

# مجلة جيل

## الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة ومفهرسة عالميا تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche - [www.jilrc.com](http://www.jilrc.com) - [law@journals.jilrc.com](mailto:law@journals.jilrc.com) - DOI Prefix:10.33685/1545

العام الثامن - العدد 55 - مارس 2023





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## المشرفة العامة ومديرة التحرير:

أ.د. سرور طالبلي

DOI Prefix:10.33685/1545

### التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة ومفهرسة عالمياً تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد. تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريساً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

### رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)

### عضو اللجنة العلمية الشرفي:

د. عبد الناصر أبو سمهدانة، قاضي في المحكمة الدستورية العليا (فلسطين)

### أسرة التحرير:

أ.د. الاخضر عزي (جامعة محمد بوضياف - المسيلة - الجزائر)

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. العباسوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

### أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

أ.م.د. يس حسن محمد عثمان (جامعة نيالا، السودان)

د. بلقاسم بنبراهيم (جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب)

د. سلطان عمار (جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر)

د. محمد شتيه (جامعة الاستقلال، فلسطين)

د. مشاعر ادريس خيرالله سرور (جامعة الخرطوم، السودان)

# قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:  
بالنسبة للمقالات والأبحاث العميقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث العميقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بأحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

## بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

#### شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث سيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش ألياً في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

#### نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
  2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
  3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
  4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
  5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
  6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@journals.jilrc.com

## الفهرس

| الصفحة |   |
|--------|---|
| 9      | • الافتتاحية  |
| 11     | • صلاحية قاضي الموضوع إزاء الدفع الدستوري دراسة وصفية تحليلية: فرحان نزال إحميد المساعيد - بدر محمد هلال أبو هويل (جامعة ال البيت، الأردن)  |
| 31     | • حق المتهم في الصمت في مرحلة المحاكمة وفق التشريع العماني والتشريع المغربي دراسة تحليلية مقارنة: نزار حمدي قشطة (كلية الحقوق/جامعة الشرقية) - حياة أكدي (كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية/تطوان/المغرب)   |
| 53     | • سلاسل الإمداد في التجارة الدولية (مبادرة المملكة العربية السعودية لعام 2022 ضمن رؤية المملكة 2030): يحيى بن حسن بن منيس الجدران (مجموعة ابن جدران القانونيّة - المملكة العربيّة السعوديّة)                            |
| 73     | • أهلية الجهات العامة للشراء في المناقصات العامة (مركزية القرار الإداري) - دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والسعودي: هشام عماد العبيدان (كلية القانون الكويتية العالمية KILAW)                                       |
| 95     | • RISĀLAT AL- AL-QADĀ' BY THE CALIPH 'UMAR IBN AL-KHAṬṬĀB'S LETTER TO ABŪ MŪSĀ AL-ASH'ARĪ, IN THE WORKS OF THE CELEBRATED ORIENTALISM SCHOLARS, Saleh al Mamari - HISHAM SAID SAIF AL GHUNAIMI (A'sharqiyah University) |

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي



## الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضلته تتم الصالحات

يسعدنا في هذا الشهر الفضيل أن نعلن عن صدور العدد (55) من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة والذي تضمن أبحاث متنوعة عالجت مواضيع في غاية الأهمية.

فلقد تناول البحث الأول دور وصلاحيات قاضي الموضوع في تقدير وجود الجدية في الدفع الدستوري الفرعي واجتهادات الفقه ونصوص التشريع الأردني واجتهادات القضاء، بهدف توحيد العمل القضائي في هذا الشأن بما يخدم العدالة وتفعيل الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة.

أما البحث الثاني فقد قارن بين التشريعين العماني والمغربي فيما يخص حق المتهم في الصمت في مرحلة المحاكمة بوصفه أحد أهم حقوق الدفاع.

فحين وضع البحث الثالث المعنى الواقعي والعميق لسلاسل الإمداد في التجارة الدولية متوقفا عند مبادرة المملكة العربية السعودية لعام 2022 ضمن رؤية المملكة 2030.

هذا وتناول البحث الرابع أهلية الجهات العامة في الكويت لتنفيذ إجراءات الشراء ومدى تأثيرها على نشاط قطاع شركات المقاولات لتنفيذ خطط التنمية حتى تصل إلى رؤية كويت جديدة عام 2035 بالمقارنة مع رؤية والتشريع السعودي في هذا المجال.

لنختم العدد ببحث باللغة الإنجليزية تناول كتاب القضاء لعمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى واليه أبي موسى الأشعري في دراسات المستشرقين.

تشكر إدارة المركز والمجلة كل من ساهم في إصدار هذا العدد متمنين الاستمرار بنفس العطاء والجدية .

والله الموفق في الأول والآخر

أ.د. سرور طالبتي / المشرفة العامة ومديرة التحرير



## صلاحية قاضي الموضوع إزاء الدفع الدستوري دراسة وصفية تحليلية

The jurisdiction of the judge in the constitutional appeal Analytical descriptive research

الأستاذ الدكتور فرحان نزال إحميد المساعيد / جامعة ال البيت، الأردن

Prof-Farhan nazzal ehmaeed Al Masaed, Al al-Bayt University, Jordan

بدر محمد هلال أبو هوميل / ماجستير في القانون، الأردن

Bader Mohamad helal abu hwamel, Master's degree in law, Jordan

### Abstract:

The research aims to demonstrate the role of the judge in ascertaining the extent of the seriousness of the appeal after the constitutionality, by clarifying the concept of the seriousness of the appeal based on linguistics, and based on the opinions of jurisprudence, the texts of the law, and the rulings of the judiciary in this regard.

Therefore, this research came with the aim of clarifying the concept of "seriousness" by explaining and defining its meaning, and indicating the indications that confirm its availability in the constitutional appeal presented by one of the litigants in the judicial case, whether it is a criminal or civil court, in addition to that it aims to unify the judicial approach in this matter. In a way that serves justice and contributes to activating oversight of the constitutionality of laws and regulations.

In conclusion, this research recommended that the Jordanian legislator make legal amendments to regulate and control this concept -the concept of seriousness- And not to leave the field open to jurisprudential and judicial opinions that conflict in this regard.

**Keywords:** seriousness, constitutional appeal, subsidiary appeal of unconstitutionality.

## الملخص:

يسعى هذا البحث لبيان دور قاضي الموضوع في تقدير وجود الجدية في الدفع الفرعي من عدمها، وذلك من خلال التوصل إلى تعريف دقيق لمفهوم الجدية بالاستناد إلى علم اللغة، واجتهادات الفقه، ونصوص التشريع، واجتهادات القضاء بهذا الشأن.

لذلك جاءت هذه الدراسة بهدف إيضاح هذا المفهوم "الجدية" من خلال شرح وتحديد معناه، ومعايير توافره في الدفع الذي يقدمه أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية المنظورة أمام القضاء، سواء كان جزائياً أم مدنياً، وتوحيد العمل القضائي في هذا الشأن بما يخدم العدالة، ويساهم في تفعيل الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة.

وقد أوصت هذه الدراسة المشرع الأردني في ختامها بإجراء تعديلات لتنظيم وضبط هذا المفهوم -مفهوم الجدية- وعدم ترك الباب مفتوحاً للاجتهادات الفقهية والقضائية التي تتضارب في هذا الشأن. الكلمات الدالة: الجدية، الطعن الدستوري، الدفع الفرعي بعدم الدستورية.

## المقدمة:

يشكل الدستور الركيزة الأولى، واللبنة الأساسية في التنظيم القانوني للدولة المعاصرة، لاسيما أنه حامي الحقوق والحريات فيها، إذ يحدد صلاحيات كافة السلطات داخل الدولة، ويرسم الخطوط العريضة، ولما كان ذلك فقد كان لزاماً على المشرع الدستوري في أي تنظيم قانوني أن يرسم طريقاً يمكّن الافراد من خلاله تحري مدى دستورية القوانين والأنظمة التي تمس حقوقهم، وهو ما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، حيث عمل المشرع الأردني على إصدار قانون المحكمة الدستورية الأردنية رقم (15) لسنة 2012 ورسم من خلاله طريقاً يبيح للأفراد تقديم طعونهم بعدم الدستورية من خلال ما يعرف بالدفع الفرعي أثناء السير في الدعوى الموضوعية أمام المحكمة، حيث أُخضع هذا الدفع لعدة ضوابط والتي كان من أهمها ضرورة أن يكون الدفع جدياً.

وتكمن أهمية هذه الدراسة من الناحية العلمية بكون موضوع الدفع الفرعي من المواضيع المستحدثة في النظام القانوني والقضائي الأردني والتي لم تحظى بقدر كبير من اهتمام الباحثين القانونيين لغاية هذه اللحظة، ناهيك عن ندرة المراجع القانونية المتخصصة في هذا الميدان، أما على الصعيد العملي فتكمن الأهمية ببيان الطريق الذي رسمه المشرع لكي يتم الطعن بعدم دستورية القوانين والأنظمة؛ إذ أن هذا الطريق مازال حديثاً لغاية وقتنا الحاضر، وتعتبره تباينات عديدة في التطبيق نتيجة عدم الاحاطة بشكل جيد بمفهوم الجدية لدى

طرفي الدفع (الخصم في الدعوى ممثلاً بوكيله وقاضي الموضوع الذي يقدم إليه الدفع بعد الدستورية)، إذ تعكف هذه الدراسة على إظهار الجوانب العملية الدقيقة التي تحيط بإجراءات هذا الدفع وصولاً به في نهاية المطاف إلى المحكمة الدستورية.

وتكمن مشكلة هذه الدراسة بشكل أساسي في بيان وإدراك مفهوم (الجديّة) كشرط من شروط الدفع بعدم دستورية القوانين والأنظمة، إذ أن التطبيق العملي أمام المحاكم كشف للعيان حجم تباين التطبيق بين مختلف المحاكم نظراً لاعتبارات تتعلق بمدى إدراك مدلول الجدية بمعناه المقصود، حيث ستقدم هذه الدراسة الإجابة على جملة من الأسئلة المتعلقة بموضوع الجدية كبيان منهجية القضاء الأردني والمعايير التي اعتنقها لتقدير وجود الجدية من عدمه، وبيان آلية تحديد النصوص التي من الممكن مخصصتها من خلال هذا الدفع، وطريقة الوصول إليها في ظل صلاحية المحكمة بتكييف موضوع الدعوى وما يترتب عليه من تغيير النصوص المطبقة عليها، بالإضافة لبيان طبيعة هذا المعيار فيما إذا كان يمثل شرطاً شكلياً أم موضوعياً لصحة الدفع الفرعي بعدم الدستورية، بالإضافة إلى تقدير موقف المشرع الأردني حيال موضوع الجدية وفقاً للنصوص التشريعية الحالية، وبيان دور قاضي الموضوع في تحقيق الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة من خلال بحثه في جدية الدفع المقدم من الخصوم، وبيان فيما إذا كان تقدير مدى الجدية يندرج ضمن مسائل الواقع التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها أم هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة التمييز، وبيان مدى تأثير الجدية على وقف الدعوى وما إلى ذلك من إطالة أمد التقاضي وغيرها من الإشكاليات العملية الدقيقة التي سوف يسوقها الباحثان من خلال هذه الدراسة.

وتقتصر دراستنا في هذا البحث على إيضاح مفهوم الجدية وصلاحية قاضي الموضوع في تقدير وجودها من خلال المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول - مفهوم الجدية، وتطبيقاتها الاصطلاحية في التشريع، وموقف الفقه، والقضاء منها.

المبحث الثاني - دور قاضي الموضوع في تقدير توافر الشروط الشكلية والموضوعية في الدفع الدستوري.

#### خطة البحث:

صلاحية قاضي الموضوع إزاء الدفع الدستوري دراسة وصفية تحليلية:

المبحث الأول: مفهوم الجدية، وتطبيقاتها الاصطلاحية في التشريع، وموقف الفقه، والقضاء منها.

● المطلب الأول: المعنى اللغوي للجدية، والتطبيقات الاصطلاحية لها في التشريع، وموقف الفقه منها.

● المطلب الثاني: موقف القضاء النظامي، والقضاء الدستوري، من مفهوم الجدية.

المبحث الثاني: دور قاضي الموضوع في تقدير توافر الشروط الشكلية والموضوعية في الدفع الدستوري.

- المطلب الأول: الشروط الشكلية للدفع، وأثره على توافر الجدية في الدفع بعدم الدستورية.
- المطلب الثاني: الشروط الموضوعية للدفع، وأثره على توافر الجدية في الدفع بعدم الدستوري.

**المبحث الأول: مفهوم الجدية، وتطبيقاتها الاصطلاحية في التشريع، وموقف الفقه، والقضاء منها**

قبل الخوض في الحديث عن مفهوم الجدية في الدفع الدستوري ينبغي الإشارة إلى أن الدفع بعدم الدستورية بشكل عام يمثل حقاً مشروعاً لكافة الأفراد في الدولة القانونية مهما كانت طبيعة الدستور القائم في تلك الدولة، سواء كان يتخذ صفة العقد، أم المنحة، أم غيره، والعلة في ذلك تكمن بأن الدستور يمثل قمة الهرم التشريعي في الدولة والتي ينبغي على كافة التشريعات الصادرة عن الدولة أن تكون موافقة له، ومطابقة له من حيث النتيجة، وإلا فإنها تكون غير دستورية، وغير نافذة بطبيعة الحال.

وقد تتخذ الرقابة على دستورية القوانين صفة الرقابة السابقة من خلال وجود هيئات قضائية او جهات دستورية معينة داخل الدولة مسؤولة عن تحري وتبع كافة النصوص التشريعية التي تصدر عن الدولة والتأكد من كونها موافقة للدستور.

وقد تتخذ هذه الرقابة صفة الرقابة اللاحقة كما هو الحال في رقابة الامتناع والتي تمثل الصورة الأولى لهذا النوع من أنواع الرقابة، بحيث يقوم القاضي الوطني بالامتناع عن تطبيق أي نص يرى بأنه مخالف للدستور، ومرد هذا الأمر أن القاضي عند توليه القضاء فإنه يقسم بأن يحافظ على الدستور، وعليه فإن امتناعه عن تطبيق النص المخالف للدستور ما هو الا من باب البر بذلك القسم الذي أقسمه.

أما الصورة الثانية للرقابة اللاحقة فهي الرقابة من خلال وجود جهة قضائية تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة على غرار المحكمة الدستورية الأردنية ضمن ضوابط وشروط معينة يحددها الدستور، حيث سيكون موضوع دراستنا هذه متصلاً بما لهذه المحكمة الدستورية من صلاحيات وفقاً لهذه الصورة من صور الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين والأنظمة، والبحث في مدى جدية الدفع المقدم لها بعدم دستورية أي قانون أو نظام أثناء سير الدعوى.

وعوداً إلى موضوع دراستنا فقد تباينت الآراء حول مدلول الجدية بوصفه الدقيق، ومعناها الاصطلاحي ما بين القانون الخاص، والقانون العام وفقاً للمشرع الأردني؛ إذ ورد هذا اللفظ (لفظ الجدية) على لسان المشرع الأردني في مواضع عدة في التشريعات الأردنية بشقيها العام، والخاص، الأمر الذي خلق تبايناً واضحاً لدى بعض الباحثين وأصحاب العلاقة، لاسيما فئة المحامين والقضاة.

ويرى الباحثان بأن موضوع الجدية قد أصبح مؤخراً من الموضوعات ذات الأهمية البالغة والتي أكب عليها الدارسون والباحثون في ميدان القانون العام، وتحديداً في القانون الدستوري؛ وذلك لما له من اتصال ومساس

بحق الأفراد بالطعن في دستورية القوانين والأنظمة، وذلك بعد صدور التعديلات الدستورية التي أجراها المشرع الدستوري الأردني عام (2011) على الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته<sup>(1)</sup>، وما استتبعه ذلك من صدور قانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012<sup>(2)</sup> وما تبع ذلك من تعديلات.

وللوقوف على المعنى الدقيق لمفهوم الجدية والاحاطة به من كافة النواحي اللغوية، والتشريعية، والفقهية، والقضائية، سيعمد الباحثان إلى تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين: يتناول في الأول منهما بيان المعنى اللغوي للجدية، والتطبيقات الاصطلاحية لها في التشريع، وموقف الفقه منها، في حين يتناول في المطلب الثاني موقف القضاء النظامي، والقضاء الدستوري من هذا المفهوم.

### المطلب الأول: المعنى اللغوي للجدية، والتطبيقات الاصطلاحية لها في التشريع، وموقف الفقه منها

بالعودة إلى المعاجم اللغوية المتخصصة يجد الباحثان أن لفظ "جِدِّيَّة" هو المصدر الصناعي من كلمة جِدِّ، والتي تعني الرصانة والرزانة، وتدلُّ على الحالة النفسية والبدنية للإنسان مثل قولنا: عمل الرجلُ جِدِّ، وتكلم المعلمُ بجِدِّيَّة، كما تعني أيضاً الاجتهاد، والاهتمام بالأمر مثل قولنا: لم يُظهر جِدِّيَّة في العمل،<sup>(3)</sup> وقد شاعت كلمة (الجدية) في لغة العصر الحديث، وذكرتها بعض المعاجم مثل المعجم الأساسي الذي جاء فيه: (جِدِّيَّة: مصدر صناعي من الجدِّ)<sup>(4)</sup> ويقال: رَجُلٌ جِدِّيٌّ: أي مُتَعَقِّلٌ، ثَابِتٌ فِي رَأْيِهِ، رَصِينٌ.<sup>(5)</sup>

أما على صعيد التشريعات الأردنية فقد ورد على لسان المشرع الأردني لفظ (جِدِّي، وجدية) في عدة تشريعات أردنية والتي كان على رأسها الدستور الأردني في المادة (2/60) من الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته والتي جاء فيها: "في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى اثاره الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جِدِّي تحيله إلى المحكمة الدستورية وفق أحكام القانون".

كما استعمل المشرع الأردني في قانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012 وتعديلاته<sup>(6)</sup> لفظ (جِدِّي) في المادة (242) والتي جاء فيها: "إذا وجدت المحكمة الناظرة للدعوى، أن القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته واجب التطبيق على موضوع الدعوى وأن الدفع جِدِّي، توقف النظر فيها وتحيل الدفع إلى المحكمة الدستورية، ويكون القرار بعدم الإحالة قابلاً للطعن مع موضوع الدعوى".

وبالرجوع للدستور الأردني لسنة 1952، ولقانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012 فلم يجد الباحثان ما يفيد بيان معنى لفظ (جِدِّي) بشكل صريح، وبالرجوع لباقي التشريعات الأردنية نجد أن المشرع

(1) المنشور في العدد 1093 من الجريدة الرسمية على الصفحة 3 بتاريخ 1952-01-08 والساري بتاريخ 1952-01-08.

(2) المنشور في العدد 5161 من الجريدة الرسمية على الصفحة 5119 بتاريخ 2012-06-07 والساري بتاريخ 2012-10-06.

(3) معجم اللغة العربية المعاصرة.

(4) معجم الصواب اللغوي.

(5) معجم الغني.

(6) المنشور في العدد 5161 من الجريدة الرسمية على الصفحة 5119 بتاريخ 2012-06-07 والساري بتاريخ 2012-10-06.

الأردني قد استخدم هذا اللفظ في المادة (326) من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976<sup>(1)</sup> والتي جاء فيها: "يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من اجراء جائزا أيضا إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن محجوراً وليس له نائب يقبل عنه الوفاء أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة اشخاص أو كانت هناك أسباب جديدة اخرى تبرر هذا الإجراء"، حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا الأسباب المنطقية والمعقولة. وكذلك الأمر ما ورد في المادة (2/866) من ذات القانون والتي جاء فيها: "فاذا تعلق بالوكالة حق الغير فقد وجب على الوكيل أن يتم ما وكل به ما لم تقم أسباب جديدة تبرر تنازله، وعليه في هذه الحالة أن يعلن صاحب الحق وأن ينظره إلى أجل يستطيع فيه صيانة حقه". حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا الأسباب المشروعة التي حالت دون إتمام الوكالة.

وكذلك الأمر ما ورد في المادة (1/1277) من ذات القانون والتي جاء فيها: "للمشريك في الحائط المشترك إذا كانت له مصلحة جديدة في تعليته أن يعليه على نفقته بشرط الا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً وعليه صيانة الحائط وتهيئته لحمل العبء الناشئ عن التعلية دون أن يؤثر ذلك على قدرته"، حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا الأسباب الحقيقية.

كما استعمل المشرع الأردني في قانون التجارة البحرية رقم (12) لسنة 1972 وتعديلاته<sup>(2)</sup> لفظ (جدّي) في المادة (242) والتي جاء فيها: "على ريان كل سفينة اصطدمت بغيرها أن يغيث السفينة الاخرى وبحارتها وركابها بقدر ما يتيسر له ذلك دون أن تتعرض سفينته وبحارته وركابه لخطر جدّي". حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا الخطر الذي قد يؤدي للهلاك.

كما استعمل المشرع الأردني لفظ (جدّي) في المادة (1/389/ج) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 وتعديلاته<sup>(3)</sup> والتي جاء فيها: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة كل من: عرض بقصد التسول سلعا تافهة أو ألعاباً استعراضية أو غير ذلك من الأعمال التي لا تصلح بذاتها مورداً جدياً للعيش". حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا المورد المستمر للرزق.

كما استعمل المشرع الأردني لفظ (جدّي) في المادة (3/114/د) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (12) لسنة 1988 وتعديلاته<sup>(4)</sup> والتي جاء فيها: "ولا يجوز حجز القضية للحكم لمدة تزيد على ثلاثين يوماً وإذا أعيدت القضية للمرافعة وجب أن يكون ذلك لأسباب جدّية تثبت في محضر الجلسة"، حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا الأسباب المعقولة.

(1) المنشور في العدد 2645 من الجريدة الرسمية على الصفحة 2 بتاريخ 01-08-1976 والساري بتاريخ 01-01-1977 [أصبح دائما بموجب إعلان صادر سندا للمادة 94 من الدستور المنشور في العدد 4106 من الجريدة الرسمية على الصفحة 829 بتاريخ 16-03-1996].  
(2) المنشور في العدد 2357 من الجريدة الرسمية على الصفحة 698 بتاريخ 06-05-1972 والساري بتاريخ 06-05-1972.  
(3) المنشور في العدد 1487 من الجريدة الرسمية على الصفحة 374 بتاريخ 01-05-1960 والساري بتاريخ 01-06-1960.  
(4) المنشور في العدد 3545 من الجريدة الرسمية على الصفحة 735 بتاريخ 02-04-1988 والساري بتاريخ 31-07-1988.

كما استعمل المشرع الأردني لفظ (جدية) في المادة (17/أ) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 وتعديلاته<sup>(1)</sup> والتي جاء فيها: "لا يجوز رد المحكم الا إذا قامت ظروف جدية تثير شكوكاً حول حيديته واستقلاله" حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا الظروف القانونية التي تحول دون قيامه محكماً بينهم.

كما استعمل المشرع الأردني لفظ (جدية) في المادة (28/ب/2) من قانون استقلال القضاء رقم (29) لسنة 2014 وتعديلاته<sup>(2)</sup> والتي جاء فيها: "للمجلس في أي شكوى جزائية ورد النص عليها في البند (1) من هذه الفقرة، وبعد سماع أقوال المشتكي والقاضي ومطالعة النائب العام أو الاطلاع على أي بيئة أخرى بما في ذلك سماع أقوال الشهود أن يقرر حفظ الشكوى أو أن يأذن وحسب الأصول بملاحقة الأصول بملاحقة القاضي إذا تأكد من جدية الشكوى وللمجلس اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة من حيث القبض على القاضي أو توقيفه أو الإفراج عنه". حيث يرى الباحثان أن القصد منها هنا أن تكون الشكوى غير كيدية.

كما استعمل المشرع الأردني لفظ (جدية) في المادة (14/ب) من قانون الكسب غير المشروع رقم (21) لسنة 2014 وتعديلاته<sup>(3)</sup> والتي جاء فيها: "للمحكمة أن تقرر إدخال كل من تحققت له فائدة جدية من غير المذكورين في الفقرة (أ) من هذه المادة والحكم في مواجهته بالرد من أمواله بقدر ما استفاد"، حيث يرى الباحثان ان القصد منها هنا المنفعة الفعلية.

وبعد أن استعرض الباحثان كافة التشريعات المذكورة أعلاه وعلى رأسها الدستور الأردني فإننا نجد أن المشرع الأردني لم يتطرق لتعريف مفهوم لفظ (جدي) أو لفظ (الجدية) بأي شكل من الأشكال تاركاً باب الاجتهاد مفتوحاً للفقهاء والقضاء حيال ذلك؛ إذ ليس من وظيفة المشرع التعريف ابتداءً، إذ يرى الباحثان أنه قد كان من الأجدر بالمشرع الأردني أن قام بالتدخل هنا وتعريف لفظ (جدي) قطعاً للتأويل وحسماً للأمر نظراً لأهمية الموضوع ومساسه بحقوق وحرريات الأفراد.

أما على الصعيد الفقهي فقد ذهب جانبٌ إلى القول بضرورة كون الدفع الدستوري جدياً وذلك بأن لا تكون الغاية منه والهدف إطالة أمد التقاضي،<sup>(4)</sup> في حين يرى جانب آخر بأن الدفع لا يكون جدياً إلا إذا كانت نتيجة الفصل في هذا الدفع بعدم الدستورية تؤدي إلى إحداث أثر حقيقي في الدعوى الموضوعية، وزعزعة ثقة القاضي بسلامة النص الدستورية.<sup>(5)</sup>

كما يرى جانب آخر من الفقهاء بأن الجدية هي أن يكون القانون أو النظام محل الدفع متصلاً بموضوع الدعوى، ويمكن أن يطبق هذا النص عليها بأي وجه من الوجوه مع وجود شبهةٍ وشكٍ في الدستورية حوله،

(1) المنشور في العدد 4496 من الجريدة الرسمية على الصفحة 2821 بتاريخ 2001-07-16 والساري بتاريخ 2001-08-15.

(2) المنشور في العدد 5308 من الجريدة الرسمية على الصفحة 6001 بتاريخ 2014-10-16 والساري بتاريخ 2014-10-16.

(3) المنشور في العدد 5289 من الجريدة الرسمية على الصفحة 3377 بتاريخ 2014-06-01 والساري بتاريخ 2014-06-01.

(4) الباز، سيد (1987)، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة المصرية، ص (134).

(5) فوزي، صلاح الدين (1993) الدعوى الدستورية، دون رقم طبعة، دون مكان نشر، دار النهضة العربية، ص (93).

حيث يفسر الشك لجانِب عدم الدستورية،<sup>(1)</sup> في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تقدير الجدية يتداخل مع مفهوم المصلحة،<sup>(2)</sup>

في حين ذهب القضاء الدستوري في بعض الدول العربية إلى استبعاد ذلك على اعتبار أن الدعوى الدستورية لها ذاتيتها ومقوماتها فلا تختلط مع المصلحة ولا تتحد معها لقبولها بل تستقل كل منهما عن الأخرى سواء من حيث الموضوع، أو من حيث الشروط المتطلبة قانوناً لقبولها حيث تتعلق المصلحة بإثبات الحقوق أو نفيها، في حين تتعلق الدعوى الدستورية بمدى مطابقة النص للدستور<sup>(3)</sup> وذلك لأن الدستور يسمو على القانون والنظام وبالتالي لا يجوز مخالفة الأدنى لما يعلوه مرتبة.<sup>(4)</sup>

ويشير الباحثان هنا إلى أن الآراء الفقهية حول مفهوم الجدية كثيرة جداً ومختلفة ولا يمكن حصرها،<sup>(5)</sup> إلا أن الباحثان يريان بأن الدفع الجدي ما هو إلا بناء الطاعن لدفعه الفرعي على أساس من الظن الغالب بتوافر أحد أوجه الطعن الشكلية والموضوعية والتي يعتقد الطاعن بأنها قد أصابت القانون أو النظام الطعين، مع كون هذا القانون أو النظام واجب التطبيق على الدعوى المنظورة أمام المحكمة.<sup>(6)</sup>

#### المطلب الثاني: موقف القضاء النظامي والقضاء الدستوري من مفهوم الجدية

على ضوء ما ورد على لسان المشرع الأردني وعلى ما ورد بيانه من اجتهادات الفقهاء حيال موضوع الجدية وبيان مفهومها يجد الباحثان بأن الفقه الدستوري لم يتعرض بشكل دقيق لتعريف مفهوم الجدية على نحو قاطع؛ وعليه فلا يكون القاضي الذي ينظر في الدعوى ملزماً بالأخذ به ابتداءً.

(1) الغزوي، محمد سليم (2014) نظرات حول المحكمة الدستورية الأردنية كهيئة قضائية مستقلة للرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، صفحة (39).

(2) الكفاوين، احمد إبراهيم محمود (2022)، الضوابط القانونية للدفع بعدم دستورية القوانين في الأردن، مجلة رماح للبحوث والدراسات، عدد 64، صفحة (182).

(3) حلبي، أماني عمر (2017)، الدعوى الدستورية: دراسة فقهية قضائية في ضوء أحكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة والمحكمة الدستورية العليا بمصر، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، صفحة (177)، وللمزيد حول التمييز ما بين الجدية والمصلحة في الدعوى لطفاً، أنظر: عبد الكريم، رجب حسن، (2008)، ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 16، عدد 2، صفحة (46).

(4) للمزيد فيما يتعلق بمبدأ سمو الدستور وما قيل فيه من نظريات لطفاً أنظر: عيسى، هاشم حمادي (2020)، الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 2005 في العراق، مجلة الجامعة العراقية، ع 47، ج 1، صفحة (479).

(5) للمزيد من التعريفات حول مفهوم الجدية لطفاً، أنظر: شطناوي، فيصل عقله خطار، والعدوان، ممدوح حسن مانع. (2021)، جدية الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، مجلد 21، عدد 2، صفحة (374)، أنظر أيضاً: بلال، نورة، وعربي باي، يزيد (2021)، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، دفا تر السياسة والقانون، مجلد 13، عدد 3، صفحة (106).

(6) أبو هويل، بدر محمد هلال (2015) المحكمة الدستورية وآلية اتصالها بالدعوى، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، ص (123).

كما يجد الباحثان بأن تطبيق القاضي لهذا المدلول يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرجع الفقهي الذي استند إليه في تفسير معنى الجدية الأمر الذي يدفعنا لبحث الاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع وذلك من خلال بيان واستعراض قرارات وأحكام المحاكم العليا ممثلة بمحكمة التمييز، وأحكام القضاء الدستوري والمتمثلة بالأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الأردنية.

وبرجوع الباحثان إلى أحكام محكمة التمييز الموقرة (والتي صدرت قبل تعديل أحكام قانون المحكمة الدستورية في عام 2022) يتضح جلياً بأنها تعرضت في كثير من قراراتها لمدلول الجدية بشكل مباشر أو غير مباشر قبل أن تقرر إحالة الدفع للمحكمة الدستورية.

ومن الجدير بالذكر هنا الإشارة إلى أنه قد جرى تعديل أحكام قانون المحكمة الدستورية بموجب القانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية رقم (22) لسنة 2022،<sup>(1)</sup> حيث نصت المادة (2) من هذا القانون على ما يلي:

يلغى نصا الفقرتين (ج) و(د) من (11) من القانون الأصلي ويستعاض عنهما بالنص التالي:

ج- إذا وجدت المحكمة الناظرة للدعوى، أن القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته واجب التطبيق على موضوع الدعوى وأن الدفع جدي، توقف النظر فيها وتحيل الدفع إلى المحكمة الدستورية، ويكون القرار بعدم الإحالة قابلاً للطعن مع موضوع الدعوى.

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز حول موضوع الجدية يجد الباحثان بأنها ذهبت في أحد أحكامها إلى أنه "إذا تقدم الوكيل بدفعه بعدم الدستورية لأول مرة دون أن يدفع الرسوم عنه فيكون الدفع غير مقبول كما أن أحد الشروط التي يجب توافرها في الدفع بعدم الدستورية هي جدية الدفع ولما كان من الثابت في أوراق الدعوى أن الدفع بعدم الدستورية هو جدي ولما كان الثابت في أوراق الدعوى أن الدفع قد تم في المرافعات النهائية الأمر الذي يدل على عدم الجدية في تقديم الدفع".<sup>(2)</sup>

كما ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر لها إلى القول بأنه "وحيث أن الطاعن عندما تقدم بالطلب لم يدفع عنه الرسوم القانونية المقررة وحيث أن محكمة الأمن العام ردت الدفع لعدم الجدية فإنه في ظل ما تقدم يكون قرارها واقعاً في محله".<sup>(3)</sup>

كما ذهبت محكمة التمييز أيضاً في قرار آخر لها إلى أنه:

(1) الصادر على الصفحة 7101 من الجريدة الرسمية رقم (5821) بتاريخ 16/10/2022.

(2) الحكم رقم 6274 لسنة 2021 محكمة تمييز حقوق تاريخ 1/2/2022 منشورات قسطاس.

(3) الحكم رقم 2955 لسنة 2021 محكمة تمييز جزاء تاريخ 29201711/2021 منشورات قسطاس.

"1- تكون محكمة التمييز صاحبة الصلاحية لإحالة الدفع بعدم الدستورية أو رفضه سنداً لأحكام المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية لسنة (2012) إذا رأت أن المدعي له مصلحة بإثارة هذا الدفع وأنه يستند لأسباب جديده توحى بظاهاها بوجود شبهة دستورية تقتضي أن تبدي المحكمة الدستورية رأيا فيها.

2- إذا أثار المحكوم عليه بعدم دستورية المادة (20/ب) من قانون التنفيذ بعد أن استنفذ جميع السبل والطعن في القرارات التي صدرت من رئيس التنفيذ خلال مدة تسجيل الدعوى، فإن هذا الدفع جاء بشكل عام مما ينبئ بعدم الجدوية بإثارة هذا الدفع، الأمر الذي يقتضي معه عدم قبول الطلب وعدم إحالته إلى المحكمة الدستورية."<sup>(1)</sup>

كما ذهبت أيضاً في قرار آخر لها إلى أنه "حيث أن الجهة المدعية طعنت بعدم دستورية النظام المعدل لنظام الضريبة الخاصة رقم (97) لسنة 2016، وأن محكمة التمييز ترى أن هذا النظام واجب التطبيق على الدعوى المنظورة أمام محكمة الجمارك الابتدائية، وعليه وحيث أن طعن الجهة المدعية قائم على عدم جواز رجعية هذا النظام مما يعطيه الجدوية، فإن شروط قبول الدفع في إحالة الطعن بعدم دستورية النظام متحققة وبالتالي قبول الدفع بعدم الدستورية وإحالته إلى المحكمة الدستورية تبعاً لذلك."<sup>(2)</sup>

كما بينت محكمة التمييز في اجتهاد آخر لها شروط الطلب المقدم للطعن بعدم الدستورية والذي جاء فيه: "اشترط المشرع الأردني لإحالة الطلب بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية أن تكون أسباب الطلب جدية وللطالب مصلحة أنية وفقاً لأحكام المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية، أستقر اجتهاد القضاء على أنه وحيث أن الطعن التمييزي مردود شكلاً فلا يتم على ضوء ذلك البحث فيما ورد في الطلب اللاحق المتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة (16/ج) من قانون التحكيم لأن ذلك يقتضي التصدي للناحية الموضوعية مما يؤكد عدم الجدوية بالدفع وذلك وفقاً لقرارات التمييز الحقوقية رقم (2013/1238) و(3754/2012)."<sup>(3)</sup>

وذهبت محكمة التمييز في قرار آخر إلى أنه: "وبما أن الفقرتين واجبتا التطبيق على موضوع الدعوى محل الطعن التمييزي فإن الدفع تتوافر فيه عناصر الجدوية وله ما يبرره ولهذا وفق أحكام المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية يتوجب وقف النظر في الطعن التمييزي وإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية وتبليغ أطراف الدعوى بذلك."<sup>(4)</sup>

(1) الحكم رقم 4451 لسنة 2017 محكمة تمييز حقوق / طلبات تاريخ 15/11/2017 منشورات قسطاس.

(2) الحكم رقم 1383 لسنة 2017 محكمة تمييز حقوق / طلبات تاريخ 3/5/2017 منشورات قسطاس.

(3) الحكم رقم 3474 لسنة 2013 محكمة تمييز حقوق تاريخ 5/2/2014 منشورات قسطاس.

(4) الحكم رقم 8 لسنة 2021 محكمة تمييز حقوق / طلبات تاريخ 24/11/2021 منشورات قسطاس.

حيث يتفق الباحثان مع الجانب الفقهي الذي اعتبر وجود هذا الدفع (الدفع بعد الدستورية) يشير بطبيعة الحال إلى ضرورة وقف السير في الدعوى الموضوعية لحين البت في الدفع الدستوري، وهو ذات الحكم الذي أخذت به بعض التشريعات العربية، حيث أن الفصل في دستورية القوانين يعد من المسائل الأولية.<sup>(1)</sup> وذهبت المحكمة في قرار آخر بقولها: "إن إحالة الدفع بعدم دستورية المواد (7-2) من قانون محكمة أمن الدولة إلى المحكمة الدستورية يتطلب توافر شروط محددة أهمها أن يكون الوكيل (المحامي) مقدم الطلب إلى المحكمة بموجب وكالته المقدمة في الدعوى بالطعن بعدم الدستورية وهو أيضاً دليل على عدم توافر الجدية التي اشتراطها أحكام المادة (11/ج/1) من قانون المحكمة الدستورية التي ورد فيها مع مراعاة ما ورد في الفقرة (د) من هذه المادة إذا وجدت المحكمة الناظرة للدعوى أن القانون الذي أثير الدفع بعدم دستوريته واجب التطبيق على موضوع الدعوى وأن الدفع بعدم الدستورية جدي توقف النظر بالدعوى وتحيل الدفع إلى محكمة التمييز لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة ويكون قرار المحكمة الناظرة للدعوى بعدم الإحالة قابلاً للطعن مع موضوع الدعوى.

وبالتالي فإن الطعن المقدم بعدم الدستورية عدا عن كونه يفتقر للجدية فهو أيضاً مقدم من محامين غير موكلين صراحة بتقديم الطعن وغير مدفوع عنه الرسوم كما لو كان دعوى مستقلة (قرار المحكمة الدستورية رقم 2014/2).<sup>(2)</sup> ويرى جانب من الفقه والذي يتفق معه الباحثان بأن من حق المحكمة أثناء مدة الوقف اتخاذ الإجراءات والتدابير المؤقتة ولا يحول الوقف دون حقها في ذلك.<sup>(3)</sup>

وفي قرار آخر ذهبت محكمة التمييز إلى أنه: "استقر اجتهاد القضاء على أنه وحيث أن الطعن التمييزي مردود شكلاً فلا يتم على ضوء ذلك البحث فيما ورد في الطلب اللاحق المتعلق بالدفع بعدم دستورية المادة (8) و(16/ج) من قانون التحكيم لأن ذلك يقتضي التصدي للناحية الموضوعية مما يؤكد عدم الجدية بالدفع وذلك وفقاً لقرارات التمييز الحقوقية رقم (1238/2013) و (3754/2012)"<sup>(4)</sup>

ويرى الباحثان من خلال جميع ما تقدم وغيرها من الاجتهادات التمييزية التي وقعت تحت نظرنا بأن مؤدى ذلك كله نتيجة مفادها بأن محكمة التمييز قد اعتبرت مخالفة الشروط الشكلية للدفع بعدم الدستورية أو عدم دفع الرسوم أو عدم وجود توكيل خاص للدفع بعدم الدستورية من قبيل عدم الجدية، حيث أن هذه الأسباب بمجملها تنصب على الجانب الشكلي من الدفع حسب ما سبق بيانه.

(1) عبد الكريم، رجب حسن، (2008)، مرجع سابق، صفحة (43-44).

(2) الحكم رقم 2538 لسنة 2021 محكمة تمييز جزاء تاريخ 6/9/2021 منشورات قسطاس.

(3) زاير، إلهام، وبلماحي، زين العابدين. (2019)، الدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 11 عدد 2، صفحة (484).

(4) الحكم رقم 759 لسنة 2015 محكمة تمييز حقوق تاريخ 7/12/2015 منشورات قسطاس.

ويشير الباحثان هنا إلى أن توجه القضاء في بعض الدول العربية إلى نفي توافر الجدية إذا كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، كما تنتفي الجدية وفق ما ذهبوا إليه إذا كان الطاعن ليس له مصلحة شخصية في الدفع بعدم الدستورية،<sup>(1)</sup> في حين اعتبر من ناحية أخرى الدفع الذي يقدم دون تحديد محله وبيان النص التشريعي محل الدفع بشكل واضح ودقيق غير جدي.<sup>(2)</sup>

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الدستوري من موضوع الجدية فيجد الباحثان أن دور المحكمة الدستورية لا يصل لحد البحث في مدى توافر الجدية من عدمها ابتداءً؛ إذ أن ذلك يقع ضمن اختصاص قاضي الموضوع والذي يقوم بالبت في مدى جدية الدفع الدستوري باعتبارها مسألة من مسائل الواقع التي ينفرد بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من قبل محكمة التمييز، حيث ينتقل الدفع بعد ذلك إلى المحكمة الدستورية والتي تقوم بالبحث في الدفع الدستوري (من الناحية الموضوعية) دون بسط رقابتها على توافر الجدية من عدمه مرة أخرى بل تكتفي بالنظر بالدفع والبت فيه حسب صلاحياتها الدستورية والقانونية فقط، في حين ذهب جانب من الفقه إلى "أن محكمة التمييز لها بما تملك من صلاحيات أن تعيد النظر في مسألة توافر الجدية بشكل مستقل عن صلاحية قاضي الموضوع بذلك، وبالتالي فإن عدم قيام قاضي الموضوع ببحث توافر الجدية، وعدم تسببه للقرار بشكل يعكس قناعته حول ذلك، لا يحول دون قيام محكمة التمييز بهذا الدور، فلا يمكن أن يكون لتقصير محكمة الموضوع تأثير في القرار النهائي الصادر عن محكمة التمييز بشأن الاحالة إلى المحكمة الدستورية، إذا ما رأت أن جدية الدفع متوافرة".<sup>(3)</sup>

ويخلص الباحثان من خلال جميع ما تقدم إلى أن الجدية التي رسّخ قضاء محكمة التمييز قواعدها تستند بشكل مباشر إلى كون الدفع موافق للشروط الشكلية الخاصة به وهو ما لمسناه في مختلف الأحكام القضائية التي صدرت عن محكمة التمييز الموقرة، إذ أن قاضي الموضوع يقوم بالاستناد إلى هذه الأسس بعد مطابقة الشروط الشكلية على الدفع بعدم الدستورية للوصول إلى كون هذا الدفع جدي أم لا دون مساس بالعناصر الموضوعية للدفع، إذ يتحسس قاضي الموضوع ظاهر الدفع -إن صح التعبير- للتأكد من توافر الشروط الشكلية به أم لا، مع الإشارة هنا إلى أن بعض التشريعات العربية تخضع الدفع إلى ما يعرف بالتصفية قبل احالته للمحكمة المختصة.<sup>(4)</sup>

(1) منصور، علي يوسف، (2009)، الجديد التي يتطلبها المشرع في الدفع بعدم الدستورية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 40، صفحة (119) - (122).

(2) حلبي، أماني عمر (2017)، مرجع سابق، صفحة (177)

(3) شطناوي، فيصل عقله خطار، والعدوان، ممدوح حسن مانع. (2021)، مرجع سابق، صفحة (374).

(4) زاير، إلهام، وبلماحي، زين العابدين. (2019)، مرجع سابق، صفحة (485).

## المبحث الثاني: دور قاضي الموضوع في تقدير توافر الشروط الشكلية والموضوعية في الدفع الدستوري

يرى الباحثان بأن لكل إجراء من إجراءات التقاضي جوانب شكلية وأخرى موضوعية لا بد من توافرها مجتمعة للقول بسلامة الإجراء وصحته، كما أن بعض هذه الإجراءات قد يكون جوهرياً يترتب على مخالفته البطلان أو الانعدام، في حين أن بعضها الآخر قد لا يكون بهذه الأهمية ويمكن التغاضي عنه تبعاً لطبيعة الإجراء وغايته.

وبين هذا وذاك تظهر الأهمية في بحث مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية في الدفع الفرعي المقدم في الدعوى الموضوعية، إذ أن مسؤولية التحقق من توافر تلك الشروط من عدمه وفق ما يرى الباحثان يقع على عاتق قاضي الموضوع سواء في الدعاوى المدنية أم الجزائية، وعليه وفي سبيل بحث هذه الشروط سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول للتحديث عن الشروط الشكلية للدفع وأثره على توافر الجدية في الدفع بعدم الدستورية، والثاني للتحديث عن الشروط الموضوعية للدفع وأثره على توافر الجدية في الدفع بعدم الدستورية.

### المطلب الأول: الشروط الشكلية للدفع وأثره على توافر الجدية في الدفع بعدم الدستورية

إن شكلية الإجراء لا تقل أهمية عن جوهره فضلاً عن موضوعه؛ إذ أن المشرع عندما اشترط ضرورة توافر الشكلية الإجرائية في بعض التصرفات إنما قصد بذلك حماية مصلحة مشروعة لجهة معينة، إذ اشترط المشرع الأردني في الدفع بعدم الدستورية المقدم في الدعوى الموضوعية وفق أحكام المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية ضرورة توافر جملة من الشروط الشكلية والتي تتمثل بضرورة دفع الرسوم القانونية المنصوص عليها في المادة (2) من نظام رسوم الدفع بعدم الدستورية رقم (67) لسنة 2019 والتي جاء فيها " يستوفي رسم مقداره خمسون ديناراً من مقدم الدفع بعدم دستورية أي قانون أو نظام".

كما يرى الباحثان بأن هنالك شرط شكلي مفترض يقضي بضرورة أن يكون الدفع المقدم بعدم الدستورية مقدماً من قبل طرف في دعوى موضوعية منظورة أمام القضاء، وبالتالي فإن الدعاوى المفصولة لا تكون محللاً للدفع بعدم الدستورية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الدفع يمكن تقديمه أمام محكمة الاستئناف في ظل كونها محكمة موضوع من حيث الأصل.

كما يحق لأي طرف في الدعوى الموضوعية سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوي أن يقدم مثل هذا الدفع، حتى ولو كانت الدعوى في حقيقتها لا تنطوي على خصومة مثل دعوى تغيير الاسم وفق ما يرى الباحثان، ويخرج أيضاً من نطاقها الدعاوى المتعلقة بالهيئات التي تمارس اختصاصات قضائية مثل لجنة تقدير الأتعاب لدى نقابة المحامين، ولجان إزالة الشيع، وسلطة الأجور حيث يرى الباحثان بأنه لا يجوز للأفراد فيها تقديم الدفع بعدم الدستورية.

كما اشترطت المحكمة الدستورية وفقاً لما استقر في اجتهاداتها المتواترة ضرورة أن يقدم الدفع من قبل محام أستاذ أمضى مدة لا تقل عن (5) سنوات في مهنة المحاماة على غرار ما هو جارٍ عليه العمل في محاكم الاستئناف

والتمييز والمحكمة الإدارية والإدارية العليا، وعليه فإن الدفع لا يقبل تقديمه من محامٍ متدرب، ولا من محامٍ أستاذ تقل مدة خبرته في سلك المحاماة عن (5) سنوات.

ويرى الباحثان بأن هذا الشرط ضروري لغايات تسخير الخبرات العملية لدى المحامي الأستاذ في هذا المجال وتقديم صحيفة طعن دستورية خالية من العيوب الشكلية أو الموضوعية لغايات السرعة في البت في هذا الطعن ومنعاً للدخول في دوامة تصحيح الطلبات أو تعديلها.

كما قد اشترطت المادة (12) من قانون المحكمة الدستورية ضرورة تقديم المذكرات بوساطة محام أستاذ مارس المحاماة لمدة (5) سنوات أو عمل في وظيفة قضائية لمدة مماثلة قبل ممارسته للمحاماة، حيث نصت المادة (12) المذكورة على ما يلي:

كما اشترط اجتهاد المحكمة الدستورية رقم (2) لسنة 2012 بأن يصار إلى تقديم الدفع بعدم الدستورية من خلال وكالة خاصة، ويشير الباحثان هنا إلى أن هذا الشرط لا يستند إلى نص قانوني أو دستوري وإنما هو نتيجة طبيعية لأهمية الإجراء المتخذ، كما اشترطت المحكمة أن تنطوي الوكالة الخاصة المذكورة على بيان صريح يجيز للوكيل الدفع بعدم الدستورية، ولا تكفي الوكالة المعطاة للمحامي الأستاذ لرفع الدعوى.

كما يرى الباحثان بأنه يشترط بأن يكون القانون أو النظام محل الطعن واجب التطبيق في موضوع الدعوى الموضوعية المنظورة، وهذا ما نصت عليه المادة (11/أ) من قانون المحكمة الدستورية، وبالتالي فلا يجوز تقديم دفع بعدم الدستورية إلا بعد التأكد من كون هذا القانون أو النظام مطبق على موضوع الدعوى بغض النظر عن مدى ارتباطه بموضوع الدعوى حتى ولو كان نصاً إجرائياً فحسب، إذ أن كل نص من القانون أو النظام قد يكون محلاً للدفع بعدم الدستورية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التعليمات تخرج عن نطاق الدفع بعدم الدستورية، وبالتالي فإنه لا مجال لتقديم دفع بعدم دستورية أي تعليمات مهما كانت درجة جسامتها ما تحتويه من مخالفة للدستور وهذا يفهم من حرفية النص التي وردت في الدستور الأردني وفي قانون المحكمة الدستورية.

أما الشرط الأخير فهو ضرورة أن يكون الدفع جدياً، وهو شرط جامع لكل هذه الشروط بشكل غير مباشر في ظل ما تطرقنا إليه في بداية هذه الدراسة؛ إذ أن دور قاضي الموضوع وهو في طريقه لتقدير وجود الجدية من عدمها في ضوء ما جرى عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز الموقرة، وفي ضوء ما بينه الفقه إزاء ذلك يكمن في تحري وجود الشروط الشكلية التي سقناها، وعليه فإن تخلف أحد هذه الشروط أو نقصها، أو تعيها يؤدي بطبيعة الحال إلى القول بعدم صحة الدفع المقدم، ويعد دليلاً على انتفاء شرط الجدية مما يبيح لقاضي الموضوع رد هذا الدفع والالتفات عنه.

وقد بينت أحكام محكمة التمييز الموقرة التي سقناها أعلاه وغيرها من القرارات التي لا يتسع المجال للحديث عنها هنا بطريقة واضحة التطبيقات القضائية التي جرى عليها العمل القضائي والباحثة في معظمها بالجوانب الشكلية للدفع بعدم الدستورية.

وفي سياق متصل فقد أبرزت التطبيقات القضائية وجود عدد كبير من القرارات المتعلقة بالجدية والصادرة عن محاكم الدرجة الأولى والتي تم من خلالها الاستناد لأسباب شكلية أو أسباب أخرى اعتبرتها المحكمة من قبيل الشروط الواجب توافرها لتأكيد جدية الدفع مثل تقديم الدفع أثناء سير الدعوى وليس من خلال المرافعة الختامية؛ إذ أن الدفع المقدم في هذه المرحلة لا يعدو أن يكون مجرد دفع أريد به إطالة أمد التقاضي وليس تحقيق العدالة، لاسيما وأن المحكمة في هذه المرحلة وفق ما يراه الباحثان تكون قد شارفت على الفراغ من وزن البينة التي قدمها الخصوم، وبالتالي فإن مثل هذا الدفع لا طائل منه ويكون حرياً بالرد.

ويرى جانب من الفقه والذي يتفق معه الباحثان بأن إحالة الدفع الدستوري إلى المحكمة الدستورية ينطوي على إيجابيات، إلا أن له سلبيات عديدة تتمثل في التعسف في استعمال الحق، والكيدية في الدفع، حيث يقترح هذا الجانب أن يتم تشكيل هيئة قضائية تتألف من ثلاثة قضاة وظيفتهم البت في مدى جدية الدفع بعدم الدستورية.<sup>(1)</sup>

ومن خلال جميع ما تقدم يخلص الباحثان إلى القول بأن دور قاضي الموضوع في المسائل الشكلية يقف عند حد تحري وجود هذه الشروط من عدمها، مع ضرورة كون الشرط الشكلي صحيح، ومثال ذلك في حال كان الدفع مقديماً من الخصم وقد تم دفع الرسوم القانونية عنه بشكل ناقص فلا يمكننا هنا القول بصحة قيام المحكمة بالطلب من الخصم بأن يقوم بتكملة الرسم الناقص خلال مدة معينة على غرار ما جرى عليه العمل القضائي في الرسوم القضائية المتعلقة بالدعوى الموضوعية؛ إذ أن طبيعة الدفع بعدم الدستورية يقتضي من صاحب الحق والمصلحة المشروعة برفعه أن يقوم ابتداءً باستيفاء الشروط الشكلية وتقديمه إلى المحكمة بصورة مكتملة لا يشوبها أي شائبة لتمكين قاضي الموضوع من بحث سلامته وانتاجيته، وحري بالذكر أن قاضي الموضوع لا يملك التعرض من تلقاء نفسه لإثارة عدم دستورية أي نص تشريعي يتم تطبيقه في الدعوى أمامه،<sup>(2)</sup> مع الإشارة إلى أن هنالك بعض الأنظمة القانونية تعطي الصلاحية لقاضي الموضوع مباشرة لمراقبة دستورية القوانين وفي حال تبين للقاضي أن القانون مخالف للقانون يقوم باستبعاد تطبيق النص المخالف<sup>(3)</sup> مع الإشارة هنا إلى أن سلطة قاضي الموضوع وفق التشريعات الأردنية في ممارسة رقابة الامتناع (والتي تعد من

(1) الدك، خالد. (2016)، الدفع بعدم دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب: دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 130، صفحة (149).

(2) بلال، نورة، وعربي، باي، يزيد (2021)، مرجع سابق، صفحة (114).

(3) زيان، محمد أمين (2019)، الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء آلية جديدة لتحقيق العدالة الدستورية: القانون المصري نموذجاً. "مجلة المفكر" مجلد 14، عدد 2، صفحة (265).

صور الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين وفق ما تم بيانه في مقدمة هذه الدراسة) قد انتهى بصدور قانون المحكمة الدستورية.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثاني: الشروط الموضوعية للدفع وأثره على توافر الجدية في الدفع بعدم الدستورية

بعد أن فرغنا من البحث في الشروط الشكلية للدفع الدستوري واستعراضها وفق ما أشار إليه الفقه والقضاء لا بد لنا أن ننتقل للبحث في الشروط الموضوعية للدفع، إذ أن الدفع الدستوري وفق ما يرى الباحثان يجب أن ينصب من حيث موضوعه على وجود مخالفة دستورية في القانون أو النظام محل الدفع، حيث يرى جانب من الفقه والذي نتفق معه بأن في ذلك تخفيف من الوقت والجهد الذي كان من الواجب على المحكمة الدستورية القيام به وصرفها إلى جوهر اختصاصها في الرقابة على الدستورية.<sup>(2)</sup>

ويتربط على هذا الأمر أن الدفع بعدم الدستورية لا بد له أولاً من استيفاء الشروط الشكلية قبل الانتقال إلى المرحلة الثانية والمتمثلة بالجوانب الموضوعية، وبالرجوع إلى أحكام الدستور الأردني وإلى قانون المحكمة الدستورية نلاحظ بأن المشرع الأردني قد أشار إلى اختصاص المحكمة الدستورية في البت في الطعون والدفع المتعلقة بعدم الدستورية وهو اختصاص أصيل لها وهو ذات الحكم الذي اعتنقته العديد من التشريعات العربية،<sup>(3)</sup> كما ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار قيام القاضي بالبحث في جدية الدفع يخل بمبدأ الفصل بين السلطات حيث أن دور القاضي بنظر هذا الاتجاه هو تطبيق النص فقط.<sup>(4)</sup>

حيث نصت المادة (1/59) من الدستور الأردني على أنه "تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتصدر أحكامها باسم الملك، وتكون أحكامها نهائية وملزمة لجميع السلطات وللکافة، كما تكون أحكامها نافذة بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه، وتُنشر أحكام المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها".

وعليه، يجد الباحثان أن مؤدى ذلك كله يدفعنا إلى القول بأنه لا يوجد أي دور لقاضي الموضوع حيال بحث الجوانب الموضوعية المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية والتي تخرج أصلاً عن حدود توافر الجدية من عدمها، إذ أنه من الممكن تقديم دفع دستوري تتوافر فيه الشروط الشكلية كاملة بما فيها الجدية إلا أنه يفتقر إلى الشروط الموضوعية والمتمثلة بمخالفة الدستور، وهو الأمر الذي يقع حصراً بيد المحكمة الدستورية وحدها دون منازع.

(1) للمزيد حول رقابة الامتناع لطفاً، أنظر: الكفاوين، احمد إبراهيم محمود (2022)، مرجع سابق، صفحة (170).

(2) الدك، خالد. (2016)، مرجع سابق، صفحة (152).

(3) عيسى، هاشم حمادي (2020)، مرجع سابق، صفحة (488).

(4) زيان، محمد أمين (2019)، مرجع سابق، صفحة (268).

وبناءً عليه فإن دور قاضي الموضوع يخرج كلياً عن البحث في الشروط الموضوعية، إذ ليس له أدنى حق في البحث في مدى مطابقة النص محل الطعن مع الدستور، وإن فعل ذلك فإن قراره يكون باطل، لا بل منعدم لكونه صادر عن جهة غير مختصة في إصدار القرار من الأساس.

كما أن مخالفة التشريع سواء القانون أو النظام للدستور قد تأخذ عدة صور وأشكال كانت المحكمة الدستورية قد أوردتها في العديد من قراراتها، أضف إلى ذلك أن الفقه أيضاً قد أفرد لها أبواباً عدة تلتقي في نهايتها بمخالفة الدستور صراحةً أو ضمناً حسب مقتضى الحال.

#### الخاتمة:

تناول هذا البحث موضوع صلاحية قاضي الموضوع إزاء الدفع الدستوري في التشريع الأردني، إذ بين الباحثان في ثنايا هذا البحث ماهية الجدية من خلال استعراض المعنى اللغوي، والفقهي، والقضائي لهذا المفهوم، حيث لم يرد في التشريعات الأردنية ما يشير إلى ذلك، كما بين الباحثان المعايير التي يمكن من خلالها اعتبار الدفع الفرعي جدياً أم لا في ظل الاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز الموقرة في هذا الصدد والتي اعتبرت أن توافر الشروط الشكلية في الدفع الفرعي كافٍ لإضفاء طابع الجدية عليه، في حين أن الشروط الموضوعية للدفع تخرج عن اختصاص قاضي الموضوع؛ إذ أنها تعد اختصاصاً أصيلاً للمحكمة الدستورية.

كما بين الباحثان أساس دور قاضي الموضوع حيال الدفع بعدم الدستورية والذي يكمن في مطابقة الشروط الشكلية للدفع للقول بجديته؛ إذ أن تقدير مدى الجدية يندرج ضمن مسائل الواقع التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها دون الخضوع لرقابة محكمة التمييز، كما أن إحالة الدفع الفرعي للمحكمة الدستورية يترتب عليه وقف السير بالدعوى الأمر الذي قد يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي.

وقد توصلت الدراسة إلى بعض النتائج والتي نلخصها فيما يلي:

1. استند القضاء الأردني في تحديد معيار الجدية على ضرورة توافر الشروط الشكلية وبعض الظروف المحيطة الأخرى، وهو الأمر الذي يبقي الباب مفتوحاً للاجتهاد والتأويل، أو قد يخلق حالات أخرى لم يتناولها القضاء بالبحث، لاسيما وأن هذه القرارات لم يصدر أيّاً منها عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز الموقرة.
2. تباينت الآراء الفقهية حول تعريف الجدية نظراً لكونه مصطلح فضفاض ولا يوجد معايير ومحددات ثابتة يمكن من خلالها معرفة المقصود الدقيق منه، الأمر الذي خلق تبايناً واضحاً في إدراك معنى هذا المصطلح لدى رجال القانون، والباحثين.
3. يقتصر دور المحكمة الدستورية على نظر الدفع الفرعي من الناحية الموضوعية فقط من خلال مطابقة النص التشريعي موضوع الدفع بالدستور للقائم دون البحث في مدى توافر الجدية من عدمها والذي يقوم به قاضي الموضوع.

كما قدمت الدراسة بعض التوصيات والتي تمثلت فيما يلي:

1. يقترح الباحثان النص صراحة على حالات ومعايير يمكن الاستناد إليها في تقدير جدية الدفع منعاً للاجتهاد والتأويل في هذا الميدان من قبل الفقه والقضاء في سبيل توحيد الاجتهادات القضائية في هذا الشأن.
2. ضرورة تدخل المشرع الأردني في تحديد المعنى الدقيق للجدية المقصودة في قانون المحكمة الدستورية بما يسهل وظيفة المحكمة والمحامين والدارسين في بيان مدلولها وإدراكه بشكل واضح.
3. إيلاء موضوع الجدية المزيد من الاهتمام والدراسة والبحث من قبل أصحاب الاختصاص؛ لكشف الغموض وتحري الحالات الجديدة لمؤشرات الجدية التي أرساها القضاء في أحكامه المتلاحقة حول هذا الموضوع، ورفد المكتبة القانونية العربية بمزيد من الدراسات القانونية المتخصصة حول موضوع الجدية.

#### المراجع:

##### الكتب العامة:

1. الغزوي، محمد سليم (2014) نظرات حول المحكمة الدستورية الأردنية كهيئة قضائية مستقلة للرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع.
2. فوزي، صلاح الدين (1993) الدعوى الدستورية، دون رقم طبعة، دون مكان نشر، دار النهضة العربية.

##### الكتب المتخصصة والرسائل العلمية:

1. أبو هويل، بدر محمد هلال (2015) المحكمة الدستورية وآلية اتصالها بالدعوى، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير.
2. الباز، سيد (1987)، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة المصرية.

##### الدوريات والمجلات العلمية:

1. بلال، نورة، وعربي باي، يزيد (2021)، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، مجلد 13، عدد 3.
2. حلبي، أماني عمر (2017)، الدعوى الدستورية: دراسة فقهية قضائية في ضوء أحكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة والمحكمة الدستورية العليا بمصر، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية.

3. الدك، خالد. (2016)، الدفع بعدم دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب: دراسة مقارنة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 130.
4. زاير، إلهام، وبلماحي، زين العابدين. (2019)، الدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 11، عدد 2.
5. زيان، محمد أمين (2019)، الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء آلية جديدة لتحقيق العدالة الدستورية: القانون المصري نموذجاً. "مجلة المفكر مجلد 14، عدد 2.
6. شطناوي، فيصل عقله خطار، والعدوان، ممدوح حسن مانع (2021)، جدية الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، مجلد 21، عدد 2.
7. عبد الكريم، رجب حسن (2008)، ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 16، عدد 2.
8. عيسى، هاشم حمادي (2020)، الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 2005 في العراق، مجلة الجامعة العراقية، ع 47، جزء 1.
9. الكفاوين، احمد إبراهيم محمود (2022)، الضوابط القانونية للدفع بعدم دستورية القوانين في الأردن، مجلة رماح للبحوث والدراسات، عدد 64.
10. منصور، علي يوسف، (2009)، الجديد التي يتطلبها المشرع في الدفع بعدم الدستورية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 40.

#### المعاجم:

1. معجم الصواب اللغوي.
2. معجم الغني.
3. معجم اللغة العربية المعاصرة.

#### أحكام القضاء:

1. احكام محكمة التمييز الأردنية.
2. احكام المحكمة الدستورية الأردنية.



حق المتهم في الصمت في مرحلة المحاكمة وفق التشريع العماني والتشريع المغربي دراسة تحليلية مقارنة  
**The right of the accused to remain silent during the trial stage in accordance with Omani  
and Moroccan legislation A comparative analytical study**

الدكتور نزار حمدي قشطة (كلية الحقوق/جامعة الشرقية)

Dr. Nizar Hamdi Qeshta (Faculty of Law/Sharqia University)

د. حياة أكدي (كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية/تطوان/المغرب)

Dr. Hayat Akdi (Faculty of Legal, Social and Economic Sciences/Tetouan/Morocco)

### Summary

The right to silence is considered one of the most important rights that the accused has in all stages of the criminal case, especially in the trial stage, as it is considered one of the rights of defense that can be resorted to by the accused if he sees that his words could affect his position in the case. The Omani Criminal Procedures Law emphasized this principle embodying the presumption of innocence enjoyed by the accused, which was confirmed by the Omani Basic Law. The research problem was to what extent, according to the Omani legislature, in regulating the accused's right to silence at the trial stage? The researchers reached an important conclusion that the attack on the accused's right to silence entails many penalties, which may be criminal or civil penalties, or a procedural penalty of invalidity. The accused to remain silent or force him to speak, as he is linked to public order.

**Keywords:** the accused, the right to silence, the presumption of innocence, the accused's right, the stage of the trial

## الملخص:

يعتبر الحق في الصمت من أهم الحقوق التي يتمتع بها المتهم في جميع مراحل الدعوى الجزائية، خصوصاً بمرحلة المحاكمة حيث تعتبر من حقوق الدفاع التي من الممكن اللجوء إليها من قبل المتهم لو رأى أن كلامة يمكن أن يؤثر على موقعة في القضية، وقد أكد على هذا المبدأ قانون الإجراءات الجزائية العمانية، تجسيداً لقرينة البراءة التي يتمتع بها المتهم والتي أكد عليها النظام الأساسي العماني، وقد كانت إشكالية البحث إلى أي حد وفق المشرع العماني في تنظيم حق المتهم في الصمت في مرحلة المحاكمة؟ واتبعنا المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن للإجابة على تلك الإشكالية، وقد توصل الباحثان إلى نتيجة مهمة مفادها أنه يترتب على الاعتداء على حق المتهم في الصمت جزاءات عديدة، قد تكون عقوبات جزائية، أو مدنية، أو جزاء اجرائي المتمثل في البطلان، كما أوصى الباحث المشرعين العماني والمغربي على إقرار البطلان المطلق في حالة خرق قواعد حق المتهم في الصمت أو إجباره على الكلام، باعتباره مرتبطاً بالنظام العام.

كلمات مفتاحية: المتهم، الحق في الصمت، قرينة البراءة، حق المتهم، مرحلة المحاكمة

## مقدمة:

حق المتهم في الصمت يعتبر من أهم حقوق الدفاع أثناء المحاكمة، حيث يعتبر ضماناً أساسية لحماية الأفراد وحقوقهم أثناء جميع مراحل الدعوى العمومية، وهو حق لصيق بمبدأ قرينة البراءة المنصوص عليه في أغلب التشريعات الوطنية لتحقيق التوازن بين حقوق المتهم والمصلحة العامة.

وقد نظم المشرع العماني الحق في الصمت أثناء مرحلة المحاكمة في المادة (188) من قانون الإجراءات الجزائية، والتي جاء فيها "توجه المحكمة التهمة إلى المتهم بقراءتها عليه وتوضيحها له ثم يسأل عما إذا كان مذنباً أم لا، مع توجيه نظره إلى أنه غير ملزم بالكلام أو الإجابة"، كما لا يجوز تحليف المتهم اليمين أو استعمال الإكراه للإجابة على الأسئلة، وسكوته لا يفسر على أنه إقرار بشيء، أو قرينة ضده استناداً إلى المادة (189) من نفس القانون.

وقد حدا المشرع المغربي حدو المشرع العماني حيث قام بتزليل هذا الحق على مستوى التشريع الأساس (الدستور) والتشريع الجنائي الشكلي (قانون المسطرة الجنائية)، حيث خول للشخص المعتقل جملة من الحقوق والضمانات القانونية في طليعتها مبدأ "قرينة البراءة" وحقه في الإشعار بدواعي إيقافه وإخبار عائلته وحقه في الاتصال بالمحامي وحقه في الاستعانة بمرجم وكذا الحق في "التزام" الصمت أي حق المتهم في عدم الإدلاء بأي تصريح وذلك من خلال مقتضيات المواد 134، 156، 149 من قانون المسطرة الجنائية،

### أهمية البحث:

تتجلى أهمية الموضوع أيضاً في التعريف بحق المتهم في الصمت، الذي يتعين على القاضي الالتزام به وتمكين المتهم من حقه في ممارسته، كما يستهدف البحث توضيح الأساس القانوني المبني عليه هذا الحق، إضافة إلى تبيان الجزاء الموضوعي والإجرائي المترتب على مخالفة القواعد الخاصة بحق المتهم في الصمت.

### أهداف البحث:

يستهدف البحث تحقيق الأهداف التالية:

- توضيح مفهوم حق المتهم في الصمت.
- تبيان الأساس القانوني الذي يبني عليه حق المتهم في الصمت سواء تعلق الأمر في التشريع العماني أو في التشريع المغربي.
- مناقشة الجزاءات المترتبة على مخالفة قواعد حق المتهم في الصمت، سواء تعلق الأمر بالجزاء الموضوعي أو الجزاء الإجرائي.

### إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث حول تساؤل رئيسي مفاده، إلى أي حد وفق المشرع العماني في تنظيم حق المتهم في الصمت في مرحلة المحاكمة؟

وقد تفرعت عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية منها:

- ما هو تعريف حق المتهم في الصمت؟
- هل يعتبر صمت المتهم دليل إدانة أم دليل براءة؟
- هل حق المتهم مطلقاً أم يجبر على الكلام أثناء بعض الإجراءات؟
- ماهي الآثار القانونية التي رتبها المشرع عن خرق حق المتهم في الصمت؟

الحدود الموضوعية للبحث:

سوف نتطرق لحق المتهم في الصمت ضمن القانون العماني وكذلك القانون المغربي، إضافة إلى التطرق لبعض المواثيق الدولية ذات الصلة.

### منهج البحث:

معالجة هذا البحث تطلب منا تناوله وفق منهجين أساسيين:

المنهج الوصفي التحليلي: للتعرف على المفاهيم الرئيسية للبحث، وتحليل النصوص القانونية المنظمة لحق المتهم في الصمت وتحليل مضمونها والوقوف على مكانم الضعف والقوة، ومناقشتها للوصول إلى الإجابة على تساؤلات البحث التي لها علاقة بالموضوع.

المنهج المقارن: حيث يتم استعراض التجارب في التشريعات المقارنة " التشريعين العماني و المغربي " بهدف استخلاص الإيجابي منهما، إضافة إلى التطرق لبعض الموثيق والاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

#### خطة البحث:

أثرنا أن نقسم البحث إلى مبحثين على الشكل التالي.

المبحث الأول: الإطار القانوني لحق المتهم في الصمت في التشريع العماني والتشريع المغربي

المطلب الأول: مفهوم حق المتهم في الصمت

المطلب الثاني: الأساس التشريعي لحق المتهم في الصمت في التشريع العماني والتشريع المغربي

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الاعتداء على الحق في الصمت

المطلب الأول: الجزاء الموضوعي نتيجة الاعتداء على الحق في الصمت

المطلب الثاني: الجزاء الإجرائي نتيجة الاعتداء على الحق في الصمت

#### المبحث الأول: الإطار القانوني لحق المتهم في الصمت في التشريع العماني والتشريع المغربي

يعتبر الحق في الصمت في مرحلة المحاكمة حجر الزاوية بالنسبة للمحاكمة العادلة، لذلك نحتاج إلى تعريفه لمعرفة ماهيته، ومعرفة الأساس القانوني لحق المتهم في الصمت في تلك المرحلة سواء تعلق الأمر بالتشريع العماني أو التشريع المغربي، وهذا ما سوف نوضحه بتقسيم المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول مفهوم حق المتهم في الصمت، ونناقش في الثاني الأساس التشريعي للحق في الصمت.

#### المطلب الأول: مفهوم حق المتهم في الصمت

تعددت التعريفات الخاصة بحق المتهم في الصمت كما تتعدد دوافع هذا الصمت، وأنواعه، لذلك سوف نوضح في هذا المطلب تعريف حق المتهم في الصمت وذلك في الفرع الأول، ثم نوضح أنواع الحق في الصمت ودوافعه في الفرع الثاني.

## الفرع الأول: تعريف حق المتهم في الصمت

لقد استعملت التشريعات المقارنة تسميات عدة لحق المتهم في عدم الإدلاء بأي تصريح، فهناك من يستعمل الحق في الصمت أو الحق في السكوت أو الحق في الامتناع عن الكلام وغيرها...<sup>1</sup> هذا الحق الذي سعت النظم الإجرائية المعاصرة إلى توفير الضمانات الكافية لصيانته حيث اعتمدت على قرينة البراءة كأصل وكأساس له، نظرا لمكانته في الأنظمة العالمية.

ويعرف الصمت لغة بأنه السكوت وعدم النطق، ويقال لغير الناطق صامت أي ساكت<sup>2</sup>، ويقصد بالصمت بشكل عام امتناع الشخص عن التعبير عما بداخله، والتعبير عن الإرادة يكون تعبيرا صريحا أو ضمنيا، والتعبير الصريح يكون باللفظ وهو الوسيلة المعتادة أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا.

ويعرف بعض الفقه صمت المتهم بأنه " تلك الحرية المقررة للمتهم بالامتناع عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه أو الإدلاء بأية معلومات قد تؤدي إلى إدانته أو ثبوتها أو حتى مجرد الاقتراب منها، أو تكشف أمور يفضل الاحتفاظ بسريتها أو نزولاً على اعتبارات أخرى تفرض عليه الصمت"<sup>3</sup>.

وعرفه البعض الآخر بأنه " امتناع المتهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه من قبل أفراد السلطة العامة وذلك بمحض إرادته دون أن يكون هناك عائق صحي أو عاهة طبيعية"<sup>4</sup>.

لكننا لم نجد في التشريعات الإجرائية وكذا بالنسبة للمهتمين والباحثين في المجال القانوني من عرف "الحق في الصمت"، ولعل السبب في ذلك راجع بالأساس إلى تداول هذا المفهوم لدى العامة، فضلا عن كون المعنى الاصطلاحي للمفهوم لا يخرج عن معناه اللغوي. كل ما هنالك أن مختلف التشريعات التي أوردت هذا الحق اكتفت بتقريره للمشتبه فيه كحق من حقوق الدفاع دون تعريفه بدقة ووضوح، وبديهي كل البداهة أن الحق في التزام الصمت لن يكون مقرا إلا لفائدة المشتبه فيه القادر على النطق أو الكلام وليس لمن لا يستطيع ذلك (كالأبكم مثلا)<sup>5</sup>

ويفيد الحق في التزام الصمت خلال مرحلة البحث التمهيدي (الاستدلال) في حالة التلبس في كون المشتبه فيه يضل صامتا لا يتكلم لا بالسلب ولا بالإيجاب، وعليه، يمكن القول إن "الحق في التزام الصمت" هو تلك الحرية التي يمنحها القانون للمشتبه فيه أو المتهم، والتي يستطيع بموجبها الامتناع عن إبداء أجوبة أو

1 - محمد مشيرح، حق المتهم في الامتناع عن التصريح، رسالة غير منشورة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام، نوقشت بكلية، الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر السنة الجامعية 2008-2009 ص: 19.

2 - لسان العرب، فصل الصاد المهملة-مادة صمت-54/2

3 - حسيبة معي الدين، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص: 303.

4 - عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر، الأردن، 1995، ص: 165.

5 - محمد الجبراري أستاذ باحث كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الجديدة، الحق في الصمت أثناء البحث التمهيدي التلبيسي، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية 01 سبتمبر 2021، ص: 3.

تصريحات، سواء أمام (الضابطة القضائية أو قاضي التحقيق أو قضاة الحكم) وهو حق يتيح للمعني بالأمر /المشتبه فيه/الظنين / المتهم، عند سؤاله أو استجوابه، رفض الإجابة عما يوجه إليه من أسئلة إما جزئياً أو كلياً، دون أن يفهم من هذا الامتناع على أنه قرينة على ثبوت الاتهام ضده ،

ويستند حق المتهم في الصمت من قرينة البراءة، والتي لم يتم تعريفها من قبل مختلف القوانين، وإنما فسح المجال للفقه والقضاء على اعتبار أن تعريف الشيء من اختصاصاته مبدئياً، وبذلك فإن قرينة البراءة حسب بعض الفقه<sup>1</sup> يقصد بها أن السلطات القضائية يجب عليها أن تعامل المتهم، وتنظر إليه على أساس أنه لم يرتكب الجريمة محل الاتهام، ما لم يثبت عليه ذلك بحكم قضائي غير قابل للطعن بالطرق العادية، وهو المبدأ القانوني الذي يعتبر الشخص بريء ما لم تثبت إدانته، وقد تم التعبير عنها تقليدياً (عبء الإثبات يقع على من يدّعي، ليس على من ينكر) ، ويجب أن يثبت الادعاء في معظم الحالات أن المتهم مذنب بما لا يدع مجالاً للشك، إذا بقي شك معقول، فيجب تبرئة المتهم.

وقد سار التشريع الجنائي المسطري على نحو التشريع الدستوري، من خلال التنصيص في المادة الأولى<sup>2</sup> على أن البراءة هي الأصل إلى أن تثبت إدانة الشخص بحكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية.

### الفرع الثاني: أنواع الحق في الصمت ودوافعه

يرى بعض الفقه<sup>3</sup>، أن صمت المتهم قد يكون طبيعياً وإجبارياً، أو يكون متعمداً ومقصوداً، فأما الصمت الطبيعي فيتحقق عندما يكون المتهم أصم أو أبكم، والذي لا يستطيع الإجابة الشفهية على الأسئلة الموجهة إليه، لذلك يلجأ في هذه الحالة إلى الإجابة عن طريق الكتابة إذا كان يستطيع، عن طريق توجيه الأسئلة إليه كتابة كذلك، أما إذا لم يستطع الكتابة فيتعين اللجوء إلى الخبير أو المترجم المختص بالتحدث مع الصم والبكم عن طريق الإشارات، أما الصمت العمدي فيكون عندما لا يكون للمتهم أي عائق صحي يمنعه من الكلام، لكنه يمتنع عن التحدث بإرادته ولا يجيب على الأسئلة الموجهة إليه إذا رأى أن من مصلحته عدم الإجابة عليها، وهذا النوع هو الذي يدخل في نطاق بحثنا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، الطبعة الثانية، القاهرة 2006، ص 50.

<sup>2</sup> - نصت المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية المغربي، رقم 22.1 المعدل: "كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة، يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به، بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية."

<sup>3</sup> - أنيس المحلاوي، نطاق حق المتهم في الصمت خلال مراحل الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة حوليات كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، المجلد الأول، العدد 33، دون سنة نشر، ص: 25.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ص: 26.

أما عن دوافع صمت المتهم فقد تكون وليدة أسباب عديدة، فقد يكون بسبب احتجاج على واقع معين، أو عدم فهمه للسؤال، أو خوفه من الإجابة على موقفه في القضية التي يحقق فيها<sup>1</sup>، وقد يكون صمته بطلب من محامية أثناء الاستجواب أو المحاكمة في حالة كان السؤال يمكن يضر بموقفه في القضية، وقد يكون الصمت رغبة في انقاد شخص مقرب له<sup>2</sup>، أو تفضيل المتهم للصمت بفعل التستر على أموال تمثل له أولوية مع ضرورة أن تبقى سرية، كما في حالة صمته حينما توجه للمتهم تهمة ارتكبتها أبنه، أو استعمال الصمت كوسيلة مراوغة بهدف إخفاء الحقيقة، وقد يكون صمت المتهم رغبة منه في ترك أمره لقناعه القاضي وبصيرته الذي يستهدف استظهار الحقيقة مهما كانت<sup>3</sup>.

وفي سياق آخر فقد ثار خلاف بين الفقه على الطبيعة القانونية لحق المتهم في الصمت، فهل هو حق مكتسب للمتهم أم منحه من طرف المشرع؟

يرى الفقه الراجح<sup>4</sup> أنه حق للمتهم وليس رخصة تأسيساً على حق المتهم في الكذب، الذي يعتبر أحد مظاهر حرية المتهم في الدفاع عن نفسه، حيث أن كذب المتهم يأخذ نفس أهمية صمته من حيث اعتباره وسيلة للدفاع، كما أن القاضي لا يستطيع أن يعتمد على كذب المتهم كدليل لإدانته، وفي حالة ثبت كذبه يستطيع أن يطرح الأقوال الكاذبة ويستبعدوها، كما أن الحق في الصمت يقف بنفس المستوى مع قرينة البراءة والحق في الاستعانة بمحامي، لذلك فهو حق وليس منحه، والدليل على ذلك أن جل التشريعات وضعت حماية للمتهم ضد أي استعمال للتعذيب لدفعه على الإدلاء بأقوال معينه أثناء الاستجواب أو المحاكمة.

### المطلب الثاني: الأساس التشريعي لحق المتهم في الصمت في التشريع العماني والتشريع المغربي

تعتبر مرحلة المحاكمة آخر مرحلة تبلغها الدعوى العمومية، فمن خلالها يتحدد وضع المتهم في القضية عبر الحكم الذي يصدره القاضي سواء بالإدانة أو بالبراءة، فيشترط في بلوغ هذه المحطة الأخيرة تمتع المتهم بقدر كبير من الضمانات، والتي تتعدى تلك التي كان يتمتع بها في مرحلة الاستدلال أو التحقيق الابتدائي، ومن هذه الضمانات عدم إجباره على الكلام أو الرد على أسئلة تؤدي إلى الإضرار بموقفه في الدعوى، ولا يجوز أن يتخذ ذلك دليلاً على إدانته، وهذا ما نص عليه صراحة المشرع العماني في المادة (188) من قانون الإجراءات الجزائية التي جاء فيها "توجه المحكمة التهمة إلى المتهم بقراءتها عليه وتوضيحها له ثم يسأل عما إذا كان مذنباً أم لا، مع توجيه نظره إلى أنه غير ملزم بالكلام أو الإجابة"، كما أكدت المادة (189) من نفس القانون على لا

1 - عدلي خليل، اعتراف المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص: 132

2 - رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979، ص: 61.

3 - عدلي خليل، مرجع سابق، ص: 132.

4 - أنيس المحلاوي، مرجع سابق، ص: 37 وما بعدها، حسام الدين أحمد، حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص: 43.

يجوز أن يفسر سكوت المتهم على أنه إقرار بشيء، ولا يجوز استخدام أي وسائل غير مشروعة لإرغامه على الكلام<sup>1</sup>.

بناء على ما سبق نستنتج أن المشرع العماني قد تبني صراحة حق المتهم في الصمت في مرحلة المحاكمة، وإنه يمنع على المحكمة الزام المتهم بالإجابة على أسئلتها، مع التأكيد على ضرورة أن تنبه المتهم بأنه غير ملزم بالإجابة على الأسئلة، ولا يجوز أن يفسر سكوت المتهم وعدم رده على الأسئلة بأنه اعتراف منه، غير أن هذه القاعدة وضعت لمصلحة المتهم نفسه، وبالتالي يحق له التنازل عنها إما صراحة بأن يطلب من المحكمة استجوابه، وإما بعدم اعتراضه على الاستجواب، والإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه المحكمة إذا رأى أن من مصلحته الإجابة عليها<sup>2</sup>.

أما موقف المشرع المغربي وبالرجوع إلى الشق المتعلق بالحكم في الجرائم من قانون المسطرة الجنائية المغربي المواد 251 إلى 457 يتضح أن المشرع المغربي كما هو الحال عليه في مرحلة البحث التمهيدي لم ينص صراحة على حق المتهم في الصمت، ورغم ذلك يعتبره من حقوق الدفاع المخولة للمتهم:

إذن نستنتج أن حق المتهم في الصمت وإن كان يتمتع به في جميع المراحل الدعوى الجنائية استناداً لقرينة البراءة، التي لا تتطلب من المتهم تقديم أو تحضير الدليل على براءته ومن ثم اتخاذ موقف سلبي تجاه الدعوى المقامة ضده، لكن وجب على سلطة الاتهام تقديم الدليل على التهمة المنسوبة إليه، فيكون على السلطات القضائية كسلطة اتهام أن تسعى جاهدة إلى إثبات الحقيقة، فكما تسعى إلى إثبات أدلة الإدانة يكون لزاماً عليها السعي لإثبات أدلة النفي بنفس القدر<sup>3</sup>.

لأن حق المتهم في الصمت شرع لمنع الاعتداء عليه ودفعه لإدلاء بتصريحات قد تضره في المراحل السابقة للمحاكمة، ولكن الخصائص التي تتميز بها مرحلة المحاكمة تجعل المتهم في وضع مناسب ومهياً للإدلاء بأقواله بكل حرية خصوصاً أن المبدأ الأساس الذي يحكم عمل القاضي في هذه المرحلة هو عدم اعتماده كلياً على محاضر التحقيقات الابتدائية، وإنما يبني قناعته أساساً على التحقيقات التي تمت في الجلسة كأصل عام، كما أن علنية الجلسات وشفافية المرافعات والمواجهة وحضور الخصوم والشهود وتدوين كل ما يدور في الجلسة

<sup>1</sup> - من قانون الإجراءات الجزائية العماني الصادر بالمرسوم 97/99، وتعديلاته، التي جاء فيها " لا يجوز تحليف المتهم اليمين ولا إكراهه أو إغراهه على الإجابة أو إبداء أقوال معينة بأية وسيلة من الوسائل.

ولا يفسر سكوت المتهم أو امتناعه عن الإجابة بأنه إقرار بشيء، ولا يجوز أن يعاقب على شهادة الزور بالنسبة إلى الأقوال التي ينفي بها التهمة عن نفسه"

<sup>2</sup> - خالد سلطان، الحق في الصمت أثناء التحقيقات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص: 218.

<sup>3</sup> - محمد حماد مرهج الهيبي أصول البحث والتحقيق الجنائي - دار الكتب القانونية - دار الشتات للنشر والبرمجيات - مصر 2007 ص 207

من طرف كاتب الضبط (أمين السر) الذي يحضر الجلسة تحت إشراف رئيس المحكمة، والتزام المحكمة في حدود الدعوى المعروضة أمامها هي في حقيقة الأمر ضمانات لحماية حقوق المتهم<sup>1</sup>.

من جهة أخرى وكما أوضحنا سابقاً أن صمت المتهم قد يكون سببه طبيعياً عندما يكون أبكماً أو أصماً، وفي هذه الحالة يتعين على المحقق أو المحكمة اللجوء إلى مترجم خبير لمعرفة أقوال المتهم الأبكم أو الأصم وتوجيه الأسئلة له كذلك.

وقد سائر المشرع المغربي هذا التوجه من خلال التنصيص على ذلك في نص المادة 21<sup>2</sup> من قانون المسطرة الجنائية التي تخاطب ضباط الشرطة القضائية" يتعين عليهم الاستعانة بمترجم إذا كان الشخص المستمع إليه يتحدث لغة أو لهجة لا يحسنها ضباط الشرطة القضائية أو يستعينون بكل شخص يحسن التخاطب مع المعني بالأمر إذا كان أصماً أو أبكماً ويشار إلى هوية المترجم أو الشخص المستعان به بالمحضر ويمضي عليه."

كما نص في المادة 145 على ما يلي: "يستعين قاضي التحقيق بمترجم إذا كان يتحدث لغة أو لهجة لا يفهمها قاضي التحقيق، ويستعين بكل شخص يحسن التخاطب مع المتهم إذا كان هذا الأخير أصماً أو أبكماً."

ولم يقتصر المشرع على مرحلة البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي في ضمان حق المتهم المتمثل في الصمت الطبيعي، حينما يكون أصماً أو أبكماً، بل سار على نفس منوال المرحلتين وكرس هذا الحق حتى أمام مرحلة المحاكمة، ويتضح من خلال ما نصت عليه المادة 318 من قانون المسطرة الجنائية<sup>3</sup> "إذا كان المتهم أصماً أو أبكماً، تعين تغيير سير المناقشات على نحو يمكنه من تتبعها بصورة مجددة، وتراعي في ذلك أحكام المادة 121 أعلاه."

ولكن إبداء الأقوال وسيلة ثانية من وسائل الدفاع أمام المحكمة، بل يعتبر جوهر حقوق الدفاع يمارسه بنفسه المتهم أو بواسطة محاميه، و المشرع المغربي يسمح للمحكمة استنطاق المتهم طبقاً للفصول 305-315-322 من ق.م.ج<sup>4</sup> وهذه الوسيلة غالباً ما يفضلها المتهم وذلك لأكثر من سبب، من بينها محاولة التأثير

<sup>1</sup> - أيوب الدهود، الحق في الصمت دراسة مقارنة - مجلة منازعات الأعمال - المغرب، العدد 58 أكتوبر 2020 ص: 21.

<sup>2</sup> - المادة 21 يمارسون السلطات المخولة لهم بمقتضى الباب الأول من القسم الثاني من الكتاب الأول الآتي بعده في حالة التلبس بجناية أو جنحة يتعين عليهم الاستعانة بمترجم، إذا كان الشخص المستمع إليه يتحدث لغة أو لهجة لا يحسنها ضباط الشرطة القضائية، أو يستعينون بكل شخص يحسن التخاطب مع المعني بالأمر إذا كان أصماً أو أبكماً، ويشار إلى هوية المترجم أو الشخص المستعان به بالمحضر ويمضي عليه.

<sup>3</sup> - المادة 318 يأمر الرئيس بإحضار المتهم.

إذا كان هذا الأخير يتكلم لغة أو لهجة أو لساناً يصعب فهمه على القضاة أو على الأطراف أو الشهود، أو إذا اقتضت الضرورة ترجمة مستند أدلي به للمناقشة، عين الرئيس تلقائياً ترجماناً، وإلا ترتب عن الإخلال بذلك البطلان، وتطبق على الترجمان مقتضيات المادة 120. يمكن للمتهم أو للنياحة العامة أو الطرف المدني أو المسؤول عن الحقوق المدنية أن يجرحوا الترجمان وقت تعيينه مع بيان موجب تجريه، وتبت المحكمة في هذا الطلب بمقرر غير قابل لأي طعن.

إذا كان المتهم أصماً أو أبكماً، تعين تغيير سير المناقشات على نحو يمكنه من تتبعها بصورة مجددة، وتراعي في ذلك أحكام المادة 121 أعلاه.

<sup>4</sup> - المادة 322 من قانون المسطرة الجنائية المغربي " يمكن للنياحة العامة وللأطراف أو لمحاميهم أن يلقوا أسئلة على المتهم بواسطة الرئيس أو بإذن منه، وكذا الشأن بالنسبة للقضاة في هيئات القضاء الجماعي. إذا امتنع الرئيس من إلقاء سؤال وطراً بشأنه نزاع عارض، بتت فيه المحكمة.

على القاضي أو طمعا في أن يكون القاضي رحيمًا به لكونه يتعاون معه ويسهل مهمته و يعتبر حق المتهم في إبداء أقواله وسيلة من وسائل الدفاع.

وهنا قد يتساءل البعض بأنه في حالة استئناف المتهم للحكم، هل يحق له الاستمرار في حقه في الصمت؟ يرى بعض الفقه-بحق- أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الاستئناف مقدم من الادعاء العام أم من المتهم، فإذا كان مقدم من الادعاء العام فيمكن له الاستمرار في ممارسه حقه في الصمت أمام محكمة الاستئناف، أما إذا كان الاستئناف مقدم من المتهم فلا يجوز له الاستمرار في الصمت لأنه يجب عليه أن يبدي استئنافه ويقدم أسباب الاستئناف وطلباته، وهذا ما أكدت عليه المادة (241) من قانون الإجراءات الجزائية العماني<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الاعتداء على الحق في الصمت

قد لا يحترم القائم بالاستجواب حق المتهم بالصمت ومثال ذلك عدم تنبيهه لهذا الحق، أو استعمال الإكراه المادي أو المعنوي للحصول على معلومات من المتهم الذي مارس حقه في الصمت، وهنا يترتب على ذلك العديد من الجزاءات منها ما هو موضوعي والذي سنوضحه في المطلب الأول، ومنها ما هو إجرائي والتي سنناقشه في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الجزاء الموضوعي نتيجة الاعتداء على الحق في الصمت

طلما أن المشرع نص على حق المتهم في الصمت، فلا بد كذلك أن يضع له الحماية الموضوعية والمتمثلة في الجزاء لكل من تسول له نفسه في الاعتداء على هذا الحق، والجزاءات التي يمكن توقيعها في هذا المجال ممكن أن تكون جزائية، أو مدنية، أو إدارية، وهذا ما سوف نتعرض له على الشكل التالي.

### الفرع الأول: الجزاء الجنائي المترتب على الاعتداء على الحق في الصمت

على صعيد المواثيق الدولية فقد نصت المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، أو العقوبة القاسية، أو الإنسانية أو المهينة على حظر كافة أنواع التعذيب<sup>2</sup>، ويعتبر حق المتهم في السلامة الجسدية حق دستوري في العديد من التشريعات مما يتطلب إحاطته بعناية خاصة.

<sup>1</sup>- التي جاء فيها " إذا وجدت المحكمة أن الاستئناف مقبول شكلا تسمع أقوال المستأنف وطلباته ثم يتكلم بعد ذلك باقي الخصوم ويكون المحكوم عليه آخر من يتكلم".

<sup>2</sup>- التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1987/6/26، حيث نصت المادة 1 لأغراض هذه الاتفاقية، يقصد " بالتعذيب" أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسديا كان أم عقليا، يلحق عمدا بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث أو تخويفه أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث - أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب يقوم على التمييز أيا كان نوعه، أو يحرص عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص يتصرف بصفته الرسمية ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها.

كما أن المشرع المغربي وفي إطار التزامه بالمواثيق الدولية أقر بجريمة التعذيب بمقتضى قانون رقم 04-43، حيث نص في الفصل 1-231 من ق.ج.م " التعذيب بأنه كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدي أو نفسي يرتكبه عمدا موظف عمومي أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه، في حق شخص لتخويله أو إرغامه أو إرغام شخص آخر على الإدلاء بمعلومات أو بيانات أو اعتراف".

كما عاقب المشرع العماني كل من يستخدم الوسائل غير المشروعة للحصول على معلومات من المتهم دون إرادته، كالتعذيب والإغراء والترهيب، فقد منع المشرع اللجوء للتعذيب، أو الإكراه، أو الإغراء، أو المعاملة الحاطة بالكرامة للحصول على أقوال أو منع الإدلاء بها في أي مرحلة، سواء كانت في مرحلة الاستدلال أو مرحلة التحقيق الابتدائي أو مرحلة المحاكمة، وذلك في نص المادة (41) من قانون الإجراءات الجزائية، كما أكدت المادة (25) من النظام الأساس العماني على نفس التوجه والتي منعت اللجوء للتعذيب المادي، أو المعنوي، أو الإغراء، أو المعاملة الحاطة بالكرامة.

لذلك رصد المشرع جزاء جنائي لمرتكبي مثل تلك الجرائم، حيث جاءت المادة (203) من قانون الجزاء العماني لتنص على تجريم أي موظف استعمل القسوة مع أي شخص والتي جاء فيها " يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (3) ثلاثة أشهر، ولا تزيد على (3) ثلاث سنوات، وبغرامة لا تقل عن (100) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (500) خمسمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف عام استعمل القسوة - اعتمادا على وظيفته - مع أي شخص إذا ترتب على ذلك إيذاؤه أو المساس بشرفه أو كرامته".

يتبين من خلال النص أن المشرع يشترط وجود شرط مفترض وهو صفة الجاني حيث يجب أن يكون موظف عام، ويتحقق السلوك الإجرامي بارتكاب فعل القسوة وهو " كل سلوك يشكل خطراً على الحياة أو على سلامة الجسم مما يُسبب له ألماً مادياً أو معنوياً أو يكون من شأنه أن يثير توقعاً معقولاً لوقوع هذا الخطر"<sup>1</sup>، مع التأكيد على أن هذه الجريمة يشترط فيها توافر القصد الإجرامي بعنصرية العلم والإرادة<sup>2</sup>.

كما جرم المشرع كل موظف استعمل التعذيب أو أمر بذلك للحصول على اعتراف المتهم، حيث نصت المادة (204) من قانون الجزاء على " يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (6) ستة أشهر، ولا تزيد على (3) ثلاث سنوات كل موظف عام قام بتعذيب متهم أو أمر بذلك لحمله على الاعتراف بجريمة أو الإدلاء بمعلومات عنها".

يفترض المشرع في هذه الجريمة شرط في الجاني وهو أن يكون موظف عام، ويستوي أن يكون قد عذب بنفسه أو أمر بالتعذيب، وأن تقع الجريمة على المتهم، فإذا لم يكن متهماً توافرت في جانب الموظف جريمة أخرى وهي جريمة استعمال القسوة التي تعرضنا لها مسبقاً، ويتمثل فعل التعذيب بالإيذاء البدني والنفسي، والمشرع

<sup>1</sup> - ثروت حبيب، القسوة كسبب للتطبيق في القانون الإنجليزي، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والقانون، العدد 36، المجلد 2، القاهرة، 1966، ص: 258.

<sup>2</sup> - للمزيد نزار حمدي قشطة، أحمد البرواني، الوجيز في شرح قانون الجزاء العماني، الجرائم المتعلقة بالوظيفة العامة، الجرائم المخلة بالثقة العامة، الأجيال، سلطنة عمان، 2020، ص: 173 وما بعدها.

لم يشترط درجة معينة من الجسامة، والأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي يستخلصه من ظروف الدعوى<sup>1</sup>، مع التأكيد على ضرورة وجود القصد الإجرامي بعنصره العلم والإرادة، أي يجب أن يعلم الجاني بأنه متمتع بصفة الموظف العام، كما يجب أن يعلم الموظف بأنه يقوم بتعذيب المتهم أو يأمر بتعذيبه، مع اتجاه إرادة الموظف إلى تحقيق النشاط الإجرامي لإجبار المتهم على الإدلاء بأقواله.

كما جرم المشرع المغربي كل موظف عمومي سواء كان قاضياً، أو أحد رجال أو مفوضي السلطة أو القوة العمومية يستعمل أثناء قيامه بوظيفته أو بسبب قيامه بها<sup>2</sup>، العنف ضد الأشخاص أو يأمر باستعماله بدون مبرر شرعي، يعاقب على هذا العنف، على حسب خطورته، فإن العقوبة تكون ضعف العقوبة المقررة للجريمة سواء كانت جنحة ضبطية أو تأديبية أو جنائية طبقاً لأحكام الفصول 401 إلى 403 من القانون الجنائي.

نستنتج مما سبق أن المشرع المغربي حدا حدو المشرع العماني في وضع عقوبات لمن يُجبر المتهم على الكلام باستخدام الوسائل غير المشروعة وينتهك حقه في الصمت، ولكن يرى بعض الفقه، أن التجربة العملية تدل على صعوبة إثبات بعض عناصر الجريمة كما في القصد الجنائي، كما من المتوقع ألا تبدي جهات التحقيق حماساً في تنفيذ هذا الحل، والذي يعني إدانة زملائهم في العمل<sup>3</sup>.

وقد أيد الاجتهاد القضائي الاتجاه التشريعي والفقه في استبعاد كل أثر للإكراه وعدم الاعتماد على الاعتراف الناجم عن الإكراه وما يترتب عليه من أدلة أخرى، واعتبارها كأن لم تكن، خاصة التعديلات التي شملت قانون المسطرة الجنائية المغربي ألزمت إحالة المتهمين على الخبرة الطبية كلما ثبت للنياحة العامة أو المحكمة أنهم تعرضوا للعنف أثناء التحقيق معهم.

### الفرع الثاني: الجزاء المدني المترتب على الاعتداء على الحق في الصمت

ينظم المشرع العماني في -إطار تقرير المسؤولية الشخصية المدنية لمن باشر الإجراء المخالف- وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية، الذي يختلف فيما إذا وقع الفعل المخالف من مأموري الضبط القضائي، أو ما إذا كان واقع من أحد القضاة أو أعضاء الادعاء العام.

<sup>1</sup> - نزار قشطة، د أحمد البرواني، مرجع سابق، ص: 177.

<sup>2</sup> - الصادر بظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نوفمبر، وتعديلاته، 1962 الفصل 231 من القانون الجنائي المغربي كل قاض أو موظف عمومي، أو أحد رجال أو مفوضي السلطة أو القوة العمومية يستعمل أثناء قيامه بوظيفته أو بسبب قيامه بها، العنف ضد الأشخاص أو يأمر باستعماله بدون مبرر شرعي، يعاقب على هذا العنف، على حسب خطورته، طبقاً لأحكام الفصول 401 إلى 403 مع تشديد العقوبات على النحو الآتي:

إذا كانت الجريمة جنحة ضبطية أو تأديبية، فإن العقوبة تكون ضعف العقوبة المقررة لتلك الجنحة؛

إذا كانت جنائية معاقبا عليها بالسجن من خمس إلى عشر سنوات فإن العقوبة تكون السجن من عشر إلى خمس عشرة سنة؛

إذا كانت جنائية معاقبا عليها بالسجن من عشر إلى عشرين سنة فإن العقوبة تكون من عشرين إلى ثلاثين سنة

<sup>3</sup> - أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993،

ص: 418.

في حالة وقع الفعل المخالف من مأمور الضبط القضائي يسأل عنه ويلاحق كأى شخص عادي، ويكون للمتضرر أن يقيم نفسه مدعياً مدنياً، دون أي عائق لأن هذه الفئة لا تتمتع بحصانة دعوى المخاصمة المقررة للعاملين في السلك القضائي، كالقضاة والادعاء العام.

ولكننا نتساءل حول أساس مسؤولية مأموري الضبط القضائي المدنية في حالة الاعتداء على حق المتهم في الصمت؟، حيث يشترط القانون-كما سنوضح في الفقرة المقبلة- لمساءلة القضاة والادعاء العام مدنياً أن يرتكبوا خطأ مهنيًا جسيمًا.

في الحقيقة لم يجيب المشرع على ذلك السؤال وانقسم الفقه إلى رأيين، حيث يرى الرأي الأول أنه ما دام لم يرد في القانون فيصّل لتحديد أساس مسؤوليتهم، فيمكن أن يكون الفيصل العام لكل الناس هو المطبق، أي يسألوا، حتى لو كان الخطأ غير جسيم، بينما يرى الرأي الثاني أنه ليس من العدل أن يسألوا عن الأخطاء الخفيفة ويجب ألا يسألوا إلا على الأخطاء الجسيمة، لمنحهم المجال في العمل بمرونة أكبر<sup>1</sup>.

أما إذا وقع الفعل المخالف من قبل عضو الادعاء العام أو القاضي، فلا تقع المسؤولية المدنية عن أخطائهم إلا إذا كانت ناجمة عن غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم، وذلك عن طريق دعوى المخاصمة، وهي " دعوى مسؤولية ترمي إلى تعويض ضرر أصاب المخاصم، وتستند إلى قيام القاضي بعمل أو إصدار حكم مشوب بعيب يجيز قبول المخاصمة"<sup>2</sup>.

وقد وضع المشرع العماني قواعد خاصة لدعوى المخاصمة لضمان عدم التأثير على استقلالهم أثناء ممارسة أعمالهم القضائية، فنص على الحالات التي يسأل فيها القاضي والادعاء العام مدنياً، وهي حالات واردة على سبيل الحصر، والتي نصت عليها المادة (329) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، والتي تتخلص بداية في حالة إذا وقع من القاضي أو عضو الادعاء العام في عملها غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم، ويقصد بالغش والتدليس الانحراف عن العدالة بسوء نية لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة، كالرغبة في الانتقام أو تحقيق مصلحة شخصية<sup>3</sup>.

كذلك من خلال التمعن في النص نجد أن القانون اشترط أن يكون الخطأ جسيم، وبالتالي لا يكون القاضي أو عضو الادعاء العام مسؤولاً عن الخطأ غير الجسيم، ويعرف الخطأ المهني الجسيم بأنه " الخطأ الذي يرتكبه

<sup>1</sup> - للمزيد أنظر عبد الوهاب حومد، المسؤولية الناشئة عن السير المعيب لأجهزة العدالة الجزائية، جامعة الكويت، مجلة الحقوق، ديسمبر 2014، إصدار خاص، ص: 99، 100.

<sup>2</sup> - أحمد مليجي، موسوعة التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية بأراء الفقه وأحكام المحكمة العليا العمانية، الجزء الثالث، دار العلم والأيمان، سلطنة عمان، 2008، ص: 669.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص: 94.

القاضي لوقوعه في غلط فاحش، ما كان يمكن أن يقع فيه إذا ما بذل قدراً معقولاً من الاهتمام بواجبات وظيفته.<sup>1</sup>

ويخضع مدى تقدير جسامة الخطأ المهني إلى تقدير محكمة الموضوع، وقد قررت المحكمة العليا العمانية أن "اجتهاد القاضي في تحصيل الوقائع واستخلاصها وانزال حكم القانون عليها على نحو لا تباها أحكام القانون، أو ما يقع من القاضي من أخطاء بغير إهمال فلا يدخل في نطاق الخطأ الجسيم، كالخطأ في التقدير واستخلاص الوقائع أو تفسير القانون"<sup>2</sup>.

أما موقف المشرع المغربي فقد سار في اتجاه آخر، حيث نص في الفصل (391) من قانون المسطرة المدنية على حالات المخاصمة والتي جاء فيها "يمكن مخاصمة القضاة في الأحوال الآتية، إذا ادعى ارتكاب تدليس أو غش أو غدر من طرف قاضي الحكم أثناء تهيئة القضية أو الحكم فيها أو من طرف قاض من النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه، أو إذا قضى نص تشريعي صراحة بجوازها، أو إذا قضى نص تشريعي بمسؤولية القضاة يستحق عنها تعويض، أو عند وجود إنكار العدالة".

والذي يتضح منه أن المشرع المغربي لم يجعل الخطأ الجسيم الصادر من القاضي أو النيابة العامة سبباً للمخاصمة، واكتفى بأن يكون هناك تدليس أو غش أو غدر من طرق القاضي أو النيابة العامة للمطالبة بالمخاصمة، مما يوضح أن المشرع المغربي لم يتوسع بأسباب المخاصمة كما فعل المشرع العماني.

### الفرع الثالث: الجزاء التأديبي المترتب على الاعتداء على الحق في الصمت.

قد تمثل المخالفة التي تمت أثناء التحقيق التي تحصل الاعتراف بناء عليها، خطأً تأديبياً يعاقب عليها الموظف الذي قام بمخالفة الإجراء، وهذا ما يحقق الردع لكل من تجاوز القواعد الإجرائية، باعتباره يمس امتيازاته الوظيفية، كالحرمان من الترقية والخصم من الراتب.

وقد نص المشرع العماني على بعض الجزاءات الإدارية الخاصة بمأموري الضبط القضائي، حيث جاءت المادة (32) من قانون الإجراءات الجزائية على "يكون مأمورو الضبط القضائي خاضعين لإشراف الادعاء العام فيما يتعلق بأعمال وظائفهم، وللمدعي العام أن يطلب إلى الجهة المختصة النظر في كل ما يقع منهم من مخالفات أو تقصير في عملهم أو يطلب رفع الدعوى التأديبية وذلك دون إخلال برفع الدعوى العمومية".

نستنتج من النص السابق أن المشرع سمح للمدعي العام أن يطلب من الجهة المختصة التابع لها مأمور الضبط المخالف رفع الدعوى التأديبية وتوقيع الجزاء الإداري عليه في حالتين، الأولى مخالفة إحدى واجباته

<sup>1</sup>- محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، دراسة تحليلية مقارنة، في النظام القضائي المصري والإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010، ص: 137

<sup>2</sup>- ورد ذكره في غادة الراشدية، مسؤولية الدولة في حالة مخاصمة القضاة، المجلة الإلكترونية الشاملة، العدد 26، شهر 7، 2020، ص: 11.

التي يقوم بها، والثانية التقصير فيما يقوم به من عمل، وفي الحالتين لا يمنع رفع الدعوى التأديبية عليه دون رفع الدعوى الجزائية فيما إذا كان الفعل المرتكب يشكل جريمة.

ويرى بعض الفقه أن الجزاء التأديبي لا يحقق الردع ولا يمكن الاعتماد عليه بشكل كبير لمسائله مخالفتي القواعد الإجرائية، حيث من النادر ما يسمع على أن ضابط قد أُوقِف على العمل أو حُرِم من الترقية، لأنه قام بالضغط على المتهم للحصول على اعترافه، كما من غير المرجح أن تطبقها لعزوف رجال الشرطة عن الشكوى أو الشهادة فيما يتعلق بتجاوزات ملائهم في العمل مما يصعب إثبات المخالفة<sup>1</sup>.

أما توقيع الجزاء التأديبي على القاضي فهو من اختصاص مجلس المساءلة المشكل حسب المادة (74) من قانون السلطة القضائية العماني<sup>2</sup>، وتقام دعوى المساءلة من المدعي العام - بطلب من وزير العدل من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي بناء على المادة (77) من نفس القانون، ولا تأثير لدعوى المساءلة على الدعوى العمومية أو المدنية الناشئة عن الواقعة محل المساءلة، حسب المادة (81) من ذات القانون، والجزاءات التي من الممكن توقيعها على القاضي المخالف، اللوم، أو النقل إلى وظيفة غير قضائية، أو العزل، بناء على المادة (83) من قانون السلطة القضائية.

أما فيما يتعلق بمساءلة أعضاء الادعاء العام فتتبع الأحكام والإجراءات المقررة لمساءلة القضاة، وذلك فيما عدا الإعلان بعريضة الدعوى والتكليف بالحضور، فيكون بمعرفة المدعي العام، وذلك وفق نص المادة (15) من قانون الادعاء العام المعدل بالمرسوم السلطاني 2006/98.

### المطلب الثاني: الجزاء الإجرائي نتيجة الاعتداء على الحق في الصمت

يترتب على الحق في الصمت والتنصيص عليه صراحة التزام الدولة باحترام هذا الحق بشكل كلي، وعدم خرقه وإتاحة الفرصة كاملة لممارسته دون عوائق، ومن ثم فإن أي انتهاك أو اعتداء على هذا الحق وهو في ذات الوقت يشكل اعتداء على أصل البراءة يستوجب المسؤولية ويترتب البطلان على كل إجراء لم يحترم الحق في الصمت كحق من حقوق الدفاع.

ويعتبر البطلان إحدى المظاهر الطبيعية الإلزامية للقواعد الإجرائية الجنائية فهو بذلك آلية للقضاء لبسط رقابته على سلامة إجراءات التحقيق، وهو أكبر ضمان لحماية الحقوق والحريات من خلال أنواعه و الجهات المختصة و أثاره، فقد يتعلق الأمر ببطلان الإجراء، وقد يتعلق ببطلان الدليل المترتب على الإجراء الباطل، وهذا ما سوف نتعرض له في هذا المطلب على الشكل التالي.

<sup>1</sup>- خالد سلطان، مرجع سابق، ص: 278.

<sup>2</sup>- حيث جاء فيه " تكون مساءلة القضاة بجميع درجاتهم من اختصاص مجلس مساءلة يشكل برئاسة رئيس المحكمة العليا وعضوية أقدم أربعة من نوابه، وفي حالة غياب الرئيس أو وجود مانع لديه يحل محله الأقدم فالأقدم من نوابه، وفي حالة غياب أحد الأعضاء أو وجود مانع لديه يحل محله الأقدم فالأقدم من نواب الرئيس فقضاة المحكمة".

## الفرع الأول: بطلان الإجراء نتيجة الاعتداء على الحق في الصمت

تتنوع الإجراءات التي تهدف حق المتهم في الدفاع، منها ما تقرر تحقيقاً للمصلحة العامة كمبدأ علانية المحاكمة، وسرية المداولة، ومنها ما يتعلق بمصلحة المتهم الشخصية، كتفتيش المسكن، وحضور إجراءات التحقيق الابتدائي<sup>1</sup>.

ويترتب على الإخلال بمثل تلك الإجراءات البطلان، والذي يعرف على أنه " الجزء الذي يترتب على مخالفة كل قاعدة إجرائية قصد من ورائها حماية الشريعة الجنائية، سواء كان ذلك لمصلحة المتهم أو غيره من الخصوم أو للمصلحة العامة التي تتمثل في ضمان الإشراف القضائي على الأدلة الجنائية"<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق نجد أن التمسك بخرق حق الصمت يدخل في إطار الدفوع الشكلية، التي يتعين إثارتها قبل كل دفع أو دفاع، خاصة وأن الدفع يعتبر وسيلة تمكن المشتبه فيه من الطعن في كل الإجراءات التي يشوبها إخلال أو أنجزت على وجه غير قانوني.

الجدير بالذكر أن أسباب البطلان في التشريع المغربي محددة على سبيل الحصر وتعود بالأساس إلى عدم احترام الضمانات التي أقرها المشرع للمتهم أو المطالب بالحق المدني خلال سير عملية التحقيق الإعدادي كذلك عدم إحاطة قاضي التحقيق المتهم بالأفعال المنسوبة إليه، أو عدم إشعاره بحقه في الصمت، وعدم النص على هذا الإشعار في المحضر<sup>3</sup>، فالتمسك بخرق حق الصمت يدخل في إطار الدفوع الشكلية، التي يتعين إثارتها قبل كل دفع أو دفاع، خاصة وأن الدفع يعتبر وسيلة تمكن المشتبه فيه من الطعن في كل الإجراءات التي يشوبها إخلال أو أنجزت على وجه غير قانوني.

نستنتج من المادة السابقة أن المشرع المغربي رتب بطلاناً قانونياً كجزاء على خرق إجراءات التحقيق الإعدادي الضامنة لحقوق الدفاع للمتهم، حيث رتب على مخالفة مقتضيات المادة (134، 135) المنظمتين للحضور الأولي للاستنطاق و المادة (39) المتعلقة بحضور المحامي أثناء الاستنطاقات والمواجهات والمواد 59 و 60 و 62 و 101 المنظمة لتفتيشات، بطلان الإجراءات المعيبة والإجراءات الموالية له.

أما في القانون العماني فنجد أن البطلان يتنوع وفقاً للمصلحة المحمية، فقد يكون بطلان مطلق وهو الذي نص عليه في المادة (209) من قانون الإجراءات الجزائية، حيث ذكر حالات منه على سبيل المثال لا الحصر،

<sup>1</sup> - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، الجزء الثاني، 1988، ص: 340.

<sup>2</sup> - عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دون دار نشر، 2003، ص: 136.

<sup>3</sup> - المادة 210 من قانون المسطرة الجنائية: يجب مراعاة مقتضيات المادتين 134 و 135 من هذا القانون المنظمتين للحضور الأولي للاستنطاق والمادة 139 المتعلقة بحضور المحامي أثناء الاستنطاقات والمواجهات، والمواد 59 و 60 و 62 و 101 المنظمة لتفتيشات، وذلك تحت طائلة بطلان الإجراء المعيب والإجراءات الموالية له، مع مراعاة تقدير مدى هذا البطلان وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 211.

كعدم مراعاة أحكام تشكيل المحاكم، أو اختصاصها أو غير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام<sup>1</sup>، ويتميز هذا النوع من البطلان بجواز التمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، كما أن المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى طلب الخصوم، ويجوز التمسك به من قبل أي خصم دون اشتراط وجود المصلحة كشرط للدفع، إضافة إلى عدم قابليته للتصحيح برضاء الخصم الذي وقع عليه الإجراء الباطل<sup>2</sup>.

أما النوع الثاني فهو البطلان النسبي، وهو كل ما لم يعده القانون بطلاناً مطلقاً، أي المرتبط بمخالفة القواعد غير المرتبطة بالنظام العام، ويختلف عن البطلان المطلق ضرورة الدفع به أمام محكمة الموضوع، كما لا يجوز أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يجوز التمسك به إلا من قبل الخصم صاحب المصلحة فيه، ويمكن أن يُصحح عن طريق رضاء الشخص الذي وقع عليه الإجراء الباطل<sup>3</sup>.

وهنا نتساءل هل استعمال التعذيب والوسائل الأخرى غير المشروعة أو عدم تنبيه المتهم لحقه في الصمت، يترتب عليه البطلان المطلق أم البطلان النسبي؟

لقد تبني المشرع العماني مذهب البطلان الذاتي، والذي يمنح القاضي سلطة تقديرية في تحديد الإجراءات التي يترتب على مخالفتها البطلان، والمتعلقة بأي إجراء جوهري<sup>4</sup>، ويعاب على هذا المذهب عدم وضع معيار واضح للقاضي يميز من خلاله بين القواعد الجوهرية والقواعد غير الجوهرية مما يؤدي إلى صعوبة استعمال سلطته التقديرية في البطلان<sup>5</sup>.

في نفس السياق نجد أن القضاء الفرنسي استقر في توضيح الإجراء الجوهري وهو المترتب على عدم مراعاة إدارة العدالة واحترام حقوق الدفاع، كما أوضحت المذكرة الإيضاحية المصرية لقانون الإجراءات الجنائية إلى ما يجب أن يستعين به القاضي في تحديد الإجراء الجوهري وهو الرجوع إلى عله التشريع، فإذا كان الغرض منه المحافظة على مصلحة عامة للمتهم أو غيره من الخصوم فإنه يكون جوهرياً ويترتب على عدم مراعاته البطلان، أما إذا وضع الإجراء لمجرد الإرشاد والتوجيه فلا يعتبر الإجراء جوهري<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- التي جاء فيها " إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولاية الحكم في الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة أو غير ذلك مما يتعلق بالنظام العام، جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة من تلقاء ذاتها".

<sup>2</sup>- خالد سلطنت، مرجع سابق، ص: 281.

<sup>3</sup>للمزيد، عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص: 40 وما بعدها، مدحت الحسيني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات، 2006، ص: 116.

<sup>4</sup>- وهو ما أكد عليه المشرع في المادة (208) من قانون الإجراءات الجزائية بالنص على " يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري".

<sup>5</sup>- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص: 361.

<sup>6</sup>- راجع أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص: 287.

أما المشرع المغربي فقد اخذ بالبطلان الجوهري في المادة 212 من قانون المسطرة الجنائية<sup>1</sup> وذلك عند خرق المقتضيات الجوهريّة للمسطرة إذا كانت نتيجةها المساس بحقوق الدفاع، كما أن هذا البطلان لا يتقرر إلا من طرف الجهات المخولة لها ذلك أثناء التمسك به ممن له مصلحة في ذلك.

نستنتج مما سبق أنه في حالة وقوع المخالفة للإجراءات الجوهريّة المتعلقة بحقوق الدفاع ومن أهمها حق الدفاع في الصمت، يؤدي إلى وقوع البطلان، والذي يترتب عليه بطلان الإجراءات اللاحقة عليه، إذ نصت المادة (213) من قانون الإجراءات الجزائية على " إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يمتد إلى جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ويلزم إعادة الإجراء كلما أمكن ذلك"، والتي تؤكد على أن البطلان يترتب عليه بطلان الإجراءات اللاحقة له بشرط أن يكون مترتب عليه مباشرة.

وقد أكد القضاء العماني على هذا المبدأ، حيث جاء في أحد أحكام المحكمة العليا " ... وعن بطلان الاعترافات المنسوبة للمتهم الأول "الطاعن"، بتحقيقات الشرطة لصدورها نتيجة إكراه، فلم يثبت من أي تقارير طبية أن المتهم قد تعرض للضرر والتعذيب...، فإن حكمها يكون قاصراً لا سيما وأن الأوراق قد خلت مما يفيد أن المحكمة نفسها أمرت بنذب طبيب لإجراء خبرة طبية بقصد التعرف على أسباب الخدوش العالقة بإحدى عيني الطاعن، والتي تمت معاينتها عليه من قبل الشاهد الرابع للقول بأن الإكراه لم يثبت من أي تقارير طبية، ... ولما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بمخالفة القانون ومشوباً بعيب القصور المبطل في التسبيب، والفساد في الاستدلال، والإخلال بحق الدفاع، مما يوجب نقضه<sup>2</sup>.

ويرى بعض الفقه، أن بطلان الاستجواب نتيجة استخدام التعذيب مع المتهم لا يقتصر أثره على سقوط الدليل المستمد منه مباشرة كالاعتراف، بل أنه يؤثر في سلامة التحقيق ذاته، لأن وظيفته الرئيسية هي تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، وتعطيل هذه الوظيفة يؤثر على حيادية التحقيق، كما أن الاستجواب يعتبر في قضايا الجنايات شرط من شروط صحة التحقيق<sup>3</sup>.

الجدير بالذكر أن المشرع جعل الحق في الدفع ببطلان الإجراءات يسقط في حاله وقع برضاء المتهم في المخالفات، وعدم اعتراض محامي المتهم الذي وقع الإجراء الباطل بحضوره في الجنايات والجنح، حيث جاء في المادة (210) من قانون الإجراءات الجزائية لتؤكد على ذلك والتي جاء فيها " في غير الأحوال المنصوص عليها في المادة (٢٠٩) من هذا القانون، يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق

<sup>1</sup> - المادة 212: يترتب كذلك البطلان عن خرق المقتضيات الجوهريّة للمسطرة إذا كانت نتيجةها المساس بحقوق الدفاع لكل طرف من الأطراف. يمكن لكل متهم أو طرف مدني أن يتنازل عن ادعاء البطلان المقرر لفائدته، ويجب أن يكون هذا التنازل صريحاً، ولا يقبل تنازل المتهم إلا بحضور محاميه، أو بعد استدعائه قانونياً.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، الطعن رقم 2017/463، 2017/465/2017/464، جلسة الثلاثاء 2017/11/14، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا، للسنتين القضائيتين 18/17، مسقط، ص: 284.

<sup>3</sup> - توفيق الشناوي، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب والإكراه الواقع على المتهم، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، مارس 1951، ص: 253.

الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجرح والجنایات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره دون اعتراض منه، ويعتبر الإجراء صحيحاً في المخالفات إذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام في الجلسة، ويسقط حق الادعاء العام في التمسك بالبطلان إذا لم يبده في حينه".

وكذلك الأمر في التشريع المغربي الذي سار على نفس الاتجاه حسب ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 212 من قانون المسطرة الجنائية بقولها "يمكن لكل متهم أو طرف مدني أن يتنازل عن ادعاء البطلان المقرر لفائدته، ويجب أن يكون التنازل صريحاً، ولا يقبل تنازل المتهم إلا بحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونياً". لذلك نرى حتى وإن كان التنصيص على جزاء البطلان يشكل ضماناً كبرى لحماية حقوق المتهم في مواجهة سلطات البحث والتحقيق، إلا أنه يبقى محل نظر بسبب عدم اعتبار البطلان من النظام العام، وذلك لكون المشرع جعل إمكانية التنازل عنه من قبل الأطراف التي لها حق إثارتها.

#### الفرع الثاني: بطلان الدليل نتيجة الاعتداء على الحق في الصمت

القاعدة هي استبعاد الأدلة التي تنتج عن الاعتداء على الحق في الصمت استبعاداً تبعياً، حيث يترتب بطلان الدليل التبعي على بطلان الإجراء الأصلي، ولا شك أن الضمانات الدستورية والقانونية التي تقررت لحماية حقوق الأشخاص، لا جدوى منها إذا لم يخول القضاة سلطة استبعاد الدليل المتحصل عليه بالوسائل غير المشروعة<sup>1</sup>، وإذا تم قبول الأدلة المتحصلة بناء على إجراءات باطلة فمن شأنه أن يغري السلطات المختصة بالاستدلال والتحقيق على اللجوء إليها وإهدار الضمانات الدستورية للأفراد.

وقد أكد على ذلك المشرع العماني في المادة (213) من قانون الإجراءات الجزائية التي جاء فيها "إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يمتد إلى جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ويلزم إعادة الإجراء كلما أمكن ذلك"، والتي تفيد بأن البطلان كجزء إجرائي ينال إلى الأعمال التي تترتب على الإجراء الباطل وترتبط به مباشرة، أما الإجراءات التي بوشرت مستقلة عن الإجراء الباطل سواء كانت سابقة عنه أو لاحقة به، فلا يمتد إليها البطلان<sup>2</sup>.

وفي ذات السياق إذا تم الاعتداء على حق المتهم بالصمت والذي ترتب عليه الاعتراف، فإنه يؤدي إلى بطلان ذلك الاعتراف، وقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أن "... بطلان الاعتراف لصدوره وليد إكراه لازمه عدم التعويل عليه في الإدانة ولو كان الدليل الناتج عنه صادقاً..."<sup>3</sup>، ومحكمة الموضوع هي التي تقدر قيمة الاعتراف الصادر من المتهم على أثر الإجراء الباطل، دون معقب عليها من قبل المحكمة العليا.

الجدير بالذكر أنه جرى العمل في المحاكم أن المتهم في بداية الجلسة المخصصة لسماع الدليل، يبدأ بعرض طلبه الذي يقضي باستبعاد الأدلة التي نجمت عن الاعتداء على حقه في الصمت والأسانيد التي تدعّمه، فإذا

<sup>1</sup> - أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص: 122.

<sup>2</sup> - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص: 315.

<sup>3</sup> - نقض 1998/12/15، رقم 1465، س 65، ص: 1465، ورد ذكره في خالد سلطان، مرجع سابق، ص: 307.

نجح في إقناع المحكمة بوقوع الاعتداء على حقه في الصمت يبطل الاستجواب وكذلك الاعتراف المبني عليه، أما إذا فشل في ذلك فإن طلب الاستبعاد يقابل بالرفض.

إضافة إلى ذلك، الوقت الذي يجب فيه تقديم الدفع ببطان الأدلة المتحصلة من خلال الاعتداء على الحق في الصمت يختلف تبعاً لنوعه، فإذا كان مرتبطاً بمصلحة المتهم يجب الدفع به أمام محكمة الموضوع، ويسقط حقه في حال حصل الإجراء الباطل بحضور محامي المتهم دون اعتراض منه في الجنايات والجرح، وعدم اعتراض المتهم في المخالفات، أما إذا كان بطلان الدليل يتعلق بالنظام العام فيجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى<sup>1</sup>.

### الخاتمة:

تبين من خلال بحثنا أن حق المتهم في الصمت يعتبر ضماناً قوية للمحاكمة العادلة، فبين سلطة الاتهام الحامية لحق الدولة في توقيع العقاب، وبين قداسة مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، تبرز حقوق الدفاع عامة وحق الصمت خاصة، إلا أن هذا الحق تعترضه العديد من العقبات التي يظهر صدها في غموض نصوصه القانونية، هذا إن وجدت تلك النصوص التي تنص عليه، ففي حين نص على هذا الحق بشكل صريح في القانون العماني إلا أنه لم بذلك الوضوح في القانون المغربي، وقد حاولنا تبيان حق المتهم في الصمت من وجهة النظر القانونية والقضائية والفقهية، وقد توصلنا للعديد من النتائج والتوصيات نوردتها على الشكل التالي.

### النتائج:

- ✓ تتنوع أسباب صمت المتهم وتتنوع دوافعه، فقد يكون سبب الصمت طبيعياً كالأبكم والأصم، وقد يكون متعمداً من طرف المتهم.
- ✓ نص المشرع العماني على الحق في الصمت بشكل صريح في المادة (188) من قانون الإجراءات الجزائية والمرتبطة بمرحلة المحاكمة، على عكس التشريع المغربي الذي لم نجد فيه نصاً صريحاً بحق المتهم في الصمت في مرحلة المحاكمة.
- ✓ حق المتهم في الصمت يعتبر حق له وليس منحة أو رخصة حسب الرأي الفقهي الراجح.
- ✓ لا يجوز أن يفسر سكوت المتهم وعدم رده على الأسئلة بأنه اعتراف منه، كما يجب على المحكمة أن تنبه المتهم بأنه غير مجبر على الكلام.
- ✓ إذا كان الاستئناف مقدم من المتهم فلا يجوز له الاستمرار في الصمت لأنه يجب عليه أن يبدي استئنافه ويقدم أسباب الاستئناف وطلباته.
- ✓ خرق حق المتهم في عدم الإدلاء بأي تصريح في مرحلة المحاكمة، يستتبع بطلان إجراءات اللاحقة بهذه المرحلة تطبيقاً للقاعدة الفقهية " ما بني على باطل فهو باطل ".

1- أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص: 352.

✓ يترتب على الاعتداء على حق المتهم في الصمت جزاءات عديدة، قد تكون عقوبات جزائية، أو مدنية، أو جزاء إجرائي المتمثل في البطلان.

#### التوصيات:

✓ ضرورة النص صراحة في صلب قانون المسطرة الجنائية المغربي على حق المتهم في عدم الإدلاء بأي تصريح في جميع مراحل الدعوى العمومية، فإذا كان هذا الحق يستفيد منه المشتبه فيه، فمن باب أولى أن يستفيد منه المتهم، مع ضرورة النص على تنبيه المتهم بحقه في الصمت كالتزام يقع على عاتق الضابطة القضائية، النيابة العامة، قضاة التحقيق، وقضاة الحكم.

✓ نناشد المشرعين العماني والمغربي على تشديد العقوبات الخاصة بالموظفين العموميين في حالة ارتكابهم التعذيب أو الإكراه ضد المتهم لحمله على الكلام وعدم احترام حقه في الصمت

✓ نوصي المشرعين العماني والمغربي على السماح بمخاصمة القضاء في حالة خرق أحكام حق المتهم في الصمت باعتباره يدخل ضمن الأخطاء التي لا يجب على القاضي أن يقع فيها.

✓ نناشد المشرعين العماني والمغربي على إقرار البطلان المطلق في حالة خرق قواعد حق المتهم في الصمت أو إجباره على الكلام، باعتباره مرتبط بالنظام العام.

#### المراجع:

- احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- أحمد مليجي، موسوعة التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية بأراء الفقه وأحكام المحكمة العليا العمانية، الجزء الثالث، دار العلم والايمان، مسقط، 2008.
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في لقانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة، القاهرة 1996.
- أيوب الدهدوه، الحق في الصمت دراسة مقارنة - مجلة منازعات الأعمال - العدد 58 أكتوبر 2020
- توفيق الشناوي، بطلان التحقيق الابتدائي بسبب التعذيب والإكراه الواقع على المتهم، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، مارس 1951،
- خالد رمضان سلطان، الحق في الصمت أثناء التحقيقات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
- عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- عبد الوهاب حومد، المسؤولية الناشئة عن السير المعيب لأجهزة العدالة الجزائية، جامعة الكويت، مجلة الحقوق، ديسمبر 2014، إصدار خاص.

- عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دون دار نشر، 2003.
- عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- غادة الراشدية، مسؤولية الدولة في حالة مخاصمة القضاة، المجلة الإلكترونية الشاملة، العدد 26، شهر 7، 2020.
- مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988،
- محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، دراسة تحليلية مقارنة، في النظام القضائي المصري والإسلامي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2010.
- مدحت الحسيني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات، القاهرة، 2006.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- محمد مشيرح، حق المتهم في الامتناع عن التصريح، رسالة غير منشورة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام، نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منثوري قسنطينة، الجزائر السنة الجامعية 2009-2008
- محمد الجيراري الحق في الصمت أثناء البحث التمهيدي التلبسي، مقال منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية 01 سبتمبر 2021
- محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف الطبعة الثانية، القاهرة، 2006.
- نزار حمدي قشطة، أحمد البرواني، الوجيز في شرح قانون الجزاء العماني، الجرائم المتعلقة بالوظيفة العامة، الجرائم المخلة بالثقة العامة، الأجيال، سلطنة عمان، 2020.

## سلاسل الإمداد في التجارة الدولية

(مبادرة المملكة العربية السعودية لعام 2022 ضمن رؤية المملكة 2030)

### Supply Chains in International Trade

(Saudi Arabia Initiative for 2022 Toward the Saudi Vision 2030)

الدكتور يحيى بن حسن بن منيس الجدران (مجموعة ابن جدران القانونية – المملكة العربية السعودية)

Dr. Yahia Al Jadran, Al Jadran Law Firm – Saudi Arabia

#### Summary

The research is summarized in the analysis of the National Initiative for Global Supply Chains launched by the Kingdom in late 2022.

The research aims to clarify the deep realistic meaning of supply chains, at the same times to identify its points of difference from business logistics.

We discussed the model vision for the transition from supply chains' investment management - to strategic government regulation.

We explained how to transform Saudi Arabia into a regional point for global supply chains, whether in terms of system requirements or administrative treatments.

**Keywords:** Global Supply Chains, Supply Chains Integration, Business Logistics, Logistical Support, International Trade, Regional Headquarters, Ports, Governance, Sustainability, Saudi Vision 2030.

## الملخص:

يتلخَّص موضوع البحث في تحليل المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية التي أطلقته المملكة أواخر عام 2022.

ويهدف البحث إلى توضيح المعنى الواقعي العميق لسلاسل الإمداد، وتحديد نقاط اختلافه عن لوجستيات الأعمال.

وقد بحثنا في الرؤية النموذجية للانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى التنظيم الحكومي الاستراتيجي، ووضَّحنا طريقة تحويل المملكة إلى نقطة إقليمية لسلاسل الإمداد العالمية، سواءً من حيث متطلبات الأنظمة أو المعالجات الإدارية.

الكلمات المفتاحية: سلاسل الإمداد العالمية، تكامل سلاسل الإمداد، لوجستيات الأعمال، الدعم اللوجستي، التجارة الدولية، المقرات الإقليمية، الموانئ، الحوكمة، الاستدامة، رؤية المملكة 2030.

## المقدمة:

أطلقت المملكة العربية السعودية أواخر عام 2022 مبادرة في غاية الأهمية والتأثير على مستقبل المملكة كحاضنٍ للأعمال الاستثمارية على المستوى الدولي، وهي "المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية"<sup>1</sup>، فما هي هذه السلاسل مبدئياً؟

يُمكننا تبسيط مفهوم سلاسل الإمداد بالقول بأنَّها مجموعة من الخطط، والعلاقات، والتعاملات التجارية والصناعية القادرة على تشكيل دائرة متكاملة من الإمداد؛ ابتداءً بالمواد الأولية، وانتهاءً بالمنتج النهائي وقطع الصيانة والاستبدال.

وبشكلٍ تقليديٍّ، يكون على الشركة أن تَضَع حُطَّتها لتوفير المواد الأولية، وموارد الطاقة، وخطِّ إنتاجها، وآليات نقل البضائع، وتخزينها وتسليمها للمستهلكين، ثم استرجاعها في حال وجود عيبٍ فيها وصيانتها الدورية. بناءً عليه، يدخُل في حركة هذه السلاسل مجموعة ضخمة من المُورِّدين للمواد الأولية، ومصادر الطاقة، وشركات النقل والشحن البحري والجوي والبري، والمصانع، والمُسَوِّقين، والمُوزِّعين، ووكالات البيع والصيانة.

وفي ظلِّ الأزمات المالية والاقتصادية العالمية المتصاعدة، فإنَّ طرق النقل قد بدأت تتعرقل وتأخذ طرقاً جديدةً، خاصةً بعد انتشار جائحة كوفيد-19، وغيرها من أزمات الإمداد التي ظهرت بداية عام 2022؛ ممَّا مهَّد الطريق نحو خريطةٍ جديدةٍ لسلاسل الإمداد العالمية.

<sup>1</sup> راجع: <https://www.spa.gov.sa/viewstory.php?lang=ar&newsid=2394656> (30-1-2023).

وهنا تثار التساؤلات التي تستحقُّ البحث في مبادرة المملكة الخاصة بسلاسل الإمداد:

ما هو المعنى الواقعي العميق لسلاسل الإمداد؟ وبماذا تَخْتَلِفُ عن لوجستيات الأعمال؟

ما هي الرؤية النموذجية للانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى التنظيم الحكومي الاستراتيجي؟

كيف يمكن تحويل المملكة إلى نقطة إقليمية لسلاسل الإمداد العالمية؟

أهداف البحث:

1. تحديد معنى سلاسل الإمداد بشكلٍ علميٍّ يُمَيِّزُهَا عن باقي المصطلحات الشبيهة مثل الدعم اللوجستي.
2. تحليل المبادرة الوطنية في المملكة العربية السعودية من حيث الانتقال من تنظيم سلاسل الإمداد بشكلٍ استثماريٍّ في القطاع الخاص إلى تنظيمها حكومياً بشكلٍ استراتيجيٍّ.
3. توضيح الطريق نحو تحويل المملكة إلى نقطة إقليمية لسلاسل الإمداد العالمية.
4. بلورة القواعد النظامية الهادفة إلى تطبيق المبادرة في الواقع العملي.

أهمية البحث:

➤ الأهمية في نطاق الاستثمار المحلي: يُعْتَبَرُ نجاح المبادرة الوطنية للمملكة من أهم الخطوات المطلوبة من المستثمرين المحليين لتأمين المواد الأولية بالنسبة لقطاع الصناعة وتسهيل حركة المنتجات بالنسبة للوكلاء التجاريين وأصحاب شركات الاستيراد.

➤ الأهمية في نطاق الاستثمار الأجنبي المباشر: تُشكِّلُ سلاسل الإمداد إحدى أهم عوامل جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى المملكة، فالمستثمر يَعْلَمُ بأنَّ تكاليف مشروعه ستَنْخَفِضُ بشكلٍ كبيرٍ إذا كانت سلاسل الإمداد الخاصة به متوفرةً وقريبةً، وإذا كانت الدولة محل الاستثمار تُشكِّلُ نقطة إقليمية تتلأق فيها هذه السلاسل.

➤ الأهمية في نطاق التجارة الدولية: تُسَاهِمُ المبادرة الوطنية للمملكة في تسهيل التجارة الدولية، وهنا تَظْهَرُ أهمية هذا البحث في اقتراح القواعد النظامية الكفيلة بنجاح هذه المبادرة.

منهج البحث:

- المنهج الوصفي: بغرض تحديد معاني المصطلحات وتفرقتها عمَّا يُشَاهِهَا.
- المنهج التحليلي الاستنتاجي: حيث سيتمُّ تحليل عناصر المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد في المملكة، وتوضيح جزئياتها؛ بغرض اقتراح الخطوات النظامية التي يمكن أن تُشكِّلَ عاملاً في نجاح هذه المبادرة، وتنفيذ خطواتها كاملةً.

### إشكالية البحث:

"كيف يمكن تحقيق خطوات الانتقال من المراحل الحالية إلى المأمولة تنفيذاً للمبادرة السعودية الوطنية الخاصة بسلاسل الإمداد العالمية؟"

### فرضيات البحث:

1. تتطلب المبادرة العالمية للمملكة تركيز النظر على سلاسل الإمداد بمعناها الواسع، بدلاً من لوجستيات الأعمال فقط.
2. المبادرة العالمية للمملكة تتطلب إدارة سلاسل الإمداد من دولة، وليس فقط من المشاريع التي تحتاج إلى إمداد.
3. المبادرة العالمية للمملكة تتطلب تطويراً جوهرياً في أنظمتها المتعلقة بالتجارة الدولية، والتنظيم الاستثماري، والأعمال التجارية.

### مخطط البحث:

المبحث الأول: الانتقال من تنظيم لوجستيات الأعمال إلى إدارة سلاسل الإمداد.

المبحث الثاني: الانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى التنظيم الحكومي الاستراتيجي.

المبحث الثالث: تحويل المملكة إلى نقطة إقليمية لسلاسل الإمداد العالمية.

### المبحث الأول: الانتقال من تنظيم لوجستيات الأعمال إلى إدارة سلاسل الإمداد

سنرى أولاً الفرق بين "سلاسل الإمداد" و "لوجستيات الأعمال" (المطلب الأول)، ثم نبحث في مواطن تميّز المبادرة الوطنية السعودية لسلاسل الإمداد العالمية فيما يخص الانتقال من اللوجستيات إلى السلاسل (المطلب الثاني)، وأخيراً سنحاول تحديد القواعد النظامية المطلوبة لتسهيل الانتقال من تنظيم لوجستيات الأعمال إلى إدارة سلاسل الإمداد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الفرق بين "سلاسل الإمداد" "Global Supply Chains" و "لوجستيات الأعمال" "Business Logistics"

يُعتبر مفهوم اللوجستيات، مفهوماً قديماً وتقليدياً، وقد يعتدُّ البعض بأنه مفهومٌ مُطابقٌ لفكرة سلاسل الإمداد العصرية؛ لكن في الحقيقة تعني لوجستيات الأعمال تلك العمليات التي تضمن تصنيع المنتجات وإيصالها إلى مستهلكها بأقلِّ وقتٍ ودون بطءٍ.

ويمكن تحديد الفروق بين السلاسل واللوجستيات، وفق المحاور التالية<sup>1</sup>:

➤ **المعنى الدقيق:** اللوجستيات هي إحدى أقسام سلاسل الإمداد، وبالتحديد الجزء من السلاسل الخاص بالتوريد عبر تخزين المنتجات من المنشأ ثم تسليمها إلى المستهلك. وهكذا فإنَّ المعنى الدقيق للوجستيات لا يتضمَّن دائماً سلاسل توفير موادها الأولية، وصناعتها، وصيانتها؛ فهي قد تُشكِّل سلاسل إمدادٍ مُستقلَّة.

➤ **مصلحة المستهلك:** الفرق الجوهرى الآخر بين السلاسل واللوجستيات، هو أنَّ اللوجستيات تُركِّزُ على مصلحة المستهلك أو المستفيد؛ أي أنَّ جودة إدارة لوجستيات الأعمال تضمَّن حصول المستهلك على ما يَحْتَاجُهُ بأقلِّ وقتٍ، وأفضلِ جودةٍ، وأقلِّ سعرٍ.

➤ **مصلحة المستثمر:** تُركِّزُ سلاسل الإمداد -بالعكس ممَّا سبق- على مصلحة الأعمال التجارية في تقليص تكاليف الإنتاج والنقل إلى أقلِّ درجةٍ مُمكنةٍ عبر وجود سلسلة إمدادٍ مُتكاملةٍ دون تكاليفٍ كبيرةٍ؛ أي أنَّ جودة إدارة سلاسل الإمداد تمنح الأعمال التجارية قدرةً أعلى على منافسة باقي الأعمال التي لا تُجيدُ إدارة سلاسلها.

**المطلب الثاني: تميُّز المبادرة الوطنية السعودية لسلاسل الإمداد العالمية فيما يخصُّ الانتقال من اللوجستيات إلى السلاسل**

يُمكنُ تميُّزُ هذه المبادرة الوطنية بشكلٍ أساسيٍّ في المحاور التالية:

➤ **الانتقال من فكر إدارة لوجستيات الأعمال التي تنحصرُ في نطاق التخزين والتسليم خدمةً للمستهلك، إلى إدارة سلاسل الإمداد المُتكاملة<sup>2</sup>؛ والتي تبدأ بالمواد الأولية وصناعتها، مروراً بلوجستيات توريدها، وانتهاءً بصيانتها بهدف توفير سوقٍ وطنيَّةٍ تُنافِسُ الأسواق العالمية.**

➤ **الانتقال من فكر الدعم المالى الفردي، الذي يَستنزِفُ ميزانية الدولة ولا يَضمَّنُ توفير جميع مستلزمات المواطنين؛ إلى إنشاء مناخٍ جاذِبٍ للاستثمار في المملكة من جميع مراحل سلاسل الإمداد. الأمر الذي سيَنعَكِسُ إيجاباً على المواطن ليس فقط على شكل سعرٍ رخيصٍ وجودةٍ عاليةٍ للمنتجات فقط، بل على شكل فرصٍ عملٍ وفائضٍ في الميزانية، ممَّا سيؤدِّي إلى مشاركةٍ أوسعٍ للفرد في الناتج المحلي الإجمالي، وبالتالي يرتفعُ مستوى معيشة المواطن.**

<sup>1</sup> للمزيد من التفاصيل، راجع المقال المنشور على موقع جامعة ميشيغان الأمريكية:

<https://www.michiganstateuniversityonline.com/resources/supply-chain/is-logistics-the-same-as-supply-chain-management/>  
(30-1-2023).

<sup>2</sup> راجع في تجربة صناعة السيراميك بمصر لدى:

شاهين، محمد، وسعد محمد، تأثير تكامل سلاسل الإمداد على مستوى أدائها: دراسة تطبيقية على شركات صناعة السيراميك بجمهورية مصر العربية، المجلة العلمية للتجارة والتمويل، المجلد 34، العدد 2، عام 2014، الصفحة 193.

➤ الانتقال من الإدارة الفردية الاستثمارية لسلاسل الإمداد، إلى التنظيم الحكومي لهذه السلاسل بأسلوبٍ مرنٍ وجاذِبٍ للاستثمار بجميع المراحل التي تحتاجها مشاريع الأعمال؛ ممَّا سيُنشئُ دائرةً مُتكاملةً من سلاسل إمدادٍ سعوديةٍ تحظى بقوةٍ هائلةٍ من حيث إمدادات الطاقة، وقُرب المسافات، وتوفير المواد الأولية، والسوق الاستهلاكية الواعدة.

**المطلب الثالث: القواعد النظامية المطلوبة لتسهيل الانتقال من تنظيم لوجستيات الأعمال إلى إدارة سلاسل الإمداد**

يمكن تحديد القواعد النظامية المطلوبة للانتقال من لوجستيات الأعمال إلى سلاسل الإمداد وفق المبادرة الوطنية السعودية لسلاسل الإمداد العالمية، وفق المحاور التالية:

أولاً: نظام الاستثمار الأجنبي المباشر: حيث تحتاج سلاسل الإمداد إلى وجود مشاريع أعمالٍ أجنبيةٍ مُتكاملةٍ ابتداءً بتوريد أو صناعة المواد الأولية مروراً بتصنيعها، وانتهاءً بتوزيعها وصيانتها؛ وهذا ما يخدم رؤية المملكة 2030 في ربط المراكز الإقليمية للشركات مع إقليم المملكة، بما يُساهم في تشكُّل سلاسل إمدادٍ جديدةٍ وجذب السلاسل القائمة<sup>1</sup>.

وهذا الأمر لا يتطلَّب فقط توفير امتيازاتٍ استثماريةٍ للمستثمرين الأجانب، ولا تحقيق مساواةٍ شبه تامَّةٍ بين المستثمر الأجنبي والمحلي؛ بل أيضاً يجب تحقيق درجةٍ عاليةٍ من التنافسية الدولية بالمقارنة مع الامتيازات التي تُقدِّمها الدول الأخرى، ثم موازنتها بالمتطلَّبات المحلية من ضرورة تشجيع الصناعة الوطنية<sup>2</sup>، ودعم المبادرين الشباب، وغيرها.

فالدعم غير المدروس للاستثمار الأجنبي قد يُساهم في استغلال دولٍ أخرى لمنشآت الدولة محل الاستثمار على حساب مصلحتيها ومصلحة أصحاب المشاريع الاستثمارية المحليين في القطاع العام والخاص، في المقابل تحتاج الاقتصاديات الناشئة إلى تحفيز من استثمار أجنبي مباشر لتحريك عجلة التنمية، وجذب سلاسل الإمداد<sup>3</sup>.

ثانياً: أنظمة الموانئ والسفن وشهادات الشحن: تُشكِّل هذه الأنظمة عصب التجارة الدولية، بحيث يحتاج إنشاء وتركيز سلاسل الإمداد إلى القواعد النظامية التي تُخدم المصالح التالية:

<sup>1</sup> راجع رؤية المملكة 2030، الصفحة 9.

<sup>2</sup> أنظر في دراسة تناولت عينة من الشركات الصناعية المصرية لدى:

توفيق، مبروك، نموذج مقترح لتحليل أثر علاقات العملاء في أداء سلسلة الإمداد - دراسة تطبيقية على عينة من الشركات الصناعية في مصر، المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، المجلد 35، العدد 2، عام 2021، الصفحة 27.

<sup>3</sup> راجع في علاقة الأسواق الناشئة مع سلاسل الإمداد لدى:

➤ إنشاء الموانئ: وذلك عبر مَنح امتيازاتٍ واسعةٍ لشركات تأسيس الموانئ، بحيث يتمُّ الاستفادة من بناء ميناءٍ جديدٍ أو ترميمه أو تحديثه، في مقابل استثمار الشركة المؤسسة للميناء لنشاط تشغيله مدةً من الزمن، ويمكن في هذا الإطار الاستفادة من صيغة عقود التأسيس والتشغيل والنقل BOT<sup>1</sup>.

➤ تشغيل الموانئ: زيادة درجة المرونة في استثمار الموانئ<sup>2</sup>، ويمكن القيام بذلك عبر مَنح عقود استغلالٍ للموانئ من طرف شركاتٍ عالميةٍ خبيرةٍ، مع ضبط نسبة الاستغلال وفق المساحة الممنوحة للمستثمر، وأن تكون هذه العقود بصيغة الاستثمار التجاري الجزئي أو الكلي لمدد قصيرة أو متوسطة.

➤ بناء السفن وتسجيلها: حيث إنَّ الدولة التي تسعى إلى أن تكون مركزاً لسلاسل الإمداد يجب أن يكون فيها أسطولٌ ضخماً لنقل البضائع، وهذا يستوجبُ تسهيل تأسيس شركات صناعة السفن وتسجيلها وصيانتها.

➤ إنشاء وتداول شهادات الشحن: وهي من أهمِّ الأمور اللوجستية التي تحتاجها التجارة الدولية حتى تتحوَّل الدولة إلى قبلةٍ من سلاسل الإمداد، وهذا يُشكِّلُ مَيِّزَةً تنافسيةً بين موانئ الدول الجاذبة لسلاسل الإمداد<sup>3</sup>.

حيث إنَّ الإنشاء الآمن والسريع لشهادات الشحن، ونقل ملكية البضائع عبر تداولها يجذبُ المستثمرين الكبار أصحاب المشاريع الاستراتيجية مثل التوريد والنقل وتأسيس البنى التحتية؛ لأنَّ المواد الأولية يسهلُ تأمينها مع زيادة مرونة إجراءات إنشاء وتداول شهادات الشحن<sup>4</sup>.

### المبحث الثاني: الانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى التنظيم الحكومي الاستراتيجي

<sup>1</sup> راجع في هذه العقود لدى:

حلي، خالد، الطبيعة القانونية لتمويل عقود البوت BOT، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد 2، العدد 1، يونيو 2016.

<sup>2</sup> راجع في التجربة المصرية لقطاع الموانئ لدى:

محمد، هبه، قياس تأثير تكامل سلاسل الإمداد على الأداء التشغيلي -دراسة ميدانية بالتطبيق على قطاع الموانئ البحرية المصرية-، مجلة البحوث المالية والتجارية، جامعة بورسعيد، المجلد 22، العدد 3، يوليو 2021، الصفحة 837.

<sup>3</sup> محمد، هبه، قياس تأثير تكامل سلاسل الإمداد على الميزة التنافسية -دراسة ميدانية بالتطبيق على قطاع الموانئ البحرية المصرية-، مجلة البحوث المالية والتجارية، جامعة بورسعيد، المجلد 22، العدد 3، يوليو 2021، الصفحة 866.

<sup>4</sup> تساهم سلاسل الإمداد بتوفير حماية للبيئة إذا راعت المتطلبات البيئية، وهو ما يسعى بالممارسات الخضراء. راجع في تجربة قطاع السيارات بمصر:

شاهين، محمد، أثر الممارسات الخضراء لسلاسل الإمداد على استدامتها: تحليل الدور الوسيط لمشاركة معلومات سلاسل الإمداد -دراسة تطبيقية على شركات صناعة السيارات بجمهورية مصر العربية-، مجلة التجارة والتمويل، جامعة طنطا، مصر، العدد 1، مارس 2017، الصفحة 54.

وفي هذا الإطار، فقد ظهر مفهوم جديد بخصوص سلاسل الإمداد البحرية، وهو الاقتصاد الأزرق الذي يهتم بالبيئة المائية والسلمكية في ظل نشاط التجارة البحرية. راجع:

أحمد، حسام، إسهامات سلاسل الإمداد في تحقيق متطلبات الاقتصاد الأزرق بالمنظمات غير الحكومية (دراسة من منظور طريقة تنظيم المجتمع)، مجلة بحوث في الخدمة الاجتماعية التنموية، جامعة بني سويف، مصر، المجلد 2، العدد 1، مارس 2022، الصفحة 111.

سَنَقِفُ بشيءٍ من التفصيل على أساسيات المبادرة الوطنية السعودية لسلاسل الإمداد العالمية؛ وذلك من خلال فكرةٍ مبتكرةٍ قدّمها هذه المبادرة مَفَادُهَا عدم تركيز العمل على سلاسل الإمداد من المستثمرين والشركات، بل من الدولة ذاتها.

وهذا يتطلّب البحث في المحتوى الابتكاري في المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد (المطلب الأول)، ثم الفكر الحكومي المرن الذي تحتاجه المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد (المطلب الثاني)، وأخيراً القواعد النظامية المطلوبة لتسهيل الانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى التنظيم الحكومي الاستراتيجي (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: المحتوى الابتكاري في المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد

يَظَهَرُ لنا هذا المحتوى الابتكاري في المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد، من خلال النظر في أهدافها، كالتالي:

➤ ترسيخ دور المملكة كمركز رئيسٍ وحلقة وصلٍ رئيسةٍ؛ وهنا لا يدور الحديث عن إيجاد دورٍ للمملكة، بل عن ترسيخه، وذلك لأنّ دور المملكة الجوهرية من حيث سلاسل الإمداد قائمٌ من خلال توفير مصادر الطاقة، والمواد الأولية، والصناعات ذات حصّة تشغيلية كبيرة في الاقتصاد العالمي، مثل البتروكيمياويات.

ويتمّ تكريس دور المملكة من خلال ربط موقع المملكة بسلاسل الإمداد الخاصّة بالصناعات التي يقلُّ مُرُورُهَا من خلال المملكة، سواءً من حيث طُرُق النقل والموانئ جغرافياً، أم من حيث الاستثمار الأجنبي المباشر تجارياً.

➤ جذب سلاسل الإمداد العالمية وتعزيز كفاءتها؛ هذه العملية ترتبطُ بشكلٍ وثيقٍ بتسريع خُطى التنمية، حيث يمكن تقديم حوافز استثمارية لنوعٍ من الصناعات التي تحتاجها سلاسل الإمداد العالمية.

كأن يتمّ تقديم حوافز للصناعات الإلكترونية الدقيقة التي لا تتوفّر سوى في بعض الدول المتقدّمة صناعياً، وبالنظر إلى انخفاض تكلفة الإنتاج، فيمكن أن تحظى هذه المنتجات الإلكترونية بقوة تنافسية كبيرة.

➤ تجاوز التحديات التي تُواجهُ سلاسل الإمداد؛ فمثلاً إذا انقطعت سلسلة الإمداد من الصين -مثلما حدث أوائل تفشي وباء كوفيد-19-، يكون من الممكن استبدال بعض المنتجات الصينية بأخرى من منشأ سعوديٍّ أقلُّ تكلفةً بالنسبة لدول الإقليم لانخفاض تكلفة النقل.

➤ استدامة وصول سلاسل الإمداد عالمياً بفاعليةٍ ومزايا تنافسيةٍ؛ يتجاوز بُعدُ الرؤية في المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد حدود الحاضر إلى المستقبل؛ وذلك من خلال التفكير في استدامة سلاسل الإمداد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> للتعمق في هذا الموضوع، راجع:

وتعني الاستدامة في هذا النطاق؛ ضمان استمرار السلاسل من خلال إيجاد بدائلٍ فوريةٍ لأيِّ نقصٍ في أية منتجاتٍ أو خدماتٍ أساسيةٍ.

بالنتيجة، يمكن القول بأنَّ أهداف المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية تُوضِّح مدى أهمية التنظيم الحكومي لهذه السلاسل، حيث إنَّ هذا التنظيم المرن والواقعي والاستراتيجي يمكن أن يُحوِّل إدارة الأعمال إلى فرصةٍ ذهبيةٍ لاقتصاد المملكة.

فبدلاً من أن تُقوِّمَ بالمشاريع الخاصة بإدارة سلاسل إمدادها، فإنَّ المملكة تُبادِرُ بتنظيم وإعادة تشكيل هذه السلاسل بشكلٍ غير مباشرٍ عبر تسهيل المُنتجات والخدمات البديلة لأية سلسلة استثماريةٍ عالميةٍ.

وهذا ما يجعلُ المملكة نقطة التقاءٍ جغرافيٍّ واستثماريٍّ للاقتصاد الدولي من خلال تحويل عقدة النقل التجاري العالمي والصناعي والاستثماري إلى المملكة.

#### المطلب الثاني: الفكر الحكومي المرن المأمول من المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد

تبلغ قيمة الاستثمارات التي يُتَوَقَّعُ أن تجذبها 40 مليار ريال في أول سنتين، في ظلِّ حوافزٍ استثماريةٍ تبلغ حوالي 10 مليارات ريال<sup>1</sup>.

والمميِّز في هذه المبادرة هو تقديمها لفكرٍ حكوميٍّ مرنٍ وجديدٍ ورياديٍّ، ألا وهو عدم الاكتفاء بتسهيل إدارة سلاسل الإمداد من مشاريع الأعمال، بل الانتقال إلى مرحلةٍ أعلى، وهي تنظيم هذه السلاسل حكومياً؛ وهو ما سيمنحها المزيد من الحركة التشغيلية المرنة<sup>2</sup>.

وهنا لا نتحدَّث عن تنظيمٍ حكوميٍّ تقليديٍّ عبر إدارة منشآت الدولة وتحضير الأنظمة واللوائح النظرية، بل إنَّ التوجُّه الحكومي سيكون نحو قيادة حركة سلاسل الإمداد بالشكل الذي يخدمُ أهداف المملكة الاستراتيجية في تحقيق رؤية 2030.

#### المطلب الثالث: المتطلبات الحكومية لتسهيل الانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى التنظيم الحكومي الاستراتيجي

يتطلَّب الانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى التنظيم الحكومي الاستراتيجي، إلى ما يلي:

طارق، أحمد، وحمام، عبد العال، وعبد البر، عمرو، وعصفور، أمل، مخطط مقترح لتعزيز الاستدامة في سلسلة التوريد عبر نظام المخزون المُدار من البائع - دراسة مقارنة، مجلة علوم البيئة، المجلد 51، العدد 7، ج3، يوليو 2022، الصفحة 55.

<sup>1</sup> أنظر: <https://www.spa.gov.sa/viewstory.php?lang=ar&newsid=2394656> (30-1-2023).

<sup>2</sup> أو ما يسمى بـ "الرشاقة" "Agility" في الأعمال التي تؤثر إيجاباً في سلاسل الإمداد. أنظر في تجربة السوق السعودي ضمن قطاع وكلاء السيارات لدى:

Alageel, Abdulaziz, The Effects of Agility in the Supply Chain of Distribution Network of Saudi Arabia's Automotive Market (A Case Study of Dealerships), journal of arts, literature, humanities and social science, Vol. 68, June 2021, page 99.

أولاً: حوكمة الإدارة: فالإدارة الحكومية مطالبةً بتسريع إجراءاتها ضمن إطار من الدوائر الرسمية المتناغمة التي تتمتع بالمرونة والشفافية<sup>1</sup> حتى تعمل بشكلٍ متناسقٍ ومتخصّصٍ، مع التقليل قدر الإمكان الروتين، وتقصير الإجراءات، ودمج العمل الحكومي في إطارٍ واحدٍ فيما يخص جذب المشاريع الدولية والمحلية التي تُشكّل سلاسل الإمداد العالمية.

ثانياً: إدراك مُنطلقات المبادرة الوطنية وتحديد خططٍ زمنيةٍ واضحةٍ لتطبيقها: حيث إنَّ العمل على المبادرة الوطنية يحتاجُ إلى تحديد أساسياتٍ واضحةٍ للنشاط الحكومي، وذلك ليس عبر برامج العمل التقليدية، بل يجب وضع خططٍ زمنيةٍ لإتمام المشاريع الحكومية المطلوبة لجذب سلاسل الإمداد، والالتزام بالسقوف الزمنية لها.

ثالثاً: مرونة التعامل مع ثقافة الأعمال الاستثمارية: إنَّ التعامل مع الأفراد قد تشوبه المسؤولية الإنسانية والاجتماعية وهي ثقافة الحكومية الأساسية، في حين أنَّ التعامل مع الاستثمارات الدولية يحتاجُ إلى حسن تدبيرٍ من حيث إدارة المصالح العامة وتوفيقها مع المصالح الاستثمارية؛ حيث يتطلّب بناء سلاسل الإمداد عناصرٍ؛ مثل التفاعل، والتعاون بشكلٍ مرِنٍ مع مشاريع الأعمال<sup>2</sup>.

حيث إنَّ التعامل مع الأعمال التجارية بأسلوب ذاته الذي تتعامل فيه الحكومة مع الأفراد العاديين يُشكّل إمّا استغلالاً للحكومة أو مناخاً طارداً للاستثمار؛ فالتعامل مع المستثمر يحتوي على تحقيق العديد من الاستثناءات والإعفاءات في مقابل المخاطر التي يتحمّلها المستثمر والفوائد المرجوة منه.

#### رابعاً: تكثيف العلاقات التجارية الدولية:

- الانطلاق في العلاقات التجارية الدولية من الاتفاقيات القائمة -مثل الاتفاقيات الخليجية والعربية والإقليمية-، كلُّ ذلك بهدف تعميق الجهود في إطار السعي لاستغلال الفرص الاستثمارية والإعفاءات والامتيازات التي تمنحها هذه الاتفاقيات.
- توسيع إطار العلاقات التجارية الدولية على مستوى العالم من خلال إبرام اتفاقيات تجارية مع دول ذات وزنٍ في قطاعات الصناعة الأساسية والتجارة الاستراتيجية؛ مثل توريد الغاز، وصناعة التعدين والصلب، وبناء عقاراتٍ ذكيةٍ لمُدُنٍ جديدةٍ، وحتى قطاع الأدوية<sup>3</sup>، وغيرها.

<sup>1</sup> أنظر في تأثير الشفافية على انتظام واستمرارية سلاسل الإمداد لدى:

Wognuma, Harry Bremmers, Jacques H. Trienekens, Jack G.A.J. van der Vorst, Jacqueline M. Bloemhof, Systems for sustainability and transparency of food supply chains – Current status and challenges, *Advanced Engineering Informatics* 25 (2011), page 65.

<sup>2</sup> Zimon, Dominik, Jonah Tyan and Robert Sroufe, Implementing Sustainable Supply Chain Management: Reactive, Cooperative, and Dynamic Models, *Sustainability* 2019 (11).

<sup>3</sup> راجع في هذا القطاع التجربة المصرية لدى:

شاهين، محمد، دور وضوح سلاسل الإمداد في العلاقة: بين تعقّد هذه السلاسل والأداء التصنيعي للمنظمة: دراسة تطبيقية

خامساً: العمل على حلّ المنازعات الاستثمارية الاستراتيجية ضمن إطار الأنظمة السعودية؛ وذلك بغرض عدم الذهاب إلى مراكز التحكيم العالمية التي قد تضرُّ بميزانية الدولة بالنظر إلى التعويضات المالية الباهظة التي يمكن أن تفرضها على الحكومات لصالح الشركات عابرة القارات.

### المبحث الثالث: تحويل المملكة إلى نقطة إقليمية لسلاسل الإمداد العالمية

انتقلت المملكة من تنظيم لوجستيات الأعمال التقليدية إلى توسيع النظر بما يشمل سلاسل الإمداد العالمية، وهكذا ستبادرُ المملكة بتنظيم وإعادة تشكيل سلاسل الإمداد العالمية من خلال تكريس موقعها الاستراتيجي والاستفادة من الفرص الممكنة لاستكمال سلاسل الإمداد العالمية.

أمّا بخصوص تحويل المملكة إلى نقطة إقليمية لسلاسل الإمداد، فعلينا تركيز النظر على أركان قيام المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية، فهي تضمُّ كل ما يلي: حصر الفرص الاستثمارية وتطويرها (المطلب الأول)، مروراً بإنشاء عددٍ من المناطق الاقتصادية الخاصة (المطلب الثاني)، وانتهاءً جَذْبُ المقرّات الإقليمية للشركات العالمية إلى المملكة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: حصر الفرص الاستثمارية وتطويرها

وهذا يشمل التفكير في تكريس الفرص التي تستثمرها المملكة في طريق سلاسل الإمداد حالياً، ثم تركيز العمل على الفرص التي لا تدخلُ المملكة ضمن سلاسل إمدادها وتقديم بديل تنافسي لها، ويمكن كذلك التفكير في الفرص المتقدّمة والتي تحتكرها الدول المتخصّصة صناعياً، حيث يمكن أن تُقدِّم المملكة بديلاً تنافسياً عنها عندما تتحقق رؤية 2030.

وهنا يجب تركيز الجهود في المحاور التالية:

أولاً: نظام الخصخصة (أو التخصيص): حيث إنّ الفرص الاستثمارية بحاجةٍ إلى تنظيم مدروس لمسألة الخصخصة بما يمنح عروضاً مغريةً للمستثمرين على صعيد تشغيل أو امتلاك أجزاءٍ من شركات ومؤسسات القطاع العام من جهة، على أن تكون هذه العروض مُنضبطةً في إطار المصلحة العامة؛ حيث تبقى الدولة قادرةً على ضبط نسق المعاملات المالية والاقتصادية والمحافظة على قيمة عملتها الوطنية وتحجيم نسب التضخم من جهةٍ ثانيةٍ.

هذا التوجُّه الاستراتيجي نحو الخصخصة قادرٌ على تحريك الموانئ وأساطيل النقل الحكومية من شركاتٍ خبيرةٍ عابرة للقارات، كما أنّ خصخصة القطاع العام غير الربحي -الذي يُشكّل عبئاً على الميزانية العامة- يُساهم في تحقيق قفزاتٍ نموٍ كبيرةٍ وتقديم فرص استثماريةٍ واعدةٍ للقطاع الخاص.

ثانياً: نظام الشراكات بين القطاع العام والخاص: يحظى القطاع العام بقوة مالية وثقة ائتمانية ضخمة ناتجة عن متانة المركز المالي للمملكة؛ الأمر الذي يُشجّع العديد من شركات إدارة مرافق التجارة الدولية مثل الحاويات، والتخليص الجمركي<sup>1</sup>، والنقل إلى تأسيس مرافق استراتيجية وتشغيلها ليس على مبدأ الخصخصة، بل الشراكة.

أي تُصبح الشركة التي أسست حاملات لحاويات التجارة الدولية مثلاً صاحبة حقّ بتشغيل هذه الحاملات لمدة من الزمن، ثم تنتقل ملكيتها إلى الدولة كاملاً، أو بالاشتراك مع الشركة. مثل هذه الصور الاستثمارية تُشكّل فرصاً قادرةً على تنمية العديد من القطاعات التي يصعبُ على القطاع العام أو الخاص المحلي تنميتها<sup>2</sup>.

ثالثاً: المعالجات التجارية لحالات الإغراق: وهي من الأمور التي تُقلقُ المستثمرين الدوليين؛ حيث إنهم يخشون من تدابير مضادة لتجاريتهم بغاية مكافحة الإغراق أو الاستيراد الجائر.

لذا، يجب أن يكون نظام المعالجات التجارية مُنضبطاً ضمن إطار الممارسات غير المشروعة للإغراق؛ مثل البيع بقيمة تقلّ عن سعر السوق من جهة، وأن تكون هذه المعالجات معقولةً وغير مبالغٍ فيها مالياً من جهة أخرى؛ حتى لا تضيع جاذبية الفرص الاستثمارية.

### المطلب الثاني: إنشاء عددٍ من المناطق الاقتصادية الخاصة

وهي تعني توفير رقعة جغرافية ضمن إقليم المملكة تحظى بمزايا استثمارية وضريبية خاصة، وهذا ما يجعل المنطقة الاقتصادية الخاصة هذه مكاناً جذاباً للاستثمار الأجنبي المباشر؛ الأمر الذي يُوقّرُ فرصاً لاستكمال سلاسل الإمداد العالمية المقطوعة فور نقصانها، ومع الوقت يكون مرور هذه السلاسل من المملكة شبة إجباري من الناحية العملية.

وبشكلٍ عامّ، يمكن العمل على نظامٍ جديدٍ لمناطق التجارة الحرة، بحيث إنّ هذا النظام يحتاج إلى تطوير من حيث وضع قواعد تستهدف ما يلي:

<sup>1</sup> خاصة في قطاعات تتطلب سرعة في التخليص مثل تجارة الغذاء والخضراوات. راجع:

Narrod, Clare and Devesh Roy, Julius Okello, Belem Avendaño, Karl Rich, Amit Thorat, Public-private partnerships and collective action in high value fruit and vegetable supply chains, Food Policy 34 (2009), page 8.

<sup>2</sup> أنظر في تأثير استقرار سلاسل الإمداد على الاستثمار في قطاع البنوك لدى:

Kazaeva, Mariya S., and Gulnaz R. Sibaeva, Alexey G. Isavnin, Anton N. Karamyshev, The Bank's Financially Stable Supply Chain as the Basis for Attraction of Investors, Int. J Sup. Chain. Mgt., Vol. 7, No. 6, December 2018, page 540.

أولاً: التطوير الجغرافي، وذلك عبر:

- زيادة المناطق الجغرافية التي يُتاحُ فيها نظام التجارة الحرة المعفية من الجمارك والضرائب، خاصةً على القيمة المضافة<sup>1</sup>.
- تركيز مناطق التجارة الحرة بالقرب من الموانئ التي يمكن أن تُشكِّلَ سلاسل عالميةً تربطُ المواد الأولية بقطاع الصناعة المحلي والإقليمي؛ خاصةً في موانئ البحر الأحمر والخليج العربي.

ثانياً: التطوير الفعلي، من خلال:

- زيادة نسبة الإعفاءات الجمركية والضريبية بغضِّ النظر عن جنسية المستثمرين.
- تحديد النشاطات الصناعية في المناطق الحرة بحسب احتياجات سلاسل الإمداد؛ فمثلاً يمكن تكثيف المشاريع البتروكيميائية في المناطق الحرة على سواحل الخليج العربي حيث يتمُّ استخراج وتكرير النفط<sup>2</sup>، بينما يتمُّ تكثيف المشاريع الصناعية بالقرب من سواحل البحر الأحمر؛ فهو يُعتَبَرُ من خطوط التجارة العالمية التي تمرُّ بقناة السويس.
- منح فرص استثمارية للمشاريع الناشئة ضمن المناطق الحرة.
- تركيز العمل على حاضنات الأعمال التي تُمَهِّدُ لتأسيس المشاريع ضمن نطاق المناطق الحرة.

المطلب الثالث: جذبُ المقرَّات الإقليمية للشركات العالمية إلى المملكة

فلم يَعُدْ الطموح أن تَمَنَحَ شركةً عالميةً ترخيصاً محلياً للإنتاج في المملكة، ولا أن تَفْتَحَ هذه الشركة فِرْعاً لها أو أن تُؤَسِّسَ شركةً تابعةً لها في المملكة، بل أصبحَ الطموح أن يكونَ مَقَرَّ الشركة الإقليمي في المملكة. وهذا يَعْنِي أنَّ الشركة العالمية سيكونُ مُنطَلِقُ قرار الشركة هو المملكة؛ الأمر الذي يَجْعَلُ الأسواق الإقليمية المُحِيطَةَ بالمملكة أسواقاً فرعيةً.

وتَوَخَّياً لجذب مقرَّات الشركات العالمية، فيجب العمل على الأنظمة التالية:

أولاً: نظام التجارة: حيث يُفَضَّلُ تبني إجراءاتٍ مرنةٍ تُشجِّعُ على تأسيس مشاريع في المملكة، وذلك إزاء الترخيص للأعمال التجارية القادرة على خدمة سلاسل الإمداد؛ مثل التجارات الأساسية كالحديد، والصلب، ومواد البناء، والتجارات الأخرى كالنقل، والتسويق، والاتصالات، وعدم تقييدها بالتزاماتٍ مُرهِّقةٍ ومُكَلِّفةٍ.

<sup>1</sup> ويمكن في هذا الإطار التركيز على أجزاء معينة من إقليم الدولة، مثل الجزء الغربي من المملكة المطل على البحر الأحمر. راجع:

كدسه، ناصر، والقحطاني، ناصر، ممارسات إدارة سلاسل الإمداد بالتطبيق على الشركات في المنطقة الغربية بالمملكة العربية السعودية، المجلة العربية للإدارة، المجلد 36، العدد 1، عام 2016، الصفحة 171.

<sup>2</sup> راجع في هذا الموضوع لدى:

روايح، عبد الإله، تسيير سلاسل الإمداد وأثره على أداء الشركات النفطية (دراسة حالة)، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، الجزائر، نوقشت عام 2014.

ثانياً: نظام الشركات: وهي من أهم الخطوات النظامية المطلوبة لتسهيل مسألة افتتاح مقرّات للشركات العالمية، فالقواعد المرنة لتأسيس الشركات ستُجسِّع الشركات عابرة القارات على تأسيس شركاتٍ سعوديةٍ تابعةٍ لها، وليس فقط افتتاح فرعٍ أو مركزٍ مملوكٍ منها.

كما أنّ دعم الشركات الناشئة يصبُّ في ذات الإطار؛ خاصّةً إذا كانت ضمن قطاعاتٍ حيويةٍ مثل التكنولوجيا<sup>1</sup> والسياحة<sup>2</sup> وغيرها.

ثالثاً: نظام الملكية الفكرية: حيث يجب تقديم حمايةٍ فائقةٍ بخصوص المسائل المتعلّقة بصيانة حقوق الشركات الكبرى لمُمتلكاتها المعنوية والفكرية؛ مثل براءات الاختراع التي تستغلُّها أو نماذجها الصناعية، أو علاماتها التجارية، وما شابه.

بدون هذه الحماية لن تتشجّع الشركات العالمية على القدوم إلى السوق المحلية أو افتتاح مراكزٍ إقليميةٍ، لأنّ الإقليم التجاري للدولة قد يكون مُستهدفاً من مُنتجبي البضائع المزيفة التي تحملُ علاماتٍ تجاريةٍ مُقرصنةٍ من العلامة الأصلية، أو ما يُطلقُ عليه: "سلاسل الإمداد المزورة"<sup>3</sup>، وهو ما يضرُّ بسمعة العلامة التجارية، ويكسبُ سلاسل الإمداد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> خاصة على صعيد الاستفادة من الشبكات الحديثة لتشغيل تطبيقات تقنية قادرة على تشغيل قطاعات حيوية مثل قطاع البيع بالتجزئة عبر المتاجر الإلكترونية وغيرها من القطاعات. راجع في دراسة لشبكة البلوكشين BlockChai لدى:

Lim, M., Li, Y., Wang, C. & Tseng, M-L., A literature review of BlockChain technology applications in supply chains: A comprehensive analysis of themes, methodologies and industries, Computers & Industrial Engineering, Vol. 154, 2021.

وفي ذات الموضوع في الفقه العربي راجع:

مالك، سمير، تأثير تقنية البلوكشين على سلاسل الإمداد، رسالة ماجستير في العلوم التجارية، جامعة البشير الإبراهيمي، الجزائر، نوقشت عام 2021.

<sup>2</sup> للتعلم في سلاسل الإمداد المرتبطة بالسياحة وقطاع المطاعم، راجع:

SMITH, STEPHEN L. J., HONGGEN XIAO, Culinary Tourism Supply Chains: A Preliminary Examination, Journal of Travel Research, Vol. 46, February 2008, page 289.

وهي ما مرتبطة أيضاً بسلاسل توريد الغذاء. راجع:

Katsikouli, Panagiota and Amelie Sina Wilde, Nicola Dragoni, Henning Høgh-Jensen, ON THE BENEFITS AND CHALLENGES OF BLOCKCHAINS FOR MANAGING FOOD SUPPLY CHAINS, Journal of the Science of Food and Agriculture, 101(6), 2021, page 2175.

<sup>3</sup> أنظر في تجربة السوق التركية مع سلاسل الإمداد المزورة لدى:

Esera, Zeliha and Bahar Kurtulmusoglub, Adnan Bicaksizc, Selay Ilgaz Sumerd, Counterfeit Supply Chains, 2nd GLOBAL CONFERENCE on BUSINESS, ECONOMICS, MANAGEMENT and TOURISM, 30-31 October 2014, Prague, Czech Republic, Procedia Economics and Finance 23 (2015), page 412.

<sup>4</sup> راجع في العلاقة بين سمعة العلامة التجارية وسلاسل الإمداد لدى:

نويجي، عبد العزيز، إدارة مخاطر سلاسل الإمداد وأثرها على سمعة العلامة التجارية بالتطبيق على قطاع التجارة الإلكترونية في القاهرة، مجلة البحوث الإدارية، المجلد 41، العدد 3، عام 2023.

رابعاً: نظام حماية المنافسة: وهو نظامٌ يَلْعَبُ دوراً ذو حِدَّتَيْنِ على صعيد جذب الشركات العالمية؛ حيث إنَّ مسألة الحماية من المنافسة غير العادلة تُقَلِّقُ الشركات قبل افتتاح فروع لها من جهة، كما أنَّ المُبَالِغَةَ في فرض القواعد الصارمة قد تُشكِّلُ عاملاً طارداً للشركات من جهةٍ أخرى.

فعلى سبيل المثال، قد لا تُفكِّرُ شركة بافتتاح مركزٍ لها في المملكة إذا شَعَرَتْ بأنَّ قدرة منافسيها على التواطؤ لتخفيض الأسعار إلى ما دون التكلفة هو أمرٌ وارِدٌ. بالمقابل فإنَّ القاعدة التي تَفْرِضُ 5 مُقَدِّمِينَ لخدمةٍ مُعَيَّنَةٍ تُشكِّلُ مناخاً طارداً لبعض الشركات التي تَرَعِبُ بأنَّ تُسَيِّطِرَ على نسبةٍ كبيرةٍ من السوق أو التي تَخْشَى تجميد نشاطها إذا لم يتوقَّر منافسين لها بالعدد المُحدَّد.

### الخاتمة

بالمحصِّلة، يمكن القول بأنَّ المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية قد تكون أهمَّ خطوةٍ استراتيجيةٍ لنجاح رؤية 2030؛ لأنَّها ليست فقط جزءاً من الخطوات التنموية المطلوبة، بل لأنَّها أيضاً تُسَاهِمُ في تحويل أيِّ انقطاعٍ في سلاسل الإمداد إلى فرصةٍ استثماريةٍ للمملكة.

هذا الفكر الريادي الذي تُقَدِّمُهُ قيادة المملكة، لا يَشْمَلُ فقط تكريس النمو الحاضر، بل يَهْدَفُ إلى مُضَاعَفَتِهِ، ولا يَعْمَلُ فقط على بناء اقتصادٍ حديثٍ، بل يَهْدَفُ إلى زيادة مرونة هذا الاقتصاد.

بناءً عليه، فإنَّ المملكة تَعْمَلُ على سلاسل الإمداد بمنهج الحوكمة والاستدامة؛ وذلك لتحقيق أهدافها الاستثمارية العالمية بنموٍّ ثابتٍ ومُتَّسِرٍ، وعبر تطبيق خططٍ إبداعيةٍ وعالميةٍ من خلال قدراتٍ حاليةٍ واستباقيةٍ جاهزةٍ للاستفادة من أية فرصٍ قادمةٍ بإذن الله.

### النتائج:

- تُعْتَبَرُ سلاسل الإمداد مصطلحاً مُسْتَعْرِقاً لما يُسَمَّى بلوجستيات الأعمال؛ لأنَّ اللوجستيات تُشكِّلُ جزءاً من السلاسل.
- يَرْتَبِطُ معنى لوجستيات الأعمال بتخزين المُنتَجَاتِ من المنشأ ثم تسليمها إلى المستهلك، بينما تشمل سلاسل الإمداد جميع العمليات ابتداءً من المواد الأولية وحتى البيع بالتجزئة والصيانة.
- المبادرة الوطنية للمملكة العربية السعودية بخصوص سلاسل الإمداد تهدف إلى جعل المملكة مركزاً إقليمياً وعقدَةً جوهرياً لسلاسل الإمداد العالمية.
- تُشكِّلُ المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد انتقالاً من التنظيم الخاص الفردي لسلاسل الإمداد الخاصة بالأعمال التجارية، إلى التنظيم الحكومي المرن.
- يَحْتَاجُ تطبيق المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد إلى دعمٍ حكوميٍّ وتغييراتٍ جوهريَّةٍ في بيئة الأنظمة التجارية.

• من منظور تطابق النتائج مع الفرضيات، يبدو لنا:

- أن لوجستيات الأعمال تُعتبر جزءاً من سلاسل الإمداد؛ لذا تتطابق فكرة الانتقال نحو تنظيم سلاسل الإمداد بمعناها الواسع مع المبادرة العالمية لجذب هذه السلاسل.
- أن جذب سلاسل الإمداد بحاجة إلى دعم حكوميّ وتسهيلاتٍ عامّة؛ لذا فإنّ الانتقال نحو التنظيم الحكومي لسلاسل الإمداد يصبُّ في خانة المبادرة العالمية لجذب هذه السلاسل.
- أن ربط المراكز الإقليمية للشركات العالمية في إقليم المملكة بحاجة إلى تعديلاتٍ وإضافاتٍ جوهرية في الأنظمة التجارية والاستثمارية؛ لذا فإنّ هذا العمل التنظيمي يُساهم في جذب مراكز الشركات، بما يُشكّل أكبر مساهمة في نجاح المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية في المملكة.

#### التوصيات:

#### أولاً: بخصوص الانتقال من لوجستيات الأعمال إلى سلاسل الإمداد

- إصدار نظام جديد خاص بتأسيس الموانئ، بحيث يتمُّ تحديد بنود العقود المُبرّمة مع المستثمر الراغب بإنشاء ميناءٍ بما يتلاءم مع الفائدة التي ستجنيهاً المملكة، والمخاطرة التي سيتحمّلها المستثمر. على أن يتمّ منْحُ المستثمر صلاحية تشغيل الميناء لفترةٍ قبل أن تُرجع هذه الصلاحية للمملكة بشكلٍ كاملٍ أو جزئيّ.
- منْحُ إعفاءاتٍ ضريبيةٍ وتسهيلاتٍ إجرائيةٍ لأيّ مستثمرٍ خبيرٍ يسعى لتشغيل الموانئ، على أن يتمّ تقسيم عائدات التشغيل بين المستثمر والمملكة بحسب القيمة التي دفعها المستثمر في عقد استثمار الميناء.
- إصدار نظامٍ جديدٍ خاصٍ ببناء السفن وصيانتها، يَمُنحُ المستثمرين في هذا المجال إعفاءاتٍ وتخفيضاتٍ ضريبيةٍ كفيلاً بتحفيز قطاع بناء السفن في المملكة.
- إنشاء شبكةٍ إلكترونيةٍ جديدةٍ لكتابة وتداول شهادات الشحن على مستوى دولي، على أن تكون مَحْمِيَةً بأعلى معايير الأمن السيبراني.

#### ثانياً: بخصوص الانتقال من الإدارة الاستثمارية لسلاسل الإمداد إلى الإدارة الحكومية المرنة

- تكريس نظام النافذة الواحدة الإلكترونية العالمية فيما يخصُّ إنشاء المشاريع واستصدار التراخيص والموافقات اللّازمة لِعَمَلِها حتى للأشخاص من خارج المملكة؛ بحيث يكون المستثمر العالمي قادراً على مخاطبة أكثر من جهة حكومية من خلال تطبيقٍ إلكترونيٍّ واحدٍ يُغني عن التعامل مع الجهات الحكومية المُتعدّدة.
- إنشاء بنديٍّ في الموازنة العامة بخصوص دعم المبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية، على أن يكون صرف مفردات هذا البند مُرتَبِطاً بإنجاز الحكومة بمُختلَفِ وزاراتها للخطة الزمنية الخاصّة بالعمل على جذب سلاسل الإمداد.

- إنشاء إدارة حكومية تابعة لمجلس الوزراء مُختصّ بالتفاوض وإبرام اتفاقيات التجارة الدولية المرتبطة بالمبادرة الوطنية لسلاسل الإمداد العالمية.
- إنشاء غرفة تحكيم تجاري دولي مُختصّة بحل المنازعات التي تتعلّق بسلاسل الإمداد، سواء أكانت منازعات فردية أم بين المستثمر الدولي والحكومة.
- ثالثاً: بخصوص تحويل المملكة إلى نقطة إقليمية لسلاسل الإمداد العالمية
- إصدار نظامٍ للشراكة بين القطاع العام والخاص، يحمّل ميزات استثمارية للقطاعات المرتبطة بسلاسل الإمداد؛ مثل منشآت الموانئ، والنقل، وما شابه.
- القيام بدراسة تجارية مالية بغرض حصر المنشآت الحكومية القابلة للخصخصة فيما يخصّ التجارة الدولية، على أن يتمّ تفضيل نظام الخصخصة عبر نقل التشغيل للقطاع الخاص على نظام نقل الملكية.
- حصر ممارسة الإغراق في حالة البيع بسعرٍ أقلّ من القيمة السوقية للسلعة في الدولة، وليس في بلد المنشأ، ومَنح مهلٍ زمنية خاصة للشركات الدولية التي ثبت ارتكابها للإغراق أو منافسة الصناعة المحلية والتي تعمل تحت مظلة سلاسل الإمداد؛ وذلك حتى تُعالج أوضاعها وتُغَيَّر من أسعار أو كميات العرض المُغرقة للسوق.
- إصدار نظامٍ جديدٍ لمناطق التجارة الحرة في المملكة تُراعي أحدث المعايير العالمية بما يَمَنح المستثمرين إعفاءاتٍ نوعية بحسب موقع المنطقة الحرة وطبيعة التجارة التي يتمّ ممارستها في الإقليم الجغرافي القريب منها.
- تخفيض التزامات الشركات التجارية وتسهيل تأسيسها إذا قدّمت مساهمةً فعّالةً على صعيد التأسيس والجذب لسلاسل الإمداد.
- مدُّ الإطار الزمني لحماية الملكية الفكرية والعلامات التجارية لشركات التجارة الدولية، وتغليظ عقوبات التعدي عليها.
- إعادة النظر بالقيود النظامية على حماية المنافسة بهدف مكافحة أية ممارساتٍ غير مشروعةٍ تستهدف حرية التعامل في السوق من جهةٍ، وذلك بهدف التقليل من الحد الأدنى لمُقَدِّمي ذات الخدمة إذا كانت تُساهم في جذب سلاسل الإمداد من جهةٍ أخرى.
- إصدار نظامٍ خاص بمكافحة سلاسل الإمداد المزورة التي تتشكل من خلال منتجات مقلدة للعلامات التجارية الأصلية، الأمر الذي يضر بجاذبية المملكة وقدرتها على ربط سلاسل الإمداد، على أن يتمّ إنشاء هيئة حكومية مختصة بفحص المنتجات داخل الأسواق والتأكد من أنّها صادرة عن الشركة الأصلية، وربط البيانات التجارية مع بيانات الموانئ والمنافذ البرية والمطارات بغرض معاينة أية جهة تُزوّر المنتجات بعدم السماح بإدخال مُنتجاتها مجدداً.

## المراجع:

### أولاً: المراجع العربية

- أحمد، حسام، إسهامات سلاسل الإمداد في تحقيق متطلبات الاقتصاد الأزرق بالمنظمات غير الحكومية (دراسة من منظور طريقة تنظيم المجتمع)، مجلة بحوث في الخدمة الاجتماعية التنموية، جامعة بني سويف، مصر، المجلد 2، العدد 1، مارس 2022.
- توفيق، مبروك، نموذج مقترح لتحميل أثر علاقات العملاء في أداء سلسلة الإمداد - دراسة تطبيقية على عينة من الشركات الصناعية في مصر، المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، المجلد 35، العدد 2، عام 2021.
- حلمي، خالد، الطبيعة القانونية لتمويل عقود البوت BOT، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد 2، العدد 1، يونيو 2016.
- روايح، عبد الإله، تسيير سلاسل الإمداد وأثره على أداء الشركات النفطية (دراسة حالة)، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، الجزائر، نوقشت عام 2014.
- شاهين، محمد:
- تأثير تكامل سلاسل الإمداد على مستوى أدائها: دراسة تطبيقية على شركات صناعة السيراميك بجمهورية مصر العربية، المجلد العلمية للتجارة والتمويل، المجلد 34، العدد 2، عام 2014.
  - دور وضوح سلاسل الإمداد في العلاقة: بين تعقّد هذه السلاسل والأداء التصنيعي للمنظمة: دراسة تطبيقية على قطاع الصناعات الدوائية بجمهورية مصر العربية، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، المجلد 53، العدد 1، يناير 2016.
  - أثر الممارسات الخضراء لسلاسل الإمداد على استدامتها: تحليل الدور الوسيط لمشاركة معلومات سلاسل الإمداد - دراسة تطبيقية على شركات صناعة السيارات بجمهورية مصر العربية -، مجلة التجارة والتمويل، جامعة طنطا، مصر، العدد 1، مارس 2017.
- طارق، أحمد، وحماد، عبد العال، وعبد البر، عمرو، وعصفور، أمل، مخطط مقترح لتعزيز الاستدامة في سلسلة التوريد عبر نظام المخزون المُدار من البائع - دراسة مقارنة، مجلة علوم البيئة، المجلد 51، العدد 7، ج 3، يوليو 2022.
- كدسه، ناصر، والقحطاني، محمد، ممارسات إدارة سلاسل الإمداد بالتطبيق على الشركات في المنطقة الغربية بالمملكة العربية السعودية، المجلة العربية للإدارة، المجلد 36، العدد 1، عام 2016.

- مالك، سمير، تأثير تقنية البلوكتشين على سلاسل الإمداد، رسالة ماجستير في العلوم التجارية، جامعة البشير الإبراهيمي، الجزائر، نوقشت عام 2021.

- محمد، هبه:

- قياس تأثير تكامل سلاسل الإمداد على الأداء التشغيلي -دراسة ميدانية بالتطبيق على قطاع الموانئ البحرية المصري-، مجلة البحوث المالية والتجارية، جامعة بورسعيد، المجلد 22، العدد 3، يوليو 2021.
- قياس تأثير تكامل سلاسل الإمداد على الميزة التنافسية -دراسة ميدانية بالتطبيق على قطاع الموانئ البحرية المصرية-، مجلة البحوث المالية والتجارية، جامعة بورسعيد، المجلد 22، العدد 3، يوليو 2021.
- نويحي، عبد العزيز، إدارة مخاطر سلاسل الإمداد وأثرها على سمعة العلامة التجارية بالتطبيق على قطاع التجارة الإلكترونية في القاهرة، مجلة البحوث الإدارية، المجلد 41، العدد 3، عام 2023.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- **Alageel**, Abdulaziz, The Effects of Agility in the Supply Chain of Distribution Network of Saudi Arabia's Automotive Market (A Case Study of Dealerships), journal of arts, literature, humanities and social science, Vol. 68, June 2021.
- **Esera**, Zeliha and Bahar **Kurtulmusoglu**, Adnan **Bicaksizc**, Selay **Ilgaz Sumerd**, Counterfeit Supply Chains, 2nd GLOBAL CONFERENCE on BUSINESS, ECONOMICS, MANAGEMENT and TOURISM, 30-31 October 2014, Prague, Czech Republic, Procedia Economics and Finance 23 (2015).
- **FLYNN**, BARBARA and **XIAOWEN HUANG**, **XIANDE ZHAO**, SUPPLY CHAIN MANAGEMENT IN EMERGING MARKETS: CRITICAL RESEARCH ISSUES, Journal of Supply Chain Management, January 2015.
- **Katsikouli**, Panagiota and Amelie Sina **Wilde**, Nicola **Dragoni**, Henning **Høgh-Jensen**, ON THE BENEFITS AND CHALLENGES OF BLOCKCHAINS FOR MANAGING FOOD SUPPLY CHAINS, Journal of the Science of Food and Agriculture, 101(6), 2021.
- **Kazaeva**, Mariya S., and Gulnaz R. **Sibaeva**, Alexey G. **Isavnin**, Anton N. **Karamyshev**, The Bank's Financially Stable Supply Chain as the Basis for Attraction of Investors, Int. J Sup. Chain. Mgt., Vol. 7, No. 6, December 2018.

- **Lim, M., Li, Y., Wang, C. & Tseng, M-L.**, A literature review of BlockChain technology applications in supply chains: A comprehensive analysis of themes, methodologies and industries, *Computers & Industrial Engineering*, Vol. 154, **2021**.
- **Narrod, Clare and Devesh Roy, Julius Okello, Belem Avendaño, Karl Rich , Amit Thorat**, Public–private partnerships and collective action in high value fruit and vegetable supply chains, *Food Policy* 34 (**2009**).
- **SMITH, STEPHEN L. J., HONGGEN XIAO**, Culinary Tourism Supply Chains: A Preliminary Examination, *Journal of Travel Research*, Vol. 46, February **2008**.
- **Wognuma, Harry Bremmers, Jacques H. Trienekens, Jack G.A.J. van der Vorst, Jacqueline M. Bloemhof**, Systems for sustainability and transparency of food supply chains – Current status and challenges, *Advanced Engineering Informatics* 25 (**2011**).
- **Zimon, Dominik, Jonah Tyan and Robert Sroufe**, Implementing Sustainable Supply Chain Management: Reactive, Cooperative, and Dynamic Models, *Sustainability* **2019** (11).

## أهلية الجهات العامة للشراء في المناقصات العامة (مركزية القرار الإداري) -دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والسعودي-

The Public Entities Eligibility to Purchase by Public Tenders (The Centralization of Administrative Decision) -A Comparative Study between Kuwaiti and Saudi Laws-

أ. هشام عماد العبيدان (كلية القانون الكويتية العالمية KILAW)

Hesham Emad Al-Obaidan (The Kuwait International College of Law / KILAW).

### Abstract

The topic of the research is about the level of eligibility of public authorities to implement procurement procedures, and how the extent of this eligibility affects the activity of the contracting companies sector that Kuwait needs to implement development plans until it reaches the New-Kuwait-Vision 2035.

At a time when these public entities seek to provide their needs of goods and services, their decentralization will have many central constraints because of the centralization of administrative decision to purchase; Which makes its eligibility a subject of consideration and discussion, which has negative effects on the contracting sector.

The Kuwaiti legislature organized this issue in the Public Tenders Law No. 49/2016 in a central manner, while the experience of the systems in the Kingdom of Saudi Arabia was more keen to move towards decentralization, and this was evident in the Public Procurement and Competition Law for the year 1440 AH / 2019 AD.

At the end of the research, we came to the conclusion that imposing centralization restrictions on public procurement does not guarantee the protection of public money as much as it leads to obstruction of government work, in addition to harming the contracting company's sector. This prompted us to propose substantive amendments to the Kuwaiti Public Tenders Law.

**Keywords:** Public Tenders, Public Agencies, Government Agencies, Contracting Companies, Centralization, Central Agency for Public Tenders, Decentralization.

## المُلخَص:

يتلخَّص موضوع البحث في مسألةٍ دقيقةٍ؛ وهي مستوى أهلية الجهات العامة لتنفيذ إجراءات الشراء، وكيف يؤثر مدى تواجد هذه الأهلية من عدمها على نشاط قطاع شركات المقاولات التي تحتاجها الكويت لتنفيذ خطط التنمية حتى تصل إلى رؤية كويت جديدة 2035.

ففي الوقت الذي تسعى فيه هذه الجهات العامة إلى توفير احتياجاتها من البضائع والخدمات، يكون على إرادتها اللامركزية العديد من القيود المركزية بسبب مركزية القرار الإداري بالشراء؛ الأمر الذي يجعل من أهليتها محل نظر ومناقشة، وهو ما يُرْخي بأثارٍ سلبيةٍ على قطاع المقاولات.

نظم المشرع الكويتي هذا الموضوع في قانون المناقصات العامة رقم 2016/49 بطريقةٍ مركزيةٍ، فيما كانت تجربة الأنظمة في المملكة العربية السعودية أكثر حرصاً على الانتقال نحو اللامركزية، وقد ظَهَرَ ذلك جلياً في نظام المنافسات والمشتريات العامة لعام 1440 هـ/ 2019 م.

وقد توصلنا في نهاية البحث إلى نتيجةٍ مفادها أن فرض قيود المركزية على المشتريات العامة لا يضمنُ حماية المال العام بقدر ما يؤدي إلى عرقلة العمل الحكومي، إضافةً إلى الإضرار بقطاع شركات المقاولات؛ الأمر الذي دفعنا إلى اقتراح تعديلاتٍ جذريةٍ في قانون المناقصات العامة الكويتي.

الكلمات المفتاحية: المناقصات العامة، الجهات العامة، الجهات الحكومية، شركات المقاولات، المركزية، الجهاز المركزي للمناقصات العامة، اللامركزية.

## المقدمة:

تَعتمدُ الجهات العامة على السوق في توفير احتياجاتها، والسبب أن الحكومة مهما كانت ذات نشاطٍ واسعٍ، إلا أنها تبقى قاصرةً على توفير كلِّ منتجات السوق؛ الأمر الذي يجعلها في حاجةٍ جوهريةٍ لشراء البضائع والخدمات.

هذا إلى جانب أن الجهات العامة تنتهي إلى ذممٍ ماليةٍ مُستقلةٍ عن بعضها بعضاً فيما بين الوزارات والهيئات؛ الأمر الذي يجعلها تتعامل فيما بينها أيضاً بأسلوب الشراء.

بناءً عليه، لا يوجد مفرٌّ من تنفيذ المشتريات العامة، وهذا يعني ضرورة تنظيمها بشكلٍ يُساعدُ على تسهيل العمل الحكومي وتوفير مُتطلباته من جهةٍ، ويضبط أسلوب المشتريات العامة بغاية حماية المال العام من الهدر من جهةٍ أخرى.

وقد استقرَّ المشرع الكويتي على اعتماد المناقصة العامة كأسلوبٍ لشراء الجهات العامة منذ قانون 1964/37<sup>1</sup>، ثم صَدَرَ قانون المناقصات العامة الأخير رقم 2016/49 فإرضاءً المناقصة العامة كأسلوبٍ أصليٍّ<sup>2</sup>، مع بعض الاستثناءات الضيقة التي تحتاج إلى أذنٍ من جهةٍ مركزيةٍ يحددها القانون<sup>3</sup>.

لكن الطابع الغالب على القانون الكويتي كان المركزية الشديدة في تنفيذ المناقصة العامة، ابتداءً من إرشادات وزارة المالية، ثم تنفيذ المناقصة عبر الجهاز المركزي للمناقصات العامة، وأخيراً مصادقة ديوان المحاسبة على ترسية المناقصة؛ فيما يكون للجهة العامة صاحبة الشأن بالشراء مجرد التخطيط والاقتراح. هذه المركزية في اتخاذ القرار تُساهم، ليس فقط في عرقلة العمل الحكومي، بل أيضاً في خلق مناخٍ طاردٍ للاستثمار في قطاع المقاولات؛ لأنَّ شركات المقاولات ستواجه تعقيداتٍ في عملها قد تؤدي إلى بطء حركة نشاطها أو حتى إفلاسها.

وفي الكويت، تسعى الدولة إلى تنفيذ خطط التنمية التي تصل إلى رؤية كويت جديدة 2035، هذا السعي يصطدم بنشاط بطيء لشركات المقاولات بشكلٍ لا يواكب الطموحات، وتُعتبر العقبات القانونية والروتينية المركزية من أهم أسباب هذا الواقع.

أما في المملكة العربية السعودية، فقد كان نظام المنافسات والمشتريات العامة القديم لعام 1427 هـ/2006م، ينتمي إلى ذات الهوية المركزية في تنفيذ عمليات الشراء، لهذا جاء النظام الجديد لعام 1440 هـ/2019م مانحاً الجهات العامة القدرة على الشراء دون الرجوع إلى أية جهاتٍ مركزيةٍ.

بالتالي، فإنَّ أهلية الجهات العامة للشراء هي رهن بمدى قدرة هذه الجهات على تنفيذ المناقصات دون الرجوع إلى جهاتٍ مركزيةٍ أعلى.

أي أنَّ القيود الحكومية المركزية تُضعفُ أو حتى تلغي أية أهليةٍ للجهات العامة للشراء، في حين أنَّ صلاحية تنفيذ المناقصة باستقلال تمنح هذه الجهات أهلية الشراء الكاملة، وهو بالضبط ما يحتاجه قطاع شركات المقاولات.

#### أهداف البحث:

➤ شرح الصلاحيات الأساسية لتنفيذ المناقصات العامة في القانونين الكويتي والسعودي.

<sup>1</sup> المادة 2، قانون المناقصات العامة الكويتي الملغي، رقم 37 لعام 1964.

<sup>2</sup> المادة 14، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49 لعام 2016.

<sup>3</sup> راجع في المناقصة العامة وطرق المشتريات العامة الأخرى، لدى:

الرحو، محمد سعيد، التعاقد عن طريق المناقصات: دراسة تحليلية مقارنة، الملتقى العربي الثالث: الاتجاهات الحديثة لإدارة المشتريات والمخازن، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، عام 2004، الصفحة 48.

➤ تحليل القواعد الخاصة بصلاحيات الجهة العامة للشراء، وإسقاطها على مستوى أهليتها بالنظر إلى المركزية الإدارية في اتخاذ القرار.

➤ توضيح أثر كلٍّ من تلك القواعد على شركات المقاولات التي يكون عملها الأساسي تقديم العطاءات في المناقصات.

➤ اقتراح تعديلات جذرية في قانون المناقصات العامة الكويتي بخصوص تطبيق اللامركزية الإدارية خلال تنفيذ المناقصات العامة؛ بغرض منح الجهات العامة أهلية الشراء.

#### أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث بجلاء من النقاط التالية:

- قدرة الجهات العامة على الشراء باستقلال سيمنحها القدرة على تسيير شؤونها بمرونة أكبر، لأنَّ الشراء اللامركزي سيساهم في زيادة سرعة العمل الحكومي.
- ضبط عمليات الشراء اللامركزية بشكل صارم سيؤدّي حماية المال العام، وعدم عرقلة العمل الحكومي بقيود المركزية في آنٍ واحد.
- زيادة اللامركزية المنضبطة في إجراءات المناقصات العامة تُساهم في انتعاش قطاع المقاولات من خلال حسن اختيار قواعد تنظيم المناقصات العامة، ومنح الجهات العامة أهلية الشراء بشكلٍ مرِن.

#### منهج البحث:

- المنهج التحليلي النقدي الاستقرائي الاستنتاجي المقارن؛ بهدف تحليل قواعد قانون المناقصات الكويتي رقم 2016/49 وتقديم نقدٍ بناءٍ له في نقطة أهلية الجهات العامة للشراء، ذلك بالمقارنة مع الأنظمة السعودية ثم استقراء مستوى أهلية الجهات العامة للشراء عن طريق معالجة مجموعة القواعد القانونية التي تحكم إجراءات المناقصة العامة؛ بغرض استنتاج صيغةٍ جديدةٍ مقترحةٍ للقواعد التي قدّمنا عنها النقد.

#### إشكالية البحث:

"ما هي الصورة المثالية لصلاحيات الجهات العامة للشراء بما يَمَنَحُها الأهلية الكاملة، ويُساهم في دعم شركات المقاولات، ويحمي المال العام من الهدر في نفس الوقت؟"

#### فرضيات البحث

- القرار المركزي لشراء الجهات العام يُقَوِّضُ أهليتها بالشراء.
- القرار اللامركزي بالشراء يزيد من أهلية الجهة العامة.
- القرار المثالي للشراء هو اللامركزي تحت الإشراف وفي ظلّ المساءلة.

## مخطّط البحث:

المبحث الأول: أهلية الشراء المناقصة للجهات العامة (حالة القانون الكويتي)

المطلب الأول: دور الجهات العامة في المناقصات العامة (حدود اللامركزية)

أولاً: التخطيط لعمليات الشراء العامة (الوحدة التنظيمية في الجهة العامة)

ثانياً: الإعداد لعمليات الشراء العامة (لجنة الشراء في الجهة العامة)

المطلب الثاني: صلاحية تنفيذ إجراءات المناقصة العامة (القرار المركزي)

أولاً: الجهة الاستشارية المركزية في المناقصات العامة (إدارة نظم الشراء في وزارة المالية)

ثانياً: الجهات التنفيذية المركزية في المناقصات العامة (الجهاز المركزي للمناقصات العامة وديوان المحاسبة)

المبحث الثاني: أهلية الشراء الكاملة للجهات العامة (حالة الأنظمة السعودية)

المطلب الأول: الحدود التي تُقيّد الجهات المركزية في تنفيذ المناقصات (نظام المنافسات والمشتريات العامة

القديم)

أولاً: السلطات اللامركزية للجهة العامة صاحبة الشأن بالشراء

ثانياً: سلطة القرار المركزي في البت بالمنافسة العامة

المطلب الثاني: تنفيذ إجراءات المناقصة العامة بقرار لامركزي (نظام المنافسات والمشتريات العامة الجديد)

أولاً: معنى رئيس الجهة الحكومية اللامركزية

ثانياً: صلاحية القرار اللامركزي بالشراء

## المبحث الأول: أهلية الشراء الناقصة للجهات العامة (حالة القانون الكويتي)

لا تُوجد قاعدة قانونية صريحة في القانون الكويتي بخصوص أهلية الجهات العامة للشراء؛ لأنَّ قانون المناقصات الكويتي لا يَنْتَهِج إلى القانون الخاص ولا يتبَيَّن مصطلحاته؛ لكن يمكن استقراء نقصان هذه الأهلية من دور الجهات العامة في عملية الشراء (المطلب الأول)، ثم من الجهة المخوَّلة بتنفيذ إجراءات المناقصة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: دور الجهات العامة في المناقصات العامة (حدود اللامركزية)

يمكن استقراء نقصان أهلية الجهات العامة للشراء من خلال توضيح دورها المُقيَّد في نطاقٍ ضيقٍ غير تنفيذي؛ وهو ما يوضِّح حدود السلطة اللامركزية لتنفيذ عملية الشراء العامة<sup>1</sup>.  
ينقسم دور الجهات العامة في المناقصات العامة إلى محورين أساسيين: التخطيط للمناقصة أولاً، والإعداد لها ثانياً.

### أولاً: التخطيط لعمليات الشراء العامة (الوحدة التنظيمية في الجهة العامة)

فَرَضَ قانون المناقصات<sup>2</sup> الكويتي القديم رقم 1964/37 على الجهة العامة ذات الشأن التي تَرَعَّبُ بالشراء أن تُقَوِّمَ بوضع المواصفات للبضائع أو الخدمات المطلوبة، بالإضافة إلى التعليمات والإجراءات اللازمة لتنفيذ عملية الشراء<sup>3</sup>.

وبعد صُدور قانون المناقصات العامة رقم 2016/49، فقد أكَدَّ المشرع على دور الجهات العامة في عملية الشراء، لكنَّه في نفس الوقت حَصَرَ هذا الدور في عملية تحضيرية مبدئية، وهي التخطيط<sup>4</sup>، وهذه العملية

<sup>1</sup> وهذه من أهم الإشكاليات التي تُواجهُ المقاولات العامة، راجع في هذه الإشكاليات، لدى:

نبيل، الكط، الإشكاليات التي تطرحها المقاولات بين التطبيقات العملية والاختيارات التشريعية، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 15، ديسمبر 2018، الصفحة 88.

<sup>2</sup> لا تَنْحَصِرُ أساليب الشراء العامة بالمناقصات، لكنَّها الأسلوب الأكثر شيوعاً، وقد نظم القانون أساليب أخرى للشراء؛ مثال الشراء المباشر والاتفاقية الإطارية وغيرها، ويمكن تسميتهم جميعاً بأساليب تعاقد الجهات العامة. أنظر في الفقه المصري:

القطار، فؤاد، وسائل تعاقد الإدارة: نظرية المناقصة والممارسة، مجلة مجلس الدولة المصري، المجلد 5، يناير 1954، الصفحة 251.

<sup>3</sup> المادة 14، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 1964/37.

<sup>4</sup> المادة 3-أولاً، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 2016/49.

راجع في التخطيط للمشتريات العامة، لدى:

VANDERSTRAETEN, MAXIME. "LE PLANNING DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS.", CHRONIQUE DES MARCHÉS PUBLICS, 2019 – 2020. Voir: [https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A237065/datastream/PDF\\_01/view](https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A237065/datastream/PDF_01/view) (29-3-2023).

تخضع -بالطبع- لمبدأ وجوب القيام على سببٍ صحيحٍ ولغاية تحقيق المصلحة العامة كما تؤكد محكمة التمييز<sup>1</sup>.

وبغرض القيام بعمل التخطيط بشكلٍ مُتخصِّصٍ، فقد فرَضَ المشرع على كلِّ جهةٍ عامةٍ تطلُّبُ الشراء، أن يَكُونُ لديها وحدةٌ خاصَّةٌ بعمليات التخطيط، تُسَمَّى: "الوحدة التنظيمية"<sup>2</sup>.

وقد أوكل المشرع إلى هذه الوحدة مهام التخطيط لعمليات الشراء التي تطلُّبُها الجهة العامة، والإعداد لتلك العمليات، وقد سمَّح القانون لهذه الوحدة -استثناءً عن الأصل العام- تنفيذ المناقصات، لكن مع مراعاة السلطات المركزية التي يجب أن تمنح الإذن بذلك.

وبعد تحليل موقف المشرع الكويتي في القانون 1964/37 والقانون 2016/49؛ نجدُ أنَّ قواعد كِلَا القانونين الكويتيين القديم والجديد، قد فرَضَت على الجهة العامة ذات الشأن مهمَّة التخطيط لعملية الشراء، والفرق الوحيد بين القانونين هو في الحقيقة فرقٌ شكليٌّ يتمثَّل في زيادة درجة التخصُّص الإداري، عبر إنشاء وحدةٍ تنظيميةٍ خاصَّةٍ بالتخطيط<sup>3</sup>.

وفي الواقع، يُساعدُ تخطيط الجهة العامة في تسهيل مهام شركات المقاولات؛ لأنَّ هذه الجهات تُعتَبَرُ مُتخصِّصةً في مجال عمَلِها ويمكن لها أن تُعرِّفَ إمكانات شركات المقاولات الوطنية أو الأجنبية<sup>4</sup>، وتحمي المنافسة في هذا المجال<sup>5</sup>، ثم تقوم بتصميم المناقصة بشكلٍ يخدم المصلحة العامة وفق ما هو متوقَّفٌ في السوق. لكن سلطة الجهة العامة ذات الشأن في مجال التخطيط تَبْقَى سلطةً لامركزيةً تحضيريةً تماماً مثل سلطة قرار التعاقد<sup>6</sup>، لا تتدخَّل في تنفيذ المناقصات العامة إلا بإذن السلطة المركزية.

<sup>1</sup> محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم 1079، لسنة 2012، جلسة 2015-1-14.

<sup>2</sup> المادة 3-أولاً-2، قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 2016/49.

<sup>3</sup> تُساهم هذه الوحدة في التخطيط السليم لعملية الشراء، ممَّا يُقلِّل من احتمال تأخير المقاول في تنفيذ الشراء، ومن احتمال حدوث منازعةٍ معه أو إيقاع جزاءاتٍ عليه. راجع في الفقه المصري:

جفال، زياد محمد سلامة، الجزاءات الضاغطة والآثار المترتبة عليها في نظام عقود الإدارة الإماراتي: دراسة مقارنة بقانون المناقصات والمزايدات المصري، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، المجلد 42، العدد 1، مارس 2018، الصفحة 183.

<sup>4</sup> راجع في المنافسة بين هذَّين النوعين، لدى:

زناقي، سليمان، إشكالية قياس فعالية المقاول في ظل المنافسة الأجنبية، دراسة واقع المقاول في التنمية المحلية لولاية عين تموشنت، الجزائر، 2008، الصفحة 379.

<sup>5</sup> الرشدي، عبد الله، حماية المنافسة في المناقصات العامة بدولة الكويت، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، المجلد 43، العدد 1، مارس 2019، الصفحة 211.

أنظر في تجربة دولة ليتوانيا الأوروبية، لدى:

Andhov, Marta, and Deividas Soloveičik. "The relationship between initial tender and mini-competition: EU and Lithuanian perspectives on framework agreements." Teisė 121 (2021), page 45.

<sup>6</sup> راجع في الفقه المصري:

### ثانياً: الإعداد لعمليات الشراء العامة (لجنة الشراء في الجهة العامة)

أكد قانون المناقصات القديم رقم 1964/37 على مهمة الجهات العامة ذات الشأن بعملية الشراء؛ بوضع الرسوم والجداول والتفاصيل المطلوبة في المناقصة والعقد الخاص بها، وجزاءات مخالفة هذا العقد<sup>1</sup>. وتطويراً لهذه القاعدة، فقد أنشأ القانون الجديد رقم 2016/49 لجنة خاصة في الجهة العامة ذات الشأن، تحت مسمى: "لجنة الشراء"<sup>2</sup>.

ومن أهم المهام التي أوكلها المشرع إلى هذه اللجنة، ما يلي:

- إعداد الدعوات والإعلانات المقترحة للمناقصة<sup>3</sup>.
- دراسة وتقييم العطاءات<sup>4</sup> والعروض بغرض تقديم التوصيات بشأنها<sup>5</sup>.
- اقتراح وثائق العقود<sup>6</sup>.
- طرح المناقصات استثناءً، وتلقي العطاءات، والبت فيها، وترسية المناقصات<sup>7</sup>، كل ذلك - طبعاً - بعد أخذ إذن الجهة المركزية.

وبعد تحليل موقف القانونين 1964/37 و 2016/49، وجدنا أن كلاً القانونية يعترفان الجهة العامة جهة اقتراح لامركزية، رغم أنها هي الجهة صاحبة الشأن بالشراء.

فعلى الرغم من أن لجنة الشراء في الجهة العامة هي الأقرب في الواقع من بيئة شركات المقاولات، وهي الأكثر قدرة على تقدير الموقف، إلا أنها تبقى جهة ناقصة الأهلية بنظر المشرع الكويتي.

بدليل أن المشرع قد أصرَّ على الهوية التحضيرية للجهة العامة كجهة لامركزية، دون منحها أية صلاحية مباشرة لتنفيذ عملية الشراء، إلا على سبيل الاستثناء.

الجمدي، حلمي مجيد محمد، المناقصة العامة أحد أساليب التعاقد الإداري، مجلة العدالة، وزارة العدل الإماراتية، المجلد 14، العدد 51، عام 1987، الصفحة 7.

<sup>1</sup> المادة 14، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 1964/37.

<sup>2</sup> المادة 3-ثانياً، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 2016/49.

<sup>3</sup> المادة 3-ثانياً-أ، قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 2016/49.

<sup>4</sup> وذلك وفق الشروط المطلوبة في مقدم العطاء. أنظر:

الرشيدي، عبد الله، شروط مقدم العطاء في المناقصات العامة طبقاً للقانون رقم 49 لسنة 2016 في دولة الكويت، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، العدد 69، أغسطس 2019، الصفحة 536.

<sup>5</sup> المادة 3-ثانياً-ج، قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 2016/49.

<sup>6</sup> المادة 3-ثانياً-د، قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 2016/49.

<sup>7</sup> المادة 3-ثانياً-ب، قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 2016/49.

وهكذا، يَظْهَرُ بشكلٍ حاسمٍ أنَّ أهلية الجهة العامة ذات الشأن بالشراء هي أهليةٌ ناقصةٌ، تَنَحَّصِرُ في تنفيذ إجراءات المناقصة بعد إذن السلطات المركزية أو في حالات استثنائيةٍ ضيقةٍ فقط.

ولا يُعَيَّرُ من الأمر شيئاً أنَّ الجهة العامة صاحبة الشأن هي مَنْ تقوم بتوقيع العقد مع المناقص الفائز بعد انتهاء إجراءات المناقصة<sup>1</sup>، والسبب هو أنَّ هذا التوقيع هو إبرامٌ شكليٌّ للعقد بعد تنفيذ الجهة المركزية للمناقصة.

وهنا نتساءل:

إذا كانت الجهة العامة ذات الشأن بالشراء غير ذات أهليةٍ لتنفيذ عملية الشراء، فَمَنْ هي الجهات المختصة بذلك؟ من هي تلك الجهات المركزية؟

**المطلب الثاني: صلاحية تنفيذ إجراءات المناقصة العامة (القرار المركزي)**

لا تَنَحَّصِرُ الجهات المركزية التي تُقُومُ على تنفيذ إجراءات المناقصات في جهةٍ واحدةٍ، بل تتنوع مع مراحل هذا التنفيذ.

ولهذا، تنقسم الجهات المركزية الموكلة بموجب القانون لتنفيذ إجراءات المناقصة العامة إلى جهةٍ استشاريةٍ أولاً، وجهاتٍ تنفيذيةٍ ثانياً<sup>2</sup>.

**أولاً: الجهة الاستشارية المركزية في المناقصات العامة (إدارة نظم الشراء في وزارة المالية)**

تُعتَبَرُ المناقصات العامة من أكثر عمليات الشراء تعقيداً؛ لأنَّها تحتوي على عناصرٍ ماليةٍ وقانونيةٍ يجب التنسيق فيما بينها<sup>3</sup>، حيث إنَّ الشراء يجب أن يكون ضرورياً ومُنضَبِطاً في أفضلِ مواصفاتٍ وأقلِّ سعرٍ. لهذا، يجب -قبل حتى البدء حتى بتحضير المناقصات- أن يكون هناك جهةٌ استشاريةٌ تقوم بدور التوجيه المُتخصِّص في مرحلة ما قبل المناقصة العامة.

<sup>1</sup> المادة 68، قانون المناقصات العامة، رقم 2016/49.

<sup>2</sup> رغم أن هذه المراحل القانونية قد تؤدي إلى تعقيد العمل الإداري بدل إصلاحه. راجع:

Deham, Madicken, and Christophe Thiebaut. "La réforme de la législation des marchés publics en 2017: simplification administrative ou complexification?". voir:

[https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=thesis%3A25723&datastream=PDF\\_01&cover=cover-mem](https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=thesis%3A25723&datastream=PDF_01&cover=cover-mem) (29-3-2023).

<sup>3</sup> راجع في الصعوبات المالية، لدى:

العماري، زكريا، مفهوم الصعوبات المالية المبررة لإخضاع المفاوضة لإجراءات التسوية الودية، مجلة القضاء المدني، المغرب، السنة 1، العدد 2، خريف 2010، الصفحة 86.

وفي قانون المناقصات القديم 1964/37 كانت لجنة المناقصات المركزية تحتوي على عضوٍ من وزارة المالية والصناعة<sup>1</sup>، بغرض الحصول على رأيٍ مُتخصِّصٍ، كما أنَّ تصنيف المقاولين كان يأخذ برأي عضوٍ من ذات الوزارة<sup>2</sup>.

لكن المشرع وجد أنَّ عضوية وزارة المالية في اللجنة المركزية لا تكفي، لذا ارتأى أن تكون هناك مرحلة سابقة على مرحلة التخطيط والإعداد، وهي مرحلة وضع السياسات العامة، وقد أوكل القانون هذه المهمة إلى إدارة مركزية جديدة أسماها: "إدارة نظم الشراء بوزارة المالية"<sup>3</sup>.

تختصُّ هذه الإدارة بشكلٍ أساسيٍّ بوضع السياسات العامة التي يجب تطبيقها على إجراءات تنفيذ المناقصات العامة جميعها، ولهذا تُعتبرُ هذه الإدارة ذات طبيعةٍ مركزيةٍ.

ومن مهام هذه اللجنة -التي تظهِرُ طبيعتها المركزية أيضاً- ما يلي:

- إعداد النُظم الخاصة بشراء الجهات العامة كافة<sup>4</sup>، الأمر الذي يُقيِّدُ الجهات العامة اللامركزية لدى قيامها بالإعداد والتخطيط.
- إبداء الرأي بنماذج المناقصات وصياغة العقود النموذجية<sup>5</sup>، وهذا يُمثِّلُ مراجعةً لعمل الجهات العامة اللامركزية.
- جمع المعلومات بخصوص الشراء العام<sup>6</sup>، وهذا يعيِّن الرقابة على تطبيق إجراءات المناقصات العامة.
- متابعة تطبيق قانون المناقصات العامة<sup>7</sup>، وهو ما يَضَعُ الجميع تحت رقابة إدارة نظم الشراء المالية هذه.
- تطوير عمليات الشراء العام باستخدام التكنولوجيا<sup>8</sup>.
- إعداد برامج التدريب لتطوير الكوادر<sup>9</sup>.

بناءً عليه، فإنَّ المشرع في القانون الجديد قد أنشأ إدارةً ماليةً تزيد من تركيز العمل الحكومي خلال مرحلة الإعداد للمناقصة العامة، وبعد أن يتمَّ البدء بتنفيذها.

رغم أنَّ إدارة نظم الشراء في وزارة المالية تُعتبرُ جهة حكومية ذات خلفية مالية وليس استثمارية، لهذا فإنَّ كل ما يُهمُّها هو ترشيد الإنفاق العام، وهكذا قد تُعاني شركات المقاولات في الكثير من الأحيان من ضعف الثقافة

<sup>1</sup> المادة 4-ب، قانون المناقصات العامة الكويتي القديم، رقم 37، لعام 1964.

<sup>2</sup> المادة 5-7، قانون المناقصات العامة الكويتي القديم، رقم 37، لعام 1964.

<sup>3</sup> المادة 9، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

<sup>4</sup> المادة 9-أ، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

<sup>5</sup> المادة 9-ب، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

<sup>6</sup> المادة 9-ج، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

<sup>7</sup> نفس المادة.

<sup>8</sup> المادة 9-د، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

<sup>9</sup> المادة 9-هـ، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

الاستثمارية الحكومية، التي تنعكس على ما يُسميه بعض الفقهاء: "اللغة التعاقدية" في المفاوضات مع الجهات الحكومية<sup>1</sup>.

وهذا ما يجعل الشركات تحت خطر ضعف الأرباح أو تعديل العقد<sup>2</sup> أو حتى إنهائه<sup>3</sup>؛ الأمر الذي يزيد من منازعات المفاوضات<sup>4</sup>.

أما تنفيذ إجراءات المناقصة، فهي ترجع للجهة العامة المركزية الأكثر نفوذاً وفق الصلاحيات الممنوحة من المشرع كما سنرى.

ثانياً: الجهات التنفيذية المركزية في المناقصات العامة (الجهاز المركزي للمناقصات العامة وديوان المحاسبة)

كان المشرع الكويتي صريحاً في تبني النهج المركزي بخصوص تنفيذ إجراءات المناقصة العامة؛ حيث جاء في قانون 1964/37 نص صريح بتشكيل لجنة المناقصات المركزية المُلحقة بمجلس الوزراء، ومنحها صلاحية تلقي العطاءات الخاصة بجميع المناقصات العامة والبت فيها وترسيبها على أصلح عطاء<sup>5</sup>، وقد أكدت على ذلك محكمة التمييز<sup>6</sup>.

وقد كان يُتوقع أن يُخفف المشرع الكويتي من هذا النهج المركزي، إلا أن جميع الصلاحيات للامركزية التي منحها في القانون الجديد للجهات العامة ذات الشأن كانت على سبيل الاستثناء وبعد إذن الجهة المركزية الأساسية، وهي: "الجهاز المركزي للمناقصات العامة".

هذا الجهاز هو جهة مركزية عامة منحة قانون 2016/49 الشخصية الاعتبارية بميزانية مُلحقة بمجلس الوزراء، على أن يكون من مهامها<sup>7</sup>:

<sup>1</sup> JOBIDON, Gabriel, et. al., Comparison of Quebec's Project Delivery Methods: Relational Contract Law and Differences in Contractual Language, *Laws Journal*, Vol. 8, No. 9, 2019, page 28.

<sup>2</sup> عوض، فؤاد نصر الله، سلطة الإدارة صاحبة المناقصة في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، العدد 55، أبريل 2014، الصفحة 376.

<sup>3</sup> للتوسع في هذا الموضوع، راجع:

سمشة، عبد الحليم وبوشلوح، معمر، عقد المفاوضة وتحليله طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة محمد بو ضياف - المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، نوقشت عام 2018.

<sup>4</sup> أنظر في تجربة هونغ كونغ، لدى:

CHAN, Caroline T. W., Mitigation of Construction Disputes through Relational Contracting in Public Projects in Hong Kong, In: Kimberly Hall, *Construction Projects*, Nova Science Publishers, Inc., New York, 2017, page 137.

<sup>5</sup> المادة 1، قانون المناقصات العامة الكويتي القديم، رقم 37، لعام 1964.

<sup>6</sup> محكمة التمييز الكويتي، طعن رقم 240، لسنة 2012، تاريخ 2014-12-31.

<sup>7</sup> المادة 1-4، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

- طرح المناقصات العامة، وهي صلاحيةٌ جديدةٌ قد زادت من تركُّز الصلاحيات حتى عن القانون القديم.
- تلقّي العطاءات، وهي صلاحيةٌ ملحقَةٌ بطرح المناقصة.
- البتُّ في العطاءات بشكلٍ أوليٍّ.
- ترسية المناقصة على المناقِص الفائز.
- إلغاء المناقصة في حال وجود مخالفات.
- تمديد العقود الإدارية، وغيرها من المهام.

وهذا يعني أنّ المشرع قد قيّد سلطة الجهة العامة اللامركزية من خلال:

- استبقاء مبدأ "آلية المناقصة": حيث تكون فيه السلطة الإدارية اللامركزية مُقيّدةً في ترسية المناقصة؛ فلا يجوز استبعاد العطاءات إلا لسببٍ مشروعٍ كما أكدت محكمة التمييز<sup>1</sup>.
- العزل شبه التام للجهات العامة اللامركزية صاحبة الشأن في عملية الشراء؛ الأمر الذي يوضّح تماماً نقصان أهليّتها للشراء وحصر هذه الأهلية بعد أخذ إذن الجهاز المركزي أو في حالاتٍ استثنائيةٍ.

وقد أضاف القانون الجديد 2016/49 على هذه الصورة شديدة المركزية أمراً آخرًا، هو ضرورة موافقة ديوان المحاسبة على ترسية المناقصة<sup>2</sup> تحت طائلة عدم انعقاد العقد حتى وإن تمّت الترسية الأولية كما أكدت محكمة التمييز<sup>3</sup>، حيث إنّ الترسية وتوقيع العقد مع المناقِص الفائز لا يعني إتمام العقد<sup>4</sup>.

بهذه الطريقة لا تكون الجهات العامّة هي فقط رهنٌ بحُسن تقدير القرار الحكومي، بل أيضاً شركات المقاولات التي قد تُعاني من ممارساتٍ حكوميةٍ روتينيةٍ بطيئةٍ، خاصّةً أنّ هذه الشركات ستتعامل جميعها مع جهةٍ مركزيةٍ واحدةٍ لدى تنفيذ إجراءات المناقصات، وهي الجهاز المركزي، هذا بالإضافة إلى المصاعب العملية التي شكّلتها الجوائح الصحية مؤخرًا<sup>5</sup>.

كلُّ هذه القواعد تؤكّد على نقصان أهلية الجهات العامة للشراء، بدليل وجود جهاتٍ مركزيةٍ وصيةٍ عليها، رغم أنّ هذه القواعد تُعرقّلُ العمل الحكومي، وقد تزيّد من هدر الأموال بدلًا حمايتها، والسبب هو أنّ وجود أيّ مصالحٍ مُتعارضةٍ أو فسادٍ في الجهات المركزية سيُعني هدر المال العام في جميع المناقصات الحكومية.

<sup>1</sup> محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم 625، لسنة 2013، تاريخ 18-4-2014.

<sup>2</sup> المادة 63، قانون المناقصات العامة الكويتي، رقم 49، لعام 2016.

<sup>3</sup> محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم 37، لسنة 1993، تاريخ 1-2-1994.

<sup>4</sup> محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم 523، لسنة 1999، تاريخ 26-4-2004.

<sup>5</sup> زاد من هذه المصاعب أزمة كوفيد-19 مؤخرًا، راجع:

COCOLINI, Federico, et. al., COVID-19 the showdown for mass casualty preparedness and management: The Cassandra Syndrome, World Journal of Emergency Surgery, No. 15, 2020.

حتى أنّ القضاء الأمريكي أشار إلى أنّ المناقصات العامة قد تكون جزءاً من البرنامج الطارئ الخاص بالحكومة. راجع:

"... an emergency government program..." See: Kisor v. Wilkie, Supreme Court of United States, June 26, 2019.

فما هو موقف الأنظمة السعودية المتلاحقة؟

المبحث الثاني: أهلية الشراء الكاملة للجهات العامة (حالة الأنظمة السعودية)

حتى نُحلِّل ونُقيِّم التجربة السعودية مع تنظيم مسألة أهلية الجهات العامة للشراء، علينا بدراسة التطوُّر التنظيمي في المملكة، ابتداءً من نظام المنافسات والمشتريات العامة لعام 1427هـ/2006م الذي كان يَضَعُ حدوداً على السلطات اللامركزية للجهات العامة (المطلب الأول)، ثم نظام المنافسات والمشتريات العامة لعام 1440هـ-2019م الذي قد مَنَحَ هذه الجهات أهلية الشراء الكاملة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحدود التي تُقيِّدُ الجهات المركزية في تنفيذ المناقصات (نظام المنافسات والمشتريات العامة القديم 1427هـ/2006م)

ينقسمُ موقف نظام المنافسات والمشتريات العامة القديم إلى محورين أساسيين: السلطات اللامركزية للجهة العامة صاحبة الشأن أولاً، وسلطة القرار المركزي ثانياً.

أولاً: السلطات اللامركزية للجهة العامة صاحبة الشأن بالشراء

استقرَّ نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي القديم على أسلوب المنافسة العامة، وهو ذات أسلوب المناقصة العامة لكن مع تغيير في المُسمَّى.

حيث جاء في النظام القديم ما يلي:

"تُطْرَحُ جميع الأعمال والمشتريات الحكومية في منافسة عامة عدا ما يستثنى من المنافسة بموجب أحكام هذا النظام"<sup>1</sup>.

والنقطة الهامة في تحديد مقدار سلطات الجهة العامة صاحبة الشأن في الشراء تكمنُ في أنَّ هذه الجهة هي التي تقوم بتنفيذ إجراءات المنافسات العامة.

وفي هذه النقطة نرى أنَّ نظام المنافسات والمشتريات السعودي القديم أكثر لامركزيةً من القانون الكويتي الجديد، الذي سَحَبَ من الجهة العامة صلاحية تنفيذ المناقصات وأوكلها إلى الجهاز المركزي للمناقصات العامة كما مرَّ معنا في المبحث الأول.

أكثر من ذلك، فإنَّ النظام السعودي القديم جاء بقاعدة لامركزيةٍ أخرى، كالتالي:

"يجب على الجهة الحكومية البت في العروض واعتماد الترسية..."<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المادة 6، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي القديم لعام 1427هـ/2006م.

<sup>2</sup> المادة 20، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي القديم لعام 1427هـ/2006م.

بناءً عليه، فإنَّ الجهة العامة للامركزية هي التي تطلب الشراء وتعرض المنافسة على الجمهور، ثم تبتُّ بالعروض، وحتى أنَّ لها أن تَصِلَ إلى مرحلة الترسية<sup>1</sup>.

كلُّ هذه المراحل تجري من سلطةٍ عامةٍ لامركزيةٍ دون تدخلٍ مباشرٍ من أية سلطةٍ مركزيةٍ عليها في النظام السعودي القديم، الأمر الذي يُوَضِّح الاختلاف الجوهرى بين القانون الكويتي الجديد الذي حرَمَ الجهة العامة من أية صلاحياتٍ مُشابهةٍ.

تُرخي الرؤية المرنة للنظام السعودي بآثارٍ إيجابيةٍ على قطاع المقاولات، لأنَّ الشركات تتعامل مع الجهة العامة ذاتها التي ستقوم بالشراء، وهكذا كان النظام القديم حَرِيصاً على أنَّ مَنْ يقوم بالتخطيط والتنفيذ الأولي للمناقصة هو الجهة العامة التي تُعْتَبَرُ أدرياً باحتياجاتها، فيُصْبِحُ التعامل مع شركة المقاولات أكثر مرونةً وتخصُّصاً، ويكون بمقدور الجهة العامة اختيار العطاء الأكثر فائدةً لها<sup>2</sup>.

#### ثانياً: سلطة القرار المركزي في البت بالمنافسة العامة

لم يمنح النظام السعودي القديم الجهات العامة صاحبة الشأن بالشراء أهليةً كاملةً للشراء، وذلك بناءً على القاعدة التالية:

"تكون صلاحية البت في المنافسة وتنفيذ الأعمال للوزير..."<sup>3</sup>.

وهذا يعني أنَّ القرار الحاسم في البتِّ بالمنافسة ليس للجهة اللامركزية، بل لوزير المالية؛ وهذا ما يجعلُ أهلية الشراء لدى الجهات العامة أهليةً ناقصةً.

ففي حال عدم بتِّ الوزير بالترسية الأولية التي قامت بها الجهة العامة، فإنَّ صلاحياتها اللامركزية تكون غير ذات جدوى.

أي أنَّ العمل التنظيمي الذي جاء في نظام المنافسات العامة السعودي القديم، كان يَسْتَهْدِفُ تطبيق اللامركزية خلال مراحل تنفيذ المشتريات العامة، لكنَّه توقَّف عند نقطة القرار النهائي الحاسم في البتِّ بالمنافسة، حيث ذهب هذا القرار إلى أعلى جهةٍ مركزيةٍ، وهي وزير المالية.

<sup>1</sup> للمزيد من المعلومات حول الترسية، راجع:

عوض، فؤاد نصر الله، التكيف القانوني لعملية إصدار قرار التفضيل على إرساء مناقص آخر تقدم بسعر أكبر بموجب أحكام قانون المناقصات العامة الكويتي، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية - جامعة الكويت، المجلد 40، العدد 153، أبريل 2014، الصفحة 19.

<sup>2</sup> أنظر في تجربة دولة إيطاليا الأوروبية، لدى:

Marcarelli, Gabriella, and Andrea Nappi. "Multicriteria approach to select the most economically advantageous tender: The application of AHP in Italian public procurement." Journal of Public Procurement (2019).

<sup>3</sup> المادة 26، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي القديم لعام 1427هـ/2006م.

هذه الرؤية كانت تَنقِصُ من أهلية الجهة العامة للشراء، وتذهبُ بالامتيازات التي تريدها شركات المقاولات من التعامل مباشرةً مع الجهة العامة التي تتعاقد معها.

لذا، فقد وجد المنظم السعودي ضرورة تطوير نظام المنافسات والمشتريات العامة كما سنرى.

المطلب الثاني: تنفيذ إجراءات المناقصة العامة بقرار لامركزي (نظام المنافسات والمشتريات العامة الجديد 1440هـ/2019م)

حتى نصلَ إلى رؤية عميقة في نظام المنافسات الجديد، علينا تحديد معنى رئيس الجهة الحكومية أولاً، ثم صلاحية القرار اللامركزي ثانياً.

أولاً: معنى رئيس الجهة الحكومية اللامركزية

اعتمدَ نظام المنافسات الحكومية الجديد على شخصية لامركزية هي رئيس الجهة الحكومية، وقد جاء تعريفها في النظام كالتالي:

"الوزير أو الرئيس أو المحافظ أو المسؤول الأول في الجهة الحكومية"<sup>1</sup>.

فإذاً رئيس الجهة الحكومية قد يكون رئيساً لجهة مركزية أو لامركزية؛ لكن كيف يَخدِمُ هذا المصطلح الذي يَحتمِلُ نقيضين خطّة الانتقال نحو اللامركزية في قرار الشراء؟

كيف يَمَنَحُ هذا المصطلح أهلية الشراء للجهة العامة؟

ببساطة، فإنَّ رئيس الجهة الحكومية قد يكون هو رئيس الجهة الحكومية اللامركزية طالبة الشراء؛ كالجامعة، أو المؤسسة، أو الشركات الصغيرة والمتوسطة<sup>2</sup>، غيرها.

بناءً عليه، فقد ساوى نظام المنافسات الجديد بين رئيس الجهة المركزية الذي يَطْلُبُ الشراء لمصلحة جهته مباشرةً وبين رئيس الجهة اللامركزية الذي يطلب كذلك الشراء لمصلحة جهته مباشرةً.

فيما تحكّم قواعد الترسية والبتُّ النهائي بالمنافسات على مستوى أهلية الجهات العامة اللامركزية للشراء.

ثانياً: صلاحية القرار اللامركزي بالشراء

<sup>1</sup> المادة 1، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>2</sup> راجع في هذه الجزئية لدى:

Feige, Jimmy, Jean-Claude Lopez, and Georges Bidi. "Marchés publics et éducation nationale: vers un modèle de PME de négoce «responsable» contraint?." Question (s) de management 1 (2018), page 27.

استقرَّ نظام المنافسات السعودي الجديد على أسلوب المنافسات العامة لتنفيذ جميع مشتريات الجهات العامة كقاعدةٍ أساسية<sup>1</sup>.

وقد جاء في نظام المنافسات الجديد قاعدةٌ تُنظِّم المسائل التحضيرية للمنافسات العامة، كالتالي:  
"على الجهة الحكومية التخطيط المُسبق لأعمالها ومشترياتها والتنسيق مع الوزارة في توفير الاعتمادات المالية لها..."<sup>2</sup>.

فإذاً، تكون صلاحية التخطيط للجهة العامة صاحبة الشأن بالشراء، لا يُقيِّدُها بذلك سوى ضرورة التنسيق مع وزارة المالية لتوفير الاعتمادات.

والتنسيق هنا لا يعني أن للوزارة قَرَضَ رأيها على الجهة العامة، بل وَضَعُ الإمكانات المتوقَّرة لتنفيذ رؤية هذه الجهة.

وبعدها، تقوم الجهات العامة بطرح منافساتها العامة عبر بوابة إلكترونية<sup>3</sup>، وفي ذلك جاءت القاعدة التالية:  
"تُحدِّد الجهة الحكومية في وثائق المنافسة معايير تقييم ومقارنة وقبول العروض"<sup>4</sup>؛ وهذا يَعْنِي أَنَّ الجهة العامة هي التي تُقَرِّر وثائق المنافسة<sup>5</sup>، ولا تَقْتَرِح ذلك فقط وفق القانون الكويتي الجديد كما مرَّ معنا.

ثم تقوم الجهة الحكومية بفتح العروض المُقدَّمة أو تفويض لجنةٍ أو أكثر لهذه المهمة<sup>6</sup>، وكذلك الأمر بخصوص فحص العروض<sup>7</sup>، وأخيراً تُعلنُ الجهة الحكومية شخصياً نتائج المناقصة<sup>8</sup>.

أمَّا القاعدة الجوهرية الحاسمة في منح الجهة العامة أهلية الشراء، فقد جاءت كما يلي:

"تكون صلاحية البت في المنافسات لتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات والتكليف بالأعمال الإضافية لرئيس الجهة الحكومية"<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المادة 28، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>2</sup> المادة 1-12، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>3</sup> المادة 16، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>4</sup> المادة 24، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>5</sup> يُولي القضاء الأمريكي اهتماماً كبيراً لاستكمال الوثائق الخاصة بالمناقصات العامة التي تُودَع في السجلات الإدارية لدى تنفيذ هذه المناقصات.

راجع: *AgustaWestland North America, Inc. v. US, United States Court of Appeals, Federal Circuit, January 23, 2018.*

<sup>6</sup> المادة 43، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>7</sup> المادة 1-45، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>8</sup> المادة 49، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

<sup>9</sup> المادة 1-54، نظام المنافسات والمشتريات العامة السعودي الجديد لعام 1440هـ/2019م.

وهكذا، لم يتزك النظام الجديد أيّ مجالٍ للغموض أو النقاش، حيث منَحَ الجهة العامة اللامركزية -مُمثلةً برئيسها- سلطة اتّخاذ القرار بالشراء بشكلٍ مستقلٍ عن أية سلطةٍ مركزية<sup>1</sup>؛ وهو الأمر الذي يُعالج الكثير من الإشكاليات التي تنشأ من الممارسة الواقعية للمشتريات العامة<sup>2</sup>.

وبهذه الطريقة، لم يعد أمام شركات المقاولات أية عراقيلٍ مركزيةٍ أمام قرارات الجهات الحكومية، وهو ما يخلُق البيئة الاستثمارية المثالية لقطاع المقاولات في التعامل مع الجهات الحكومية مباشرة<sup>3</sup>، والإسراع بتنفيذ مخططات التنمية.

لكن يجب أن تترافق كلُّ تلك الظواهر اللامركزية طبعاً مع رفع مستوى المعايير المهنية والأخلاقية لدى موظفي الجهات العامة<sup>4</sup>، ويمكن ذلك عبر تطبيق برنامج الحوكمة الرشيدة، ودمج المشتريات العامة بالحكومة الإلكترونية لتنفيذ التعاقدات بشكلٍ إلكتروني<sup>5</sup>.

#### الخاتمة:

مع نهاية البحث، فقد ظهرَ لنا أنّ القانون الإداري الذي يَصُغُ نُصَبُ عَيْنَيْهِ المصلحة العامة بشكلٍ مُبالغٍ فيه، لا يَضُرُّ فقط بالمصلحة العامة، بل أيضاً المصلحة الخاصة في نفس الوقت.

فإذا نظرنا إلى قانون المناقصات الكويتي، فإنَّ حرمان الجهات العامة من أهلية الشراء عبر المناقصات العامة، سيجعل العمل الحكومي بطيئاً من جهة، وسيؤدّي إلى عدم رغبة شركات المقاولات بدخول السوق وضعف بنية هذا القطاع من جهةٍ أخرى.

<sup>1</sup> أو كما وصَفَ القضاء الأمريكي، وجوبَ منح المدير السلطة لإصدار قرارات نهائية منصفة وعادلة في المسائل الإدارية بدلاً تقييده بالجهات المركزية. أنظر:

"... the Director may unilaterally issue final decisions awarding legal and equitable relief in administrative adjudications". See:

Seila Law LLC v. Consumer Fin. Protection Bureau, Supreme Court of United States, June 29, 2020.

<sup>2</sup> راجع:

Bosio, Erica, Simeon Djankov, Edward Glaeser, and Andrei Shleifer. "Public procurement in law and practice." American Economic Review 112, no. 4 (2022), page 1091.

<sup>3</sup> خاصّةً أن هناك ارتباطاً بين الطبيعة التجارية لشركة المقاولات وبين المقاولات العامة، راجع:

رقيب، الحسن، الأصل التجاري والمقاولات العمومية: مقارنة أولية من خلال الكتاب الثاني من مدونة التجارة، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، المغرب، العدد 46، عام 2018، الصفحة 29.

<sup>4</sup> KELLY, David, "Legal, Ethical, and Practical Considerations of Postbid Negotiations in the Award of Building Construction Subcontracts", Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, Vol. 8, No. 4, November 2016

<sup>5</sup> راجع في هذا الموضوع لدى:

Alomar, Mohamad Amin, and Christian de Visscher. "L'e-public procurement: quels facteurs déterminent son acceptation par les PME et par les grandes entreprises en Belgique?." Revue Internationale des Sciences Administratives 85, no. 2 (2019), page 369.

أي أنّ القواعد الإدارية الصارمة المبالغ فيها التي تُنظّم المناقصات، تؤدي إلى فشل العمل الحكومي المرتبط بالمصلحة العامة، وخسارة قطاع المقاولات المرتبط بالاستثمار الخاص.

أكثر من ذلك، هو أنّ هذه الصرامة لا تضمن حماية المال العام، لأنّ المركزية الشديدة باتخاذ القرار قد يتمّ اختراقها؛ وهكذا يمكن أن تنشأ ممارساتٍ مثل تعارض المصالح أو الفساد في الجهات المركزية التي تتخذ القرار لدى تنفيذ إجراءات المناقصات العامة في جميع جهات الدولة.

### النتائج

- كلما زادت مركزية القرار الإداري بالشراء تقلّ أهلية الجهة العامة، والعكس صحيح.
- يتمّ تنفيذ المشتريات العامة عبر أسلوب المناقصات كقاعدة عامة في القانون الكويتي.
- استمرّ المشروع الكويتي على نهج المركزية الإدارية الشديدة لدى تنفيذ إجراءات المناقصة العامة.
- لا يساهم النهج المركزي في تنشيط عمل شركات المقاولات، بل يجعل من هذا القطاع الاستثماري شبه مُعطّل.
- يقتصر دور الجهات اللامركزية صاحبة الشأن بالشراء في التخطيط والاقتراح للمناقصة.
- تتشكّل الصلاحيات الإدارية المركزية وفق القانون الكويتي الجديد في يد كلٍّ من:
  - إدارة نظم الشراء في وزارة المالية كجهة استرشادية ورقابية مركزية، ثم
  - الجهاز المركزي للمناقصات العامة بغرض تنفيذ المناقصة بشكل مركزي، ثم
  - ديوان المحاسبة بغرض المصادقة النهائية المركزية على ترسية المناقصة على المناقص الفائز.
- يظنّ من صرامة القواعد المركزية في القانون الكويتي أنّ الجهات العامة لا تحظى بأهلية شراء كاملة.
- منّح نظام المنافسات السعودي القديم للجهة العامة صاحبة الشأن صلاحيات لامركزية في الإعلان والترسية الأولية للمنافسة، لكنّه منح الصلاحية الحاسمة في البتّ بالمناقصة للوزير وهو سلطة مركزية، الأمر الذي أنقص من أهلية الجهة العامة للشراء في النظام القديم.
- منّح نظام المنافسات العامة الجديد أهلية الشراء الكاملة للجهات العامة؛ الأمر الذي يساهم في تنمية قطاع المقاولات، والإسراع بتنفيذ مخطّطات التنمية.
- القرار اللامركزي المنضبط هو القرار الإداري المثالي لشراء الجهات، ذلك بما يكفل الرقابة ويضمن المحاسبة.

### التوصيات:

نقترح ما يلي بخصوص قانون المناقصات العامة الكويتي:

- إلغاء الجهاز المركزي للمناقصات العامة.

○ منح الجهات العامة صاحبة الشأن كافةً صلاحيات الجهاز المركزي تحت رقابة إدارة نظم الشراء في وزارة المالية.

○ منح ديوان المحاسبة صلاحية مراجعة إجراءات المناقصة، وليس المصادقة على الترسية.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع باللغة العربية

- جفال، زياد محمد سلامة، الجزاءات الضاغطة والآثار المترتبة عليها في نظام عقود الإدارة الإماراتي: دراسة مقارنة بقانون المناقصات والمزايدات المصري، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، المجلد 42، العدد 1، مارس 2018.

- الحمدي، حلي مجيد محمد، المناقصة العامة أحد أساليب التعاقد الإداري، مجلة العدالة، وزارة العدل الإماراتية، المجلد 14، العدد 51، عام 1987.

- الرحو، محمد سعيد، التعاقد عن طريق المناقصات: دراسة تحليلية مقارنة، الملتقى العربي الثالث: الاتجاهات الحديثة لإدارة المشتريات والمخازن، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، عام 2004.

- الرشيد، عبد الله:

• حماية المنافسة في المناقصات العامة بدولة الكويت، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، المجلد 43، العدد 1، مارس 2019.

• الرشيد، عبد الله، شروط مقدم العطاء في المناقصات العامة طبقاً للقانون رقم 49 لسنة 2016 في دولة الكويت، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، العدد 69، أغسطس 2019.

- رقيب، الحسن، الأصل التجاري والمقاولات العمومية: مقارنة أولية من خلال الكتاب الثاني من مدونة التجارة، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، المغرب، العدد 46، عام 2018.

- زناقي، سليمان، إشكالية قياس فعالية المقاول في ظل المنافسة الأجنبية، دراسة واقع المقاول في التنمية المحلية لولاية عين تموشنت، الجزائر، 2008.

- سمشة، عبد الحليم وبوشلوح، معمر، عقد المقاوله وانحلاله طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف - المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، نوقشت عام 2018.

- العطار، فؤاد، وسائل تعاقد الإدارة: نظرية المناقصة والممارسة، مجلة مجلس الدولة المصري، المجلد 5، يناير 1954.
- العماري، زكريا، مفهوم الصعوبات المالية المبررة لإخضاع المقاول لإجراءات التسوية الودية، مجلة القضاء المدني، المغرب، السنة 1، العدد 2، خريف 2010.
- عوض، فؤاد نصر الله:
- التكيف القانوني لعملية إصدار قرار التفضيل على إرساء مناقص آخر تقدم بسعر أكبر بموجب أحكام قانون المناقصات العامة الكويتي، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية – جامعة الكويت، المجلد 40، العدد 153، أبريل 2014.
  - سلطة الإدارة صاحبة المناقصة في تعديل العقود الإدارية وحق المتعاقد معها في توفير الضمانات المالية له، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، العدد 55، أبريل 2014.
- نبيل، الكط، الإشكاليات التي تطرحها المقاول بين التطبيقات العملية والاختيارات التشريعية، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد 15، ديسمبر 2018.

#### ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

- **Andhov**, Marta, and Deividas **Soloveičik**. "The relationship between initial tender and mini-competition: EU and Lithuanian perspectives on framework agreements." *Teisė* 121 (2021).
- **Bosio**, Erica, Simeon **Djankov**, Edward **Glaeser**, and Andrei **Shleifer**. "Public procurement in law and practice." *American Economic Review* 112, no. 4 (2022).
- **CHAN**, Caroline T. W., *Mitigation of Construction Disputes through Relational Contracting in Public Projects in Hong Kong*, In: Kimberly Hall, *Construction Projects*, Nova Science Publishers, Inc., New York, 2017.
- **COCCOLINI**, Federico, et. al., COVID-19 the showdown for mass casualty preparedness and management: The Cassandra Syndrome, *World Journal of Emergency Surgery*, No. 15, 2020.
- **JOBIDON**, Gabriel, et. al., Comparison of Quebec's Project Delivery Methods: Relational Contract Law and Differences in Contractual Language, *Laws Journal*, Vol. 8, No. 9, 2019.

- **Marcarelli, Gabriella, and Andrea Nappi.** "Multicriteria approach to select the most economically advantageous tender: The application of AHP in Italian public procurement." *Journal of Public Procurement* (2019).

#### ثالثاً: المراجع باللغة الفرنسية

- **Alomar, Mohamad Amin, and Christian de Visscher.** "L'e-public procurement: quels facteurs déterminent son acceptation par les PME et par les grandes entreprises en Belgique?." *Revue Internationale des Sciences Administratives* 85, no. 2 (2019).
- **Deham, Madicken, and Christophe Thiebaut.** "La réforme de la législation des marchés publics en 2017: simplification administrative ou complexification?." voir:  
[https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=thesis%3A25723&datastream=PDF\\_01&cover=cover-mem \(29-3-2023\).](https://dial.uclouvain.be/downloader/downloader.php?pid=thesis%3A25723&datastream=PDF_01&cover=cover-mem (29-3-2023).)
- **Feige, Jimmy, Jean-Claude Lopez, and Georges Bidi.** "Marchés publics et éducation nationale: vers un modèle de PME de négoce «responsable» contraint?." *Question (s) de management* 1 (2018).
- **VANDERSTRAETEN, MAXIME.** "LE PLANNING DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS.", *CHRONIQUE DES MARCHÉS PUBLICS, 2019 – 2020.* Voir:  
[https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A237065/datastream/PDF\\_01/view \(29-3-2023\).](https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A237065/datastream/PDF_01/view (29-3-2023).)

#### رابعاً: الأحكام القضائية

##### 1- محكمة التمييز الكويتية

- طعن رقم 37، لسنة 1993، تاريخ 1-2-1994.
- طعن رقم 523، لسنة 1999، تاريخ 26-4-2004.
- طعن رقم 625، لسنة 2013، تاريخ 18-4-2014.
- طعن رقم 240، لسنة 2012، تاريخ 31-12-2014.
- محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم 1079، لسنة 2012، جلسة 14-1-2015.

## 2- القضاء الأمريكي

- AgustaWestland North America, Inc. v. US, United States Court of Appeals, Federal Circuit, **January 23, 2018.**
- Kisor v. Wilkie, Supreme Court of United States, **June 26, 2019.**
- Seila Law LLC v. Consumer Fin. Protection Bureau, Supreme Court of United States, **June 29, 2020.**

## RISĀLAT AL- AL-QAḌĀ' BY THE CALIPH 'UMAR IBN AL-KHAṬṬĀB'S LETTER TO ABŪ MŪSĀ AL-ASH'ARĪ, IN THE WORKS OF THE CELEBRATED ORIENTALISM SCHOLARS

كتاب القضاء لعمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى واليه أبي موسى  
الأشعري في دراسات المستشرقين.

صالح بن سعيد المعمرى (كلية الحقوق، جامعة الشرقية)

Saleh al Mamari (College of Law, A'sharqiyah University)

هشام بن سعيد بن سيف الغنيمي (قسم المحاسبة والمالية، جامعة الشرقية)

HISHAM SAID SAIF AL GHUNAIMI (A'sharqiyah University)

### الملخص:

اعتنى كثير من المستشرقين بدراسة التاريخ الإسلامي ودراساته، ومن أهم ما تم التعمق فيه في دراساتهم خاصة فيما يتعلق بالسياسة الشرعية الإسلامية رسالة القضاء لعمر بن الخطاب رضي الله عنه التي أرسلها لواليه على البصرة أبي موسى الأشعري. وهذه الرسالة تعتبر من أهم الوثائق التاريخية الإسلامية فيما يتعلق بسياسة القضاء وإدارته وإجراءاته. فانعكست هذه الأهمية على اعتناء المستشرقين لهذه الرسالة بتحقيقها وتحليلها سواء في توثيقها أو في دراسة ممتها والإجراءات والمبادئ القضائية التي فيها، لذا تبرز أهمية هذا البحث في التحليل النقدي لدراساتهم على هذه الرسالة شاملة الدراسة التاريخية واللغوية للرسالة مع مراجعة نقدهم لسندها وممتها، ولتحقيق هذا الهدف حاول الباحث الإجابة على إشكالية البحث وتساؤله وهو: إلى أي مدى تظهر أهمية رسالة القضاء في كتابات المستشرقين ودراساتهم؟ حيث خلص البحث إلى توثيق الرسالة لمن نسبت إليه وهو الخليفة الثاني عمر بن الخطاب، وبيان أنها من أهم وأدق ما كتب في الإجراءات القضائية، ولا عجب حتى في اعتمادها في الدراسات القانونية الحديثة. ويذهب البحث إلى حد تسمية الرسالة خطاباً مفصلاً وعصرياً للغاية، وبالتالي، فإن الورقة توصي بمزيد من لاطلاع العقلاني المتجرد والتحقيق في التاريخ الإسلامي والموروث بحيادية مع تطبيق الإستراتيجية المنطقية العلمية المتطورة وتمحيص الأحاديث الواردة في نطاق دقيق، قد يهدي الباحثين للمزيد من خفايا المعارف.

### Abstract:

Many Western orientalists were interested in Islam and its history. They had critical studies in many of its aspects, especially what was related to Islamic politics. *Risālat al-Qaḍā'* by the Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb (d. 23 AH/644 CE) is one of the most celebrated treasures of Islamic legal judicial doctrine and of Arabic literature. A document, which includes important judicial principles and procedural law. The Orientalists, however, have studied the letter critically and analysed its contents on the basis of their methodologies. An attempt is made in this article to show to what extent these Orientalists approach this Letter. The article is focusing on the works of criticism of the letter, covering the transmission, history, philology and the legal rulings which emanate from the text of the letter. To achieve the above aim, this study answered the question: what is the impact of the letter of al-Qaḍā' on the contemporary studies of the celebrated orientalism scholars? Which led to know that this article that the letter in question can indeed be ascribed to 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, and going so far as to call, the under-discussion letter, a letter so detailed, modern, a treatment of the concept of magistrate and of procedure and hence, it suggests reasonable perusing and investigate of Islamic history and legacy concurring to the cutting edge logical strategy and putting the hadiths contained within the scale of precise, the fashion of the author and sender of messages may direct to more comes about.

**Keywords:** the letter of al-Qaḍā', 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, judiciary system, judicial procedure.

### 1.1 Introduction:

Undoubtedly justice is one of the social obligations in the establishment of equality, social harmony and the promotion of human values. Islam emerged to promote justice in human society and to create the ideal society for human beings. The implementation of justice requires a high quality of judicial procedure. One of the most celebrated treasures of Islamic legal judicial doctrine was the kitāb<sup>1</sup> al-Qaḍā', which 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, the second Caliph of the Islamic State sent to his governor and judge of al-Basra, Abū Mūsā al-Ash'arī. This letter applies the well-accepted principles of judicial theory, practice and procedure, which was sufficient to attract the attention of prominent Muslim scholars and non-Muslim scholars in their studies. Therefore, the present indicated to English readers the method and system used in judicial principles in Islam as well as the impact of this letter on the works and studies of the western scholars and ororientalists.

### 1.2 Rationale:

The rationale for selecting Risālat 'Umar fī al-Qaḍā', 'Umar's letter on the administration of justice, is based on the significance of this document which includes important judicial principles and procedural law, as one of the most celebrated treasures of Islamic legal judicial doctrine and of Arabic literature. Even in this modern age, this letter remains as important as ever for centuries. Its rulings have been included in the curricula of a number of Muslim works and codes of law. As The under-discussion document has attracted the attention of Western scholars, the present research will critically study their conclusions.

### 1.3 Objectives:

1. To assess the impact of 'Umar's letter on al-qaḍā' on the later development of Islamic law.
2. To examine the significance of the letter of al-qaḍā'.
3. To analyse critically the Orientalists approach of this Letter.

---

<sup>1</sup>-The word kitāb generally has two meanings, a letter or a book. In the case of the kitāb under discussion it may be taken in the sense of a letter as the general rule in the use of this word in reference to the Companions' writings. See; Al-A'zami, M.M., Studies in Early Hadith Literature, (Indiana: American Trust Publications, 2001), p. 28.

In achieving the above aims and objectives the study tries to answer the following questions:

- a. What is the impact of the letter of al-qaḍā' on on the contemporary studies of the celebrated orientalism scholars?
- b. What are the reasons for the wide acceptance of 'Umar's letter in historical studies?

#### 1.4 Literature Review:

In view of the great contributions made by the second Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb in his time, special efforts have been made to study his achievements and to this end Muslim scholarship has contributed volumes. Nevertheless, 'Umar's letter has also attracted the attention of Western scholars. Ignaz Goldziher, in his *The Zāhirīs*, mentions very briefly the letter and its authenticity<sup>1</sup>. Meanwhile, D. S. Margoliouth in "Omar's Instructions to the Kadi" in *The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain*, in 1910, critically assesses the authenticity of the letter and remarks that it, "whether genuine or not, is of great importance for the history of Muslim judicial institutions"<sup>2</sup>. One of those orientalists who discussed the letter elaborately in the last century is Emile Tyan, from the Faculty of Law and Economics at Beirut University, in his "Histoire De L'Organisation Judiciaire en Pays D'Islam"<sup>3</sup>. Joseph Schacht in "An Introduction of Islamic Law" briefly studied the letter and gives his comments, which are similar to the arguments of Tyan<sup>4</sup>. In 1984, R. B. Serjeant from the University of Cambridge wrote an article entitled: "The Caliph 'Umar's Letters to Abū Mūsā al-Ash'arī and Mu'āwiyah" in the *Journal of Semitic Studies*<sup>5</sup>. Before Serjeant, Hamidullah examined the criticism of these scholars in relation to the letter and strongly supported its authenticity in his article, "Administration of Justice under the Early Caliphate, Instructions of Caliph 'Umar

<sup>1</sup>-Goldziher, Ignaz, *The Zāhirīs Their Doctrine and Their History* (Leiden: E.J. Brill, 1971), p. 9-10.

<sup>2</sup>-Margoliouth, D. S., "Omar's Instructions to the Kadi", *The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain*, (1910): pp. 307-326.

<sup>3</sup>-Tyan, Emile, *Histoire de L'Organisation Judiciaire en Pays D'Islam* (Leiden: E.J. Brill, 1960), pp. 77-82.

<sup>4</sup>-Schacht, J., *An Introduction to Islamic Law* (Oxford: The Clarendon Press 1964), p. 16.; Schacht, J., "al-Ash'arī Abū Burda", *Encyclopaedia of Islam* (Leiden: E. J. Brill, 1960), vol. 1, pp. 694-695.

<sup>5</sup>-Serjeant, R.B., "The Caliph 'Umar's Letters to Abū Mūsā al-Ash'arī and Mu'āwiyah", *Journal of Semitic Studies*, 29, (1984): pp. 65-79.

to Abū Mūsā al-Ash'arī (17H)<sup>1</sup>. Very close in time and methods to Hamidullah, Guraya did the same in his article, "Judicial Principles as Enunciated by Caliph 'Umar I"<sup>2</sup>.

### 1.5 Research Plan:

This research is divided into an Introduction, five main topics, a Conclusion and a Bibliography. The introduction provides the rationale of this research including its methodology. Section 1 is providing the text of the letter. Section 2 on the historical background. Section 3 analyses in detail the philological discussion related the letter. Section 4 is devoted to the criticism related to transmission of the letter. Section 5 is analysing the discussions against the letter. Finally, the Conclusion summarizes the research and lists the most important findings and recommends related themes for further study.

### 2. The text of the letter:

An attempt is made to translate the Arabic text of this genius document as follow. In this Letter 'Umar ibn al-Khaṭṭāb said:

"In the Name of Allah, the Most Gracious, the Most Merciful,

From the slave of Allah 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, the Leader of the faithful, to Abū Mūsā al-Ash'arī,

Peace be upon you, Verily, I praise to you Allah beside Whom there is no other god.

Having said this. Verily, the administration of justice is a binding ordinance of Allah and the Sunnah of the Prophet<sup>3</sup>, which ought to be followed. If a suit is filed before you, decide on it after careful consideration and execute it, for even the most rightful judgment without execution is useless. Consider both litigants as equal before your court and your attention. Thus, no strong person may have the greater share of your partiality and no weak party may despair of your justice. Proof is the responsibility of the one who claims, and an oath is upon the one who denies.

<sup>1</sup>-Hamidullah, Muhammad, "Administration of Justice under the Early Caliphate, Instructions of Caliph 'Umar to Abū Mūsā al-Ash'arī (17H)" in Journal of the Pakistan Historical Society, 19, (1971): pp. 1-50.

<sup>2</sup>-Guraya, Muhammad Yusuf, "Judicial Principles as Enunciated by Caliph 'Umar I", in Journal of Islamic Studies, 11 (1972): pp. 159-185.

<sup>3</sup>-The Arabic text accepts this meaning as the Sunnah of the Prophet or the sunnah, which means the custom, or the method of people's lives.

Compromise is permissible among Muslims, but not a compromise which legalises what is forbidden or forbids what is lawful. You should not feel prevented by a judgment from returning to the correct opinion when upon reconsideration you have been guided to the correctness of your opinion.

It is better to retract to the right than persist in falsehood. Use your wisdom about matters which perplex you and disturb you and which are neither revealed in the Qur'ān nor experienced by the Sunnah. Study similar cases and evaluate the situation through analogy with similar cases and then compare them with each other. And pronounce the judgment, which you think is most pleasant to Allah and most in conformity with the truth, so follow it and rely on it. Hold the claim of the plaintiff in abeyance or demand proof; assign a term by which it will come to an end.

For this is the better way to remove doubts, clarify obscurities and attain excuse. If he brings his proof, you should allow his claim, otherwise you are permitted to give judgment against him. All Muslims are trustworthy as witnesses against each other, except one who has been whipped for offences with definite penalties, or one who has been proved to have given false witness, or one who is suspected of partiality on the ground of relationship, whether of patronage or of blood. Verily, Allah concerns Himself with your secret character, and postpones suspicions. Avoid uneasiness, annoyance, irritation, and simulation before the litigants in the court of justice, for which Allah will grand you a rich reward and give you a good compensation in the Hereafter. For verily, one whose intention is pure between him and Allah, Allah will protect him in what is between him and the people. Whereas, if a man ostentatiously presents himself to the people in a beautiful form while Allah knows the contrary to be true, Allah dishonours him.

Hence, what do you think of the reward from Allah regarding what he accords here as nourishment and of the treasures of His mercy in the Hereafter?

Salutations!<sup>1</sup>“.

### 3. The historical facts:

'Arnūs, an Egyptian writer, refutes the authenticity of the letter by quoting the historical fact that Abū Mūsā was appointed in Baṣrah by 'Umar ibn al-Khaṭṭāb and Kūfah by 'Uthmān. He goes on to refer to Ibn Khaldūn's report that 'Umar ibn al-Khaṭṭāb sent this letter to his governor in Kūfah (Abū Mūsā); meanwhile the qāḍī

<sup>1</sup>-I strongly depend on the translation of Hamidullah in his article, 'Administration of Justice Under the Early Caliphate', pp. 7-8; and Muhammad, Y.G. in his article, 'Judicial Principles As Enunciated by 'Umar ibn al-Khaṭṭāb' 1', p. 170.

Shurayḥ was, at this time, the judge of Kūfah. But history shows, as ‘Arnūs claims, that Abū Mūsā governed Kūfah in the time of ‘Uthmān and not that of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb; thus, this letter could not have been addressed to him<sup>1</sup>.

Another Egyptian writer, ‘Alī ‘Abd al-Rāziq in his *al-Islām wa Usūl al-Ḥukm*, emphasizes that it was not the intention of the Prophet Muḥammad (ﷺ) to establish a government or a judiciary system; therefore, he disapproved of most of the appointments of governors and judges. The same person performing different duties at the same time, according to some reports, led ‘Alī ‘Abd al-Rāziq to reject all official appointments in particular the one of Mu‘ādh to the Yemen. These reports, in his view, can be described as mere historical fictions because of their contradictions. With regard to the letter in question, in the view of ‘Abd al-Rāziq, Abū Mūsā was the only governor of Basra who was appointed by ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb. He then argues that in ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb’s Caliphate there were no independent judges; likewise, ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb did not have any judges to whom to address such a document<sup>2</sup>.

Tyan argues that the Islamic judicial concepts were more or less the same as the Arabs had used over generation. Hence, the Prophetic practice preserves one from the pre-Islamic times: taḥkīm, arbitration. Concerning the letter in question, Tyan depends on the argument of ‘Abd al-Rāziq and Margoliouth to conclude that Abū Mūsā was sent the letter, for he did not reach the high status on judicial matters which would have been required to understand the letter. In view of this it is difficult to conceive that he has received the letter. Meanwhile, Abū Mūsā’s assignment was administrative rather than judicial, as history indicates that ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb sent him as a governor to Baṣrah, but not as a qāḍī<sup>3</sup>.

Serjeant believes that the dismissal of ‘Ammār ibn Yāsir from Kūfah followed by the appointment of Abū Mūsā strengthens his theory that the social and administrative power of the tribe still validated the role of ‘urf, custom to settle all cases by hereditary tribal arbiters. Therefore, he denies that the office of the qāḍī was an established ordinance, which, he believes, in no way “tallies” with the historical facts<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-‘Arnūs, Maḥmūd, *Tārīkh al-Qaḍā’ fi al-Islām* (Cairo: al-Maṭba’ah al-Miṣriyyah al-Ḥadīthah, 1943), vol. 1, p.15.

<sup>2</sup>-‘Abd al-Rāziq, ‘Alī, *al-Islām wa Usūl al-Ḥukm*, p. 39.

<sup>3</sup>-Tyan, *Histoire de L’Organisation Judiciaire en Pays D’Islam*, 77-82.

<sup>4</sup>-Serjeant, *The Caliph Umar ibn al-Khaṭṭāb’s Letter*, p. 74.

However, Ibn Ḥazm seeks to reject from the letter all aspects which do not confirm its historical references. He apparently believes that the office of qāḍī did exist in the Caliphate of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb.

It is stated that the office of qāḍī was recognised in the lifetime of the Prophet (ﷺ) and there were some appointments of judges to certain places. A host of celebrated scholars agree that the Prophet Muḥammad (ﷺ) established the Islamic State and managed it with his centralised authority. Madīnah also became a model for a new State in Arabia in which three fundamental elements of a State were exercised: national, regional and political authority<sup>1</sup>. The Constitution of Madīnah, the letters sent to the rulers inviting them to Islam, the military actions to protect his State and all of his appointments of governors, judges and military commanders are overwhelming evidence that one of the aims of the Prophet (ﷺ) was to establish a State and to maintain law and order. It is also illustrating the nature of his power as leader of the Islamic State<sup>2</sup>.

The ḥadīth of Mu‘ādh, in which he used his own judgement when he failed to find the evidence in either the Qur‘ān or the Sunnah, is regarded as one of the most important pieces of evidence that the institution of qāḍī was in place<sup>3</sup>, as we see from the dialogue between the Prophet Muḥammad and Mu‘ādh ibn Jabal. It is reported that the Prophet Muḥammad (ﷺ) asked Mu‘ādh ibn Jabal when he sent him to Yemen as a judge: how you will judge? Or what was his resource on which he would rely in giving decisions? In reply Mu‘ādh referred first to the Book of Allah and then to the Sunnah of the Messenger of Allah, failing in both he will use his own ijtihād. Mu‘ādh said: “I shall decide according to the Book of Allah and if there is nothing on the subject in the Book of Allah, then according to the Sunnah of the Prophet of Allah (ﷺ). If nothing is found I will rely on my opinion.”<sup>4</sup>

The report shows the existing of the institution of al-qaḍā’ in the period of the Prophet Muḥammad (ﷺ), al-Bukhārī narrates that the Prophet (ﷺ) instructed

<sup>1</sup>-MacDonald, Duncan B., Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory (London: George Routledge & Sons Limited, 1903), p. 67.

<sup>2</sup>- The numerous works devoted only to the verdicts of the Prophet Muḥammad (ﷺ) show the enrichment of the judiciary in his period. An example of these works is “Aqdiyat Rasūli Allāh, Ṣallā Allāh ‘Alayhi wa Sallam” by Ibn al-Ṭallā ‘(d. 497/1103).

<sup>3</sup>-This tradition has been discussed vary widely by Muslim scholars who differ over the authenticity of this tradition. For more detail see: al-Albānī, Muḥammad, Da‘īf Sunan Abū Dā‘ūd (Beirut: al-Maktab al-Islāmī, 1992), pp. 354-355; Ibn al-Qayyim, I‘lam al-Muwaqqi‘īn, vol. 2, pp. 344-351 (footnote by the editor).

<sup>4</sup>-Al-Sajistānī, Abū Dā‘ūd, Sunan Abi Dā‘ūd (Cairo: Dār al-Ḥadīth, 1988), vol.3, p.302; and: al-Tirmidhī, Muḥammad, Sunan al-Tirmidhī (Makkah: al-Maktabah al-Tijāriyyah, (n. d.)), vol. 3, p.618, (Ḥadīth no. 1331).

Mu'ādh: "Be gentle to them, oppress them not, attract them by good countenance and repulse them not by an ill demeanour."<sup>1</sup>

Abū Mūsā was one of those who were appointed by the Prophet (ﷺ) as a judge in Yemen. It is reported, as in the *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*, that the Prophet (ﷺ) sent both Abū Mūsā and Mu'ādh ibn Jabal as governors to Yemen<sup>2</sup>. This report clearly indicates that both of them administered justice although their essential assignment was to preach Islām.

Abū Mūsā was also known as one of the most distinguished judges appointed by the Prophet (ﷺ), Abū Bakr and 'Umar ibn al-Khaṭṭāb<sup>3</sup>. After investigating the history of 'Umar ibn al-Khaṭṭāb and his system for selecting governors and judges it can be concluded that the system chose only distinguished people with knowledge, honour and power. Ibn Ḥazm maintains that the knowledge of the Companions is recognised in their narrations of aḥādīth for which there is an acceptance from the trust of the Prophet (ﷺ). Ibn Ḥazm comments that the Prophet (ﷺ) never appointed an ignorant person<sup>4</sup>.

The ten years of serving the office of qāḍī, in the prevailing conditions, were enough for qualify Abū Mūsā to understand and apply the thought-provoking legal content of the letter in question.

One fact which should not be forgotten in dealing with the early Islamic office of qāḍī is that the judges at that time also performed different functions besides their duties as a judge. J. Schacht in his "Law and Justice" admits that the qāḍī in the early Islamic period were also given various administrative portfolios such as: military command, political management, the collection of zakāh, charity, kharāj, taxes and the leadership of religious institution. He adds that the qāḍīs were the spokesmen of the people; they played an important part not only in preserving the balance of the State but also in maintaining Islamic civilisation and in time of disorder they constituted an element of stability<sup>5</sup>.

As observed by Khuda Bukhsh, the governor in the Caliphate of 'Umar ibn al-Khaṭṭāb was not merely the Chief Commander of the troops, he was also the head

<sup>1</sup>-Al-Bukhārī, al-Jāmi' al-Ṣaḥīḥ, p.735.

<sup>2</sup>-Al-Bukhārī, al-Jāmi' al-Ṣaḥīḥ, p. 1231 and 1235.

<sup>3</sup>-According to Muḥammad Yūsuf Guraya, the Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb wrote about 425 letters to his officials, Abū Mūsā received seventy of these missives, the highest number received by any of 'Umar ibn al-Khaṭṭāb's officials. See: Guraya, "Judicial Principles as Enunciated by Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb I", p. 159.

<sup>4</sup>-Al-Nabhān, Muḥammad Fārūq, Niẓām al-Ḥukm fi al-Islām, (Beirut: Mu'assasat al-Risālah, 1988), p. 151.

<sup>5</sup>-Schacht, J., "Law and Justice" in The Cambridge History of Islam, vol. 2, p. 558.

of the Government; representing the Caliph in all the religious and judicial functions such as administration of justice, and leadership in the public Prayer<sup>1</sup>.

Tyan has the same opinion:

...the qāḍī became increasingly conscious of the scope of his mission, which consisted of the arbitration of suits between individuals and the safeguarding of the interest of those who required the protection of the state. Thus, the qāḍī became the guardian of the interests of orphans and absentees, whose property was left without provision for its administration. He was notary, the guardian of ownerless property, and the administrator of waqfs, pious endowments. The qāḍī also exercised functions which are actually compatible with the nature of his office, and which required corresponding knowledge. It was normal for qāḍīs to teach law, to write legal treatises, and to issue fatwā<sup>2</sup>.

Another fact to remember is that ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb and his predecessor Abū Bakr attended to the judicial duties and served the office of qāḍī in Madīnah by themselves. Mu‘āwiyah, according to Ibn al-‘Arabī<sup>3</sup>, was the first Caliph to close his door to seekers after justice and to appoint a judge to deal with these people. However, the statement of the Imām Mālik that neither the Prophet (ﷺ) nor Abū Bakr nor even ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb nominated any qāḍīs in their time in power<sup>4</sup>, should apply only to the situation in their capital city Madīnah, as Ibn al-‘Arabī, Ibn ‘Abd al-Barr, Ibn Sahl<sup>5</sup> and Khuda Bukhsh believe. The last of these adds that the judges were appointed only in important towns where a large number of people resided<sup>6</sup>.

Keeping the above background in view, it seems logical that besides being the governor of Baṣra, Abū Mūsā also held the office of qāḍī. Furthermore, there are many cases for which Abū Mūsā consulted the Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb.

According to Muhammad Hamidullah, the letter under discussion seems to have been written at the beginning of the governorship of Abū Mūsā and before the appointment of Ka‘b ibn Sūr as qāḍī, who was appointed as an administrator of

<sup>1</sup>-Khuda Bukhsh, M. A., *The Orient Under The Caliphs*, (Beirut: United Publishers, 1973), p. 111.

<sup>2</sup>-In Surty, M.I., "The Ethical Code and Organised Procedure of Early Islamic Law Courts, with Reference to al-Khassaf's Adab al-Qāḍī" in *Criminal Justice in Islam: Judicial Procedure in the Shari'a*, eds. Muḥammad Abdel Haleem, Adel Omar Sherif and Kate Daniels (London: I.B. Tauris, 2003), p. 154.

<sup>3</sup>-Ibn al-‘Arabī, Muḥammad, *‘Arīḍat al-Aḥwadhī* (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1997), vol. 6, p. 54.

<sup>4</sup>-Wakī, Akhbār al-Quḍāh, vol. 1, p. 111, (footnote).

<sup>5</sup>-Ibid.

<sup>6</sup>-Khuda Bukhsh, *The Orient Under The Caliphs*, p. 130.

justice in the year 18 /639<sup>1</sup>. As a matter of fact, whether this conclusion is true or not, the office of qāḍī was combined with the office of a governor during the time of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb and the governor was the supreme judge in his province. Thus there is nothing confusing or surprising in the discovery that ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb could send instructions for a qāḍī to his wālī. In addition ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb sent more or less the same instructions to his governors Abū ‘Ubaydah, Shurayḥ and Mu‘āwiyah (the “short letter” related al-qaḍā’). Neglecting this fact, might lead us, as with ‘Alī ‘Abd al-Rāziq, to reject all appointments of either governors or judges.

There is no argument that the tribes during the Caliphate of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb played a significant part in assisting the Islamic State. However, proof is needed that the tribe socially and administratively in ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb’s Caliphate still resorted to ‘urf, custom, to settle all cases by hereditary tribal arbitrators. This is in spite of the fact that ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb instructed his governor Abū Mūsā al-Ash‘arī not to allow any person of his province to act as a judge without being authorised<sup>2</sup>. Unlike taḥkīm, ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb acknowledged that it is pointless to pronounce on a case without having the authority to execute it and therefore, any judge should be fully obeyed in his decisions, for even the most rightful judgment without execution is useless<sup>3</sup>. Therefore, the point raised by Serjeant that the tribal arbitrators had their own system of judgment is untenable.

Guraya has commented on the argument of ‘Arnūs that his argument is neither supported by historical survey nor by reason and he was simply overawed by Ibn Khaldūn, whose view is controversial in this matter<sup>4</sup>. Apparently, some modern Muslim writers have been misled into thinking the same thing. Shibli al-Nu‘mani and Anwar Ahmad Qadri in their al-Farooq and Justice in Historical Islam respectively both state that ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb appointed Abū Mūsā al-Ash‘arī as the governor of Kūfah and he addressed him as such in the letter in question<sup>5</sup>. A few pages later Anwar Qadri notes that Shurayḥ, after settling a dispute between the Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb and an Iraqi person, was promoted to the position

<sup>1</sup>-Hamidullah , Muḥammad, “Administration of Justice Under the Early Caliphate: Instructions of Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb to Abū Mūsā al-Ash‘arī 17 A.H.” p. 2.

<sup>2</sup>-Al-Ṣan‘ānī, ‘Abd al-Razzāq, al-Musannaf, ed. Ḥabīb al-‘Azamī (Beirut: al-Maktab al-Islāmī, 1983), vol. 11, p. 328.

<sup>3</sup>-As it is clear in the letter in question.

<sup>4</sup>-Guraya, “Judicial Principles as Enunciated by Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb I”, p. 175.

<sup>5</sup>-Al-Nu‘mani, Shibly, al-Farooq: The Life of Omar the Great (New Delhi: International Islamic Publisher, 1992), p. 259; Qadri, A. Ahmad, Justice in Historical Islam (Lahore: Sh. Muḥammad Ashraf, 1980), pp. 19, 23.

of judge as the qāḍī of Kūfah, and stayed in the same position until the death of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb<sup>1</sup>.

To conclude, there is a substantial list of the early qāḍīs appointed by the Prophet (ﷺ), Abū Bakr, ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb and other Caliphs and this can be provided easily from the available sources. Therefore, the idea that the Prophet’s (ﷺ) authority was not legal, that the first Caliphs did not appoint qāḍīs and that the conception of Islamic life is the product of later people is unreasonable and untenable. Watt in his *Muḥammad: Prophet and Statesman* concludes that the Prophet Muḥammad (ﷺ) established a State Ummah for his economic, social and political system. The membership of this community was a political as well as religious matter<sup>2</sup>.

#### 4. Philological discussions related to the letter:

Goldziher believed, after a critical examination of this letter, that these instructions contain concepts and terms, especially the term qiyās, whose precise definitions became current only at a later period<sup>3</sup>.

Margoliouth, in turn, to refute the text, goes through the letter word by word. Regarding the word al-qaḍā’, he argues that if it refers to the institution of the Qur’ān it should be quoted at least in a text to justify it<sup>4</sup>. The phrase “Sunnah muttaba’ah” cannot have meant any practice of the Prophet (ﷺ) but a practice which was not abrogated by Islam<sup>5</sup>. Furthermore, and because “the Arabic word qis, compare, is used in the letter”<sup>6</sup> which seems to him certainly borrowed from the Jews who had already studied analogy, Margoliouth concludes that the use of these terms and phrases makes it clear that ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb, if these instructions be genuine, must have had a Jewish lawyer at his elbow<sup>7</sup>. The phrase “Equalize all Muslims, as he translates, in your court and your attention” in the observation of Margoliouth is more likely to be a Jewish rule that both litigants should be allowed the same time for their addresses to the court<sup>8</sup>. He adds that the

<sup>1</sup>-Qadri, A. Ahmad, *Justice in Historical Islam*, p. 23.

<sup>2</sup>-Watt, W.M., *Muḥammad: Prophet and Statesman* (London, Oxford and New York: Oxford University Press, 1974), pp. 224-225.

<sup>3</sup>-Goldziher, *The Zahiris*, pp. 9-10.

<sup>4</sup>-Margoliouth, “Omar’s Instructions to the Kāḍīs”, p. 312.

<sup>5</sup>-Ibid, p. 314.

<sup>6</sup>-Ibid, p.320.

<sup>7</sup>-Ibid, p. 320.

<sup>8</sup>-Ibid, p. 318.

text gives a higher place for Muslims over the tolerated sect. He refers the expression “the claimant must produce evidence, from the defendant an oath be exacted” to the Jewish saying: “whoso would get out from his neighbour, on him lies the proof”, and for oaths the Rabbis introduced a somewhat less terrible oath for cases of complete repudiation of a claim<sup>1</sup>. The clause “al-bayyinah ‘alā man idda‘ā” with Margoliouth is almost certainly translated from a Mishnic rule. He also indicates that the word adla or udliya is evidently identical with the Ethiopic adlawā “he pleased” or “he flattered”<sup>2</sup>.

Tyan argues that the terms of the independence of the essential sources in Islamic jurisprudence are as ordered, the Qur’ān, Sunnah, ijmā’ and qiyās this was known decades after the death of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb<sup>3</sup>.

The bad character of Bilāl and his feelings of inferiority, explained by the phrases of adalah, sulḥ and his pride in the office of qāḍī plus the phrase which introduces the Islamic sources and especially analogy qiyās, , in Serjeant’s opinion, evolved in the second century.

Having given these scholars’ opinions, it may be helpful to try to analyse them systematically.

These Western scholars reject the letter as coming from ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb because it contains terms which were not known during the time of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb. The fact is that this letter is considered to be one of the best examples of eloquence in Arabic. It was admired by many authors such as al-Jāḥiẓ, Ibn ‘Abd Rabbuh and al-Mubarrid. The linguistic style and composition of the letter was not new in this period, in which the Holy Qur’ān was sent down as a miraculous language. Some terms such as Ijtihād and Qiyās were well known during the period of the Companions<sup>4</sup>. The author of Manhaj ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb fī al-Tashrī’ indicates in his reply to this claim, “There is no clear evidence to show that some terms did not exist in this period”<sup>5</sup>. Al-Qāsimī Zāfir illustrates that this letter’s being quoted in the work of al-Jāḥiẓ and al-Mubarrid proves its authenticity in the philological sense of its paralleling the language of the time<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-Ibid, p. 318-319.

<sup>2</sup>-Ibid, p. 316.

<sup>3</sup>-Tyan, Histoire de L’Organisation Judiciaire en Pays D’Islam, p. 81.

<sup>4</sup>-Drayb, Sa’ūd, “Risālat al-Farūq li Abū Mūsā al-Asha’rī-raḍiya Allah ‘anhumā-wa al-Mabād’ī al-‘Āmmah fī Uṣūl al-Qaḍā’”, Mijallat al-Buḥūth al-Islāmiyyah, 7, (1983): p. 281.

<sup>5</sup>-Baltājī, Muḥammad, Manhaj ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb fī al-Tashrī’ (Cairo: Dār al-Salām, 2002), p. 432.

<sup>6</sup>-Al-Qāsmī, Zāfir, Niẓām al-Ḥukm fī al-Sharī’ah wa al-Tārīkh al-Islāmī (Beirut: Dār al-Nafā’is, 1978), vol. 2, p. 460.

Although the word *qiyās* is not mentioned in the Holy Qur'ān, it still an Arabic word and was used before 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, as Ahmad Ḥasan in his Article: the Definition of *Qiyās* in Islamic Jurisprudence illustrates from old Arabic poems<sup>1</sup>. It could be concluded that the word *qiyās* was known and used in 'Umar ibn al-Khaṭṭāb's time. Furthermore, Ibn Ḥazm is well known as the famous scholar who opposes this view, but even he never argues that this word is not an Arabic word or that the Prophet (ﷺ) never used it as a word. He nevertheless, reports some traditions containing this word. He reports that Shurayḥ the qāḍī said: "the Sunnah has preceded your *qiyās*," using the word *qiyās*. He and Ibn al-Qayyim quote Ibn Mas'ūd, one of the Companions, using the term *qiyās* in its concrete meaning<sup>2</sup>. Assuming for the sake of argument, Hamidullah states, if the technical term of *qiyās* was invented by the great jurists of the second century of the Hijrah, it does not mean that this word existed in its etymologically earlier sense. This hypothesis, however, is advantageous for the letter under discussion, since it suggests that these jurists were inspired by this earlier word to coin their technical term for the science of jurisprudence and methodology of law<sup>3</sup>.

Regarding the term Sunnah and its usage, the Prophet (ﷺ) states that its value goes side by side with that of the Qur'ān. Sunnah however, was seen to have a stronger base in historical reality and practice, and it was basically in this sense that the word occurred in a reported saying of the Prophet (ﷺ):

"You are to follow, *sunnati*, my Sunnah and the Sunnah of the Rightly-Guided Caliphs after me"<sup>4</sup>.

In another ḥadīth, the Prophet (ﷺ) praises one of his Companions as *aṣabta al-Sunnat* "you have done as my Sunnah has required"<sup>5</sup>. The point, from these two examples, is that the Prophet (ﷺ) uses the same word with the same meaning (which Tyan claims was known, in its technical sense, decades after the death of 'Umar ibn al-Khaṭṭāb). In addition, it is reported that 'Umar ibn al-Khaṭṭāb specifies the Sunnah only to the Prophet (ﷺ), since he explains that the Sunnah means only what has been acted or said by the Prophet (ﷺ)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-Ahmad, Hasan, "The Definition of *Qiyās* in Islamic Jurisprudence" *Islamic Studies*, 19, (1980): p. 1.

<sup>2</sup>-Ibn Ḥazm, *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*, vol. 2, p. 539-542; Ibn al-Qayyim, *ʿIlām al-Muwaqqiʿīn*, vol. 2, p. 105.

<sup>3</sup>-Hamidullah, Muḥammad, "Administration of Justice Under the Early Caliphate: Instructions of Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb to Abū Mūsā al-Ash'arī 17 A.H." p. 37.

<sup>4</sup>-Ibn Ḥanbal, *al-Musnad*, vol. 4, p. 126.

<sup>5</sup>-Al-Bayhaqī, *al-Sunan al-Kubrā*, vol.1, p. 231.

<sup>6</sup>-Ibn Ḥazm, *al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām*, vol, 2, p. 225.

In view of the evidence mentioned above, these principles of Islamic jurisprudence were familiar to Muslims and were already in practice during the life of the Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb. Thus there is no chance for Margoliouth, Tyan and Serjeant to argue that the terms or at least the usage of Sunnah, *ijmā’* and *qiyās* did not exist during the lifetime of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb or that these terms came to light a century after his death.

On the subject of the word *al-qaḍā’*, numerous traditions show that the Prophet (ﷺ) uses this word in its technical meaning before ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb does.

Although he assumes that the Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb employed a Jewish adviser in his office, Margoliouth does not provide any evidence of this to support his assumption. Even if he did, his argument would prove nothing, as Hamidullah points out, since Arabic and Hebrew are both Semitic languages. In addition, the word *qiyās* or its root *qayasa* has been in use in Arabic even before the time of ‘Umar<sup>1</sup>.

### 5. The criticism related to transmission:

In his work *The Zāhirīs*, Goldziher disputes the authenticity of this letter because its *isnād* did not conform to the law of the science of *ḥadīth*; rather it is spurious<sup>2</sup>.

Margoliouth, in comparing the narrations of *al-Jāḥiẓ*, *al-Mubarrid* and *Ibn Qutaybah* (d. 276/ 889), comments that these transmissions were in the oral tradition rather than documented ones<sup>3</sup>. Moreover, none of these narrations has *isnād* except *Jāḥiẓ* which fails, in his view, to take us near the time of the correspondents. He also notes that the author *Qatādah* (d.117/735) was born about twenty years after the death of the correspondents, while *Abū Bakr al-Hudhalī* and ‘*Ubayd Allah ibn Ḥumayd al-Hudhalī*, two of the narrators, are hard to identify<sup>4</sup>.

Tyan, in his arguments about the letter in question, condemned the Muslim scholars for their blind acceptance of the letter<sup>5</sup>. Although one of the most important documents in Islamic Law, this letter was ignored until the fifth century<sup>6</sup>,

<sup>1</sup>-Hamidullah, Muhammad, "Administration of Justice under the Early Caliphate, Instructions of Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb to Abū Mūsā al-Ash‘arī (17H)", p. 28.

<sup>2</sup>-Goldziher, Ignaz, *The Zāhirīs Their Doctrine and Their History*, p. 9-10.

<sup>3</sup>-Margoliouth, "Omar's Instructions to the Kādī", p. 307.

<sup>4</sup>-Ibid, p. 308.

<sup>5</sup>-Tyan, Emile, *Histoire de L'Organisation Judiciaire en Pays D'Islam*, , pp. 78.

<sup>6</sup>-Ibid.

perhaps indicating the rejection of the letter by Ibn Ḥazm, by the early essential sources of the Sunnah and history such as *Muwaṭṭāʾ* by Imām Mālik, the *Musnad* by Imām Aḥmad, the *Ṣaḥīḥayn*, the *Musnad* by Zayd ibn ʿAlī (d. 122/739) and the *Ṭabaqāt* by Ibn Saʿd<sup>1</sup>. Though these sources have mentioned numerous traditions of ʿUmar ibn al-Khaṭṭāb and the matters of qaḍāʾ, all reference to this letter is completely absent. Holding the argument of Margoliouth and comparing this letter and the one sent to Muʿāwiyah led Tyan to infer that this letter is part of an oral tradition, which is likely to have developed. The appearance of this letter in al-Jāḥiẓ and al-Mubarrid’s works is of no significance, because the isnād cannot be trusted<sup>2</sup>.

The views of Serjeant are clear from the title of his article; he makes a comparison between this letter and the one which ʿUmar ibn al-Khaṭṭāb sent to Muʿāwiyah and Abū Mūsā al-Ashʿarī. Serjeant states that “the improved letter”, the long letter to Abū Mūsā, if it is not accepted as being by ʿUmar ibn al-Khaṭṭāb, undoubtedly belongs to the early second century evolved by the ʿUlamāʾ<sup>3</sup>. To support this theory, Serjeant developed a connection between Bilāl (125/742), the grandson of Abū Mūsā, with his companion Qatādah ibn Diʿāmah (117/735) and Sufyān ibn ʿUyaynah (198/813), who reported both letters; this led Serjeant to believe that the fabrication of the letter would have been made before 118/736 or 125/742<sup>4</sup>. In addition to this, Bilāl was known as an unjust qāḍī, who was proud of being a judge and bore a complex of social inferiority, which, Serjeant surmises, may have stemmed from his mother’s ʿUm walad, low birth. The bad character of Bilāl and his inferiority complex can be explained by the phrases ʿadālah, ṣulḥ and his pride in the office of qāḍī together with the modification of Iraq’s laws and urban situation and also the patent link between the letters; all these issues support the belief that the long letter to Abū Mūsā had been framed in the period that Serjeant expected<sup>5</sup>.

## 6. Analysing the discussion against the letter:

After outlining the arguments of the scholars mentioned above, an attempt is next made to analyse these arguments systematically and in order.

<sup>1</sup>-Ibid.

<sup>2</sup>-Ibid, p. 80.

<sup>3</sup>-Serjeant, R.B., “The Caliph ʿUmar ibn al-Khaṭṭāb’s Letters to Abū Mūsā al-Ashʿarī and Muʿāwiyah”, p. 66.

<sup>4</sup>-Ibid, p. 78.

<sup>5</sup>-Ibid, p. 79.

It seems that Tyan and Serjeant base their arguments on the attempt of Margoliouth to weaken the evidence of the transmission of the letter, because they use the same narrations as are used by Margoliouth in his discussion. They both seem to have made no effort to search for other evidence, although this is available – all the data are easy to collect.

Typically, in their common discussion, the Orientalists argue that Umar ibn al-Khaṭṭāb's letter was first recorded in the sources in the third century A.H. by al-Mubarrid. They argue against the trustworthiness of this letter because of the lack of records of it in the early period. Schacht is of the opinion that these instructions are a product of the third century of Islam,<sup>1</sup> but Serjeant presumes to be earlier, in the second century<sup>2</sup>.

Generally, Margoliouth, Goldziher and Schacht expended much effort to obtain this result, which ended in a highly sceptical perspective on the authenticity of the Sunnah. According to Schacht, the traditionalists produced the traditions, which are claimed to be the reports of the Prophet (ﷺ) handed down orally by an uninterrupted isnād of trustworthy persons<sup>3</sup>. He says in his *The Origin of Muḥammadān Jurisprudence* (1950): "...every legal tradition from the Prophet (ﷺ), until the contrary is proved, must be taken not as authentic or essentially authentic, even if, slightly obscured, a statement is valid for this time of the Companions, but as the fictitious expression of legal doctrine formulated at a later age<sup>4</sup>". Fourteen years later (1964) in his *An Introduction to Islamic Law*, Schacht says: "Hardly any of these traditions, as far as matters of religious law are concerned, can be considered authentic"<sup>5</sup> which seems to be a more extreme argument against the Sunnah.

Nabia Abbott used to share more or less the same view of these Western scholars against the Sunnah, but after her painstaking study of early papyri documents she was convinced that much of the suspicion is, in fact, unjustified<sup>6</sup>.

However, it is not the aim of the present study to investigate the legal validity of the Sunnah. But going through the historical data and the cross references to hundreds of statements one is bound to refute the hypotheses of these scholars.

<sup>1</sup>-Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, p. 16.

<sup>2</sup>-Serjeant, *The Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb's letter*, p. 79.

<sup>3</sup>-Schacht, J., *An Introduction to Islamic Law*, p. 34

<sup>4</sup>-Schacht, *The Origin of Muḥammadān Jurisprudence*, p. 149.

<sup>5</sup>-Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, p. 34.

<sup>6</sup>-Abbott, Nabia, *Studies in Arabic Literary Papyri I* (Chicago: The University of Chicago Press, 1967), p. 17.

Abbott has marshalled overwhelming evidence to show the highly exaggerated character of the above hypotheses.

In an attempt to analyse these hypotheses, one should bear in mind the conclusion of Ibn 'Abd al-Barr, al-Khaṭīb al-Baghdādī (463/1070)<sup>1</sup>, al-Dhahabī (d. 847/1443), Ibn Ḥajar, Abbott<sup>2</sup> and Muṣṭafā al-A'zamī<sup>3</sup> that in some few cases, the aḥādīth were passed down orally, which for Muslim scholars is a valid record. It was in the mid- to late second century that the aḥādīth were compiled in a written document, the Sunnah. Therefore, the discussion between the Muslim scholars, regarding the first record of the Sunnah does not mean the Sunnah did not exist before the date of its first record.

To make this argument clear we should distinguish between the words used by muḥaddithūn regarding the matter of recording ḥadīth. The word *kataba*, which was commonly used in the earliest recorded aḥādīth, means writing down, but the word *tadwīn* means a collection of books/booklets<sup>4</sup>. The interchanging between *kataba* and *tadwīn* may have led to a misunderstanding in the earliest recordings of the Sunnah. In ḥadīth science the term *dawwana* refers to collecting the Sunnah as the statement says: *awwal man dawwana al- 'Ilm Ibn Shihāb al-Zuhrī*, the first to record the knowledge is Ibn Shihāb al-Zuhrī (d. 124/741). He collected both the earliest written aḥādīth as well as recording the oral aḥādīth<sup>5</sup>.

Historically, the writing down of aḥādīth started quite early in the life of the Prophet (ﷺ), while *tadwīn* apparently started during the Caliphate of 'Umar ibn 'Abd al-'Azīz (d. 101/719) in the second century. The Prophet (ﷺ) and the first four Caliphs found it necessary to issue oral and written instructions to their officials. The first Qur'ānic verses revealed as an ordinance to read were unforgettable.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>-It is not clear who was the first to discuss this issue, but the work of Ibn Abd al-Barr (463 A.H.) *Jami' bayān al-'Ilm wa Faḍlih* are more or less devoted in this subject and so is the work of al-Khaṭīb al-Baghdādī (463 A.H.) *Taqyīd al-'Ilm*. Al-Khaṭīb, al-Baghdādī, *Taqyīd al- 'Ilm*, ed. Yūsuf al-'Ish, (Beirut: Dār Iḥyā' al-Sunnah al-Nabawīyyah, 1974).

<sup>2</sup>-Abbott, Nabia, *Studies in Arabic Literary Papyri*, p. 17.

<sup>3</sup>-Al-A'zami, M.M., *Studies in Early Hadith Literature*, a Ph.D. thesis of Cambridge University, (Indiana: American Trust Publications, 1978), p. 20.

<sup>4</sup>-The *Diwān* of 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, the first systematic official record in Islamic civilization, is classified in this category. For more detail see: Vida, "Umar ibn al-Khaṭṭāb", in *Encyclopaedia of Islam*, vol.10, p.819.

<sup>5</sup>-Al-A'zami, *Studies in Early Hadith Literature*, p. 20.

<sup>6</sup>- As Allah Almighty says:

"Read! In the Name of your Lord Who has created.

He has created man from a clot.

Read! And your Lord is the Most Generous.

Since the day that these verses were revealed, the Prophet (ﷺ) used some of his Companions to write down what was eventually revealed as the Qur'ān. Al-Kattānī in his *al-Tarātīb Idāriyyah* mentions the names of forty-two of these writers<sup>1</sup>. This incredible number of writers was not restricted to the writing of the Qur'ān. They used their ability to write the Sunnah poetry and other things. According to Ibn Ḥajar, some Companions were appointed as teachers of writing<sup>2</sup>. Azami refers to fifty Companions who used writing as a method to record ḥadīth, either during the life of the Prophet (ﷺ) or after his death<sup>3</sup>. According to Abbott, some of the private papers of these Companions show the earliest collection of aḥādīth<sup>4</sup>.

Besides the constitution of Madīnah, numerous reports maintain that the Prophet (ﷺ) recommended his Companions to write his words or acts, the Sunnah. Because of the Prophet's (ﷺ) approval, 'Abd Allah ibn 'Amr ibn al-As (d. 65/) <sup>5</sup>wrote a book named *al-Ṣaḥīfah al-Ṣādiqah*, which contained some aḥādīth. He also has some booklets on maghāzī, (early history and the biography of the Prophet (ﷺ)). Abū Shat, a Yemenite, requested to have some written aḥādīth and the Prophet (ﷺ) responded to his request and ordered someone to write them for him<sup>6</sup>. The encouragement of the Prophet (ﷺ) to learn how to write appears clearly after the battle of Badr (2/623) in which the freedom of the war prisoners was contingent upon their teaching the children of the Companions how to read and how to write<sup>7</sup>.

'Amr ibn Ḥazm, when governor of Najrān, received a letter from the Prophet (ﷺ) containing some Sunan including the times of the prayers, taxation, booty, ṣadaqāt, charity and diyāt blood money.<sup>8</sup> Abū Dā'ūd (d. 275/888) reports that 'Umar ibn al-Khaṭṭāb had a boxful of documents written<sup>9</sup> by the Prophet (ﷺ), Abū Bakr and himself which was kept by his family after his death. Ibn Shihāb al-Zuhrī was able

Who has taught by pen.

He has taught man that which he knew not." Al-Qur'ān, 96/1-5.

<sup>1</sup>-Al-Kattānī, *al-Tarātīb Idāriyyah*, vol. 1, p. 115-117 mentions forty-two names and according to Azami this number could be increased to fifty from the list of Hamidullah, *al-Wathā'iq al-Siyāsiyyah*. See: Azami, *Studies in Early Hadith Literature*, p. 5.

<sup>2</sup>-Ibn Ḥajar, *Aḥmad ibn 'Alī, al-Iṣābah fī Tamyīz al-Ṣaḥābah* (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, (n. d)), vol. 2, pp. 27-28.

<sup>3</sup>-Azami, *Studies in Early Hadith Literature*, pp. 34-70.

<sup>4</sup>-Abbott, *Studies in Arabic Literary Papyri I*, vol. 2, p. 11.

<sup>5</sup>-Al-Baghdādī, *Taqyīd al-'Ilm*, p. 84.

<sup>6</sup>-Ibn Ḥanbal, *Aḥmad, al-Musnad*, vol. 2, p. 238.

<sup>7</sup>- 'Arjūn, *Muḥammad Rasūl Allah*, vol. 3, p. 527.

<sup>8</sup>-Al-Bayhaqī, *al-Sunan al-Kubrā*, vol. 4, p. 88-89.

<sup>9</sup>-It should be known that the Prophet was illiterate and did not write, thus these documents were prepared under his authority and stamped by him.

to make a copy of these documents after getting access to it through Sālim ibn ‘Abd Allāh ibn ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb (106/724)<sup>1</sup>.

A preponderance of historical evidence exists to indicate that an interest in the collection of the Sunnah began at a very early date. Abbott after studying the history of the aḥādīth recording states that it was not the failure on the part of the Companions to write down aḥādīth but in fact they liked better to collect written Sunnah than to memorise them<sup>2</sup>. This preference grew so rapidly after the death of the Prophet (ﷺ) that it even alarmed ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb and a few other Companions.

The Ṣaḥīfah, book of Hammām ibn Munabbih (d. 131/748), and many more, are regarded as the earliest documents belonging to the age of the Companions. Muḥammad al-Khaṭīb in his “al-Sunnah qabla al-Tadwīn” assumes that this Ṣaḥīfah was written before the death of Abū Hurayrah (d. 59/678) as it was done at his dictation<sup>3</sup>. However, this book, which parallels the copies of Ibn Hanbal and that of al-Mūṣānaf by ‘Abd al-Razzāq, was published and edited by Muḥammad Hamidullah<sup>4</sup>.

However, it is argued that some Companions, such as Abū Bakr, ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb and ‘Alī ibn Abū Tālib, used to dislike the writing of aḥādīth. This attitude was not based, according to Ibn ‘Abd al-Bar and al-Khaṭīb al-Baghdādī, on any Prophetic order but, perhaps, due to a concern that the Qur’ān should not be mixed with non-Qur’ānic material. Yet most of these Companions are reported to have reassessed their approach at the end and were tacitly instructed to write down aḥādīth after they gained confidence that the Qur’ān and non-Qur’ānic materials would not be mixed<sup>5</sup>. Ibn Hanbal and al-Bukhārī report that Abū Bakr sent a letter to Anas ibn Mālīk containing some sunan of zakāh and ṣadaqāt<sup>6</sup>. In another report, ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb did the same and sent a few sunans to ‘Utbah ibn Farqad, one of his governors<sup>7</sup>. It is a historical fact that ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb wrote instructions to his officials, which usually contained the teaching of the Prophet (ﷺ) as clearly

<sup>1</sup>-Abū Dā‘ūd, Sunan Abū Dā‘ūd, no. 1568, 1570.

<sup>2</sup>-Abbott, Studies in Arabic Literary Papyri I, vol. 2, p. 17.

<sup>3</sup>-Al-Khaṭīb, Muḥammad, al-Sunnah qabla al-Tadwīn (Beirut: Dār al-Fikr, 1981), p. 357.

<sup>4</sup>-Ibid, pp. 295-361.

<sup>5</sup>-Ibn ‘Abd al-Barr, Jāmi‘ Bayān al-‘Ilm wa Faḍlih (al-Dammām: Dār Ibn al-Jawzī, 1994), vol. 2, p. 1003.

<sup>6</sup>-Al-Khaṭīb, al-Baghdādī, Taqyīd al- ‘Ilm, p. 87.

<sup>7</sup>-Al-Bukhārī, al-Jāmi‘ al-Ṣaḥīḥ, p. 1028.

shown in the present study. Al-Bukhārī also reports that ‘Alī ibn Abū Tālib possessed a ṣaḥīfah of aḥādīth on diyāt and some rules about prisoners of war<sup>1</sup>.

Moving close to the end of the first century and the beginning of the second century of Hijrah, we find the documents mentioned above were compiled as a result of the literary pursuits of ‘Umar ibn ‘Abd al-‘Azīz and other scholars of his time, who took great pains to collect the Sunnah in order to preserve them. Ironically enough, these materials were preserved continuously in written form from the second and third centuries through to the present.

The letter of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb can be traced back to its early references in the works of Ma‘mar ibn Rashīd (d. 153/770) in his al-Jāmi‘, the Imām Mālik (d.179/795) in al-Muwaṭṭa‘ and Abū Yūsuf (d.182/798) in his al-Kharāj.

In fact, the omitting of this document from the ṣaḥīḥayn, al-Bukhārī and Muslim, does not mean that there is doubt about its authenticity, for al-Bukhārī quotes about four thousand aḥādīth in his al-Jāmi‘ al-Ṣaḥīḥ out of one hundred thousand which he could have used. Al-Bukhārī, according to Ibn al-Ṣalah (d. 643/1245), and Muslim in his al-Jāmi‘ al-Ṣaḥīḥ, both confess that they left out more ṣaḥīḥ than they quote in their works<sup>2</sup>. Essentially, the Ṣaḥīḥ of al-Bukhārī is entitled, according to Ibn al-Ṣalāh<sup>3</sup>, “al-Jāmi‘ al-Musnad al-Ṣaḥīḥ al-Mukhtaṣar, min ‘Umūr Rasūl Allah wa Sunanih wa Ayyāmih”. In this title the word “al-Mukhtaṣar”, epitomises the fact that al-Bukhārī made no effort to compile a comprehensive collection of ṣaḥīḥ al-ḥadīth. Al-Bukhārī has another compilation that contains many uninterrupted aḥādīth, called al-‘Adab al-Mufrad.

It should not be forgotten that al-Ḥakīm Abū ‘Abd Allah (d. 405/1014), using the system and method that al-Bukhārī and Muslim used for recording the ṣaḥīḥayn, compiled volumes of aḥādīth in his al-Mustadrak ‘ala al-Ṣaḥīḥayn which were omitted by al-Bukhārī and Muslim. Ibn Taymiyah, the distinguished scholar, comments on the omitting of a ḥadīth by some scholars while it is recognised by others that the author might have forgotten the tradition in question or he might not have deemed it an authentic one or he might not have liked to repeat it<sup>4</sup>. Ample evidence exists that even Companions who were close to the Prophet Muḥammad (ﷺ), such as Abū Bakr and ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb, remained ignorant of some of the

<sup>1</sup>-Ibid, p. 24.

<sup>2</sup>-Ibn al-Ṣalāh, Abū ‘Amr, Muqaddimat Ibn al-Ṣalāh fi ‘Ulūm al-Ḥadīth (Beirut: Dār al-Fikr, 1988), p. 10.

<sup>3</sup>-Ibn al-Ṣalāh, Muqaddimat Ibn al-Ṣalāh fi ‘Ulūm al-Ḥadīth, p. 13.

<sup>4</sup>-Iby Taymiyah, Aḥmad, Raf‘ al-Malām ‘an al-A‘immah al-A‘lām 5<sup>th</sup> ed., (Makkah: Mu‘asasat Makkah li al-Ṭibā‘ah wa al-‘Ilām, 1976), pp. 5-19; also: Ansari, Z.I., “The Authenticity of Traditions: a Critique of Joseph Schacht’s Argument e silentio” Hamdard Islamicus, 7 (1984): p. 58.

aḥādīth. It is reported that Abū Bakr knew nothing regarding the grandmother's inheritance until two Companions witnessed that the Prophet (ﷺ) giving a grandmother one-sixth<sup>1</sup>. 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, moreover, did not know that a woman could inherit from the diyah, blood-money of her husband until he was told by al-Ḍaḥḥāk ibn Sufyān (d. 11/632), that the Prophet (ﷺ) had sanctioned it<sup>2</sup>.

Since Abū Bakr and 'Umar ibn al-Khaṭṭāb were not aware of some of the aḥādīth, it is logical to assume that later scholars who had less knowledge about the Sunnah could have omitted some aḥādīth from their collection.

Although later scholars compiled thousands of aḥādīth, it is certainly unreasonable to claim that the Sunnah is confined only to these works. Ibn Taymiyah concludes that to say that any single authentic Sunnah is identified by any single distinguished Muslim scholar is highly incorrect<sup>3</sup>.

Azami asserts that the early scholars did not feel the need to cite all the aḥādīth available to them<sup>4</sup> as he supposes, logically enough, that the collection of the entire tradition by one or two scholars is impossible, otherwise the gate of ijtihād would be closed and the use of reason would be blocked.

It has already been mentioned that the prominent Imāms Mālik, Shāfi'ī and Aḥmad ibn Ḥanbal are among those who cited this letter in their narratives or included it in their works. Furthermore, it is difficult to believe that this letter was produced in the third century for the document has been narrated through several conduits by the people of Ḥijāz, Iraq, the Levant and Egypt. Physical distances and logistics in this period posed serious problems for people to get together to produce a phraseology of consensus. In addition, most of those narrators had never met each other and their ways of narration differed from each other. Bearing all these facts in mind, it is untenable to say that this document was produced in the third century. Basically, the variety of these narrations, as Ibn Ḥajar indicates, strengthen the authenticity of the document<sup>5</sup>. Naturally, this letter is a historical document, which can be accepted.

Unfortunately, Margoliouth, Tayan and Serjeant adopt the narrations of the lexicological books<sup>6</sup>, which do not directly deal with the authenticity of the

<sup>1</sup>-Al-Dhahabī, Abū 'Abd Allah, Tadhkirat al-Ḥuffāz (Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī, 1956), vol. 1, p. 2.

<sup>2</sup>-Al-Shāfi'ī, al-Risālah, ed. Aḥmad Muḥammad Shākir (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, (n.d)), P.426.

<sup>3</sup>-Ibn Taymiyah, Raf' al-Malām, p. 17; Ibn al-'Arabī, Abū Bakr, al-Maḥṣūl fī Usūl al-Fiqh (Amman: Dār al-Bayāriq, 1999), p. 117.

<sup>4</sup>-Azami, On Schacht Origins..., p. 121.

<sup>5</sup>-Ibn Ḥajar, Talkhīṣ al-Ḥabīr, vol. 4, p. 196.

<sup>6</sup>-Such as the narrations of al-Jāḥiẓ, al-Mubarrid and Ibn Qutaybah.

transmission of the document in the narrations. Hence, it is not productive to remain confined to such sources for the establishment of the authenticity of the letter, given that a wide range of Ḥadīth sources are available.

Furthermore, as the narrations of al-Mubarrid and Ibn Qutaybah have no links with the correspondence, Margoliouth, Tayan and Serjeant focus on the narration of al-Jāhīz written by Qatādah and ignore the uninterrupted narrations. Although that the narration of Qatādah is not reliable alone, yet the uninterrupted narrations supported its authenticity. In spite of the absence of a chain of narrations of al-Mubarrid, his narration does not depart from the text given by other authors which strengthen his narration<sup>1</sup>. Apparently Serjeant passed over to the narration of Sa'īd ibn Abū Burdah, as in footnote (55) of his work.<sup>2</sup>

These scholars conclude that the variety found in the different words and phrases used in the different narrations weakens the authenticity of the letter in question and makes it inseparable from oral tradition. This conclusion has led Serjeant not, indeed, to reject its authenticity but to claim that it was framed and improved by the descendant of Abū Mūsā<sup>3</sup>.

However, the arrangement of the clauses of the letter and its variations in linguistic style do not change its meaning since some narrators depend on the text of the letter itself and others rely on memorization; therefore, the letter has different words and phrases<sup>4</sup>. Al-Murāghī, the editor of *Tārīkh al-Quḍāh* by Wakī', emphasises that the scholars of the science of Ḥadīth agree that a variety of narrations in a tradition does not impugn a document's authenticity unless they create a contradiction in its meaning<sup>5</sup>. Ibn Daqīq al-ʿĪd (d. 702/1302), in referring to the fact that there can be differences of words and clauses in the same ḥadīth, states that the priority should be given to al-ḥadīth al-aqwā, the strong narrations. He goes on to say that if al-ḥadīth al-ḍa'īf, the weak tradition contains a contradiction with stronger tradition the former should be removed<sup>6</sup>. Regarding the letter in question, Ibn Ḥajar argues that the large number of its narrations is enough to prove its authenticity. He concludes in his comments on Ibn Ḥazm's words: "Controversy emerging from the letter has strengthened the genuineness

<sup>1</sup>-Mubarrid, *al-Kāmil fī al-Adab*, vol. 1, p. 15.

<sup>2</sup>-In this footnote he states that Sa'īd ibn Abū Burdah had unequivocally implied support for the improved text, which means that he passed over this narration; Serjeant, *The Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb's letter*, p. 76.

<sup>3</sup>-Serjeant, "The Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb's letter", pp. 78-79.

<sup>4</sup>-Bāzmūl, Aḥmad, *Risālat 'Umar ibn al-Khaṭṭāb Ilā Abū Mūsā al-Ash'arī fī al-Qaḍā' wa Ādābih-Riwāyah wa Dirāyah*, p. 34.

<sup>5</sup>-Wakī', *Akhbār al-Quḍāh*, vol. 1, pp. 73-75

<sup>6</sup>-Ibn Daqīq al-ʿĪd, *al-Iqtirāḥ fī Bayān al-Iṣṭilāḥ* (Beirut: Dār al-Bashā'ir al-Islāmiyyah, 2006), p. 198.

of the letter, especially from the narration that shows that the letter was registered.<sup>1</sup> “It should be also borne in mind, as Hamidullah points out, that if by chance there are several reporters of the same fact, each independent of the other, there is less possibility of their plotting to falsify it and there is even some evidence that the unacceptable witnesses have not told a lie in this particular case<sup>2</sup>. On another occasion he remarks that the greater the number of narrators of a fact, the greater the probability of its authenticity<sup>3</sup>. On these grounds, Ibn al-Qayyim states that when the narration is transmitted by generation after generation, Muslim scholars are usually satisfied by this transmission and they do not seek a chain of narrations mentioning it. He educes a few famous aḥādīth which Muslim scholarship accepts although their chains are in parts doubtful<sup>4</sup>.

Furthermore, Abū al-Malīḥ, one of the narrators of the letter under discussion, was a disciple of ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb and his father was a Companion. Qatādah, even though he did not link his narration to Abū Mūsā, transmitted a few aḥādīth from Abū Burdah ibn Abū Mūsā and from his son Sa‘īd ibn Abū Burdah. Al-Sha‘bī, although he does not mention the name of his intermediary link to Abū Mūsā, was a well-known narrator. He transmitted a number of aḥādīth from the great Companions, Abū Mūsā al-Ash‘arī, ‘Alī ibn Abū Ṭālib, Sa‘d ibn Abū Waqqāṣ, Anas ibn Mālīk and ‘Ā‘isah, the wife of the Prophet (ﷺ). He also transmitted a few aḥādīth from Abū Burdah ibn Abū Mūsā. These narrators had a great chance to obtain it from Abū Burdah or his son Sa‘īd ibn Abū Burdah with whom the written text of the letter under discussion was kept; although they did not obtain the knowledge of the letter directly from ‘Umar, they and the narrators affirm having copied the text directly from it<sup>5</sup>.

In fact this letter was originally a document<sup>6</sup> memorised by the narrators who transmitted it orally from the most reliable narrations of Sa‘īd ibn Abū Burdah, the one who presented this document in its original form. Moreover, it can be referred to Idrīs al-Awdī and the others who received this letter from Sa‘īd ibn Abū Burdah

<sup>1</sup>- Ibn Ḥajar, Talkhīṣ al-Ḥabīr (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1998), vol. 4, p. 473.

<sup>2</sup>-Hamidullah, Muhammad, “Administration of Justice under the Early Caliphate, Instructions of Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb to Abū Mūsā al-Ash‘arī (17H), p. 19.

<sup>3</sup>-Ibid, p. 35.

<sup>4</sup>-Ibn al-Qayyim, I‘lām al-Muwaqqi‘īn, vol. 2, pp. 344-354.

<sup>5</sup>-Hamidullah, Muhammad, “Administration of Justice under the Early Caliphate, Instructions of Caliph ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb to Abū Mūsā al-Ash‘arī (17H)”, p.27.

<sup>6</sup>-Documents were also called book in the Ḥadīth literature. In the narrations of the letter in question the authors say: f akhraj lana kitāban, he, Sa‘īd ibn Abū Burdah showed us a “book”. This book in fact was a piece of writing.

in speech, as this was the prevalent system of reporting any traditions. This appears in the transmission of Wakī' and Ibn al-Qayyim "walā yay'asa waḍī'un wa rubbamā qāla ḍa'īfun" and "yatalajlaj fī ṣadrika wa rubbamā qāla fī nafsika" which reflect ambiguity in some of the words reported by the narrators. In another narration with Ibn al-Qayyim, the narrator Abū 'Ubaid doubts whether it is al-khuṣūmah or al-khusūm<sup>1</sup>.

In view of the facts mentioned above, there is no room to argue that Muslim scholars used the oral tradition as a written document<sup>2</sup>.

Academically, it seems that the conclusion of Serjeant is not untenable. Even though Bilāl, who was accused by Serjeant of fabricating 'Umar ibn al-Khaṭṭāb's letter, was an unjust person, no single scholar has reported that this document comes to us through his chain. Moreover, although Bilāl had many enemies, no one accused him of fabricating a single ḥadīth; in fact, he was classified as thiqat, trustworthy in the science of al-rrijāl, the narrators<sup>3</sup>. Bilāl's narrations sound authentic and reliable due to the comments of Ibn Ḥibbān, the distinguished traditionalist<sup>4</sup>.

Bilāl and Qatādah were closely acquainted since Bilāl was the qāḍī of Baṣrah and Qatādah was his consultant. Furthermore, according to the sources available, the "short letter"<sup>5</sup> to Qatādah cannot be traced. However, it is not academically sound to create facts to prove a weak theory. Thus, the assumption by Serjeant that the letter is fabricated, perhaps by Bilāl, is untenable. Serjeant mistakenly indicates that 'Umar ibn al-Khaṭṭāb addressed the short letter to two governors only<sup>6</sup>, Abū Mūsā and Mu'āwiyah; in fact, it was sent also to Shurayḥ and Abū 'Ubaydah. Serjeant also relies on the narration of Ibn Abū al-Ḥadīd, which he had not found in the edition available to him but had related to him by another scholar<sup>7</sup>. In fact, Ibn Abū al-Ḥadīd mentions the letter without saying whether it was fabricated or not.<sup>8</sup>

<sup>1</sup>-Ibn al-Qayyim, I'lām al-Muwaqq'īn, vol. 2, p. 159; Wakī', Akhbār al-Quḍāh, vol. 1, p. 71.

<sup>2</sup>-It is the view of Margoliouth that Muslim scholars used the oral tradition as a written document; see: Margoliouth, "Omar instructions to the Kādī", p. 308; he says: "It is no surprise to the student of Muslim history that even for a letter oral tradition should be preferred to written document."

<sup>3</sup>- Al-Zirakly, Khayr al-Din, al-A'lām (Beirut: Dār al-Ilm li al-Malāyīn, 1999), vol. 2, p. 72.

<sup>4</sup>-Ibn Ḥibbān, Muḥammad, Kitāb al-Thiqāt (Hyderabad: The Dā'irat al-Ma'ārif al-'Uthmāniyyah, 1980), vol. 6, p. 91.

<sup>5</sup>-Serjeant has called the letter sent to Mu'āwiyah the short letter. His language is adopted here for academic reasons.

<sup>6</sup>- Serjeant, The Caliph Umar ibn al-Khaṭṭāb's letter., p. 70.

<sup>7</sup>-Ibid, p. 68.

<sup>8</sup>-Ibn Abū al-Ḥadīd, Sharḥ Nahg al-Balāghah, ed. Muḥammad Abū al-Faḍl (Beirut: al-Markaz al-Thaqāfi al-Libnāni, 2003), vol. 12, p.72.

After looking at the evidence, one reaches the conclusion that it is weak and untenable to say that this letter was found late because the first narration was recorded in the third century. According to Abbott, if the Western scholars' increasing objectivity in their study of comparative religions and cultures continues, a new phase in the study of Islamic tradition promises to be more enlightening than had been expected<sup>1</sup>. Norman Daniel, another Western scholar, show, using detailed references, that many complex factors led Western scholars to misinterpret the true picture of Islam and its religious sources<sup>2</sup>.

Thus, we can say that 'Umar ibn al-Khaṭṭāb's letter, essentially a document, concerning the instruction of qāḍī, was narrated orally by more than forty celebrated scholars.

## 7. Conclusion:

The discussion in this article has led the researcher to believe that the letter in question can indeed be ascribed to 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, regardless of what its detractors say. The researcher agrees with Ibn Ḥazm in regarding his four narrations as weak, but, it should be borne in mind that there are four other sound narrations which support its authenticity. These narrations are those of Ibn 'Abd al-Barr (two narrations), Wakī' and al-Dāraquṭnī.

The other narrations could be classified as shāhid and should be taken into account because they are supported by ṣaḥīḥ narrations. The researcher also agrees with Margoliouth and Tyan that the narration of Qatādah does not take us to its originator, for it is known as mursal. Nevertheless, this kind of tradition is not agreed on by scholars as an authentic one, yet there are other reliable narrations which strengthen the acceptability of the mursal.

According to the science of ḥadīth, the narration, although its isnād is uninterrupted, shall neither be in conflict with the Qur'ān nor with another stronger ḥadīth, nor with reason and experience. However, the letter does not create conflict in any of these categories which can challenge its authenticity. Neither the language nor the legal rulings of the letter can be assumed not to have come from 'Umar ibn al-Khaṭṭāb. Both the terms and the legal rulings which were used in the letter were known and used during the time of 'Umar ibn al-Khaṭṭāb. Revoking the testimony's rules mentioned in the letter by 'Umar ibn al-Khaṭṭāb himself is itself evidence of the existence of the letter. Regardless of his criticism

<sup>1</sup>-Abbott, Studies in Arabic Literary Papyri I, vol. 2, p. 83.

<sup>2</sup>-Ibid.

against the authenticity of the letter, Tyan greatly admired this document, going so far as to call it a letter so detailed, almost so modern, a treatment of the concept of magistrate and of procedure<sup>1</sup>. Finally, the present article validates the statement that the letter is an authentic document sent by the Caliph 'Umar ibn al-Khaṭṭāb to his governor of Baṣrah, Abū Mūsā al-Ash'arī.

The research also recommends fair reading and research of Islamic history and heritage according to the modern scientific methodology and putting the hadiths contained in the scale of accurate modern craftsmanship, and following the style of the writer and sender of messages in his time may guide researchers to more results.

## 8. Bibliography:

- 'Arnūs, Maḥmūd(1943) *Tārīkh al-Qaḍā' fī al-Islām*. Cairo: al-Maṭba'ah al-Miṣriyyah al-Ḥadīthah.
- Abbott, Nabia.( 1967) *Studies in Arabic Literary Papyri I*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Al-A'zami, M.M.. (1993) *On Schacht's Origins of Muhammadan Jurisprudence*. Cambridge: The Islamic Texts Society.
- Al-A'zami, M.M..(2001) *Studies in Early Hadith Literature*. Indiana: American Trust Publications.
- Al-Albānī, Muḥammad.(1992) *Da'if Sunan Abū Dā'ūd*. Beirut: al-Maktab al-Islāmī.
- Al-Bukhārī, Muḥammad ibn Ismā'īl.(1999) *Al-Jāmi' al-Ṣaḥīḥ: Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Riyad: Dār al-Salām li al-Nashr wa al-Tawzī'.
- Al-Dhahabī, Abū 'Abd Allāh.(1956) *Tadhkirat al-Ḥuffāz*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
- Āl-Drayb, Sa'ūd.(1983) *Al-Tanzīm al-Qaḍā'ī fī al-Mamlakah al-'Arabiyyah al-Sa'ūdiyyah*. Riyāḍ: Maṭābi' Ḥanīfah.
- Al-Kattānī, 'Abd al-Ḥay.(n.d.) *Al-Tarātīb al-Idāriyyah*. Beirut: Dār al-Kitāb al-'Arabī,
- Al-Khaṭīb, al-Baghdādī.(1983) *al-Jāmi' Lī'akhlāq al-Rāwī*, ed. Maḥmūd al-Ṭaḥḥān. Riyad: Maktabat al-Ma'ārif.
- Al-Khaṭīb, Muḥammad. (1981) *Al-Sunnah qabla al-Tadwīn*. Beirut: Dār al-Fikr.
- Al-Mubarrid, Abū al-'Abbās .(1997) *al-Kāmil fī al-Lughah wa al-Adab*, ed. Muḥammad Abū al-Faḍl Ibrāhīm.Beirut: al-Maktabah al-'Aṣriyyah.
- Al-Nabhān, Muḥammad Fārūq.(1988) *Nizām al-Ḥukm fī al-Islām*. Beirut: Mu'assasat al-Risālah.

<sup>1</sup>-Tyan, Emile, *Histoire de L'Organisation Judiciaire en Pays D'Islam*, p. 82.

- Al-Nu'mani, Shibly. (1992) Al-Farooq: The Life of Omar The Great. New Delhi: International Islamic Publisher.
- Al-Nu'mānī Shiblī.(2004) Ḥukūmat 'Umar ibn al-Khaṭṭāb, ed. Ṣabāḥ Yāsīn. Beirut: al-Dār al-'Arabīyyah li al-Mawsū'āt.
- Al-Nuwayrī, Aḥmad. (n. d.). Nihāyat al-'Arab fī Funūn al-Adab. Cairo: Dār al-Kutub al-Miṣriyyah.
- Al-Sajistānī, Abū Dā'ūd. (n.d.) Sunan Abī Dā'ūd, ed. Muḥammad Muḥyī al-Dīn 'Abd al-Ḥamīd. Beirut: Dār al-Fikr.
- Al-San'ānī, Muḥammad (n.d). Subul al-Salām Sharḥ Bulūgh al-Marām. Makkah: al-Maktabh al-Tijāriyyah.
- Azami, M., (2003) Studies in Ḥadīth Methodology and Literature. Plainfield: American Trust Publication, 1992. Baltājī, Muḥammad. Manhaj 'Umar fī al-Tashrī': Dirāsah Mustaw'ibah li fiqh 'Umar wa Tanzīmātih. Cairo: Dār al-Salām.
- Bāzmūl, Aḥmad.(2000) Risālat 'Umar ibn al-Khaṭṭāb Ilā Abū Mūsā al-Ash'arī fī al-Qaḍā' wa Ādābih-Riwāyah wa Dirāyah-. Jeddah: al-Majmū'ah al-'Ilmiyyah li al-Ṭibā'at.
- Freeman-Grenville, G.S.P. (1963) The Muslim and Christian Calendars. London: Oxford University Press.
- Goldziher, Ignaz. (1971) The Zāhirīs Their Doctrine and Their History. Leiden: E.J. Brill.
- Ḥamīd Allāh, Muḥammad. (2001) Majmu'at al-Wathā'iq al-Siyasiyyah Lil'ahd al-Nabawī, wa al-Khilāfah al-Rāshidah. Beirut: Dār al-Nafā'is.
- Ibn 'Abd al-Barr, Abū 'Amr, (1993) al-Istidhkār, Beirut, Dār Qutaybah li al-Ṭibā'ah wa al-Nashr.
- Ibn Abū al-Ḥadīd, Abu Ḥāmid. (2003) Sharḥ Nahj al-Balāghat, ed. Muḥammad Abū al-Faḍl Ibrāhīm. Beirut: al-Markaz al-Thaqāfī al-Lubnānī.
- Ibn al-'Arabī, Abū Bakr, (1997) 'Āriḍat al-Aḥwadhī. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.
- Ibn al-'Arabī, Abū Bakr. (1987) Aḥkām al-Qur'ān, ed. 'Alī al-Bajāwī. Beirut: Dār al-Ma'rifah,.
- Ibn al-Qayyim, Muḥammad. (2002) I'lām al-Muwaqqi'in 'An Rabb al-'Ālamīn, ed. Abū 'Ubaydat Mashhūr ibn Ḥasan. Riyāḍ: Dār Ibn al-Jawzī.
- Ibn al-Ṣalāḥ, Abū 'Amr. (1988) Muqaddimat Ibn al-Ṣalāḥ fī 'Ulūm al-Ḥadīth. Beirut: Dār al-Fikr.
- Ibn Daqīq al-'Īd. (2006) Al-Iqtirāḥ fī Bayān al-Iṣṭilāḥ. Beirut: Dār al-Bashā'ir al-Islāmiyyah.
- Ibn Ḥajar, Aḥmad ibn 'Alī.(1989) Faṭḥ al-Bārī Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah.

- Ibn Ḥazm, Abū Muḥammad.(n.d.) Al-Iḥkām fī Uṣūl al-Aḥkām. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah
- Ibn Ḥazm, Abū Muḥammad. (n.d.) Al-Muḥallā bi al-Āthār, ed. Aḥmad Muḥammad Shākir. Cairo: Dār al-Turāth
- Ibn Taymiyah, Aḥmad. (n.d.) Minhāj al-Sunnah. (n.p.)
- Khuda Bukhsh, M. A. (1973) The Orient Under the Caliphs. Beirut: United Publishers,
- MacDonald, Duncan B. (1903) Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory. London: George Routledge & Sons Limited,
- Schacht, J. (1964) An Introduction to Islamic Law. London: Oxford University Press.
- Surty, Muḥammad Ibrāhīm. (2007) Islam: The Qur’ānic Overview. Birmingham: Qur’anic Arabic Foundation.
- Tyan, Emile. (1960) Historie de l’organisation judiciaire en pays d’Islam. Leiden: E. J. Brill.
- Wakī’, Muḥammad. (n.d.) Tārīkh al-Quḍāh. Beirut: ‘Ālam al-Kutub.
- Watt, W.M. (1988) Muhammad at Medina. Karachi: Oxford University Press.
- Watt, W.M. (1974) Muḥammad: Prophet and Statesman. London: Oxford and New York: Oxford University Press.
- Anderson, J. N. D., (1950) “Recent Development in Sharī’a Law”, Muslim World, 40, 244-256.
- Azad, Ghulam Murtaẓam (1985) “Conduct and Qualities of a Qāḍī”, Islamic Studies, 24, 51-61.
- Azad, Ghulam Murtaẓa, (1983) “Qualification of a Qāḍī”, Islamic Studies, 23, pp. 249-263. Drayb, Sa’ūd, “Risālat al-Farūq li Abū Mūsā al-Ash’rī-raḍīya Allāh ‘anhumā-wa al-Mabād’ī al-‘Āmmat fī Uṣūl al-Qaḍā’”, Majallat al-Buḥūth al-Islāmiyyah, 7 pp. 268-289.
- Dutton, Yasin, (1999) “Judicial Practice and the Madinan ‘Amal: Qaḍā’ in the Muwaṭṭa’ of Mālik”, Journal of Islamic Studies, 10 no. 1, pp. 1-21.
- Fleisch, H., (1971) “Ḥukm”, Encyclopaedia of Islam, 3, pp. 549-551.
- Guraya, Muhammad Yusuf, (1974) “Judicial Institutions in Pre-Islamic Arabia”, Islamic Studies, 18, pp. 323-349.
- Guraya, Muhammad Yusuf (1972) “Judicial Principles as Enunciated by Caliph ‘Umar I’”, in Journal of Islamic Studies, 11, pp. 159-185.
- Hamidullah, Muhammad, (1937) “Administration of Justice in Early Islam” Islamic Culture, 11, pp. 163-171.
- Hamidullah, Muḥammad, (1971) “Administration of Justice under the Early Caliphate, Instructions of Caliph ‘Umar to Abū Mūsā al-Ash’arī (17H) ” Journal of the Pakistan Historical Society, 19, pp. 1-50.

- Margoliouth, D. S., (1910) "Omar's Instructions to the Kadi", The Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain, pp. 307-326.
- Schacht, J., (1960) "Al-Ash'arī abū Burda", Encyclopaedia of Islam, 1, pp. 693-694.
- Schacht, J., "Law and Justice", in Holt P.M., Lambton K.S. and Lewis B., eds., The Cambridge History of Islam (Cambridge: The University Press, 1970), 2, pp. 539-568.
- Schacht, J., (1960) "Problems of Modern Islamic Legislation", Studia Islamica, 12, pp. 99-130.
- Serjeant, R. B., (1964) "The Constitution of Medinah", Journal of Islamic Quarterly, 8, pp. 3-16.
- Serjeant, R.B., (1984) "The Caliph 'Umar's Letters to Abū Mūsā al-Ash'arī and Mu'āwiya", Journal of Semitic Studies, 29, pp. 65-79.
- Shebair, M. (2005) 'Uthman, "The Authoritativeness of the Arbitrational Judgment in the Islamic Jurisprudence", Journal of Sharia and Islamic Studies, 61,p.79.
- Surty, M.I., "The Ethical Code and Organised Procedure of Early Islamic Law Courts, with Reference to al-Khassaf's Adab al-Qāḍī" in Muḥammad Abdel Haleem, Adel Omar Sherif and Kate Daniels eds., Criminal Justice in Islam: Judicial Procedure in the Shari'a, (London: I.B. Tauris, 2003): pp. 149-166.
- Surty, Muhammad Ibrāhīm H.I., (1999) "The Impact of the Development of Bimāristān (Hospitals) in the Muslim World from the 7<sup>th</sup> to the 13<sup>th</sup> Century", The Journal of IMA, 31, no. 2, pp. 92-102.
- Surty, Muhammad Ibrāhīm H.I., (1999) "The Institution of Ḥisbah & Its Impact on the Health Sciences from the Seventh to the Thirteenth Century CE", The Islamic Quarterly, xliii, no. 1, pp. 5-20.
- Tyan, E., " Kāḍī ", (1978) Encyclopaedia of Islam, 4, pp. 373-374.
- Vagleiri, L. V., (1960) "Al-Ash'arī abū Mūsā ", Encyclopaedia of Islam, 1, pp. 695-696.
- Vida G. Levi D., (2000) "Umar(1) B. al-Khaṭṭāb", Encyclopaedia to Islam, 2ed edition, 10, pp. 818-821.



**مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة**

**ISSN 2414-7931 DOI Prefix:10.33685/1545**

**© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي**