى وزارة المالية مشفوعة بالبيانات والمعلومات اللازمة لتبرير كل اعتماد من الاعتمادات المطلوبة، وذلك في الميعاد الذي تحدده وزارة المالية، وتبين التقديرات توزيع المصروفات طبقاً للتعليمات التي يصدرها الوزير.

1. د. صالح إبراهيم المتبوتي، المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني، جامعة البحرين، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، 2006، ص 269.

2. المادة رقم (13) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته.

3. المادة رقم (14) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته.

وإذا تأخرت أية وزارة أو جهة حكومية في تقديم تقديرها للمصروفات في الميعاد المحدد، تولت وزارة المالية بنفسها، بعد إخطار تلك الوزارة أو الجهة الحكومية، تقدير هذه المصروفات على أساس ميزانية السنة الجارية لتلك الوزارة أو الجهة الحكومية، مع مراعاة التعديلات التي تكون قد أدخلت خلال السنة والاعتبارات الأخرى الخاصة بالوزارة أو الجهة الحكومية⁽¹⁾.

المطلب الثالث

مناقشة الميزانية

تباشر وزارة المالية مناقشة ميزانية الوزارات والجهات الحكومية في سبيل إعداد مشروع الميزانية العامة للسنتين الماليتين القادمتين كحد أقصى⁽²⁾، وذلك لرفعها إلى مجلس النواب بصيغة مشروع قانون الميزانية العامة للدولة.

الفرع الأول: مناقشة ميزانية الوزارات والجهات الحكومية⁽³⁾

تبحث وزارة المالية مع الوزارات والجهات الحكومية تقديرات مصروفاتها. ويتم التنسيق فيما يتعلق بتقديرات مصروفات القوى العاملة مع ديوان الخدمة المدنية لبحث تفاصيلها ومناقشتها مع الوزارات والجهات الحكومية لتحديد حجم هذه التقديرات على ضوء حاجة العمل والبرامج أو الخطط المتعلقة بكل جهة، فإذا لم يتم الاتفاق بين ديوان الخدمة المدنية وأية وزارة أو جهة حكومية، يرفع الأمر إلى وزارة المالية للفصل فيه بعد التشاور مع الجهة المعنية، ويكون قرار وزارة المالية نهائياً. ويتعين على ديوان الخدمة المدنية أخذ موافقة وزارة المالية حول كافة الأمور المتعلقة بالتغييرات في القوى العاملة لدى الوزارات والجهات الحكومية إذا ترتب على ذلك التغيير أعباء مالية جديدة على ميزانية الدولة.

الفرع الثاني: إعداد مشروع قانون الميزانية⁽⁴⁾

تعد وزارة المالية مشروع قانون الميزانية وفقاً لأحكام قانون الميزانية العامة وتعديلاته، كما تعد بياناً عن الحالة المالية والاقتصادية للدولة، والتدابير المتخذة لتنفيذ اعتمادات الميزانية المعمول بها وما لذلك من آثار على مشروع الميزانية الجديدة.

الفرع الثالث: تقديم مشروع الميزانية لمجلسي الشورى النواب⁽⁵⁾

يعرض وزير المالية مشروع قانون اعتماد الميزانية الذي تم إعداده وفقاً لأحكام قانون الميزانية العامة

1. المادة رقم (18) والمادة رقم (20) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته.

2. نصت المادة رقم (23) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته، بشأن الفترة المالية للميزانية، على أنه: "يجوز أن تعد تقديرات الميزانية لسنتين ماليتين على الأكثر، على أن يتم تحديد مدتها من قبل مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير".

3. المادة رقم (21) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته.

4. المادة (22) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته.

5. المادة رقم (24) من المرسوم بقانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الميزانية العامة، وتعديلاته.

وتعدلاته على مجلس الوزراء لإقراره، ويجب إتمام إقرار المشروع في وقت يسمح بتقديمه إلى مجلسي الشورى والنواب قبل انتهاء السنة المالية الجارية بشهرين على الأقل لمناقشته والنظر فيه وفقاً لأحكام الدستور، إلا أنه لا يترتب أي أثر قانوني على عدم التزام الحكومة بموعد إحالة مشروع القانون إلى مجلس النواب كما هو مقرر وفقاً لنص المادة (109) الفقرة (ب) من الدستور، والمادة (24) من قانون الميزانية العامة، لكون الميعاد السابق من المواعيد التنظيمية الاسترشادية التي تهدف إلى حث الجهة المختصة على اتخاذ الإجراء في الوقت المناسب، دون أن يترتب على مخالفته سقوط الإجراء بعد اتخاذه أو سقوط الحق في اتخاذه، خصوصاً وأن بداية الفصل التشريعي لمجلس النواب في الفصول التشريعية السابقة والفصل التشريعي الحالي في شهر ديسمبر، الأمر الذي يترتب عليه عدم قدرة المجلس في البدء بإجراءات نظر المشروع في وقت يسبق انتهاء السنة المالية بشهرين على الأقل.

المبحث الثاني

مرحلة إقرار الميزانية العامة واعتمادها

إن حق السلطة التشريعية في إقرار الميزانية العامة في مملكة البحرين حق أصيل نص عليه دستورها في الفترات التاريخية المختلفة، حيث تعتبر إجازة البرلمان لمشروع قانون الميزانية المحال من الحكومة نقطة تحول في المركز القانوني للميزانية، إذ تتحول هذه الوثيقة من مشروع قانون إلى قانون واجب التطبيق بمجرد إصداره⁽¹⁾.

وقد بينت التعديلات الدستورية وأحكام اللائحة الداخلية لمجلس النواب البحريني إجراءات مناقشة الميزانية العامة في المجلس النيابي ولجانه المختصة (لجنة الشؤون المالية والاقتصادية).

وعلى ذلك سوف يُقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

• **المطلب الأول:** الإحالة إلى اللجنة المختصة.

• **المطلب الثاني:** مناقشة الميزانية في اللجان البرلمانية المختصة.

• **المطلب الثالث:** مناقشة الميزانية أمام المجلس النيابي.

1. تُعد الميزانية العامة من ناحية الشكل قانوناً، لأنها تعتمد من السلطة التشريعية، ولا يمكن لهذه السلطة قانوناً أن تعبر عن إرادتها إلا في شكل قانون، أما من ناحية الموضوع فإن الميزانية العامة بحكم طبيعتها وموضوعها لا تعد قانوناً ولكنها عمل إداري؛ لأنها لا تتضمن نصوصاً عامة، شأنها في ذلك شأن القوانين العادية، وإنما تتضمن نصوصاً خاصة، ولأن الحكومة هي الملزمة بتنفيذ القوانين وتسيير المرافق العامة والقادرة على تقدير مقدار النفقات العامة التي يلزم القيام بها والإيرادات التي تزمع تحصيلها، وعليه فإن الميزانية العامة للدولة تعد عملاً إدارياً لا تشريعياً من ناحية الموضوع.

المطلب الأول

الإحالة إلى اللجنة المختصة

يقوم رئيس مجلس النواب - بعد تقديم مشروع الميزانية من قبل الحكومة- بإحالة المشروع فوراً إلى لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بصفتها اللجنة المختصة بالإحالة، حيث يدخل في اختصاصاتها طبقاً للمادة (21) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب الأمور المتعلقة بالميزانيات والحسابات الختامية والاعتمادات الإضافية والنقل بين الأبواب لوزارات الدولة وإداراتها الحكومية والجهات المستقلة والملحقة ومناقشات تقارير ديوان الرقابة المالية والإدارية عن الأمور سالفة الذكر؛ ويخطر رئيس المجلس النيابي المجلس بتلك الإحالة في أول جلسة.

تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المادة (115) من الدستور والمادة (22) من قانون الميزانية العامة، ألزمتا الحكومة بتقديم بيان عن الحالة المالية والاقتصادية للدولة وعن التدابير المتخذة لتنفيذ اعتمادات الميزانية المعمول بها برفقة مشروع قانون الميزانية السنوية إلى مجلسي الشورى والنواب، لما لذلك من آثار على مشروع الميزانية الجديدة، وأهمية بالغة في قيام مجلس النواب بمناقشة مشروع قانون الميزانية والموافقة عليه واعتماده على ضوء مبدأ الشفافية الواجب اتباعه في إعداد الميزانية، مع الوضع في الاعتبار إمكانية عدم سريان المواعيد المشار إليها في اللائحة الداخلية بشأن الميزانية العامة إلا بعد استيفاء اللجنة هذه البيانات والمعلومات اللازمة لمباشرة عملها في هذا الشأن⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مناقشة الميزانية في اللجان البرلمانية المختصة

يجب أن يهدف مناقشة مشروع الميزانية في اللجنة البرلمانية المختصة (لجنة الشؤون المالية والاقتصادية) إلى التحقق من صحة وسلامة التصرفات المالية، وتقييم وقياس أداء الأجهزة الحكومية، ومراقبة الأداء المالي وفقاً للخطة الموضوعية لترشيد الإنفاق وتوضيح مواطن الإسراف، إضافةً إلى تحقيق التوافق بين أهداف الفرد والوحدة الحكومية⁽²⁾.

وقد وضع المشرع قواعد خاصة في شأن مناقشة الميزانية والتصويت عليها، وهي كالتالي:

أولاً: الاجتماع المشترك مع اللجنة المختصة بالميزانية في مجلس الشورى

قررت تعديلات دستور مملكة البحرين الصادرة في سنة 2012، أسلوباً جديداً لمناقشة الميزانية العامة مع الحكومة، يتمثل في عرض مشروع الميزانية بعد تقديمه من الحكومة المختصة على اللجنتين المختصتين

1. أ.د. محمود سامي جمال الدين، مذكرة بالرأي القانوني حول مشروع قانون اعتماد الميزانية العامة للدولة للسنتين 2011-2012 المرافق للمرسوم رقم (66) لسنة 2010، هيئة المستشارين القانونيين، مجلس النواب، 2011.
2. عبدالمحسن بورقبة العتيبي، الموازنة بين تنفيذ الحكومة ورقابة البرلمان (نماذج ومقارنات)، الكويت، أكتوبر 2004، ص 21.

بالشؤون المالية في كل من المجلسين في اجتماع مشترك لمناقشته مع الحكومة⁽¹⁾، الأمر الذي يسمح -كما ورد في المذكرة التفسيرية للتعديلات الدستورية- بإعطاء فرصة أكبر لإثراء المناقشة والوصول إلى حلول أفضل لما يثار بشأن الميزانية من ملاحظات، علاوة على اختصار الوقت الذي تأخذه هذه المناقشة، ومنع تكرار ما يبدى من ملاحظات في كل من اللجنتين لو اجتمعت كل منهما بعيدة عن الأخرى، وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن النصاب المعمول عليه في الاجتماع المشترك هو أغلبية أعضاء كل لجنة على حدة، إضافةً إلى قيام رئيس لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس النواب بتولي رئاسة هذا الاجتماع، الأمر الذي يعكس وبصورة جلية أهمية دور لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس النواب في مناقشة مشروع قانون الميزانية العامة مع الحكومة⁽²⁾.

ثانياً: اقتراح التعديلات على مشروع قانون الميزانية

أجاز المشرع البحريني طبقاً للمادة (109) من الدستور والمادة (180) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب للجنة الشؤون المالية والاقتصادية أن تقترح تعديلات على مشروع قانون الميزانية، إلا أن المشرع قيد حق اللجنة في هذا الخصوص بوجوب قيامها بأخذ موافقة الحكومة على التعديل المقترح إذا كان هذا التعديل يتضمن زيادة في اعتمادات النفقات الواردة في مشروع الميزانية، وأن تتوه عن هذه الموافقة في تقريرها عن مشروع الميزانية الذي تقدمه للمجلس.

والحكمة من إيراد هذا القيد ترجع إلى أن إعداد مشروع الميزانية يتطلب جهداً كبيراً يقوم على أسس فنية مرهقة، وأن أي اقتراح بالتعديل قد يؤدي إلى اختلال التوازن في المشروع، كما ينأى هذا القيد -في الوقت ذاته- بمقترحات التعديل عن دائرة المناورات السياسية التي قد تلجأ إليها بعض الكتل البرلمانية لكسب تعاطف الرأي العام⁽³⁾.

1. آلية عقد الاجتماع المشترك بين لجنتي الشؤون المالية والاقتصادية بمجلسي الشورى والنواب، حسبما هو وارد في المذكرة القانونية الصادرة من هيئة المستشارين القانونيين بمجلس الشورى:

1. يتولى رئيس لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس النواب رئاسة الاجتماع المشترك للجنة الشؤون المالية والاقتصادية بالمجلسين، وفي حالة غيابه يتولى ذلك رئيس لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس الشورى، وفي حالة غيابهما يتولى ذلك نائب رئيس لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس النواب، وفي حالة غيابه يتولى ذلك نائب رئيس لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس الشورى.

2. تتخذ القرارات والتوصيات المتعلقة بالاجتماع المشترك بأغلبية أصوات الحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي منه الرئيس.

3. يتولى أمين سر كل من لجنتي الشؤون المالية والاقتصادية بالمجلسين تحرير محاضر موحدة للاجتماع المشترك بين اللجنتين.

4. تتم المصادقة على محاضر الاجتماعات المشتركة بين اللجنتين بأغلبية أصوات الحاضرين.

5. تقدم كل لجنة من اللجنتين المذكورتين بعد انتهاء المناقشات تقريراً منفصلاً إلى المجلس الذي تتبعه، على أن يتضمن الآراء والملاحظات التي أبدتها أصحاب السعادة أعضاء اللجنتين أو الحاضرين من أعضاء المجلسين وممثلي الحكومة.

6. يتولى رئيس الاجتماع المشترك التصريح لوسائل الإعلام وتقديم البيانات المتعلقة بالموازنة العامة، ولرئيسي اللجنتين عقد مؤتمرات صحفية مشتركة بحضور أعضاء اللجنتين أو بدون حضورهم.

2. يعتبر الدور الذي حظيت به لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس النواب في مناقشة مشروع قانون الميزانية مع الحكومة الموقرة أحد النتائج التي تمخضت عن حوار التوافق الوطني 2011، والذي كان من أهم توصياته منح صلاحيات أكبر لمجلس النواب بحساباته المجلس الذي اتجهت الإرادة الشعبية لانتخاب أعضائه.

3. د. إبراهيم هلال المهندي، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام الدستور القطري (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص 519.

ذلك أن الحكومة عندما وضعت مشروع الميزانية العامة فإنها وضعت على أساس أنه يمثل بناء متكاملًا يحقق أهدافه في مختلف النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وعلى أساس ربط الميزانية العامة بالخطة الاقتصادية، وعليه فإن السماح للسلطة التشريعية بإجراء تعديل على تقديرات الميزانية دون أن يكون هناك قيد أو شرط قد يكون من شأنه المساس بالمصلحة العامة، خصوصاً وأن أعضاء المجلس النيابي قد تحكمهم المؤثرات الدعايية وسعيهم لكسب رضى جمهور ناخبهم.

تجدد الإشارة إلى أنه يجب على مجلس النواب الاتفاق المسبق مع الحكومة على أي مشروع بقانون إذا كان من شأنه زيادة الأعباء المالية على عاتق الخزنة العامة والتأثير على الحالة المالية والاقتصادية للدولة باعتبار أن الحكومة هي السلطة التي يقع على عاتقها عبء ومسؤولية التنفيذ.

ثالثاً: تقرير لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بشأن مشروع قانون الميزانية⁽¹⁾

رغبة من المشرع الدستوري في استقلال لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بوجهة نظرها بعد سماع كافة آراء أعضائها، أتاح للجنة تقديم تقريرها النهائي بصورة مستقلة عن تقرير لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس الشورى، متضمناً عرضاً عاماً للأسس التي يقوم عليها مشروع الميزانية وبياناً مناسباً عن كل باب من أبوابها، مع التنويه بالملاحظات والاقتراحات التي يقدمها أعضاء اللجنة أو المجلس النيابي بشأنها⁽²⁾، وتلتزم اللجنة بتقديم تقريرها خلال المهلة القانونية المنصوص عليها في المادة (177) من اللائحة الداخلية، في ميعاد لا يتجاوز ستة أسابيع من تاريخ إحالة المشروع للجنة المختصة، وللمجلس في حال عدم التزام اللجنة بتقديم تقريرها خلال المهلة القانونية المحددة طبقاً لأحكام اللائحة الداخلية أن يناقش مشروع قانون الميزانية بالحالة التي ورد بها من الحكومة، وهو ما يتوافق مع نوع الرقابة على الميزانية العامة، حيث إن مشروع قانون اعتماد الميزانية ينظر في المجلس ولجانته بطريق الاستعجال حسبما أقرته المادة (178) من اللائحة، حيث نصت على أن "يكون نظر الميزانية في المجلس ولجانته بطريق الاستعجال، وتحيل لجنة الشؤون المالية والاقتصادية الأبواب التي تنتهي من بحثها إلى المجلس لنظرها تباعاً".

ويعتبر شرط الاستعجال من القواعد المهمة عند مناقشة مشروع قانون اعتماد الميزانية في اللجنة المختصة، حيث تحيل اللجنة الأبواب التي تنتهي من بحثها تباعاً إلى المجلس لنظرها⁽³⁾.

1. المادة (177) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب.

2. تضمن تقرير لجنة الشؤون المالية والاقتصادية بمجلس النواب بشأن مشروع الميزانية العامة للدولة للسنتين الماليين 2011-2012 ثمانية فصول وفق الترتيب التالي: (الفصل الأول: الدراسة العامة لمشروع الميزانية العامة للدولة للسنتين 2011-2012، الفصل الثاني: إجراءات اللجنة، الفصل الثالث: دراسة الإيرادات، الفصل الرابع: المصروفات المتكررة، الفصل الخامس: مصروفات المشاريع، الفصل السادس: عجز الميزانية، الفصل السابع: تفاصيل الميزانية قبل وبعد التعديلات المطلوبة التي لم يتم الاتفاق عليها مع الحكومة (تم الاتفاق على الإيرادات فيما لم يتم الاتفاق على المصروفات "المشاريع المتكررة"، الفصل الثامن: مواد المشروع).

3. لُوْحظ بشأن تقارير اللجنة المالية والاقتصادية بمجلس النواب البحريني عدم تفعيل النص القانوني المتعلق بإحالة أبواب الميزانية أولاً بأول بمجرد الانتهاء من مناقشتها، حيث درجت اللجنة على رفع تقريرها بشأن مشروع الميزانية العامة بصورته النهائية شاملاً جميع الأبواب التي أوردتها الحكومة ابتداءً.

المطلب الثالث

مناقشة الميزانية أمام المجلس النيابي

بعد أن تنجز اللجان المختصة مشروع قانون اعتماد الميزانية، وترفع تقريرها النهائي بشأنه، تبدأ مناقشة الميزانية في جلسة علنية - حسب الأصل- ما لم يقرر المجلس انعقاد المناقشة بشكل سري وفقاً للضوابط الواردة في اللائحة الداخلية⁽¹⁾.

وتعتبر مناقشة الميزانية هي الحد الفاصل بين إقرار الميزانية حسيماً وضعتها الحكومة، أو رفضها من قبل المجلس إذا تبين لأعضائه أن الحكومة لم تلتزم بما قرره الدستور واللائحة الداخلية من أحكام، ويُناقش مشروع الميزانية بالصورة التي قررها الدستور وأكدت عليها اللائحة الداخلية بأن تكون على أساس التوبيخ الوارد فيها، فلا يجوز أن تُناقش الميزانية جملة، فالمجلس يُناقش كل باب من أبواب الميزانية على حدة ويقترح عليه. ويكون الإقرار وفق الأغلبية المطلوبة لإقرار الميزانية، وهي الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين⁽²⁾.

ويلتزم العضو طالب الكلام بالإجراءات المنصوص عليها في المادة (181) من اللائحة الداخلية بقيد اسمه بعد توزيع تقرير لجنة الشؤون المالية والاقتصادية عليه وقبل بدء المناقشة فيه، وتحديد المسائل التي سيتناولها بالبحث، حيث تقتصر المناقشة في المجلس على الموضوعات التي يثيرها طالب الكلام، وذلك كله ما لم يأذن المجلس بخلاف ذلك، وتأسيساً على ما سبق فإن لكل عضو عند نظر مشروع قانون اعتماد الميزانية أن يقترح أي تعديل على المشروع بوصفه مشروعاً بقانون يخضع للقواعد العامة لمناقشة المشروع بقانون المنصوص عليها في الدستور واللائحة الداخلية إلا فيما ورد بشأنه نص خاص، وفي ظل غياب نص خاص يمنع اقتراح التعديلات في جلسة المناقشة، فإنه يحق لكل عضو التقدم باقتراح تعديل المشروع حتى لا تبقى الرقابة البرلمانية حكراً على ما تقرره اللجنة المختصة بدراسة مشروع قانون اعتماد الميزانية. ولا يجوز تخصيص أي إيراد من الإيرادات العامة لوجه معين من وجوهه إلا بقانون.

وفي هذا السياق، يثور التساؤل حول الفرض الذي تصر فيه السلطة التشريعية على تعديل مشروع الميزانية في مواجهة رفض الحكومة لهذا التعديل؟

للسلطة التشريعية في حالة رفض الحكومة التعديلات الجزئية المقترحة، عدم الموافقة على مشروع الميزانية، وقد يترتب على هذا الأمر أزمة سياسية بين الحكومة والسلطة التشريعية، وما قد يترتب على هذه الأزمة من تبعات كبيرة سواء استقالة الحكومة أو حل البرلمان وإجراء انتخابات جديدة.

1. نصت المادة (43) من اللائحة الداخلية على علانية جلسات مجلس النواب، وقررت السرية فيها كاستثناء على الأصل العام، حيث نصت على أن "جلسات المجلس علنية، ويجوز عقدها سرية بناء على طلب الحكومة أو رئيس المجلس أو عشرة من أعضائه على الأقل، وفي الحالة الأخيرة يقدم الطلب كتابة إلى مكتب المجلس، ويقرر المجلس في جلسة سرية ما إذا كانت المناقشة في الموضوع المطروح أمامه تجري في جلسة علنية أم لا، ويصدر هذا القرار بعد مناقشة يشترك فيها على الأكثر اثنان من مؤيدي السرية واثنان من المعارضين لها".

2. تخضع الأغلبية المطلوبة لمناقشة الميزانية العامة للدولة لنص المادة (42) من اللائحة الداخلية، والتي نصت على أن "مع مراعاة ما ورد بشأنه نص خاص تصدر قرارات المجلس بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي منه رئيس المجلس أو من يقوم مقامه"، وذلك في ظل خلو النصوص المنظمة للميزانية العامة من النص على أغلبية خاصة لإقرارها.

وقد سلك المشرع البحريني الطريق الصحيح عندما وضع قيوداً على حق البرلمان في إجراء تعديلات على مشروع قانون اعتماد الميزانية بموافقة الحكومة، وذلك انسجاماً مع حداثة التجربة البرلمانية في مملكة البحرين، خصوصاً في ظل خلو كل من الدستور واللائحة الداخلية لمجلس النواب من أي شرط متعلق بوجود مؤهلات معينة بالنائب أو بأعضاء اللجنة المختصة بنظر مشروع الميزانية.

المبحث الثالث

إصدار الميزانية وتنفيذها

يعتبر إقرار مجلسي الشورى والنواب مشروع قانون اعتماد الميزانية وتصديق جلالة الملك عليه ونشره في الجريدة الرسمية⁽¹⁾، بداية مرحلة جديدة من مراحل عمر الميزانية العامة حيث يضعها موضع التنفيذ.

وعليه، سوف يتم تناول مطلب إصدار الميزانية وتنفيذها في الفرعين التاليين:

• **المطلب الأول:** التصديق والإصدار والنشر.

• **المطلب الثاني:** التنفيذ.

المطلب الأول

التصديق والإصدار والنشر

بعد موافقة السلطة التشريعية (مجلس الشورى ومجلس النواب) وتصديق جلالة الملك، تصدر الميزانية العامة للدولة والتعديلات التي تجرى على اعتماداتها الأصلية بقانون يسمى (قانون الميزانية العامة للدولة)، وتُنشر في الجريدة الرسمية، ويحدد هذا القانون الرقم الإجمالي لكل من النفقات والإيرادات العامة، ويرفق به جداول تشمل تفصيل النفقات العامة (المصروفات المتكررة/ مصروفات المشاريع) وتفصيل الإيرادات العامة وذلك حسب الوزارات والجهات الحكومية.

وإذا لم يصدر قانون اعتماد الميزانية قبل بدء السنة المالية (الأول من يناير) يُعمل بالميزانية السابقة إلى حين صدوره، وتجب الإيرادات وتتفق المصروفات بنسبة واحد على اثني عشر من الميزانية السابقة لكل شهر، وذلك وفقاً للقوانين المعمول بها في نهاية السنة المذكورة⁽²⁾.

ويثور التساؤل في هذا المجال، حول مدى دستورية إصدار الميزانية العامة للدولة بواسطة مرسوم بقانون في غيبة البرلمان؟

1. يكون النشر في الجريدة الرسمية بقوة القانون على خلاف بعض التشريعات ومنها التشريع القطري الذي ينص على العمل بقانون الميزانية العامة دون شرط نشره بالجريدة الرسمية.

2. مادة (109) الفقرة (هـ) من الدستور البحريني.

إذا صدر المرسوم بقانون باعتماد الميزانية العامة للدولة، أو فتح اعتماد إضافي فيها في غيبة البرلمان وفقاً لنص المادة (38) من الدستور التي حددت حالات غياب البرلمان بعبارة "إذا حدث بين أدوار انعقاد كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو في فترة حل مجلس النواب.." ⁽¹⁾، فإن السلامة الدستورية والقانونية للمرسوم بقانون تتوقف في مجملها على مدى انطباق الشروط الواردة في المادة (38) من الدستور على أحكام المرسوم بقانون الشكلية والموضوعية، وتتجسد هذه الشروط في: غيبة البرلمان، حالة الاستعجال، عرض المراسيم بقوانين على كل من مجلس الشورى ومجلس النواب وعدم مخالفة أحكام الدستور.

تجدر الإشارة إلى أن العرض الفعلي للمرسوم بقانون باعتماد الميزانية العامة للدولة يُعد من الإجراءات الضرورية التي يترتب على تخلفها زوال قوة القانون عن هذا المرسوم بقانون دون الحاجة إلى إصدار قرار بذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (38) من الدستور، وحسناً فعل المشرع الدستوري بتضمينه هذا الشرط ضمن شروط إصدار المرسوم بقانون، إذ إنه يهدف وبصورة مباشرة إلى إحكام رقابة مجلس النواب على المجال المالي وبشكل خاص الميزانية العامة، فلا تملك الحكومة وفقاً لهذا النص الالتفاف على الصلاحيات الممنوحة للسلطة التشريعية بإقرار الميزانية من خلال إصدار مرسوم بقانون في غيبة البرلمان.

ويصدر قرار مجلس النواب في شأن إصدار الميزانية العامة للدولة بواسطة مرسوم بقانون إما بالموافقة، حيث لم يشترط الدستور نشرها في الجريدة الرسمية مكتفياً بالنشر الذي يتم من خلال محاضر جلسات المجلس، أو الرفض بأغلبية أعضاء المجلس كما نصت عليه المادة (124) من اللائحة الداخلية، على أن ينشر قرار المجلس بالرفض في الجريدة الرسمية ⁽²⁾، ولا يجوز بأي حال تعديل المرسوم بقانون إلا بعد إقراره، وذلك باتباع الأسلوب الذي قرره المشرع لتعديل التشريعات العادية.

1. أشار محمد آل بن علي في كتابه المراسيم بقوانين (لوائح الضرورة)، دراسة مقارنة، مؤسسة الأيام للنشر، 2004، ص 131، 130، إلى أنه "لم ينص المشرع الدستوري البحريني صراحة على حق السلطة التنفيذية في إصدار المراسيم بقوانين في فترة ما بين الفصلين التشريعيين -كما هي الحال في الفترة ما بين دورات الانعقاد والحل- إلا أن الحق يستفاد من وجوب عرض المراسيم بقوانين التي تصدر في فترة انتهاء الفصل التشريعي على مجلسي الشورى والنواب، فهو بذلك قاس فترة ما بين الفصلين التشريعيين على فترة ما بين دورات الانعقاد، إذ لا يمكن اعتبارها داخلة ضمن فترة الحل".

2. لم يشترط الدستور نشر قرار البرلمان بعدم إقرار المرسوم بقانون في الجريدة الرسمية، غير أن اللائحة الداخلية لمجلس النواب اشترطت نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (124) على أنه "ويصدر قرار المجلس بعدم إقرار المرسوم بقانون بأغلبية أعضاء المجلس، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية".

المطلب الثاني

التنفيذ

بعد إقرار مشروع الميزانية من قبل البرلمان وتصديق جلالة الملك عليه، يصبح قانوناً ملزماً يترتب على الحكومة تنفيذه، من خلال قيامها بتحصيل المبالغ الواردة تحت بند الإيرادات، وإنفاق المبالغ المدرجة في اعتمادات الميزانية العامة، حيث يبلغ وزير المالية - بموجب المادة (28) من قانون الميزانية العامة- قانون اعتماد الميزانية العامة بعد صدوره إلى الوزارات والجهات الحكومية للعمل به. كما يُصدر - في الوقت عينه- اللوائح والقرارات والتعليمات الخاصة بتنفيذ الميزانية، على نحو يضمن مطابقة هذا التنفيذ لأحكام القانون.

وتتولى الخزنة العامة للدولة تجميع إيرادات الدولة من مختلف مصادرها، ودفع النفقات في الحدود الواردة في اعتمادات الميزانية، على أن كل مصروف غير وارد في الميزانية أو زائد على التقديرات الواردة فيها يكون بقانون يصدر عن السلطة التشريعية، كما يجوز النقل من الوفر في مصرف إلى مصرف آخر من نفس الباب أو من باب آخر في نفس الوزارة أو الجهة الحكومية، وفقاً للوائح والشروط والتعليمات المنظمة لهذا النقل والصادرة من وزير المالية.

تقوم الوزارات والجهات الحكومية في هذه المرحلة بتنفيذ ما ورد في قانون الميزانية العامة وفقاً للتعليمات الصادرة من وزير المالية، كما يبرز فيها الدور الرقابي لمجلس النواب على تنفيذ الميزانية العامة، ويطلق على هذا النوع من الرقابة بالرقابة المعاصرة أو الرقابة المرافقة للتنفيذ.

الخاتمة

تناول هذا البحث الاختصاص المالي الذي يباشره مجلس النواب البحريني على الميزانية العامة، وأظهر بعض النتائج والملاحظات، أهمها:

1. يُعد الاختصاص المالي من أقدم الاختصاصات التي تم الاعتراف بها للبرلمانات، كونه السبب الرئيسي لقيام المجالس التشريعية عبر المراحل التاريخية المختلفة، حيث مُنح البرلمان بموجبها الاختصاص الرقابي بدرجات متفاوتة، إلى أن وصل إلى مرحلة متقدمة، فأصبحت رقابة السلطة التشريعية من الناحية المالية من الدعائم الأساسية لأي نظام ديمقراطي.
2. هيئت النصوص المتعلقة بالبناء التنظيمي والقانوني لمجلس النواب كافة المقومات الكفيلة لممارسة الاختصاص في المسائل المالية المقررة دستورياً.
3. إن الاختصاص التشريعي والمالي الذي يمارسه مجلس النواب في الميزانية العامة يبرز مدى تحقيق التوازن والتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في مجال المحافظة على المال العام.
4. تشكل مناقشة الميزانية العامة للدولة والنظر فيها أحد أهم وسائل رقابة مجلس النواب على المال العام، من خلال بسط الرقابة على الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تسعى الدولة إلى تحقيقها خلال فترة زمنية معينة من خلال السياسات التي تتضمنها تلك الميزانية.
5. إن الاختصاص المالي لمجلس النواب يبرز بفعالية في الرقابة السابقة المتمثلة بفحص ومناقشة مشروع قانون الميزانية وتعديله بالتوافق مع الحكومة.

المراجع

المراجع العامة

1. د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، مكتبة عبدالله وهبة، الطبعة الرابعة، 1949.
2. د. حسين محمد البحارنة، دول الخليج العربية الحديثة: علاقاتها الدولية وتطور الأوضاع السياسية والقانونية والدستورية فيها، بيروت، دار الكنوز الأدبية، الطبعة الثانية، 2006.
3. د. حسين محمد البحارنة، دراسة وتحليل قانوني لوضع الدستور في مملكة البحرين، بيروت، دار المحبة البيضاء، الطبعة الأولى، 2008.
4. الأستاذ راشد عبدالله الفرغان، مختصر تاريخ الكويت، القاهرة، 1960.
5. د. رمضان محمد بطيخ، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.
6. سالم محمد سالم الكواري، السلطة التشريعية في دستور مملكة البحرين 2002 المعدل، الطبعة الأولى، 2008.
7. د. سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1998.
8. د. عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، بيروت، دار النهضة العربية، 1968.
9. محمد آل بن علي، المراسيم بقوانين (لوائح الضرورة)، دراسة مقارنة، مؤسسة الأيام للنشر، 2004.
10. د. نوري لطيف، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة علاء، بغداد، 1979.
11. د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1971.

المراجع المتخصصة

1. د. جيهان حسن سيد أحمد خليل، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة، دار النهضة العربية، 2002.
2. د. حامد حمود الخالدي، الدور الرقابي للبرلمان في المجال المالي في النظام الدستوري الإنجليزي والمصري والكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009.
3. د. صالح إبراهيم المتيوتي، المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني، جامعة البحرين، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، 2006.
4. عبدالمحسن بورقية العتيبي، الموازنة بين تنفيذ الحكومة ورقابة البرلمان (نماذج ومقارنات)، الكويت، أكتوبر 2004.

وثائق ومستندات

1. مذكرة بالرأي القانوني حول مشروع قانون اعتماد الميزانية العامة للدولة للسنتين 2011-2012 المرافق للمرسوم رقم (66) لسنة 2010، هيئة المستشارين القانونيين، مجلس النواب، 2011.

المقالات



استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية

استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية

سريان القاعدة الدستورية من حيث الزمان

الدكتور علي عبدالفتاح محمد خليل

مستشار قانوني

مجلس النواب - مملكة البحرين

سريان القاعدة الدستورية من حيث الزمان

الدكتور علي عبدالفتاح محمد خليل

مستشار قانوني

مجلس النواب - مملكة البحرين

عندما يعدل الدستور في بلد ما أو يلغى، ويتم العمل بدستور جديد؛ فإن مسألة في غاية الدقة تثار هنا، وتتجسد في التنازع الزمني بين النصوص الدستورية في حالة الطعن بعدم الدستورية على القوانين التي كانت قائمة قبل تعديل الدستور، أو إلغائه وحلول دستور جديد، فهنا: هل يحكمُ هذه القوانين من الناحيتين الشكلية والموضوعية الدستورُ التي صدرت في ظلّه، أم أن ما طرأ من تعديل أو وضع دستور جديد هو الذي يحكمها؟ وللإجابة على ما سبق، نعرض في المبحثين الآتيين، إجابة الفقه على ذلك، وموقف القضاء الدستوري من ذلك، على النحو الآتي:

- المبحث الأول: التنازع الشكلي بين النصوص الدستورية

- المبحث الثاني: سريان القاعدة الدستورية موضوعياً من حيث الزمان.

المبحث الأول

التنازع الشكلي بين النصوص الدستورية

تقرر المحكمة الدستورية العليا في مصر أن بحث دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، يتم على ضوء ما قرره في شأنها أحكام الدستور الذي فرضها،⁽¹⁾ ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبه الشكلية، لا يتصور إخضاعها لغير الأوضاع الإجرائية التي كان ممكناً إدراكها عند إقرارها أو إصدارها⁽²⁾.

وفي ذلك تذكر المحكمة الدستورية العليا أن الطبيعة الآمرة لقواعد الدستور، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، والتي ترتبط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنائها ومدخل تكوينها، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعها -وأياً كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم، لضمان اتساقها والمفاهيم التي أتت بها، فلا تتفرق هذه القواعد -مضامينها- بين نظم مختلفة يناهض بعضها البعض، بما يحول دون جريانها وفق الضوابط ذاتها التي يتطلبها الدستور القائم في شأن تلك القواعد، كشرط لمشروعيتها الدستورية⁽³⁾.

1. دستورية عليا، القضية رقم (15) لسنة 8 قضائية، دستورية، جلسة 7/12/1991، قاعدة رقم 9/1 - ص 37 من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

2. دكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز ريبه - جان ديوي للقانون والتنمية، 2003، ص 169.

3. دستورية عليا، القضية رقم 81 لسنة 18 ق، دستورية، جلسة 4 أبريل 1988 - قاعدة رقم 96/1 - ص 1282 من الجزء الثامن.

فالتحقق من مخالفة التشريع للأوضاع والإجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور، إنما تتم على ضوء أحكام الدستور الذي صدر التشريع المعروض أمر دستوريته في ظله، وليس بالرجوع إلى أحكام الدستور القائم، ومرجع ذلك أن العيوب الشكلية يستحيل أن تتحدد بالرجوع إلى الدستور القائم وقت الطعن بعدم الدستورية، لأن الأوضاع والإجراءات الشكلية تصاحب العملية التشريعية منذ بدايتها إلى نهايتها، ولا تكون السلطة المختصة بالتشريع مخاطبة إلا بأحكام الدستور الذي يفرض هذه الأوضاع، فإن هي اتعتها ونزلت عليها أصبح التشريع الصادر عنها مبرراً من العيوب الشكلية وخالياً منها، ولو قيل بتطبيق الإجراءات التي قررها الدستور القائم وقت الطعن بعدم الدستورية، والتي تختلف عن الإجراءات التي كان يتطلبها الدستور الذي صدر التشريع المطعون فيه في ظله، فإن مقتضى ذلك إبطال كل تشريع مخالف للأوضاع الشكلية في الدستور القائم، على الرغم من أن السلطة التشريعية لم تكن تستطيع وقت وضع التشريع المطعون فيه أن تتقيد بها، لخلو الدستور النافذ عند إصداره من هذه الشروط والأوضاع. فلو أن الدستور النافذ عند إقراره التشريع المطعون عليه كان يكتفي بالأغلبية العادية لإقراره، وصدر التشريع حائزاً لهذه الأغلبية، ثم تطلب الدستور القائم وقت الطعن على التشريع أغلبية خاصة لإقراره، فلا يجوز أن تطبق الجهة القائمة بسلطة الرقابة الدستورية الأغلبية الخاصة عند الطعن فيه، وأن تقرر عدم دستوريته، إذ لا يتصور أن تشتط شكلية لم تكن قائمة عند إقرار السلطة المختصة للتشريع المطعون عليه⁽¹⁾.

وطبقاً للمادة (187) من دستور 1971 المصري، فإنه يشترط موافقة مجلس الشعب على سريان القانون بأثر رجعي بأغلبية خاصة هي أغلبية أعضائه، ويتعين أن يكون ذلك ثابتاً بطريقة جلية وواضحة على وجه قطعي، وإلا وقع النص التشريعي المقرر للرجعية في حومة عدم الدستورية، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها، والذي جاء فيه "إن الإجراء الذي تطلبه الدستور لإقرار الأثر الرجعي للقانون هو إجراء خاص يفرضه استثناء من الأصل المقرر في هذا الشأن، انطلاقاً من خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط العلاقات القانونية، فإن الدليل على استيفاء هذا الإجراء يتعين أن يكون جلياً لا يحتمل التأويل ثابتاً على وجه قطعي، وإذا كان القانون المطعون فيه -بعد تعديل مشروعه على الوجه السالف بيانه- قد وُفق عليه بالأغلبية حسبما تدل على ذلك مضبطة الجلسة الخمسين لمجلس الشعب المعقود صباح الاثنين الموافق 21 من أبريل 1986، وكانت هذه المضبطة ذاتها قد خلت مما يؤكد أن هذه الأغلبية هي الأغلبية الخاصة التي اشترطتها المادة (187) من الدستور ممثلة في أغلبية أعضاء المجلس في مجموعهم لا الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم، فإن استيفاء الإجراء الخاص لا يكون قد تم على الوجه الذي يتطلبه الدستور، يؤكد ذلك أن الاقتراع على هذا المشروع قد تم بافتراض انتفاء الأثر الرجعي لمادته الأولى، وهو افتراض يصادم مفهومها ويتنقد الأساس الذي تقوم عليه، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورتها"⁽²⁾.

كما قضت في حكم آخر بأنه "وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية المتصلة باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها، إنما تتحدد على ضوء ما قررتها في شأنها أحكام الدستور المعمول به حين صدورها، وحيث إن المادة (65) من دستور سنة 1964 المعمول به في تاريخ

1. راجع في ذلك تفصيلاً د. عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 1987، ص 319.

2. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسته 7/12/1992 في الدعوى رقم 3 لسنة 9ق.

صدر القانون المطعون فيه والذي يحكم الأوضاع الشكلية لإقراره وإصداره- تنص على أنه "لا يجوز لمجلس الأمة أن يتخذ قراراً إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه، وفي غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة، تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوي الآراء يعتبر الموضوع الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً" وتنص المادة (163) من هذا الدستور على أن "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز - في غير المواد الجنائية- النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة" وهو عين ما نص عليه الدستور الصادر سنة 1971 في المادتين (107)، (187) منه، ولما كان الإجراء الذي تطلبه الدستور لإقراره الأثر الرجعي للقانون هو إجراء خاص فرضه -استثناء من الأصل المقرر في هذا الشأن كضمانة أساسية للحد من الرجعية، وتوكيداً لخطورتها في الأعم الأغلب من الأحوال إزاء ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار، فإنه يتعين بالتالي- وعلى ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة من أن يكون الدليل على استيفاء هذا الإجراء جلياً لا يحتمل التأويل، ثابتاً على وجه قطعي، إذا كان ذلك وكان النص المطعون فيه قد ووفق عليه بالأغلبية، حسبما يبين من مضبطة الجلسة التاسعة والثلاثين لمجلس الأمة، المعقودة يوم 10/6/1970، وكانت هذه المضبطة قد خلت مما يؤكد أن هذه الأغلبية هي الأغلبية الخاصة التي اشترطتها المادة 163 من دستور 1964 ممثلة في أغلبية أعضاء المجلس في مجموعهم، لا الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم، فإن الإجراء الخاص الذي استلزمته هذه المادة لإقرار الأثر الرجعي للنص المطعون فيه لا يكون قد تم على الوجه المقرر في الدستور، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم 48 لسنة 1970، لما كان ذلك، وكانت المادة (2) من ذات القانون لا تفصل عن مادتها الأولى سالفه الذكر، وترتبط بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة إذ إنها تحدد تاريخ العمل بأحكام هذا القانون فتأخذ حكمها ويكون القانون جميعه على غير هدى من الدستور"⁽¹⁾.

وقد سبق للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن استدلت بعدم ثبوت هذه الموافقة الخاصة على القول بعدم سريان القانون بأثر رجعي، حيث أوضحت الجمعية العمومية، أن أصول التفسير التشريعي إنما تقتضي ألا تحمل النصوص على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها من معناها، أو يؤول إلى الاتواء بها عن سياقها، بل يلزم الأمر استظهار إرادة المشرع من وراء النص بتقسي ماهيتها بلوغاً لغاية المقصد وحقيقة المراد، وذلك بالاستعانة بكل ما يمكن من ذلك كالمذكرة الإيضاحية للتشريع وأعماله التحضيرية، وهي ضوابط تعاضد فيما بينها في إفادة حقيقة القصد على دستورية أحكامه عند إعمالها بعد صدور القانون.⁽²⁾

وعطفاً على الشرط الشكلي بتوافر أغلبية خاصة، هي بموجب نص المادة (187) من دستور 1971 أغلبية أعضاء مجلس الشعب، ثار تساؤل مفاده، هل يتعين دستورياً ثبوت توافر الأغلبية الخاصة لرجعية التشريع نداء بالاسم حسبما ذكرت المادة (35) من اللائحة الداخلية للمجلس، أم أنه يكفي ثبوتها بأي طريق آخر كلما كان قاطعاً في توافرها؟

وما نراه هنا أنه يكفي ثبوت موافقة الأغلبية اللازمة من عدد أعضاء مجلس الشعب على النص الذي يتضمن أثراً رجعياً، سواء ثبت ذلك عن طريق التصويت نداءً بالاسم أو أي طريق آخر، طالما كان ذلك

1. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 299 لسنة 24 قضائية، دستورية، جلسة 7/5/2006، الجريدة الرسمية، العدد 2 مكرر (ب) في 23/5/2006.

2. فتوى رقم 1096 بتاريخ 25/12/2003، جلسة 20/11/2003، ملف رقم 37/2/917.

جلياً واضحاً لا يحتمل تأويلاً، وذلك لأن الدستور اشترط فقط في مادته المذكورة توافر الأغلبية الخاصة، دون تحديد طريقة التصويت أثناء عرض هذا الأمر، والعبرة في دستورية نص من عدمه هو مدى تطابقه مع النص الدستوري، سواء أكان ذلك من الناحية الموضوعية أم الشكلية، ويكون الاحتكام في هذه الحالة إلى ما ورد في مضبطة الجلسة التي جرى بها التصويت، فإذا كان ما ورد بالمضبطة يثبت ثبوتاً قطعياً أن أغلبية عدد أعضاء المجلس قد وافقت على التشريع، فإن الشكلية الخاصة التي اشترطها الدستور لرجعية التشريع قد توافرت، أي أن النص الذي يتضمن أثراً رجعياً يكون في منأى عن حومة عدم الدستورية من الناحية الشكلية إذا حظي بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب، أي أغلبية الأعضاء الذين يشكل منهم مجلس الشعب وليس أغلبية الأعضاء الحاضرين، أيما كانت طريقة التصويت التي تحقق بها هذا الأثر، ويؤكد ذلك ما كانت تنص عليه المادة (17) من دستور 1971 بقولها "لا يكون انعقاد المجلس صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه، ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة، ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة، وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذي جرت المناقشة في شأنه مرفوضاً".

المبحث الثاني

سريان القاعدة الدستورية موضوعياً من حيث الزمان

تنازع الفقه في هذه المسألة على رأيين، كما أتيحت الفرصة للقضاء الدستوري في أن يتعرض لهذه المسألة الهامة على النحو التالي:

المطلب الأول

الفقه

انقسم الفقه في المسألة على رأيين:⁽¹⁾

الرأي الأول: ويذهب القائلون به إلى الاعتداد بأحكام الدستور النافذ وقت صدور التشريع للرقابة على دستوريته، ويعني ذلك أن بحث أمر دستورية التشريع يكون بالنظر إلى مدى استيفائه للشروط والضوابط الشكلية والموضوعية التي يفرضها الدستور الصادر في ظله هذا التشريع، حتى وإن كانت بعض أحكامه أو كلها تتعارض وأحكام الدستور الجديد القائم، لما هو مقرر من أن الأصل في القواعد القانونية، سواء كانت دستورية أم عادية، أن تسري بأثر فوري حال ومباشر من تاريخ نفاذها، ولا تمتد إلى ما قبل هذا التاريخ إلا استثناء في حدود ما يقره الشارع من استثناءات ترد على مبدأ عدم رجعية القوانين، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار العدالة وقد ينال من استقرار المعاملات؛ لأن العلاقات والروابط والأوضاع القانونية التي نشأت وترتبت آثارها صحيحة وفقاً لأحكام الدستور الذي صدرت في ظله، يكون من المصلحة العامة عدم المساس بها عند نفاذ الدستور الجديد، حتى لا تهتز وتضعف الثقة في القوانين، وحرصاً على استقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

1. راجع في عرض هذين الرأيين، د. عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص 241-242.

الرأي الثاني: وعلى عكس الرأي الأول، ذهب أنصاره إلى أن أحكام الدستور القائم تكون هي وحدها المرجع الأساسي للرقابة الدستورية، باعتبار أن أحكام الدستور الجديد لا يمكن أن تكون بأي حال ترديدا لأحكام الدستور السابق، وإلا انتفت الحكمة من إصدار الدستور الجديد، وتبعاً لذلك فإن هذا الدستور لا بد وأن يكون قد أتى بقيم وأصول وأحكام مستحدثة وجديدة، تريد السلطة المؤسّسة أن يجرى العمل بمقتضاها، وهو ما يفصح عن نيتها في العدول عن النظم السابقة، وإبدال النظم المستحدثة التي أوردها الدستور الجديد بها، مما يتعين معه أن تتم الرقابة وفقاً لأحكام الدستور القائم حتى تتساير التشريعات المعمول بها مع الأحكام التي أتى بها الدستور الجديد، والقول بغير ذلك يعني وجود نظامين متصادمين، أحدهما هو الذي كان معمولاً به في ظل الدستور السابق، والآخر هو الذي قام على آثار هذا النظام السابق، وهذا أمر لا يتصور أن يكون الشارع الدستوري قد تقبله، حيث إن نصوص الدستور القائم تمثل قاعدة النظام العام، وقمة القواعد الآمرة، والأصل ألا تبدل الدولة دستورها القائم بدستور آخر، إلا تعبيراً عن أسس جديدة يرتكز عليها نظامها الاقتصادي والاجتماعي، وتقريباً لقيم ومثل وليدة تغاير في مضمونها وغاياتها تلك التي كان الدستور السابق يقوم عليها، ومن ثم كان من المحتمر أن تقاس دستورية التشريعات السابقة عليه بالمقاييس التي أتى بها، وإلا فإن تقييمها وفقاً لأحكام الدستور الملغى يعني تكريس القيم والمبادئ التي كان يقوم عليها، وفرض الحلول المتصلة بها على جماعة بشرية تناهض هذه الأسس والقيم ولا تتغيهاها.⁽¹⁾

المطلب الثاني

القضاء الدستوري المصري

توافقت المحكمة العليا والرأي الثاني للفقهاء، ففضت في أحد أحكامها الهامة أن المادة 166 من الدستور - دستور 1964 - التي يستند عليها المدعى عليه الأول والحكومة في تأييد هذا الدفع تنص على أن كل ما قرره القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور، وقد تردد هذا النص في مدلوله ومعناه مع اختلاف يسير في صيغته في الدساتير المتعاقبة منذ سنة 1923م، ومنها الدستور الصادر عام 1956م الذي تضمن نصين لكل منهما مجال يختلف عن مجال الآخر، أولهما نص المادة 190 وهو مطابق لنص المادة 166 من الدستور الذي تقدم ذكره والثاني نص المادة 191 والذي يقضي بأن جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة، وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها، وكذلك كل ما صدر من هذه الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام، وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات، أو من هيئة أخرى من الهيئات التي أنشأت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم، لا يجوز الطعن فيها، أو المطالبة بإلغائها، أو التعويض عنها بأي وجه من الوجوه وأمام أي هيئة كانت. وظاهر من هذين النصين أن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر، وأن المشرع لم يلتزم في دستور سنة 1956 موقفاً واحداً من التشريعات السابقة على تاريخ العمل به، بل غاير بينهما فيما أسبغ عليه من الحماية، فاتخذ بالنسبة إلى بعضها موقفاً اقتضته ضرورة تحصين التشريعات والتدابير والإجراءات الثورية الاستثنائية التي اتخذت في ظروف لا تقاس فيها

1. راجع في ذلك: دعوض المر، المرجع السابق، ص 180.

الأمر بالمقياس العادي، وذلك بالنص على عدم جواز الطعن، أو المطالبة بإلغائها، أو التعويض عنها بأي وجه من الوجوه وأمام أي هيئة كانت -بينما اتخذ إلى سائر التشريعات الأخرى أسلوباً آخر ينطوي على حماية أدنى من تلك التي أسبغها على التشريعات الثورية الاستثنائية المتقدم ذكرها ذلك بالنص على بقائها نافذة، مع إجازة إلغائها، أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور - وهذه المغايرة التي قصد إليها المشرع عند تحديد موقفه من التشريعات السابقة على الدستور قاطعة في الدلالة على أنه إذ تناول موضوع التشريعات السابقة على الدستور في نصين مختلفين في دستور واحد كلا منهما يقرر حكماً يختلف عما يقرره الآخر إنما يستهدف تحصين التشريعات التي حددها على سبيل الحصر في المادة 191 من دون غيرها من التشريعات التي وقف إليها عند حد النص على استمرار نفاذها، وذلك تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات السابقة على الدستور فور صدوره، ولو أن المشرع أراد تحصين التشريعات السابقة على الدستور ضد الطعون القضائية عن ذلك في نص واحد عام يتناولها كافة ولم يكن في حاجة إلى إيراد نص آخر يفيد ذات المعنى في موضوع واحد. إن المشرع لا يعني بنص المادة 166 من دستور 1964 غير ما عناه بأصله الوارد في المادة 190 من دستور 1956 وهو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب، ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي صدرت في ظل الدستور القائم، فليس معقولاً أن تكون التشريعات التي صدرت قبل صدور الدستور، وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور - ليس معقولاً أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظمه وأصوله المستحدثة، مع أن رقابة دستوريته أولى وأوجب.⁽¹⁾

ويذهب رأى فقهي إلى أن المحكمة أسست قضاءها في الحكم السابق على الأسس التالين:

الأول: أن رقابة دستورية القوانين تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، باعتبار أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها، وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة.

الثاني: من غير المعقول ومن غير المتصور أن تكون التشريعات السابقة على الدستور بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل هذا الدستور، بل خضوعها لهذه الرقابة أولى وأوجب؛ لأن التشريعات السابقة صدرت في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أصولها وأسسها ومبادئها للنظم التي يأتي بها الدستور الجديد، والتي يتعين أن تتوافق معها التشريعات المستحدثة، ومن ثم يكون خضوع التشريعات السابقة لأحكام الدستور الجديد أولى وأوجب.⁽²⁾

كما استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على ذات نهج المحكمة العليا، ففضت أن المشرع الدستوري أرسى الأحكام الخاصة بالمصادرة بما نص عليه في المادة 36 من دستور 1971 من أن "المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي" فهي بذلك نهياً مطلقاً عن

1. المحكمة العليا (الطعن رقم 3 س 1 ق جلسة 6 مارس 1971 مكتب فيني 1 رقم الجزء 1 ص 1).

2. د. عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص 246-247.

المصادرة العامة، وحدد الأداة التي تتم بها المصادرة الخاصة، وأوجب أن تكون حكماً قضائياً، وليس قراراً إدارياً، حرصاً منه على صون الملكية الخاصة من أن تصدر إلا بحكم قضائي، حتى تكفل إجراءات التقاضي وضمائنه لصاحب الحق الدفاع عن حقه وتتفى بها مظنة العسف أو الافتئات عليه، وتأكيداً لمبدأ الفصل بين السلطات على أساس أن السلطة القضائية هي السلطة الأصلية التي ناط بها الدستور إقامة العدالة بحيث تختص دون غيرها من السلطات بالأمر بالمصادرة. ولما كان نص المادة 36 المشار إليها إذ حظر تلك المصادرة إلا بحكم قضائي قد جاء مطلقاً غير مقيد، بعد أن عمد المشرع الدستوري سنة 1971 إلى حذف كلمة "عقوبة" التي كانت تسبق عبارة "المصادرة الخاصة" في المادة 57 من دستور 1956 المقابلة للمادة 36 من دستور 1971، وذلك حتى يجري النص على إطلاقه، ويعم حكمه ليشمل المصادرة الخاصة في كافة صورها، فإن النص الذي يجيز لوزير الاقتصاد أو من ينيبه أن يأمر بالمصادرة إدارياً يكون مخالفاً للمادة 36 من الدستور، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم دستوريته.⁽¹⁾

والرأي عندي في هذه المسألة الهامة: أن التشريع يلزم أن يكون صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور المعمول به وقت صدوره، وأن يستمر صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور الجديد الذي تجري الرقابة في ظله، وأساس ذلك أن الوضع الغالب أن تكون عدم الدستورية ناشئة عن مخالفة القانون القائم (أو اللائحة) للدستور القائم وقت صدوره، وهذا ما يسمى بعيب عدم الدستورية الأصلي، وإن ذلك لا يمنع من الطعن عليه موضوعياً إذا أصبح يتعارض مع دستور جديد أو أي تعديل يطرأ على الدستور القائم، وهو ما يسمى بعيب عدم الدستورية الطارئ. وأن عيب عدم الدستورية الناشئ عن المخالفة الشكلية سواء من حيث الإجراءات أم الاختصاص، لا يمكن إلا أن يكون عيباً أصلياً. فالقانون (أو اللائحة) يجب أن يصدر وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور الذي صدر في ظله، بحيث إذا صدر التشريع سليماً من حيث الشكل، فإنه لا يصبح باطلاً بعد ذلك، حتى ولو اختلفت الشكليات التي يتطلبها الدستور الجديد بالنسبة له، أو تغيرت الجهة المختصة بإصداره. أما عيب عدم الدستورية الموضوعي، فقد يكون عيباً طارئاً إذا كان التشريع قد صدر موافقاً من الناحية الموضوعية لأحكام الدستور القائم، ثم صدر دستور جديد أو تعديل دستوري جعل الأحكام التي تضمنها ذلك التشريع غير متفقة مع أحكامه، وهذا ما يناصره جانب هام من الفقه.⁽²⁾

ويتفق ذلك وحقيقة النصوص الدستورية وطبيعة الرقابة الدستورية التي تقتضي أن تجري وفقاً لنصوص الدستور الذي صدر التشريع في ظله صوناً لهذا الدستور من الخروج على أحكامه، فإن هذا الأصل يقتضي أن تظل النصوص التي صدرت صحيحة في ظل دستور معين مطبقة وقائمة طوال مدة العمل بهذا الدستور. فإذا صدر دستور جديد تصبح معه نصوص التشريع غير دستورية، فإنها يجب أن تعتبر كذلك من تاريخ وجود هذا التعارض وهو تاريخ صدور الدستور الجديد، لأن التشريع وإن كان قد صدر موافقاً للدستور الذي صدر في ظله، إلا أنه لم يعد كذلك من وقت العمل بالدستور المتعارض معه والذي تمت الرقابة وفقاً لأحكامه، إذ يجب أن يصدر التشريع صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور المعمول به وقت صدوره، وأن يستمر صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور القائم وقت أعمال الرقابة عليه، وإلا شابه

1. المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم 23 س3 ق، جلسة 15 مايو 1982 مجموعة أحكام الدستورية العليا س2 ج1 ص 40. وكذلك حكمها في الطعن رقم 8 س5 ق جلسة 1 مارس 1986 مجموعة أحكام الدستورية العليا س3 ج1 ص 315.
2. د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ص 618 وما بعدها، د. محمد عبدالعال السناري، ود. عصمت عبدالله الشيخ، مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، 2001-2002 ص 536.

عيب عدم الدستورية مما يستوجب رفع القوة الملزمة عنه. ومن ثم فإن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي كان صحيحا في ظل الدستور الذي كان موجودا وقت صدوره، وأضحى باطلا في ظل الدستور الجديد، هو حكم يرتد إلى تاريخ صدور الدستور الجديد المتعارض مع أحكام التشريع، وليس إلى تاريخ صدور التشريع ذاته، مما يعني أن التشريع في الفترة السابقة على التعارض كان صحيحا، ولا يجوز تقرير عدم دستوريته خلال تلك الفترة، وتبقى صحيحة جميع الآثار التي ترتبت عليه في فترة صحته.



استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية
استادات قانونية

استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية استادات قانونية

HIERARCHY OF THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

تسلسل مصادر القانون الدولي

Faisal Sameer Alzayani

Legal Researcher Department of Legal Research

Council of Representatives

فيصل سمير الزياني

باحث قانوني - قسم البحوث القانونية

مجلس النواب - مملكة البحرين

HIERARCHY OF THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

تسلسل مصادر القانون الدولي

Faisal Sameer Alzayani

Legal Researcher Department of Legal Research
Council of Representatives

فيصل سمير الزيانبي

باحث قانوني - قسم البحوث القانونية
مجلس النواب - مملكة البحرين

1. Introduction

The term "Sources of International Law" brings about a conflicting meaning⁽¹⁾. Briggs suggests that the terminology of 'sources of international law' usually describes "the methods or procedures by which international law is created"⁽²⁾. Similarly, Jennings and Watts mostly discuss that the sources of international law are distinguished into material and formal sources⁽³⁾. The material sources of international law are the treaties, the resolutions of the United Nations General Assembly, the proposals from the United Nations International Law Commission, the decisions from the International Court of Justice (hereinafter as 'ICJ') and other judicial bodies of the United Nations as well as Juristic writings⁽⁴⁾. On the other hand, the formal sources are the 'accepted methods by which these legal rules come into existence'⁽⁵⁾. In particular, the formal sources of international law are classified in Article 38 of the Statute of the ICJ (hereinafter as 'ICJ Statute')⁽⁶⁾.

Article 38 stipulates that "1.. *The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply (a) International conventions, whether general or particular, establishing rules recognized by the contesting States; (b) International custom, as evidence of a general practice accepted as law; (c) The general principles of law recognized by civilized nations; (d) Subject to the provisions of article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of the rule of law*

2. *This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto*".

1. Vladimir Dugo Degan, Sources of International Law (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997). 1.

2. Herbert W. Briggs, The Law of Nations: Cases, Documents and Notes (Second edition, New York: Appleton-Century-Crofts, 1952) 44.

3. - Robert Jennings and Watts Arthur, Oppenheim's International Law (Indian Branch: Peerson Education, 1996) 23.

4. John W. Salmond, Jurisprudence, 7th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1924), para 44.

5. Abdul Ghafur Hamid, 'Sources of International Law: a Re-evaluation' [2003] 11:2 International Islamic University of Malaysia Law Journal, 2003, 203.

6. Statute of the International Court of Justice art. 49, June 26, 1945, 59 Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 993.

It is worth considering that Article 38 of ICJ is not an exhaustive catalogus of international law sources⁽¹⁾. Regarding the abovementioned distinction, the treaties, the international customs and the principles of law are most known as 'primary sources of international law', and the 'judicial decisions and the teachings, are referred as 'secondary sources'⁽²⁾.

In order to explain and understand the existing hierarchy within the sources of international law; the following paper will provide an analysis to firstly define the main characteristics of the primary sources of international law (treaties, customs, the general principles of law, judicial decisions and juristic writings). Secondly, it will demonstrate whether there is a vivid hierarchy within the sources of international law. Finally, the present analysis will demonstrate whether, in practice, the law of treaties correctly takes precedence over the other sources.

2. The Main Sources of International Law

i. International Treaties

Article 38 1(a) of the ICJ Statute demonstrates that the first source of international law are the international treaties and conventions. The Vienna Convention on the Law of Treaty 1969 defines that "a treaty is an agreement whereby two or more states establish or seek to establish a relationship between them governed by international law"⁽³⁾.

In case that a State expresses its consent to an international treaty, the State must act accordingly⁽⁴⁾. According to the principle of *pacta sunt servanda*, States' parties to an international treaty should comply with the treaties' provisions⁽⁵⁾. This principle also illustrates that the treaties are binding on State parties to them and they should be performed by the State in good faith. Historically, treaties were developed in order to give particularity to rules of mutual States' conduct⁽⁶⁾ and utilized as the second source of international law⁽⁷⁾.

1. Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

2. Shagufta Omar, 'Sources of International law In the light of the Article 38 of the International Court of Justice', (2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1877123>

3. Article 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

4. Malgosia Fitzmaurice, 'The Practical Working of the Law of the Treaties' in Malcholm V. Evans (ed.), *International Law* (Forth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2014) 172.

5. Article 26 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties 1969.

6. Malgosia Fitzmaurice supra note 11, 175.

7. Jennings and Arthur supra note 3, 31.

ii. International Custom

In every society, certain practices are implemented to regulate their daily relationships. The same applies among States at an international level. When States behave under certain circumstances and in certain ways in their mutual relations and in the event that this particular behaviour is acceptable from the other States, this behaviour becomes a custom⁽¹⁾. It is said that the custom is "the oldest and the original source of international law"⁽²⁾.

Still, an international custom may not bind all States. This is because a special custom may be established between two States only⁽³⁾. More particularly, the ICJ denotes that there is "no reason why long continued practice between two States accepted by them as regulating their relations should not form the basis of mutual rights and obligations between the two States"⁽⁴⁾.

iii. The General Principles of Law

Despite the importance of treaties and customs, the general principles of law are rarely mentioned in ICJ's judgments. In practice, the general principles are used to close gaps left by treaty and customary law⁽⁵⁾ to interpret a practice further. They are established by comparing national legal systems and are 'recognised by civilised nations'. For example, the binding nature of the agreements constitutes a general principle of law⁽⁶⁾.

iv. Judicial Decisions

Apart from the aforementioned sources of international law, judicial decisions are also used as 'subsidiary means of interpretation of international law'⁽⁷⁾. These decisions are not limited to case-law of international tribunals, but also include decisions of national courts. For instance, in *Arrest*

1. Tandon and Kapoor supra note 15, 95; North Sea Continental Shelf case, ICJ Rep. 1969, at p.3, p.44; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14, para. 186.

2. Michael Akehurst, 'Custom as a Source of International Law' [1975] 47 (1) British Yearbook of International Law 1-53; Martin Dixon, International Law, (London: Blackstone Press Limited, 2000), 28.

3. Anthony D'Amato, 'The Concept of Special Custom in International Law' (2010). Faculty Working Papers. Paper 116.

4. Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Merits, Judgment, ICJ Reports 1960, p. 6, 39

5. La Grand (Germany v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 446, para. 99.

6. Christoph Schreuer, Sources of International Law: Scope and Application, Emirates Lecture Series 28 (the Emirates Center for Strategic Studies and Research) 7.

7. Article 38 (1)(d).

Warrant case⁽¹⁾, the ICJ relied on the cases of *Pinochet* case⁽²⁾ and the *Qaddafi* case⁽³⁾ in order to examine whether Head of States and Foreign Ministers enjoy immunities for the commission of war crimes and crimes against humanity⁽⁴⁾.

v. Juristic Writing

According to Article 38 (1)(d), the writings of the 'the most highly qualified publicists' are also to be regarded as a subsidiary mean for determining the rule of law. The writings, as in the case with the general principles of law, are used to close the gaps left by treaty and customary law. Jurists such as Grotius, Vattel, and Gentili have played an instrumental role in establishing the idea of binding rules that govern the relations between sovereign and independent states. However, today, even the writing of the most respected international lawyers cannot create law.⁽⁵⁾

3. The Hierarchy of the Sources of International Law

The question of the hierarchy of sources of international law is controversial. Which of the aforementioned sources is superior than the others in a particular dispute? 'International law' is a weak answer to the question above. Some scholars argue that there is no hierarchy within the sources of international law. For instance, Pellet emphasizes that ICJ uses the sources of international law in a successive order and establishes "a kind of complementarity between them"⁽⁶⁾. Dupuy also denotes that a hierarchy of the sources of international law is not possible, as international rules, sources and procedures are equivalent due to the fact that they are derived from the will of States⁽⁷⁾.

However, the problem of hierarchy is raised when more than one rule can be applied to a particular situation. Then, the principle of *lex specialis derogate legi generalis* is applied. In this regard, a special rule prevails over a general one and a later rule overrides the earlier one⁽⁸⁾. The application of that principle is easier to treaties as appose to customs. A possible answer could be given by Article 38

1. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Preliminary Objections and Merits, Judgments, ICJ Reports 2002, p. 3, para. 57.

2. R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No 3) [1999] UKHL 17.

3. SOS Attendant and Castelnau d' Esnault v. Qaddafi, Head of State of the State of Libya, France, Court of Cassation, criminal chamber, 13 March 2000, No. 1414.

4. Malgosia Fitzmaurice supra note 11, 111.

5. Martin Dixon, *International law* (Seventh Edition, Oxford: Oxford University Press, 2013) 49.

6. Alain Pellet, 'Article 38' in Andreas Zimmerman, Christian Tomuschat and Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 773.

7. Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public* (Eighth Edition, Dalloz: Paris, 2006) 370.

8. 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law', Report of the Study group of the International Law Commission (finalised by M. Kiskenniemi), A/CN.4/L.682,

of the ICJ Statute. Though, Article 38 makes no clear reference to such hierarchy. However, it is clear that judicial decisions have a subsidiary role “for the determination of the rule of law”, since they are used to interpret a custom or a treaty in a dispute further.

Furthermore, the priority of either treaties or customs becomes more complex, as there are norms that hold higher ground than a custom or a treaty⁽¹⁾. Rules of *jus cogens* are not new to international law. The International Law Commission provided the unlawful use of force, genocide and piracy constitute as significant examples of *jus cogens*⁽²⁾. According to these rules, all States have a legal interest to secure their protection. More particularly, in the *Barcelona Traction* case, the ICJ indicates four examples of *jus cogens* rules and *erga omnes* obligations⁽³⁾; the outlawing of acts of aggression, the outlawing of genocide, protection from slavery, protection from racial discrimination⁽⁴⁾; and further, the prohibition of torture⁽⁵⁾.

The superiority of the *jus cogens* is highlighted by the Vienna Convention on the Law of the Treaties⁽⁶⁾. In particular, Article 53 specifies that a treaty is void ‘if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law’. That happens because *jus cogens* reflects superior and inviolable values of the international legal system⁽⁷⁾. In line with that, the *US v. Matta-Ballesteros* demonstrated that “*Jus cogens* norms, which are non-derogable and peremptory, enjoy the highest status within customary international law, are binding on all nations, and cannot be pre-empted by treaty”⁽⁸⁾.

2006, p. 30.

1. Malcolm N. Shaw, *International Law* (Sixth Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2011) 124.
2. Yearbook of the ILC, 1996, vol. II, p. 248; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Finnish Lawyers' Pub. Co.: Helsinki, 1988).
3. Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Clarendon Press, 2000).
4. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*, ICJ Reports 1970, pp. 3, 32.
5. *Furundzija Case*, 121 ILR, p. 213, 260.
6. Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of the Treaties* (Second Edition, Manchester: Manchester University Press, 1984) 218.
7. Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of the Treaties* (New York: Springer-Verlag, 1974).
8. *US v. Matta-Ballesteros*, 71 F. 3d 754 n. 5 (9th circuit, 1995).

4. Concluding Remarks

In conclusion, it is clear that the hierarchy of sources of international law is a complicated matter. However, based on the analysis above, one can state that the *jus cogens* rules hold the highest position in the hierarchy of sources of international law. Even in the light of any possible conflict between the decisions of the United Nations Security Council (they override the obligations under any other international agreement) and a *jus cogens*, *jus cogens* prevails. Similarly, in the event of a conflict between *jus cogens* and a treaty or a custom, *jus cogens* triumphs as well.

On the other hand, there remains a question mark in regards to hierarchy between customary and treaty law as they both **have** equal authority under international law. However, if both apply to an issue in dispute, then the treaty provisions are to prevail. In contrast, when customary law and treaty state state different views about a matter in dispute then the treaty provisions apply, unless States parties to the dispute decide differently. That happens because after a treaty comes into force, State parties are intended to apply treaties' rules to their relationship with other State parties as well as to States that are not parties to the treaty.

Lastly, to answer the question of whether the law of treaties correctly takes precedence over the other sources in practice, it is fair to say that the treaty law holds its stance at the top of the hierarchy ladder followed by international customs, then the general principles of law that are recognized by civilized nations and finally judicial decisions stand at the bottom.

5. Bibliography

a. Books

Herbert W. Briggs, *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes* (Second edition, New York: Appleton-Century-Crofts, 1952).

Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

Vladimir Dugo Degan, *Sources of International Law* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997).

Martin Dixon, *International Law* (Seventh Edition, Oxford: Oxford University Press, 2013).

Martin Dixon, *International Law*, (London: Blackstone Press Limited, 2000).

Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public* (Eighth Edition, Dalloz: Paris, 2006).

Malgosia Fitzmaurice, 'The Practical Working of the Law of the Treaties' in Malcolm V. Evans (ed.), *International Law* (Forth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2014).

Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Finnish Lawyers' Pub. Co.: Helsinki, 1988).

Robert Jennings and Watts Arthur, *Oppenheim's International Law* (Indian Branch: Peerson Education, 1996).

Alain Pellet, 'Article 38' in Andreas Zimmerman, Christian Tomuschat and Karin Oellers-Frahm (eds.), *The Statute of International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Clarendon Press, 2000).

John W. Salmond, *Jurisprudence*, 7th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1924).

Malcolm N. Shaw, *International Law* (Sixth Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of the Treaties* (Second Edition, Manchester: Manchester University Press, 1984).

Joseph Gabriel Starke, *An Introduction to International Law* (London: Butterworths, 1977).

Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of the Treaties* (New York: Springer-Verlag, 1974).

L.N. Tandon and S. K. Kapoor *International Law* (Fifth Edition, Lahore: Mansoor Book House, 2010).

b. Journals

Michael Akehurst, 'Custom as a Source of International Law' [1975] 47 (1) British Yearbook of International Law 1-53.

Anthony D'Amato, 'The Concept of Special Custom in International Law' (2010). Faculty Working Papers. Paper 116.

Richard R. Baxter, 'Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law' [1965] BYIL, 275.

Stuart Chessman, 'On Treaties and Custom: A Commentary on The Draft Restatement' [1984] 18 (2) The International Lawyer, 421.

Abdul Ghafur Hamid, 'Sources of International Law: a Re-evaluation' [2003] 11:2 International Islamic University of Malaysia Law Journal, 203.

Kamrul Hossain, 'The Concept of Jus Cogens and the Obligation under The U.N. Charter' [2005] 3 (1) Santa Clara Journal of International Law, Article 3.

Martti Koskeniemi, 'The Advantage of Treaties: International Law in the Enlightenment' [2009] 13 Edinburgh Law Review, 27.

Shagufta Omar, 'Sources of International law In the light of the Article 38 of the International Court of Justice', (2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1877123>.

Alexander Orakhelashvili, 'The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions' [2005] 16 (1) European Journal of International Law, 59.

Christoph Schreuer, Sources of International Law: Scope and Application, Emirates Lecture Series 28 (the Emirates Center for Strategic Studies and Research)

Quincy Wright, 'Conflicts Between International Law and Treaties' [1917] 11 (3) American Journal of International Law, 566.

c. Table of Cases

Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Merits, Judgment, ICJ Reports 1960, p. 6.

North Sea Continental Shelf case, ICJ Rep. 1969, at p.3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, pp. 3.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14.

Furundzija Case, 121 ILR, p. 213, 260

Bosnia Case, ICJ Report, 1993, p. 325

US v. Matta-Ballesteros, 71 F. 3d 754 n. 5 (9th circuit, 1995).

R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International Intervening) (No 3) [1999] UKHL 17.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Preliminary Objections and Merits, Judgments, ICJ Reports 2002, p. 3.

SOS Attendant and Castelnau d' Esnault v. Qaddafi, Head of State of the State of Libya, France, Court of Cassation, criminal chamber, 13 March 2000, No. 1414.

La Grand (Germany v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 446.

d. International Treaties and Conventions

United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

Statute of the International Court of Justice art. 49, June 26, 1945, 59 Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 993.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, entered into force Jan. 27, 1980.

e. Other Documents

'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law', Report of the Study group of the International Law Commission (finalised by M. Kiskenniemi), A/CN.4/L.682, 2006.

التقارير

دور السلطات التشريعية في مكافحة الإرهاب

تقرير عن أعمال ورشة العمل الإقليمية التي
عقدت بمملكة البحرين في 17 مايو 2017م

محمد باقر سليمان المدني

باحث قانوني - قسم البحوث القانونية

مجلس النواب - مملكة البحرين

دور السلطات التشريعية في مكافحة الإرهاب

محمد باقر سليمان المدني

باحث قانوني - قسم البحوث القانونية

مجلس النواب - مملكة البحرين

أولاً: المقدمة:-

إدراكاً لأهمية دور السلطات التشريعية في مكافحة الإرهاب، واستشعاراً لضرورة العمل المشترك وتظافر جهود المجالس التشريعية العربية في هذا المجال، نظم مجلس النواب بالتعاون مع معهد البحرين للتنمية السياسية، وبرعاية كريمة من صاحب المعالي السيد أحمد بن إبراهيم راشد الملا رئيس مجلس النواب بمملكة البحرين ورشة العمل الإقليمية حول (دور السلطات التشريعية في مكافحة الإرهاب).

وقد سعت الجهة المنظمة لورشة العمل لاستضافة أكبر عدد ممكن من ممثلي المجالس التشريعية العربية، وكذلك الخبراء والمتخصصين في مجال مكافحة الإرهاب تحقيقاً لأهداف الورشة وغاياتها. وقدم المشاركون في ورشة العمل أوراق عمل قيمة سلطت الضوء على التحديات والصعوبات والعقبات التي تواجهها الدول في سبيل مكافحة الإرهاب، وجهود الدول وتجاربها، والأدوار التي تقوم بها المجالس التشريعية في هذه الدول، والحلول المقترحة للتغلب على التحديات والصعوبات، وانتهت ورشة العمل إلى جملة من التوصيات.

ثانياً: محاور ورشة العمل:-

المحور الأول: الإطار المفاهيمي:

- تعريف الإرهاب، الأسباب، العناصر، الجهود الدولية.

- دور اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان في مكافحة الإرهاب.

المحور الثاني: التجارب الإقليمية للسلطات التشريعية في مكافحة الإرهاب:

- تجربة مجلس النواب الأردني.

- تجربة المجلس الوطني الاتحادي الإماراتي.

- تجربة مجلس الشورى السعودي.

- تجربة المجلس الوطني السوداني.

- تجربة مجلس الشورى العماني.

- تجربة مجلس الشورى القطري.
- تجربة مجلس الأمة الكويتي.
- تجربة مجلس النواب المصري.
- تجربة مجلس النواب المغربي.
- تجربة مجلس النواب الفلسطيني.
- تجربة مجلس النواب البحريني.

ثالثاً: أوراق العمل المقدمة في ورشة العمل:-

1. ورقة عمل بعنوان (تعريف الإرهاب، الأسباب، العناصر، الجهود الدولية وملامح بناء الخطة) مقدمة من اللواء الدكتور علاء الدين شحاته، عضو هيئة التدريس بالأكاديمية الملكية للشرطة في مملكة البحرين.
2. ورقة عمل بعنوان (دور اللجنة العربية لحقوق الإنسان في مكافحة الإرهاب) مقدمة من المحامي الدكتور أحمد شموط، رئيس اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان بجامعة الدول العربية.
3. ورقة عمل حول تجربة مجلس النواب في المملكة الأردنية الهاشمية، مقدمة من سعادة الدكتور فوزي شاكر الطعيمه، عضو مجلس النواب بالمملكة الأردنية الهاشمية.
4. ورقة عمل حول تجربة المجلس الوطني الاتحادي الإماراتي، مقدمة من سعادة النائب سالم علي الشحي، عضو المجلس الوطني الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة.
5. ورقة عمل حول تجربة مجلس الشورى في المملكة العربية السعودية، مقدمة من سعادة اللواء المهندس ناصر بن غازي بن ناصر العتيبي، عضو مجلس الشورى بالمملكة العربية السعودية.
6. ورقة عمل حول تجربة المجلس الوطني بجمهورية السودان، مقدمة من سعادة النائب آدم حامد موسى عديلة، عضو المجلس الوطني بجمهورية السودان.
7. ورقة عمل حول تجربة مجلس الشورى في سلطنة عمان، مقدمة من سعادة السيد خالد بن يحيى الفرعي، عضو مجلس الشورى في سلطنة عمان.
8. ورقة عمل حول تجربة مجلس الشورى في دولة قطر، مقدمة من سعادة السيد محمد عبدالله السليطي، المراقب العام بمجلس الشورى بدولة قطر.
9. ورقة عمل حول تجربة مجلس الأمة في دولة الكويت، مقدمة من سعادة النائب الحميدي بدر السبيعي، عضو مجلس الأمة بدولة الكويت.

10. ورقة عمل حول تجربة مجلس النواب في جمهورية مصر العربية، مقدمة من سعادة النائب اللواء الدكتور محمد أبو زيد محمد، عضو مجلس النواب بجمهورية مصر العربية.
11. ورقة عمل حول تجربة مجلس النواب في المملكة المغربية، مقدمة من سعادة النائب عبدالواحد الأنصاري، النائب الأول لرئيس مجلس النواب بالمملكة المغربية.
12. ورقة عمل حول تجربة مجلس النواب في مملكة البحرين، مقدمة من سعادة النائب جمال علي بوحسن، عضو مجلس النواب.

رابعاً: توصيات ورشة العمل:-

1. تشديد العقوبات المقررة للجرائم الإرهابية لتحقيق الردع، بحيث تصل إلى أقصى العقوبات المقررة بالقوانين والأنظمة المقارنة كالإعدام والسجن المؤبد.
2. مراجعة المجالس التشريعية بالدول العربية لتشريعاتها الوطنية المتعلقة بمكافحة الإرهاب، والعمل على تطويرها بشكل دوري، لمكافحة الإرهاب بكافة صورته، وتطور جرائمه، دون إخلال باحترام حقوق الإنسان.
3. الاهتمام بمراجعة التشريعات المتعلقة بالإعلام والصحافة والنشر، لوضع الحدود الفاصلة الواضحة بين ما يُعد تعبيراً عن الرأي، وما يُعد ترويجاً للأفكار المرتبطة بالإرهاب، وتوحيد الخطاب الإعلامي العربي تجاه الإرهاب والتطرف.
4. العمل على إنشاء قاعدة بيانات مشتركة بين المجالس التشريعية العربية، لكافة الأدوات التشريعية المتعلقة والمربطة بمكافحة الإرهاب، وتسهيل تبادل المعلومات والخبرات في هذا المجال.
5. تنظيم فعاليات مشتركة بين المجالس التشريعية العربية، وإعداد الدراسات المقارنة بين تشريعاتها المتعلقة بمكافحة الإرهاب، للعمل على توحيد الرؤى والأسس والأفكار، التي تقوم عليها المنهجية التشريعية في سبيل مكافحة الإرهاب.
6. العمل على رصد الأسباب الاجتماعية والاقتصادية والفكرية المتعلقة باجتذاب الشباب للتنظيمات الإرهابية والانخراط فيها، ووضع التشريعات المناسبة للقضاء على هذه الأسباب.
7. تكثيف الفعاليات المشتركة بين المجالس التشريعية والمؤسسات الحكومية بهدف صياغة رؤية مشتركة موحدة تكون بمثابة الأساس لخطة استراتيجية محددة المعالم لمكافحة الإرهاب.
8. تعزيز التعاون الدولي لعقد مؤتمرات دولية لمكافحة الإرهاب، وإبرام اتفاقيات دولية تُجرم استغلال الدول للمنظمات والجماعات الإرهابية في صراعاتها السياسية.
9. العمل على إبرام اتفاقيات دولية تحد من الجرائم الإرهابية الإلكترونية، وتتيح للدول إلزام الشركات المقدمة للخدمة الإلكترونية من وضع ضوابطها لمراقبة الحسابات والكشف عنها.

10. تعزيز الخطاب الديني الوسطي المعتدل، ودعم دور العلماء في تصحيح المفاهيم المغلوطة، في سبيل مكافحة التطرف والغلو، ورفض بعض الدعوات المغرضة التي تحاول الربط بين الإسلام والإرهاب والتطرف.
11. دعم دور التعليم، في كافة مراحلها، في سبيل ترسيخ الفكر المعتدل في أذهان الطلاب، والعمل على مراجعة المقررات الدراسية وتطويرها بما يحقق ذلك.
12. الاهتمام بدور الإعلام في محاربة الانحراف الفكري، وذلك من خلال صياغة خطة إعلامية متكاملة، تقوم على نشر الوعي السليم بكافة القضايا المعاصرة، وترسيخ قيم المواطنة، وتقديم رسالة إعلامية رشيدة.
13. التوسع في استخدام الدولة بكافة أجهزتها للفضاء الإلكتروني وجميع وسائل التواصل العصرية لنشر ثقافة التسامح والسلام ومواجهة الفكر المتطرف.
14. تفعيل دور مؤسسات الإفتاء الرسمية، والعمل على دعمها ونشر ما يصدر عنها في كافة وسائل الإعلام، والمواقع الإلكترونية، وذلك لتصحيح المفاهيم المغلوطة.
15. تكثيف إعداد البرامج والحملات التثقيفية والندوات المتخصصة، التي تهدف إلى مواجهة العنف والتطرف، وبحث روح المسؤولية الاجتماعية تجاه الوقاية من الجرائم والأفكار المتطرفة.
16. الاهتمام بالسياسات التنموية الهادفة والنوادي الرياضية وتوفير ما تحتاجه من موارد مالية، والعمل على رعاية الشباب بديناً ونفسياً واجتماعياً، وذلك كله في سبيل مواجهة ظاهرة الإرهاب والتطرف.
17. التركيز على ترسيخ ونشر قيم التسامح والسلام والمحبة والتآخي واحترام حقوق الآخرين، وتقدير المصلحة العامة، ونبذ العنف، والدعوة للحوار، سواء عن طريق المنابر الدينية أو دور التعليم ومؤسساته أو وسائل الإعلام.
18. العمل على تكثيف جهود الوساطة السلمية لتسوية النزاعات المحلية والإقليمية والدولية؛ إذ إن مناطق النزاعات تُعد أرضاً خصبة للجماعات الإرهابية.
19. العمل على توحيد الجهود، وتفعيل الشراكة، بين المجالس التشريعية، والأجهزة الحكومية، ومؤسسات المجتمع المدني، في سبيل تنفيذ استراتيجيات مكافحة الإرهاب.
20. توسيع نطاق تبادل المعلومات المتعلقة بالتحركات الدولية للأموال بين الدول العربية، وتفعيل الجهود للقضاء على الأنشطة الممولة للإرهاب.
21. ضرورة تحقيق التوازن بين تنفيذ الاعتبارات الأمنية من جهة، واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية من جهة أخرى.
22. دعوة الأمم المتحدة إلى القيام بدورها المنشود في حث الدول على عدم قبول منح اللجوء السياسي على أراضيها لأي متهم أو محكوم عليه في جريمة إرهابية، أو مساهم في تمويل الإرهاب.

23. دعوة المجتمع الدولي للتوافق حول تعريف موحد للإرهاب.

24. تطوير التشريعات المصرفية بما يُمكن المصارف والمؤسسات المالية من إحكام رقابتها على حركات المال المشبوهة التي تمول الإرهاب، وذلك بالتعاون مع الأجهزة الأمنية بالدولة، وبهدف الوقاية من تنامي ظاهرة الإرهاب.

25. التمسك برفض وجود الكيان الصهيوني في فلسطين، وإعلان أن ما يصدر عنه هو نوع من أنواع إرهاب الدولة الذي يمارس ضد الشعب الفلسطيني.

26. الدعم المطلق لحق الأسرى الفلسطينيين المحتجزين المضربين عن الطعام في سجون ومعتقلات الكيان الصهيوني في التعبير عن مطالبهم واحترام حقوقهم التي أقرتها المواثيق والاتفاقيات الدولية.

27. إدانة التدخلات الإيرانية السافرة بشؤون الدول العربية باعتباره إرهاب دولة يتعارض مع القانون الدولي ومقاصد جامعة الدول العربية وتحديداً مبدأ حسن الجوار.

28. الاستفادة من الأطر والممارسات الدولية الفضلى في مواجهة الإرهاب ومحاصرته.

التعليق على الأحكام القضائية

التعليق على حكم المحكمة الدستورية
العلياء في مصر رقم 24 لسنة 37 قضائية
دستورية علياء، في 7 مارس 2015 م

حسن يوسف العلوي

رئيس قسم البحوث القانونية

مجلس النواب - مملكة البحرين

التعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 24 لسنة 37 قضائية دستورية عليا، في 7 مارس 2015م

حسن يوسف العلوي
رئيس قسم البحوث القانونية
مجلس النواب - مملكة البحرين

يعتبر شرط الجنسية من الشروط الضرورية للترشح للانتخابات المختلفة، باعتبارها رابطة ولاء وانتماء بين الفرد ودولته، ولذلك تؤكد الدساتير، وقوانين مباشرة الحقوق السياسية، على هذا الشرط، وتجعل منه شرطاً للترشيح، وشرطاً للاستمرار في ممارسة العضوية حال الفوز في الانتخابات، مما يعني أنه إذا فقد الشخص جنسيته لأي سبب من الأسباب، سواء بالسحب أو بالإسقاط، يصبح فاقداً لأهم شرط من شروط الترشح والعضوية، وتؤخذ في مواجهته إجراءات إسقاط العضوية.

وإذا كان شرط الجنسية المصرية يمثل أهم شروط الترشح، وكان زوال هذا الشرط يُفقد الشخص كل صور الممارسة السياسية؛ كالانتخاب، والترشح، والانضمام إلى الأحزاب السياسية القائمة، أو الاشتراك في تأسيس الجديد منها، فإن ما يثار هنا يتعلق بحق مزدوج الجنسية في ممارسة الحقوق السياسية، وبخاصة الحق في الترشح لعضوية المجلس النيابي

وقد أتاحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا في مصر لكي تقرر موقفها من دستورية أو عدم دستورية حظر ترشح المصري المتجنس بجنسية أجنبية في ظل أحكام الدستور المعدل في 2014، وذلك بمناسبة الطعن بعدم الدستورية على البند (1) من المادة (8) من قانون مجلس النواب الصادر بقرار رئيس الجمهورية بقانون رقم 46 لسنة 2014، والمادتين (4، 5) من القانون ذاته، وذلك لمخالفتها نصوص المواد (1، 9، 53، 87، 88، 244) من الدستور⁽¹⁾.

وفي هذه الدعوى حدد المدعي نطاق طعنه بعدم الدستورية هنا في: 1. نص البند (1) من المادة (8) فيما لم يتضمنه من استثناء المصريين المقيمين بالخارج من شرط الجنسية المنفردة⁽²⁾، 2. نص المادة (4)

1. القضية رقم 24 لسنة 37 قضائية دستورية عليا، في 7 مارس 2015م. (الجريدة الرسمية - العدد 10 (مكرر) 7 مارس 2015، ص16-4). كان المدعي قد أقام دعواه المذكورة، استناداً لقانون المحكمة الدستورية العليا، بمناسبة الدعوى التي أقامها أمام محكمة القضاء الإداري، طالباً الحكم، بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار اللجنة العليا للانتخابات رقم (20) لسنة 2015 بفتح باب الترشيح لعضوية مجلس النواب لسنة 2015، والتصريح باتخاذ إجراءات الطعن بعدم دستورية البند (1) من المادة (8) من قانون مجلس النواب المشار إليه والمادتين (4، 5) من القانون ذاته لمخالفتها نصوص المواد (1، 9، 53، 87، 88، 244) من الدستور وفي الموضوع بإلغاء القرار المطعون فيه، وذلك في دعواه التي تحمل رقم 3065 قضائية أمام محكمة القضاء الإداري. وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع، وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية، وقد أقام المدعي دعواه في الأجل القانوني، وأودع صحيفة دعواه بقلم كتاب المحكمة الدستورية في 12 فبراير 2015.

2. كان نص هذا البند قبل الحكم بعدم دستورية، على النحو الآتي:

مادة (8): مع عدم الإخلال بالأحكام المقررة في قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، يُشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس النواب:

1- أن يكون مصرياً متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة، ومتمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية."

فيما لم يتضمنه من إنشاء دوائر خارج الجمهورية تمثل القارات التي يقيم فيها المصريون بالخارج وفقاً للتمثيل المتكافئ؛ للناخبين منهم، 3. نص المادة (5) فيما تضمنه من أن يكون للمصريين بالخارج مترشح بالقائمة المخصص لها 15 مقعداً وثلاثة مترشحين بالقائمة المخصص لها 45 مقعداً ليكون جملة عددهم (8) مقاعد.

وبعد أن تحققت المحكمة من صحة اتصالها بالدعوى وثبوت المصلحة فيها على النحو الوارد تفصيلاً في الحكم⁽¹⁾، وبعد اطلاعها على تقرير المفوضين، وبعد دراسة الطعن والوقوف على مفرداته، انتهت المحكمة بحكم يُعد بمثابة ثورة في هذا الاتجاه، وتحول إلى وجهة جديدة فيما يتعلق بحق المصري المتجنس بجنسية أخرى، سواء أكان يقيم داخل البلاد أو خارجها، وسواء أكانت إقامته في الخارج دائمة أم مؤقتة، وكانت محصلة هذا الحكم "الحكم بعدم دستورية عبارة "متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة" الواردة بالبند (1) من المادة (8) من قانون مجلس النواب الصادر بقرار رئيس الجمهورية بقانون رقم (46) لسنة 2014، ورفض ما عدا ذلك من طلبات.."⁽²⁾. وكان مما جاء في ذلك الحكم، بصدد عدم دستورية عبارة "متمتعاً بالجنسية المصرية منفردة" الواردة في البند (1) من المادة (8) من قانون مجلس النواب السالف الإشارة إليه.

وحيث إن الأصل في سلطة المشرع في تنظيمه للحقوق التي قررها الدستور - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنها سلطة تقديرية، جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم لاختيار أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً، وليس من قيد على مباشرة المشرع لهذه السلطة، إلا أن يكون الدستور ذاته، قد فرض في شأن مباشرتها ضوابط محددة، تعتبر تخوماً لها ينبغي التزامها، وفي إطار قيامه بهذا التنظيم لا يتقيد المشرع باتباع أشكال جامدة لا يروم عنها، تفرغ قوالبها في صورة صماء لا تبديل فيها، بل يجوز له أن يغير فيما بينها، وأن يقدر لكل حال ما يناسبها، على ضوء مفاهيم متطورة تقتضيها الأوضاع التي يباشر الحق في نطاقها، وبما لا يصل إلى إهداره.

وحيث إن الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضي عليه صفة السيادة والسمو بصفته كفيل الحريات ومولتها، وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوي على قمة البناء القانوني للدولة، وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها، وفي قضائها، وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، وهو ما يعد أصلاً مقررًا وحكماً لازماً لكل نظام ديمقراطي سليم.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن تفسير نصوص الدستور يكون باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضاً، فلا يفسر نص منه بمعزل عن نصوصه الأخرى، وإنما متسانداً معها

1. وكانت هيئة قضايا الدولة قد دفعت في هذه الدعوى بعدم قبولها لانتفاء المصلحة فيها، إذ إن المدعي لم يُقدم ما يفيد ترشحه في الانتخابات البرلمانية، ولم يبين بدعواه الموضوعية صفته، ومصطلحه فيها. (الجريدة الرسمية، العدد 10 مكرر) في 7 مارس 2015، ص 6.

2. الجريدة الرسمية، العدد 10 مكرر في 7 مارس 2015، ص 16.

بما يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض، فالأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً.

وحيث إن نص المادة (102) من الدستور قد حسم أمر الشروط المتطلبة في طالب الترشح لمجلس النواب بلا لبس أو غموض مقررأ أن "يشكل مجلس النواب من عدد لا يقل عن أربعمائة وخمسين عضواً، ينتخبون بالاقتراع العام السري المباشر، ويشترط في المرشح لعضوية المجلس أن يكون مصرياً، متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، حاصلأ على شهادة إتمام التعليم الأساسي على الأقل، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن خمس وعشرين سنة ميلادية. ويبين القانون شروط الترشح الأخرى، ونظام الانتخاب.."، ومن ثم فقد أورد المشرع الدستوري الشروط الرئيسية والجوهرية بحيث لا يجوز للمشرع العادي الخروج عليها سواء بتقييدها أو بالانتقاص منها بما يهدرها أو يفرغها من مضمونها، ومن بين هذه الشروط حمل الجنسية المصرية على نحو مطلق من أي قيد أو شرط، خلافاً لما قرره نص المادة (141) من الدستور، من أنه يشترط فيمن يترشح رئيساً للجمهورية أن يكون مصرياً من أبوين مصريين، وألا يكون قد حمل، أو أي من والديه، أو زوجه جنسية دولة أخرى"، وكذلك ما قرره نص المادة (164) من الدستور من أنه يشترط فيمن يعين رئيساً لمجلس الوزراء "أن يكون مصرياً من أبوين مصريين، وألا يحمل هو أو زوجه جنسية دولة أخرى"، وتبين مما تقدم أن المشرع الدستوري قد غاير في شرط حمل الجنسية المصرية بالنسبة للمترشح لمنصب رئيس الجمهورية، ومن يعين رئيساً لمجلس الوزراء، باشتراطه ألا يكون أيهما يحمل جنسية دولة أخرى، وإسقاط هذا الشرط بالنسبة للمترشح لعضوية مجلس النواب، فمن ثم كان على المشرع العادي الالتزام بحدود وضوابط ممارسته التشريعية وبمراعاة مراتب التدرج التشريعي، فإذا ما خرج عنه وأحل نفسه موضع المشرع الدستوري وأضاف للنص المطعون فيه قييداً وشرطاً جديداً بالانفراد بالجنسية المصرية، فإنه يكون قد انطوى على مخالفة لنصوص المواد (87) و(88) و(102) من الدستور، مما يستوجب القضاء بعدم دستوريته في النطاق المحدد سلفاً.

ولا ينال مما تقدم ما نصت عليه المادة (102) من الدستور من تفويض المشرع العادي في تحديد شروط الترشح الأخرى، ذلك أن البادي من سياق تلك المادة أن تفويض المشرع العادي في تحديد شروط الترشح الأخرى، إنما وردت بصدر الفقرة الثانية من تلك المادة، وطبقاً لقواعد التفسير السليم لنصوص الدستور فإن تلك العبارة لا تصرف إلى الشروط التي أوردها النص الدستوري حصراً، وإنما قصد بها تفويض المشرع في وضع شروط من طبيعة أخرى غير تلك الشروط، فضلاً عن أن المادة (92) من الدستور قد أفصحت عن أن الحقوق والحريات اللصيقة، بشخص المواطن - ومن بينها حق الترشح والانتخاب - لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً، ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها أو جوهرها.

كما لا ينال مما تقدم ما ذهب إليه هيئة قضايا الدولة، ومن قبلها المذكرة الإيضاحية للقانون من أن الشخص الذي يحمل جنسية دولة أخرى بجانب الجنسية المصرية، يكون متعدد الولاء، وهو ما حدا بالمشرع أن يتطلب فيمن يرشح نفسه نيابة عن الشعب أن يكون غير مشارك في ولائه لمصر ولأهلاً لوطني آخر، وذلك استناداً إلى القسم الذي يؤديه عضو مجلس النواب، فذلك القول مردود بما يلي:

أولاً: أن الولاء أمر يتعلق بالمشاعر، ومحلها القلب، والأصل في المصري الولاء لبلده ووطنه، ولا يجوز افتراض عدم ولائه أو انشطاره إلا بدليل لينحل ذلك الفرض - حال ثبوته - إلى مسألة تتعلق بواجبات العضوية التي يراقب الإخلال بها مجلس النواب ذاته.

ثانياً: أن المادة (6) من الدستور نصت على أن "الجنسية حق لمن يولد لأب مصري أو لأمر مصرية..". وهو ما قد يؤدي إلى حمل أولاد الأم المصرية لجنسيتين، إذا كانت جنسية والدهم تقوم على أساس الدم، فلا يجوز بحال أن يُوصم هؤلاء الأولاد بتعدد الولاء، ومن ثم فلا يجوز اتخاذ ذلك تُكاهةً لحرمانهم من حقهم في الترشح لمجلس النواب، رغم ثبوت حقهم في المشاركة في انتخاب أعضائه.

ثالثاً: أن المشرع وهو بصدد تنظيم الجنسية المصرية بموجب القانون رقم 26 لسنة 1975 أجاز للمصري أن يحمل جنسية أجنبية بقرار يصدر من وزير الداخلية، ولا يجوز أن يكون استعمال الحق المقرر قانوناً سبباً في سقوط حقوق أخرى، خاصة إذا كانت هذه الحقوق قد قررها الدستور.

والملاحظ في هذا القضاء للمحكمة الدستورية العليا أنها أتت بحكم دستوري مغاير لما استقر عليه القضاء الإداري سابقاً في ظل دستور 1971 من حرمان مزدوجي الجنسية من الترشح للانتخابات النيابية، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في ذلك الوقت بأنه "ومن حيث إنه يتعين بادئ ذي بدء تعريف مفهوم الجنسية، فالجنسية تعني فقهاً وقضاً، رابطة تقوم بين فرد ودولة بحيث يدين الفرد بولائه للدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وفي المقابل يكون، بل يتعين، على تلك الدولة أن تحميه بإسباغ الحماية عليه إذا ما تعرض في دولة أخرى لأي مساس أو تعدٍ. فإذا كان ذلك فإن مفاد ما تقدم ومؤداه الحتمي والمنطقي أن يكون الشخص الذي ينتمي إلى دولتين بحكم تمتعه بجنسيتين متعدد الولاء بتعدد الجنسية.

ومن حيث إن القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب، عندما يشترط في المادة الخامسة فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس الشعب، أن يكون مصري الجنسية من أب مصري، فإنه لم يكتف بحيازة الشخص للجنسية المصرية، وإنما تطلب فضلاً عن ذلك أن يكون من أب مصري. وفي ذلك دلالة ينبغي استيعابها، تتحصل في أن المشرع يتطلب فيمن يُرشح نفسه للنياحة عن الشعب المصري أن يكون انتماءه عميق الجذور في تربة الوطن، مهموماً بمشاكله وقضاياها، حاملاً لها دائماً في عقله وقلبه حتى ولو رحل إلى آخر الدنيا، عاملاً بيده وعقله وقلبه ولسانه على أن يكون وطنه أول أمر الأرض عزة ورفعة وتقدماً، غير مُشترك في ولائه - قانوناً - لمصر أي وطن آخر حتى لو كان، في الفرض الجدلي، أكثر منها تقدماً سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً. وحيارة الشخص لجنسية أخرى غير الجنسية المصرية معناه أن الولاء المطلق والكامل والواجب من قبله لمصر قد انشطر قانوناً إلى ولاين أحدهما لمصر وثانيهما لوطن أجنبي آخر. وإذا تعدد الولاء لمصر وغيرها فقد تراجعت كل المعاني السابقة التي أراد المشرع المصري بالنص المذكور بلوغها، لأن الولاء الكامل لمصر ولشعبها وأمالها وترايبها يعتبر منقوصاً إذا قسمناه على مصر وعلى غيرها من الأوطان. والنياحة عن الشعب تطلب ولاءً كاملاً لمصر، خاصة وأن مهمة مجلس الشعب طبقاً للمادة (86) من الدستور هي تولى سلطة التشريع وإقرار السياسة العامة للدولة وممارسة الرقابة على السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

1. يقصد بالدستور هنا، دستور 1971م.

ومن حيث إنه إذا كان الأصل في القانون رقم 26 لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية أنه يرتب على تجنس المصري بجنسية أجنبية، متى أذن له في ذلك، زوال الجنسية المصرية (م10/2)، إلا أنه استثناءً من ذلك أجاز أن يتضمن الإذن بالتجنس احتفاظ المأذون له بالجنسية المصرية، وذلك لاعتبارات أملت الضرورة العملية، تتمثل في طمأنة المصريين الذين استقروا في الخارج واكتسبوا جنسية المهجر، أنهم مازالوا مرتبطين بوطنهم الأصلي، وأن لهم العودة إليه وقتما يشاءون، بما يمنحهم ذلك من قوة نفسية وروحية كبيرة في نضالهم بالمهجر، على نحو ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم 26 لسنة 1975 وتقرير اللجنة التشريعية في شأنه. وعلى ذلك فالسماح بازدواج الجنسية، هدفه أساساً تعضيد المصريين المستقرين في الخارج واكتسبوا جنسية المهجر، وتشجيعهم على الاستمرار في النضال في البلاد التي استقروا فيها. لكن إذا عاد المصري مزدوج الجنسية من الخارج وأقام في مصر ومارس عملاً فيها، فإن العلة من احتفاظه بالجنسية الأجنبية تزول، إلا إذا كان حَمَلُ الجنسية الأجنبية بجانب الجنسية المصرية يمثل من وجهة نظره شرفاً له لا يريد التنازل عنه، أو يمثل حماية له من قبل دولة أجنبية لا يريد أن يفقدها، وكلا الأمرين يزعزع من يقين الانتماء لمصر وحدها، حيث إن المصري الحق هو من يعتر بمصريته ويرفض تماماً أن ينازعه في ولائه لها أي وطن آخر مهما كان.

ومن حيث إن قانون الخدمة العسكرية رقم 127 لسنة 1980 ينص في المادة (1) على أن "تُفرض الخدمة العسكرية على كل مصري من الذكور أتم الثامنة عشر من عمره...". ونصت المادة (6) على أن "يُسْتثنى من تطبيق حكم المادة (1): أولاً... رابعاً: الفئات التي يصدر بقواعد وشروط استثنائها قرار من وزير الدفاع طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة أو أمن الدولة. ويصدر بالاستثناء قرار من وزير الدفاع..". وإذا أدرِك وزير الدفاع حساسية موضوع ازدواج الجنسية بالنسبة للتجنيد في القوات المسلحة المصرية، فقد عالجها على نحو يحفظ مصالح مصر ولا يُعرض أمنها للخطر، فأصدر القرار رقم 280 لسنة 1986 بشأن قواعد وشروط الاستثناء من أداء الخدمة العسكرية والوطنية للفئات الواردة بالفقرة (رابعاً) من المادة (6) من قانون الخدمة العسكرية والوطنية، ونص في المادة الأولى على أن: "تضاف للمادة (1) من قرار وزير الدفاع والإنتاج الحربي رقم 115 لسنة 1981 المشار إليه فقرة جديدة (د) نصها كالآتي: المصريون المقيمون في دولة أجنبية الذين اكتسبوا جنسية هذه الدولة مع احتفاظهم بالجنسية المصرية. ويزول الاستثناء في حالة فقد الفرد لجنسيته الأجنبية". وإذا كان القرار المذكور قد استثنى المصري مزدوج الجنسية من أداء الخدمة العسكرية جندياً في القوات المسلحة، وإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للجندي، فإن ذلك يكشف عن وجوب هذا الحكم - من باب أولى - في حق مرشحي مجلس الشعب مزدوجي الجنسية الذين يتولون سلطة التشريع ويقرون السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية. فإذا كانت المهمة التي يقوم بها الجندي جليلة وحساسة ومقدسة باعتبارها كذلك حسب وصفها الوارد بنص المادة (58) من الدستور، فإن مهمة عضو مجلس الشعب على ذات القدر من القداسة. ذلك أنه إذا كانت المادة (58) من الدستور المشار إليها تنص على أن "الدفاع عن الوطن وأرضه واجب مقدس. والتجنيد إجباري وفقاً للقانون"، فإن عضوية مجلس الشعب مما يشملها الواجب المقدس المفروض أن يتصدى له عضو المجلس دفاعاً عن سلامة الوطن سواء في اضطلاعاه بمهامه المتعلقة بإدارة العلاقات الدولية لمصر إعمالاً لحكم المادة (151) من الدستور التي تنص على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في

أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمّل خزانة الدولة شيئاً من النفقات الواردة في الموازنة، تجب موافقة مجلس الشعب عليها"، أو في إسهامه بتقرير السياسة العامة للدولة وممارسة الرقابة على السلطة التنفيذية على النحو الذي تنظمه أحكام المادة (86) من الدستور.

ومن حيث إنه مما يؤكد هذه البدهة الدستورية أن قوانين بعض الجهات تشتط فيمن يُعين فيها أو يستمر في العمل بها ألا يكون متزوجاً من أجنبية، مثل قانون السلك الدبلوماسي والفنصلي رقم 45 لسنة 1982 الذي ينص في المادة (5/2) على أنه "يُشترط فيمن يعين في إحدى وظائف السلك: 1-..... 2- ألا يكون متزوجاً من غير مصري...". والقانون رقم 232 لسنة 1959 في شأن شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة الذي ينص في المادة (108) على أنه: "لا يجوز للضابط الزواج من أجنبية...". وإذا كانت الجهات السابقة تحظر أن ينتمي إليها أو يستمر في الانتماء إليها من أن يكون نصفه مصرياً ونصفه الآخر أجنبياً بسبب التجنس، ويريد أن ينتسب إلى هيئة نيابية. ذلك أنه إذا كان العمل في السلك الدبلوماسي والقوات المسلحة أمراً شديداً حساسية بحيث يحظر على من يتزوج أجنبية ممارسته، فإن مهام عضو الهيئة النيابية لا تقل حساسية، وبالتالي يتعين القول كذلك بحظر الترشح لعضوية مجلس الشعب على من يجمع مع جنسيته المصرية جنسية أجنبية، كل ذلك بالإضافة إلى الإشارة الواجبة، دون خوض في التفاصيل، لمتطلبات العمل بأجهزة الأمن القومي التي تقوم حراسة على أمن مصر وعلى أمان المواطنين، والتي تستلزم اشتراطات خاصة فيمن يشرف بالانتماء إليها، منها وأولها الولاء الخالص لمصر بلا منازعة أو منافسة أو شراكة.

ومن حيث إن النتيجة السابقة هي التي انتهت إليها هذه المحكمة قبلاً حينما رأت أن المادة (90) من الدستور تحتم أن يقسم عضو مجلس الشعب أمام المجلس قبل أن يباشر عمله قسماً قوامه أن يحافظ العضو مخلصاً على سلامة الوطن وأن يرعى مصالح الشعب، مما لا يتصور معه، في الاستخلاص المنطقي، أن يكون الولاء للوطن شركة مع وطن غيره أو لشعب خلاف شعب مصر. وإذا كانت التشريعات المنظمة لأحكام الجنسية تجيز، في الحدود والشروط التي تقرها، اكتساب المصري جنسية أجنبية مع احتفاظه بالجنسية المصرية، إلا أن هذا الجواز لا يمكن أن يصلح سنداً أو يقوم أساساً لخلخلة مفاد أحكام الدستور التي لا يمكن حملها، لا تفسيراً ولا تأويلاً، على أنها تجيز أن ينوب عن الشعب ويعبر عن إرادته وينطق بنبضه ويحس بألامه ويلتحم مع أماله، إلا من كان مصرياً خالص المصرية، فلا تشارك هذه الرابطة المقدسة رابطة معها، فكل ذلك يتعارض ويتصادم مع صريح عبارة القسم المنصوص عليه بالمادة (90) من الدستور المشار إليها، فلا يستقيم للمواطن من وطنين في قلبه يستويان لديه. فالجنسية المصرية المتطلبية كشرط للترشيح لعضوية مجلس الشعب لا تحتمل شركة مع غيرها ولا تقبل معها في القلب والنفس مزاحماً ولا منافساً أو شريكاً⁽¹⁾. فالقسم يجب أن يُفهم على حقيقته، فهو ليس طقساً من الطقوس، فارغ المضمون، وإنما هو بحق عميق الدلالة ويرتب بذاته التزامات، ويفترض توافر شروط موضوعية فيمن يكون له حق عضوية مجلس الشعب أولها وأهمها تفرد الولاء لمصر، الأمر الذي يزعزع منه توافر جنسية أخرى للشخص، إذ على نحو ما سبق من البيان، أن الجنسية هي في تعريفها الأصولي رابطة ولاء وواجب حماية للدولة المنتمي إليها الشخص بجنسيته. ومن بديهيات أصول التفسير أن يكون للألفاظ معنى، ولا معنى لعبارة القسم المشار إليه إلا معنى واحداً لا يحتمل غيره وهو خالص الولاء للوطن، ولا يكون الولاء خالصاً إلا إذا كان متفرداً.

1. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1259 لسنة 47 ق/عليا في 27/10/2000.

ومن حيث إن هذه المحكمة ترى لزاماً عليها، وهي تنزل حكم الدستور، التأكيد على أن بيان الحكم الدستوري المستمد من عبارات القسم الذي على عضو مجلس الشعب أن يقسمه قبل تولي شؤون العضوية، إنما هو استخلاص موضوعي مجرد يتأبى على التخصيص بالنسبة لما قد يقوم من حالات في التطبيق. فالولاء المتفرد المتطلب دستورياً يسمو، في تجرده، على الحالات الواقعية في التطبيق، وهو بعد الولاء بالمعنى القانوني المستمد، على ما سبق البيان، من التكييف القانوني لرابطة الجنسية. ومفاد ذلك، أن هذه المحكمة لا تعرض، ولا شأن لها في ذلك، للولاء الفعلي لما يعرض أمامها من حالات، لأن الأمر لا يتعلق بإثبات الولاء الفعلي في كل حالة على حده. وإنما الأمر مرده إلى حكم موضوعي قائم من مفاد أحكام الدستور يجد له سنداً من التكييف القانوني المجرد لرابطة الجنسية: فالجنسية الأجنبية تفترض، قانوناً، ولاءً وانتماءً هو الذي ينتج تصادماً مع متطلبات الحكم الدستوري، دون إمكان التحدي في كل حالة على حدة بقيام الدلائل التي تفيد غير ذلك، أو أنه ليس ثمة ولاء أصلاً لتلك الجنسية الأجنبية، إذ الأمر على ما سلف، يتصل بالتكييف القانوني لرابطة الجنسية، وهذا التكييف القانوني المجرد يتأبى على التخصيص.

ومن حيث إنه ليس صحيحاً القول بأن تطلب الجنسية المصرية المتفردة في عضو مجلس الشعب يمثل إخلالاً بقاعدة المساواة المقررة للمصريين جميعاً. وهي التي نص عليها الدستور في المادة (40) منه⁽¹⁾. أساس ذلك أنه فضلاً عن أنه من المسلم به أن المساواة تفترض تطابقاً في المراكز القانونية، فإنه لا تجوز المحاجة بذلك في شأن الأمر المعروض على هذه المحكمة، إذ إن تطلب شرط الجنسية المصرية المتفردة مستمد من أحكام الدستور ذاتها. وبالتالي فلا يمكن أن يدعي بأن في ذلك إخلالاً بقاعدة المساواة التي نص عليها ذات الدستور، إذ يتعين دائماً تطبيق نصوص الدستور على نحو ما يحقق التناسق والانسجام بينها وهو ما فتئت المحكمة الدستورية العليا على تأكيده في قضاء مستقر لها. ويكون ما يتطلب دستورياً من شرط يتعلق بتفرد الجنسية المصرية فيمن يجوز له اكتساب عضوية مجلس الشعب، غير متصادم مع القاعدة الأصولية التي تقضي بالمساواة بين المصريين، ذلك أن المركز القانوني للمصري الذي يرتبط في ذات الوقت، بجنسية دولة أخرى لا يتماثل، في الواقع القانوني المجرد، مع غيره ممن يتفردون بجنسية مصر. وترتيباً على ذلك فإنه يتعين دائماً في تفسير ما قد يرد بأي تشريع، لا يرقى إلى مرتبة الدستور، من معاملة المصري الذي يرتبط بجنسية أخرى فضلاً عن جنسيته المصرية معاملة المصري، ألا يخل ذلك بحكم دستوري قطعي الدلالة يجد له، في الواقع القانوني، تطبيقاً مباشراً. والحكم الدستوري القائم على مفاد عبارات القسم - بينة المضمون وواضحة الدلالة - ينصرف إلى الحق في عضوية المجلس النيابي، ذلك الحكم الذي إن هو إلا محض تطبيق للقواعد العامة التي تحكم صحة أعمال الوكيل أو النائب، وهو حال عضو المجلس النيابي الذي يمثل شعباً بأسره، تلك القواعد العامة التي تستلزم عدم قيام شبهة تعارض في المصالح في حق الوكيل أو النائب. وعلى ذلك جميعه فإن الشرط الدستوري المستفاد صراحة من حكم المادة (90) من الدستور لا يمكن أن يكون متعارضاً أو متصادماً مع حكم المادة (40) من ذات الدستور التي تنص على القاعدة العامة في المساواة بين المواطنين.

ومن حيث إنه لا يخل بما سبق، القول بأن المادة (9) من قانون الجنسية رقم 26 لسنة 1975 تخول للأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية حق الترشح للهيئات النيابية بعد عشر سنوات من اكتساب

1. تنص المادة (40) من دستور 1971، على أن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

الجنسية، وأن مُكتسب الجنسية المصرية بذلك يكون أفضل حالاً وأعمق ولاءً من المصري صاحب الجنسية الأصلية الذي يؤذن له بحمل جنسية أجنبية، ذلك أن نص المادة (9) سالف الذكر، يواجه مصرياً ولو بالتجنس لكنه غير مزدوج الجنسية، هذا فضلاً عن أن المتجنس ليس من حقه الترشح لعضوية مجلس الشعب لأنه لم يولد لأب مصري وفقاً لما اشترطته المادة الخامسة من القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب.

ومن حيث إنه لا ينال مما سبق كذلك ما نصت عليه المادة (1) من قانون الهجرة ورعاية المصريين بالخارج من أن "لمصريين فرادى أو جماعات حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة في الخارج وفقاً لأحكام هذا القانون وغيره من القوانين المعمول بها. ويظلون محتفظين بجنسيتهم المصرية طبقاً لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية. ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو الموقوتة الإخلال بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية". ذلك أن من البدهة أن النص السابق يخول المصري المقيم في الخارج ويحتفظ بجنسيته المصرية المتمتع بالحقوق الدستورية والقانونية التي لا تعارض مع حكم الدستور ومقتضيات المصلحة العامة أو أمن الدولة؛ إذ إن هذه الحقوق تختلف باختلاف وضع المصري في الخارج، أي بحسب ما إذا كان محتفظاً بالجنسية المصرية وحدها أو أضاف إليها جنسية أجنبية، ففي الحالة الأولى يتمتع المصري بجميع الحقوق الدستورية والقانونية التي يتمتع بها المواطن المصري صاحب الجنسية المصرية فقط؛ وفي الحالة الثانية يتمتع بالحقوق الدستورية والقانونية المقررة للمواطن المصري فيما عدا تلك التي يقتضي الدستور والصالح العام أو أمن الدولة عدم تمتعه بها، كالتجنيد في القوات المسلحة، وشغل الوظائف الحساسة في أجهزة الدولة، والترشح لعضوية المجالس النيابية.

ومن حيث إنه لما سبق، فإنه يشترط للترشيح لعضوية مجلس الشعب المصري أن يكون المرشح صاحب جنسية وحيدة هي الجنسية المصرية، بحيث إنه إذا جمع بينها وبين جنسية أجنبية، فقد الحق في الترشح، وهذا الشرط ليس فقط شرطاً للانتساب إلى مجلس الشعب، وإنما هو شرط صلاحية للاستمرار في عضوية هذا المجلس، مما يتعين معه أن يصاحبه طيلة فترة عضويته".

ومع خالص تقديرنا لما ذهب إليه القضاء الإداري المصري في ظل دستور 1971؛ إلا أننا نتفق مع ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق. إذ إنه صدر في ظل دستور جديد جاء تنظيمه لهذه المسألة الهامة على نحو مغاير لما كان موجوداً في ظل دستور 1971، ومن المعلوم أن النص القانوني يجب أن يكون متوافقاً مع أحكام الدستور السارية وقت العمل به من الناحية الموضوعية، يضاف إلى ما سبق الآتي:

1. عدم وجود المانع التشريعي: إذ إن نصوص الدستور الجديد، وقانون مباشرة الحقوق السياسية الجديد، لم يرد فيهما ما يشير إلى حرمان المصري الذي يتجنس بجنسية أجنبية من الترشح للمجالس النيابية، وهذا الإطلاق لا يجوز تقييده، وإلا أصبح فاقداً المشروعية، وبخاصة في مجال الحقوق والحريات.

2. خلو الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالجنسية أو بالحقوق السياسية من هذا الحظر: إذ تنص المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لعام 1930 على أن "الشخص الذي يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن

اعتباره في كل دولة يحمل جنسيتها من مواطنيها". كما أن إعلان حقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية قد نصا على حق المواطن في المشاركة في إدارة الشؤون العامة للبلاد، دون قصره على المواطن وحيد الجنسية⁽¹⁾.

3. التوافق مع قانون الهجرة ورعاية العاملين بالخارج: إذ تنص المادة الأولى من القانون المذكور، على أنه "للمصريين فرادى وجماعات حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج وسواء كان الغرض من هذه الهجرة مما يقتضي الإقامة الدائمة أو الموقوتة في الخارج وفقاً لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية، ولا يترتب على هجرتهم الدائمة أو الموقوتة الإخلال بحقوقهم الدستورية والقانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين، طالما ظلوا محتفظين بجنسيتهم المصرية".

ومفاد ما سبق - في نظري⁽²⁾ - أن المشرع أجاز للمهاجرين هجرة دائمة أن يحتفظوا بجنسيتهم المصرية طبقاً لقانون الجنسية المصرية، مع الاحتفاظ لهم بحقوقهم الدستورية أو القانونية التي يتمتعون بها بوصفهم مصريين، وهذا إقرار صريح منه - أي المشرع - بتمتعهم بالحقوق الدستورية بالرغم من ازدواج جنسيتهم.

4. خضوع المصري مزدوج الجنسية لأحكام القانون الجنائي: إذ تسري المادة الثالثة من قانون العقوبات، والتي تخضع المصري الذي يرتكب جريمة بالخارج ثم يعود إلى مصر، لأحكام قانون العقوبات المصري، على المصري مزدوج الجنسية، وليس من العدل أن يتحمل الشخص بالالتزامات ثم يحرم من الحقوق⁽³⁾.

5. احترام إرادة الناخبين: أي أن يترك الأمر لإرادة الناخبين، وهم من يقررون ما إذا كان المصري المتجنس بجنسية أجنبية يحظى بثقتهم من عدمه، وإذا ما اختاروا منحه هذه الصفة فلا يجوز تجريده منها، مراعاة لهذه الإرادة⁽⁴⁾.

1. تنص المادة (20) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على أن "1- لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلاده، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون بحرية...". كما تنص المادة (25) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن يكون لكل مواطن - دون أي وجه من وجوه التمييز - :
(أ) أن يشارك في إدارة الشؤون العامة...".

(ب) أن ينتخب ويُنْتخَب، في انتخابات نزيهة... وعلى قدم المساواة...".

2. عادل عبدالمقصود: الحقوق السياسية والقانونية للمهاجرين ومزدوجي الجنسية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2003، ص288.

3. د. هشام عبد المنعم عكاشة: الحقوق السياسية لمتعدد الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص299. وتنص المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري، على أن "كل مصري ارتكب وهو في خارج القطر فعلاً يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه". ويرتكز - في نظر بعض الفقه - الأساس الدستوري لهذا المبدأ على عدة مبررات منها، أن سيادة الدولة تقتضي أحقيتها في إلزام مواطنيها بالتزام السلوك القويم المطابق للقانون الوطني، وأن احتمال معاقبة المواطن عن الجرائم المرتكبة في الخارج يقوّي بطريق غير مباشر القانون الوطني والمصالح التي يحميها، وأنه مبدأ مكمل لقاعدة عدم جواز تسليم الدولة لمواطنيها إلى الدولة الأجنبية التي ارتكبت الجريمة في إقليمها...". انظر: د. فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، إصدارات نادي القضاة، دار النهضة المصرية، 2015، ص266.

4. د. حسام محمد محمود لطفي، جريدة أخبار اليوم المصرية في 17/3/2001.

Legal Studies

1
Issue

International no. ISSN 2535-9673

An annual journal specialized in the legal and parliamentary field issued by the Council of Representatives in the Kingdom of Bahrain



First Issue - Jumada al thania 1439 Hijri- February 2018

February 14, National Action Charter Anniversary