KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

فصلية علمية مُحكّمة | تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية

السنة الخامسة عشرة - العدد 1 - العدد التسلسلي 57
جمادى الآخرة - رجب 1448هـ - ديسمبر 2026م

الترقيم الدولي للنسخة الورقية 2237-2410
الترقيم الدولي للنسخة الإلكترونية 0220-3079

57

أبحاث ودراسات باللغة العربية

- أثر يوم الراحة الأسبوعية على حقوق العامل ذي الأجر الشهري والتزاماته
  أ. د. صالح ناصر العتيبي
  كلية القانون الكويتية العالمية
- انعكاسات المسؤولية الاجتماعية للشركات على المسؤولية الجزائية لممثّليها في القانون الكويتي: دراسة نقدية مقارنة
  د. أسماء إبراهيم الفوزان
  كلية القانون الكويتية العالمية
- الحق في تلقي التعليم وحماية المعلمين والمؤسسات التعليمية في القانون الدولي الإنساني مع الإشارة إلى الحالة في غزة
  د. عبدالسلام حسين العنزي
  كلية الحقوق - جامعة الكويت
- المسؤولية القانونية المدنيّة لمواقع التواصل الاجتماعي في ضوء ممارسة الحق في حرية التعبير: دراسة مقارنة في التشريعات والتطبيقات القضائية
  د. أنس فيصل التورة ود. لطيفة وليد الزامل
  كلية الحقوق - جامعة الكويت
- الحرمات الرقمية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الكويتية: نحو بناء منظومة تشريعية متكاملة
  د. عبداللطيف حاجي العوضي ود. سوزان زهير السمان
  كلية الشريعة - جامعة الكويت
- تأثير خطر تغيُّر المناخ على تنفيذ العقود طويلة الأجل
  د. نوفل بن أحمد
  كلية الشريعة والأنظمة - جامعة الطائف - المملكة العربية السعودية
- ماهية المنتج المعلوماتي وعيوبه
  د. محمد عبدالله علي
  كلية القانون - جامعة الفجيرة - الإمارات العربية المتحدة
- تدخُّل القضاء لضمان فاعلية إجراءات التحكيم المتعلقة بالتدابير المؤقتة
  أ. د. فوزي بن أحمد بالكناني
  كلية القانون - جامعة قطر
- إضاءة على نظام المعاملات المدنية السعودي «الإقرار والخصوصية»: قراءة نقدية مقارنة
  أ. د. محمد عرفان الخطيب
  كلية أحمد بن محمد العسكرية - الدوحة - قطر
- تحديات حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة: دراسة مقارنة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان
  أ. د. مخلد إرخيص سالم الطراونة
  أكاديمية الشرطة - كلية الشرطة - قطر
  د. عميد عاصم خصاونة
  كلية القانون - جامعة لوسيل - قطر
- الحدود الدستورية لاختصاصات المجلس الأعلى للقضاء في مجال إصدار اللوائح التنفيذية لقانون السلطة القضائية القطري
  عبدالرحمن بن حمد بن قاسم آل ثاني
  باحث في القانون العام - الدوحة - قطر
- التصوُّر الهيكلي للمحكمة الدستورية في تونس من خلال دستورَيْ 2014 و2022 في ضوء اختلاف التجارب الدولية
  أ. د. توفيق الصادق الغناي
  كلية الحقوق - جامعة الملك فيصل - المملكة العربية السعودية
  د. شادي محمد عرفة حجازي
  كلية إدارة الأعمال - جامعة الأمير سطام بن عبدالعزيز
  المملكة العربية السعودية
- القانون الواجب التطبيق على الحُلول القانوني للمؤمن في حوادث المركبات عبر الحدود: دراسة متقابلة للاجتهاد القضائي في فرنسا والأردن
  أ. د. عبدالله الضمور
  كلية الحقوق - الجامعة الأردنية

أبحاث ودراسات باللغة الإنجليزية

- نظام قانوني قديم لسفن جديدة: تعديل طفيف في النظام القانوني الحالي لاستيعاب تشغيل السفن الذاتية القيادة
  د. طلال العدواني
  كلية القانون الكويتية العالمية

KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية

KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

في تقرير سنوي علمي وإحصائي بحثي لقاعدة بيانات "معرفة" و "أرسيف" ARCIF

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

تحصل على المرتبة 2

في معامل التأثير والاستشهادات المرجعية

لسنة 2024

من بين 114 مجلة قانونية عربية محكمة من فئة Q1





kilaw_journal

kilawjournal

kilawjournal@kilaw.edu.kw

journal.kilaw.edu.kw

222 80 222

www.kilaw.edu.kw

للمرة الثانية خلال 3 سنوات (2024 – 2026)

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL JOURNAL

تُصنَّف ضمن المجلات العشر الأولى عربياً

في التأثير والاستشهادات المرجعية

Q1 في الفئة الأعلى

من بين 125 مجلة قانونية خليجية وعربية محكمة

حسب التقرير السنوي الحادي عشر لمؤشر ARCIF معرفة





إنجاز جديد نعتز به ... وشكراً لباحثينا ومحكّمينا
ولكل من أسهم في هذا التميز العلمي

KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية

KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

13th

ANNUAL CONFERENCE
INTERNATIONAL

المؤتمر العلمي السنوي الدولي الثالث عشر

مستقبل سيادة الدول ونُظُمها في العصر الرقمي

تحديات الذكاء الاصطناعي والبيانات والمنصات والتقنيات الناشئة في المجالات الاجتماعية والقانونية والاقتصادية

دولة الكويت - الثلاثاء والأربعاء 4 - 5 مايو 2027

تابعونا على حسابات وسائل التواصل الاجتماعي

kilawconference kilaw_conf

Kiac@kilaw.edu.kw Kilaw.edu.kw

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

13th ANNUAL CONFERENCE INTERNATIONAL

المؤتمر العلمي السنوي الدولي الثالث عشر
مستقبل سيادة الدول ونُظُمها في العصر الرقمي

دولة الكويت - الثلاثاء والأربعاء 4 - 5 مايو 2027

دعوة للمشاركة

تواجه المجتمعات المعاصرة تحولات غير مسبوقة في المجالات التقنية والرقمية، انعكست آثارها - بشكل مباشر - على ممارسة الدول سيادتَها، على الصعيدين الخارجي والداخلي؛ فقد أصبحت قوة الدولة لا تُقاس بقدراتها العسكرية والاقتصادية والجغرافية فقط، بل بقدرتها - أيضًا - على حماية فضائها الرقمي. ولم تعد ممارسة السيادة مرتبطة بالإقليم المادي وحدوده البرية والبحرية والجوية، بل أصبحت تمتد لتشمل الفضاء السيبراني والشبكات الرقمية والأنظمة المعلوماتية؛ الأمر الذي يستدعي دراسة المشكلات التي تتعلق بهذه التحولات، والإسهام في تقديم الحلول والرؤى اللازمة لمواجهتها؛ وهو ما حدا بكلية القانون الكويتية العالمية على تخصيص مؤتمرها العلمي السنوي الدولي الثالث عشر لمناقشة هذا الموضوع، تحت عنوان: «مستقبل سيادة الدول ونُظُمها في العصر الرقمي: تحديات الذكاء الاصطناعي والبيانات والمنصات والتقنيات الناشئة في المجالات الاجتماعية والقانونية والاقتصادية» ومن هذا المنطلق يسعد إدارة الكلية دعوة الباحثين والخبراء والمختصين إلى المشاركة في هذا المؤتمر بأوراق بحثية، تناقش المحاور التالية:

مواعيد مهمة

تقديم الملخصات	إعلان قبول الملخصات	تقديم الأبحاث	تحكيم الأبحاث	تقديم الأبحاث النهائية
2026/11/30	2026/12/31	2027/2/28	2027/3/20	2027/4/15



المحور الأول: تطور مفهوم السيادة ونطاقها وآثارها المتعددة

1- تطور مفهوم السيادة ونظمها وتأثيراتها.
2- دور التحول الرقمي وأثره على نظم الدولة ومؤسساتها المتعددة.
3- نطاق سيادة الدولة عبر الحدود على الأنشطة الرقمية.
4- التعاون الدولي في مجال تنظيم الذكاء الاصطناعي.

المحور الثاني: تحديات الذكاء الاصطناعي وقدرات الدولة المعاصرة

1- تطورات الذكاء الاصطناعي وإدارة مخاطره.
2- مستقبل الأطر التنظيمية لحوكمة الذكاء الاصطناعي.
3- استخدام الذكاء الاصطناعي والضوابط الأخلاقية والاجتماعية.
4- بناء القدرات الوطنية في مجال استقلال مراكز البيانات والحوسبة السحابية.

المحور الثالث: الأمن السيبراني في الفضاء الرقمي

1- تطور مفهوم الأمن السيبراني وحماية البنى التحتية الحيوية.
2- الجرائم الإلكترونية والرقمية وتأثيراتها: سبل الوقاية والمواجهة.
3- حماية الخصوصية وضمانات الحقوق والحريات.

المحور الرابع: منظومة العدالة والمنصات الرقمية

1- دور التحول الرقمي في مجال تسوية المنازعات وحجية الأدلة والإثبات.
2- تنظيم المنصات الرقمية وآثارها المتعددة.
3- دور الشركات التكنولوجية الكبرى وأثرها في العصر الرقمي.

المحور الخامس: مستقبل منظومة التعاون الخليجي في العصر الرقمي

1- التعاون الرقمي الخليجي في صياغة القواعد والمعايير المشتركة وتأثيراتها العالمية.
2- حماية الهوية والثقافة والقيم الخليجية في العصر الرقمي.
3- أهم التجارب الخليجية في مجال توطين الذكاء الاصطناعي والمشاريع الرقمية.

Kuwait | Doha City | Block 4 | Building 800005 | P.O Box: 59062 - Postal Code 93151 الرمز البريدي – 59062 ص.ب: | 800005 قسيمة | 4 قطعة | مدينة الدوحة | الكويت
kilawconference kilaw_conf

ضوابط المشاركة العلمية والموضوعية

1- تشمل مجالات المؤتمر الجوانب الاجتماعية والقانونية والاقتصادية والتكنولوجية، وللباحثين في هذه المجالات تقديم مقترحاتهم.

2- أن يكون مقترح البحث ضمن محاور المؤتمر وموضوعاته، أو منبثقًا عنها، وأن يتضمن أفكارًا جديدة ومُبْتَكَرة، وأن يعتمد البحث منهجية نقدية ومقارنة، وأسلوبًا مباشرًا.

3- ألّا يكون البحث قد سبق نشره، أو تقديمه إلى مؤتمر علمي.

4- أن يطرحَ مقترحُ البحث حلولًا عملية لإحدى المشكلات المطروحة، أو يتضمن مبادرة قانونية عملية في موضوع الدراسة، وأن يكون البحث متوافقًا مع المعايير البحثية العلمية والأكاديمية.

5- أن يكون المشارك من أعضاء هيئة التدريس، أو من أعضاء الهيئات القضائية، أو من الباحثين في مجالات المؤتمر.

6- ستتحمل الكلية نفقات التنقل والإقامة بالنسبة إلى الباحثين الذين تُقبَل أبحاثُهم.

إجراءات المشاركة ومواعيدها

1- يُقدِّم الباحث أولًا ملخصًا لمقترح بحثه، على ألا يتجاوز عدد كلماته خمسمائة (500) كلمة، بالإضافة إلى مختصر سيرته الذاتية الذي يتضمن قائمة ببحوثه ومؤلفاته، وذلك قبل 30 نوفمبر 2026.

2- تبلغ اللجنةُ التنظيمية للمؤتمر الباحثين الذين قُبلت مقترحاتُهم قبل 31 ديسمبر 2026.

3- يلتزم المشاركون في أبحاثهم بقواعد النشر المعتمدة في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية وملاحقها.

4- تُرسَل النصوص الكاملة للبحوث قبل نهاية فبراير 2027.

5- تخضع جميع البحوث المُقدَّمَة للتحكيم وفقًا للقواعد المعمول بها في المجلة العلمية للكلية، ويُزوَّد الباحثون بتقارير المُحكِّمين لمراعاة الملاحظات الواردة بها، وذلك قبل 20 مارس 2027.

6- تُرْسَل الأبحاث في صيغتها النهائية إلى لجنة المؤتمر قبل 15 أبريل 2027. ولا تعد الأبحاث مقبولة إلا بعد إقرارها من المُحكِّمين.

7- تُنْشَر الأبحاث المقبولة في الإصدار الخاص بالمؤتمر الذي تصدره مجلة كلية القانون الكويتية العالمية؛ وعليه فإن الباحث لا يمكنه نشر بحثه المُقدَّم إلى المؤتمر في أي مجلة أو دورية أخرى، من دون موافقة مُسْبَقَة من إدارة المؤتمر.

8- تُرسَل الملخصات والأبحاث إلى البريد الإلكتروني للمؤتمر: kiac@kilaw.edu.kw

ضوابط شكلية

1- الحد الأقصى لعدد كلمات البحث ثمانية آلاف (8000) كلمة، والحد الأدنى لا يقل عن خمسة آلاف (5000) كلمة.

2- الخط: Times new roman حجم الخط: 14 للبحوث العربية، و12 للبحوث الأجنبية، والمسافة بين الأسطر: 1.15.

3- الهوامش: الخط: Times new roman، حجم الخط: 10.

للاستفسار والتواصل

أ. فتحي الحامدي: 96522280183+ داخلي 487 - نقال: 96566305615+
البريد الإلكتروني: f.hamdi@kilaw.edu.kw
أ. ميسون الصمد: 96522280181+ - البريد الإلكتروني: msamad@kilaw.edu.kw

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

فصلية علمية مُحكَّمة | تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية

صدر العدد الأول منها في مارس 2013

السنة الخامسة عشرة – العدد 1 – العدد التسلسلي 57
جمادى الآخرة – رجب 1448هـ – ديسمبر 2026م

النصوص الكاملة للبحوث متاحة على موقع المجلة على الإنترنت
Journal.kilaw.edu.kw

تفهرس المجلة وملخصاتها ونصوص أبحاثها في:
- قاعدة معلومات مكتبة الكونغرس الأمريكي تحت رقم: K13 .A4756
على الرابط التالي: https://lccn.loc.gov/2018350324
- قاعدة معلومات العلوم الإسلامية والقانونية (ISLAMIC info)،
دار المنظومة لقواعد المعلومات العربية: www.mandumah.com

الاشتراكات

ثمـن العـدد

- الكويت: 750 فلسا.
- دول الخليج: السعودية:10 ريالات، قطر: 10 ريالات، الإمارات: 10 دراهم
  البحـريـن: 1دينـار، عمـان: 1ريـال
- الوطن العربي: ما يعادل دولاراً أمريكيا
- الـدول الأجنـبـيـة: ثـلاثة دولارات

الاشتراكات السنوية

نوع الإشتراك	الكويت	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الاشتراك
أفـــــراد	3 دنانير	4 دنانير	15 دولاراً	سنة
مؤسسات	15 دينَاراً	15 ديناراً	60 دولاراً	
أفـــــراد	5 دنانير	5 دنانير	25 دولاراً	سنتان
مؤسسات	25 دينَاراً	25 ديناراً	100 دولاراً	
أفـــــراد	7 دنانير	10 دنانير	25 دولاراً	3 سنوات
مؤسسات	35 دينَاراً	35 ديناراً	140 دولاراً	
أفـــــراد	9 دنانير	13 دنانير	45 دولاراً	4 سنوات
مؤسسات	45 دينَاراً	45 ديناراً	180 دولاراً	

تدفع الاشتراكات بإحدى الطرق التالية:

- شيك لأمر كلية القانون الكويتية العالمية على أحد المصارف الكويتية.
- تحويل بنكي لحساب كلية القانون الكويتية العالمية:

رقم الحساب: 012010074824 اسـم البنـك: بنـك الكويـت الـدولـي

IBAN: KW94KWIB000000000012010074824

العنوان: الكويت – مدينة الدوحة – قطعة 4 – قسيمة 800005

هاتف: 22280222(965+) – مباشر: 22280181 (965+) – فاكس: 22280209(965+)

Kilawjournal@kilaw.edu.kw www.kilaw.edu.kw

تنويه: جميع الآراء التي تتضمنها البحوث المنشورة في هذا العدد من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية تعبر عن وجهة نظر كاتبيها فقط، ولا تعبر عن رأي المجلة ولا تعكس رأي الكلية

هيـئـة التحـريـــر

- **رئيس التحريـــر**

أ. د. بـدريـة عبـدالله العوضـي

- **رئيس التحريـر المشـارك**

د. أحمـــد حمـــد الفارســـي

- **مستشارو التحرير**

أ. د. يـســـري العصـــار

أ. د. ســـــهام الفـريـح

أ. د. إقبـــال المطـــوع

أ. د. ياســـر الصـــيرفي

أ. د. مجـــدي شـــهاب

أ. د. معـــاذ المـــلا

د. حمـــد الحســـاوي

- **لجنـة المجلة**

د. أحمـــد العتيبـــي

د. فـــرح ياســـين

د. فاطمـــة البـــدر

د. حمـــد الفهـــد

الهيئة الاستشارية العربية والعالمية

- **أ. د. أسامة الفولي**
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة
عميد سابق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية
جمهورية مصر العربية

- **أ. د. أيوب بن منصور بن علي**
أستاذ القانون الإداري والدستوري
معهد الإدارة العامة، الرياض
عضو مجلس الشورى السعودي لدورتين
المملكة العربية السعودية

- **د. صالح البراشدي**
أستاذ القانون التجاري المشارك
عميد كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس
مسقط، سلطنة عمان

- **أ. د. جون موريسون**
أستاذ القانون، كلية القانون
جامعة كوينز بلفاست، المملكة المتحدة

- **أ. د. روجر بوريدج**
أستاذ القانون، كلية القانون
جامعة واريك، كوفنتري، المملكة المتحدة

- **أ. د. فينشيزو فيراري**
أستاذ القانون، وعميد سابق، كلية القانون
جامعة ميلانو، إيطاليا

- **أ. د. حبيب قزي**
أستاذ قانون الاقتصاد الدولي
عميد كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية
بيروت، لبنان

- **أ. د. باسم ملحم**
أستاذ القانون التجاري
عميد كلية الحقوق، الجامعة الأردنية
عمان، المملكة الأردنية الهاشمية

قواعد النشر في المجلة العلمية وملاحقها

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة قانونية علمية محكمة، ومنبر علمي أكاديمي يسعى إلى الجودة والجدية والتميّز، تصدر بشكل دوري، مرة كل ثلاثة أشهر، كما تُصدر ملاحق خاصة تتضمن بحوث المؤتمر السنوي الدولي للكلية، التي تطبق بشأنها قواعد ومعايير نشر البحوث بالأعداد الدورية نفسها، وهي تُرحِّب بنشر كل ما يتصل بالموضوعات القانونية محل اهتمامها، باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية؛

وذلك في أحد الأبواب التالية:

1- البحوث والدراسات
2- التعليق على أحكام قضائية
3- ملخصات الرسائل الجامعية
4- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات
5- عرض الكتب القانونية الجديدة ومراجعتها

على أن تكون في أي من المجالات العلمية، وعلى وجه الخصوص:

1- القانون بمختلف فروعه
2- الشريعة والفقه الإسلامي
3- المالية العامة والاقتصاد والتشريعات الاقتصادية
4- العلوم الاجتماعية والطبيعية المرتبطة بالقانون
5- الدراسات المقارنة في القانون
6- التعريب في أي من المجالات السابقة

وذلك وفق السياسات والقواعد التالية:

أولًا- السياسات العامة للنشر:

1- تولي إدارة الكلية أهمية كبيرة لدور المجلة العلمية في نشر وتشجيع البحث العلمي، وهي تسعى إلى تعزيز وتعميق دورها ورسالتها، ومراجعتها باستمرار بما يكفل رفع جودة البحوث المنشورة وفقاً لأفضل المعايير والممارسات العالمية، ويعزز من تأثيرها وإشعاعها في محيطها.
2- تسعى المجلة إلى أن تكون منبراً علمياً جاداً ومتميزاً، وأن تُشكِّل البحوث المنشورة فيها قيمة مضافة في مجال تخصصها بما يعزز المجالات القانونية

المختلفة، ويجعلها في مصاف المجلات العلمية العالمية، وذلك في إطار مشروع للتجديد في الفكر والمنهج البحثيين.

3- تعمل المجلة على ضمان جودة البحوث التي تقبلها للنشر، من خلال تطبيق قواعد النشر، والتحكيم، والمراجعة التحريرية، والتدقيق اللغوي.

4- تحرص المجلة على أن تقوم البحوث المقدمة للنشر فيها على حالات واقعية بآلية تستوعب المتغيرات الجارية من النواحي الموضوعية والمنهجية والشكلية.

5- تشجع المجلة الدراسات القانونية المقارنة.

6- تشجع المجلة اعتماد البحوث المقدمة للنشر فيها منهج النقد والتحليل وقدح الأفكار بالأفكار من خلال المنهجية والأساليب الحديثة.

7- تقبل المجلة البحوث المقدمة للنشر من باحث منفرد، ومن باحثين مشتركين، وفي حالة اشتراك ثلاثة باحثين، يجب تقديم خطاب مُوقّع منهم يبيّن إسهام كل واحد في البحث.

8- تخضع جميع المواد المقدمة للنشر للتحكيم من قبل متخصصين وحاصلين على درجة علمية أعلى من الباحث أو موازية له.

ثانيًا- قواعد النشر:

I- بالنسبة للبحوث والدراسات

أ- قواعد عامة:

1- ألاّ يكون البحث أو الدراسة قد سبق نشرها، أو مقدمة للنشر في مجلة أخرى.

2- ألاّ يكون البحث أو الدراسة جزءًا من رسالة دكتوراه أو ماجستير الباحث، أو من كتاب له سبق نشره، إلا إذا كان ذا قيمة أو إضافة جديدة، توافق عليها هيئة تحرير المجلة مسبقاً.

3- أن يكون موضوع البحث مستجداً، وأصيلاً، ومبتكراً، ويعالج قضية حيوية ومهمة.

4- أن ينصبّ التركيز في البحث على الموضوع محل الدراسة دون مقدمات نظرية أو استطراد أو إضافات لا لزوم لها، على أن يكتفي الباحث بالإحالة إلى المراجع التي تناولت ذلك ما دام لازماً.

5- أن يستخدم الباحث المنهج النقدي في دراسته، ويناقش بعمق موضوع البحث والإشكالات التي يثيرها.

6- أن يتضمن البحث في خاتمته بياناً بالنتائج التي توصل إليها الباحث، وعرضاً للتوصيات التي يقدمها لمعالجة القضايا المطروحة أو الإشكالات محل الدراسة، ومقترحات لدراسات مستقبلية يستدعيها موضوع البحث.

7- أن تكون مراجع البحث أو الدراسة حديثة ومتنوعة، محلية وعالمية، عربية وأجنبية كلما كان ذلك ممكناً، وموثّقة بشكل كامل، وذلك على النحو التالي: اسم الكاتب/ الباحث، عنوان الكتاب/ البحث، الجزء (ج)، الطبعة (ط)، دار النشر، بلد النشر، وسنة النشر، والصفحة (ص) بالنسبة للهوامش.

8- أن تكون القوانين والتشريعات واللوائح موثّقة بالإشارة إلى عدد وتاريخ الجريدة الرسمية.

9- أن يتضمن البحث بعد قائمة المراجع جدولاً بمحتوى البحث/ الفهرس.

10- ألاّ يتجاوز عدد كلمات البحث أو الدراسة خمسة عشر ألف (15000) كلمة، أو ألاّ يتجاوز عدد الصفحات (30) صفحة عادية، من حجم A4. (نوعية الخط Times new Roman – حجمه (14) – المسافة بين الأسطر في الصفحة الواحدة 1.15 – الهوامش: نوعية الخط نفسها – حجمه (10) – المسافة بين الأسطر 1.0)، متضمنة الملخصين (العربي والإنجليزي والمراجع).

11- أن يرفق بالبحث ملخص باللغتين العربية والإنجليزية، يتكون كل واحد منهما من 250 إلى 300 كلمة بحد أقصى (أو صفحة واحدة)، ويتضمن موضوع البحث وإشكاليته، أهدافه ونطاقه، ومنهجيته وأهم محاوره، وبيان بأهم نتائجه وأبرز توصياته، على ألا يكون ذلك نسخاً أو تكراراً لنصوص وردت في باقي أجزاء متن البحث. ويتلو الملخص كلمات دالة، على ألا تزيد على خمس كلمات (غير واردة في عنوان البحث)، تعبِّر عن المجالات التي يتناولها البحث، لاستخدامها في التكشيف.

12- لا يجوز نشر البحث أو الدراسة في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إلاّ بعد إذن كتابي من هيئة التحرير.

13- يجب أن تكون البحوث أو الدراسات مطبوعة، من ثلاث نسخ، أو إلكترونية بصيغتي بي دي اف PDF وورد Word، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.

14- لا ترد أصول البحث أو الدراسة بعد الموافقة عليها من هيئة التحرير.

15- يجب أن يرفق الباحث ملخصاً للسيرة الذاتية لا يتجاوز صفحة واحدة، يتضمن البحوث المنشورة للباحث.

16- يمنح كل باحث 3 نسخ من العدد المنشور فيه بحثه مع 20 مستلاً من البحث.

17- يكون للمجلة الحق في الاحتفاظ بجميع حقوق النشر، ورقياً وإلكترونياً للبحث المجاز، وذلك لمدة 3 سنوات من تاريخ النشر.

ب- قواعد خاصة:

1- يجب تخصيص قائمة بالمراجع في آخر البحث أو الدراسة تتضمن المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحة مستقلة، على أن ترتب المصادر والمراجع بدءًا بالمراجع العربية، ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم، وأن يكون الترتيب حسب الحروف الأبجدية، ولا تدخل «الـ» التعريف و«ابن» و«أبو» في الترتيب، بل ينظر إلى ما بعدها.

2- يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث أو الدراسة، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.

3- لا توضع إشارة إلى هوامش على العناوين الرئيسية أو الفرعية للبحث.

4- يخضع ترتيب البحوث والدراسات المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية.

5- يراعى في أولوية النشر:

- البحوث الواردة من أعضاء هيئة التدريس في كلية القانون الكويتية العالمية.
- البحوث والدراسات التي تعنى بالقوانين الكويتية أو المقارنة بالقوانين الكويتية.
- تاريخ تسليم رئيس التحرير للبحث، وأسبقية تقديم البحوث التي يتم تعديلها.
- تنويع البحوث والدراسات كلما أمكن ذلك.

II- **بالنسبة للتعليق على الأحكام القضائية:**

تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيماناً منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيله ونقده، من واقع الربط بين نظرية القانون وعلمه وبين التطبيق العملي، مع مراعاة عدم التعرض للهيئة والقضاة الذين أصدروه.

III- **بالنسبة لعرض ملخصات الرسائل الجامعية:**

تنشر المجلة ملخصات للرسائل الجامعية (الماجستير – الدكتوراه) التي تمت إجازتها، ويراعى فيها أن تكون حديثة، وأن تعد بمعرفة صاحب الرسالة، وأن تمثل إضافة علمية جديدة في أحد مجالات القانون المعروفة، على ألا يزيد العرض على (10) صفحات، مع مراعاة أن يضم الملخص ما يلي:

- مقدمة لبيان أهمية الرسالة.
- ملخص لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة.
- ملخص لمنهج الرسالة، وفروضها، وعينتها وأدواتها.
- خاتمة لأهم ما توصل إليه معد الرسالة من نتائج وتوصيات.

IV- بالنسبة لتقارير اللقاءات العلمية:

تنشر المجلة التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات التي تتصل موضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة، والتي انعقدت حديثاً في داخل دولة الكويت أو خارجها، ويراعى فيها:

- أن يغطي التقرير فعاليات الندوة أو المؤتمر، مركزا على البحوث العلمية وأوراق العمل المقدمة ونتائجها، وأهم التوصيات التي توصل إليها.
- ألا يزيد التقرير عن (5) صفحات.

V- بالنسبة لعرض الكتب ومراجعتها:

تنشر المجلة المراجعات التقويمية للكتب حديثة النشر، التي تخص أي حقل من حقول القانون والتي تتوافر فيها الشروط الآتية:

- أن يكون الكتاب متميزاً ومشتملاً على إضافة علمية جديدة.
- أن يكون معد المراجعة متخصصاً في المجال العلمي للكتاب نفسه.
- ألا يكون قد سبق تقديم العرض للنشر في مطبوعة أخرى.
- أن يعرض المراجع ملخصاً وافياً لمحتويات الكتاب، مع بيان أهم أوجه التميز والقصور، على ألا يزيد العرض على 5 صفحات.
- تمنح المجلة مقابلاً مالياً لعرض الكتب الذي يتم بتكليف من المجلة فقط.

ترسل البحوث إلى: السيد / رئيس تحرير مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

- البريد العادي:

الكويت – مدينة الدوحة – قطعة 4 – قسيمة 800005

ص.ب: 59062 – الرمز البريدي 93151

الهاتف: بدالة 96522280222+ مباشر 96566305615+

- موقع المجلة على الإنترنت:

https://journal.kilaw.edu.kw/

- البريد الإلكتروني:

kilawjournal@kilaw.edu.kw

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

إعلان مهم

جديد قواعد النشر
في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

تعزيزًا لدور المجلة في نشر وتشجيع البحث العلمي القانوني كويتيًا وخليجيًا وعربيًا وعالميًا، وفي إطار السعي المستمر لتطوير مناهج البحوث القانونية العلمية بما يزيد من القيمة المضافة إليها، وإسهامًا منها في خدمة القطاعات القانونية الأكاديمية والمهنية خاصة والمجتمعية عامة، ومواكبة للسياسات البحثية الجديدة لكلية القانون الكويتية العالمية (الناشر).
فقد أقرت هيئة تحرير المجلة إضافة بنود جديدة إلى قواعد النشر، تتمثل في التالي:

- تدعو "المجلة" الباحثين إلى التركيز في أبحاثهم المقدمة للنشر على دراسة القضايا والإشكاليات القانونية العملية والتطبيقية التي تهم القطاعات الإدارية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، ذات الصلة بشكل مباشر أو غير مباشر، ويشمل ذلك دراسة الحالات المحددة.
- تحث "المجلة" على اعتماد المناهج العلمية التي تسهم في دراسة هذا النوع من القضايا، ومن بينها المنهج التحليلي، والمنهج النقدي، والمنهج المقارن، كما تحثهم على اختيار الآليات والأساليب التي تسهم في وضوح كل من التحليل والمناقشة والتأويل ودقته، ومن بينها قواعد البيانات والإحصائيات والمؤشرات وغيرها.
- تدعو "المجلة" الباحثين إلى تقديم توصيات عملية وتطبيقية، ابتكارية، ومؤصلة، ومن النظم المقارنة، ويتضمن ذلك تقديم مقترحات قوانين ولوائح تنظيمية، وأدلة إرشادية وغيرها.
- تمنح "المجلة" أولوية النشر للبحوث ذات الطابع التطبيقي والعملي، سواء كانت من داخل الكلية أم من خارجها.
- تدرج البحوث التطبيقية والعملية في قائمة البحوث المرشحة لجائزة "المجلة" السنوية لأفضل بحث تطبيقي وعملي.

محتويات العدد

	الموضوع	الصفحة
	كلمة العدد	
	مراجعات مُستحقَّة في مجال البحث العلمي وأخلاقياته أ. د. بدرية عبدالله العوضي	13
	بحوث ودراسات باللغة العربية	
1	**أثر يوم الراحة الأسبوعية على حقوق العامل ذي الأجر الشهري والتزاماته** أ. د. صالح ناصر العتيبي	17
2	**انعكاسات المسؤولية الاجتماعية للشركات على المسؤولية الجزائية لممثّليها في القانون الكويتي: دراسة نقدية مقارنة** د. أسماء إبراهيم الفوزان	49
3	**الحق في تلقي التعليم وحماية المعلمين والمؤسسات التعليمية في القانون الدولي الإنساني مع الإشارة إلى الحالة في غزة** د. عبدالسلام حسين العنزي	113
4	**المسؤولية القانونية المدنيّة لمواقع التواصل الاجتماعي في ضوء ممارسة الحق في حرية التعبير: دراسة مقارنة في التشريعات والتطبيقات القضائية** د. أنس فيصل التورة ود. لطيفة وليد الزامل	153
5	**الحرمات الرقمية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الكويتية: نحو بناء منظومة تشريعية متكاملة** د. عبداللطيف حاجي العوضي ود. سوزان زهير السمان	187
6	**تأثير خطر تغيُّر المناخ على تنفيذ العقود طويلة الأجل** د. نوفل بن أحمد	245
7	**ماهية المنتج المعلوماتي وعيوبه** د. محمد عبدالله علي	287

8	**تدخُّل القضاء لضمان فاعلية إجراءات التحكيم المتعلقة بالتدابير المؤقتة** أ. د. فوزي بن أحمد بالكناني	337
9	**إضاءة على نظام المعاملات المدنية السعودي «الإقرار والخصوصية» .. قراءة نقدية مقارنة** أ. د. محمد عرفان الخطيب	375
10	**تحديات حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة: دراسة مقارنة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان** أ. د. مخلد إرخيص سالم الطراونة د. عميد عاصم خصاونة	425
11	**الحدود الدستورية لاختصاصات المجلس الأعلى للقضاء في مجال إصدار اللوائح التنفيذية لقانون السلطة القضائية القطري** عبدالرحمن بن حمد بن قاسم آل ثاني	469
12	**التصوُّر الهيكلي للمحكمة الدستورية في تونس من خلال دستورَيْ 2014 و2022 في ضوء اختلاف التجارب الدولية** أ. د. توفيق الصادق الغناي د. شادي محمد عرفة حجازي	527
13	**القانون الواجب التطبيق على الحُلُول القانوني للمؤمن في حوادث المركبات عبر الحدود: دراسة متقابلة للاجتهاد القضائي في فرنسا والأردن** أ. د. عبدالله الضمور	579
	بحوث ودراسات باللغة الإنجليزية	
1	**نظام قانوني قديم لسفن جديدة: تعديل طفيف في النظام القانوني الحالي لاستيعاب تشغيل السفن ذاتية القيادة** د. طلال العدواني	635

مراجعات مُستحقَّة في مجال البحث العلمي وأخلاقياته

أ. د. بدرية عبدالله العوضي(*)
رئيس التحرير

أولًا: لا بد من الإشارة الواضحة والمباشرة إلى أنه ليس من باب التنظير في شيء التحدث عن أزمة تلف جهود البحث العلمي – خصوصًا في المجالات الاجتماعية والقانونية – وتلقي بظلالها على محدودية الأداء العلمي العربي والإسلامي وضعف تأثيره، بل إنه من الباب التطبيقي العملي والواقعي الصِّرْف تشخيص مجال العمل نحو زيادة كفاءته وإسهامه في قضايا المجتمع المختلفة.

ثانيًا: من المؤكد أن مجتمع البحث العلمي والاجتماعي والقانوني يقف حاليًا على مفترق طرق، في ضوء التطورات والتحولات التي تشهدها المجتمعات المعاصرة. ولم يعد من المفيد أن يستمر على حالته التقليدية؛ حيث إنه ميال إلى الجمود، وأبعد ما يكون عن الديناميكية والتفاعل مع قضايا المجتمع وتحدياته.

وبالتالي فإنه في حاجة إلى مراجعات موضوعية جدية وحقيقية هادفة ومركزة.

وهذه المراجعات تقوم على التشخيص والتحليل والاجتهاد وتقديم البدائل؛ ففي مجال التشخيص: تتميز موضوعات الأبحاث الاجتماعية والقانونية السائدة والجارية – في أغلبها – بكونها قديمة وتقليدية ونمطية، وتفتقد الإبداع والاجتهاد والتجديد؛ حيث إنها لا تتطرق إلى القضايا المستجدة والطارئة، وإن تناولت بعضها فإنها تتناولها من باب إسقاط الحلول والأحكام القانونية القديمة عليها.

كما أن الأدوات والمناهج المُستخدَمة في توصيفها وتحليلها محدودة وقاصرة؛ لأنها لا تشمل التعمق والمقارنة والنقد. ومما لا شك فيه أن هذه الموضوعات والأدوات المُستخدمَة في عرضها ومناقشتها تنتهي إلى نتائج وتوصيات ضعيفة، ولا تقدم جديدًا يُذكَر.

ويشير تحليل هذا الوضع إلى أن هذا النوع من الأبحاث يتنكب عن سبيل الخوض في غمار تحدي الموضوعات الجديدة المستحقة، اعتمادًا على الأدوات الحديثة، من مناهج تطبيقية وعملية ووسائل تكنولوجية تقدم إحصاءات، وذلك تفاديًا لبذل جهود أكبر، واستسهالًا للمنهج التقليدي، أو لعدم القدرة على التعامل مع متطلبات هذا التجديد (اللغة، ووسائل تكنولوجية، ومزيد من القراءة والاطلاع للتعمق والمقارنة والنقد...). وللأسف

(*) أستاذ متفرغ ورئيس سابق لقسم القانون الدولي العام بكلية القانون الكويتية العالمية، وعميد سابق لكلية الحقوق بجامعة الكويت.

فإن هذا النوع من البحث يجد ضالته في المنابر البحثية التقليدية – سواء المدفوعة الأجر أو المجانية – ويفتقد الحافز نحو التجديد.

ومن المهم الإشارة إلى أن هذه الفئة من المجتمع البحثي (التي تتكون من باحثين تقليديين وحديثين) تعاملت على طريقتها مع التطورات التكنولوجية التي قدمتها تطبيقات التقنية الحديثة، وفي مقدمتها خدمات الذكاء الاصطناعي ومنتجاته؛ حيث تم اكتشاف أبحاث ورسائل جامعية، وربما أجزاء من كتب، وكذلك أوراق عمل ومشاريع، تم إعدادها من خلال ذلك، من دون حتى مراجعة أو إضافة أو تدقيق، في انتهاك جسيم لحقوق الملكية الفكرية، وفي سرقات علمية موصوفة ومتكاملة الأركان، تخل بمبادئ وقواعد البحث العلمي وأخلاقياته.

لكن – في المقابل – من المهم أيضًا الإشارة إلى وجود فريق من الباحثين العلميين المجتهدين الذين تتميز أبحاثهم العلمية بالموضوعات التطبيقية والعملية، واستخدام الأدوات التقنية والمناهج الحديثة التي تشمل المقارنة والنقد والعمق والإحصاءات والأرقام، وتنتهي إلى تقديم نتائج دقيقة وتوصيات مثمرة. وهذا الفريق محل ترحيب وتقدير؛ لأنه يقدم قيمة مضافة للمنصات العلمية التي تسعى إلى تقديم حلول واجتهادات للقضايا المعاصرة، وتسعى إلى أن تكون متميزة.

وفي مجال الاجتهاد في موضوع هذه الكلمة، فإن المراجعات بالنسبة إلى مجتمعات البحوث العلمية – الاجتماعية والقانونية، ومن ضمنها منابرها ومنصاتها – تبدو ضرورية ومستحقة خلال كل فترة محددة من الزمن، من أجل التطوير والتحديث الحقيقي المعمق.

كما أن الانخراط في قضايا المجتمع – بشكل مباشر وملموس – أولوية قصوى، بالإضافة إلى تشجيع الباحثين المتميزين على الاستشراف واستخدام المناهج الحديثة والأدوات التقنية الجديدة، مع الادراك والاحترام الكامل لمبادئ البحث العلمي وأخلاقياته.

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

بحوث ودراسات باللغة العربية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية
السنة الخامسة عشرة - العدد 1 - العدد التسلسلي 57
جمادى الآخرة - رجب 1448هـ - ديسمبر 2026م

أثر يوم الراحة الأسبوعية على حقوق العامل ذي الأجر الشهري والتزاماته(*)

الملخص

قانون العمل قانون إنساني؛ فهو يهتم بالعامل كإنسان؛ ومن ثم، يقرر له حدًا أدنى من حقوقه؛ كحقه في التوقف عن العمل لفترات زمنية للحصول على الراحة من عناء العمل. وتختص هذه الدراسة بحق العامل في الراحة الأسبوعية المقررة في المادة 67 من قانون العمل الكويتي رقم 6 لسنة 2010، التي تنص على حقه في راحة أسبوعية متصلة، مدتها أربع وعشرون ساعة؛ أي يوم كامل. وللتخفيف عن أصحاب الأعمال لم تقيدهم بأن تكون الراحة الأسبوعية في يوم الجمعة. وقد اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، معتمدة على المقارنة بين قوانين عدة.

وترجع أهمية الدراسة إلى وجود تباين في أثر يوم الراحة الأسبوعية على حقوق العامل الذي يتقاضى أجره في الشهر والتزاماته. ففي حساب حقوقه عند استخراج أجره اليومي، يكون من الأفضل له استبعاد أيام الراحة الأسبوعية، وعلى العكس من ذلك يكون من الأفضل له عدم استبعادها عند حساب التزاماته. وقد تطرقت الدراسة إلى تأثير هذه الراحة في قانون العمل الكويتي وفي كل من قوانين العمل في مصر والسعودية وعمان.



أ. د. صالح ناصر العتيبي

أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص

كلية القانون الكويتية العالمية

alotaibi@kilaw.edu.kw

*

- عضو هيئة التدريس في كلية القانون الكويتية العالمية منذ إنشائها في فبراير 2011.
- حاصل على درجة البكالوريوس سنة 1986، ودرجة الماجستير سنة 1997، من كلية الحقوق بجامعة الكويت، ودرجة الدكتوراه من جامعة عين شمس في القانون المدني سنة 2001.
- تتركز أبحاثه في القانون المدني، خصوصًا ما يتعلق منها بالجانب التطبيقي، وهو مهتم بأحكام القضاء وتوظيفها في فهم النصوص القانونية.
- بعد حصوله على درجة الأستاذية في القانون الخاص اهتم بقانون العمل الكويتي والمقارن وبتطبيقاته العملية والقضائية.
- له كتب وأبحاث عديدة في مجال قانون العمل، فضلًا على خبراته السابقة في مجال العمل الحكومي.

(*) تاريخ تقديم البحث: 18 فبراير 2026 وتاريخ قبوله: 8 أبريل 2026

وخلصت الدراسة إلى نتائج، أهمها: هناك يومان للراحة الأسبوعية للعامل، أحدهما ملزم لصاحب العمل والآخر اختياري، وعدم كفاية النصوص التشريعية التي تنظم يوم الراحة الإلزامية أدى إلى زيادة المنازعات العمالية بين العامل وصاحب العمل، والتعديل في النص التشريعي للراحة الأسبوعية في قانون العمل الكويتي رقم 6 لسنة 2010 أدى إلى زيادة الأجر اليومي للعامل؛ ومن ثم زيادة حقوقه، ولم يتول الفقه الكويتي تحديد مفهوم الأجر الشهري، وهو مسألة لازمة لمعرفة الأجر اليومي للعامل. وانتهت الدراسة إلى توصية المشرع الكويتي بتغيير مسمى الراحة الأسبوعية المنصوص عليها في المادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 ليتوافق مع مسماها في المادة (70) من القانون ذاته، وكذلك وجوب صدور قرار لتنظيم الراحة الأسبوعية الإلزامية بما يكفل إزالة اللبس حول تطبيقها بشكل صحيح.

كلمات دالة: راحة أسبوعية، عطلة أسبوعية، أجر يومي، الأجر الشامل، الأجر الأساسي.

المقدمة

بوصف العامل إنساناً؛ فإنه يحتاج إلى أن يتوقف عن العمل ليأخذ قسطًا من الراحة، وينفض عن كاهله التعب والملل بعد عناء عمل متواصل على امتداد أيام الأسبوع. ومن ثم؛ من حقه ألا يحضر إلى العمل – على الأقل – يوماً واحداً في الأسبوع، ليجدد نشاطه وحيويته ويعوض ما فقده من قواه الجسدية والعقلية، ويستعيد قدرته على العطاء والإنجاز. ولا شك في أن للراحة الأسبوعية فوائد أخرى؛ كقضاء وقت مع عائلته وأصدقائه وممارسة هواياته. وفي المقابل لها فائدة تعود على صاحب العمل أيضًا؛ ذلك أن العامل عند عودته إلى عمله بعد قضاء راحته الأسبوعية يكون أكثر نشاطاً وإقبالاً على العمل؛ وهو ما ينعكس إيجاباً على جودة أدائه؛ إذ إن العامل يبقى إنساناً يتأثر أداؤه للعمل بحالته النفسية والصحية.

أولاً: أهمية الدراسة

وفقاً للمادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010، فإن للعامل حقاً في أن يحصل على يوم واحد في الأسبوع للراحة. وهذا الأمر يؤثر في حساب الحقوق الأخرى للعمال الذين يتقاضون أجورهم بالمشاهرة دون سواهم ممن يتقاضون أجورهم باليوم أو بالقطعة أو بغير ذلك؛ لعدم حاجة هؤلاء إلى تحديد أجرهم اليومي عند حساب مستحقاتهم، في حين أن العمل بالمشاهرة يتطلب استخراج مقدار الأجر اليومي للعامل لمعرفة مقدار حقوقه، سواء كانت حقوقاً ناشئة له في أثناء خدمته أم عند انتهائها. كما أنها تؤثر في عدد من التزاماته تجاه صاحب العمل.

ومن ثم؛ فإن هذه الدراسة تستمد أهميتها من أنها عرضت لقضية مهمة تتعلق بشريحة واسعة في المجتمع الكويتي، وهي شريحة اليد العاملة في القطاع الخاص بأجر شهري، وتتمثل في أثر الراحة الأسبوعية للعامل على حقوقه والتزاماته وفق المادة المشار إليها؛ إذ تتباين الآراء – بناء على الحق في الإجازة الأسبوعية – حول هذه الحقوق والالتزامات سواء في أثناء الخدمة أو بعدها. وتأتي هذه الدراسة لتحسم الخلاف، وتوضح الطريقة التي تحدد بها حقوق العامل والتزاماته؛ فتحدد المقصود بكل من الأجر الشهري والطريقة التي يحسب بها مقدار الأجر اليومي.

ثانياً: مشكلة الدراسة وأسئلتها

تعالج الدراسة مشكلة حساب حقوق العامل ذي الأجر الشهري والتزاماته. فمن جهة لم يحدد القانون المقصود بالأجر الشهري: أهو الأجر الشامل، أم هو الأجر الأساسي

دون أن تضاف إليه عناصر الأجر الأخرى من علاوات وبدلات نقدية أو عينية؟ ومن جهة أخرى تعالج الدراسة مسألة تحديد مقدار الأجر اليومي للعامل من أجره الشهري. صحيح أن المادة (67) من القانون المذكور نصت في فقرتها الثانية على ألا يخلّ اعتبار الراحة الأسبوعية بأجر بحساب حق العامل، بما فيه أجره اليومي وإجازاته؛ إذ يجري حساب هذا الحق بقسمة أجره على عدد أيام العمل الفعلية دون أن تحسب من ضمنها أيام راحته الأسبوعية على الرغم من كون أيام الراحة هذه مدفوعة الأجر.

لكن أيشمل ذلك يوم الراحة الأسبوعية الإضافية إذا كان العامل يحصل عليها، أم يقتصر على يوم الراحة الإلزامية. لقد استقر قضاء محكمة التمييز على أن ما ورد في المادة (2/67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 يقتصر على يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية. وهو مسلك سارت عليه المحكمة في ظل قانون العمل رقم 38 لسنة 1964 الملغى. على الرغم من اختلاف النصين؛ فالأخير كان ينص على أن يوم الراحة الأسبوعية غير مأجور على خلاف قانون العمل الحالي الذي اعتبرها مأجورة.

أما الفقه؛ فلم يتطرق لهذه المسألة المهمة إلا ما نجده – بحسب علم الباحث – في دراسة للأستاذ الدكتور بدر جاسم اليعقوب (رحمه الله)، وإن كان ذلك في ظل قانون العمل رقم 38 لسنة 1964 الملغى. وكذلك في دراسة للدكتور عبدالفتاح عبدالباقي: أساس تحديد الأجر اليومي للعاملين المحددة أجورهم مشاهرة في بيان مكافأة نهاية الخدمة.

ومن ثم؛ فإن هذه الدراسة تحاول الإجابة عن السؤالين الآتيين:

- ما المقصود بالأجر الشهري وفق قانون العمل الكويتي رقم 6 لسنة 2010: أهو الأجر الشامل أم الأجر الأساسي دون عناصر أخرى؟
- كيف يحسب مقدار الأجر اليومي للعامل من أجره الشهري: أيحسب أجره اليومي بقسمة أجره الشهري على أيام العمل الفعلية؟ أم يُضاف إليها راحته الأسبوعية؟

ثالثًا: منهج الدراسة

تعتمد الدراسة على المنهج التأصيلي الوصفي التحليلي؛ إذ تعرض النص وتفسره، وتحلله وتكشف عن الأوجه الإيجابية فيه وأوجه القصور التي تعتوره؛ ومن ثم تقارن بين موقف القانون الكويتي وكل من القانون المصري الذي يعد مصدراً تاريخياً للقانون الكويتي، ونظام العمل السعودي بوصف المملكة العربية السعودية الدولة الخليجية الوحيدة التي لها حدود مع دولة الكويت، وكذلك قانون العمل العماني، بوصفه أحدث قوانين العمل العربية بما تضمنه من حقوق جديدة للعمال، منها – على سبيل المثال –

تقريره يومين إلزاميين راحة أسبوعية، على خلاف ما نصت عليه أغلب قوانين العمل العربية، ومنها القانون الكويتي، التي تقرر يوماً واحداً إلزاميًا فقط، وتركت لصاحب العمل حرية تقرير يوم إضافي. وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه أينما ورد مصطلح قانون العمل دون تخصيص، فإنه يقصد به قانون العمل الكويتي الحالي رقم 6 لسنة 2010.

رابعاً: خطة الدراسة

بناءً على ما تقدم؛ نقسم الدراسة إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: النظام القانوني ليومي الراحة الأسبوعية وأثرهما في تحديد مقدار الأجر اليومي للعامل ذي الأجر الشهري.

المبحث الثاني: أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب حقوقه والتزاماته.

المبحث الأول

النظام القانوني ليومي الراحة الأسبوعية وأثرهما في تحديد مقدار الأجر اليومي للعامل ذي الأجر الشهري

أوجد القانون والواقع للعامل يومين للراحة الأسبوعية، أحدهما حق له بموجب المادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010، والآخر إضافي، وفقاً للمصدر المنشئ له، سواء كان عقد عمل فردياً أم جماعياً أم وفق لائحة صاحب العمل أو العرف، ولكل منها أثره بحسب طبيعته القانونية الخاصة، وآثاره القانونية، ولاسيما على استخراج مقدار الأجر اليومي للعامل من الأجر الشهري، الذي يتخذ أساساً لتحديد العديد من حقوق العامل والتزاماته.

وبناء على ذلك نقسم المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: الضوابط القانونية ليوم الراحة الأسبوعية الإلزامية وسبل تحديده.

المطلب الثاني: النظام القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإضافية.

المطلب الثالث: أثر يومي الراحة الأسبوعية عند استخراج الأجر اليومي من الأجر الشهري.

المطلب الأول

الضوابط القانونية ليوم الراحة الأسبوعية الإلزامية وسبل تحديده

تنص المادة (6) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 106 لسنة 1975 بشأن الراحة الأسبوعية على حق العامل في الحصول على راحة أسبوعية متصلة، لا تقل عن 24 ساعة. ويجب أن تتزامن – ما أمكن – مع يوم الراحة الأسبوعية المحدد كيوم راحة، وفقاً لتقاليد الدولة أو المنطقة أو عاداتها، مع وجوب احترام العطل والراحات للأقليات الدينية، قدر الإمكان.

وتتباين تشريعات الدول عند تنظيمها ليوم الراحة الأسبوعية الإلزامية. وسنقتصر في هذه الدراسة على بيان ذلك في كل من الكويت ومصر والسعودية وعمان؛ للأسباب التي سبقت الإشارة إليها في مقدمة الدراسة.

وبناءً على ذلك؛ نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الأول منهما نبين التنظيم القانوني

ليوم الراحة الأسبوعية الإلزامية. وفي الفرع الثاني نبين كيفية تحديد هذا اليوم من بين أيام الأسبوع.

الفرع الأول

التنظيم القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإلزامية

وفقاً للمادة (67) من قانون العمل؛ فإن للعامل الحق في الحصول على يوم راحة في الأسبوع مدفوعة الأجر، مدتها 24 ساعة متصلة عقب كل ستة أيام عمل، ولا يجوز حرمانه منها؛ لما تمثله من حد أدنى لحقوقه كإنسان يجب أن يرتاح من عناء العمل، على الأقل، لمدة يوم في الأسبوع. وقد زادها أحدث قوانين العمل العربية؛ فجعلها ليومين متتاليين مدفوعة الأجر، وهو قانون العمل العماني رقم 53 لسنة 2023 في المادة (77).

وحتى لا يُفقد الغرض منها، فإنه لا يجوز تجزئتها، كأن يرتاح العامل نصف يوم على مرتين؛ ومن ثم، نص قانون العمل على أن تكون لمدة 24 ساعة متصلة. ولم يبين القانون مدى صحة اتفاق الطرفين على تجميع أيام الراحات الأسبوعية للانتفاع بها لاحقاً. وهذا يقتضي بيان إذا ما كان ذلك لمصلحة العامل، فيسمح به، أو في غير مصلحته فيبطل تطبيقاً للمادة (115) من قانون العمل، التي تمنع أي اتفاق ينتقص من حقوق العامل المقررة بقانون العمل، وتجيزه إذا كان يحقق له فائدة أكبر.

وفي الدول ذات المساحات الكبيرة، وفي المناطق النائية، يكون من المناسب الاتفاق على تجميع أيام الراحة الأسبوعية الإلزامية، لكن ذلك يكون بشروط. فالمادة (105) من نظام العمل السعودي رقم 51 لسنة 1426هـ تجيز لصاحب العمل والعامل الاتفاق على تجميع أيام الراحة الأسبوعية بالشروط التالية:

1- أن يكون مكان العمل بعيداً عن العمران.

2- أن تتطلب طبيعة العمل وظروف التشغيل فيها استمرار العمل.

3- ألا تتجاوز مدة تجميع الراحات الأسبوعية ثمانية أسابيع.

4- موافقة وزارة العمل.

5- يبدأ حساب مدة الراحة الأسبوعية المجمعة من ساعة وصول العمال إلى أقرب مدينة يتوافر فيها وسائل نقل. ونؤيد هذا الاتجاه في الدول ذات المساحات الكبيرة؛ لما فيها من تيسير على العمال حتى لا يضيع وقت الراحة في السفر إلى مقار إقاماتهم أو إلى أماكن قضاء راحتهم.

والأمر ذاته نجده في قانون العمل العماني؛ إذ نصت المادة (77) منه على أنه يجوز في الأعمال والمناطق التي يحددها الوزير تجميع أيام الراحة الأسبوعية. كما نجده في قانون العمل المصري رقم 14 لسنة 2025؛ إذ نصت المادة (120) منه على أنه يجوز في الأماكن البعيدة عن العمران، وفي الأعمال التي تتطلب طبيعة العمل، أو ظروف التشغيل فيها، استمرار العمل – تجميع أيام الراحات الأسبوعية المستحقة للعامل عن مدة لا تجاوز ثمانية أسابيع، وتحدد لائحة تنظيم العمل قواعد الحصول على الراحات الأسبوعية المجمعة. وفي حساب مدة الراحات الأسبوعية المجمعة، فإنها تبدأ من ساعة وصول العمال إلى أقرب موقع فيه مواصلات وتنتهي ساعة العودة إليه.

ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من تأجيل الراحات الأسبوعية الإلزامية أو تجميعها – إذا سمح القانون بذلك – في الدول الصغيرة المساحة، كدولة الكويت، عندما تقتضي طبيعة العمل ذلك، كما هو الحال في العمل في استخراج البترول والغاز. وقد يستعاض عن الراحة الأسبوعية بنظام الورديات، وحينئذ يتوارى يوم الراحة الأسبوعية ولا يكون واضحاً على الرغم من وجوده وفقاً للمادة (64) من قانون العمل، التي نصت على أنه لا يجوز تشغيل العامل أكثر من ثمانٍ وأربعين ساعة أسبوعياً أو ثماني ساعات يومياً. ففي الأولى تكون أيام الراحة الأسبوعية بعد يومي عمل، على الأقل، في شقها الإلزامي. أما في الثانية؛ فيكون يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية بعد ستة أيام عمل.

وبناءً على ما تقدم؛ نرى أن الأصل في قانون العمل الكويتي عدم جواز تأجيل الراحة الأسبوعية الإلزامية أو تجميعها، واستثناء من ذلك أجازت المادة (67) من قانون العمل لصاحب العمل عند الضرورة تشغيل العامل في يوم راحته الأسبوعية إذا اقتضت ظروف العمل ذلك، على أن يتقاضى العامل 50 في المائة – على الأقل – من أجره إضافة إلى أجره الأصلي، ويُعوض بيوم راحته يوم راحة آخر؛ وهو ما يعني تأجيل راحة العامل الأسبوعية الإلزامية، وحتى تجميعها للانتفاع بها في وقت لاحق.

ويُثار هنا سؤال آخر، مفاده: ما مدى جواز الاتفاق على الاستبدال بأيام الراحة الأسبوعية مقابلاً نقدياً؟

يُلاحظ أن نظام العمل السعودي يمنع ذلك بصريح المادة 104[1]، أما قانون العمل في كل من الكويت وعمان ومصر؛ فلم يتضمن نصاً صريحاً يمنع هذا الأمر. ولكن لأن

(1) ونصها: «... ولا يجوز تعويض يوم الراحة الأسبوعية بمقابل نقدي». ويفسر البعض ذلك بأن «يوم الراحة الأسبوعية لم يقرر لمصلحة العامل فقط وإنما لمصلحة صاحب العمل ومصلحة المجتمع، لهذا لا يملك العامل التنازل عنه بمقابل نقدي». انظر: شواح بن محمد الأحمد: الوجيز في نظام العمل السعودي، المكتبة الأسدية، 2025، ص 292.

الاتفاق متعلق بحق مقرر للعامل في قانون العمل؛ فذلك يقتضي بيان إذا ما كان البدل النقدي عن يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية يحقق فائدة أكبر للعامل؛ ومن ثم، يسمح به، وإن لم يحقق الاتفاق هذه الفائدة فإنه يُمنع ولا يُسمح به.

ونرى أن هذا الاتفاق لا يحقق للعامل فائدة أكبر مما لو انتفع بها، ومن ثم؛ لا يجوز مثل هذا الاتفاق لمخالفته المادة (115) من قانون العمل، التي تقرر بطلان كل شرط أو اتفاق يتنازل بموجبه العامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها القانون له، ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل[2]. فحصول العامل على يوم راحته الأسبوعية الإلزامية أمر مهم جداً لصحته البدنية والنفسية، والصحة أهم من المال، ولذلك منع قانون العمل في المادة (74) الاتفاق على تقاضي العامل مقابلاً نقدياً عن إجازته السنوية في أثناء خدمته؛ ومن ثم يمكن القياس عليها.

وما يؤكد هذا الأمر أن المادة (67) من قانون العمل نصت على أنه إذا استدعت ظروف العمل تشغيل العامل في يوم راحته الأسبوعية فإنه يُعوض عنه بيوم راحة آخر مع حقه في الأجر الإضافي، وهذا يعني ذلك أنه لن يحرم من يوم راحته الأسبوعية في جميع الحالات.

الفرع الثاني

تحديد يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية

تلجأ تشريعات العمل في بعض الدول إلى تحديد يوم معين للراحة الأسبوعية الإلزامية، فيكون يوماً للإغلاق الأسبوعي. وتستثنى بعض الأنشطة التي يقتضي استمرارها بالعمل طوال الأسبوع؛ كالأنشطة الترفيهية والأسواق والمطاعم وغيرها.

ويذهب بعض الفقه[3] إلى عدم كفاية تقرير يوم راحة للعامل في الأسبوع، بل هناك أهمية لاختيار هذا اليوم؛ بحيث يستريح جميع العمال في يوم واحد محدد، وغالباً ما

(2) إن تقدير ما يعتبر أكثر فائدة للعامل مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وينبغي مراعاة الحكمة التي وضع من أجلها النص دون الالتفات للتقدير الشخصي للعامل نفسه؛ فمثلاً إذا وجد شرط في العقد ينزل بموجبه العامل عن حقه في الإجازة السنوية في مقابل زيادة أجره، فإن هذا الشرط يكون باطلاً؛ لأنه يخالف النص الذي يقرر هذه الإجازة التي تعتبر ضرورية لاستعادة العامل نشاطه، وتجديد قدرته على أداء عمله. ومن ثم لا يمكن اعتبار مثل هذا الشرط أكثر فائدة للعامل. انظر ذلك في: خالد الهنديانى وعبد الرسول عبدالرضا: شرح أحكام قانون العمل الكويتي، ط3، نشر خاص، دولة الكويت، 2018، ص42.

(3) علي العريف: شرح تشريع العمل في مصر، الجزء الأول، المدخل وعقد العمل الفردي، نشر خاص، القاهرة، 1955، ص244.

يكون في البلاد الإسلامية يوم الجمعة، وهو يوم الإغلاق الأسبوعي الرسمي لموظفي الحكومة وطلبة المدارس الحكومية والخاصة، وغالبية شركات القطاع الخاص والبنوك وغيرها، ولذلك يسمى بيوم العطلة الأسبوعية.

ومن ثم؛ فإن عمال القطاع الخاص الذين يحدد لهم يوم الجمعة يوم الإغلاق الأسبوعي تتاح أمامهم الفرصة ليقضوا يوم راحتهم الأسبوعية الإلزامية مع أهلهم وأصدقائهم بدلاً من أن يقضوها وحيدين فيما لو حددت راحتهم في غير يوم الجمعة؛ ومن ثم، تضيع عليهم معظم الفوائد المقصودة من وراء يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية. ويضيف صاحب هذا الرأي أن العمال يشتكون من أصحاب الأعمال الذين اعتادوا على جعل يوم الراحة الأسبوعية بالتناوب بين العمال؛ بحيث يكون لكل عامل يوم معلوم يستريح فيه، وبهذه الطريقة يستمر مكان العمل مفتوحاً طوال أيام الأسبوع.

وقد يكون ذلك ضرورياً في أماكن العمل المفتوحة باستمرار؛ كالفنادق والمطاعم، ولكن ليس هناك من سبب معقول يبرر فتح أماكن العمل الأخرى طوال أيام الأسبوع. وانطلاقاً من ذلك نجد المادة (104) من نظام العمل السعودي تقرر أن الأصل أن يكون الجمعة هو يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية للعمال. واستثناء من ذلك يكون لصاحب العمل، بعد إبلاغه إدارة العمل أن يستبدل بهذا اليوم لبعض عماله أي يوم آخر من أيام الأسبوع، وفي هذه الحالة عليه أن يمكّن المسلمين منهم من القيام بواجباتهم الدينية؛ أي: أدائهم لصلاة الجمعة[4].

ونؤيد اتجاه المنظم السعودي في هذا الشأن لاتفاقه مع اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 106 لسنة 1975 السابق الإشارة إليها، التي حرصت على مراعاة دين العمال عند تحديد يوم راحتهم الأسبوعية، حتى ولو كانوا أقلية، ولاشك في أنه من باب أولى إذا كانوا أغلبية، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية.

ولا يقتصر ارتباط تحديد يوم الراحة الأسبوعية بالتعاليم الدينية على الدين الإسلامي، بل نجده أيضاً معمولاً به في الدول المسيحية، حيث يكون الأحد هو يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية، وهذا ما نص عليه قانون العمل الفرنسي؛ إذ أكد أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يستخدم العامل لأكثر من ستة أيام في الأسبوع، وأن تكون الراحة الأسبوعية أربعاً وعشرين ساعة متتالية، وتعطى يوم الأحد من أجل مصلحة العامل،

(4) لا يشترط نظام العمل السعودي ضرورة حصول صاحب العمل على موافقة أي جهة لتغيير يوم الراحة الأسبوعية خلافاً لما عليه العمل في نظام العمل السابق. فكل ما هو مطلوب منه مجرد إبلاغ إدارة العمل المختصة. انظر في ذلك: خالد السيد موسى، الجديد في شرح نظام العمل السعودي، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 2019، ص196.

مع إعطاء بعض أصحاب الأعمال استثناءات بأن يكون يوم راحتهم يوماً آخر غير يوم الأحد، إذا كان من الضروري تشغيل المشروع على مدار الأسبوع دون التوقف يوم الأحد؛ كأن يكون بسبب ضغوطات الإنتاج أو لضرورة استمرار نشاط المنشأة حتى لا تتعرض للخسارة أو الانتفاص من قيمة المنتوج عند التصنيع[5].

أما قانون العمل الكويتي، كما هو الحال في القانونين المصري والعماني؛ فلم يشأ إلزام صاحب العمل أن يكون الجمعة يوماً للراحة الأسبوعية الإلزامية، وفضّل إعطاءه حرية تحديدها من بين أيام الأسبوع، ونرى أن على صاحب العمل التزاماً دينياً وأخلاقياً بأن يمكّن العمال المسلمين من أداء صلاة الجمعة في وقتها بمنحهم راحة تتزامن مع وقت صلاة الجمعة استجابة للتحذير النبوي الشريف في قوله – صلى الله عليه وسلم–: «من ترك ثلاث جمع تهاوناً بها طبع الله على قلبه»[6]، وذلك في الحالة التي يكون يوم الراحة الأسبوعية يوماً آخر غير يوم الجمعة.

وقد قال اللّه – تعالى– في سورة الجمعة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ۝٩ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝١٠﴾.

وهذا يعني أن من حق العامل وواجبه الديني أن يتوقف عن العمل عند سماع الأذان، ويستجيب للنداء، ويتوجه إلى المسجد لأداء صلاة الجمعة، فإذا قضيت الصلاة عاد إلى عمله؛ إذ يجوز العمل قبل الصلاة وبعدها، وليس يوم الجمعة يوم عطلة دينية، وإن جرت العادات والتقاليد على جعله عطلة في البلاد الإسلامية[7].

المطلب الثاني

النظام القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإضافي

لم يحدد قانون العمل الكويتي – كما القانونين المصري والسعودي – سوى يوم واحد للراحة الأسبوعية الإلزامية، وترك لصاحب العمل حرية منح عماله يوماً إضافياً للراحة الأسبوعية، بحسب ما تقتضيه مصلحة العمل.

والواقع يدل على أن بعض أصحاب الأعمال يمنحون عمالهم يوماً آخر للراحة

(5) Thibault Lahalle, L'employeur et Le droit du travail, Lamy, Paris, 2012, p.169.

(6) رواه أبو داود في سننه والترمذي في سننه والنسائي وابن ماجه.

(7) علي العريف، مرجع سابق، ص245.

الأسبوعية، بالإضافة إلى يوم الراحة الأسبوعي الإلزامي، وهذا الأمر يقتضي منا بيان الأساس القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإضافي في فرع أولٍ. ثم بيان كيفية تحديده من بين أيام الأسبوع في فرع ثانٍ.

الفرع الأول

الأساس القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإضافي

بالإضافة إلى تخصيص يوم إلزامي للراحة الأسبوعية بناءً على نص في قانون العمل، لا يوجد ما يمنع من زيادتها، كشرط يرد في عقد العمل أو بناء على لائحة العمل أو غير ذلك من مصادر حقوق العامل. فأحياناً يحصل العامل على يوم للراحة الأسبوعية بالإضافة إلى ما قرره له القانون من يوم للراحة الأسبوعية كحد أدنى، فيصبح لديه يومان للراحة الأسبوعية، أحدهما إلزامي والآخر مضاف. وصاحب العمل؛ إذ يعطي عماله يوماً آخر للراحة الأسبوعية دون أن يلزمه القانون ذلك، وهو بهذا يهدف إلى تحقيق مصلحة العمل بإراحة عماله يومين في الأسبوع بدلاً من يوم واحد، حتى يحضروا في بداية الأسبوع وهم أكثر نشاطاً وقدرة على العطاء والإنجاز، وخصوصاً إذا سمحت طبيعة العمل بهذه الراحة، كما لو ارتبط عمله بالجهات الحكومية التي تعطل يومين في الأسبوع[8]. وأحياناً يستهدف من منح هذه الراحة الإضافية منافسة أصحاب الأعمال الآخرين في استقطاب العمال المتميزين، أو كسبب لتخفيض الأجور؛ إذ إن من يعمل لـ 26 يوماً في الشهر سيحصل على أجر أكثر ممن يعمل 22 يوماً. وبناءً على ذلك؛ لا يوجد ما يمنع منح العامل ثلاثة أيام راحة في الأسبوع إذا كان ذلك في مصلحة العمل[9].

ويختلف يوم الراحة الأسبوعية الإضافي عن الإلزامي في أن العامل يحصل عليها زيادة على الحد الأدنى لحقوقه العمالية المقررة في قانون العمل. ويترتب على ذلك النتيجتان التاليتان:

1- يجوز الاتفاق على تأجيلها وتجميعها وتجزئتها؛ لعدم النص على يوم الراحة الأسبوعية الإضافية في قانون العمل. ومن ثم؛ يكون المصدر المنشئ لهذا اليوم

(8) كان الموظفون العموميون يحصلون على يوم واحد فقط للراحة الأسبوعية، وهو يوم الجمعة، بمسمى يوم العطلة الأسبوعية، لغاية تاريخ 1993/12/19، تاريخ صدور تعميم ديوان الخدمة المدنية رقم 22 لسنة 1993. الذي تضمن قواعد تنفيذ قرار مجلس الوزراء رقم 915 بشأن الموافقة على اعتبار يوم الخميس يوم راحة أسبوعية، الذي عدل لاحقاً ليصبح يوم السبت.

(9) انظر في ذلك تصريحاً لرئيسة وزراء فنلندا باقتراح أن تكون الراحة الأسبوعية ثلاثة أيام في الأسبوع لمنح الناس وقتاً أكثر للعائلة ولممارسة هواياتهم ولإثراء الحياة الثقافية في المجتمع ولرفع الإنتاجية والسعادة. متاح على الرابط التالي: https: tinyurl.Com/3e8yvgxw، آخر زيارة بتاريخ: 2026/1/18.

من الراحة هو من يحدد أحكامها؛ من حيث جواز تأجيلها أو تجميعها أو تجزئتها أو صرف بدل نقدي عنها، على خلاف ما تبين لنا في الفرع الأول من هذا المطلب بالنسبة إلى الراحة الأسبوعية الإلزامية.

2- لصاحب العمل أن يكلف العامل العمل في يوم الراحة الأسبوعية الإضافية إن كانت مدفوعة الأجر. أما إذا لم تكن مدفوعة الأجر؛ فيستحق العامل أجراً في هذه الحالة؛ تطبيقاً لقاعدة الأجر مقابل العمل. أما عن مدى استحقاقه ليوم آخر؛ فذلك يرجع إلى المصدر المنشئ له؛ فقد يمنح هذا اليوم البديل، وقد لا يحصل عليه. ويجري قضاء محكمة التمييز على أن الأصل أن يكون يوم الراحة الأسبوعية الإضافي بأجر. وقد ورد في حكم لها ما يلي: «... إذا منح صاحب العمل عماله يوماً آخر للراحة الأسبوعية، فلا يعني ذلك أن هذا اليوم بغير أجر؛ ذلك أن نص المادة (35-1) المشار إليه صريح في أن يوم العطلة الأسبوعية غير المأجور هو يوم واحد فقط في الأسبوع، أما ما عداه فإنها في الأصل أيام مأجورة سواء عمل فيها العامل فعلاً أم لم يعمل، وإذا ادعى الأخير خلاف هذا الأصل بأن اليوم الثاني للراحة الأسبوعية غير مدفوع الأجر فيقع عليه عبء إثبات ذلك باعتباره يدعي خلاف الظاهر أصلاً»[10].

ونرى أن لجوء محكمة التمييز إلى هذه القرينة القضائية – وإن كان ظاهرها في مصلحة أصحاب الأعمال – يقصد منها حث أصحاب الأعمال وتشجيعهم على إعطاء العاملين لديهم راحة أسبوعية إضافية، حتى وإن لم يحصل العامل عنها أجراً بخلاف أجره الشهري؛ فصحة العمال أولى من المال.

الفرع الثاني

تحديد يوم الراحة الأسبوعية الإضافي

غالباً ما يحدد يوم الراحة الأسبوعية الإضافية بأن يكون متصلاً بيوم الراحة الأسبوعية الإلزامية، إما قبله وإما بعده، وهذا لمصلحة العامل؛ لأن الراحة الإضافية بهذه الصورة تتيح له مدة ممتدة من الزمن يرتاح فيها، وهذا أفضل لصحته، وتمنحه مزيداً من الوقت للقيام بواجباته العائلية والاجتماعية، والخروج – مثلا إلى الشاليه – أو المزرعة والمبيت فيها، بل إنه يستطيع السفر إلى الدول القريبة، وهو أمر غير ممكن لو كانت الراحة الأسبوعية يوماً واحداً.

(10) طعن بالتمييز رقم 195 لسنة 2004 عمالي، جلسة 10 أبريل 2006، منشور في أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية.

ولما كانت الدول المسيحية، لاعتبارات دينية، قد حددت يومي السبت والأحد للراحة الأسبوعية الإلزامية والإضافية، وهي تعد دولاً متقدمة؛ فقد حذا حذوها غالبية دول العالم، غير المسيحية، ومنها بعض الدول الإسلامية؛ إذ أصبح فيها يوم الجمعة يوم عمل؛ نظراً لتشابك العلاقات التجارية والمالية بين دول العالم.

وإذا كان توحيد يومي الراحة الأسبوعية أمراً مطلوباً على مستوى الدولة الواحدة، فإنه مطلوب أيضاً على مستوى العالم في ظل ارتباط العلاقات التجارية والسياسية، وخصوصاً في ظل التقدم التكنولوجي والاتصالات وسهولة النقل والسفر بين الدول.

ولكن بعض الدول العربية؛ لأسباب دينية؛ كالمملكة العربية السعودية، مازالت متمسكة بيوم الجمعة للراحة الأسبوعية الإلزامية كأصل عام، وكذلك دولة الكويت في القطاع الحكومي فقط، وحذا حذو الحكومة بعض أصحاب الأعمال دون أن يلزمهم القانون بذلك؛ إما لأن عمله مرتبط بالجهات الحكومية، وإما بهدف إفادة العاملين لديه، وإما تجنباً لمنح فترة راحة لأداء صلاة الجمعة فيما لو كان يوم عمل. ولارتباط مصالح كل من دولة الكويت والمملكة العربية السعودية بدول العالم الأخرى، ولتقليص الفارق معها جُعل يوم السبت هو يوم الراحة الإضافية بعد أن كان مقرراً لها في السابق يوم الخميس.

وبذلك اتحدتا مع دول العالم في يوم واحد، هو السبت واختلفتا معه في يوم الأحد بعد أن تمسكتا بيوم الجمعة كيوم راحة أسبوعي. ولكن دولاً إسلامية أخرى؛ كالإمارات، غيَّرت يومي الراحة الأسبوعية: الإلزامية والإضافية؛ لتكونا السبت والأحد، توافقاً مع غالبية دول العالم[11]، بعد أن أصبحت مقرًّا إقليميًّا للعديد من الشركات العالمية.

المطلب الثالث

أثر يومي الراحة الأسبوعية عند استخراج الأجر اليومي من الأجر الشهري

كانت المادة (35) من قانون العمل رقم 38 لسنة 1964 الملغى، تنص على منح العامل يوماً كاملاً للراحة الأسبوعية دون أجر. وقد ذهب بعض الفقه[12] إلى أن ذلك ليس في مصلحة العمال ممن يتقاضون أجورهم بالشهر، وهم غالبية العمال؛ فمن الناحية العملية

(11) وذلك ابتداء من تاريخ 2022/1/1؛ انظر: https: //www.aljazeera.net، آخر زيارة بتاريخ: 2025/12/22.

(12) بدر جاسم اليعقوب: مدى جواز الاتفاق على اعتبار يوم راحة عمال القطاع الأهلي المحددة أجورهم مشاهرة مأجوراً، ط1، 1989، ص24.

لن يزيد الأجر الشهري فيما لو اتفق العامل مع صاحب العمل على أن تكون أيام راحته الأسبوعية بأجر، كما أنه لن ينقص إذا ظلت دون أجر؛ إذ إن الأجر الشهري في الحالتين واحد وثابت لا يتغير. ثم يتساءل: ما الفائدة التي يجنيها العامل ذو الأجر الشهري من اعتبار يوم راحته بأجر؟

الواقع يثبت العكس؛ فهو ينتقص من حقوقه، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف[13] عندما قضت ببطلان بند في عقد عمل لمخالفته المادة (35) المذكورة؛ لأنه نص على أن يكون يوم الراحة الأسبوعية بأجر استناداً إلى حجتين؛ الأولى أنه إذا اقتضت ظروف العمل تشغيل العامل في يوم راحته الأسبوعية، فإنه سيتقاضى 50% فقط من أجره في اليوم العادي؛ لأن يوم راحته الأسبوعية أصبح بأجر، بموجب الاتفاق المذكور، وهو مبلغ أقل مما كان سيحصل عليه لو لم يكن هذا الاتفاق موجوداً؛ إذ كان سيحصل على ما نسبته 150% من أجره في اليوم العادي، في يوم راحته الأسبوعية دون أجر.

وتتعلق الحجة الثانية بطريقة استخراج الأجر اليومي للعامل من أجره الشهري إذا ظل يوم راحته الأسبوعية دون أجر وفقاً للمادة (35) المذكورة؛ إذ يقسم الأجر الشهري في هذه الحالة على 26 يوماً، ومن ثم يكون أجره أكثر مما لو قسم على 30 يوماً، بحسب الاتفاق المذكور. ولذلك أبطلت محكمة الاستئناف الاتفاق المذكور لضرره بالعامل.

غير أن محكمة التمييز ما لبثت أن ألغت الحكم الاستئنافي المذكور[14]، وقضت بصحة الاتفاق استناداً إلى أن المادة (35) المذكورة قد نصت على أن يكون يوم الراحة الأسبوعية دون أجر؛ ومن ثم، يكون منح العامل أجراً على هذا اليوم، قد منحه ميزة أفضل، وقد تمتع بها بالفعل طوال فترة عمله؛ إذ كان يقبض أجراً كاملاً شاملاً لأيام راحته الأسبوعية دون أن يعمل فيها، في حين أن القانون جعلها من دون أجر. ويدل على ذلك أن المادة (8) من قانون العمل النفطي رقم 28 لسنة 1969 نصت على أن يوم الراحة الأسبوعية يكون بأجر، وهو قانون صدر لاحقاً لقانون العمل الأهلي رقم 38 لسنة 1964، وتضمن مزايا أفضل للعامل النفطي عما هو مقرر للعمال عامة.

وقد أيد بعض الفقه[15] حكم محكمة التمييز المذكور استناداً إلى أن حرمان العامل من

(13) الطعن رقم 1213 و 1299 لسنة 1983، مشار إليه في مؤلف: بدر جاسم اليعقوب: المرجع السابق، ص27، إذ يؤيد الحكم المذكور.

(14) طعن بالتمييز رقم 726 لسنة 1984 عمالي، جلسة 23/4/1984، مجلة القضاء والقانون، س12، ع2، أكتوبر 1987، ص 267.

(15) عبدالفتاح عبدالباقي: أساس تحديد الأجر اليومي للعاملين المحددة أجورهم مشاهرة في مجال بيان قيمة مكافأة نهاية الخدمة، واستخلاص الميزة الأفضل لعمال النفط، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س5، ع1، فبراير 1981، ص91.

أجر يوم راحته الأسبوعية أمر منتقد؛ لأنه يدفع بالعامل إلى أن يعمل في يوم راحته عند صاحب عمل آخر حتى لا يحرم من أجر ذلك اليوم.

وبهذا؛ فهو لا يستعيد نشاطه وقوته؛ الأمر الذي يفوت ما قصده المشرع من فرضه ليوم الراحة الأسبوعية، وهو المحافظة على صحة العامل وتمكينه من القيام بواجباته العائلية والاجتماعية. كما أن صاحب العمل، وهو الذي منعه القانون من تشغيل العامل في يوم راحته الأسبوعية، أولى من غيره من أصحاب الأعمال الآخرين في الاستفادة من جهد عامله، ولكن مصلحته تقتضي ألا يحضر إليه العامل في بداية الأسبوع، وهو منهك جسدياً وذهنياً، وأقل رغبة في العمل بسبب عمله في يوم راحته الأسبوعية لدى الغير من أجل الحصول على الأجر.

وقد أخذ المشرع الكويتي برأي محكمة التمييز، فنص في المادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 على أن يكون يوم الراحة الأسبوعية بأجر كامل. ولتجنب ما وجه لهذا الرأي من نقد قرر بأن ذلك لا يخل بحساب حقوق العامل الأخرى؛ إذ يستخرج أجره اليومي بقسمة أجره الشهري على عدد أيام العمل الفعلية دون أن تحسب من ضمنها أيام راحته الأسبوعية على الرغم من أنها مدفوعة الأجر.

أما منح يوم ثانٍ أو أكثر للراحة الأسبوعية؛ فإنه – بسبب اختلاف النظام القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإضافي عن يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية– يخضع لمصدره المنشئ له، سواء كان باتفاق مع صاحب العمل أم بناء على لائحة العمل أم جرى العرف عليه أم بناءً على عقد عمل جماعي.

فمصدر هذه الراحة هو الذي يحدد إذا ما كانت بأجر أم بغير أجر. وهنا يُثار سؤال، مفاده: هل كون يوم الراحة الأسبوعية بأجر أو دون أجر أثّر عند استخراج الأجر اليومي للعامل، الذي يتخذ أساساً لمعرفة العديد من حقوقه؟

واقع الأمر أن مسألة يوم الراحة بأجر أم من دون أجر تظل أمراً غير ملاحظ للطرفين؛ بسبب أن الأجر الشهري يحدد بمبلغ إجمالي دون النظر إلى ما يتخلله من راحات أسبوعية إضافية، وخصوصاً أن المادة (67) من قانون العمل تتعلق بيوم الراحة الأسبوعية الإلزامية دون الإضافية إذ نصت على استبعاد أيام الراحة الأسبوعية الإلزامية، ولم تشر إلى يوم الراحة الإضافي، وهذا ما استندت إليه محكمة التمييز بالقول: إن ما ورد في المادة (67) يقصد به أيام الراحة الأسبوعية الإلزامية دون سواها. ومن ثم؛ قامت

بقسمة الأجر الشهري على 26 يوماً حتى وإن كان العامل يحصل على يوم آخر للراحة الأسبوعية. وقضاؤها هذا كانت تطبقه منذ قانون العمل رقم 38 لسنة 1964 الملغى، وفقاً للمادة (35) [16] ولم تعدل عنه حتى في ظل قانون العمل الحالي رقم 6 لسنة 2010، على الرغم من اختلاف النصين ظاهرياً.

ففي القانون الملغى كانت الراحة الأسبوعية الإلزامية وفقاً للمادة (35) دون أجر. أما في القانون الحالي؛ فالمادة (67) جعلتها بأجر كامل، ثم نصت على أن يقسم الأجر الشهري على عدد أيام العمل الفعلية دون أن تحسب من ضمنها أيام راحته الأسبوعية، على الرغم من كون أيام الراحة هذه مدفوعة الأجر؛ ومن ثم، اتحد الحكمان في القانونين المذكورين في هذه القاعدة الخاصة في حساب حقوق العامل.

ويدل على ذلك حكمها التالي: « .... وحيث إن النعي بالوجهين الثاني والرابع من السبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله؛ إذ احتسب مستحقاته على أساس قسمة أجره الشهري على 26 يوماً دون أن يفطن إلى أن نظام العمل لدى البنك المطعون ضده يقرر يومي الجمعة والسبت عطلة أسبوعية لجميع الموظفين؛ بما يتعين حساب مستحقاته على أساس قسمة أجره الشهري على 22 يوماً، وذلك طبقاً لنص المادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 والفتوى الصادرة عن وزارة الشؤون الاجتماعية، وهو ما يعيبه ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي مردود؛ ذلك أن المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن النص في المادة (35) من القانون رقم 38 لسنة 1964 بشأن العمل في القطاع الأهلي المقابل لنص المادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 – يدل على أن الأجر المتفق عليه يكون في مقابل أيام الشهر دون العطلات الرسمية، وعلى ذلك إذا منح صاحب العمل يوماً آخر للراحة الأسبوعية فليس معنى ذلك أن هذا اليوم بغير أجر؛ ذلك أن نص المادة صريح في أن يوم العطلة الأسبوعية غير المأجور هو يوم واحد فقط في الأسبوع أما ما عداه فإنها أيام مأجورة سواء عمل فيها العامل أم لم يعمل، وبذلك؛ فإن يوم العطلة الأسبوعية هو يوم واحد (الجمعة) من كل أسبوع، وإن منح المطعون ضده لعماله يوم السبت كيوم آخر للراحة الأسبوعية ليس مؤداه أن يكون بغير أجر؛ بما يتعين معه احتساب مستحقات الطاعن بقسمة الأجر الشهري على 26 يوماً لانتفاء موجب عطلة يوم السبت مادام العامل يتقاضى عنه أجراً. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واحتسب مستحقات الطاعن

(16) انظر: الطعنين بالتمييز رقمي 26 و 32 لسنة 1999 عمالي، جلسة 14 فبراير 2000، منشور في أنظمة صلاح الجاسم الالكترونية.

على أساس قسمة أجره الشهري على 26 يوماً فإنه يكون قد وافق صحيح القانون»[17].

من كل ما سبق يتبين أن ما يؤثر في حساب الأجر اليومي للعامل ذي الأجر الشهري هو يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية دون يوم الراحة الأسبوعية الإضافية، سواء كانت بأجر أم من دون أجر.

(17) طعن بالتمييز رقم 220/2015 عمالي، جلسة 2017/3/27، ومما يلفت النظر في الحكم أن محكمة التمييز تصف يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية بالعطلة الأسبوعية، وهي الجمعة. في حين أنها تصف يوم الراحة الأسبوعية الإضافية، وهو يوم السبت بأنه يوم الراحة الأسبوعية، تماماً كما هو الحال في قانون الخدمة المدنية بالنسبة إلى الموظف العام.

كما ورد في تعميم ديوان الخدمة المدنية رقم 22 لسنة 1993، السابق الإشارة إليه. وانظر حكماً آخر لمحكمة التمييز في الاتجاه نفسه: طعنين بالتمييز رقمي 706، 717 لسنة 2016 عمالي، جلسة 10 أبريل 2017، منشور في أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية.

المبحث الثاني

أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب حقوقه والتزاماته

تقدم في المبحث الأول وجود اختلاف في الآراء حول الأفضل للعامل: أيكون يوم راحته الأسبوعية الإلزامية بأجر أم من دون أجر، وقد استقر الأمر بصدور قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 الذي عمل على تقريب الرأيين؛ فنص في المادة (67) على أن للعامل الحق في يوم راحة أسبوعية مدفوعة الأجر عقب كل ستة أيام عمل، وأن ذلك لا يخل في حساب حقوق العامل، فيجري حسابها بقسمة الأجر الشهري على عدد أيام العمل الفعلية دون أن تحسب من ضمنها أيام راحته الأسبوعية على الرغم من أنها مدفوعة الأجر.

وسنرى في هذا المبحث مدى استفادة العامل من ذلك، ومدى ما يحقق مصلحته بالفعل في جميع الأحوال. فالمادة (67) المذكورة تتضمن قاعدتين؛ الأولى عامة يجري تطبيقها لحساب التزامات العامل. والقاعدة الثانية خاصة، وهي التي نصت عليها المادة (67) المذكورة، وتتعلق بحساب حقوق العامل.

وبناء على ما تقدم نقسم المبحث الثاني إلى مطلبين، هما:

المطلب الأول: أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب التزاماته.

المطلب الثاني: أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب حقوقه.

المطلب الأول

أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب التزاماته

نادراً ما تنشأ التزامات على العامل لصالح صاحب العمل؛ مما يتطلب لحسابها معرفة مقدار أجره اليومي؛ وهذا الأمر يقتضي تحديد مفهوم الأجر الشهري للعامل.

وقد تضمنت المادة (55) من قانون العمل مفهومين للأجر الشهري؛ الأول يقتصر

على الأجر الأساسي الذي يلزم وجوده في كل علاقة عمل؛ ومن ثم، يصبح هو الأجر الشهري. وإذا أضيف إليه ما يعرف بملحقات أو عناصر الأجر الأخرى، من علاوات وبدلات ومنح أو غيرها سمي بالأجر الشامل. ولم يتطرق الفقه لمفهوم الأجر الشامل عند حساب مقدار التزامات العامل، كما لم نعثر على حكم من القضاء يفيد اتجاهه في هذا الشأن، بخلاف حقوق العامل، كما سنرى في المطلب الثاني.

وسبب ذلك أن صاحب العمل لا يفضل المطالبة بحقوقه على العامل أمام القضاء، بل يفضل اقتضاءها بنفسه مباشرة بالخصم من رواتب العامل. وعند انتهاء خدمته يستأديها بإجراء المقاصة من مستحقات العامل لديه، وغالباً ما تكون تحت يده في صورة مكافأة نهاية الخدمة، وأحياناً من خلال حقوق العامل في المقابل النقدي عن رصيده من الإجازات السنوية، أو البدل عن مهلة الإخطار التي لم يراعها صاحب العمل أو غير ذلك من حقوق العامل.

ونرى أن المقصود بالأجر الشهري للعامل عند حساب التزاماته، هو الأجر الشامل أو الإجمالي، الذي يشمل الأجر الأساسي وجميع عناصر الأجر الأخرى من علاوات وبدلات وغيرها، لدخولها في عموم مصطلح الأجر الشهري، وهذا الأمر ليس في مصلحة العامل؛ لأنه يزيد في نسبة الخصم.

وإذا كانت المادة (67) المذكورة قد نصت على قاعدة خاصة لاستخراج الأجر اليومي من الأجر الشهري عند حساب حقوق العامل، وذلك بقسمة الأجر الشهري على 26 يوماً هي عدد أيام الشهر بعد استبعاد أيام الراحة الأسبوعية، فإنها لم تذكر شيئاً بالنسبة إلى التزاماته. ومن ثم؛ يُرجع بشأنها إلى حكم القاعدة العامة، المتمثلة في قسمة الأجر الشهري على 30 يوماً، هي متوسط عدد أيام الشهر الميلادي كلها مدفوعة الأجر: أيام العمل الفعلية وأيام الراحة الأسبوعية.

وقد نظم قانون العمل التزامين على العامل؛ الأول التزامه بأن يدفع لصاحب العمل مقابلاً مالياً عن المدة التي لم يلتزم بها من مهلة الإخطار إذا كانت أياماً. والثاني التزامه بإرجاع أجر أيام العمل التي تغيب فيها عن العمل. ونضيف إليهما الخصم من الأجر كجزاء تأديبي يوقع على العامل عند ارتكابه مخالفة تأديبية.

الفرع الأول– التزام العامل بمبلغ مساوٍ لأجره عن الأيام التي لم يلتزم بها من مهلة الإخطار.

الفرع الثاني – الخصم من الأجر عن أيام الغياب أو كجزاء تأديبي.

الفرع الأول

التزام العامل بمبلغ مساوٍ لأجره عن الأيام التي لم يلتزم بها من مهلة الإخطار

وفقاً للمادة (44) من قانون العمل؛ فإنه إذا قام العامل بإنهاء عقد العمل غير المحدد المدة دون أن يلتزم بمهلة الإخطار، فإنه يلتزم بأن يدفع لصاحب العمل بدلاً مساوياً لأجره عن المدة التي لم يلتزم بها من مهلة الإخطار، ويُحسب وفقاً لأجره اليومي.

والواقع أنه لا يوجد نص خاص في قانون العمل يبين مقدار الأجر اليومي للعامل الذي يتقاضى أجره بالشهر، كما هو الحال بالنسبة إلى حقوقه على صاحب العمل؛ ومن ثم، فالأمر يقتضي تطبيق حكم القاعدة العامة، وذلك بتقسيم الأجر الشهري على 30 يوماً هي متوسط أيام الشهر الميلادي، ولانتفاء مبرر خصم أيام الراحة الأسبوعية بحسب المادة (67) من قانون العمل، التي نصت على أن أيام الراحة الأسبوعية مدفوعة الأجر؛ ومن ثم يكون الأجر اليومي للعامل بقسمة أجره الشهري على 30 يوماً. فمثلاً؛ إذا كانت المدة التي لم يلتزم بها العامل من مدة الإخطار هي عشرة أيام وأجره الشهري 600 دينار، فإن التزامه لصاحب العمل يكون على النحو الآتي:

مقدار الأجر اليومي = 600 ÷ 30 = 20 ديناراً.

مقدار التزامه لصاحب العمل = 20 × 10 = 200 دينار.

ومن ثم؛ يُخصم من مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها العامل مبلغ، مقداره 200 دينار مقابل الأيام الـ 10 التي لم يلتزم بها خلال مدة الإخطار.

الفرع الثاني

الخصم من الأجر عن أيام الغياب أو كجزاء تأديبي

وفي هذه الحالة أيضاً يقاس التزام العامل وفقاً لأجره اليومي، كما مر معنا في الفرع السابق.

وينقسم إلى نوعين؛ الأول خصم أجر الأيام التي غاب فيها عن العمل دون عذر. والنوع الثاني يكون فيها الخصم من الأجر اليومي كجزاء تأديبي يوقع على العامل لارتكابه مخالفة تأديبية، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الخصم من الأجر اليومي للعامل بسبب غيابه

يتعرض العامل للخصم من أجره اليومي بسبب غيابه عن العمل دون عذر مقبول؛ تطبيقاً لقاعدة الأجر مقابل العمل. ومن ثم؛ يقوم صاحب العمل بخصم أجر العامل مقابل اليوم الذي تغيب فيه عن العمل، ويستخرج الأجر اليومي بقسمة أجره الشهري على 30 يوماً دون أن تخصم منه أيام الراحة الأسبوعية الإلزامية والإضافية.

ثانياً: الخصم من الأجر اليومي كجزاء تأديبي

يحقق توقيع الجزاء التأديبي هدفين، هما: الردع الخاص، بألا يعود المخالف لارتكاب مخالفة أخرى. والردع العام بمنع العمال الآخرين من ارتكاب المخالفات عندما يرون أن من يخالف يُطبق عليه الجزاء التأديبي. وحتى إن لم يترتب على هذه المخالفة إضرار بالمنشأة وأمام محدودية الجزاءات التأديبية، فإن الخصم من الأجر اليومي للعامل المخالف يظهر كجزاء تأديبي فعال وسهل التطبيق ويحقق الردع بنوعيه. ولذلك؛ لا تخلو منه أي لائحة جزاءات تأديبية. ويحدد جزاء الخصم بأجر اليوم بقسمة الأجر الشهري للعامل على 30 يوماً دون أن تخصم منه أيام الراحة الأسبوعية الإلزامية والإضافية.

المطلب الثاني

أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب حقوقه

تقدم أن المادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 تضمنت قاعدة خاصة لحساب حقوق العامل ذي الأجر الشهري، بقسمة أجره الشهري على أيام الشهر، وباستبعاد أربعة أيام للراحة الأسبوعية الإلزامية على الرغم من أنها مدفوعة الأجر؛ أي بقسمة الأجر الشهري على 26 يوماً وليس 30 يوماً، التي تمثل متوسط عدد أيام الشهر.

وهناك عدد من حقوق العامل، يلزم لحسابها استخراج مقدار أجره اليومي على النحو المتقدم ذكره.

ومن جانب آخر نص قانون العمل على حق للعامل يتأثر بيوم الراحة الأسبوعية، ولا يحتاج إلى معرفة أجره اليومي، وهو الحق في استرداد أيام العطل الأسبوعية التي تتخلل إجازته السنوية.

ومن ثم؛ نقسم هذا المطلب إلى فرعين، وفقاً لما يلي:

الفرع الأول – حقوق العامل مما يتطلب لها استخراج أجره اليومي.

الفرع الثاني – حق العامل في استرداد أيام العطل (الراحة) الأسبوعية الإلزامية التي تتخلل إجازته السنوية. وأبرز مثال على ذلك حساب حق العامل عن رصيده من الإجازات الدورية التي لم ينتفع بها خلال مدة خدمته، وذلك عند إنتهائها.

الفرع الأول

حقوق العامل مما يتطلب لها استخراج أجره اليومي

تنقسم هذه الحقوق إلى قسمين؛ الأول حقوق تقرر له في أثناء سريان عقد العمل، وهي حقه في ساعات العمل الإضافي وأيامه. والقسم الثاني حقوقه التي تنشأ له بعد انتهاء عقد العمل؛ ونفصل القسمين على النحو التالي:

القسم الأول: حقوق العامل في أثناء سريان عقد العمل؛ مما يتطلب لحسابها معرفة أجره اليومي:

على الرغم من تعدد هذه الحقوق، فإننا لم نجد حكماً قضائياً واحداً يبين طريقة حساب حقوق العامل في أثناء الخدمة، ولا المقصود بالأجر الشهري الذي يستخرج بناء عليه الأجر اليومي: أهو الأجر الشامل؛ فيكون ذلك لمصلحة العامل؛ لأنه يزيد في مقدار حقوقه؟ أم هو يقتصر على الأجر الأساسي دون عناصر الأجر الأخرى من علاوات وبدلات، وغيرها، وهو ما أخذت به محكمة التمييز في حسابها للبدل النقدي عن رصيد الإجازات عند انتهاء الخدمة، على ما سنرى في القسم الثاني؟ أم هو مفهوم ثالث؟

ومع أن الدليل الإرشادي الصادر عن إدارة الخبراء بوزارة العدل[18]، لم يحدد المقصود بالأجر الشهري، فإنه بيَّن أن حساب حقوق العامل في أثناء الخدمة يجري على النحو التالي:

أولاً: حساب الحق في مقابل ساعة العمل الإضافية: وفقاً للمادة (66) من قانون العمل، يجوز لصاحب العمل تشغيل العامل ساعات عمل إضافية. وبعد معرفة أجره اليومي يُقسَّم على 8، هي عدد ساعات العمل في اليوم الواحد. ثم يضرب بـ 25%، والناتج هو قيمة ساعة العمل الإضافية.

ثانياً: الحق في الأجر مقابل يوم عمل إضافي: للعامل الحق في مقابل نقدي عن كل يوم عمل إضافي بناءً على تكليف من صاحب العمل، ويُحسب على نحو ما تطرقنا له في المبحث الأول.

(18) حقوق والتزامات العامل ورب العمل في ظل قانون العمل رقم 6 لسنة 2010، إصدار إدارة الخبراء بوزارة العدل، دولة الكويت، ديسمبر 2012، ص 44؛ المحامي ناهس العنزي: أسئلة وأجوبة في قوانين العمل والمنازعات العمالية، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 2017، ص25.

ثالثاً: حساب الأجر عن أيام الإجازة المرضية وفقاً للأجر اليومي إذا قلّ عن أجر يوم كامل:

لما كان الأجر مقابل العمل، فإن عدم حضور العامل إلى العمل يؤدي إلى عدم استحقاقه للأجر عن أيام غيابه، ما لم ينص قانون العمل بخلافه. من ذلك المادة (69) التي نصت على حق العامل في أن يحصل على أجره عن أيام عدم حضوره إلى العمل بسبب مرضه، وهو ما يُعرف بالإجازة المرضية، ومدتها 75 يوماً في السنة، ويتدرج فيها حقه في الأجر، وفقاً لما يلي:

- أول خمسة عشر يوماً يكون فيها أجره كاملاً، ويتم حساب أجره اليومي وفقاً لما تطرقنا له في المطلب الثالث من المبحث الأول.
- ثاني عشرة أيام: ويكون حقه فيها ثلاثة أرباع الأجر عن كل يوم، وفي هذه الحالة وما بعدها يحتاج الأمر إلى معرفة مقدار الأجر اليومي للعامل لتحديد الجزء المستحق له.
- ثالث عشرة أيام: يكون حقه فيها نصف الأجر عن كل يوم.
- رابع عشرة أيام: يكون حقه فيها ربع الأجر عن كل يوم.
- الثلاثون يوماً الأخيرة: تكون من دون أجر.

رابعاً: حق العامل في تعويضه عن إصابة العمل:

وفقاً للمادتين (93 و94) للعامل المصاب أو للمستحقين عنه، في حالة وفاته، الحق في التعويض طبقاً للجدول الذي يصدر به قرار من الوزير المختص، ووفقاً للقرار الصادر في هذا الشأن؛ فإن للعامل المصاب أو المتوفى نتيجة إصابة عمل، تعويضاً يُحسب وفقاً لأجره اليومي، على النحو الآتي:

1- التعويض عن العجز الكلي الدائم:

الأجر اليومي عن 2000 يوم عمل، أو بمقدار الدية الشرعية وثلث، أيهما أكبر.

2- التعويض عن العجز الجزئي الدائم:

يكون التعويض على أساس نسبة معينة تعادل نسبة عجزه الجزئي، من مقدار التعويض عن العجز الكلي، وفقاً لما هو مبين في «أ»، بشرط ألا يقل عن النسبة المئوية التي ذكرها القرار لبعض حالات العجز الجزئي.

3- تعويض الورثة عند الوفاة:

يكون التعويض على النحو الآتي = مقدار أجره اليومي × أجر 1500 يوم عمل أو بمقدار الدية الشرعية، أيهما أكبر.

4- حقه في الحصول على أجره بالكامل عن إجازاته المرضية بسبب إصابة العمل طوال فترة علاجه، فإن زادت عن ستة أشهر استحق عن الزيادة نصف الأجر حتى يشفى أو تثبت عاهته أو يتوفى.

القسم الثاني: حقوق العامل عند انتهاء عقد العمل؛ مما يتطلب لحسابها معرفة أجره اليومي:

أولاً: حساب حق العامل في الأجر لعدم التزام صاحب العمل بمهلة الإخطار: وفقاً للمادة (44)، فإنه إذا كان عقد العمل غير محدد المدة جاز لكل من طرفيه إنهاؤه بعد إخطار الطرف الآخر قبل انتهاء العقد بثلاثة أشهر على الأقل للعمال المعينين بأجر شهري. فإذا لم يراع الطرف الذي أنهى العقد مهلة الإخطار، التزم بأن يدفع للطرف الآخر بدلاً نقدياً عنها مساوياً للأجر اليومي للعامل عن الأيام التي لم يُلتَزم بها.

ثانياً: حساب حق العامل في الحصول على مقابل نقدي عن رصيده من الإجازة السنوية: وفقاً للمادة (73)، فإن للعامل الحق في أن يحصل على مقابل نقدي عن أيام إجازاته السنوية التي لم ينتفع بها خلال مدة خدمته عند انتهاء عقد العمل، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز: «... مما مفاده أن أجر العامل الشهري لا يدخل فيه أيام الراحات الأسبوعية، وهي أربعة أيام بالشهر فيكون أجره الشهري لعدد 26 يوماً. وهذا الأساس الذي يحسب عليه المقابل النقدي لرصيد إجازات العامل.

وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقام بحساب المقابل النقدي لرصيد الإجازات الذي يحق للطاعن صرفه على أساس أن أجره الشهري محسوب على كامل أيام الشهر، بما فيها أيام الراحة على الرغم من أن هذه الأيام غير مدفوعة الأجر مما يعيبه ويوجب تمييزه...»[19]. ومن جهة أخرى قضت محكمة التمييز عند حسابها لحق العامل في البدل

(19) انظر طعنين بالتمييز رقمي 93، 94 لسنة 2003، جلسة 15 مايو 2006، منشور في أنظمة صلاح الجاسم الإلكترونية. ويلاحظ أن الحكم المذكور صدر في أثناء سريان قانون العمل رقم 38 لسنة 1964، قبل إلغائه بقانون العمل رقم 6 لسنة 2010. ولا يوجد اختلاف بين القانونين في هذه المسألة. فالمادة (35) من القانون الملغى تقرر أن أيام الراحة الأسبوعية الإلزامية من دون أجر، لذلك استبعدها الحكم المذكور وقسم الأجر الشهري على 26، أما القانون الحالي فقرر في المادة (67) أنها مدفوعة الأجر، ولكنه نص على استبعادها عند استخراج الأجر اليومي للعامل من أجره الشهري؛ ومن ثم، فالنتيجة واحدة في ظل القانونين المذكورين.

النقدي عن رصيد إجازاته السنوية باستخراج الأجر اليومي للعامل من خلال أجره الأساسي، وليس أجره الشامل؛ أي أنها تستبعد من مفهوم أجره الشهري عناصر الأجر الأخرى من علاوات وبدلات ومنح ومكافآت ... إلخ، سواء كانت نقدية أم عينية. وهو ما يدل عليه حكمها التالي: «تنعى الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه؛ إذ قضى لها برصيد الإجازات محسوباً على مبلغ 580 ديناراً باعتباره الأجر الأساسي ملتفتاً عن دلالة المستندات المقدمة منها أمام محكمة الموضوع وخبير الدعوى، التي تفيد أن أجرها الشهري 850 ديناراً؛ مما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في غير محله؛ إذ إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأجر الذي يحسب على أساسه المقابل النقدي لإجازة العامل هو الأجر الأساسي الثابت الذي يتقاضاه العامل مقابل ما يؤديه من عمل، وهو ذاته الذي كان يستحقه لو حصل على إجازة فعلاً. وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في تحديد الأجر الأساسي الذي احتسب على أساسه رصيد إجازات الطاعنة استناداً إلى كشف تفصيل الأجر المقدم من المطعون ضدها أنه 585 ديناراً شهرياً، وهو ما له أصل ثابت بالأوراق فإنه يكون قد طبّق صحيح القانون ويكون النعي عليه بهذا الوجه على غير أساس»[20].

كما تأكد ذلك في حكم آخر قضت فيه بالآتي: «.... وحيث إنه عن الموضوع وعن نعي الشركة في شقه الأول المتعلق بإعادة احتساب مقابل رصيد الإجازات على أساس الأجر الأساسي، وليس الشامل فإن هذا النعي سديد؛ ذلك أنه من المقرر وعلى ما جرى عليه القضاء أن الأجر الذي يحسب على أساسه المقابل النقدي لإجازة العامل هو الأجر الأساسي الثابت الذي يتقاضاه العامل دون ما اعتبار لما قد يدخل في معنى الأجر ويضاف إليه ويأخذ حكمه، ومن ثم؛ فيخرج من هذا المدلول عند حساب هذا المقابل أية ميزة عينية أو غيرها في حساب هذا المقابل»[21].

الفرع الثاني

حق العامل في استرداد أيام العطل (الراحة) الأسبوعية الإلزامية التي تتخلل إجازته السنوية

يرجع سبب تخصيصنا فرعاً مستقلاً لهذا الحق إلى أنه لا يتطلب له استخراج الأجر اليومي للعامل، من خلال الأجر الشهري؛ إذ لا علاقة له بالأجر. ولم يكن هذا الحق

(20) انظر طعنين بالتمييز رقمي 226، 270/2014 عمالي، جلسة 2017/2/13.

(21) طعن بالاستئناف رقم 57/2015 عمالي، جلسة 2015/4/27.

مقرراً للعامل بقانون العمل عند صدوره إنما أضيف إليه لاحقاً، على الرغم من أنه مقرر للموظفين العموميين منذ زمن بعيد.

وقد يكون هذا ما دفع بالمشرع العمالي إلى إصدار القانون رقم 85 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام قانون العمل رقم 6 لسنة 2010، ومنها المادة (70) وجاء فيها – بعد التعديل – ما يلي: «... ولا تحسب ضمن الإجازة السنوية أيام العطل الأسبوعية، والعطل الرسمية، وأيام الإجازات المرضية الواقعة خلالها...».

وقبل التطرق لهذا التعديل التشريعي نتساءل لماذا أطلق المشرع على يوم الراحة الأسبوعية (الإلزامية) مسمى العطلة الأسبوعية؛ مما أوجد مسميين لشيء واحد في القانون نفسه، الأول ورد في المادة (67) من قانون العمل، والآخر في المادة (70) بعد التعديل. أفيقصد من وراء ذلك أمراً معيناً؟ أم أنه مجرد خطأ في صياغة عبارة النص؟ وهو ما نستبعده لعدم تصحيحه لاحقاً. ولكن حيرتنا تتلاشى بعدما علمنا أن مسمى يوم العطلة الأسبوعية هو المصطلح ذاته المستخدم في قانون الخدمة المدنية وليس يوم الراحة الأسبوعية. ولا بد من أن ذلك يدل على تأثره في بعض أحكامه بهذه المسألة. ففي مجال الوظيفة العامة حدد يوم العطلة الأسبوعية بيوم الجمعة، بينما حدد السبت كيوم للراحة الأسبوعية. وهذا الاختلاف في المسمى بينهما تبعه اختلاف في أحكامهما.

ومن ثم؛ يكون قانون الخدمة المدنية أكثر تنظيماً من قانون العمل في هذه المسألة. فعند صدور قانون الخدمة المدنية كان يعطي الموظف العام يوم الجمعة ليرتاح فيه، ويسميه بيوم العطلة الأسبوعية. وفي سنة 1993 أعطاه يوماً آخر، حدده بيوم الخميس بمسمى يوم الراحة الأسبوعية، وقد عدل لاحقاً ليصبح يوم السبت.

ووفقاً لتعميم ديوان الخدمة المدنية رقم 22 لسنة 1993 بشأن الموافقة على اعتبار يوم الخميس يوم راحة أسبوعية[22]، بالإضافة إلى يوم الجمعة العطلة الأسبوعية، قرر احتساب يوم الخميس– وهو يوم الراحة الأسبوعية الإضافي الذي يتخلل الإجازة الدورية المصرح بها للموظف العام– إجازة دورية؛ بحيث لا يدور هذا اليوم إلى رصيد الموظف من الإجازات الدورية، ومن ثم؛ لا يستفيد منه الموظف العام. أما أيام العطلات الرسمية والجمعة، وهو يوم العطلة الأسبوعية[23]؛ فتدور إلى هذا الرصيد. وهو ما يكون لفائده الموظف العام.

(22) استبدل به لاحقاً يوم السبت.

(23) يستخدم قانون الخدمة المدنية مصطلح العطلة الأسبوعية بدلاً من مصطلح يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية.

الخاتمة

أظهرت الدراسة نتائج عدة مهمة، يترتب عليها ما نراه من توصيات، ويكون ذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1- وجود يومين للراحة الأسبوعية؛ أولهما بأجر كامل، وهو ملزم لصاحب العمل، وفقاً للمادة 67 من قانون العمل. والآخر اختياري، ولكل منهما أحكامه القانونية الخاصة.

2- أظهرت الدراسة أهمية يوم الراحة الإلزامية بسبب أثره في عدد من حقوق العامل، والتزاماته. وأمام عدم كفاية النصوص التشريعية في تنظيم آثاره، زادت المنازعات العمالية في شأنها، ومع ذلك فإن ما نشر من تلك الأحكام قليل جداً.

3- يحسب للفقه الكويتي تطرقه لإشكالية أثارها تطبيق يوم الراحة الأسبوعية، في ظل قانون العمل رقم 38 لسنة 1964 الملغى، وكان لها أثر في تعديل النص التشريعي للراحة الأسبوعية في قانون العمل رقم 6 لسنة 2010؛ مما جنب الإضرار بالعامل عند استخراج أجره اليومي من أجره الشهري، وذلك بالنص على قسمته على عدد أيام العمل الفعلية دون أن تحسب من ضمنها أيام الراحة الأسبوعية، على الرغم من أنها بأجر. وقد أدى ذلك إلى زيادة الأجر اليومي للعامل، ومن ثم؛ زيادة مقدار حقوقه. وقد تتبعنا هذه الحقوق لإثبات هذا الأمر.

4- لم يتطرق الفقه لمسألة أولية لازمة لمعرفة الأجر اليومي، وهي تحديد مفهوم الأجر الشهري، وهي مسألة لازمة لاستخراج مقدار الأجر اليومي للعامل لغرض حساب حقوقه والتزاماته، أتستبعد أيام الراحة الأسبوعية أم تحسب.

أما القضاء؛ فقد ميز بين حالتين: الأولى إذا ما كان الغرض من معرفة الأجر اليومي هو حساب قيمة مكافأة نهاية الخدمة فإنه توسع في مفهوم الأجر الشهري إلى أبعد حد، بما يعرف بالأجر الشامل، الذي يشمل الأجر الأساسي، وجميع عناصر الأجر الأخرى النقدية والعينية. والحالة الثانية إذا ما كان الغرض حساب حقوق العامل الأخرى؛ ومن ثم، قصر مفهوم الأجر الشهري على الأجر الأساسي، دون عناصر الأجر الأخرى من

علاوات وبدلات ومنح وغيرها: النقدية والعينية منها، حتى وإن أثبت العامل أنه تقاضاها بصفة دورية وعلى نحو ثابت.

ثانياً: التوصيات

1- أن يتدخل المشرع لتغيير مسمى «الراحة الأسبوعية» المنصوص عليه في المادة (67) من قانون العمل رقم 6 لسنة 2010 ليتوافق مع مسماها في المادة (70) من القانون ذاته، وفيها مسماها «العطلة الأسبوعية». وما نقول به ليس لتوحيد المصطلحات في القانون الواحد فقط، بل لتمييز العطلة الأسبوعية، التي هي ملزمة بالقانون، عن يوم الراحة الأسبوعية الإضافية، التي هي اختيارية؛ وذلك بسبب اختلاف أحكامهما، فلا تختلط إحداهما بالأخرى، ويكون الأمر كما هو الحال في قانون الخدمة المدنية الذي أوضح هذه المسألة بالنسبة إلى الموظف العام.

2- وجوب صدور قرار لتنظيم الراحة الأسبوعية الإلزامية بما يكفل إزالة اللبس حول تطبيقها بشكل صحيح، ولتوحيد تعامل أصحاب العمل بشأنها، وذلك وفقاً للمادة (148) من قانون العمل، التي نصت على قيام الوزير المختص بإصدار اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ قانون العمل.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

- محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، طبعة 1971.
- ناهس العنزي، أسئلة وأجوبة في قوانين العمل والمنازعات العمالية، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 2017.
- نصر البركاتي، تسهيل نظام العمل ولائحته التنفيذية وفق آخر التعديلات، ط2، د.ن، المملكة العربية السعودية، 2022.
- عبدالرحمن بن يحيى آل ثاني، أحكام قانون العمل وفقاً للمرسوم السلطاني رقم 2023/53، مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع، سلطنة عمان، 2025.
- علي العريف، شرح تشريع العمل في مصر، ج1، المدخل وعقد العمل الفردي، د.ن، القاهرة، 1955.
- شواخ بن محمد الأحمد، الوجيز في نظام العمل السعودي، ط4، المكتبة الأسدية، 2025.
- خالد السيد محمد موسى، الجديد في شرح نظام العمل في المملكة العربية السعودية، ط1، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، سنة 2019.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

- بدر جاسم اليعقوب، مدى جواز الإتفاق على اعتبار يوم راحة عمال القطاع الأهلي المحددة أجورهم مشاهرة مأجوراً، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 1989.
- عبدالفتاح عبدالباقي، أساس تحديد الأجر اليومي للعاملين المحددة أجورهم مشاهرة في مجال بيان قيمة مكافأة نهاية الخدمة واستخلاص الميزة الأفضل لعمال النفط، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، س5، ع1، فبراير 1981.

ثالثاً: مراجع أخرى:

- حقوق والتزامات العامل ورب العمل في ظل قانون العمل رقم 6 لسنة 2010، إصدار إدارة الخبراء بوزارة العدل، دولة الكويت، 2012.
- الدليل القانوني في العلاقات العمالية، إصدار وحدة البحوث والدراسات، نصر البركاتي وشركاؤه للمحاماة والاستشارات الحقوقية، ط1، المملكة العربية السعودية، سنة 2023.

رابعا: مراجع أجنبية

- Thibault Lahalle, L'employeur er – et Le droit du travail, Lamy, 2012.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	19
المبحث الأول: النظام القانوني ليومي الراحة الأسبوعية وأثرها في تحديد مقدار الأجر اليومي للعامل ذي الأجر الشهري	22
المطلب الأول: الضوابط القانونية ليوم الراحة الأسبوعية الإلزامية وسبل تحديده	22
الفرع الأول: التنظيم القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإلزامية	23
الفرع الثاني: تحديد يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية	25
المطلب الثاني: النظام القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإضافي	27
الفرع الأول: الأساس القانوني ليوم الراحة الأسبوعية الإضافي	28
الفرع الثاني: تحديد يوم الراحة الأسبوعية الإضافي	29
المطلب الثالث: أثر يومي الراحة الأسبوعية عند استخراج الأجر اليومي من الأجر الشهري	30
المبحث الثاني: أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب التزاماته وحقوقه	35
المطلب الأول: أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب التزاماته	35
الفرع الأول: التزام العامل بمبلغ مساوٍ لأجره عن الأيام التي لم يلتزم بها من مهلة الإخطار	37
الفرع الثاني: الخصم من الأجر عن أيام الغياب أو كجزاء تأديبي	37

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: أثر يوم الراحة الأسبوعية الإلزامية عند استخراج الأجر اليومي للعامل لحساب حقوقه	38
الفرع الأول: حقوق العامل مما يتطلب لها استخراج أجره اليومي	39
الفرع الثاني: حق العامل في استرداد أيام العطل (الراحة) الأسبوعية الإلزامية التي تتخلل إجازته السنوية	42
الخاتمة	44
قائمة المراجع	46

انعكاسات المسؤولية الاجتماعية للشركات على المسؤولية الجزائية لممثّليها في القانون الكويتي: دراسة نقدية مقارنة(*)

الملخّص

لم يعد دور الشركة مقصورًا على تحقيق الربح، بل امتدّ ليشمل التزامات تجاه المجتمع والبيئة، وهو توسُّع أثار مسألة الجزاء المترتّب عند الإخلال بهذه الالتزامات، وتحديد مَنْ تقع عليه المسؤولية داخل الشركة. ويتناول هذا البحث تلك المسألة في القانون الكويتي؛ فالشركة كيان معنوي لا يباشر نشاطه بذاته، وإنما بواسطة القائمين على إدارته. ومن ثمّ فإنّ فهم مساءلة الشركة يبدأ من مساءلة المدير أو الممثل القانوني الذي يعبّر عن إرادتها.

ويثير هذا الموضوع تساؤلات جوهرية عن تحديد الممثل الذي تنعقد له المسؤولية الجزائية داخل الشركة، ومدى كفاية النصوص الجزائية الكويتية لمواجهة الإخلال بالمسؤولية الاجتماعية، وأساس مسؤولية الشركة ذاتها. وللإجابة عن هذه الأسئلة اعتمد البحث المنهج التحليلي النقدي في قراءة النصوص الكويتية وتقييمها، والمنهج المقارن في الإفادة من التجربتين الفرنسية والبريطانية. وعلى هذا الأساس، تناول البحث مفهوم المسؤولية الاجتماعية واتجاهات تكييفها، ومساءلة ممثّل الشركة جزائيًّا، وموقف المشرّع الكويتي منها، ومن الامتثال المؤسسي، وما يشوب هذا التنظيم من قصور.



د. أسماء إبراهيم الفوزان(*)

أستاذ القانون التجاري المساعد

كلية القانون الكويتية العالمية

a.alfouzan@kilaw.edu.kw

*

* حاصلة على درجة الدكتوراه في القانون التجاري من جامعة إسكس في المملكة المتحدة.
* انضمت إلى هيئة التدريس بكلية القانون الكويتية العالمية عام 2020، إلى جانب عملها رئيسَ تحقيق في الإدارة العامة للتحقيقات، بما يجمع بين الخبرة الأكاديمية والممارسة العملية.
* نشرت عددًا من الأبحاث في مجلات علمية مُحكّمة، كما صدرت لها مؤلفات وفصول في كتب منشورة. وإلى جانب ذلك شاركت في مؤتمرات علمية دولية بأوراق بحثية.
* تتركز اهتماماتها البحثية في القانون التجاري وقانون الشركات، ولا سيما المسؤولية القانونية للشركات، والمسؤولية الاجتماعية للشركات، وحوكمة الشركات، وقانون أسواق المال، مع اهتمام بدراسة التطورات التشريعية في البيئة التجارية الكويتية والخليجية ومقارنتها بالتجارب الدولية، بما يسهم في تطوير الأطر القانونية المنظمة لعمل الشركات والأسواق المالية.

ORCID ID: 0009-0004-6445-0112

(*) تاريخ تقديم البحث: 21 يوليو 2026 وتاريخ قبوله: 13 أغسطس 2026

وخلص البحث إلى أن المشرّع الكويتي أحاط الشركة بواجبات الشفافية والإفصاح، وجرَّم بعض صور الإخلال. غير أنّه ترك المسؤولية الاجتماعية – في جوهرها – لقواعد الحوكمة الاسترشادية؛ فلم يسبغ عليها حماية جزائية. كما اتضح أنّ المسؤولية تقع على من يباشر إدارة الشركة فعليًّا، ولو لم يحمل صفة رسمية. وأن المشرع الكويتي لم يضع معيارًا ضابطًا لحسم هذه المسألة، فجاءت نصوصه مبعثرة بين قوانين مختلفة من دون إطار جامع، وتذبذبَ موقفه من مسؤولية الشركة ذاتها بين الاستقلال والتبعية. ولذلك أوصت الدراسة بأن يضع المشرع الكويتي إطارًا عامًا موحّدًا يحدد المسؤول داخل الشركة، وأن ينص صراحة على مساواة المدير الفعلي بالمدير القانوني في المسؤولية، فلا يفلت من العقاب لغياب سند تعيينه.

كلمات دالة: المدير الفعلي، الامتثال المؤسسي، الخطأ التنظيمي، حوكمة الشركات، مساءلة الشخص الاعتباري.

المقدمة

لم تعد المسؤولية الاجتماعية للشركات في الفقه القانوني المعاصر مجرد معيار أخلاقي طوعي مرتبط بسمعة الشركة، بل اتجهت التشريعات الحديثة إلى تنظيمها مع امتداد آثار نشاط الشركات إلى المجتمع والبيئة والاقتصاد. وبذلك انتقلت تدريجيًّا من دائرة الطوعية إلى دائرة الإلزام والمساءلة، وإن تفاوتت صورها بين الأنظمة القانونية.

أولًا: موضوع البحث

يتناول هذا البحث، في ظل هذا التحول، مدى تدخل القانون الجزائي لحماية أهداف المسؤولية الاجتماعية، لا سيما مع اختلاف الاتجاهات بين الاكتفاء بالتعويض المدني والجزاء الرقابي، والدعوة إلى تجريم الأفعال الأشد خطورة. وتزداد المسألة تعقيدًا لأن الشركة شخص معنوي لا يُعبَّر عن إرادته إلا من خلال أشخاص طبيعيين؛ ما يستلزم تحديد أساس مساءلة الشركة وممثليها، وحدود استقلال كل منهم عن الآخر.

وقد اتخذ المشرع الكويتي نهجًا يجمع بين قواعد الحوكمة الاسترشادية، وأحكام الشفافية والإفصاح، وواجبات المديرين الواردة في قانون الشركات، إلى جانب نصوص جزائية متفرقة في قوانين خاصة. ويقتضي هذا النهج بحث مدى كفايته في توفير حماية جزائية لأهداف المسؤولية الاجتماعية، وبيان أوجه القصور فيه، وصولًا إلى تصور تشريعي أكثر اتساقًا يستفيد من التجارب المقارنة.

ثانيًا: أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في أنه يسد فجوة بحثية تتعلق بالجمع بين المسؤولية الاجتماعية والمساءلة الجزائية معًا، وهو جمع نادر في الدراسات الكويتية؛ فالمسؤولية الاجتماعية غالبًا ما تُبحث بوصفها التزامًا أخلاقيًّا أو تنظيميًّا، وقليلًا ما يُنظَر إليها من زاوية أثرها الجزائي، وما تثيره من مساءلة لممثل الشركة. والجمع بينهما هو ما تتجه إليه التشريعات الحديثة؛ فإغفاله يعد قصورًا في مواكبة تطور المسؤولية المؤسسية.

وإلى جانب البعد النظري، يكتسب هذا البحث قيمة عملية بارزة؛ تتمثل في تحديد الشخص المُساءل جزائيًّا داخل الشركة؛ إذ يواجه القضاء والممارسون صعوبة في تحديد تلك المسؤولية، والسبب في ذلك هو تناثر النصوص الجزائية في قوانين متفرقة. كما أن الاطلاع على التجارب المقارنة التي تجاوزت منطق المساءلة الفردية يعين المشرع الكويتي على معالجة الثغرات الموجودة حاليًا في القانون الكويتي.

ثالثًا: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى غاية أساسية تتمثل في الكشف عن طبيعة العلاقة بين المسؤولية الاجتماعية للشركات والمسؤولية الجزائية لممثليها في القانون الكويتي؛ فهو يسعى أولًا إلى وضع معيار واضح ودقيق لتحديد الشخص المسؤول جزائيًّا داخل الشركة؛ بحيث لا يفلت من المسؤولية من يمارس الإدارة فعلًا خلف صفة شكلية. ويتجه الهدف الثاني إلى تقييم النصوص الجزائية الكويتية الحالية؛ لبيان مدى قدرتها على حماية أهداف المسؤولية الاجتماعية. أما الهدف الأخير فيتمثل في تحديد أوجه القصور في النظام الكويتي، واقتراح المعالجة المناسبة للبيئة التشريعية الكويتية، بالاسترشاد بالتجارب المقارنة.

رابعًا: إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في أن الشركة شخص اعتباري لا يباشر نشاطه بذاته، بل تتجسد إرادته من خلال أشخاص طبيعيين يتولون إدارته وتمثيله؛ فإذا أخلت الشركة بمسؤوليتها الاجتماعية، برزت صعوبة تحديد الشخص الذي تنعقد له المسؤولية الجزائية، ومدى الاعتداد بالصفة الرسمية أو بمباشرة سلطة الإدارة فعلًا، ولو من دون سند تعيين رسمي.

ولا تقف الإشكالية عند هذا الحد، بل تمتد إلى مدى كفاية الأداة التشريعية ذاتها، فيُطرَح التساؤل عما إذا كانت النصوص الجزائية الكويتية كافية لمواجهة الإخلال بمعايير المسؤولية الاجتماعية، أم أن أثر هذه النصوص يقف عند المساءلة المدنية والتأديبية، من دون أن يصل إلى حد التجريم. ويتصل بتلك الإشكالية تساؤل عن الطبيعة القانونية لمسؤولية الشركة، وهل يمكن مساءلتها بصورة مستقلة أم أن مسؤوليتها تابعة لمسؤولية من يمثلها.

خامسًا: منهجية البحث

اعتمد البحث على المنهج التحليلي النقدي في تفكيك ودراسة النصوص القانونية الكويتية ذات الصلة، وبيان مدى كفايتها في ضبط العلاقة بين المسؤولية الاجتماعية والمسؤولية الجزائية ومواطن القصور فيها. كما استعان بالمنهج المقارن من خلال الوقوف على التجربتين الفرنسية والبريطانية؛ للاستفادة منهما في تطوير النظام الكويتي وسد الثغرات الموجودة في القانون الحالي، والمتعلقة بمساءلة الشركة وممثليها جزائيًّا.

سادسًا: خطة البحث

وعلى هذا الأساس انتظم البحث في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للمسؤولية الاجتماعية للشركات.

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية لممثّل الشركة.

المبحث الثالث: موقف التشريع الكويتي من المسؤولية الاجتماعية والامتثال المؤسسي.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للمسؤولية الاجتماعية للشركات

يقتضي بحث الأثر الجزائي للإخلال بالمسؤولية الاجتماعية الوقوف، بداية، على مضمون هذه المسؤولية؛ إذ لا يستقيم البحث في الجزاء قبل تحديد الالتزام محل المساءلة. ويثير هذا الضبط صعوبة أساسها تعدد التعريفات وتباين تكييف المسؤولية الاجتماعية بين الطوعية والإلزام، وتباين موقف التشريعات المقارنة في مدى فرضها؛ لذلك سنعرض في هذا المبحث التعريف الفقهي والقانوني للمسؤولية الاجتماعية (المطلب الأول)، ثم التطور التاريخي لمفهوم المسؤولية الاجتماعية (المطلب الثاني)، ثم نستعرض الاتجاهات الفقهية في تكييفها (المطلب الثالث)، ثم الموقف التشريعي المقارن من إلزاميتها (المطلب الرابع).

المطلب الأول

التعريف الفقهي والقانوني للمسؤولية الاجتماعية

يقوم مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات (CSR) على مراعاة مصالح الأطراف المتأثرة بنشاط الشركة، ومنهم العاملون والمستهلكون والمجتمع والبيئة. ويسهم التزام الشركة بهذه المسؤولية في تعزيز سمعتها واستقطاب الكفاءات والعملاء[1]، والحد من الآثار الاجتماعية والبيئية السلبية لنشاطها[2]، فضلًا على دعم التنمية، وتحقيق القدرة التنافسية على المدى الطويل[3]. ويقتضي ذلك تبني نظرية أصحاب المصلحة، بما يضمن مراعاة المصالح الاجتماعية في قرارات الشركة، بدلًا من حصرها في تحقيق الربح. وتبرز أهمية هذه النظرية في الاستفادة من التجربتين الفرنسية والبريطانية عند تقييم الإطار القانوني الكويتي.

وبالرجوع إلى فكرة العقد الاجتماعي، وُصفت العلاقة بين الفرد والمجتمع بمفهوم

(1) Archie B. Carroll and Kareem M. Shabana, 'The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice', International Journal of Management Reviews, Wiley-Blackwell, UK, Vol. 12, No.1, 2010, p.85.

(2) John Elkington, Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business, Capstone Publishing, UK, 1997, pp.70-96.

(3) Andreas Georg Scherer and Guido Palazzo, 'The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy', Journal of Management Studies, Wiley-Blackwell, UK, Vol.48, No.4, 2011, pp.899, 910 - 912.

التكافل القائم على المنفعة المتبادلة؛ إذ يتمتع الفرد بحريته مقابل الإسهام في خير المجتمع ورفعته[4]. ومن ثَمَّ، فالمسؤولية الاجتماعية للشركات ليست مفهومًا حديثًا، على الرغم من استمرار الجدل بشأن تعريفها. كما أن تحديد مضمونها ظل محل خلاف فقهي بسبب تعدد أبعادها، واختلاف السياقات التي تُطبَّق فيها[5]. ويرجع الخلاف في تعريف المسؤولية الاجتماعية للشركات إلى غموض المصطلح وتعدد دلالاته، فضلًا على اتجاه الشركات إلى تبني تعريفات خاصة بها، مما أدى إلى تفاوت مفهوم المسؤولية الاجتماعية وممارساتها من شركة إلى أخرى[6].

وتزداد أهمية المسؤولية الاجتماعية مع تعاظم القوة الاقتصادية والاجتماعية للشركات، لا سيما الشركات الكبرى التي قد يتجاوز نفوذها في بعض الحالات قدرة الدول على مراقبة آثار أنشطتها. ومن ثم، تبرز ضرورة إخضاع هذا النفوذ لمبادئ المسؤولية والمساءلة. وقد عرّف المجلس العالمي للأعمال من أجل التنمية المستدامة المسؤولية الاجتماعية للشركات بأنها التزام قطاع الأعمال بالسلوك الأخلاقي، والإسهام في التنمية الاقتصادية، وتحسين جودة حياة العاملين وأسرهم والمجتمع[7]. ويكشف هذا التعريف عن ترابط الأبعاد الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية للمسؤولية الاجتماعية. ويُعد بوين الملقب بـ «أب المسؤولية الاجتماعية» من أوائل من أسهموا في تأصيل مفهوم المسؤولية الاجتماعية[8]؛ إذ رأى أن غاية النشاط التجاري لا تقتصر على تحقيق الربح، بل تشمل مراعاة قيم المجتمع ومصالحه[9].

وتكشف التعريفات السابقة عن اتجاه مشترك يقوم على التوفيق بين تحقيق الربح ومراعاة المسؤولية الاجتماعية. وقد تبنت المفوضية الأوروبية هذا الاتجاه، من خلال دمج الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية في استراتيجية الشركة، مع التأكيد على

(4) Jean-Jacques Rousseau, The New Encyclopaedia Britannica, vol.26, 15th edn, Encyclopaedia Britannica, United States, 2003, pp.938-42.

(5) Dima Jamali (ed), Comparative Perspectives on Global Corporate Social Responsibility, Business Science Reference, USA, 2016, p.140.

(6) L Balcerowicz, 'Corporate Social Responsibility: Some Clarifications and Questions', in B. Fryzel (ed), The True Value of CSR: Corporate Identity and Stakeholder Perceptions, Palgrave Macmillan, UK, 2015, p.16.

(7) Philip Watts and Richard Holme, Corporate Social Responsibility: Making Good Business Sense, World Business Council for Sustainable Development, Switzerland, 2000, http://www.ceads.org.ar/downloads/Making%20good%20business%20sense.pdf, last accessed 2 June 2026.

(8) Archie B. Carroll, 'Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct', Business & Society, SAGE Publications, USA, Vol.38, (1999), p.268.

(9) H. Bowen, The Social Responsibilities of the Businessman, Harper, USA, 1953, p.6.

التفاعل الطوعي مع أصحاب المصلحة[10]. وفي العام 2011 عرّفت المفوضية الأوروبية المسؤولية الاجتماعية بأنها مسؤولية المؤسسات عن آثارها في المجتمع[11]. وعلى الصعيد الدولي، يقوم الميثاق العالمي للأمم المتحدة (UNGC) على التزام الشركات طوعيًا بدمج مبادئه العشرة المتعلقة بحقوق الإنسان، ومعايير العمل، والبيئة، ومكافحة الفساد في أنشطتها واستراتيجياتها[12].

كما يعرّف معيار ISO 26000 المسؤولية الاجتماعية بأنها مسؤولية المؤسسة عن آثار قراراتها وأنشطتها في المجتمع والبيئة، من خلال سلوك أخلاقي وشفاف يراعي أصحاب المصلحة ويسهم في التنمية المستدامة[13]. وتُجمع التعريفات السابقة على ضرورة تحمّل الشركات آثار أنشطتها الاجتماعية والبيئية، واتخاذ تدابير تحدٍّ من نتائجها السلبية. وقد صاغ كارول هذه المسؤولية في أربعة أبعاد مترابطة: الاقتصادي، والقانوني، والأخلاقي، والخيري[14]. كما أظهرت دراسة داهلسرود التي حللت سبعة وثلاثين تعريفًا، أن البعد الطوعي ورد في معظمها، وهو ما يؤكد حضوره في البناء التقليدي لمفهوم المسؤولية الاجتماعية[15].

ويرتبط بمفهوم المسؤولية الاجتماعية مفهوم المسؤولية المؤسسية، الذي عرّفه أغوينيس بأنه السياسات والإجراءات التي تراعي توقعات أصحاب المصلحة، ضمن السياق الذي تعمل فيه المؤسسة، وبما يشمل أبعاد الأداء الاقتصادي والاجتماعي

(10) European Commission, Corporate Social Responsibility: A Business Contribution to Sustainable Development, (2002) 347 final, http://ec.europa.eu/employment_social/soc-dial/csr/csr2002_col_en.pdf, last accessed 4 June 2026.

(11) European Commission, 'A Renewed EU Strategy 2011–14 for Corporate Social Responsibility', COM(2011) 681 final, p.6.

(12) United Nations Global Compact, 'The Ten Principles of the UN Global Compact', UN Global Compact, 2000, https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles, last accessed 4 June 2026.

(13) International Organization for Standardization, ISO 26000:2010 Guidance on Social Respons - bility, ISO, Switzerland, 2010, cl 2.18, https://www.iso.org/standard/42546.html, last accessed 4 June 2026.

(14) AB Carroll, 'The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders', Business Horizons, Elsevier, Netherlands, Vol.34, No.4, (1991), p.39; Archie B. Carroll, 'Corporate Social Responsibility: Will Industry Respond to Cut-backs in Social Program Funding?', Vital Speeches of the Day, Vol.49, (1983), pp.604-608.

(15) A. Dahlsrud, 'How Corporate Social Responsibility is Defined: An Analysis of 37 Definitions', Corporate Social Responsibility and Environmental Management, Wiley, UK, Vol.15, No.1, (2008), pp.1–13.

والبيئي[16]. ولا يقتصر تبني المسؤولية الاجتماعية على الشركات الكبرى، بل يمتد إلى الشركات الناشئة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛ إذ يسهم إدماجها منذ التأسيس في تعزيز قدرتها التنافسية وتجنب الممارسات الضارة بالمجتمع والبيئة[17].

ويُرجَّح تعريف أغوينيس لشموله السياسات والإجراءات معًا، وربطه المسؤولية الاجتماعية بالأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والبيئية[18]. ويمنحه ذلك طابعًا مؤسسيًّا ممتدًا، بخلاف بعض التعريفات التي تركز على الممارسات المنفردة من دون إدماجها في سياسات الشركة.

ويؤكد الطابع السياقي للمسؤولية الاجتماعية أن تقييم المبادرة يرتبط بظروفها وغاياتها؛ فقد تمثل المبادرة ذاتها التزامًا اجتماعيًّا في سياق معين؛ بينما تكون وسيلة لتحقيق الربح في سياق آخر. ومع ذلك، يظل وجود تعريف إرشادي ضروريًّا لضبط نطاق المفهوم وتمكين المؤسسات والمجتمع من تقييم الممارسات المنسوبة إليه، وهو ما يوفره تعريف أغوينيس بدرجة أكبر من الوضوح[19].

المطلب الثاني

التطور التاريخي لمفهوم المسؤولية الاجتماعية

لا يُعد مفهوم المسؤولية الاجتماعية حديث النشأة؛ إذ عرفت المجتمعات القديمة صورًا من الإسهام في المصلحة العامة[20]. ومن أمثلتها نظام الـ Liturgy في اليونان القديمة، الذي كان يوجب على الأثرياء تمويل بعض الخدمات العامة، انطلاقًا من استفادتهم من المجتمع[21]. وتقترب هذه الفكرة من الأساس الذي تقوم عليه نظرية أصحاب المصلحة،

(16) Herman Aguinis, 'Organisational Responsibility: Doing Good and Doing Well', in Sheldon Zedeck (ed), APA Handbook of Industrial and Organisational Psychology, Vol.3, Maintaining, Expanding and Contracting the Organization, American Psychological Association, USA, 2011, p.855.

(17) Georges Enderle, 'Global Competition and Corporate Responsibilities of Small and Medium-Sized Enterprises', Business Ethics: A European Review, Wiley, UK, Vol.13, No.1, (2004), pp.50-63.

(18) Aguinis (n 16). 855.

(19) Ibid.

(20) Peter Utting and Jose Carlos Marques (eds), Corporate Social Responsibility and Regulatory Governance: Towards Inclusive Development?, Palgrave MacMillan, UK, 2009, p.106.

(21) Wayne Visser and Nick Tolhurst, The World Guide to CSR: A Country-By-Country Analysis of Corporate Sustainability and Responsibility, Greenleaf Publishing, UK, 2010, p.45.

والمتمثل في مراعاة الشركة لمصالح الأطراف المتأثرة بنشاطها[22]. وتبلور المفهوم الحديث للمسؤولية الاجتماعية خلال القرن التاسع عشر، حين بدأ بعض رجال الأعمال ينظرون إلى آثار نشاطهم في المجتمع إلى جانب تحقيق الربح[23]. وقد تجسد ذلك في المبادرات التي تبناها صناعيون، مثل: روبرت أوين وكادبوري والأخوين ليفر[24]، لتحسين ظروف معيشة العمال وتوفير السكن والتعليم لأسرهم[25]. وقد ارتبطت هذه المبادرات باعتقاد مفاده أن تحسين أوضاع العمال ينعكس إيجابًا على إنتاجيتهم وأرباح الشركات. كما أسهمت ظروف الثورة الصناعية، وصعود القيم الدينية في المملكة المتحدة في تعزيز هذا التوجه[26].

وفي الولايات المتحدة، أسهم توسع الرأسمالية، وتعاظم نفوذ الشركات، في تنامي الاهتمام بالمسؤولية الاجتماعية، لا سيما مع ما صاحب ذلك من ممارسات أضرت بالمنافسة والمجتمع[27]. وقد دفعت الضغوط العامة إلى تدخل الدولة عبر تشريعات مصرفية وقوانين لحماية المستهلك والعمال والحد من عمالة الأطفال[28]. ودفع هذا التحول بعض أصحاب الشركات إلى إعادة النظر في استراتيجياتهم، وتخصيص جانب من ثرواتهم لخدمة المجتمع. ولم يكن هذا التوجه مدفوعًا باعتبارات أخلاقية فقط، بل أيضًا بالرغبة في تجنب تدخل تشريعي أكثر صرامة[29]. واستمر هذا التوجه حتى تبلور المفهوم الحديث للمسؤولية الاجتماعية للشركات، القائم على مساءلتها عن النتائج المتوقعة لأنشطتها، حتى في الحالات التي لا ينص القانون صراحةً على تلك المسؤولية[30].

وقد قدّم بوين في العام 1953 تصورًا أكثر شمولًا للمسؤولية الاجتماعية، ربط فيه

(22) Ibid.

(23) Güler Aras and David Crowther, Global Perspectives on Corporate Governance and CSR, Gower Publishing, UK, 2016, p.132.

(24) Jo Littler, Radical Consumption: Shopping for Change in Contemporary Culture, Open University Press/McGraw-Hill Education, UK, 2007, p.58.

(25) Tom Cannon, Corporate Responsibility: A Textbook on Business Ethics, Governance, Environment, Role and Responsibilities, Pitman Publishing, UK, 1994, p.17.

(26) Jeanette Brejning, Corporate Social Responsibility and the Welfare State: The Historical and Contemporary Role of CSR in the Mixed Economy of Welfare, Routledge, UK, 2016, p.2.

(27) WC Frederick, JE Post and K Davis, Business and Society: Corporate Strategy, Public Policy, Ethics, McGraw-Hill, USA, 1992, p.56.

(28) R Farmer and D Hogue, Corporate Social Responsibility, Social Research Associates Inc, 1973, p.110.

(29) Shashank Shah and VE Ramamoorthy, Soulful Corporations: A Values-Based Perspective on Corporate Social Responsibility, Springer, 2014, p.142.

(30) JM Clark, 'The Changing Basis of Economic Responsibility', The Journal of Political Economy, University of Chicago Press, USA, Vol.24, 1916, pp.209-229.

بين توافق نشاط الشركة مع قيم المجتمع، وخدمة المصلحة العامة، والمساءلة المجتمعية، وإدماج المسؤولية في القرارات الإدارية[31]. وبذلك تبنى منظورًا هجينًا تجاه المسؤولية الاجتماعية للشركات، يجمع بين تعظيم الربح والالتزام الاجتماعي[32]، على الرغم مما قد يبدو بينهما من تعارض؛ إذ تميل الشركات غالبًا إلى تغليب أحدهما على الآخر.

المطلب الثالث

الاتجاهات الفقهية في تكييف المسؤولية الاجتماعية

تباينت آراء الفقه في تكييف المسؤولية الاجتماعية؛ فذهب اتجاه إلى تركها لمبادرة الشركة، وذهب آخر إلى إخضاعها لقواعد قانونية ملزمة يترتب جزاء على مخالفتها، بينما توسط اتجاه ثالث بين المسلكين. ولكل من هذه الاتجاهات مزايا وعيوب تؤثر في مدى إمكان ترتيب أثر جزائي على الإخلال بها. وعلى هذا الأساس نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة محاور: الاتجاه الطوعي، ثم الاتجاه الإلزامي، ونختم بالاتجاه المختلط.

أولًا: الاتجاه الطوعي (Soft Law)

يُقصَد بالقانون اللين مجموعة المبادئ والمعايير غير الملزمة التي تضعها الدول والمنظمات الدولية والشركات والمنظمات غير الحكومية لتوجيه سلوك الشركات اجتماعيًّا وبيئيًّا[33]. وتتبناها الشركات طوعًا، بما يسمح لها بالالتزام بمعايير تتجاوز الحد الأدنى الذي يفرضه القانون، وهو ما يجسد فكرة التنظيم الذاتي[34]. وفي إطار التنظيم الذاتي، تضع الشركة مدونة سلوك تتلاءم مع طبيعة نشاطها واستراتيجيتها[35]، من دون أن يترتب على الإخلال بها – في الأصل – جزاء قانوني[36]. ويتخذ القانون اللين صورًا متعددة، من أبرزها الميثاق العالمي للأمم المتحدة (UNGC)[37]، ومبادئ

(31) H. Bowen, The Social Responsibilities of the Businessman, Harper, USA, 1953, p.6.

(32) Ibid.

(33) Justine Nolan, 'The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?', in Surya Deva and David Bilchitz (eds), Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, Cambridge University Press, UK, 2013.

(34) Ibid; Commission, 'Green Paper: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility' COM (2001) 366 final, para 21.

(35) Stephen Kim Park and Gerlinde Berger-Walliser, 'A Firm-Driven Approach to Global Governance and Sustainability', American Business Law Journal, Wiley, USA, Vol.52, (2015), p.255.

(36) Wayne Visser and others, The A to Z of Corporate Social Responsibility: A Complete Reference Guide to Concepts, Codes and Organisations, John Wiley & Sons Ltd, UK, 2007, p.408.

(37) Justine Nolan (n 33), pp. 141-142.

منظمة العمل الدولية، والمبادئ التوجيهية للأمم المتحدة بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان (UNGPs)، فضلًا على معيار ISO 26000 الذي يقدم إرشادات لدمج المسؤولية الاجتماعية في عمليات المؤسسات[38].

ويتميز القانون اللين بمرونته؛ إذ يتيح للشركات تكييف معاييره وفق حجمها وطبيعة نشاطها والبيئة التي تعمل فيها[39]. كما يقوم على الالتزام الأخلاقي والمساءلة الذاتية، بما قد يعزز سمعة الشركة وثقة المستهلكين بها، ويمنحها ميزة تنافسية في مجال الاستدامة[40].

ومع ذلك، يواجه القانون اللين ثلاثة أوجه قصور رئيسية؛ أولها: ضعف امتثال الشركات بسبب طبيعته غير الملزمة وغموض مركزه القانوني. وقد أظهرت إحدى الدراسات أن ثلث الشركات المشاركة لم تستوفِ متطلبات الإبلاغ[41]. وثانيها: غياب آليات المتابعة والمساءلة، بما قد يحول الالتزام إلى إطار شكلي[42]، ويهيئ لظاهرة الغسيل الأخضر؛ حيث تعلن الشركة تبني ممارسات مسؤولة خلافًا لسلوكها الفعلي[43]. أما ثالثها: فيتمثل في عمومية المبادئ وصعوبة إنفاذها، وهو ما يحد من فعاليتها في ردع الشركات[44].

بعد استعراض مزايا هذا الاتجاه وعيوبه، يمكن القول إن القانون اللين يمثل وسيلة مساعدة في استحداث معايير جديدة عند غياب الأدوات التنفيذية الملزمة؛ فلا يمكن

(38) International Labour Organisation, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 6th edn, ILO, Switzerland, 2022; UN Human Rights Council, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', UN Doc A/HRC/17/31, 21 March 2011, annex; International Organization for Standardization, ISO 26000:2010 Guidance on Social Responsibility, ISO, Switzerland, 2010, cl 7.

(39) Stephen Kim Park and Gerlinde Berger-Walliser (n 35), 255.

(40) Ibid, p. 255.

(41) Prapanpong Khumon, 'CSR as a Means of Law: Regulation of Business Conduct to Take Account on Social Responsibility', Transnational Corporations Review, Taylor & Francis, UK, Vol.3, No.3, (2011), pp.84, and 91.

(42) See generally Peter Utting, 'Regulating for Social Development: The Potential and Limits of Corporate Responsibility and Accountability', Melbourne Law School Conference, Melbourne, 2007.

(43) Lucia Gatti, Peter Seele and Lars Rademacher, 'Grey Zone In-Greenwash Out: A Review of Greenwashing Research and Implications for the Voluntary-Mandatory Transition of CSR', International Journal of Corporate Social Responsibility, Springer, UK, Vol.4, art.6, (2019), pp.1-2, 8, 11, https://doi.org/10.1186/s40991-019-0044-9, last accessed 10 June 2026.

(44) Fadwa El Idrissi and Najoua Rouini, 'Rethinking Corporate Social Responsibility: From Soft Law to Regulation', Moroccan Journal of Research in Management and Marketing, Morocco, Vol.12, No.2, (2020), p.108.

اعتباره عديم الجدوى بصورة مطلقة، كما لا يمكن التسليم بفعاليته الكاملة؛ إذ يقع في مركز وسط بين الكفاية والقصور. وتظهر الإشكالية عند الاعتماد عليه منفردًا في تنظيم جوانب المسؤولية الاجتماعية للشركات؛ حيث قد يتحول طابعه الطوعي إلى خلل حقيقي إذا استغلت الشركات مرونته في إطلاق ادعاءات وشعارات لا تعكس توافقًا فعليًّا بين سياساتها التنظيمية، ومتطلبات المسؤولية الاجتماعية، بقصد تكوين صورة مثالية أمام المجتمع. كما يؤدي غياب المساءلة الحقيقية إلى حرمان الأطراف المتضررة من محاسبة الشركات والحصول على التعويض الجابر للضرر. ولذلك، نرى أن الحل يكمن في إيجاد إطار أوسع يوازن بين مرونة صياغة المعايير وقوة القواعد الملزمة، بما يحقق التزامًا فعليًّا بالمسؤولية الاجتماعية، لا أن يحولها إلى مجرد أداة دعائية.

ثانيًا: الاتجاه الإلزامي (Hard Law)

يقوم الاتجاه الإلزامي، أو كما يسمى بالقانون الصلب، على تنظيم المسؤولية الاجتماعية من خلال التشريع؛ بحيث تلتزم الشركات بقواعدها، بصرف النظر عن تصورها لها أو اقتناعها بها. ووفقًا لهذا الاتجاه، لا تُترك المسؤولية الاجتماعية لمحض إرادة الشركة أو تقديرها الطوعي، بل تُنظَّم بقواعد قانونية ملزمة تترتب على مخالفتها جزاءات قانونية[45]. وبذلك تنتقل من نطاق الالتزام الأخلاقي والطوعي إلى نطاق الواجب القانوني. ويستند التمييز بين القانون الصلب والقانون اللين إلى درجة الإلزام والجزاء المترتب على المخالفة؛ فالنهج الطوعي يقوم على الوازع الذاتي، بينما يقوم النهج الإلزامي على الامتثال المدعوم بإمكان توقيع العقوبة[46]. وبناءً على ذلك، يرى جانب من الفقه أن الاتجاه الإلزامي يعالج غياب قوة الإنفاذ، وهو من أبرز أوجه القصور في النهج الطوعي[47]. ويتخذ هذا التنظيم ثلاث صور رئيسية: فرض سلوك مسؤول اجتماعيًّا بصورة مباشرة، أو وضع حد أدنى ملزم للسلوك المقبول لمنع الممارسات غير المسؤولة، أو إلزام الشركات بالإفصاح عن المسائل المرتبطة بالمسؤولية الاجتماعية[48]. وتستند آلية الامتثال في هذا الاتجاه إلى ربط مخالفة قواعد المسؤولية الاجتماعية بجزاء قانوني،

(45) Wim JM Voermans, 'Legislation and Regulation', in Ulrich Karpen and Helen Xanthaki (eds), Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners, Hart Publishing, UK, 2017, pp.17–18; Min Yan, 'Corporate Social Responsibility versus Shareholder Value Maximization: Through the Lens of Hard and Soft Law', Northwestern Journal of International Law & Business, Northwestern University School of Law, USA, Vol.40, No.1, (2019), p.47.

(46) Min Yan (n 45) 47; Benedict Sheehy, Habib Zaman Khan, Paramita Prananingtyas and Philein SS Putri, 'Shifting from Soft to Hard Law: Motivating Compliance When Enacting Mandatory Corporate Social Responsibility', European Business Organization Law Review, Springer, Netherlands, Vol.24, No.4, 2023, pp.693–719.

(47) Sheehy and others (n 46), pp. 694, 705.

(48) Min Yan (n 46), 47.

سواء تمثل في عقوبة، أو مسؤولية مدنية، أو إلزام الشركة بالإفصاح الخاضع لرقابة الجهات العامة[49].

ويُعد نص المادة (135) من قانون الشركات الهندي للعام 2013 من أبرز نماذج الاتجاه الإلزامي؛ فقد ألزم الشركات التي تتجاوز حدودًا معينة، من حيث حجم الأعمال أو الأرباح، بإنفاق ما لا يقل عن 2 في المائة من متوسط أرباحها خلال السنوات المالية الثلاث السابقة على أنشطة المسؤولية الاجتماعية. وكان التنظيم قبل تعديل العام 2019 يقوم على قاعدة «الامتثال أو التفسير»، بما يسمح للشركة بالاكتفاء ببيان أسباب عدم الإنفاق من دون إلزامها بتحويل المبلغ أو إنفاقه فعليًّا[50]. أما تعديل العام 2019 فقد اتجه إلى تشديد الالتزام؛ فإذا ارتبط المبلغ غير المنفق بمشروع قائم، فيجب تحويله خلال ثلاثين يومًا إلى حساب مخصص للمسؤولية الاجتماعية، وإنفاقه خلال ثلاث سنوات. وإذا لم يرتبط بمشروع قائم، فيتم تحويله خلال ستة أشهر إلى أحد الصناديق الحكومية المعتمدة، مع فرض عقوبات عند المخالفة. وبذلك انتقل التنظيم من قاعدة «الامتثال أو التفسير» إلى نهج أقرب إلى «الامتثال أو العقوبة»[51].

وعلى المستوى الأوروبي، كانت فرنسا أول دولة تعتمد قانون واجب اليقظة في مجال سلاسل القيمة، في العام 2017، فألزمت الشركات المشمولة بإعداد خطة تهدف إلى منع الانتهاكات الناشئة عن أنشطتها وأنشطة فروعها ومورديها، لا سيما ما يمتد أثره عبر الحدود. ثم أصدرت ألمانيا في العام 2021 قانون العناية الواجبة في سلاسل التوريد[52]. واتسع هذا التوجه لاحقًا على مستوى الاتحاد الأوروبي بصدور توجيه العناية الواجبة لاستدامة الشركات (CSDDD) في العام 2024، وما أدخل عليه من تعديلات في فبراير 2026 [53]. ويلزم التوجيه الشركات الخاضعة له باعتماد تدابير للعناية الواجبة، ورصد

(49) Ibid.

(50) Dhammika Dharmapala and Vikramaditya Khanna, 'The Impact of Mandated Corporate Social Responsibility: Evidence from India's Companies Act of 2013', International Review of Law and Economics, Elsevier, Netherlands, Vol.56, (2018), pp.92–104.

(51) Companies Act 2013 (India), s 135(6)-(7), as inserted by the Companies (Amendment) Act 2019, No 22 of 2019 (in force 22 January 2021).

(52) Begüm Kilimcioğlu, 'The French Duty of Vigilance Law: A Reference Guide for the Transposition of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive', Netherlands Quarterly of Human Rights, SAGE Publications, Netherlands, Vol.43, No.1, (2025), pp. 31,33. https://doi.org/10.1177/09240519251318136; Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflicht engesetz-LkSG) vom 16 Juli 2021, BGBl I 2021, 2959, §§ 3–10.

(53) Kilimcioğlu (n 52), 31; Directive (EU) 2026/470 of the European Parliament and of the Cou - cil of 24 February 2026 amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting and corporate sustainability due diligence requirements [2026] OJ L 2026/470.

الآثار السلبية المرتبطة بعملياتها ومعالجتها، وتوثيق الإجراءات المتخذة، مع ترتيب المسؤولية المدنية عند الإخلال بالالتزامات المقررة[54]. واستكمالًا لهذا التوجه، تبنى الاتحاد الأوروبي، في العام 2022، توجيه الإبلاغ عن استدامة الشركات (CSRD) الذي يقوم على إلزام الشركات المشمولة بالإفصاح عن آثار أنشطتها البيئية والاجتماعية والحوكمة. وقد أدت تعديلات فبراير 2026 إلى تضييق نطاق تطبيقه، وتخفيف بعض أعبائه، مع الإبقاء على جوهره بالنسبة إلى الشركات الكبرى[55].

وتتمثل أبرز مزايا الاتجاه الإلزامي في قوة الإنفاذ؛ إذ تتحول قواعد المسؤولية الاجتماعية إلى التزامات قانونية تترتب على مخالفتها جزاءات يحددها التشريع[56]. وقد أظهرت التجربة الهندية أن الإلزام أسهم في رفع إنفاق الشركات التي كانت لا تبلغ نسبة 2 في المائة إلى الحد الأدنى المقرر[57]. كما يحقق هذا الاتجاه قدرًا من العدالة التنافسية بفرض التزامات موحَّدة على الشركات[58]، ويعزز حماية المتضررين من خلال تمكينهم من المطالبة بالتعويض عن الأضرار المرتبطة بأنشطة الشركة[59].

ومع ذلك، لا يخلو الاتجاه الإلزامي من أوجه قصور؛ فقد يؤدي فرض المسؤولية الاجتماعية إلى تحويلها من التزام أخلاقي إلى مجرد امتثال شكلي للحد الأدنى القانوني؛ وهو ما ظهر في التجربة الهندية؛ حيث خفضت بعض الشركات إنفاقها الطوعي إلى نسبة 2 في المائة المقررة قانونًا[60]. كما قد تلجأ الشركات إلى التحايل، من خلال اختلاف

(54) Julia Sinnig and Dirk A Zetzsche, 'The EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive: From Disclosure to Mandatory Prevention of Adverse Sustainability Impacts in Supply Chains', European Journal of Risk Regulation, Cambridge University Press, UK, 2025, pp. 639, 641-643, 649-650.

(55) Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting [2022] OJ L 322/15; Directive (EU) 2026/470 of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 [2026] OJ L 2026/470.

(56) Lucia Gatti and others, 'Are We Moving Beyond Voluntary CSR? Exploring Theoretical and Managerial Implications of Mandatory CSR Resulting from the New Indian Companies Act', Journal of Business Ethics, Springer, Netherlands, Vol.160, (2019), p.961.

(57) Dharmapala and Khanna (n 50).

(58) Hans B Christensen, Luzi Hail and Christian Leuz, 'Mandatory CSR and Sustainability Reporting: Economic Analysis and Literature Review', Review of Accounting Studies, Springer, USA, Vol.26, (2021), p.1176.

(59) Elsa Savourey and Stéphane Brabant, 'The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption', Business and Human Rights Journal, Cambridge University Press, UK, Vol.6, 2021, p. 141.

(60) Roland Bénabou and Jean Tirole, 'Individual and Corporate Social Responsibility', Economica, Wiley, UK, Vol. 77, 2010, p. 1; Lucia Gatti, Babitha Vishwanath, Peter Seele and Bertil Cottier,

ما تعلن عنه من سياسات عما تمارسه فعليًّا، فتغدو التقارير والاستراتيجيات وسيلة لإظهار الامتثال من دون تغيير حقيقي في السلوك[61]. ويضاف إلى ذلك ما تفرضه متطلبات الامتثال من تكاليف مالية وإدارية، فضلًا على جمود القواعد الموحدة التي قد لا تراعي اختلاف أحجام الشركات وأنشطتها وبيئات عملها[62]. وأخيرًا، تظل فعالية هذا الاتجاه مرهونة بقدرة السلطات على إنفاذه وملاحقة المخالفات، وهو ما كشفت عنه الصعوبات العملية في تطبيق قانون واجب اليقظة الفرنسي[63].

ثالثا: الاتجاه المختلط (Mixed law)

نشأ الاتجاه المختلط بوصفه مسلكًا توفيقيًّا بين الاتجاه الطوعي الذي يترك للشركة حرية تبني مبادئ المسؤولية الاجتماعية، والاتجاه الإلزامي الذي يخضعها لقواعد قانونية تترتب على مخالفتها مسؤولية أو جزاء[64]. ويقوم هذا الاتجاه على أن الأخذ بأي منهما – بصورة منفردة – يحد من فعاليته؛ فالاتجاه الطوعي يفتقر إلى قوة الإلزام، بينما قد يؤدي الاتجاه الإلزامي الصارم إلى امتثال شكلي يقتصر على الحد الأدنى المطلوب. ومن ثم، يجمع الاتجاه المختلط بين القواعد القانونية الملزمة والأدوات التنظيمية الطوعية، بما يحقق التوازن بين الإلزام والمرونة[65]. وقد عُبّر عن هذا الاتجاه بمصطلح «التنظيم المشترك»، الذي يدمج العناصر الطوعية والإلزامية في إطار تنظيمي متكامل[66].

'Are We Moving Beyond Voluntary CSR? Exploring Theoretical and Managerial Implications of Mandatory CSR Resulting from the New Indian Companies Act', Journal of Business Ethics, Springer, Netherlands, Vol.160, (2019), p.961; Dharmapala and Khanna (n 50), 92.

(61) Patricia Bromley and Walter W Powell, 'From Smoke and Mirrors to Walking the Talk: Decoupling in the Contemporary World', Academy of Management Annals, Academy of Management, USA, Vol.6, (2012), p.483; John W Meyer and Brian Rowan, 'Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony', American Journal of Sociology, University of Chicago Press, USA, Vol.83, (1977), p.340.

(62) Christensen, Hail and Leuz (n 58), pp. 1186-1188, 1193, 1206; Jitendra Aswani, NK Chidambaran and Iftekhar Hasan, 'Who Benefits from Mandatory CSR? Evidence from the Indian Companies Act 2013', Emerging Markets Review, Elsevier, Netherlands, Vol.46, (2021), p.100.

(63) Kilimcioğlu (n 52), p. 31, 38-44; Savourey and Brabant (n 59), pp. 149-150.

(64) Lucia Gatti, Babitha Vishwanath, Peter Seele and Bertil Cottier, 'Are We Moving Beyond Voluntary CSR? Exploring Theoretical and Managerial Implications of Mandatory CSR Resulting from the New Indian Companies Act', Journal of Business Ethics, Springer, Netherlands, Vol.160, (2019), p.961.

(65) Ibid 963; Marta Cominetti and Peter Seele, 'Hard Soft Law or Soft Hard Law? A Content Analysis of CSR Guidelines Typologized Along Hybrid Legal Status', uwf Umwelt Wirtschafts Forum, Springer, Germany, Vol.24, (2016), p.127; Tania Pantazi, 'The Introduction of Mandatory Corporate Sustainability Reporting in the EU and the Question of Enforcement', European Business Organization Law Review, Springer, Netherlands, Vol.25, 2024, pp.509, 511.

(66) Gatti and others (n 64) 961.

ويُقسَّم هذا التنظيم، وفق درجة الإلزام إلى صورتين: «القانون اللين الصلب»، ويشمل المبادئ الطوعية التي اكتسبت قوة قانونية ملزمة، و«القانون الصلب اللين»، ويشمل القواعد الملزمة التي تتيح قدرًا من المرونة في التطبيق. وبذلك تقوم التفرقة بين الصورتين على موقع القاعدة في التدرج بين الطوعية والإلزام. وبناء على ذلك، يتضح جليًا بأن أساس الاتجاه المختلط يقوم على فكرة التدرج في الإلزام بدلًا من التقسيم الصارم بين «الملزم» و«غير الملزم»[67].

ترتكز آلية الاتجاه المختلط على مبدأ «التنظيم الذاتي الملزم» الذي يترك للشركة مساحة لتصميم سياساتها المتعلقة بالمسؤولية الاجتماعية، ضمن إطار تشريعي يضع حدًا أدنى من الالتزامات، ويخضع تنفيذها للرقابة. ويرتبط ذلك بنظرية «التنظيم الاستجابي» التي تقوم على تدرج أدوات التنظيم؛ فتبدأ بالمبادرات الاختيارية والبرامج التطوعية والحوافز، ثم تتصاعد وفق درجة الإخلال، إلى أن تنتهي بتوقيع العقوبة[68]. ومن أبرز تطبيقات الاتجاه المختلط مفهوم «المزيج الذكي» الذي تبنته مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية بشأن الأعمال التجارية وحقوق الإنسان للعام 2011، ويقوم على الجمع بين التدابير الوطنية والدولية والطوعية والإلزامية؛ لتعزيز احترام الشركات لحقوق الإنسان[69]. وقد أكد روجي أن هذا المزيج لا يقتصر على المبادرات الطوعية، بل يستلزم قواعد قانونية ملزمة وآليات تنظيمية فعالة[70]. ويتجسد النهج المختلط عمليًّا في قاعدة «الامتثال أو التفسير» التي تلزم الشركة إما بالامتثال، وإما بتبرير عدم التنفيذ، وكذلك في الإفصاح الإلزامي عن المعلومات غير المالية، مع بقاء مضمون السياسة الاجتماعية خاضعًا للسلطة التقديرية للشركة[71].

ويتجسد الاتجاه المختلط في عدد من الأدوات الدولية والإقليمية؛ فعلى المستوى الدولي تبنت المبادئ التوجيهية لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشأن المؤسسات متعددة الجنسية النهج ذاته، وأكدت نسختها المنقحة للعام 2023 أهمية الجمع بين الأدوات

(67) See generally Cominetti and Seele (n 65).

(68) See generally Ian Ayres and John Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, UK, 1992.

(69) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, UN, 2011, principle 3 and commentary.

(70) John Gerard Ruggie, 'Keynote Address: Business and Human Rights-Towards a Common Agenda for Action', Shift, 2019, https://shiftproject.org/resource/john-ruggie-keynote-finland2019/, last accessed 15 June 2026.

(71) Gatti and others (n 64), 961; Pantazi (n 65), 513.

الطوعية والتدابير الملزمة في دعم السلوك التجاري المسؤول[72].

أما على المستوى الأوروبي، فقد اتخذ التنظيم مسارًا تدريجيًّا بدأ بتوجيه الإفصاح عن المعلومات غير المالية (NFRD) للعام 2014، والذي جمع بين إلزام الشركات الكبرى بالإفصاح ومنحها مرونة في تحديد مضمونه وطريقته، ثم انتقل إلى توجيه الإبلاغ عن استدامة الشركات (CSRD) للعام 2022، والذي وسَّع نطاق الإفصاح وأخضعه للتدقيق الخارجي، وصولًا إلى توجيه العناية الواجبة لاستدامة الشركات(CSDDD) للعام 2024، والذي فرض التزامات تتعلق بحقوق الإنسان والبيئة في سلسلة القيمة[73]. ويكشف اعتماد هذه التوجيهات الملزمة على مبادئ دولية غير ملزمة عن التطبيق العملي للاتجاه المختلط[74].

أما على الصعيد الوطني غير الأوروبي، فيُعد قانون الشركات الهندي للعام 2013، لا سيما المادة (135)، ولوائح المسؤولية الاجتماعية للعام 2014، من أبرز تطبيقات الاتجاه المختلط[75]. وقد وصفه الفقه بالتنظيم المشترك؛ لأنه جمع بين الفرض التشريعي والمرونة في التنفيذ، قبل أن تتجه تعديلات العامين 2019 و2021 إلى تشديد الالتزام واعتماد نهج أقرب إلى «الامتثال أو الدفع»[76].

وتتمثل أبرز مزايا الاتجاه المختلط في تحقيق التوازن بين المرونة والمحاسبة؛ إذ يمنح الشركات حرية نسبية في تحديد كيفية تطبيق المسؤولية الاجتماعية، مع إخضاعها للرقابة وفرض حد أدنى من الالتزامات القانونية[77]. كما يُنظَر إليه بوصفه آلية فعالة لتوجيه

(72) OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, OECD Publishing, France, 2023 (commentary on the role of governments in promoting responsible business conduct).

(73) Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups [2014] OJ L 330/1; Pantazi (n 65) 511–519; Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 as regards corporate sustainability reporting [2022] OJ L 322/15; Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on Corporate Sustainability Due Diligence [2024] OJ L 2024/1760.

(74) Pantazi (n 65), p. 517.

(75) Companies Act 2013 (India), s 135; Companies (Corporate Social Responsibility Policy) Rules 2014 (India); Gatti and others (n 64), p. 961.

(76) Companies (Amendment) Act 2019 (India); Companies (Amendment) Act 2020 (India); Companies (Corporate Social Responsibility Policy) Amendment Rules 2021 (India); See generally Shouvik Kumar Guha and Anuradha Roychowdhury, 'Corporate Social Responsibility in India: The Saga Continues', in Beatrice Orlando (ed), Corporate Social Responsibility, IntechOpen, United Kingdom, 2020, https://doi.org/10.5772/intechopen.94480.

(77) See generally Cominetti and Seele (n 65); Ayres and Braithwaite (n 68).

الشركات نحو احترام حقوق الإنسان وتعزيز الاتساق بين التشريعات والسياسات الوطنية والدولية[78]. وإلى جانب ذلك، يسهم تحويل المسؤولية الاجتماعية من توقع أخلاقي إلى التزام بالإفصاح قابل للمحاسبة، كما في التجربة الهندية، في تعزيز الشفافية والحد من الغموض، ونقلها من العمل الخيري الطوعي إلى أداة تنموية منظمة[79].

ومع ذلك، وعلى الرغم من مزايا هذا الاتجاه فإنه لا يخلو من جوانب نقدية. أولًا يؤخذ عليه التفاوت وعدم الاتساق في التدابير والأنظمة بين مختلف الدول؛ فوجود حزمة من التدابير الطوعية والإلزامية يؤدي إلى خلق فوضى، وذلك لاختلاف معايير كل قطاع وكل دولة[80]. وتتصل بهذه المشكلة ثغرة أخرى تتعلق بإشكالية الإنفاذ والمحاسبة؛ فالتوجيهات الملزمة تفقد قيمتها ما لم تصاحبها إجراءات وضوابط دقيقة لضمان التنفيذ والمساءلة، ويمكن الاستشهاد في هذا الصدد بتوجيه CSRD الأوروبي الذي أغفل إشكالية الإنفاذ الخاص[81]. أما الإشكالية الثالثة فتتجسد في قيام الشركات بتعظيم إنجازاتها ومساهماتها البيئية والمجتمعية، والمبالغة في تجميل صورة الشركة، أو ما يسمى «السرد التجميلي»، وذلك خلافًا للواقع إذا ما تُركت لها الحرية في تقدير التزاماتها، وهو بذلك يفتح المجال أمام ظهور «التزييف الأخضر»، أو ما يسمى Green washing، من خلال ادعاءات الشركة الزائفة عن الاستدامة[82]. كما برزت أخيرًا إشكالية تتعلق بارتفاع تكاليف الامتثال للمسؤولية الاجتماعية على الشركات؛ لما تتطلبه من موارد بشرية، وتقنية تحمل الشركات أعباء مالية كبيرة؛ ما قد يفضي إلى الامتثال الشكلي الذي يقلل الابتكار والإسهام الفعال في عملية التخطيط[83].

المطلب الرابع

الموقف التشريعي المقارن من إلزامية المسؤولية الاجتماعية

لم تقف التشريعات المقارنة موقفًا واحدًا من إلزامية المسؤولية الاجتماعية، فمنها ما اتجه إلى فرض الامتثال واليقظة بنصوص ملزمة يُعاقَب على الإخلال بها. ومنها ما بقي على الإفصاح الطوعي، ثم انتقل إلى التجريم في مجالات محددة. وتبرز التجربتان

(78) 'Business and Human Rights: Adopting the "Smart Mix"', OHCHR, 12 December 2024, https://www.ohchr.org/en/stories/2024/12/business-and-human-rights-adopting-smart-mix, last accessed 16 June 2026.

(79) Gatti and others (n 64), pp. 966-968.

(80) OHCHR (n 78).

(81) Pantazi (n 65) 520 and 525-528.

(82) Ruggie (n 70).

(83) Gatti and others (n 64), pp. 968-969.

الفرنسية والبريطانية بوصفهما نموذجين متقابلين لاختلاف أساس المساءلة فيهما، بما يفيد المشرع الكويتي. وتأسيسا على ذلك، نقسم هذا المطلب إلى محورين: النموذج الفرنسي، ثم النموذج البريطاني.

أولًا: النموذج الفرنسي

نص المشرع الفرنسي في المادة (121-2) من قانون العقوبات على المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري[84]. وهذا النص ينطلق من قاعدة تأسيسية مضمونها أن المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري تقوم بناء على الأفعال المرتكبة من قبل أحد ممثليه، أو أحد أجهزته متى كانت لحسابه، أي أن هذه المسؤولية لا تقوم مباشرة على الشركة، بل تكون بالتبعية، أو كما تسمى «الإسناد بالانعكاس»، ومؤدى ذلك ضرورة تحديد الشخص الطبيعي الذي ارتكب الفعل شخصيًّا[85]. وينتج عن ذلك، أن النظام الفرنسي استمر في تبني نموذج الإسناد الشخصي القائم على نسبة المسؤولية لفعل الشخص الطبيعي لا على أساس «الخطأ التنظيمي» المبني على تحمل الشركة ذاتها المسؤولية بسبب الإخلال بالتنظيم الداخلي (غياب آليات المساءلة، وضعف تطبيق سياسات الامتثال، وإغفال الرقابة)، دون الاعتداد بوجود شخص طبيعي معين مسؤول عن ارتكاب الفعل[86]. واستنادًا إلى هذا النموذج، لم يشكل الامتثال معيارًا يُستنَد إليه لقيام المسؤولية من عدمها[87]. وقد بات واضحًا أن القانون الجنائي الفرنسي، على مر الزمن، لم يرحب بفكرة الامتثال داخل نظامه العقابي[88].

ويظهر ذلك جليًّا عند المقارنة بقانون الرشوة البريطاني لسنة 2010 الذي نص في المادة (7) منه على جواز الدفع بتوافر «إجراءات وقائية ملائمة» المعفي من المسؤولية إذا ما أثبتت الشركة اتخاذها تلك الإجراءات[89]. وعلى هذا الأساس، بقي الامتثال في القانون الفرنسي، حتى العام 2016، ما هو إلا تنظيم ذاتي طوعي يخضع لأحكام القانون اللين غير الملزم قانونًا[90].

(84) French Criminal Code, art 121-2.

(85) Juliette Tricot, <Corporate Liability and Compliance Programs in France>, in Stefano Manacorda, Francesco Centonze and Gabrio Forti (eds), Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model, Springer, 2014, pp. 477, 481.

(86) Ibid 482.

(87) Ibid 478.

(88) Ibid 477- 478.

(89) Bribery Act 2010 (UK) s 7; Tricot (n 85) 487.

(90) Tricot (n 85) 483.

وما جاء به قانون Sapin II، الصادر في 9 ديسمبر 2016، يعد المنعطف الرئيسي نحو القانون الصلب، حيث إنه نقل الامتثال إلى حقل آخر[91]؛ فقد ألزمت المادة (17) منه الشركات المستوفاة لمعايير معينة (500 موظف وإيرادات تتجاوز 100 مليون يورو) باتخاذ تدابير امتثال ملزمة لمكافحة الفساد، مع تحديد ثمانية تدابير كحد أدنى للبرنامج[92]. وأوكلت إلى الوكالة الفرنسية لمكافحة الفساد (AFA) مهمة الرقابة على تنفيذ هذا الالتزام، مع توقيع عقوبات إدارية تصل إلى 200 ألف يورو إذا أُسندت المخالفة إلى شخص طبيعي، أو مليون يورو إذا نسبت إلى شخص اعتباري[93]. وعلى هذا الأساس، أصبح الامتثال التزامًا قانونيًا واجبًا يمكن مساءلة الشركة عن الإخلال به، بعد أن كان سلوكًا اختياريًا وممارسة طوعية[94].

بعد ذلك، ربط المشرع الفرنسي المسؤولية الجزائية بالامتثال من خلال آليتين، تتمثل الأولى: في المادة (131-39-2) من قانون العقوبات، والتي تجيز إخضاع الشركة المدانة لبرنامج امتثال تحت إشراف الوكالة الفرنسية لمكافحة الفساد (AFA)، لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات[95]. في حين تتمثل الآلية الثانية في الاتفاقية القضائية ذات النفع العام (CJIP)، المستمدة من نموذج اتفاق تأجيل الملاحقة والمنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية[96]؛ حيث نص في المادة (41-1-2) منه على إمكان تفادي الشركة الإدانة، ومن دون أن تقر الشركة بالذنب، أو أن تقيد تلك المخالفة في سجلها الجنائي مقابل دفع غرامة لا تتجاوز 30 في المائة من متوسط العائد السنوي، مع إلزام بتعويض الضحايا وتنفيذ برنامج امتثال يكون تحت إشراف (AFA)[97]. ونلاحظ أن المشرع الفرنسي، في الآلية الأولى، فرض الامتثال على المؤسسة أو الشخص الاعتباري بعد صدور حكم الإدانة، أي أصبح الامتثال هنا عقوبة تفرض بعد الإدانة، لا وسيلة وقائية[98]؛ ومما عزز هذا التوجه استحداث المشرع النص الذي يجرم الامتناع عن تنفيذ هذه العقوبة، أو أي فعل من شأنه يعرقل تنفيذها على نحو يظهر بوضوح هدف المشرع في جعل الامتثال ذاته محلًا للإكراه الجزائي[99].

(91) Law no 2016-1691 of 9 December 2016 on Transparency, the Fight against Corruption and the Modernisation of Economic Life (Sapin II Law) (France).
(92) Ibid art. 17.
(93) Ibid.
(94) Ibid.
(95) French Criminal Code, art 131-39-2.
(96) French Code of Criminal Procedure, art 41-1-2.
(97) Ibid.
(98) French Penal Code (Code pénal), art 131-39-2.
(99) French Penal Code (Code pénal), art 434-43-1.

وبناءً على ذلك، تتضح الصلة بين الامتثال والمسؤولية الجزائية؛ فالأول لا ينفي المسؤولية الجزائية، بل يعد عنصرًا مؤثرًا في سير الإجراءات وتقدير الجزاء[100]. ويتأكد ذلك من لوائح النيابة المالية الوطنية (PNF) الصادرة في العام 2023 المعدلة للوائح المشتركة بينها وبين الوكالة الفرنسية لمكافحة الفساد (AFA)، في العام 2019، والتي جعلت من الإبلاغ الذاتي وفعالية برامج الامتثال السابقة على وقوع الفعل والتعاون والتدخل الإصلاحي اللاحق للمخالفة عوامل مؤثرة في تقدير الغرامة، وفي مدى أحقية الشركة في الاستفادة من الاتفاقية القضائية ذات النفع العام (CJIP)[101].

ويضاف إلى هذا التوجه العقابي قانون واجب اليقظة الفرنسي للعام 2017، الذي يجسد صورة أخرى لتحول قواعد القانون اللين إلى التزامات قانونية[102]. فقد ألزم الشركات الفرنسية التي توظف خمسة آلاف عامل، على الأقل داخل فرنسا، أو عشرة آلاف عامل مع فروعها في الخارج، بإعداد خطة يقظة ونشرها وتنفيذها، بهدف منع انتهاكات حقوق الإنسان والأضرار البيئية والاجتماعية الناشئة عن أنشطة الشركة وفروعها والمقاولين من الباطن والموردين ضمن سلسلة القيمة[103]. غير أن التحليل الفقهي لهذا القانون يكشف عن أبعاد أكثر دقة وتعقيدًا؛ إذ كان هدفه هو تشديد آليات المسؤولية الاجتماعية غير الملزمة، وإضفاء طابع أكثر صرامة عليها، من خلال تدخل القاضي. إلا أن أثره الفعلي قد يكون معاكسًا نتيجة مأسسة بعض أدوات القانون اللين، مثل: التدقيق ومنح الشهادات[104]. كما اكتفى القانون باشتراط اتخاذ تدابير معقولة من دون تحديد مضمونها بدقة، تاركًا للقاضي سلطة تقدير مدى معقوليتها. ويُفهَم من ذلك أن التزام الشركة هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة[105].

ومن الجدير بالذكر، أن الجزاءات المقررة في قانون اليقظة ذات طبيعة مدنية وليست جنائية، إذ تتم معالجة الإخلال أو المخالفة المرتكبة من قبل الشركة عبر آلية تبدأ بالإنذار

(100) Tricot (n 85) 487.

(101) French National Financial Prosecutor's Office (PNF), Guidelines on the Implementation of the Judicial Public Interest Agreement (CJIP), 16 January 2023.

(102) Law no 2017-399 of 27 March 2017 on the Duty of Vigilance of Parent and Instructing Companies (France).

(103) Ibid art 1; Guillaume Delalieux and Anne-Catherine Moquet, 'French Law on CSR Due Diligence Paradox: The Institutionalization of Soft Law Mechanisms through the Law', Society and Business Review, Emerald Publishing, United Kingdom, Vol. 15, 2020, p. 125; Begüm Kilimcioğlu (n 52), pp. 33-35; Sandra Cossart, Jérôme Chaplier and Tiphaine Beau de Loménie, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All', Business and Human Rights Journal, Cambridge University Press, UK, Vol.2, (2017), pp.317, 320.

(104) Delalieux and Moquet (n 103) 125, 126 and 132.

(105) Ibid 130; Kilimcioğlu (n 52) 37–38; Cossart, Chaplier and Beau de Loménie (n 103) 321.

الرسمي، يعقبها عند الاقتضاء استصدار أمر قضائي، فضلًا على قيام المسؤولية التقصيرية بموجب المادتين (0421) و(1421) من القانون المدني، بما يكفل جبر الضرر، والتعويض عن هذا الإخلال[106]. وقد تضمن النص المقترح – في صيغته الأولية – غرامة مدنية اعتبرها المجلس الدستوري ذات طبيعة عقابية، أي أقرب إلى العقوبة الجنائية، الأمر الذي حمله على استبعادها تأسيسًا على مبدأ «شرعية الجرائم والعقوبات»، لما اكتنف هذه العبارات من غموض واتساع في مدلولها، ومن بينها عبارة «تدابير اليقظة المعقولة»[107].

وقد أظهرت التطبيقات القضائية لهذا القانون، كما في قضيتَي Total Energies وLa Poste أن تحديد مضمون الواجب ونطاقه يعتريه قدر من الغموض. وفي مسار قضائي مغاير، قضت المحكمة القضائية بباريس، في 23 أكتوبر 2025، في دعوى Greenpeace France وآخرين ضد Total Energies، استنادًا إلى قواعد حماية المستهلك لا إلى قانون اليقظة، بأن ما أعلنته الشركة على موقعها الإلكتروني من طموحها إلى بلوغ الحياد الكربوني، أي تصفير انبعاثاتها سنة 2050، وعن كونها فاعلًا رئيسيًّا في التحول إلى الطاقة النظيفة، يعد ممارسة تجارية مضللة؛ لتعارضه مع استمرارها في زيادة إنتاج النفط والغاز، فأمرت بحذف هاتين العبارتين من موقع الشركة، ونشر منطوق الحكم في صفحته الرئيسية مدة مائة وثمانين يومًا، والتعويض للجمعيات المدعية. وتكشف هذه الأحكام عن أن المشرع الفرنسي أتاح مساءلة الشركة من زوايا متعددة تبعًا لاختلاف الأساس القانوني، بين قانون اليقظة وقانون الاستهلاك، من دون أن يبلغ شيء من ذلك حد التجريم[108].

واستنادا إلى كل ما سبق، يُنظَر إلى النموذج الفرنسي على أنه تشدد خارجي في جوهره؛ إذ أصبح الامتثال واليقظة واجبَين ملزمين، ووسيلة أو أداة للرقابة والعقاب

(106) Kilimcioğlu (n 52) 39-40; Cossart, Chaplier and Beau de Loménie (n 103) 321; French Civil Code, arts 1240-1241; Law no 2017-399 (n 102) art 2.

(107) Delalieux and Moquet (n 103) 132; Cossart, Chaplier and Beau de Loménie (n 103) 321; French Constitutional Council, Decision no 2017-750 DC of 23 March 2017.

(108) Association Les Amis de la Terre France and others v TotalEnergies SE (Tribunal judiciaire de Paris, référé, 28 February 2023) RG nos 22/53942 and 22/53943; Fédération des syndicats solidaires, unitaires et démocratiques des activités postales et de télécommunications (SUD PTT) v La Poste SA (Tribunal judiciaire de Paris, 5 December 2023) RG no 21/15827; upheld on appeal in La Poste SA v Fédération SUD PTT (Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Chambre 12, 17 June 2025) RG no 24/05193; on the basis of consumer law, see Greenpeace France, Notre Affaire à Tous et Les Amis de la Terre France v TotalEnergies SE and TotalEnergies Électricité et Gaz France (Tribunal judiciaire de Paris, 34e ch, 23 October 2025) RG no 22/02955; Kilimcioğlu (n 52) 38 and 41- 42.

والتسوية، ويتم ذلك من خلال مسلكين؛ الأول: شبه جنائي في قانون Sapin II. والثاني: مدني في قانون اليقظة المستوحى في الأصل من قانون Sapin II [109]. وعلى الرغم من أهمية هذا التشدد فإنه لم يؤدِ إلى تغيير شروط الإسناد في المادة (121-2) من قانون العقوبات السالف ذكره، وعليه ظلت المسؤولية الجزائية قائمة على نموذج الممثل أو العضو، أي إسناد الفعل الاجرامي إلى شخص طبيعي بدلًا من نموذج الخطأ التنظيمي[110]. وفي هذا الإطار يرتبط النموذج الفرنسي بإشكالية البحث، أي مسألة الربط بين المسؤولية الاجتماعية والمسؤولية الجزائية؛ فيتمثل دور الامتثال هنا في علاقته بالمسؤولية الجنائية للشركة، أو أحد أعضائها، أو ممثليها في كونه عنصرًا للتخفيف والتسوية والتزام قائم بذاته، وليس دفعًا موضوعيًّا نافيًا للمسؤولية؛ الأمر الذي يجعل النموذج الفرنسي نظامًا هجينًا بامتياز[111].

ثانيًا: النموذج البريطاني

نشأ مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات في المملكة المتحدة بوصفه مبادرة طوعية والتزام اختياري منبعه المبادرة الذاتية والوازع الأخلاقي من جانب الشركات[112]. وظل هذا المفهوم سائدًا فترة طويلة؛ إذ نظر إلى المسؤولية الاجتماعية على أنها أداة إدارية تهدف إلى تعزيز سمعة الشركة ومكانتها المعنوية، لا التزامًا يرتبط بمركزها القانوني[113]. ومع ذلك، فإن الأدبيات المعاصرة تشير إلى تحول ينقل هذه المسؤولية من إطارها الطوعي ذي الطابع الدولي، إلى إطار تنظيمي ملزم تفرضه القوانين الوطنية، وتشكل التجربة البريطانية نموذجًا بارزًا لهذا الانتقال، عبر ثلاث مراحل متدرجة: التنظيم الداخلي للشركة، ومن ثم التنظيم عبر آلية الإفصاح، ثم بعدها تجريم إخفاق الشركة في الوقاية[114].

لا يوجد في النظام البريطاني تشريع مستقل ينظم المسؤولية الاجتماعية للشركات، بل تتوزع أحكامها بين عدة نصوص، في مقدمتها قانون الشركات للعام 2006 [115].

(109) Tricot (n 85) 489; Delalieux and Moquet (n 103) 132 and 139.

(110) Tricot (n 85) 482 and 485.

(111) Ibid 487; Kilimcioğlu (n 52) 31.

(112) See generally Benedict Sheehy, 'Corporate Social Responsibility and Sustainability Reporting: Transitioning From Transnational Soft Law to Domestic Hard Law', SSRN Working Paper No 3738373, 26 November 2020.

(113) Ibid.

(114) Ibid.

(115) Kong Shan Ho, <Is Section 172 of the Companies Act 2006 the Guidance for CSR?>, Company Lawyer, Sweet & Maxwell, UK, Vol.31, No.7,)2010(, pp.207, 213; Andrew Keay, The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance, Routledge, UK, 2013, ch 4.

ويقوم هذا الإطار على تنظيم سلوك الشركات من خلال واجبات المديرين، وآليات الإفصاح، وبعض الجزاءات الخاصة، من دون اعتماد تنظيم تشريعي موحد[116].

وتُعد المادة (172) من قانون الشركات للعام 2006 الركيزة الأساسية في هذا المجال؛ إذ تلزم المدير بالتصرف بحسن نية لتعزيز نجاح الشركة لمصلحة أعضائها مجتمعين، مع مراعاة مصالح الموظفين والمجتمع والبيئة والآثار بعيدة المدى المترتبة على قراراتها[117]. ويعكس هذا النص نهج «قيمة المساهم المستنيرة»، باعتباره نهجًا وسطًا بين نموذج أولوية المساهم والنموذج التعددي[118]. ويرى جانب من الفقه أن نص المادة (172) يمثل التوجيه العام والأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الاجتماعية للشركات في القانون البريطاني[119].

وبالنظر إلى طبيعة الإلزام في المادة (172) من قانون الشركات للعام 2006، يتضح أن النص صيغ بمعيار ذاتي يخضع لتقدير المدير بشأن ما يراه محققًا لمصلحة الشركة؛ كما أن أصحاب المصلحة لا يملكون التمسك بهذا الواجب قضائيًا؛ لأنه مقرر لمصلحة الشركة لا لمصلحتهم مباشرة[120]. وقد أظهرت الدراسات أن النص لم يُحدث تغييرًا جوهريًا في سلوك المديرين، أو تقارير الشركات وأهدافها؛ ما دفع بعض الفقه إلى اعتباره تقنينًا للوضع القائم، بل وصفه بـ «ثياب الإمبراطور الجديدة»[121]. ولذلك، تتسم المادة بالإلزام في صياغتها والمرونة في أثرها؛ إذ يحد غياب آلية إنفاذ فعالة من قوتها؛ فتغدو أقرب إلى توجه أخلاقي يعززه ضغط السوق[122].

ونظرًا إلى ضعف الإلزام الموضوعي في المادة (172) من قانون الشركات للعام 2006، لجأ المشرع البريطاني إلى آليات الإفصاح القائمة على منطق «الامتثال أو التفسير». ولم تُقرَّر هذه الآليات دفعة واحدة، بل أُدرجت في القانون عبر لوائح متعاقبة؛ فأوجبت لائحة العام 2013 إعداد التقرير الاستراتيجي بموجب المادة (414C) وما يليها، متضمنًا تحليلًا

(116) Keay, The Enlightened Shareholder Value Principle (n 115), ch4.

(117) Companies Act 2006, s 172(1).

(118) Andrew Keay, <Section 172(1) of the Companies Act 2006: An Interpretation and Assessment>, Company Lawyer, Sweet & Maxwell, UK, Vol.28, No.4, (2007), pp.106-107; Keay (n 115), ch4.

(119) See generally Ho (n 115).

(120) Companies Act 2006, s 172; Keay (n 118)106-107.

(121) Andrew Keay and Tara Iqbal, 'The Impact of Enlightened Shareholder Value', Journal of Business Law, Sweet & Maxwell, UK, No.4, (2019), pp.304, 318, 321 and 326; Elaine Lynch, 'Section 172: A Ground-breaking Reform of Directors' Duties, or the Emperor's New Clothes?', Company Lawyer, Sweet & Maxwell, UK, Vol.33, No.7, (2012), p.196.

(122) Keay and Iqbal (n 121), p. 326; Lynch (n 121), p. 196.

للقضايا البيئية والعمالية[123]. ثم وسعت لائحة العام 2016 نطاق الإفصاح ليشمل كيانات المصلحة العامة الكبرى، من خلال بيان المعلومات غير المالية المنصوص عليه في المادتين (414CA) و(414CB)[124]. وأضافت لائحة العام 2018 المادة (414CZA)، التي ألزمت المديرين ببيان كيفية مراعاتهم الاعتبارات الواردة في المادة (172) الفقرة (1)[125]. ومع ذلك، قد يظل هذا الإفصاح شكليًا من دون أن يصاحبه تغيير فعلي في صنع القرار[126]. وبذلك يتجلى العيب البنيوي للنموذج اللين بوضوح؛ إذ يكشف الإفصاح عن سلوك الشركة من دون أن يعاقبها؛ فيراهن بذلك على خوفها على سمعتها أمام السوق بدلًا من الجزاء القانوني، وبذلك يكون الالتزام متوقفًا على رغبة الشركة لا على قوة القانون.

ويجسد نص المادة (54) من قانون الرق الحديث (2015) الصورة الأوضح لقصور الأسلوب اللين؛ إذ يعرض نموذجًا مباشرًا لأسلوب الإفصاح؛ حيث يفرض على المنشآت التي لا يقل صافي أرباحها عن 36 مليون جنيه، وتمارس أعمالها أو أنشطتها داخل المملكة المتحدة، بشكل كلي أو جزئي، بأن تنشر بيانًا سنويًّا عن الخطوات التي اتخذتها في مكافحة الرق والاتجار بالبشر في سلاسل التوريد[127]. إلا أن تنفيذ هذا القانون يقتصر على صدور أمر قضائي بطلب من الوزير يجبر فيه الشركة على النشر، من دون أي عقوبة جزائية على الامتناع[128]. أي أن النص لا يفرض محتوى محددًا للبيان، بل يكتفي بإلزام الشركة بالإفصاح عن الخطوات التي اتخذتها، أو الإقرار بالامتناع، فهو إلزام بالكشف لا بالفعل[129].

وقد توصلت المراجعة المستقلة للقانون إلى نتيجتين؛ الأولى: خلوه من العقوبات. والثانية: عدم استعمال الوزير سلطة الأمر القضائي إطلاقًا؛ ما أسفر عن تفاوت في

(123) Companies Act 2006, s 414C; Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors' Report) Regulations 2013, SI 2013/1970.

(124) Companies Act 2006, ss 414CA–414CB; Companies, Partnerships and Groups (Accounts and Non-Financial Reporting) Regulations 2016, SI 2016/1245.

(125) Companies Act 2006, s 414CZA; Companies (Miscellaneous Reporting) Regulations 2018, SI 2018/860.

(126) Nicholas Grier, <Enlightened Shareholder Value: Did Directors Deliver?>, Juridical Review, W Green/Thomson Reuters, UK, Vol.2, (2014), p.95.

(127) Modern Slavery Act 2015, s 54; Modern Slavery Act 2015 (Transparency in Supply Chains) Regulations 2015, SI 2015/1833, reg 2.

(128) Modern Slavery Act 2015, s 54(11).

(129) Muhammad Azizul Islam and Chris J Van Staden, 'Modern Slavery Disclosure Regulation and Global Supply Chains', Journal of Business Ethics, Springer, Netherlands, Vol.180, No.2, (2022), p.455.

جودة البيانات، وامتثال يشوبه النقص تجاوز ثلث المنشآت الخاضعة له[130]. ونتيجة لذلك، تم إصدار إرشادات قانونية محدثة سنة 2025 تحث على تبني إفصاح أكثر عمقًا وشمولا[131]. ويكشف هذا الإخفاق عن أهمية تجاوز الإفصاح اللين إلى التجريم في المجالات التي يعظم فيها الضرر، وتعجز فيها حوافز السوق وحدها عن ردع المخالفة.

ولم يكن التغلب على هذا القصور في مرحلة واحدة، وإنما جاء على نحو متدرج عبر مراحل متباينة؛ فتمثلت المرحلة الأولى في وضع إطار قانوني لواجبات والتزامات المديرين، وتنظيم آليات الإفصاح اللينة في قانون الشركات 2006[132]. أما المرحلة الثانية فتعد نقطة انعطاف حاسمة؛ حيث شهدت تحولًا نحو الإلزام عن طريق تجريم «الإخفاق في المنع»، وفي مقدمها نص المادة (7) من قانون الرشوة لسنة 2010، والذي بموجبه تُسأل الشركة جنائيًا عن إخفاقها في منع شخص تابع لها من ارتكاب جريمة الرشوة لمصلحتها[133]؛ فالمسؤولية هنا تُسنَد إلى الشركة بوصفها الفاعل الأصلي لا على أساس النيابة أو الإسناد[134].

وترجع علة التجريم إلى فشل حوكمي سابق على ارتكاب فعل الرشوة، أي في عجز الشركة عن منع وقوع الجريمة، من خلال ترسيخ ثقافة مؤسسية مانعة[135]. وتأتي المرحلة الثالثة امتدادًا للمرحلة السابقة؛ فقد امتد نطاق هذا النموذج ليشمل المادتين (45) و(46) المتعلقتين بالإخفاق في منع تيسير التهرب الضريبي من قانون العائدات الجنائية لسنة 2017 المقرون بدفع مؤداه وجود «إجراءات معقولة»[136]. أما المرحلة الرابعة فتشكل ذروة هذا المسار، من خلال نص المادة (199) المتعلق بجريمة الإخفاق في منع الاحتيال في قانون الجريمة الاقتصادية وشفافية الشركات لسنة 2023[137]. ويتبين من هذه المراحل أن المشرع أعاد توجيه التنظيم من الإفصاح عن الفعل إلى تجريمه، في إطار التحول من القانون اللين إلى الصلب.

(130) Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Second Interim Report -Transparency in Supply Chains, 2019, paras 1.4-1.5, 2.5.2.

(131) Home Office, Transparency in Supply Chains (TISC): Statutory Guidance, Home Office, UK, 2025.

(132) Companies Act 2006, ss 172, 414C.

(133) Bribery Act 2010, s 7; Shabir Korotana, <The Corporate "Failure to Prevent" Principle in the UK Bribery Act 2010: Philosophical Foundations of Economic Crime>, Statute Law Review, Oxford University Press, UK, Vol.45, No.1, (2024), hmae007, pp.1,2,12.

(134) Korotana (n 133), pp. 11-12.

(135) Korotana (n 133), pp. 13,16.

(136) Criminal Finances Act 2017, ss 45-46.

(137) Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023, s 199.

وفي إطار هذه المرحلة الصلبة تظهر العلاقة بين الامتثال المؤسسي والمسؤولية الجنائية؛ فالأصل في قيام المسؤولية الجزائية على الشركة هو «مبدأ التماهي»، والذي بمقتضاه لا تسأل الشركة عن الجريمة ما لم يثبت أن مرتكبها هو أحد كبار مديريها، وأنه العقل الموجه، وإرادة الشركة كما استقر في قضية Nattrass v Tesco[138]. وقد أثار هذا المبدأ انتقادات واسعة كونه يعجز عن إدانة الشركات الكبرى؛ لأن بنيتها تباعد بين مركز القرار وموقع الفعل؛ ما يتعذر معه تحديد «العقل الموجه»، كما تمثل في قضية Barclays v SFO [139]. ويرى جانب من الفقه أن معيار إسناد المسؤولية إلى الشركة ينبغي أن ينعقد متى كان الفعل متصلاً بممارسات الشركة وآليات عملها، لا على المركز الإداري الذي يشغله الفاعل، أي أن يكون مناط الإسناد تنظيميًّا لا شخصيًّا[140].

وقد تجاوز نص المادة (7) من قانون الرشوة 2010 مبدأ «التماهي»؛ فتُسأل الشركة مسؤولية مباشرة عن فشلها في منع رشوة يرتكبها شخص مرتبط بها لمصلحتها[141]. كما تقر المادة (7)(2) بوجود دفع «الإجراءات الكافية» الذي يدرأ المسؤولية الجزائية عن الشركة، والذي تثبت فيه أنها أقامت برنامج امتثال جادًّا استنادا إلى المادة (9) المتعلقة بالإرشادات الستة التي أصدرها وزير العدل، والتي يقاس عليها امتثال الشركات[142].

وفي المقابل، فإن غياب هذه الإجراءات يترتب عليه قيام المسؤولية الجزائية على الشركة بصرف النظر عن علمها بها أو إجازتها لها، وبذلك ينتقل عبء الإثبات إلى الشركة، فتصبح ملزمة بأن تبرهن كفاية نظامها الوقائي بدلًا من أن يقع على الادعاء إثبات تقصيرها[143]. وبهذا، يصبح الامتثال المؤسسي معيارًا حاسمًا لقيام أو انتفاء المسؤولية الجزائية، ما يشكل الرابط الجوهري بين المسؤولية الاجتماعية والمسؤولية الجزائية في القانون البريطاني.

(138) Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass [1972] AC 153 (HL); Korotana (n 133), pp. 7-8.

(139) Serious Fraud Office v Barclays plc [2018] EWHC 3055 (QB); Celia Wells, Corporations and Criminal Responsibility, 2nd edn, Oxford University Press, UK, 2001, p. 159.

(140) Wells (n 139) 159.

(141) Bribery Act 2010, s 7(1); Korotana (n 133), p. 11.

(142) Bribery Act 2010, ss 7(2), 9; Ministry of Justice, The Bribery Act 2010: Guidance, MoJ, UK, 2011; Korotana (n 133), pp. 13-14.

(143) Bribery Act 2010, s 7; House of Lords Select Committee on the Bribery Act 2010, The Bribery Act 2010: Post-legislative Scrutiny (HL 2017–19, 303) para 176; Korotana (n 133), pp. 11,15.

ويتجسد هذا الربط عمليًّا من خلال آلية «اتفاقات تأجيل الملاحقة»، والتي استحدثت بموجب الجدول (17) من قانون الجرائم والمحاكم 2013، ودخلت حيز النفاذ في العام 2014[144]؛ فبمقتضاها تسمح المحكمة للشركة – بعد مصادقة الحكم – بتعليق الملاحقة مقابل التزام الشركة بشروط من بينها وضع برنامج امتثال أو تطويره، ويكون ذلك تحت إشراف قضائي[145]؛ فوجود برنامج امتثال فعال، وإصلاح هيكلي، والتعاون التام مع التحقيق والإبلاغ الذاتي جميعها من عوامل المصلحة العامة التي تدفع المدعي إلى عرض الاتفاق بدل الملاحقة، وتأكد ذلك بقضية SFO v XYZ التي بلغ فيها الخصم نصف قيمة الغرامة[146]. يتبين من ذلك، أن النظام البريطاني يتخذ من تخفيف العقوبة حافزًا للامتثال الأمر الذي ينقل المسؤولية الاجتماعية من نطاق الالتزام الأخلاقي إلى ورقة مساومة ذات أثر جنائي مباشر؛ فالامتثال لم يعد مسألة تتصل بالسمعة المؤسسية، بل أداة قانونية يمكن للشركة الاحتجاج بها أمام القضاء.

ثم جاء قانون الجريمة الاقتصادية وشفافية الشركات سنة 2023 من خلال استحداث جريمة «الإخفاق في منع الاحتيال» في المادة (199) المقترنة بذات الدفع الذي أرساه قانون الرشوة 2010، والقائم على معقولية الإجراءات والتي دخلت حيز النفاذ في 1 سبتمبر 2025؛ حيث يقتصر نطاق تطبيق هذه المادة على المنشآت الكبرى[147]. ثم جاءت المادة (196) من القانون نفسه لتعالج قصور مبدأ التطابق (التماهي)، وتوسع من نطاقه؛ ليشمل أفعال «كبار المديرين» دون مستوى مجلس الإدارة، بعد أن كان مقصورًا على العقل المدبر للشركة[148].

ولاحظ الفقه أن هذا التوسع يشغل موقعًا وسطًا «بين منزلتين»؛ فهو لم يكتف بالإبقاء على مبدأ التماهي في صورته الأصلية، بل قام بتوسيع نطاقه ليشمل كبار المديرين؛ فخرج عن الإطار السابق، وهو ما يعد إصلاحًا جزئيًّا، كما أنه لم يعمم نموذج «الإخفاق في المنع» ولم يجعله قاعدة عامة، بل أبقى نطاقه محصورًا في جرائم محددة (الاحتيال، والرشوة، والتهرب الضريبي). وردت في قوانين مختلفة، فأفضى ذلك إلى نموذج

(144) Crime and Courts Act 2013, sch 17; Serious Fraud Office and Crown Prosecution Service, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, February 2014.

(145) Crime and Courts Act 2013, sch 17, paras 2, 5, 8.

(146) Serious Fraud Office v XYZ Ltd [2016] Lloyd's Rep FC 517 (Crown Ct) [57]; Korotana (n 133), pp. 14-15.

(147) Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023, ss 199, 201–202; Home Office, Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023: Guidance to Organisations on the Offence of Failure to Prevent Fraud, 2024 (offence in force 1 September 2025).

(148) Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023, s 196.

هجين تتعدد فيه المعايير ويشوبه الغموض عند التطبيق[149].

ويبدو هذا النقد وجيهًا، ذلك أن الجمع بين توسيع محدود لمبدأ التماهي والإبقاء على جرائم الإخفاق موزعة بين نصوص متفرقة يؤدي إلى بناء مفكك للمسؤولية بدلًا من صياغته في إطار واحد متسق[150].

يتضح مما سبق أن المسلك البريطاني شهد تحولًا من الإفصاح الطوعي القائم على السوق والسمعة، إلى نظام التجريم القائم على الردع وتعزيز الامتثال. ومن ثم، لم يقتصر النهج البريطاني على ربط المسؤولية الاجتماعية بالإفصاح الطوعي، بل قام بنقل جزء منها (البعد الوقائي والإجرائي) إلى نطاق المسؤولية الجزائية للشركة وممثليها عبر آليات الامتثال[151]. لكن هذا التحول ظل مجزأً ومحدود النطاق؛ حيث بلغ حد التجريم وتغليظ العقوبة في مجال الاحتيال والرشوة والفساد، في حين ظل طوعيًّا في مجال الإفصاح في قضايا حقوق الإنسان والبيئة وسلاسل التوريد. ويعد هذا التفاوت هو السمة الأبرز للنموذج البريطاني؛ إذ يعكس تحولًا غير مكتمل يقرن شدة الجزاء بحجم المخاطر الاقتصادية، وذلك على حساب اتساق المبدأ القانوني، أي أنه غلَّظ الجزاء، حين تعلق الأمر بالمخاطر الاقتصادية والمالية المباشرة، وأضفى عليه الطابع اللين حين يتعلق الضرر بالجوانب الإنسانية أو البيئية.

(149) Jeremy Horder, <Corporate Criminal Liability under the Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023>, Legal Studies, Cambridge University Press, UK, Vol.45, No.1, (2025), pp.133, 134, 141; Jeremy Horder, A Theory of Corporate Crime, Oxford University Press, UK, 2025, pp.38, 58-59.

(150) Horder, <Corporate Criminal Liability> (n 149) 144.

(151) Horder, A Theory of Corporate Crime (n 149) 24-25; Korotana (n 133), pp. 2, 16-17.

المبحث الثاني
المسؤولية الجزائية لممثل الشركة

يواجه القانون الكويتي إشكالًا قانونيًّا مزدوجًا فيما يتعلق بمسألة تحديد الأشخاص الذين يمثلون الشركة جزائيًّا؛ فالشركة كيان اعتباري مستقل لا يباشر نشاطه بنفسه، وإنما عبر أشخاص طبيعيين يعبرون عن إرادته ويتولون إدارته وتمثيله؛ في حين تستند العقوبة الجزائية – في جوهرها – إلى إرادة بشرية مسؤولة جنائيًّا. ويترتب على هذا التداخل بين الكيان الاعتباري والفاعل الطبيعي صعوبة تحديد من يُسأل جزائيًّا، والأساس القانوني للمساءلة، والنطاق الذي تمتد إليه. ولذلك سنعرض في هذا المبحث مفهوم ممثل الشركة في القانون الكويتي (المطلب الأول)، ثم الأساس القانوني للمسؤولية الجزائية لممثل الشركة (المطلب الثاني)، ونختم بنطاق المسؤولية الجزائية لممثلي الشركات (المطلب الثالث).

المطلب الأول
مفهوم ممثل الشركة في القانون الكويتي

خلا قانون الشركات الكويتي من تعريف مستقل جامع ومانع لمصطلح «ممثل الشركة»، وعالج الفكرة من منظور الوظيفة التي يؤديها لا من زاوية المسمى، مثل: المدير في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة، ومجلس الإدارة في شركة المساهمة، وممن تسند إليهم مهمة تمثيل الشركة أمام الغير[152]؛ فالعبرة هنا ليست بمجرد الصفة الشكلية، وإنما بمن يملك صلاحية الإدارة والتصرف والتعبير عن إرادة الشركة، وبذلك يتحدد مفهوم ممثل الشركة على أساس وظيفي، ويدور وجودًا وعدمًا مع السلطة الفعلية التي يتمتع بها.

وعلى هذا الأساس الوظيفي، يميز الفقه بين المسير القانوني الذي يكتسب صفته بموجب سند رسمي، والمسير الفعلي الذي يباشر إدارة الشركة ويتدخل في شؤونها، من دون أن يكون صاحب الصفة الرسمية[153]. ويُلاحَظ أن لفظ «المسير» لم يرد في قانون الشركات الكويتي؛ إذ اقتصر المشرع على وصفي «المدير» و «الممثل القانوني»،

(152) استقراءً لنصوص قانون الشركات الكويتي الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2016، الكويت اليوم، س62، ع1273 (ملحق)، 1 فبراير 2016، ص1 وما بعدها، حيث لم يرد فيه تعريف مستقل لـ «ممثل الشركة».

(153) نجلاء لعواج، المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي، مجلة المعرفة، ع16، 2024، ص 420.

فيستعمل هنا بدلالته الفقهية المقارنة للتعبير عمّن يباشر الإدارة فعلًا، وهو ما عبرت عنه بعض القوانين الخاصة بوصف «المسؤول عن الإدارة الفعلية». ويعتمد الفقه في تحديد صفة المسيّر الفعلي على ثلاثة معايير مجتمعة: أن يباشر نشاطًا إيجابيًّا، وأن يكون متصلًا بالإدارة، وأن يتمتع بالحرية والاستقلال في ممارسته؛ فلا تثبت الصفة بالتبعية للغير أو بالعمل السلبي، مثل الامتناع[154]. وتتضح أهمية هذا التمييز في أن معيار المساءلة يرتبط بمن يتولى اتخاذ القرار حقيقة، بهدف منع إفلات المحرك الفعلي للنشاط من العقاب بالتستر وراء ممثل صوري.

ويتعزز هذا المنحى بصورة واضحة في بعض التشريعات الخاصة التي اعتدت بالمسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري كمعيار حاسم للمساءلة؛ وقد نصت المادة (27) من قانون حماية المستهلك رقم 39 لسنة 2014 على معاقبة هذا المسؤول بـ «العقوبات ذاتها»، متى توافر علمه بالمخالفة، أو كان إخلاله بواجبات الإدارة قد أدى إلى وقوعها، أو ترتبت له منفعة أو مصلحة شخصية مباشرة، فضلًا على مسؤولية الشخص الاعتباري بالتضامن[155]. كما أخذ قانون حماية المنافسة رقم 72 لسنة 2020 في نص المادة (37) حكمًا مماثلًا في مضمونه، إلا أنه اكتفى بتوافر العلم بالمخالفة والإخلال بواجبات الإدارة المؤدي إلى وقوعها[156].

ومؤدى ذلك أن المشرع الكويتي أرسى في هذه القوانين القطاعية قرينة عملية تقارب فكرة المسير الفعلي، من دون أن يجعلها معيارًا عامًّا موحدًا يسري على كل الجرائم.

ولا ينفصل مفهوم ممثل الشركة عن مبدأ استقلال شخصيتها الاعتبارية التي تكتسبها وفقًا للقانون الكويتي من تاريخ القيد في السجل التجاري، باستثناء شركة المحاصة التي لا تتمتع أصلًا بالشخصية الاعتبارية، وشركة المساهمة العامة التي تكتسب الشخصية الاعتبارية من تاريخ صدور القرار بتأسيسها، وشركة المساهمة المقفلة التي تكتسبها من تاريخ شهرها، وتتمتع الشركة بموجب هذه الشخصية بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء[157]؛ إذ يعد هذا المبدأ هو الأساس الذي يبرر وجود الممثل القانوني الذي يعبر عن إرادة كيان قانوني مستقل له ذمة منفصلة.

فإذا أساء القائمون على إدارتها أو ممثلوها استعمال هذا المبدأ بقصد التحايل على

(154) المرجع السابق، ص422.

(155) القانون رقم 39 لسنة 2014 بشأن حماية المستهلك، الكويت اليوم، س60، ع1187، 4 يونيو 2014، ص443، المادة (27).

(156) القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة، الكويت اليوم، س66، ع1507، 1 نوفمبر 2020، ص2 - 11، المادة (37).

(157) قانون الشركات الكويتي الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2016، المواد (23) و(126) و(236).

التزاماتهم تجاه الغير، أو الإضرار بحقوقهم، جاز للمحكمة رفع الحجاب عن الشخصية المعنوية للشركة (piercing the corporate veil)، وتحميلهم المسؤولية الشخصية، وهي فكرة تعرف في الفقه المقارن بـ «رفع القناع» عن الشخصية المعنوية؛ فهي أداة قانونية تكشف عن أن استقلال الشركة لا يعد حصانة مطلقة لمن يتولى إدارة الشركة[158]. وعلى الرغم من عدم إفراد المشرع الكويتي لهذه الأداة بتنظيم مستقل، فإنه يحقق غاية مماثلة من خلال إعمال نظرية الصورية، متى ثبت اتخاذ الشخصية المعنوية ستارًا يخالف حقيقة الواقع. وهي تخول المحكمة الكشف عن حقيقة العلاقة القانونية الكامنة خلف الكيان الظاهر، وإهدار التصرفات التي ثبتت صوريتها، والتي يُراد بها إخفاء الحقيقة أو الإضرار بالغير[159].

ولا يقف هذا التوجه عند حدود التطبيق القضائي فقط، بل يجد له سندًا تشريعيًّا صريحًا يؤكده؛ حيث نص قانون الشركات الكويتي لسنة 2016، في المادة (22)، على المسؤولية التضامنية لـ «الممثل القانوني للشركة»، عما يصيب الغير حسن النية من ضرر إن أخل بالبيانات الواجب إثباتها في أوراق الشركة، وذلك متى ثبت عدم كفاية أموالها لجبر الضرر[160]؛ فالنص هنا رتب المسؤولية على صفة التمثيل وحدها، بغض النظر عن الشكل القانوني للشركة؛ ما يدل على أن العبرة بمن يملك سلطة تمثيل الشخص الاعتباري والتعبير عن إرادته. غير أن هذا التشتت التشريعي لمفهوم الممثل القانوني يؤدي إلى صعوبة ضبطه في إطار قانوني موحَّد، ويحمّل القاضي عبء تحديد الممثل المسؤول وفق طبيعة كل كيان قانوني، بدلًا من اعتماد معيار مركزي موحد يحسم تحديد المخاطب قانونًا عند ثبوت المخالفة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للمسؤولية الجزائية لممثل الشركة

يرتكز الأساس القانوني لمساءلة ممثل الشركة على مبدأ اقتران السلطة بالواجب القانوني؛ إذ يفرض القانون على مدير الشركة ومجلس إدارتها الالتزام ببذل عناية

(158) سماح العطا بابكر محمد، رفع القناع عن الشركة بين المفهوم والتطبيق: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س9، ع1، 2021، ص729.

(159) راجع في نظرية الصورية وأحكامها: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، بند 627، ص1107. وفي تطبيقاتها في القضاء الكويتي: قضاء محكمة التمييز المستقرّ في الطعن بصورية العقود، محكمة التمييز الكويتية، الدائرة التجارية، الطعنان رقما 20، و138 لسنة 2018 مدني / 1، أنظمة صلاح الجاسم، تاريخ النشر 19 ديسمبر 2022.

(160) قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، المادة (22).

«الرجل الحريص» في إدارة شؤون الشركة وممارسة السلطات والاختصاصات الموكلة إليهم، ويعد معيارًا سلوكيًّا يُتخَذ أساسا لتقدير الخطأ[161]؛ فإذا أخل ممثل الشركة بهذا الواجب انعقدت مسؤوليته القانونية التي تعد في الأصل مسؤولية مدنية، وقد تجتمع معها المسؤولية الجزائية متى أسبغ المشرع على فعل معين وصف الجريمة وقرر له عقوبة.

ويسهم التأصيل التاريخي في بيان وفهم الأساس القانوني للمسؤولية الجزائية؛ والتي شهدت تطورًا تاريخيًّا من مفهوم مادي واسع النطاق تمتد فيه المسؤولية إلى الكائنات والجمادات على اختلافها، إلى مفهوم شخصي معنوي يربط المسؤولية الجزائية بالإدراك والإرادة[162]. واستنادًا إلى هذا الركن المعنوي المبني على العلم والإرادة اتجه الفقه الجنائي إلى قصر المسؤولية الجزائية على من تتوافر لديه إرادة واعية؛ الأمر الذي جعل مساءلة الشخص الاعتباري مسألة خلافية لم تحسم إلا استثناء لاعتبارات اقتصادية واجتماعية[163].

ويفرق جانب من الفقه بين مسؤولية الشخص الطبيعي ومسؤولية الشركة ذاتها بوصفها شخصًا اعتباريًّا. وقد أظهرت الدراسة المقارنة للمسؤولية الجزائية للشركات وجود نقص تشريعي في القانون الكويتي يتمثل في عدم وجود إطار قانوني شامل ينظم مساءلة الشركات جزائيًّا، وأن النصوص القانونية الواردة في قانون الجزاء لا تكفي لقيام نظام متكامل ينظم مساءلة الشركات عن الجرائم المنسوبة إليها[164]. ويترتب على هذا الفراغ التشريعي أن يستند الأساس القانوني لمساءلة ممثل الشركة إلى نصوص خاصة متناثرة في قانون الشركات وغيره من التشريعات، لا من تنظيم قانوني موحد يربط فعل الممثل بإرادة الشخص الاعتباري؛ فتكون مساءلته محكومة بالقواعد العامة في قانون الجزاء – بركنيها المادي والمعنوي القائمين على القصد أو الخطأ – إلى جانب

(161) المرجع السابق، المادة (21).

(162) راجع: في تطوّر فكرة المسؤولية الجزائية من الطابع المادي إلى الشخصي: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 312.

(163) محمود سليمان موسى، المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية والقانونين الفرنسي والإيطالي: دراسة مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة للسياسة الجنائية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص163. معاذ سليمان الملا، الأبعاد التاريخية لتطور نظرية المسؤولية الجزائية وجدلية تطبيقها في عصر الذكاء الاصطناعي: دراسة تحليلية واستشرافية»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س10 (ملحق خاص)، الكويت، 2021، ص83.

(164) خالد صالح مسعي الرشيدي، المسؤولية الجزائية للشركات في القانون الكويتي: دراسة مقارنة مع التجربة الإنجليزية»، مجلة الحقوق، مج46، ع4/1، جامعة الكويت، الكويت، 2022. <https://doi.org/10.34120/jol.v46i4.2841> ، تاريخ آخر زيارة: 28 يونيو 2026، ص102، 115.

نصوص التجريم الخاصة، من دون أن يكون ذلك كافيًا لسد الفراغ التشريعي في مواجهة «إجرام الشركات»، بوصفه ظاهرة مستقلة تستلزم تنظيمًا قانونيًّا خاصًّا[165].

ويتأكد ذلك بدراسة تناولت المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري، والتي خلصت إلى أن المشرع الكويتي اتجه إلى تقرير هذه المسؤولية وأظهرها في نصوص متعددة، من دون أن يفرد لها تنظيمًا عامًّا في قانون الجزاء[166]. وقد أورد أول تنظيم مستقل لها في قانون مكافحة غسل الأموال رقم 35 لسنة 2002، والذي أُلغي بالقانون رقم 106 لسنة 2013، لتتوزع بعدها في قوانين خاصة، مثل: قانون العمل في القطاع الأهلي رقم 6 لسنة 2010، وقانون هيئة أسواق المال رقم 7 لسنة 2010، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 63 لسنة 2015[167]. وفي السياق ذاته يتبين أن المشرع الكويتي نظم مساءلة الشخص الاعتباري في نطاق محدود انحصر في حالات محددة نص عليها صراحة في بعض القوانين، مثل: قانون المعاملات الإلكترونية رقم 20 لسنة 2014، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 63 لسنة 2015[168].

وتختلف هذه القوانين الخاصة في تحديد الشخص الذي تنسب إليه المخالفة داخل الشركة؛ فتنص المادة رقم 32 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 106 لسنة 2013 على معاقبة الشخص الاعتباري الذي يرتكب الجريمة من دون أن يؤثر ذلك على المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي؛ إذ يستند في تعريفاته على مفهومي «المستفيد الفعلي» و«السيطرة الفعلية»، من دون التقيد بالشكل القانوني للشركة[169]. كما تحدد المادة (83) من قانون إنشاء هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات رقم 37 لسنة 2014 مسؤولية الشخص الاعتباري إذا ارتُكبت الجريمة باسمه ولحسابه، أو بواسطة أجهزته أو شبكته، وكان ذلك قد نشأ عن فعل أو موافقة أو تستر أو إهمال جسيم من أي عضو مجلس إدارة أو مدير أو أي مسؤول آخر، أو من يتصرف بتلك الصفة، من دون أن يؤثر ذلك على المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي[170].

(165) المرجع السابق، ص103، 109، 125.

(166) عادل علي المانع، المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري بين الواقع والمأمول: دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س11، ع2، 2023، ص17.

(167) المرجع السابق، ص24.

(168) معاذ سليمان الملا، مرجع سابق، ص103.

(169) القانون رقم 106 لسنة 2013 بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتعديلاته، الكويت اليوم، س59، ع1133، 26 مايو 2013، ص2 – 12، المادة (32)؛ والمادة (1) في تعريف المستفيد الحقيقي والسيطرة الفعلية.

(170) القانون رقم 37 لسنة 2014 بإنشاء هيئة تنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات، الكويت اليوم، س60، ع1184، 18 مايو 2014، ص2، المادة (83).

ويظهر هذا التفاوت بوضوح حين تتطابق الصياغة ويختلف الوصف؛ فتقضي المادة (39) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 20 لسنة 2014 بمعاقبة المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص المعنوي بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة ذاتها، متى ثبت أن إهماله أو إخلاله بواجبات الإدارة قد أسهم في وقوعها، مع علمه بذلك، كما تقام مسؤولية الشخص المعنوي بالتضامن عما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات متى صدرت المخالفة من أحد العاملين لديه باسم الشخص المعنوي أو لمصلحته[171]. كما جاء نص المادة (14) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 63 لسنة 2015 بصيغة مماثلة؛ غير أنها استبدلت بوصف «المسؤول عن الإدارة الفعلية» وصف «الممثل القانوني» للشخص الطبيعي[172].

وفي تقديرنا فإن التطابق في جوهر النصوص مع اختلاف تسمية المخاطب بها يظهر أن تعدد المصطلحات في التشريعات الكويتية لا يعدو أن يكون تنوعًا لفظيًا لا يترتب عليه اختلاف في الحكم؛ غير أنه يثقل عمل القاضي في محاولة التوفيق بين أوصاف متباينة، ويؤكد ضرورة توحيد الوصف التشريعي لمن تنسب إليه الجريمة داخل الكيان.

ونظرًا إلى صعوبة إسناد الركن المعنوي إلى كيان مجرد فاقد للإرادة الواعية، اختلفت النظم المقارنة في تحديد آليات الإسناد، وكان نموذج الإسناد بالتمثيل الذي أخذ به القانون الفرنسي من أبرز تلك النماذج؛ حيث نصت المادة (121-2) من قانون العقوبات الفرنسي على المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية – عدا الدولة – عن الجرائم المُرتكبَة لحسابها من قبل ممثليها أو أجهزتها[173]. ويستند هذا النموذج إلى مبدأ التخصص في الإسناد، فلا تقوم المسؤولية إلا بنص قانوني صريح، وبوجود عنصر بشري يسند عبره الفعل، صونًا لمبدأ شخصية المسؤولية الجزائية[174]، إلا أن العمل بهذا النموذج يصطدم بعقبة تتمثل في صعوبة إثبات المساهمة الشخصية للجهاز أو الممثل في الأفعال المُجرَّمة، ولو ثبتت ماديًا؛ ما أدى إلى تطور تشريعي وقضائي نحو نموذج أكثر استقلالا

(171) القانون رقم 20 لسنة 2014 بشأن المعاملات الإلكترونية، الكويت اليوم، س60، ع1172، 23 فبراير 2014، ص69، المادة (39).

(172) القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الكويت اليوم، س61، ع1244 (ملحق أ)، 12 يوليو 2015، ص4، المادة (14). وقارن المادة (39) من القانون رقم 20 لسنة 2014 (الهامش السابق) في تطابق الصياغة واختلاف وصف الشخص الطبيعي؛ معاذ سليمان الملا، (الهامش 163)، ص103.

(173) قانون العقوبات الفرنسي المادة (121-2) المعدلة بموجب القانون رقم 204 - 2004. جهاد محمد عبدالعزيز محمد، ملامح تطور مجال وشروط انعقاد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية في القانون الفرنسي، المجلة القانونية الاقتصادية، مج37، ع54، كلية الحقوق – جامعة الزقازيق، مصر، 2025، ص568.

(174) المرجع السابق، ص570.

تقوم فيه مسؤولية الشركة على أساس «الخطأ التنظيمي»، وإخلالها بواجب منع الجرائم في أثناء ممارسة نشاطها، دون الحاجة إلى تحديد شخص طبيعي بعينه[175].

في المقابل، تبنى القانون الأنجلو أمريكي آلية موازية تعرف بنظرية «العقل الموجَّه والإرادة»، أو بما يسمى نظرية تحديد الهوية؛ ومفاد هذه النظرية أن الشركة كيان معنوي مجرد لا يتمتع بعقل أو إرادة الأمر الذي يفترض تحديد إرادتها، من خلال شخص طبيعي يعد محور نشاطها ومركز تكوينها[176]. وأكد القضاء الإنجليزي ذلك في قضية Lennard's Carrying سنة 1915، حين قرر أن إرادة الشركة الفاعلة تُلتمس في الشخص الذي يشكل عقلها المسيطر، لا كوكيل أو تابع، وإنما باعتباره تجسيدًا للشركة ذاتها[177].

ثم جاءت قضية Tesco v Nattrass سنة 1972 لترسخ هذا المفهوم؛ إذ قضت بأن كبير المديرين حين يقوم بالفعل لا يتصرف باعتباره وكيلًا عن الشركة، وإنما بوصفه الشركة ذاتها، بحيث تكون إرادته هي إرادتها، فمتى توافر لديه القصد الجنائي نسب هذا القصد إلى الشركة مباشرة[178]. وجاءت قضية Meridian سنة 1995 لتطور هذا المعيار؛ بحيث أصبح تحديد الشخص الذي تنسب إرادته إلى الشركة خاضعًا لصياغة النص التجريمي ومقصده، لا بمعيار واحد جامد يطبق على جميع الجرائم[179].

ودلالة هذه النظرية أنها تعالج إشكالية نسبة الركن المعنوي إلى كيان مجرد بالارتكاز على عنصر بشري قيادي يمثل إرادته، وهو ما يكشف عن قصور النظام الكويتي الذي لم يتبنَّ معيارًا موحدًا يحسم مسألة الإسناد الجزائي للشركة؛ فظل هذا الإسناد قائمًا على نصوص تجريم متفرقة لا تقوم على بناء نظري متماسك.

المطلب الثالث

نطاق المسؤولية الجزائية لممثلي الشركات

يقتصر نطاق المسؤولية الجزائية لممثلي الشركات على الأفعال التي نص المشرع على تجريمها في المادة (4/303) من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، ويأتي في

(175) المرجع السابق، ص572.

(176) Mohamed Saud Alenazi, <Criminal Liability of Corporations: The Differing Features of their Provisions in the Common Law and Civil Law Countries>, Kuwait International Law School Journal, Kuwait, Vol. 5, No. 4, 2017, p. 69, https://journal.kilaw.edu.kw/wp-content/uploads/2018/03/Criminal-Liability-of-Corporations.pdf accessed 29/6/2026.

(177) Lennard's Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd [1915] AC 705 (HL).

(178) Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass [1972] AC 153 (HL).

(179) Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission [1995] 2 AC 500 (PC).

مقدمتها جريمة التلاعب بالبيانات المالية، أي الاشتراك عن علم في إعداد ميزانية أو مركز مالي أو بيانات غير مطابقة للواقع، أو تعمد إغفال وقائع جوهرية بقصد إخفاء حقيقة الوضع المالي للشركة[180]. وقد تطلب المشرع لقيام هذه الجريمة توافر قصد جنائي خاص يتمثل في تعمد إخفاء حقيقة الوضع المالي للشركة؛ فلا يكفي مجرد وقوع خطأ محاسبي حتى تنعقد المسؤولية، وإنما يلزم أن تتجه إرادة الجاني إلى التضليل وإظهار المركز المالي للشركة على خلاف حقيقته[181].

ويرى الفقه أن القانون الكويتي لا يلزم رؤساء الشركة بالمصادقة على بياناتها المالية، مما يحد من إمكان الاستدلال على توافر القصد الجنائي الخاص لديهم، وهو ما يجعل إثباته أكثر تعقيدًا مقارنة بمراقب الحسابات الملزم قانونًا بالمصادقة[182]. وتثير هذه الملاحظة التساؤلات عن مدى كفاية صياغة النص الجزائي؛ لما يسببه من صعوبة عملية في إثبات القصد الخاص لرؤساء الشركة؛ ما يجعل التجريم ذا طابع نظري أكثر من كونه أداة فعالة.

وتتضح دلالة هذا القصور بمقارنة الموقف الكويتي بالتجربة الأمريكية؛ حيث أخذ المشرع الأمريكي في قانون سوق الأوراق المالية لسنة 1934 بمعيار «القصد الواعي» (scienter)؛ إذ يكفي لتجريم إصدار البيانات الكاذبة أو المضللة إثبات العلم بها، من دون اشتراط قصد جنائي خاص أو نتيجة محددة[183]. ثم وسَّع نطاق المسؤولية في قانون Sarbanes-Oxley لسنة 2002، عندما ألزم الرئيس التنفيذي والمدير المالي بالمصادقة على البيانات المالية للشركة؛ فأقام بذلك قرينة على العلم، ما سهل التجريم من دون الحاجة إلى إثبات الاشتراك في إعدادها[184]. ومن هذه المقارنة يتضح أن اشتراط القصد الجنائي

(180) قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، المادة (4/303).

(181) محمد محزم الحبيني العازمي، القصد الجنائي الخاص في جريمة التلاعب بالبيانات المالية والمصادقة عليها: دراسة تحليلية نقدية مقارنة بين القانون الكويتي والأمريكي»، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج44، ع4/ 2، 2020، ص253. <https://doi.org/10.34120/jol.v44i4.2567> ، تاريخ آخر زيارة: 28 يونيو 2026.

(182) المرجع السابق.

(183) Securities Exchange Act of 1934, 15 USC § 78j(b)؛ وقاعدة SEC Rule 10b-5, 17 CFR § 240.10b-5.

وفي اشتراط «القصد الواعي» (scienter): Ernst & Ernst v Hochfelder, 425 US 185 (1976) محمد محزم الحبيني العازمي (181) ،

(184) Sarbanes-Oxley Act of 2002, § 302, 15 USC § 7241; § 906, 18 USC § 1350.

فالمادة 302 تتعلق بالمصادقة المدنية، والمادة (906) بالمسؤولية الجزائية عن المصادقة الكاذبة عن علم.

وانظر: محمد محزم الحبيني العازمي، مرجع سابق.

مع عدم إلزام رؤساء الشركة بالمصادقة يحد من فاعلية التجريم في القانون الكويتي؛ مما يدعو إلى صياغة نص جزائي أكثر عدالة وفاعلية في إثبات المسؤولية[185].

أما فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية، فإنها تظل الإطار القانوني العام الذي تُسأل بمقتضاه الإدارة عن الضرر؛ إذ يسأل المدير عن الأضرار التي تلحق بالشركة أو الشركاء أو بالغير متى كانت ناشئة عن خطأ في الإدارة أو مخالفة لأحكام القانون أو لعقد الشركة، ويبطل كل شرط يخالف ذلك[186]. ويطبق هذا الحكم في جوهره على سائر أشكال الشركات؛ حيث أخضع مسؤولية مديري الشركة ذات المسؤولية المحدودة للقواعد المنظمة ذاتها في باب شركة المساهمة، وبذلك تتوحد الأحكام المنظمة للمسؤولية، وإن اختلفت التسمية بين «المدير» و«مجلس الإدارة»[187].

فيُسأل أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة في مواجهة الشركة والمساهمين والغير، عن كل ما يصدر عنهم من أعمال غش وإساءة استعمال السلطة، وكل مخالفة لأحكام القانون أو عقد الشركة، وعن الخطأ في الإدارة، ولا يعتد بإبراء الجمعية العامة ذممهم في منع إقامة دعوى المسؤولية؛ مما يدل على اتساع هذه المسؤولية وعدم قابليتها للتنازل[188]. وتكشف المقارنة بين اتساع نطاق المسؤولية المدنية وضيق نطاق التجريم أن المشرع اتجه أساسًا إلى معالجة إخلال الإدارة بآليات التعويض، ولم يلجأ إلى الجزاء الجنائي إلا في حالات محددة يغلب عليها العمد والغش[189].

(185) محمد محزم الحبيني العازمي، مرجع سابق، ص271.
(186) قانون الشركات الكويتي الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2016، المادة (49).
(187) المرجع السابق، المادة (105).
(188) المرجع السابق، المادة (201). وانظر تحليلها في: علي جاسم بوعباس، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة في ظل وجود قرار من الجمعية العامة بإبراء ذمتهم: دراسة تحليلية للمادة (201) من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016 والنصوص المرتبطة بها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج45، ع3، 2021، ص105.
(189) خالد صالح مسعي الرشيدي، مرجع سابق، ص84، 108.

المبحث الثالث
موقف التشريع الكويتي من المسؤولية الاجتماعية والامتثال المؤسسي

تطرح المسؤولية الاجتماعية للشركات إشكالية قانونية تتعلق بطبيعة الجزاء المترتب على مخالفة معاييرها: أهو جزاء جنائي أم مجرد جزاء إداري رقابي، وبالرجوع إلى الموقف الكويتي، يتضح أن المشرع أولى اهتمامًا بتنظيم بعض جوانب هذه المسؤولية، إلا أن الحماية الجزائية المقررة لها لاتزال محدودة ومتفرقة، ولذلك سنعرض في هذا المبحث تنظيم المسؤولية الاجتماعية في قواعد الحوكمة والامتثال المؤسسي في (المطلب الأول)، ثم أحكام قانون الشركات ذات الصلة بها في (المطلب الثاني)، ثم حدود التنظيم الجزائي في مواجهة الإخلال بمعاييرها في (المطلب الثالث)، ونختم بأوجه القصور التشريعي في النظام الكويتي في (المطلب الرابع).

المطلب الأول
تنظيم المسؤولية الاجتماعية في قواعد الحوكمة والامتثال المؤسسي

لم يفرد المشرع الكويتي في قانون الشركات بابًا مستقلًا ينظم المسؤولية الاجتماعية ويحدد مضمونها ونطاقها، والجزاءات المترتبة على الإخلال بها، وإنما أحال في تنظيمها على الإطار الرقابي للحوكمة؛ فقد خوَّل المشرع، بموجب المادة (186) من قانون الشركات الكويتي، الجهات الرقابية سلطة وضع قواعد حوكمة الشركات الخاضعة لرقابتها؛ وبناءً عليه، أدرجت هيئة أسواق المال المسؤولية الاجتماعية ضمن قواعد حوكمة الشركات الواردة في الكتاب «الخامس عشر» من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 7 لسنة 2010، وأفردت للمسؤولية الاجتماعية تنظيمًا مستقلًا في القاعدة «الحادية عشرة»، إلى جانب القاعدة الخاصة بتعزيز السلوك المهني والقيم الأخلاقية (القاعدة السادسة)[190].

(190) قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، المادة (186)؛ والكتاب الخامس عشر (حوكمة الشركات) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، الكويت اليوم، س56، ع964، 28 فبراير 2010، ص3–31. واللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار رقم 72 لسنة 2015، الكويت اليوم، س61، ع1240، 10 نوفمبر 2015، ملحق خاص مستقل، وتعديلاتهما، القاعدة الحادية عشرة (التركيز على أهمية المسؤولية الاجتماعية)، والقاعدة السادسة (تعزيز السلوك المهني والقيم الأخلاقية)، متاح على <www.cma.gov.kw> ، تاريخ آخر زيارة: 3 يوليو 2026.

كما لم تصنف هذه القاعدة ضمن القواعد الملزمة التي يترتب على مخالفتها توقيع الجزاءات المقررة في قانون الهيئة ولائحته، وإنما استقرت ضمن القواعد الاسترشادية القائمة على مبدأ «الالتزام أو التبرير»، فلا يرتب الإخلال بها سوى المطالبة بالالتزام أو توقيع جزاء إداري أو مالي تقديري[191]. وبذلك أصبحت المسؤولية الاجتماعية للشركات في النظام الكويتي أقرب إلى الالتزام الحوكمي منها إلى الالتزام القانوني المباشر، لا يصل الإخلال به إلى حد التجريم، كما لا يترتب عليه جزاء إداري حتمي[192].

ومن منظور نقدي، يُؤخَذ على هذا الاختيار أنه وضع المسؤولية الاجتماعية في نطاق ضبابي غير واضح الحدود، ويتسم بالغموض؛ فعلى الرغم من إدراجها ضمن القواعد الموجهة للشركات الخاضعة لرقابة الهيئة، فإنها بقيت فترة طويلة مصوغة بوصفها مبدأ توجيهيًّا قائمًا على الإفصاح والالتزام الطوعي، لا التزامًا قانونيًّا محدد المعالم، يفرض جزاءً جنائيًّا عند الإخلال به[193]. وحتى بعد توجه الهيئة اعتبارًا من العام 2026 إلى إلزام الشركات المدرجة في «السوق الأول» بإعداد تقارير الاستدامة والإفصاح، ظل هذا الإلزام محصورًا في نطاق الالتزام الرقابي الإداري، من دون أن يقابل الإخلال به مساءلة جنائية[194].

ويعزز هذا النهج أن الممارسة الكويتية للمسؤولية الاجتماعية لاتزال في حاجة إلى تنظيم وتدخل أكثر فاعلية يوجهها نحو غاياتها، وإلى إدارتها إدارة استراتيجية تستند إلى تخطيط وأهداف واضحة؛ الأمر الذي يعكس أن المنظومة القائمة لم تحقق بعد متطلبات الالتزام المؤسسي الناضج[195]. وعليه، يبقى الامتثال المؤسسي مجرد أداة رقابية إدارية

(191) المرجع السابق نفسه؛ إذ تنقسم قواعد الكتاب الخامس عشر إلى قواعد إلزامية يُعاقَب على مخالفتها بالجزاءات المقرّرة في قانون هيئة أسواق المال ولائحته، وقواعد استرشادية تخضع لمبدأ «الالتزام أو التبرير»، ومنها قاعدة المسؤولية الاجتماعية.

(192) المرجع السابق.

(193) الكتاب الخامس عشر (حوكمة الشركات) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 7 لسنة 2010، القاعدة الحادية عشرة (التركيز على أهمية المسؤولية الاجتماعية) وخضوعها لمبدأ «الالتزام أو التبرير».

(194) تعميم هيئة أسواق المال رقم 4 لسنة 2025 بشأن الإفصاح عن تقارير الاستدامة، الصادر بتاريخ 12 فبراير 2025 إلى الشركات المدرجة في السوق الأول، المُلزم لها بإعداد تقارير الاستدامة عن سنة 2025 والإفصاح عنها قبل نهاية الربع الثاني من 2026، متاح على www.cma.gov.kw. ودليل إعداد تقارير الحوكمة والمسؤولية الاجتماعية والبيئية (ESG)، الصادر عن بورصة الكويت استنادًا إلى المادة (1-17-3) من الكتاب الثاني عشر (قواعد الإدراج) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 7 لسنة 2010، متاح على <www.boursakuwait.com.kw>، تاريخ الاطلاع: 3 يوليو 2026.

(195) مناف مهدي بشير وعروب السيد يوسف الرفاعي، محددات المسؤولية الاجتماعية للمؤسسات في الكويت: الكشف عن العوامل المؤسسية من منظور الاتصال الاستراتيجي، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج50، ع192، 2024، ص391.

تقاس فاعليتها بإشراف الهيئة ومتابعتها لا بالردع الجزائي.

ويقوم هذا الامتثال المؤسسي على فكرة تعرف بـ «حركة الامتثال»، والتي بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتشرت في النظم المقارنة، مضمونها التزام الشركات بالنظم واللوائح من خلال برامج امتثال داخلية تتضمن آليات وتدابير كفيلة بمنع المخالفات ورصدها داخليًا[196]؛ فالامتثال بهذا المعنى يتجاوز كونه مجرد مدونة ورقية لقواعد السلوك، بل نظام يدخل في صميم تنظيم الشركة وطريقة عملها، وتتولى الإدارة العليا في الشركة مسؤولية تطبيقه[197].

وتكمن أهمية هذا التصور في كونه ينقل مسؤولية الشركة من إطار الالتزام الطوعي بالإفصاح إلى نظام وقائي مرتبط بالبنية الداخلية للشركة؛ ما يعكس قصور الموقف الكويتي الذي اكتفى بذكر المسؤولية الاجتماعية في قواعد الحوكمة، من دون أن يربطها بنظام امتثال ملزم يقترن بجزاء رادع. ويترتب على ذلك أن دور الامتثال في النظام الكويتي يختلف عن دوره في النماذج المقارنة؛ فهو محل مساءلة عند الإخلال به، لا دفعًا يدرأ المسؤولية الجزائية أو يخففها.

فلم يعرف القانون الكويتي دفع «الإجراءات الكافية»، كما في المادة (7) (2) من قانون الرشوة البريطاني، ولا آليات التسوية التي تعتد بفعالية برنامج الامتثال في تقدير الجزاء، مثل الاتفاقية القضائية ذات النفع العام في القانون الفرنسي. بل إن النصوص الكويتية تجعل الإخلال بواجبات الإدارة والرقابة الداخلية أساسًا لقيام المسؤولية لا لانتفائها.

المطلب الثاني

تحليل أحكام قانون الشركات ذات الصلة بالمسؤولية الاجتماعية

وإذا كان ما تقدم قد كشف عن غياب تنظيم تشريعي مباشر للمسؤولية الاجتماعية في قانون الشركات، فإن ذلك لا يعني خلو القانون منها بصورة مطلقة؛ إذ يشتمل القانون على جملة من الأحكام التي تخدم مقاصد المسؤولية الاجتماعية بطريق غير

(196) في نشأة حركة الامتثال وأصلها الأمريكي:
United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, ch 8 (Sentencing of Organizations), US Sentencing Commission, United States, 1991.

(197) في تعريف برنامج الامتثال بوصفه آليةً وقائيةً بنيوية لا مدوّنةً ورقية، المرجع السابق؛
Richard S Gruner, <Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities>, in Henry N Pontell and Gilbert Geis (eds), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, Springer, 2007, p.279.

مباشر، وإن لم ترد تحت هذا العنوان، إلا أنها تتصل بشكل خاص بالأحكام المتعلقة بالشفافية، والإفصاح، وتنظيم الإدارة، وواجبات المديرين.

وتأتي أحكام الشفافية في المقدمة؛ حيث يفرض القانون على الشركة بأن تذكر بياناتها الجوهرية، من اسمها وشكلها ورقم قيدها في السجل التجاري في مراسلاتها ومخالصاتها وسائر أوراقها، وأن تضيف – في غير شركات التضامن والتوصية – بيانًا برأسمالها والمدفوع منه، بل يمتد هذا الالتزام إلى الإفصاح عن كون الشركة تحت التصفية إن كانت كذلك؛ فإن أخلت الشركة بذلك الالتزام، وألحقت ضررًا بالغير حسن النية، كان ممثلها القانوني مسؤولًا بالتضامن معها عن هذا الضرر[198]. وبذلك يصبح وضوح هوية الشركة وحقيقة مركزها القانوني مصلحة يحميها القانون، ويمثل أحد الأسس التي تقوم عليها مسؤوليتها تجاه المتعاملين معها.

أما الإفصاح فيتمثل في أحقية الشريك في طلب الحصول على البيانات والمعلومات المتعلقة بسير أعمال الشركة ومركزها المالي، ويلتزم المدير بالرد على هذا الطلب خلال مدة أقصاها خمسة عشر يومًا[199]. ولا يقتصر الإفصاح على النطاق الداخلي للشركة، بل يمتد أثره إلى الغير، من خلال إلزام الشركة بشهر عقدها وما يطرأ على العقد من تعديلات؛ حيث لا ينفذ في مواجهة الغير إلا ما تم شهره، ويترتب على الإخلال بواجب الإشهار قيام المسؤولية التضامنية لمديري الشركة أو أعضاء مجلس إدارتها عن الضرر الذي يلحق بالشركة أو الشركاء أو الغير حسن النية[200].

وعلى صعيد الإدارة يوجب القانون على مدير الشركة ومجلس الإدارة بذل عناية الرجل الحريص في أثناء ممارسة سلطاتهم[201]. كما يحظر القانون عليهم وعلى الشركاء التعاقد مع الشركة لحسابهم الخاص، أو مزاولة نشاط منافس لها إلا بعد الحصول على إذن مسبق[202]. ويترتب على الإخلال بواجبات الإدارة قيام مسؤولية المدير عن الأضرار الناشئة عن ذلك، ويقع باطلًا كل شرط يقضي بالإعفاء من هذه المسؤولية[203].

ويُلاحَظ أن جميع هذه الأحكام تتمحور حول غاية واحدة، وهي صون مصالح المتعاملين مع الشركة، وتعزيز الثقة في شكلها الظاهر. بل يمتد نطاق هذه الحماية إلى الغير حسن النية؛ حيث لا يحتج في مواجهته بالقيود المفروضة على سلطة المدير أو

(198) قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، المادة (22).
(199) المرجع السابق، المادة (47).
(200) المرجع السابق، المادة (9).
(201) المرجع السابق، المادة (21) (الفقرة الأخيرة: عناية الرجل الحريص).
(202) المرجع السابق، المادة (48).
(203) المرجع السابق، المادة (49).

بعيوب تعيينه؛ فتلتزم الشركة بما يصدر عنه من تصرفات تدخل في نطاق غرضها، ولو تجاوز في مباشرتها حدود صلاحياته[204]. ويؤكد ذلك ما سبق بيانه، من أن العبرة في التمثيل تكون بمن يمثل الشركة فعلًا ويعبر عن إرادتها، لا مجرد سلامة السند الشكلي.

ويفرض المشرع تنظيمًا أكثر تشددًا في شركة المساهمة؛ إذ يحظر على عضو مجلس الإدارة استغلال المعلومات التي يحصل عليها بحكم منصبه لتحقيق مصلحة شخصية أو لمصلحة الغير؛ كما قيَّد تصرفه في أسهم الشركة بوجوب الحصول على موافقة الهيئة، وأحال عليها وضع القواعد المنظمة لتداول الأعضاء للأسهم وقواعد الإفصاح عنها[205]. إضافة إلى حظر إفشاء أسرار الشركة خارج نطاق الإفصاح المشروع وإلا استلزم العزل والتعويض[206]، بل إن الإخلال ببعض هذه الواجبات – بسوء نية – يرتب جزاءً جنائيًا إلى جانب العزل والتعويض؛ حيث يعاقب القانون عضو مجلس الإدارة أو المدير على التلاعب في البيانات المالية للشركة بقصد إخفاء حقيقة مركزها المالي؛ كما يجرم إفشاء أسرارها أو استغلال هذه الأسرار لتحقيق منافع شخصية، أو استغلال أموال الشركة أو أسهمها لتحقيق منافع شخصية له أو لغيره[207].

وتشكل هذه الواجبات مجتمعة – واجب العناية، وتجنب تعارض المصالح، وحماية المعلومات وسريتها – البعد الداخلي للمسؤولية المؤسسية. ومن منظور نقدي، يتضح أن أدوات الشفافية والإفصاح إلى جانب واجبات المديرين تخدم في جوهرها أهداف المسؤولية الاجتماعية، إلا أنها لم تُربط بها صراحة، كما لم يعتمد لها المشرع معيارًا جنائيًا عاما لتجريمها؛ ما جعل حماية هذه القيم تبقى ضمن حدود التعويض المدني والجزاء التأديبي والرقابي، ولا يطول التجريم منها إلا حالات محددة بنص خاص، مثل: الإفصاح الكاذب، وإفشاء أسرار الشركة واستغلال هذه الأسرار، واستغلال أموال الشركة لتحقيق منافع شخصية[208].

(204) المرجع السابق، المادة (21) (الفقرتان الأوليان: حماية الغير حسن النية من قيود سلطة المدير وعيوب تعيينه).
(205) قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، المادة (195).
(206) المرجع السابق، المادة (196).
(207) المرجع السابق، المادة (303)، البند 4 (التلاعب بالبيانات المالية) والبند 6 (إفشاء الأسرار واستغلالها)؛ المادة (304)، البند 4 (استغلال أموال الشركة)، وفقرتها الأخيرة (جواز الحكم بالعزل).
(208) المرجع السابق، المادتان (303) و(304).

المطلب الثالث
حدود التنظيم الجزائي في مواجهة الإخلال بمعايير المسؤولية الاجتماعية

عند البحث عن نصوص جنائية تجرم الإخلال بالمسؤولية الاجتماعية، يتبيَّن أن القانون الكويتي لم يضع تنظيمًا واضح المعالم يجرم هذا الإخلال في حد ذاته، وإنما يقتصر تدخل القانون بصورة غير مباشرة إذا اقترن هذا الإخلال بفعل مجرم أصلًا كما سبق بيان ذلك[209]؛ فأساس المساءلة الجزائية هنا هو وجود نص قانوني يجرم الفعل، لا على معيار المسؤولية الاجتماعية، حتى إن ارتبط الفعل المُجرَّم بها.

ويعود هذا القصور إلى سبب أعمق يتعلق بطبيعة المسؤولية الجزائية ذاتها؛ إذ يفتقر القانون الكويتي – كما تقدم – إلى إطار قانوني متكامل ينظم مساءلة الشركة جزائيًّا عن الأخطاء التي تقع منها، ويعجز عن مواجهة «إجرام الشركات» حين يقع بصورة منظمة[210]. وبما أن النظام يعجز عن تنظيم المسؤولية الجزائية للشركة بوجه عام، فمن الأولى ألا يرتب جزاءً جنائيًّا على الإخلال بمعيار تقديري مرن، مثل المسؤولية الاجتماعية. كما أن التجريم يستند إلى مبدأ الشرعية الجنائية الذي يتطلب وضوح النص، وتحديد أركان الجريمة مسبقًا؛ وهو ما يتعارض مع معيار فضفاض متغير؛ ما يجعله غير صالح كأساس منضبط للتجريم.

ويتأكد هذا القصور بصورة أوضح عند مقارنته بالنماذج القانونية التي تجاوزت فكرة المسؤولية الفردية وتبنت نهجًا وقائيًّا يقوم على مساءلة الشركة إذا أسهم هيكلها التنظيمي أو «مناخها» الداخلي في تسهيل ارتكاب العاملين فيها الجرائم، كما هي الحال في التشريع الإيطالي والسويسري والنمساوي، إلى جانب قانون القتل المؤسسي غير العمد البريطاني (Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)، التي تجعل الإخفاق التنظيمي أساسًا مستقلًا للمساءلة[211]؛ مما يجعل الإخلال بمعايير

(209) المرجع السابق.

(210) خالد صالح مسعي الرشيدي، مرجع سابق، ص83، 95.

(211) للاطّلاع على هذه النماذج: في إيطاليا: Decreto Legislativo 231/2001 (المسؤولية القائمة على الخطأ التنظيمي). وفي سويسرا: Schweizerisches Strafgesetzbuch، art 102 (دخل حيز النفاذ سنة 2003). وفي النمسا:
Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichk 2005/eitsgesetz-VbVG), BGBl I No 151 (entered into force 1 January 2006). وفي المملكة المتحدة، Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007؛ وانظر عرضًا مقارنًا جامعًا في:
See generally Mark Pieth and Radha Ivory, 'Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview', in Mark Pieth and Radha Ivory (eds), Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk, Springer, 2011.

الامتثال المؤسسي سببًا لقيام المسؤولية الجزائية؛ بينما يقف النظام الكويتي دون ذلك لتخلف الأساس الذي تبنى عليه هذه المساءلة[212].

وحتى مع تدخل التجريم، يظل إثبات الركن المعنوي عقبة جوهرية؛ ذلك أن القانون يتطلب قصدًا جنائيًّا خاصًّا يتمثل في نية إخفاء حقيقة الوضع المالي للشركة، كما لا يلزم رؤساء الشركة بالمصادقة على بياناتها؛ ما يجعل إقامة الدليل القاطع على توافر هذه النية أمرًا بالغ الصعوبة[213]. ويتبين مما سبق أن إضفاء الطابع الجزائي على معايير المسؤولية الاجتماعية يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يشترط وجود نص قانوني صريح؛ فطبيعة هذه المعايير عامة ومتغيرة، ولا تبلغ مستوى الوضوح الذي يتطلبه التجريم ما لم يقننها المشرع في نصوص دقيقة. وتشكل هذه العقبات مجتمعة حدود التنظيم القائم، وتكشف مواطن القصور التي تستلزم التدخل والمعالجة.

المطلب الرابع

أوجه القصور التشريعي في النظام الكويتي

يكشف ما سبق عن جملة من أوجه القصور، يأتي في مقدمها غياب تنظيم عام للمسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري؛ وقد انتهت دراسة كويتية متخصصة إلى أن التشريع الكويتي لا يوفر إطارًا عامًّا وشاملًا للمسؤولية الجزائية للشركات، ودعت إلى إعادة النظر في الأحكام القائمة واستحداث نظام تشريعي متكامل يستلهم أفضل الممارسات المقارنة، وبوجه خاص التجربة الإنجليزية التي استحدثت جريمة القتل المؤسسي غير العمد، والفشل في منع تسهيل التهرب الضريبي[214].

كما يرتبط بهذا القصور تذبذب موقف المشرع الكويتي بشأن الطبيعة القانونية لمسؤولية الشخص الاعتباري، بين اعتبارها مسؤولية مستقلة أو تابعة للشخص الطبيعي. ويعد قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات مثالًا للمسؤولية التبعية؛ إذ ربط مسؤولية الشخص الاعتباري بمسؤولية ممثله، وجعلها متضامنة معها متى ارتكبت الجريمة باسمه أو لحسابه أو لمصلحته. ونرى أن هذه التبعية تنسب المسؤولية أساسًا إلى الممثل القانوني بينما يعد الكيان تابعًا له، ومتضامنًا معه؛ فلا تنعقد مسؤوليته إلا

(212) خالد صالح مسعي الرشيدي، مرجع سابق، ص110، 113.

(213) محمد محزم الحبيني العازمي، مرجع سابق، ص253.

(214) خالد صالح مسعي الرشيدي، مرجع سابق، ص116. وفي النماذج الإنجليزية المشار إليها:
Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007؛ Criminal Finances Act 2017, ss 45- 46.

بثبوت مسؤولية ممثله[215]. وفي المقابل، نجد أن أحكام قانوني حماية المستهلك وحماية المنافسة تعكس نموذج الاستقلال؛ حيث تستند مسؤولية الشخص الاعتباري إلى أساس مستقل من دون أن تعلق على ثبوت مسؤولية الشخص الطبيعي. وهذا التذبذب يعكس غياب إطار تشريعي موحد، بما يضعف القدرة على صياغة قواعد عامة منضبطة.

ويتضح هذا القصور أكثر عند المقارنة بتشريعات أخرى حسمت مسألة مشابهة؛ إذ تبنى المشرع المغربي في قانونه الجنائي «مبدأ المماثلة» بين المسيّر الفعلي والمسيّر القانوني، فلم يعد انعقاد مسؤولية من يباشر مهام التسيير مشروطًا بصحة تعيينه وفق الشروط القانونية، بل يكفي القيام بأعمال الوكيل القانوني دون سند لاعتبار الشخص مسيرًا فعليًّا تقوم مسؤوليته. بينما لا يوجد في النظام الكويتي معيار تشريعي واضح يعالج هذه المسألة جزائيًّا[216].

ولا يكفي أن تكون بعض التشريعات قد حسمت هذه المسألة، بل لا بد من فهم الشرط الذي استندت إليه؛ لأن معاقبة المسيّر الفعلي في الجرائم التي تشترط صفة المسيّر القانوني لا تستقيم إلا بنص صريح، وإلا اصطدمت بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المتقدم؛ إذ تنطوي على قياس في التجريم مما يحظره هذا المبدأ[217]. وقد أدرك المشرع الفرنسي ذلك في وقت مبكر؛ فنص على المماثلة صراحة في قانون الشركات التجارية سنة 1966– قبل أن تأخذ بها تشريعات أخرى – وأوردها بنصوص خاصة بكل جريمة، من دون أن يجعلها قاعدة عامة. ومن هنا يتضح أن خلو النظام الكويتي من نص مماثل، يجعله عاجزًا عن مساءلة المسير الفعلي عن هذه الجرائم دون المساس بمبدأ الشرعية.

وثانيها: ما يشوب النصوص الجزائية الحالية من قصور تشريعي، ذلك أن اشتراط قصد جنائي خاص، إلى جانب عدم إلزام رؤساء الشركة بالمصادقة على بياناتها، يضعف من فاعلية التجريم ويصعب إثبات المسؤولية الجزائية، وهو ما سبق بيانه عند مقارنة الموقف الكويتي بالتجربة الأمريكية[218]. وثالثها: تشتت النصوص بين الأحكام

(215) عادل علي المانع، مرجع سابق، ص 32.

(216) نجلاء لعواج، مرجع سابق، ص 428.

(217) رحاب عمر محمود سالم، المسؤولية الجنائية للموظف الفعلي: دراسة تطبيقية مقارنة على المدير الفعلي للشركة التجارية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة مدينة السادات، مصر، مج10، ع2، 2024، ص1911. وأصل مبدأ المماثلة في
Loi n° 66–537 sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966،
وقد نُقل بعد إلغائها إلى مدوّنة التجارة الفرنسية
(المواد L 241-9، L 242-30، L 246-2).

(218) محمد محزم الحبيني العازمي، مرجع سابق، ص253.

الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات، من دون وضع معيار حاسم لتحديد الممثل المسؤول جزائيًّا؛ وهو ما يثقل كاهل القضاء بعبء استخلاص هذا المعيار من نصوص متفرقة، وينعكس سلبًا على وحدة التطبيق واتساقه[219].

ويتبيَّن، فيما نرى، غياب هذا المعيار حتى داخل النص الواحد؛ إذ لم يتبع المشرع منهجًا موحدًا في تحديد المخاطب بالتجريم؛ فقد خصت بعض الأفعال بصفة المدير صراحة، مثل التلاعب بالبيانات المالية، في حين صاغ أفعالًا أخرى بصيغة عامة بعبارة «كل من» من غير أن تنسب إلى الممثل بصفته، كالبيانات الكاذبة في نشرات الاكتتاب والغش في تقويم الحصص العينية. وفي نظرنا، يؤكد هذا التفاوت، في صيغة المخاطب، غياب معيار مركزي مُوحَّد يحدد الممثل المسؤول جزائيًّا.

ورابعها: تغليب منطق التعويض على المعالجة؛ إذ عالج القانون أغلب صور إخلال الإدارة من خلال دعوى المسؤولية المدنية، واقتصر التجريم الجنائي على أفعال مُحددَّة، مثل التلاعب بالبيانات المالية، وإفشاء أسرار الشركة، واستغلال هذه الأسرار، واستغلال أموالها لتحقيق منافع شخصية[220]. وخامسها: أن إسناد تنظيم المسؤولية الاجتماعية إلى قواعد الحوكمة كما تقدم، جعله أقرب إلى الالتزام الطوعي دون ترتيب جزاء جنائي رادع[221]. وخلاصة القول: إن النظام الكويتي يواجه حاجة تشريعية مزدوجة، تتمثل في وضع إطار عام للمسؤولية الجزائية للشركة من جهة، وربط معايير المسؤولية الاجتماعية بنصوص قانونية واضحة تحدد نطاق المساءلة عند الإخلال بها.

(219) يتجلّى هذا التشتّت في توزيع أحكام المسؤولية بين أشكال الشركات؛ إذ تتناثر بين مسؤولية المدير في شركة التضامن (م 49)، والإحالة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة (م 105)، ومسؤولية أعضاء مجلس الإدارة في المساهمة (م 201)، دون نصّ جامع يحدّد «الممثل المسؤول جزائيًّا".

(220) قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016 (الهامش 205) المادة (303، البند 4 والبند 6؛ المادة (304، البند 4 .

(221) قواعد حوكمة الشركات (الهامش 190).

الخاتمة

انتهت هذه الدراسة التي انتقلنا فيها من تأصيل مفهوم المسؤولية الاجتماعية للشركات، إلى مساءلة ممثل الشركة جزائيًا وموقف التشريع الكويتي منها، وما يشوب تنظيمها من قصور. وقد أسفر هذا المسار عن نتائج وتوصيات، نأمل أن تفيد المشرع الكويتي في سد ما كشفناه من ثغرات.

أولًا: النتائج

وتأسيسًا على ما تقدم، توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج يمكن إجمالها فيما يلي:

1 – العبرة في تحديد المسؤول داخل الشركة بمن يباشر سلطة الإدارة فعليًّا، ويجسد إرادة الشركة، لا بسلامة سنده الشكلي، ويتأكد ذلك بالأحكام التي تحمي الغير حسن النية من قيود سلطة المدير وعيوب تعيينه. غير أن إعمال هذا المعيار جزائيًّا لا يكون إلا بنص خاص؛ مثل المادة (27) من قانون حماية المستهلك، والمادة (37) من قانون حماية المنافسة، إعمالًا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

2 – بتحليل أحكام قانون الشركات، تبيَّن أنه يخدم مقاصد المسؤولية الاجتماعية بصورة غير مباشرة عبر الشفافية والإفصاح وواجبات المديرين، غير أن الإخلال بها يرتب المسؤولية المدنية والجزاء التأديبي والرقابي، ولا يمتد إليه التجريم إلا في الحالات المحددة، في المادتين (303) و(304)؛ وتضعف فاعليته باشتراط القصد الخاص، وانتفاء إلزام رؤساء الشركة بالمصادقة على بياناتها المالية.

3 – أحال المشرع تنظيم المسؤولية الاجتماعية، بموجب المادة (186) على قواعد الحوكمة، وأدرجتها هيئة أسواق المال ضمن القواعد الاسترشادية القائمة على مبدأ «الالتزام أو التبرير» فلا يبلغ الإخلال بهذه المعايير حد التجريم، ولا يترتب عليه سوى المطالبة بالالتزام أو جزاء إداري تقديري.

4 – بالنظر في حدود التنظيم الجزائي، تبيَّن أن القانون الكويتي لا يرتب مسؤولية جزائية على مجرد الإخلال بمعايير المسؤولية الاجتماعية، وإنما يقتصر التجريم على الإخلال بفعل مجرم في ذاته، مثل التلاعب بالبيانات، أو إفشاء

الأسرار، أو استغلال أموال الشركة؛ لتعارض تجريم هذه المعايير بذاتها مع مبدأ الشرعية الذي يشترط نصًّا واضحًا محددًا.

5 – تبيَّن من دراسة الأساس القانوني للمساءلة أن التشريع الكويتي يفتقر إلى نظرية عامة تنظم المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري؛ إذ تتفاوت أحكام القوانين الخاصة بين إقرار مسؤولية مستقلة للشخص الاعتباري، مثل قانوني حماية المستهلك وحماية المنافسة، وبين تبعية هذه المسؤولية للشخص الطبيعي، مثل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، بما يكشف عن غياب سياسة تشريعية موحدة.

6 – تختلف أحكام المسؤولية في القانون الكويتي تبعًا لاختلاف أشكال الشركات، بل يمتد هذا الاختلاف في تحديد المخاطب بالتجريم داخل النص التشريعي الواحد؛ إذ خصت بعض الأفعال بصفة المدير، مثل التلاعب بالبيانات المالية. وصيغت أخرى بعبارة «كلٍّ من»؛ وهو ما يكشف عن غياب معيار موحد يحسم الممثل المسؤول جزائيًّا، ويحمل القضاء عبء استخلاصه، على نحو ينعكس سلبًا على استقرار التطبيق ووحدته.

ثانيًا: التوصيات

وبناءً على النتائج السابقة، يوصي الباحث بما يلي:

1 – أن ينص المشرع صراحة على مساواة المدير الفعلي بالمدير القانوني في المسؤولية الجزائية، حتى لا يفلت من يتولى الإدارة فعليًّا من العقاب لمجرد افتقاره إلى الصفة الرسمية، مع توحيد وصف «المسؤول عن الإدارة الفعلية» في القوانين الخاصة، بدلًا من تعدد مسمياته؛ على أن يرد ذلك بنص صريح تماشيًا مع مبدأ الشرعية.

2 – أن يعدّل المشرع المادة 303 من قانون الشركات بالاكتفاء بالعلم بدلًا من اشتراط القصد الجنائي الخاص، وأن يلزم رئيس مجلس الإدارة والمدير المالي بالمصادقة على البيانات المالية للشركة أسوة بقانون Sarbanes-Oxley، بما يقيم قرينة على العلم، ويذلل صعوبة إثبات القصد.

3 – ربط معايير المسؤولية الاجتماعية بأحكام قانونية ملزمة، بنقلها في لائحة هيئة أسواق المال من القواعد الاسترشادية إلى القواعد الملزمة، فتخرج بذلك من الطابع الرقابي الطوعي إلى الطابع الإلزامي المقترن بجزاء محدد، مع اعتماد

برامج امتثال مؤسسية وقائية داخل الشركة تمنع المخالفات وتكشف عنها مبكرًا، بدلًا من الاكتفاء بمدونات السلوك الطوعية.

4 – أن يحدد المشرع الكويتي – بنص صريح – الأفعالَ التي تشكل إخلالًا بمعايير المسؤولية الاجتماعية وتستلزم المساءلة الجزائية؛ بحيث يقتصر التجريم على أفعال محددة بذاتها، لا على المعايير العامة المرنة، ضمانا لاحترام مبدأ الشرعية.

5 – أن يتبنى المشرع الكويتي معيار الخطأ التنظيمي الذي يقوم على إسناد مسؤولية الشخص الاعتباري إلى خطئه التنظيمي، وهي مسؤولية تقوم على الإخلال بواجب التنظيم والإشراف الداخلي؛ فيكفي ثبوت هذا الإخلال لقيام مساءلته، من دون اشتراط تحديد الفاعل الطبيعي، أسوة بالنماذج الأوروبية التي تبنت فكرة الخطأ التنظيمي وبالتجربة الإنجليزية في إقرار المسؤولية القائمة على جرائم الفشل في المنع.

6 – أن يضع المشرع الكويتي إطارًا تشريعيًّا متكاملًا لتحديد الممثل المسؤول جزائيًّا داخل الكيان، سواء كان المدير أو عضو مجلس الإدارة أو الممثل الفعلي، يغني عن تناثر النصوص الخاصة في قانون الشركات وسائر القوانين الخاصة، ويوحد موقفه بين الاستقلالية والتبعية؛ فتنتظم بذلك القواعد ويتضح موقف المشرع.

قائمة المراجع

أولًا: باللغة العربية

1 ـ الكتب

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- محمود سليمان موسى، المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية والقانونين الفرنسي والإيطالي: دراسة مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة للسياسة الجنائية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

2 ـ الأبحاث العلمية

- جهاد محمد عبدالعزيز محمد، ملامح تطور مجال وشروط انعقاد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية في القانون الفرنسي، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة الزقازيق، مصر، مج37، ع54، 2025.
- نجلاء لعواج، المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي، مجلة المعرفة، ع16، 2024.
- محمد محزم الحبيني العازمي، القصد الجنائي الخاص في جريمة التلاعب بالبيانات المالية والمصادقة عليها: دراسة تحليلية نقدية مقارنة بين القانون الكويتي والأمريكي»، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج44، ع4/2، 2020.
- معاذ سليمان الملا، الأبعاد التاريخية لتطور نظرية المسؤولية الجزائية وجدلية تطبيقها في عصر الذكاء الاصطناعي: دراسة تحليلية واستشرافية»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س10، (ملحق خاص)، 2021.
- مناف مهدي بشير وعروب السيد يوسف الرفاعي، محددات المسؤولية الاجتماعية للمؤسسات في الكويت – الكشف عن العوامل المؤسسية من منظور الاتصال الاستراتيجي، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، مجلس النشر

العلمي، جامعة الكويت، مج50، ع192، 2024.

- سماح العطا بابكر محمد، رفع القناع عن الشركة بين المفهوم والتطبيق: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س9، ع ف1، 2021.
- عادل علي المانع، المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري بين الواقع والمأمول .. دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س11، ع2، الكويت، 2023.
- علي جاسم بوعباس، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة في ظل وجود قرار من الجمعية العامة بإبراء ذمتهم: دراسة تحليلية للمادة (201) من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016 والنصوص المرتبطة بها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج45، ع3، 2021.
- رحاب عمر محمود سالم، المسؤولية الجنائية للموظف الفعلي: دراسة تطبيقية مقارنة على المدير الفعلي للشركة التجارية»، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة مدينة السادات، مصر، مج10، ع2، 2024.
- خالد صالح مسعي الرشيدي، المسؤولية الجزائية للشركات في القانون الكويتي: دراسة مقارنة مع التجربة الإنجليزية»، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج46، ع4/ 1، 2022.

3 – المواقع الإلكترونية

- بورصة الكويت، دليل إعداد تقارير الحوكمة والمسؤولية الاجتماعية والبيئية <https://www.boursakuwait.com.kw> (ESG)> ،

ثانيًا: باللغة الأجنبية

A- Books

- A. Keay, The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance, Routledge, UK, 2013.
- C. Wells, Corporations and Criminal Responsibility, 2nd edn, Oxford University Press, UK, 2001.
- D. Jamali (ed), Comparative Perspectives on Global Corporate Social Responsibility, Business Science Reference, USA, 2016.

- G. Aras and D Crowther, Global Perspectives on Corporate Governance and CSR, Gower Publishing, UK, 2016.
- H. Aguinis, "Organizational Responsibility: Doing Good and Doing Well", in S Zedeck (ed), APA Handbook of Industrial and Organizational Psychology vol 3, American Psychological Association, USA, 2011.
- H. Bowen, The Social Responsibilities of the Businessman, Harper, USA, 1953.
- I. Ayres and J Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, UK, 1992.
- J. Brejning, Corporate Social Responsibility and the Welfare State: The Historical and Contemporary Role of CSR in the Mixed Economy of Welfare, Routledge, UK, 2016.
- J. Elkington, Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business, Capstone Publishing, UK, 1997.
- J. Horder, A Theory of Corporate Crime, Oxford University Press, UK, 2025.
- J. Littler, Radical Consumption: Shopping for Change in Contemporary Culture, Open University Press/McGraw-Hill Education, UK, 2007.
- J. Nolan, "The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?", in S Deva and D Bilchitz (eds), Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, Cambridge University Press, UK, 2013.
- J. Tricot, "Corporate Liability and Compliance Programs in France", in S Manacorda, F Centonze and G Forti (eds), Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model, Springer, 2014.
- "Jean-Jacques Rousseau", The New Encyclopaedia Britannica, Vol. 26, 15th edn, Encyclopaedia Britannica, USA, 2003.
- L. Balcerowicz, "Corporate Social Responsibility: Some Clarifications and Questions", in B Fryzel (ed), The True Value of CSR: Corporate Identity

and Stakeholder Perceptions, Palgrave Macmillan, United Kingdom, 2015.

- M. Pieth and R Ivory, "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview", in M Pieth and R Ivory (eds), Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk, Springer, 2011.
- P. Utting and JC Marques (eds), Corporate Social Responsibility and Regulatory Governance: Towards Inclusive Development?, Palgrave Macmillan, UK, 2009.
- R. Farmer and D Hogue, Corporate Social Responsibility, Social Research Associates Inc, 1973.
- RS. Gruner, "Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities", in HN Pontell and G Geis (eds), International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, Springer, 2007.
- S. Shah and VE Ramamoorthy, Soulful Corporations: A Values-Based Perspective on Corporate Social Responsibility, Springer, 2014.
- SK. Guha and A Roychowdhury, "Corporate Social Responsibility in India: The Saga Continues", in B Orlando (ed), Corporate Social Responsibility, IntechOpen, UKingdom, 2020 <https://doi.org/10.5772/intechopen.94480>.
- T. Cannon, Corporate Responsibility: A Textbook on Business Ethics, Governance, Environment, Role and Responsibilities, Pitman Publishing, UK, 1994.
- W. Visser and N Tolhurst, The World Guide to CSR: A Country-by-Country Analysis of Corporate Sustainability and Responsibility, Greenleaf Publishing, UK, 2010.
- W. Visser and others, The A to Z of Corporate Social Responsibility: A Complete Reference Guide to Concepts, Codes and Organisations, John Wiley & Sons, UK, 2007.

- WC. Frederick, JE Post and K Davis, Business and Society: Corporate Strategy, Public Policy, Ethics, McGraw-Hill, USA, 1992.
- WJM Voermans, "Legislation and Regulation", in U Karpen and H Xanthaki (eds), Legislation in Europe: A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners, Hart Publishing, UK, 2017.

B- Articles and working papers

- A. Dahlsrud, "How Corporate Social Responsibility is Defined: An Analysis of 37 Definitions", Corporate Social Responsibility and Environmental Management, Wiley, UK, Vol.15, No.1, (2008).
- A. Keay, "Section 172(1) of the Companies Act 2006: An Interpretation and Assessment", Company Lawyer, Sweet & Maxwell, UK, Vol.28, No.4, (2007).
- A. Keay and T Iqbal, "The Impact of Enlightened Shareholder Value", Journal of Business Law, Sweet & Maxwell, UK, No.4, (2019).
- AB. Carroll, "Corporate Social Responsibility: Will Industry Respond to Cut-backs in Social Program Funding?", Vital Speeches of the Day, Vol.49, (1983).
- AB. Carroll, "The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders", Business Horizons, Elsevier, Netherlands, Vol.34, No.4, (1991).
- AB. Carroll, "Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct", Business & Society, SAGE Publications, USA, Vol.38, (1999).
- AB Carroll and KM Shabana, "The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice", International Journal of Management Reviews, Wiley-Blackwell, UK, Vol.12, No.1, (2010).
- AG. Scherer and G Palazzo, "The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its

Implications for the Firm, Governance, and Democracy", Journal of Management Studies, Wiley-Blackwell, United Kingdom, Vol.48, No.4, (2011).

- B. Kilimcioğlu, "The French Duty of Vigilance Law: A Reference Guide for the Transposition of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive", Netherlands Quarterly of Human Rights, SAGE Publications, Netherlands, Vol.43, No.1, (2025) <https://doi.org/10.1177/09240519251318136>.
- B. Sheehy, "Corporate Social Responsibility and Sustainability Reporting: Transitioning from Transnational Soft Law to Domestic Hard Law", SSRN Working Paper No 3738373, 26 November 2020.
- B. Sheehy, HZ Khan, P Prananingtyas and PSS Putri, "Shifting from Soft to Hard Law: Motivating Compliance When Enacting Mandatory Corporate Social Responsibility", European Business Organization Law Review, Springer, Netherlands, Vol.24, No.4, (2023).
- D. Dharmapala and V Khanna, "The Impact of Mandated Corporate Social Responsibility: Evidence from India's Companies Act of 2013", International Review of Law and Economics, Elsevier, Netherlands, Vol.56, (2018).
- E. Lynch, "Section 172: A Ground-breaking Reform of Directors' Duties, or the Emperor's New Clothes?", Company Lawyer, Sweet & Maxwell, United Kingdom, Vol.33, No.7, (2012).
- E. Savourey and S Brabant, "The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption", Business and Human Rights Journal, Cambridge University Press, UK, Vol.6, (2021).
- F. El Idrissi and N Rouini, "Rethinking Corporate Social Responsibility: From Soft Law to Regulation", Moroccan Journal of Research in Management and Marketing, Morocco, Vol.12, No.2, (2020).
- G. Delalieux and A-C Moquet, "French Law on CSR Due Diligence Paradox: The Institutionalization of Soft Law Mechanisms through the Law", Society and Business Review, Emerald Publishing, UK, Vol.15, (2020).

- G. Enderle, "Global Competition and Corporate Responsibilities of Small and Medium-Sized Enterprises", Business Ethics: A European Review, Wiley, UK, Vol.13, No.1, (2004).
- HB. Christensen, L Hail and C Leuz, "Mandatory CSR and Sustainability Reporting: Economic Analysis and Literature Review", Review of Accounting Studies, Springer, USA, Vol.26, (2021).
- J. Aswani, NK Chidambaran and I Hasan, "Who Benefits from Mandatory CSR? Evidence from the Indian Companies Act 2013", Emerging Markets Review, Elsevier, Netherlands, Vol.46, (2021).
- J. Horder, "Corporate Criminal Liability under the Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023", Legal Studies, Cambridge University Press, UK, Vol.45, No.1, (2025) <https://doi.org/10.1017/lst.2024.46>.
- J. Sinnig and DA Zetzsche, "The EU's Corporate Sustainability Due Diligence Directive: From Disclosure to Mandatory Prevention of Adverse Sustainability Impacts in Supply Chains", European Journal of Risk Regulation, Cambridge University Press, UK, Vol.16, No.2, (2025), <https://doi.org/10.1017/err.2024.100>.
- JM. Clark, "The Changing Basis of Economic Responsibility", The Journal of Political Economy, University of Chicago Press, USA, Vol.24, (1916).
- JW. Meyer and B Rowan, "Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony", American Journal of Sociology, University of Chicago Press, USA, Vol.83, (1977).
- KS. Ho, "Is Section 172 of the Companies Act 2006 the Guidance for CSR?", Company Lawyer, Sweet & Maxwell, UK, Vol.31, No.7, (2010).
- L. Gatti, P Seele and L Rademacher, "Grey Zone In–Greenwash Out: A Review of Greenwashing Research and Implications for the Voluntary-Mandatory Transition of CSR", International Journal of Corporate Social Responsibility, Springer, UK, Vol.4, (2019), https://doi.org/10.1186/s40991-019-0044-9.

- L. Gatti, B Vishwanath, P Seele and B Cottier, "Are We Moving Beyond Voluntary CSR? Exploring Theoretical and Managerial Implications of Mandatory CSR Resulting from the New Indian Companies Act", Journal of Business Ethics, Springer, Netherlands, Vol.160, No.4, (2019) <https://doi.org/10.1007/s10551-018-3783-8>.
- M. Cominetti and P Seele, "Hard Soft Law or Soft Hard Law? A Content Analysis of CSR Guidelines Typologized Along Hybrid Legal Status", uwf UmweltWirtschaftsForum, Springer, Germany, Vol.24, (2016).
- M. Yan, "Corporate Social Responsibility versus Shareholder Value Maximization: Through the Lens of Hard and Soft Law", Northwestern Journal of International Law & Business, Northwestern University School of Law, USA, Vol.40, No.1, (2019).
- MA. Islam and CJ. Van. Staden, "Modern Slavery Disclosure Regulation and Global Supply Chains", Journal of Business Ethics, Springer, Netherlands, Vol.180, No.2, (2022).
- MS. Alenazi, "Criminal Liability of Corporations: The Differing Features of their Provisions in the Common Law and Civil Law Countries", Kuwait International Law School Journal, Kuwait, Vol.5, No.4, (2017) https://journal.kilaw.edu.kw/wp-content/uploads/2018/03/Criminal-Liability-of-Corporations.pdf.
- N. Grier, "Enlightened Shareholder Value: Did Directors Deliver?", Juridical Review, W Green/Thomson Reuters, UK, Vol.2, (2014).
- P. Bromley and WW Powell, "From Smoke and Mirrors to Walking the Talk: Decoupling in the Contemporary World", Academy of Management Annals, Academy of Management, USA, Vol.6, (2012).
- P. Khumon, "CSR as a Means of Law: Regulation of Business Conduct to Take Account on Social Responsibility", Transnational Corporations Review, Taylor & Francis, UK, Vol.3, No.3, (2011).
- R. Bénabou and J Tirole, "Individual and Corporate Social Responsibility", Economica, Wiley, UK, Vol.77, (2010).

- S. Cossart, J. Chaplier and TB de Loménie, "The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All", Business and Human Rights Journal, Cambridge University Press, UK, Vol.2, (2017).
- S. Korotana, "The Corporate 'Failure to Prevent' Principle in the UK Bribery Act 2010: Philosophical Foundations of Economic Crime", Statute Law Review, Oxford University Press, UK, Vol.45, No.1, 2024 hmae007.
- SK. Park and G. Berger-Walliser, "A Firm-Driven Approach to Global Governance and Sustainability", American Business Law Journal, Wiley, USA, Vol.52, (2015).
- T. Pantazi, "The Introduction of Mandatory Corporate Sustainability Reporting in the EU and the Question of Enforcement", European Business Organization Law Review, Springer, Netherlands, Vol.25, (2024), <https://doi.org/10.1007/s40804-024-00320-x>.

C- Reports and conference papers

- European Commission, Green Paper: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility COM (2001) 366 final.
- European Commission, Corporate Social Responsibility: A Business Contribution to Sustainable Development COM (2002) 347 final <http://ec.europa.eu/employment_social/soc-dial/csr/csr2002_col_en.pdf>.
- European Commission, A Renewed EU Strategy 2011–14 for Corporate Social Responsibility COM (2011) 681 final.
- French National Financial Prosecutor's Office, Guidelines on the Implementation of the Judicial Public Interest Agreement (CJIP) (16 January 2023).
- Home Office, Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023: Guidance to Organisations on the Offence of Failure to Prevent Fraud, Home Office, UK, 2024.
- Home Office, Transparency in Supply Chains: A Practical Guide, Home Office, UK, updated 1 December 2025.

- House of Lords Select Committee on the Bribery Act 2010, The Bribery Act 2010: Post-legislative Scrutiny (HL 2017 - 19, 303).
- Independent Review of the Modern Slavery Act 2015, Second Interim Report: Transparency in Supply Chains (2019).
- International Labour Organization, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 6th edn, ILO, Switzerland, 2022.
- International Organization for Standardization, ISO 26000:2010 Guidance on Social Responsibility, ISO, Switzerland, 2010 https://www.iso.org/standard/42546.html.
- JG Ruggie, "Keynote Address: Business and Human Rights—Towards a Common Agenda for Action", Shift, 2019 https://shiftproject.org/resource/john-ruggie-keynote-finland2019/.
- Ministry of Justice, The Bribery Act 2010: Guidance, MoJ, UK, 2011.
- OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, OECD Publishing, France, 2023.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Business and Human Rights: Adopting the "Smart Mix"' (12 December 2024) <https://www.ohchr.org/en/stories/2024/12/business-and-human-rights-adopting-smart-mix>.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, UN, 2011.
- P Utting, "Regulating for Social Development: The Potential and Limits of Corporate Responsibility and Accountability", Melbourne Law School Conference, Melbourne, 2007.
- P Watts and R Holme, Corporate Social Responsibility: Making Good Business Sense, World Business Council for Sustainable Development, Switzerland, 2000 http://www.ceads.org.ar/downloads/Making%20good%20business%20sense.pdf.

- Serious Fraud Office and Crown Prosecution Service, Deferred Prosecution Agreements Code of Practice (February 2014).
- UN Human Rights Council, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework' UN Doc A/HRC/17/31 (21 March 2011) annex.
- United Nations Global Compact, The Ten Principles of the UN Global Compact (2000) <https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.
- United States Sentencing Commission, Guidelines Manual ch 8 (Sentencing of Organizations), US Sentencing Commission, United States, 1991.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخّص	49
المقدمة	51
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للمسؤولية الاجتماعية للشركات	54
المطلب الأول: التعريف الفقهي والقانوني للمسؤولية الاجتماعية	54
المطلب الثاني: التطور التاريخي لمفهوم sالمسؤولية الاجتماعية	54
المطلب الثالث: الاتجاهات الفقهية في تكييف المسؤولية الاجتماعية	57
المطلب الرابع: الموقف التشريعي المقارن من إلزامية المسؤولية الاجتماعية	59
المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية لممثل الشركة	79
المطلب الأول: مفهوم ممثل الشركة في القانون الكويتي	79
المطلب الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية الجزائية لممثل الشركة	81
المطلب الثالث: نطاق المسؤولية الجزائية لممثلي الشركات	85
المبحث الثالث: موقف التشريع الكويتي من المسؤولية الاجتماعية والامتثال المؤسسي	88
المطلب الأول: تنظيم المسؤولية الاجتماعية في قواعد الحوكمة والامتثال المؤسسي	88
المطلب الثاني: تحليل أحكام قانون الشركات ذات الصلة بالمسؤولية الاجتماعية	90
المطلب الثالث: حدود التنظيم الجزائي في مواجهة الإخلال بمعايير المسؤولية الاجتماعية	93

الموضوع	الصفحة
المطلب الرابع: أوجه القصور التشريعي في النظام الكويتي	94
الخاتمة	97
قائمة المراجع	100

الحق في تلقي التعليم وحماية المعلمين والمؤسسات التعليمية في القانون الدولي الإنساني مع الإشارة إلى الحالة في غزة(*)

الملخص

يتناول هذا البحث الحماية القانونية للحق في التعليم أثناء النزاعات المسلحة، مع التركيز على واقع هذه الحماية في قطاع غزة، في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني والقواعد ذات الصلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الجنائي الدولي.

وينطلق البحث من إشكالية رئيسية تتمثل في مدى كفاية القواعد الدولية القائمة لضمان استمرار العملية التعليمية وحماية المعلمين والتلاميذ والمنشآت التعليمية من آثار العمليات العسكرية، ومدى فاعلية آليات المساءلة الدولية عند وقوع انتهاكات جسيمة تمس هذه الحماية.

ويهدف البحث إلى بيان المركز القانوني للحق في التعليم أثناء النزاع المسلح، وتحديد نطاق الحماية المقررة للمدنيين والمنشآت ذات الطابع التعليمي، وتحليل صور الاعتداء على المدارس والمعلمين والطلبة وانعكاساتها على استمرارية التعليم.

كما يسعى إلى دراسة مدى انطباق قواعد المسؤولية الجنائية الدولية على بعض الأفعال التي تستهدف العملية التعليمية أو تعطلها، مع الاستفادة من التطبيقات القضائية الدولية ذات الصلة.



د. عبدالسلام حسين العنزي

أستاذ مشارك

رئيس قسم القانون الدولي العام

كلية الحقوق - جامعة الكويت

abdulsalam.alanzi@ku.edu.kw

*

الشهادات العلمية

* دكتوراه في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة روبرت شومان، ستراسبورغ، الجمهورية الفرنسية، 2005.
* ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة روبرت شومان، ستراسبورغ، الجمهورية الفرنسية، 2002.
* بكالوريوس في القانون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1997.

المقررات التي يقوم بتدريسها

* القانون الدولي العام.
* القانون الدولي الجنائي.
* حقوق إنسان.

الأبحاث المُحكَّمة المنشورة

* مشروعية قرار مجلس الأمن بإحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2011.

(*) تاريخ تقديم البحث: 16 أبريل 2026 وتاريخ قبوله: 10 يونيو 2026

اعتمد البحث على المنهج التحليلي من خلال دراسة القواعد والاتفاقيات الدولية ذات الصلة وتفسير نطاق الحماية التي تقررها، وعلى المنهج الوصفي في عرض مظاهر التأثير التي تخلفها النزاعات المسلحة على العملية التعليمية، مع الاستعانة ببعض الأحكام والممارسات القضائية الدولية لتوضيح حدود المسؤولية عن الانتهاكات.

وتركز الدراسة على الحالة المعاصرة في قطاع غزة بوصفها نموذجًا لتطبيق القواعد القانونية على واقع ميداني شديد التعقيد.

وتوصل البحث إلى أن الحماية القانونية للتعليم أثناء النزاعات المسلحة تستند إلى منظومة دولية متعددة المصادر، إلا أن فعالية هذه الحماية تتأثر بضعف التنفيذ والمساءلة. كما خلص إلى أن بعض الاعتداءات على المنشآت التعليمية أو الأشخاص المرتبطين بها قد تترتب عليها مسؤولية جنائية دولية متى توافرت الشروط القانونية اللازمة.

ويوصي البحث بتعزيز آليات التوثيق والمساءلة، وإدماج حماية التعليم في التدريب العسكري والتشريعات الوطنية، ودعم إعادة تأهيل المنشآت التعليمية المتضررة، وتطوير وسائل التعليم البديلة والآمنة لضمان استمرارية العملية التعليمية أثناء النزاعات.

كلمات دالة: النزاعات المسلحة؛ حماية المدنيين؛ المسؤولية الجنائية الدولية؛ المنشآت المدنية؛ المساءلة الدولية.

* ضمانات المتهم بجرائم الإرهاب في التشريعات المصرية والكويتية والاتفاقيات الدولية، كلية الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2013.
- L'Evolution de la notion de nationalité en droit international public, Revue de la Recherche Juridique, Université d'AIX Marseille, septembre 2018.
- La nouvelle Loi Egyptienne et La protection des Schémas de Configuration (topographies) de Circuits Intégrés dans Les Conventions Internationales, Revue de la Recherche Juridique, Université d'AIX Marseille, 2014.

الخبرات الوظيفية

* رئيس قسم القانون الدولي.
* رئيس لجنة البعثات بقسم القانون الدولي، منذ 2021.
* عضو مجلس كلية الحقوق، منذ العام 2021.
* مستشار وزير الدولة لشؤون مجلس الأمة الكويتي، 2018.
* عضو اللجنة الوطنية، القانون الدولي الإنساني التابعة لوزارة العدل الكويتية منذ العام 2018.
* مُحكِّم في مركز التحكيم التجاري، غرفة التجارة والصناعة الكويتية.

المقدمة

يُعدُّ الحق في التعليم من الحقوق الأساسية اللازمة للكرامة الإنسانية، وقد حظي التعليم بحماية القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني. ويكتسب هذا الحق أهمية كبيرة في أثناء النزاعات المسلحة؛ إذ يُمثل التعليم عنصرًا جوهريًّا في حماية الأطفال من آثار الحرب النفسية والاجتماعية، ومع ذلك تكشف النزاعات المسلحة المعاصرة عن واقع مقلق يتمثل في استهداف التلاميذ والمعلمين، وتدمير المؤسسات التعليمية والمدارس، وتعطيل العملية التعليمية بصورة منهجية.

وعادة تلتزم الدولة بضمان الحق في التعليم في جميع الأوقات، في أثناء السلم وخلال النزاعات المسلحة، وتسري اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان المتعلقة بالحق في التعليم خلال النزاعات المسلحة، ولا يتوقف نفاذها في أثناء تلك النزاعات؛ فالنزاعات المسلحة تعتبر تحديًا حقيقيًّا يُعيق الحق في التعليم؛ مما ينعكس سلبًا على جودة التعليم ومستقبل الأجيال في مختلف مراحلهم الدراسية. وتشمل النزاعات المسلحة انتهاكات تستهدف المؤسسات التعليمية؛ الأمر الذي استدعى تدخل المجتمع الدولي لتوفير حماية دولية تضمن ممارسة الحق في التعليم في أوقات السلم، أو خلال النزاعات المسلحة.

إن النزاعات المسلحة تؤدي إلى تقويض الأمن والسلام الدوليين؛ مما ينعكس سلبًا على حقوق الأفراد الأساسية، والذي يعد الحق في التعليم من أهمها؛ حيث تؤثر النزاعات المسلحة على جودة التعليم؛ لذلك يسعى المجتمع الدولي جاهدًا إلى توفير الحماية لهذا الحق في أثناء النزاعات المسلحة.

أولًا: تعريف الحق في التعليم

يمكن تعريف الحق في التعليم بأنه عملية اكتساب الإنسان المعلومات وتلقيها. ويعتبر التعليم وسيلة لنقل المعرفة وتزويد الطالب بالخبرات والمهارات بصورة سليمة وبطرق متنوعة.

ثانيًا: هدف البحث

يسعى هذا البحث إلى استكشاف مدى تأثير النزاعات المسلحة على الحق في التعليم، بالإضافة إلى تسليط الضوء على مظاهر الحماية الدولية التي تكفل هذا الحق في القانون الدولي الإنساني والجنائي.

ثالثًا: إشكالية البحث وأهميته

تتمثل إشكالية البحث حول مدى كفاية وفعالية القواعد القانونية الدولية لحماية حق التعليم في أثناء النزاعات المسلحة، ومدى التزام أطراف النزاع بهذه القواعد في التطبيق العملي. وتبرز أهمية هذا البحث في كونه يسعى إلى دراسة حالة قطاع غزة، بوصفها نموذجًا معاصرًا لانتهاك الحق في التعليم.

رابعًا: منهجية البحث

يعتمد البحث على المنهج التحليلي في دراسة النصوص القانونية الدولية، إضافة إلى المنهج الوصفي لعرض جميع النصوص القانونية المتعلقة بموضوع بحثنا، مع التطرق إلى بعض أحكام المحاكم الجنائية الدولية بالنظر والتحليل.

خامسًا: خطة البحث

ينقسم هذا البحث إلى مبحثين:

- المبحث الأول: حق التلاميذ في تلقي التعليم وحماية المعلمين في أثناء النزاعات المسلحة
- المبحث الثاني: حماية المؤسسات التعليمية في أثناء النزاعات المسلحة

المبحث الأول
حق التلاميذ في تلقي التعليم وحماية المعلمين في أثناء النزاعات المسلحة

تؤثر النزاعات المسلحة – بشكل مباشر – على الحق في التعليم، وينعكس ذلك من خلال الانتهاكات الموجَّهة إلى التعليم، مثل: قتل التلاميذ والمعلمين، أو تخويفهم، أو إصابتهم بجروح، أو اعتقالهم وتعذيبهم، أو إجبارهم على المشاركة في العمليات العدائية، سواء كانت تلك العمليات ناتجة عن الاحتلال، أو عن النزاعات المسلحة الداخلية أو الدولية[1].

لذلك ينقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: مفهوم الحق في التعليم وأنواع النزاعات المسلحة

المطلب الثاني: انتهاكات الحق في التعليم الواقعة على التلاميذ والمعلمين

المطلب الأول
مفهوم الحق في التعليم وأنواع النزاعات المسلحة

حتى يمكننا فهم حق التلاميذ في تلقي التعليم في أثناء النزاعات المسلحة، لا بد لنا من تعريف الحق في التعليم (الفرع الأول)، ثم التطرق – بعد ذلك – إلى بيان أنواع النزاعات المسلحة، بما يشمل مفهوم الاحتلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحق في التعليم

الفرع الثاني: تحديد أنواع النزاعات المسلحة

الفرع الأول
تعريف الحق في التعليم

«التعليم عملية يكتسب فيها الإنسان المعلومات، وهو وسيلة لنقل المعرفة والأسس الصحيحة للمتعلمين. تهدف هذه العملية المنظمة إلى تمكين الطلاب من اكتساب الخبرات

(1) محمد حسن، الحق في التعليم وانتهاكاته في سياقات الحرب، مؤتمر الحق في التعليم، الجامعة الإسلامية، غزة، 11 مايو 2012.

والمهارات بصورة صحيحة وفعّالة، من خلال طرق وأساليب متنوعة»[2].

«ويشمل الحق في التعليم حق الإنسان في تعليم الآخرين ما يمتلكه من علوم ومعارف، وفي الوقت نفسه حقه في تلقي ما يرغب من علم ومهارات، وهو عملية تبادلية تجمع بين النقل والاكتساب»[3].

والحق في التعليم يفرض على الدولة ضمان تمكين الأفراد من ممارسة هذا الحق، وتوفير المؤسسات التعليمية والمراكز والكوادر المؤهَلة وكل المستلزمات الضرورية لتحقيق هذا الهدف.

والتعليم حق إنساني شامل، يضمن: الإتاحة Availability، وإمكان الوصول Accessibility، والمقبولية Acceptability، والملاءمة Adaptability، وهو حق لا يسقط في أثناء النزاعات المسلحة، بل يبقى واجب الاحترام والحماية، وعلى أطراف النزاع حمايته بموجب ما يفرضه القانون الدولي الإنساني من قواعد[4].

تشكل النزاعات المسلحة، في اعتقادنا، عقبة كبيرة تؤثر سلبًا على التعليم الذي يتضرر بشكل مباشر نتيجة هذه الأوضاع؛ فالآثار الناتجة عن النزاعات المسلحة تعرقل الوصول إلى مستوى تعليمي عالي الجودة؛ حيث تؤدي هذه النزاعات إلى انعدام الأمن وضعف العملية التعليمية؛ ما يترتب عليه تراجع جودة التعليم، وفقدان الأطفال فرص الحصول على تعليم جيد. هذا الخلل لا يؤثر فقط على التعليم، بل يمتد إلى المتعلمين، وذلك باستغلال الأطفال عسكريًّا؛ بحيث يتم تجنيدهم في النزاعات المسلحة؛ مما يرتب أخطارًا جسدية ونفسية تمنعهم من الحصول على التعليم الذي يستحقونه.

وفي تقرير منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو)، للعام 2008، وُجِد أن هناك قرابة مليوني طفل في المرحلة الابتدائية حول العالم محرومين من التعليم بسبب الأوضاع الأمنية، وانعدام الاستقرار في البلدان التي تعاني صراعات مسلحة. كما أوضح التقرير أن جماعات مسلحة تشكل تهديدات مباشرة للمعلمين والطلبة؛ مما يتسبب في حرمان الأطفال – في مناطق معينة – من أي نوع من أنواع التعليم. بالإضافة إلى ذلك، تؤدي الهجمات على المعلمين والطلبة إلى منع الأطفال من اكتساب المهارات الأساسية

(2) محمد زردومي، معنى التعلم وإشكاليات التعليم في ظل التحولات المحلية والرهانات المستقبلية، بحث منشور على https://wordpress.com ، آخر زيارة بتاريخ 2025/9/10.

(3) محمود عبدالحليم منسي، التعلم – المفهوم – النماذج – التطبيقات، ط2، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 2003، ص18.

(4) عبدالوهاب الشيشاني، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة، ط1، مطابع الجمعية العلمية الملكية، عمان – الأردن، 1980، ص121.

للحياة، كما أنها تحد من غرس قيم التسامح والاحترام لدى الأطفال، وهي أسس ضرورية لتكوين مجتمع قوي وسليم[5].

كما أن حالة الفقر العام التي تلي النزاعات المسلحة تسهم – بشكل كبير – في تعقيد مشكلة التعليم، وحرمان الأطفال من تلقي تعليم جيد. وتشير الدراسات الدولية إلى أن ضمان حق التعليم وتحسين جودته يرتبطان بانتهاء النزاعات واستقرار الأمن، وهو ما يضمن استمرارية حق الأفراد في التعليم، وتهيئة بيئة آمنة تمكن التلاميذ من الالتحاق بالمؤسسات التعليمية.

كما يؤدي تدهور البنى التحتية، خلال فترات النزاعات المسلحة، إلى تأثير كبير على حق التعليم؛ حيث تنجم عن هذه النزاعات، بمختلف أشكالها، أضرار جسيمة تلحق بالمؤسسات التعليمية؛ مما يحرم الطلبة من فرصة التعلم لعدة سنوات[6].

الفرع الثاني

تحديد أنواع النزاعات المسلحة

تنقسم النزاعات المسلحة إلى ثلاثة أنواع وهي: النزاعات المسلحة الدولية (أولًا)، والنزاعات المسلحة الداخلية (ثانيًا)، والاحتلال (ثالثًا):

أولًا: النزاعات المسلحة الدولية

تُعرَف النزاعات المسلحة الدولية بأنها «تلك التي تشتبك فيها دولتان أو أكثر بالأسلحة، وتلك التي تكافح فيها الشعوب ضد السيطرة الاستعمارية أو الاحتلال الأجنبي، أو ضد جرائم التمييز العنصري. وتخضع هذه النزاعات لعدد كبير من القواعد، بما فيها اتفاقيات جنيف الأربع، والبروتوكول الإضافي الأول»[7].

ولم يتوقف الأمر عند اتفاقيات 1949 التي غطت بأحكامها كل أنواع النزاعات المسلحة الدولية؛ فقد أُضيفت نصوص جديدة إلى قواعد القانون الدولي الإنساني في العام 1977؛ لتمد سريانه بكامل قواعده على نوع جديد من النزاعات المسلحة، وهي تلك التي تقودها

(5) تقرير مكتب حقوق الإنسان في بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق بالتعاون مع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، تقرير حول حقوق الإنسان في العراق للعام 2010، بغداد، يناير 2010، ص28.

(6) أمل يازجي، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج1، ع1، أبريل 2004، ص135.

(7) مطبوعات الاتحاد البرلماني الدولي، احترام القانون الدولي الإنساني وكفالة احترامه، جنيف، 1999، ص13.

حركات التحرير الوطنية ضد الاستعمار والسيطرة الأجنبية، وضد الاحتلال الأجنبي، أو ضد الكيانات والأنظمة العنصرية؛ إذ تضمن بروتوكول جنيف الأول للعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربع نصًا، يُدرَج بموجبه هذا النوع من النزاعات ضمن فترة النزاعات المسلحة، وهو نص المادة الرابعة [8]، إلا أنه يحدد بأن النزاعات المقصودة بهذه المادة هي حصرًا النزاعات التي يقودها الشعب بالحركات التي يشكلها ضد الاستعمار أو الاحتلال الأجنبي، والأنظمة والكيانات التي تقوم على سياسة التمييز العنصري، وعلى أن يشمل النزاعات المسلحة التي قد تقوم بها الشعوب ضد الأنظمة القمعية، أو تلك التي تستهدف تقسيم دولة ما، والتي تقوم على أسس اجتماعية أو سياسية.

ثانيًا: النزاعات المسلحة الداخلية

ويقصد بها النزاعات المسلحة التي تدور في أراضي دولة بعينها، من دون أن تدخل ضمن المفهوم السابق الذي ذكرناه بصدد نزاعات حركات التحرير الوطنية.

وفيما يتعلق باهتمام القانون الدولي الإنساني لهذا النوع من النزاعات، نجده قد مر بمرحلتين مهمتين:

- **المرحلة الأولى قبل عام 1949:** وتتميز بأن كل القواعد التي نظمت الحروب لم تكن قد رُتِبت أو تناولت مسألة النزاعات المسلحة الداخلية بمفهومها الواسع أو حتى الحروب الأهلية التي هي صورة من صورها، بل بقيت هذه الحالات حتى عام 1949 شؤونا داخلية محضة، تُعالَج وفقًا للأنظمة والقوانين المحلية، وكانت الحكومات القائمة تعتبر المعارضين ممن يحملون السلاح داخل الدولة مجرمين يخرقون واجب الولاء، وتجب معاقبتهم وفق قانون الجزاء الداخلي، وكل التشريعات الوطنية تعاقب على الجرائم التي ترتكب ضد أمن الدولة، أو تدعو إلى الحرب الأهلية[9].

  ولم تكن قواعد القانون الدولي تهتم بهذا النوع من النزاعات المسلحة أو القائمين بها، أو الآثار التي تترتب عليها[10]، إلا في حالة واحدة تتمثل في اعتراف الحكومات المحلية القائمة بالمتمردين أو الثوار على أراضيها كمحاربين، وحينها كانوا يتمتعون – بموجب هذا الاعتراف – ببعض الحقوق في مواجهة حكومتهم، وهي أن تتم

(8) Rene Provost, International Human Right Law and Humanitarian Law, Cambridge University press, UK, 1999, p.245.

(9) Marco Sassoli, Antoine A. Bouvier, and others, How does Law protect in War, Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law, International Committee of Red Cross, Geneva, 1999, p.256.

(10) شارل زور غبيب، الحرب الأهلية، تعريب: أحمد برو، ط1، منشورات عويدات، بيروت، 1981، ص22.

معاملتهم في حال القبض عليهم كأسرى وليسوا خونة مجرمين، وعادة ما كانت الدول تلجأ إلى الاعتراف بهم لرفع المسؤولية عنها، بسبب الأضرار التي ارتكبها المتمردون بحق الأجانب الموجودين على أراضيها، أو التي تلحق بدول أخرى مجاورة، من جراء الحرب الأهلية[11].

- **المرحلة الثانية بعد عام 1949**، عندما تم وضع اتفاقيات جنيف الأربع؛ إذ وُضع فيها نص مشترك، هو نص المادة الثالثة المشتركة، والتي جعلت في الإمكان تطبيق الحد الأدنى من قواعد القانون الدولي المتعلق بالنزاعات الدولية على النزاعات المسلحة الداخلية[12].

ومما انتهى إليه المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في الأعوام من 1974 إلى 1977، وضع بروتوكول جنيف الثاني الذي أقر مفهومًا جديدًا للنزاعات المسلحة الداخلية؛ حيث عرَّفها بأنها «تلك التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة، أو جماعات نظامية مسلحة أخرى، وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة، ما يمكنها القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، وتستطيع تنفيذ أحكام هذا البروتوكول»[13].

ثالثًا: الاحتلال

يقصد بالاحتلال، كما بيَّنته اتفاقية لاهاي الرابعة في لائحتها الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية بأنه وقوع أراضي دول ما تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، وهو يعني أن وصف الاحتلال لن ينطبق، ولن يشمل إلا الأراضي التي تحت السيطرة الفعلية عليها؛ لكي تتمكن دولة الاحتلال من مباشرة سلطتها على هذه الأراضي[14]؛ فإذا ثبتت السيطرة الفعلية على إقليم الدولة، قامت حالة الاحتلال، ولا يهم إذا كان الاحتلال قد نال إقليم الدولة بأكمله أو جزءًا منه؛ فالاحتلال يثبت في الحالتين، وتبدأ قواعد القانون

(11) مرجع سابق.

(12) عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، ب. ط، وحدة الطباعة والإنتاج الفني في المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، 1997، ص15.

(13) الفقرة 1 من المادة (1) من بروتوكول جنيف الثاني. والملاحظ على الشروط التي تقدمت بها هذه المادة، هو أن لها جذورًا تاريخية تعود إلى العام 1900، عندما وضع معهد القانون الدولي شروطًا ينبغي توافرها في المتمردين حتى يتم الاعتراف بهم كمحاربين، وهي ثلاثة: – سيطرة المتمردين على جزء معين من الدولة. – إنشاء حكومة منظمة تمارس على الأقل ظاهريًا حقوق السياق على هذا الجزء. – خوض الحرب بوسائل الجيش المنظم الذي يحترم قوانين وأعراف الحرب.

(14) نصت المادة (42) من لائحة اتفاقية لاهاي الرابعة على أن «تعد أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، ولن يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها».

الدولي الإنساني الخاصة بهذه الحالة في السريان[15]؛ فالناحية المهمة هي إخضاع إقليم الدولة كله، أو جزء منه، ماديًّا أو عسكريًّا، لسيطرة فعلية أجنبية يتحقق بتمكن قوات العدو من القضاء على الأعمال العسكرية المضادة لها في إقليم الدولة الذي دخلت إليه، وهو ما يؤمِّن لها السيطرة على الإقليم[16]؛ حيث تتمكن هذه القوات من وضع يدها على الإقليم؛ ما يمكنها من إيجاد هيئات فيه تديره من خلالها[17]، وتترتب على قيام حالة الاحتلال آثار مهمة، هي:

1- عدم انتقال السيادة إلى دولة الاحتلال[18].

2- الاحتلال وضع مؤقت ليس له صفة الدوام[19].

3- الاحتلال يفرض على القائم به واجبات مهمة، وهي القيام بإدارة إقليم الدولة المحتل، فوجود السلطة الفعلية على الإقليم يتطلب أن تقوم دولة الاحتلال بتحقيق الأمن وتثبيت النظام العام وضمانه، لكي تأخذ الحياة العامة مجراها الطبيعي، ولأجله قد تلجأ دولة الاحتلال إلى أحد طريقين: إما الإبقاء على الإدارة التي كانت قائمة في الإقليم قبل قيام الاحتلال على ما هي عليه؛ فتقوم سلطة الاحتلال بدور المشرف عليها، وتوجيهها تبعًا لما تقتضيه مصالح الدولة القائمة بالاحتلال، وإما أن تقوم باستبدال هذه الإدارة بأخرى تقيمها لخدمة مصالحها وتنفيذ رغباتها[20].

4- يقع على عاتق دولة الاحتلال أن تحترم القوانين السارية في البلاد التي تحتلها، وألا تقوم بتعليقها أو إلغائها إلا في حالة الضرورة القصوى التي تحول دون إمكان الإبقاء عليها[21].

5- استمرار المحاكم الوطنية في مباشرة اختصاصاتها، بالنظر في المخالفات والجرائم التي يرتكبها الأفراد في الأراضي المحتلة؛ ما تعد تجاوزا للقوانين

(15) حيث أشارت المادة (2) فقرة 2 من اتفاقيات جنيف الأربع للعام 1949 إلى أنها تسري على حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لأراضي الدولة الداخلة طرفًا فيها.

(16) محمد المجذوب، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، المنشور على الموقع: www.almoqawama.org/arabic/rt-resis/12/3/2007، آخر زيارة بتاريخ: 2025/9/22.

(17) محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970، ص296.

(18) محمد بشير الشافعي، القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط4، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1979، ص664.

(19) محمد المجذوب، القانون الدولي العام، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص7.

(20) علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص827.

(21) انظر المادة (43) من لائحة اتفاقية لاهاي الرابعة للعام 1907.

والتشريعات التي كانت سارية قبل قيام الاحتلال[22].

6- التزام دولة الاحتلال باحترام وحماية الحق في التعليم، ومنع الانتهاكات الواقعة على التلاميذ والمعلمين من جانب، وعلى المؤسسات التعليمية من جانب آخر، والمبينة بشكل مفصل في اتفاقية جنيف الرابعة، والمُكمَّلَة بأحكام البروتوكول الأول لعام 1977. مع التزامها ومراعاتها لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان[23].

في الوقت الحاضر، تتأثر المنظومات التعليمية بشكل كبير عند حدوث نزاعات في أي دولة من دول العالم. وتؤدي هذه النزاعات إلى تعطيل التعليم وانقطاعه؛ ما يحرم كثيرًا من الأفراد من فرصة الحصول على التعليم. وغالبًا ما تتعرض المدارس لأضرار مادية بسبب تلك النزاعات، وفي بعض الحالات تُستخدم ملاذًا للنازحين، أو حتى مقراتٍ للجماعات المسلحة. مثل هذه الأحداث تؤدي إلى انهيار كامل للمنظومة التعليمية. تزيد هذه التحديات من مخاوف الآباء الذين يختارون – في كثير من الأحيان – إبقاء أبنائهم في المنازل بدلًا من إرسالهم إلى المدارس التي قد لا تكون آمنة.

المطلب الثاني

انتهاكات الحق في التعليم الواقعة على التلاميذ والمعلمين

على الرغم من أن الأغلبية العظمى من دول العالم قد صادقت على اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان، وعلى اتفاقيات جنيف الأربع، والبروتوكولين الإضافيين للعام 1977 التي تضمن الحق الكامل في التعليم، فإن تطبيق هذا الحق يواجه تحديات كبيرة في ظل الصراعات المسلحة وانعدام الأمن. وفي الآونة الأخيرة، تصاعدت الهجمات التي ينفذها الاحتلال الإسرائيلي على قطاع غزة؛ ما أدى إلى تعطيل العملية التعليمية بشكل كبير؛ حيث تستهدف هذه الهجمات الأطفال، وتسعى إلى تدمير المباني والمرافق التعليمية؛ ما يخرج العديد من المدارس عن الخدمة. علاوة على ذلك، يسهم الاحتلال في تفاقم مشكلات أخرى مثل الفقر، وتدهور الاقتصاد، وعمالة الأطفال؛ مما يزيد من تعقيد الأوضاع التعليمية.

(22) انظر الفقرة 1 من المادة (64)، وكذلك المادة (66) من اتفاقية جنيف الرابعة للعام 1949.

(23) وقد كان موضوع احترام دول الاحتلال حقوق السكان الواقعين تحت سلطة الاحتلال موضع اهتمام برنامج عمل فيينا لحقوق الإنسان للعام 1993، والذي أكدت الفقرة 3 منه ضرورة اتخاذ تدابير دولية لضمان تنفيذ معايير حقوق الإنسان ورصدها فيما يتعلق بالسكان الواقعين تحت الاحتلال، وينبغي توفير حماية قانونية فعالة ضد انتهاك حقوق الإنسان لهؤلاء السكان، وفقًا لقواعد حقوق الإنسان، خاصة اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 وغيرها من قواعد القانون الدولي الإنساني.

لذلك كله لا بد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: حماية الحق في التعليم في اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان

الفرع الثاني: حماية التلاميذ والمعلمين في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني

الفرع الأول

حماية الحق في التعليم في اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان

«يُعدّ الحق في التعليم من أبرز الحقوق التي أكدتها العديد من المواثيق الدولية؛ حيث يحظى بأهمية كبيرة كركيزة أساسية لحقوق الإنسان. وقد انخرطت أغلب دول العالم في مسار تعزيز وحماية حقوق الإنسان بشكل عام، مع التركيز بشكل خاص على الحق في التعليم. وقد صادقت دول العالم على المواثيق الدولية المتعلقة بالحق في التعليم، وعلى رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948، والذي يُعدّ مرجعًا أساسيًا لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى ذلك نجد أن الحق في التعليم كان في صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عام 1966»[24].

من هذا المنطلق، سنركز دراستنا، في هذا المجال، على حماية الحق في التعليم، كما أقرته المواثيق والمنظمات الدولية، إضافة إلى أننا سنتناول بعض قرارات مجلس الأمن في هذا الشأن.

ومما هو معلوم فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان يُطبَّق في كثير من مجالاته، في أثناء النزاعات المسلحة، ولا سيما الحق في التعليم؛ لذلك نصت العديد من الاتفاقيات الدولية على الحق في التعليم ومنها:

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

3- اتفاقية حقوق الطفل.

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة، عام 1948، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومن خلاله عملت الأمم المتحدة على تحويل هذا الإعلان إلى قواعد ومعاهدات دولية تُلزم الدول الأطراف بتنفيذها قانونيًّا. ومن أبرز تلك الحقوق حق التعليم، خصوصًا في ظل النزاعات والحروب الدولية والمحلية. وأكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أهمية ضمان

(24) نافع الدنيني، دور الأمم المتحدة في رعاية حقوق الإنسان، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2015، ص47.

حق التعليم؛ حيث شدد على ضرورة أن يكون التعليم للجميع. ويهدف هذا الإعلان إلى حماية المجتمعات من خطر الجهل وضمان توفير التعليم كحق أساسي لا غنى عنه في كل الأزمنة والظروف[25].

ونصت المادة (26) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للعام 1948 على أن لكل فرد حقًّا في التعليم. ويجب أن يكون التعليم مجانيًّا، وإلزاميًّا على الأقل في مراحله الابتدائية والأساسية[26]. كما ينبغي توفير التعليم الفني والمهني للجميع على أساس الكفاءة، ويكون التعليم العالي متاحًا للجميع وفق قدراتهم. وتهدف هذه المادة إلى التطوير الكامل لشخصية الإنسان، بحيث يكون التعليم حقًّا ثابتًا لكل إنسان، ويجب أن يكون مجانيًّا وإلزاميًّا في مراحله الأولى، مع ضمان إتاحة التعليم الفني والمهني والتعليم العالي للجميع، من دون تمييز، وبناءً على الكفاءة.

أما الفقرة الثانية فتُبرز أهداف التعليم، ومنها تنمية شخصية الفرد، وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وترسيخ قيم التسامح والمحبة، ونشر التفاهم بين الشعوب والجماعات من دون أي تمييز لأي سبب كان[27].

ثم جاء العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للعام 1966 أكثر تفصيلًا في حماية الحق في التعليم، مقارنةً بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث نصت المادة (13) على عدة نقاط أساسية، من أبرزها:

1- ضمان مجانية التعليم الابتدائي وإلزاميته لجميع الأفراد.

2- توفير التعليم الثانوي، بما في ذلك التعليم التقني والمهني، وإتاحة التعليم العالي، وتشجيع تعليم الأفراد الذين لم يتلقوا التعليم، أو لم يتمكنوا من إكماله، وتطوير نظام التعليم، وتحسين ظروف عمل المعلمين.

3- ضمان حق الآباء في اختيار نوع التعليم المناسب لأبنائهم.

4- توفير برامج فعالة لمحو الأمية.

كما أشارت المادة (64) من العهد الدولي إلى أن على الدول الأعضاء التي لم يكن التعليم إلزاميًّا فيها سابقًا أن تقوم بوضع خطة عمل تفصيلية لتحقيق إلزامية التعليم ومجانيته لجميع الأفراد، وتنفيذها خلال فترة زمنية محددة. ويتضح من المادة (13) أنها تطرقت

(25) محمد أحمد صيام، الأبعاد الأصعب لاستهداف التعليم الفلسطيني خلال الحرب الإسرائيلية على قطاع غزة (2023 - 2024)، مجلة العلوم السياسية، ع69، أبريل 2025، ص28.

(26) المرجع السابق.

(27) عمر الفال، الحق في التعليم بين المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية بالمغرب، مجلة ابن خلدون للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع10، أكتوبر 2024، ص339.

إلى ثلاثة أهداف رئيسية للتعليم، وهي:

1- التعليم المجاني حق أساسي متاح للكبير والصغير.

2- تمكين الإنسان – من خلال التعليم – من المساهمة بدور فعال ومفيد في المجتمع.

3- تعزيز التعليم التقني والمهني لتحقيق فرص معيشية كريمة.

ومن اللافت أن تنمية الشخصية الإنسانية شكلت الهدف المشترك بين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[28].

«وتنص المادة (22) من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 على أهمية التعليم في تطوير شخصية الطفل، وتنمية مواهبه، وقدراته العقلية، والجسدية. وتعزيز احترام الطفل لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وتنمية احترام الطفل لوالديه وهويته الثقافية ولغته، إلى جانب ترسيخ القيم الوطنية للدولة التي يعيش فيها والدولة التي نشأ فيها، مع تعزيز فهمه للحضارات المختلفة عن حضارته. وإعداد الطفل لتحمل المسؤولية داخل المجتمع. ويشجع التعليم على تنمية وعي الطفل واحترامه البيئة الطبيعية»[29].

وحول الأوضاع في قطاع غزة فقد أوضح تقرير منظمة اليونسكو، بالتعاون مع وكالة الأمم المتحدة لغوث وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الأدنى (الأونروا) أنه منذ السابع من أكتوبر 2023 أدت الهجمات المسلحة الإسرائيلية إلى تدهور وتدمير البنية التحتية التعليمية الضعيفة أساسًا؛ ما زاد من الضغوط على المرافق التعليمية، وعطّل سير العملية التعليمية، وأثّر سلبًا على الحالة النفسية والاجتماعية للأطفال والمعلمين. وأشار إلى أن الأعمال العدائية الأخيرة في غزة شهدت – بشكل مأساوي – تصاعدًا في الهجمات على المنشآت المدرسية[30].

وفي هذا الخصوص فإننا نؤكد ما تطرقت إليه الدراسة الخاصة باستهداف التعليم الفلسطيني خلال الحرب الإسرائيلية على قطاع غزة خلال عامَي 2023 و2024 للدكتور محمد أحمد صيام (والمشار إليها في هذه الدراسة)؛ حيث شهدت غزة تدميرًا شاملًا للبنية التحتية التعليمية؛ ما أدى إلى أزمة طويلة الأمد في قطاع التعليم. ونضيف بأن كل ذلك كان بعمل عدواني منهجي ومنظم.

(28) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(29) فراس نعيم، الضمانات الدولية لحماية الحق في التعليم في القانون الدولي الإنساني، مجلة آداب ذي قار، جامعة ذي قار، العراق، ع31، أكتوبر 2018، ص184.

(30) تقرير منظمة اليونسكو بالتعاون مع الأونروا، تحت عنوان «التعليم الفلسطيني تحت الهجوم في غزة .. أسس الاستعادة والتعافي، مع التركيز على الحقوق والمسؤوليات في قطاع التعليم ومن خلاله»، منشور على الموقع التالي: /www.unrwa.org في سبتمبر 2004، آخر زيارة بتاريخ: 2025/9/5.

وفي تقرير منظمة الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف) حول «وضع التعليم في غزة»، منذ السابع من أكتوبر 2023، أكد التقرير «توقف جميع المدارس في قطاع غزة عن العمل بسبب الحرب، وعدم توافر بيئة آمنة للتعلُّم. وأن نحو 625 ألف طفل في غزة مُنعوا من الذهاب إلى المدرسة بشكل كامل، في العام الدراسي 2023 و2024؛ ما يعني فقدانهم سنة دراسية كاملة. وأن أعدادا كبيرة من المدارس إما تضررت، وإما دُمرت، وإما تُستخدَم ملاجئ للنازحين»[31].

أما فيما يخص مجلس الأمن، فحتى اللحظة لم يُصدر أي قرار أو تقرير مستقل ومخصص بالكامل لتقييم وضع التعليم في غزة. وعوضًا عن ذلك فقد صدر تقرير عن لجنة مستقلة تابعة لمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة عن الأراضي الفلسطينية[32]، يوضح أنه منذ 7 أكتوبر 2023 حتى فبراير 2025، تم تدمير المئات من المباني التعليمية، والتي تعرضت للهجوم والتلف، وأن التعليم قد توقف تمامًا في قطاع غزة، مع استمرار بعض برامج التعليم عبر الإنترنت، لكنها لم تعوّض عن النظام التعليمي الكامل، ولا عن الروتين الحياتي الذي يوفره التعليم للأطفال وسط الظروف المعيشية القاسية، والتركيز على النجاة من الهجمات[33].

وفيما يخص جهود مجلس الأمن، بشكل عام، بشأن حماية التعليم؛ فقد أنشأ مجلس الأمن آلية للمراقبة والإبلاغ عن الانتهاكات التي تُرتَكب بحق الأطفال خلال النزاعات المسلحة، وذلك بناءً على القرار رقم 1612 الصادر عام 2005. هدف هذه الآلية هو تقديم معلومات متعلقة بالانتهاكات الجسيمة التي تستهدف الأطفال، بما في ذلك الاعتداءات على المؤسسات التعليمية.

وفي قراره رقم 2225 للعام 2015، عبّر مجلس الأمن عن قلقه الكبير تجاه الاستخدام العسكري للمدارس والمؤسسات التعليمية بصورة تخالف القانون الدولي؛ ما يجعل تلك المؤسسات أهدافًا مشروعة للهجمات العسكرية، ويعرض سلامة الأطفال للخطر. كما حث المجلس جميع الدول الأعضاء على اتخاذ إجراءات صارمة لمنع مثل هذه الممارسات من قبل القوات المسلحة. هذا التوجه أُعيد التأكيد عليه في القرار رقم 2427 الصادر عام

(31) تقرير منظمة اليونيسيف تحت عنوان: 45 ألف تلميذ في الصف الأول غير قادرين على بدء العام الدراسي الجديد في قطاع غزة، منشور على موقع يونيسيف: unicef.com ، بتاريخ: 2024/9/9، آخر زيارة بتاريخ: 2025/8/16.

(32) تقرير اللجنة الدولية المستقلة المعنية بالتحقيق في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية، وفي إسرائيل، التقرير الأممي عن التعليم المتأثر بالحرب، (26/A/HRC/59)، مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة والخمسون، 16 يونيو 2025. آخر زيارة بتاريخ: 2025/6/4.

(33) علي ملحم، التجريم الدولي للهجمات على المنشآت التعليمية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة جامعة تشرين، سورية، ع3، مارس 2023، ص289.

2018، مشددًا على ضرورة حماية المؤسسات التعليمية في أثناء النزاعات المسلحة.

ومن وجهة نظرنا، يظل مجلس الأمن غير قادر على وضع حد للانتهاكات الدولية التي تستهدف القطاع التعليمي وحق الطلاب في التعليم؛ فدوره يقتصر على الإدانة والدعوة إلى وقف هذه الانتهاكات، من دون اتخاذ أي خطوات فعّالة للمحاسبة. وفي ظل هذا التقاعس، لاتزال الهجمات مستمرة على مدارس غزة، ولايزال الطلاب محرومين من حقهم في التعليم بسبب نزوحهم عن أراضيهم ومساكنهم. وقد أصبحت الإدانة والاستهجان سياسة تقليدية ينتهجها مجلس الأمن، من دون أن تترك أي أثر إيجابي ملموس لحماية الحق في التعليم في أثناء النزاعات المسلحة.

الفرع الثاني

حماية التلاميذ والمعلمين في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني

تسهم النزاعات المسلحة في تعطيل العملية التعليمية؛ حيث يتعرض الطلاب والمعلمون لمخاطر جمة نتيجة لذلك. ومن هنا تأتي أهمية قواعد القانون الدولي الإنساني التي تهدف إلى ضمان استمرارية التعليم خلال النزاعات المسلحة، مع التركيز على توفير الحماية اللازمة للطلاب والمعلمين من أي اعتداءات. وتعتبر حماية الطلاب والمعلمين، بوصفهم مدنيين، أمرًا ضروريًّا[34]. فالحق في التعليم لا ينقطع، حتى خلال أوقات النزاعات المسلحة؛ نظرًا إلى ما يوفره التعليم من احتياجات مهمة، مثل إعادة تأهيل الأفراد، وتعزيز القدرة على التعبير عن الذات والطموحات. كما تساعد المدارس على تنمية مهارات عديدة لدى الطلاب[35].

تناولت اتفاقية جنيف الرابعة للعام 1949 الخاصة بحماية المدنيين خلال الحروب نصوصًا تُعنى بضمان الحق في التعليم؛ حيث نصت المادة (24) على توفير الحماية للأطفال الذين انفصلوا عن عائلاتهم أو فقدوا والديهم. وتفرض هذه المادة على الأطراف المتنازعة اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان استمرار التعليم للأطفال دون سن الخامسة عشرة. كما تشدد على أن يتم رعاية هؤلاء الأطفال من قبل أشخاص ينتمون إلى تقاليد ثقافية مشابهة لتقاليد والديهم.

أما بالنسبة إلى الأطفال الذين تجاوزوا سن الخامسة عشرة، أو أولئك الأطفال تحت هذه السن، والذين فقدوا عائلاتهم، أو انفصلوا عنهم، لأسباب لا تتعلق بالنزاعات كتنفيذ

(34) اتفاقية جنيف الرابعة، المادة (94).

(35) نضال محمد رشيد صالح، حماية الحق في التعليم أثناء النزاعات المسلحة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ع3، فبراير 2024، ص85.

حكم قضائي، فلا تشملهم هذه المادة[36].

كما تنص المادة (24) على مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق جهة الاحتجاز، خاصة فيما يتعلق بتعليم المحتجزين. وتشمل هذه الالتزامات تحقيق الضمانات اللازمة لضمان حصول المحتجزين على فرص تعليمية مناسبة، وتعزيز الأنشطة الذهنية، والتعليمية، والترفيهية، والرياضية للمعتقلين. كما أوجبت منح المعتقلين التسهيلات اللازمة لاستكمال دراستهم، أو بدء تعليم جديد يلبي احتياجاتهم.

وفي الوقت نفسه، أوجبت على الدول المتنازعة ضمان حق الأطفال والشباب في التعليم، والسماح لهم بالالتحاق بالمدارس، سواء داخل أماكن الاحتجاز أو خارجها، وذلك لحماية عملية التعليم – بجميع أشكالها – خلال فترة الاحتجاز أو الاعتقال، وذلك عبر اتخاذ الإجراءات الضرورية التي تكفل توفير التعليم بمستوياته وأنواعه المختلفة. وعليه لم تجز استخدام ظروف الاعتقال ذريعةً لحرمان المعتقلين من حقهم في التعليم في أثناء النزاعات المسلحة[37].

وتنص المادة (50) من اتفاقية جنيف الرابعة على مسؤولية دولة الاحتلال، بالتعاون مع السلطات الوطنية والمحلية، لتشغيل المنشآت الخاصة برعاية وتعليم الأطفال. وفي حال عجز المؤسسات المحلية عن القيام بهذه المهام، تُلزَم دولة الاحتلال باتخاذ التدابير لتوفير التعليم للأطفال الذين فقدوا آباءهم، أو انفصلوا عنهم، بسبب الحرب، مع ضمان وجود بديل لرعايتهم من المقربين أو الأصدقاء.

وفي المادة (77) من البروتوكول الإضافي الأول المُلحَق باتفاقيات جنيف للعام 1977، تم التشديد على توفير الحماية للأطفال في أثناء النزاعات المسلحة. وعلى الرغم من عدم صراحة النص، فإن الاتفاقية أوجبت على أطراف النزاع اتخاذ الخطوات اللازمة لتلبية احتياجات الأطفال بالعناية والرعاية؛ بما يشمل توفير المؤسسات والبنى التحتية الضرورية لضمان تعليمهم ونموهم وفقًا لأعمارهم وحالاتهم البدنية أو العقلية.

أما في البروتوكول الإضافي الثاني للعام 1977، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، فقد أكدت المادة الثالثة فقرة 4 (أ)، أهمية ضمان حصول الأطفال على الرعاية والمساعدة التي يحتاجون إليها، بما يشمل التعليم والتربية الدينية والأخلاقية،

(36) كريستين هوسلر وآخرون، حماية التعليم في ظروف انعدام الأمن والنزاعات المسلحة، <https://searchlibrary.ohchr.org/record/29993?v=pdf>، منشور بتاريخ: 2024/4/11، آخر زيارة بتاريخ: 2025/4/4.

(37) منشورات الهلال الأحمر، حماية الأطفال في النزاعات المسلحة تعد من أولويات اللجنة الدولية للصليب الأحمر. (www.icrc.org/ar/doc/resources/document/interview/children-interview, 11/7/2010)، آخر زيارة بتاريخ: 2025/9/2.

وذلك بما يتماشى مع رغبة آبائهم أو أولياء أمورهم.

وجاء في تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش «أن السلطات الإسرائيلية حرمت طلاب المدارس العامة في غزة من الكتب المدرسية، واللوازم الأساسية، مثل: الدفاتر والأقلام، وأن هناك صعوبة في الحصول على الأدوات الأساسية، مثل: الدفاتر الورقية، والتي تشكل عقبة أمام التلاميذ؛ حيث يضطر العديد منهم إلى تقاسم الكتب الدراسية مع زملائهم، أو تدوير الكتاب الواحد بين أكثر من طالب». وأكدت منظمة هيومن رايتس ووتش «أن الحصار الإسرائيلي يؤثر على كل أوجه الحياة في قطاع غزة، بل إنه يمنع الطُلاب من حيازة الاحتياجات الأساسية للتعليم»[38].

كما أن هناك عدة تقارير أممية رسمية صادرة تثبت استهداف البنية التحتية والمدارس في غزة، ومنع الطلاب من حقهم في التعليم، ومعاناة المؤسسات التعليمية من التدمير والتخريب نتيجة القصف الإسرائيلي؛ ما يؤدي إلى عزوف الطلاب عن الالتحاق بها بسبب المخاطر التي يواجُهونها، بحيث تصبح هذه المؤسسات غير صالحة للاستخدام التعليمي، وتتحول إلى مأوى للعائلات الفلسطينية المُهجَّرة[39].

من خلال الاستعراض السابق، يبرز بوضوح وجود نقص ملموس في النصوص الدولية المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، خصوصًا حماية حق التلاميذ والمعلمين وحماية التعليم.

وعلى الرغم من تزايد الانتهاكات المتعمدة فيما يتعلق بهذه القضية، لم يتم حتى الآن إقرار قواعد جديدة تُعنى بحق التلاميذ في التعليم. وهنا تبرز الحاجة الملحة إلى تطوير القانون الدولي الإنساني؛ بحيث يوفر حماية أكبر لحق الأطفال والشباب في الحصول على التعليم، سواء في أثناء النزاعات المسلحة الدولية، أو غير الدولية، أو في أثناء الاحتلال[40].

لذلك بات من الضروري أن تتضمن النصوص أحكامًا واضحة تشير – بشكل مباشر – إلى حماية المعلمين والتلاميذ في أثناء النزاع المسلح، وعدم الاعتماد على النصوص الحالية التي تتطرق بشكل عام لهذه الحماية، خاصة أن هناك ضعفًا في الإجراءات القضائية الدولية تجاه منتهكي حق التعليم، وهو أمر يتطلب معالجة عاجلة وشاملة.

(38) تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش، إسرائيل: ينبغي وضع حد لمنع إدخال احتياجات المدارس إلى قطاع غزة، (https://www.hrw.org, 2024/4/3)، آخر زيارة بتاريخ: 2025/7/12.

(39) تقرير الأمم المتحدة رقم 2728 الصادر لسنة 2024، والمتعلق بشأن وقف إطلاق النار في غزة.

(40) سوسن العاروري، واقع التعليم المدرسي في قطاع غزة ومجالات الدعم اللازمة أثناء وبعد الحرب، مجلة رابطة التربويين الفلسطينيين للآداب والدراسات التربوية والنفسية، ع6، رقم 14، ديسمبر 2024، ص85.

المبحث الثاني

حماية المؤسسات التعليمية في أثناء النزاعات المسلحة

يسعى القانون الدولي الإنساني إلى توفير الحماية للممتلكات والأعيان المدنية في أثناء النزاعات المسلحة. والمبدأ الأساسي – في هذا السياق – هو التمييز بين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية. وبناءً على ذلك، تتمتع المؤسسات التعليمية بالحماية وفقًا لمبدأ التمييز الذي ينطبق عليها، بوصفها أعيانًا مدنية.

كما أن الإضافة القيّمة للدكتور محمد حسن الأستاذ، في بحثه «الحق في التعليم وانتهاكاته في سياقات الحرب» (المشار إليه في هذه الدراسة)، والذي أكد ضرورة حماية الحق في التعليم، من خلال تطبيق اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، إلا أننا نود التوسع قي هذا المقام لتشمل دراستنا قواعد القانون الدولي الجنائي التي تتدخل لإدانة أي جرائم حرب تستهدف المؤسسات التعليمية، أو جرائم ضد الإنسانية، متى كانت الهجمات الموجَّهة ضد تلك المؤسسات ممنهجة وواسعة النطاق.

لذلك سوف نقسم المبحث الثاني إلى مطلبين:

المطلب الأول: حماية المؤسسات التعليمية في القانون الدولي الإنساني

المطلب الثاني: حماية المؤسسات التعليمية في القانون الدولي الجنائي

المطلب الأول

حماية المؤسسات التعليمية في القانون الدولي الإنساني

يحافظ القانون الدولي الإنساني على المدارس والجامعات؛ باعتبارها منشآت مدنية محمية لا يجوز استهدافها أو استخدامها لأغراض عسكرية. وينص هذا القانون على ضرورة الالتزام بمبدأي التمييز والتناسب؛ مما يُوجب الفصل بين الأهداف العسكرية والمدنية، ويمنع القيام بهجمات تؤدي إلى أضرار مفرطة للمجتمع المدني، بالمقارنة مع الفائدة العسكرية المُتوقَّعة. إضافة إلى ذلك، يُلزم الأطراف المتنازعة باتخاذ جميع التدابير الممكنة لتقليل الأضرار المحتملة لهذه المؤسسات التعليمية؛ لذلك كله ينقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين للعام 1949

الفرع الثاني: البروتوكولان الأول والثاني الملحقان باتفاقيات جنيف للعام 1977

الفرع الأول

اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين للعام 1949

تلزم المادة (50) من اتفاقية جنيف الرابعة للعام 1949 دولة الاحتلال «الاستعانة بالسلطات الوطنية والمحلية؛ لتشغيل المنشآت المُخصَّصة لرعاية الأطفال وتعليمهم... وتُوجب على دولة الاحتلال أن تتخذ إجراءات إعالة وتعليم الأطفال الذين يُتموا، أو افترقوا عن والديهم، بسبب الحرب، في حال عدم وجود قريب أو صديق يستطيع رعايتهم، على أن يكون ذلك بواسطة أشخاص من جنسيتهم ولغتهم ودينهم...»[41].

يمكن استنتاج الالتزامات القانونية المترتبة على دولة الاحتلال، من خلال هذه المادة، على النحو التالي:

1- ضمان استمرارية التعليم في المؤسسات التعليمية في ظل الاحتلال.

2- السماح بعمل المدارس من دون عوائق، ودعمها، أو على الأقل، عدم تعطيل عمل المؤسسات التعليمية، مع توفير تعليم يتماشى مع الهوية الثقافية والدينية للطفل.

3- حظر فرض مناهج تعليمية تمجد الاحتلال، ومنع محاولات غسل الدماغ السياسي أو الديني داخل المؤسسات التعليمية.

4- منع مصادرة المرافق التعليمية.

5- منع الاستيلاء على المؤسسات التعليمية أو تدميرها أو تعمد الإضرار بها.

---

(41) المادة (50): «تكفل دولة الاحتلال، بالاستعانة بالسلطات الوطنية والمحلية، حسن تشغيل المنشآت المخصصة لرعاية الأطفال وتعليمهم. وعليها أن تتخذ جميع التدابير اللازمة لتيسير التحقق من هوية الأطفال وتسجيل نسبهم. ولا يجوز لها بأي حال أن تغير حالتهم الشخصية أو أن تلحقهم بتشكيلات أو منظمات تابعة لها».

إذا كانت المؤسسات المحلية عاجزة وجب علي دولة الاحتلال أن تتخذ إجراءات لتأمين إعالة وتعليم الأطفال الذين يُتموا أو افترقوا عن والديهم بسبب الحرب، في حال عدم وجود قريب أو صديق يستطيع رعايتهم، على أن يكون ذلك – كلما أمكن – بواسطة أشخاص من جنسيتهم ولغتهم ودينهم. يكلف قسم خاص من المكتب الذي ينشأ وفقًا لأحكام المادة (136) باتخاذ جميع التدابير اللازمة لتحقيق هوية الأطفال الذين يوجد شك حول هويتهم. ويجب دائمًا أن تسجل المعلومات التي تتوافر عن والديهم أو أي أقارب لهم.

علي دولة الاحتلال ألا تعطل تطبيق أي تدابير تفضيلية فيما يتعلق بالتغذية والرعاية الطبية والوقاية من آثار الحرب تكون قد اتُخذت قبل الاحتلال لفائدة الأطفال دون الخامسة عشرة والحوامل وأمهات الأطفال دون السابعة.

6- حظر مصادرة ممتلكات المؤسسات التعليمية، مع الالتزام بإعادتها عند التوصل إلى اتفاق سلام.

7- ضمان محاسبة من ينتهك المرافق التعليمية، واتخاذ جميع الإجراءات القانونية اللازمة ضد المسؤولين عن تلك الانتهاكات.

8- تسهيل عمل المؤسسات المختصة برعاية الأطفال وتعليمهم، واتخاذ التدابير اللازمة لضمان حصولهم على التعليم والحماية من الإهمال.

9- حماية الأطفال باعتبارهم أكثر الفئات ضعفًا خلال فترات الاحتلال العسكري[42].

هذا واعتبرت اللجنة الدولية للصليب الأحمر أن المادة (50) تشكل حجر الأساس لحماية المؤسسات التعليمية، وحق الطفل في التعليم تحت الاحتلال. وأكدت أن أي تغيير قسري في التعليم يُعد انتهاكًا جسيمًا للاتفاقية، كما شددت اللجنة على أن الاحتلال مؤقت، ولا يمنح سيادة قانونية، وبالتالي لا تملك سلطة الاحتلال الاستيلاء على المؤسسات التعليمية، أو تدميرها، أو تعمد الإضرار بها[43].

وتشير وثيقة اليونيسف بعنوان «التعليم تحت الهجوم» إلى أن الاعتداءات على المدارس والطلاب والمعلمين تُعد انتهاكًا لحق الطفل في التعليم، وهو حق معترف به في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، والقانون الدولي الإنساني. وتؤكد الوثيقة ضرورة حماية المؤسسات التعليمية لضمان استمرارية التعليم، وتدعو إلى الالتزام بالقوانين الدولية التي تضمن حماية هذه المؤسسات من الهجمات والاستخدامات العسكرية؛ لما لذلك من دور في حماية حياة الأطفال، وضمان حقوقهم الأساسية في التعلم والنمو[44].

في 9 يوليو 2004، أصدرت محكمة العدل الدولية رأيًا استشاريًّا بشأن الجدار العازل الذي أقامته إسرائيل في الأراضي المحتلة. وقضت المحكمة بأن بناء الجدار في المناطق

(42) محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق، ص300.

(43) انظر تفسير الجنة الدولية للصليب الأحمر (International Committee of the Red Cross – ICRC).
ICRC Commentary on Article 50 of the Fourth Geneva Convention (Protection of children)
(التعليق القانوني الرسمي المتوافر في قاعدة بيانات القانون الدولي الإنساني التابعة للجنة الدولية الصليب الأحمر) ، لعام 1958.
https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-50/commentary/1958?utm_source=chatgpt.com.

(44) انظر وثيقة اليونيسيف تحت عنوان الوثيقة، Education under Attack، اليونيسيف (UNICEF)، موقع رسمي لليونيسيف حول حماية التعليم في النزاعات المسلحة، عام 2025،
https://www.unicef.org/education-under-attack?utm_source=chatgpt.com.

المحتلة يخالف القانون الدولي، خصوصًا المادة (50) من اتفاقية جنيف الرابعة التي تحمي المؤسسات التعليمية، والحق في التعليم في الأراضي المحتلة. وقد أدانت المحكمة إسرائيل، بوصفها القوة القائمة بالاحتلال، وأوضحت أنها ملزمة باحترام المادة (50) من اتفاقية جنيف الرابعة، والتي تركّز على حماية الأطفال في الأراضي المحتلة، وتتضمن التزامات بخصوص رعاية وتعليم الأطفال. في سياق حكم محكمة العدل الدولية، تم التشديد على التزامات إسرائيل بحماية حقوق الأطفال، وعدم التأثير سلبًا على مؤسسات التعليم والرعاية المعرفية للأطفال. وأوضحت المحكمة أن بناء الجدار، واحتلال مناطق فلسطينية جديدة، يؤثر – بشكل مباشر – على الحق في التعليم والرعاية التعليمية[45].

ومنذ عام 2004 (تاريخ إصدار المحكمة رأيها الاستشاري) وحتى تاريخ 7 أكتوبر 2023 وما أعقبه من وقائع، لاتزال فلسطين المحتلة، وقطاع غزة بالتحديد، مثالًا واقعيًا على الانتهاكات الصارخة والمباشرة لنص المادة (50)، والتي تمثلت في إغلاق مدارس، ومنع الوصول إليها، واعتقال أطفال في سن التعليم، وتغيير المناهج التعليمية.

وعلى الرغم من كل ذلك تستمر المؤسسات التعليمية في استقبال الطلاب في غزة، بجهود كبيرة من المجتمع المحلي والمنظمات الدولية؛ حيث يستمر التعليم عبر الراديو، والتعليم الرقمي عبر الإنترنت، وكذلك التعليم المجتمعي في صالات المخيمات والملاجئ التي تحولت إلى فصول دراسية بديلة، واستخدام نظام المدارس المتنقلة والتعليم الذاتي، وكل ذلك يعتبر شكلًا من أشكال البطولة والصمود والحفاظ على الحق في التعليم، في ظروف شديدة الصعوبة.

الفرع الثاني

البروتوكولان الأول والثاني الملحقان باتفاقيات جنيف لعام 1977

البروتوكولان الإضافيان الأول والثاني لعام 1977 المُلحقان باتفاقيات جنيف يُعدّان من أبرز مصادر القانون الدولي الإنساني الحديث؛ حيث يحتويان على قواعد جوهرية تُعنى بتعزيز حماية المؤسسات التعليمية، وضمان الحق في التعليم خلال النزاعات المسلحة، سواء كانت دولية أو غير دولية، كما يوفران للأطفال حماية خاصة تشمل رعايتهم وتعليمهم[46].

(45) International Court of Justice Legal Consequences of The Construction of A Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request For An Advisory Opinion) I.C.J. Reports (30 January 2004), available at: https://www.un.org/.

(46) United Nations Secretary-General: Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict, UN Doc. A/68/878–S/2014/339, 15 May 2014, paras. 29-33.

تُمثل المادة (52) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 إحدى الدعائم الأساسية لحماية الحق في التعليم خلال النزاعات المسلحة، على الرغم من عدم النص عليها بشكل مباشر؛ فقد أرست هذه المادة مبدأ الحماية العامة للممتلكات المدنية، واعتبرت أن جميع الأعيان التي لا تُسهم – بشكل فعّال – في العمليات العسكرية مدنية، وبالتالي يحظر استهدافها. وضمن هذا السياق، تشمل هذه القاعدة المؤسسات التعليمية، مثل: المدارس والجامعات. كما عززت المادة مبدأ افتراض الطابع المدني، بحيث يُفترَض في حالة الشك، أن المنشأة مدنية؛ مما يضفي حماية قانونية مُشدَّدة على المؤسسات التعليمية، ويحدّ من استهدافها بشكل غير قانوني.

وبذلك، تؤدي المادة (52) دورًا محوريًّا في حماية البنية التحتية التعليمية، وضمان استمرارية العملية التعليمية، وهو ما يُعدّ شرطًا أساسيًّا لحماية الحق في التعليم، خصوصًا بالنسبة إلى الأطفال الذين يحظون بحماية خاصة وفق القانون الدولي الإنساني. من هنا، تُعتبر هذه المادة أساسًا قانونيًّا غير مباشر، لكنها ذو أهمية كبيرة في تعزيز وصون الحق في التعليم في أثناء فترات النزاع المسلح بين الدول[47]. وتشير تقارير الأمين العام للأمم المتحدة إلى جملة من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الأطفال في التعليم، والتي تستلزم مساءلة جنائية دولية على مرتكبيها[48].

وقد أيَّد مجلس الأمن هذا النهج، عبر قرارات متعددة أدانت الهجمات على المؤسسات التعليمية وأكدت وجوب حمايتها، لا سيما القرار رقم 1998 لعام 2011، والقرار رقم 2601 لعام 2021، اللذين شددا على ضرورة الحفاظ على الطابع المدني للمدارس، ومنع استخدامها لأي أغراض عسكرية[49].

ويتضح من خلال هذا التكامل بين القانون الدولي الإنساني وتقارير الأمم المتحدة أن حماية التعليم في أثناء النزاعات المسلحة، أصبحت أكثر من مجرد التزام إنساني؛ فهو الآن التزام قانوني دولي، يستلزم مساءلة جادة عند انتهاكه على الصعيدين الدولي والجنائي.

المادة (77) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف للعام 1977 تلزم أطراف النزاع باتخاذ التدابير اللازمة لتلبية احتياجات الأطفال من عناية ورعاية. يشمل ذلك

(47) United Nations Security Council: Resolution 1998 (2011), UN Doc. S/RES/1998 (2011), paras. 3-6.

(48) United Nations Secretary-General: Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict, UN Doc. A/75/873–S/2021/437, 6 May 2021, paras. 17-21.

(49) United Nations Security Council: Resolution 1998 (2011), UN Doc. S/RES/1998 (2011), paras. 3-6.

تأمين المرافق والمؤسسات الضرورية لتعليمهم ونموهم، بما يتناسب مع أعمارهم. كما تمنع هذه المادة إشراك الأطفال في الأعمال العدائية، وتدعو إلى إبقائهم ضمن البيئة الآمنة؛ بما يتيح لهم الاستمرار في التعليم، ويحول دون انقطاعهم القسري عنه. وتتكامل هذه الحماية مع أحكام المادة (52) المتعلقة بحماية المدارس باعتبارها أعيانًا مدنية، بما يعكس اتجاهًا واضحًا في القانون الدولي الإنساني نحو اعتبار حماية تعليم الأطفال التزامًا قانونيًا على أطراف النزاع، وليس مجرد تدبير إنساني اختياري[50].

كما أن المادتين (51) و(57) تحظران الهجمات العشوائية التي قد تُلحق أضرارًا مفرطة بالمدنيين أو بالأعيان المدنية، بما فيها المدارس. وتفرضان اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنب المساس بالمؤسسات التعليمية[51].

وأخيرًا تُبرز المادة (78) من البروتوكول الإضافي الأول للعام 1977 مدى اهتمام القانون الدولي الإنساني بضمان حق الأطفال في متابعة تعليمهم خلال النزاعات المسلحة؛ ففي حين تمنح المادة (77) حماية عامة للأطفال، تأتي المادة (78) بطابع عملي تطبيقي؛ حيث تلزم أطراف النزاع باتخاذ تدابير خاصة لحماية الأطفال المتأثرين بالنزاع، وضمان حصولهم على التعليم، سواء كانوا يعانون – مباشرة – آثار العنف، أو تم فصلهم عن أسرهم. وترسخ هذه المادة قاعدة واضحة تُلزم الأطراف المتنازعة باتخاذ خطوات إيجابية لحماية المؤسسات التعليمية، وضمان استمرارية التعليم للأطفال.

أما فيما يخص البروتوكول الإضافي الثاني للعام 1977 (المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية)، فتنص الفقرة 3/4 (أ) على الالتزام من قِبل الدول الأطراف باتخاذ كل التدابير الممكنة لضمان تقديم الرعاية والتعليم للأطفال إلى أقصى حد ممكن، بما في ذلك الأطفال المتأثرون بالنزاعات المسلحة. ويضمن النص القانوني استمرار العملية التعليمية حتى في حالات الطوارئ، كما يرسخ المسؤولية الملقاة على الدول وأطراف النزاع في حماية المدارس، وضمان الحق في التعليم؛ ما يجعل التعليم عنصرًا أساسيًا لا ينفصل عن حماية الطفل وحقوقه الأساسية خلال فترات النزاعات المسلحة.

وتوضح الفقيهة فان بويرن أن المادة (3/4) (أ) «هي الأساس القانوني الأهم الذي يلزم الدول وأطراف النزاع باتخاذ جميع التدابير الممكنة لضمان استمرار تعليم الأطفال في

(50) Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol.I: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp.150-155, 162-167.

(51) Yves Sandoz, Christophe Swinarski, and Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (ICRC, Geneva, 1987), Commentary on Article 78, paras. 2080-2100.

حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة، معتبرة أن التعليم جزء لا يتجزأ من الرعاية الخاصة بالطفل»[52].

وتنص المادة (14) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 على منع استهداف الأعيان الضرورية لحياة السكان المدنيين، وهو مبدأ أساسي لتعزيز حماية المدارس خلال النزاعات المسلحة غير الدولية. وتمثل المدارس عنصرًا حيويًّا في البنية التحتية التي تدعم حق الأطفال في التعليم؛ ما يجعل استهدافها بشكل متعمد انتهاكًا خطرًا للقانون الدولي الإنساني. كما تضمن هذه المادة سلامة المؤسسات التعليمية، وتؤكد حماية الأطفال وحفظ حقهم في التعليم[53].

وفي الختام تنص المادة (13) من البروتوكول الإضافي الثاني للعام 1977 على ضرورة احترام السكان المدنيين وحمايتهم من أي أعمال عنف، بما في ذلك حماية ممتلكاتهم المدنية. وتكتسب هذه المادة أهمية خاصة في ضمان الحق في التعليم؛ حيث تُعد المدارس من بين الممتلكات المدنية الأساسية التي تضمن استمرار العملية التعليمية. ويُحظَر استهداف المدارس غير المستخدمة لأغراض عسكرية؛ ما يعكس التزام القانون الدولي الإنساني بحماية الأطفال والمدنيين، وضمان استمرار تعليمهم خلال النزاعات غير الدولية. ويهدف ذلك إلى تثبيت التعليم كحق أساسي لا يمكن المساس به في أثناء النزاعات المسلحة[54].

وأوضح تقرير صادر عن منظمة اليونسكو، حول تأثير النزاع على القطاع التعليمي في غزة، أن استهداف إسرائيل المدارس، أو استخدامها لأغراض عسكرية، يمثل انتهاكًا صريحًا للقانون الدولي الإنساني، ما يعرّض العملية التعليمية لخطر كبير. ودعت المنظمة إلى وقف الهجمات فورًا على المدارس، وضمان حماية الطلاب والمعلمين[55]. كما أفادت منظمة اليونيسيف، في تقرير آخر، بأن أكثر من 95% من مدارس غزة تعرضت لأضرار جزئية أو كلية منذ بداية النزاع؛ ما أدى إلى تعطيل التعليم لعشرات الآلاف من الأطفال. وأكدت المنظمة ضرورة احترام القانون الدولي الإنساني، وحثّت على حماية المدارس

(52) Geraldine Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, 3rd ed., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2008, pp.101-108.

(53) UNICEF, Education under Attack: What the Evidence Says, New York, 2018, pp.15-23.

(54) UN Secretary-General, Report on Children and Armed Conflict, UN Doc. A/75/873–S/2021/437, 6 May 2021, paras. 18-22.

(55) تقرير منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) حول تأثير النزاع على قطاع التعليم في غزة، موثقًا أضرار المدارس، دعوة إلى وقف الهجمات، وضرورة احترام القانون الدولي الإنساني لحماية الأطفال والمعلمين.

https://www.unesco.org/en/gaza/education

باعتبارها مناطق آمنة ومحمية. وأشارت في تقرير حديث إلى أن 45،000 (خمسة وأربعين ألف) طفل – على الأقل – لم يتمكنوا من بدء العام الدراسي بسبب استمرار الأزمة، بينما انضم أكثر من 625،000 (ستمائة وخمسة وعشرين ألف) طفل إلى قائمة أولئك المحرومين من التعليم.

وتوضح تقارير الأمم المتحدة أن معظم مدارس غزة في حاجة إلى عملية إعادة بناء أو ترميم كاملة قبل استئناف الدراسة، مشيرة إلى أن تعطيل التعليم له تأثيرات نفسية واجتماعية خطرة على الأطفال وحياتهم اليومية. وطالبت المجتمع الدولي بإزالة العراقيل لتسهيل وصول المساعدات التعليمية الضرورية.

من جهة أخرى، أدان خبراء أمميون الهجمات المتكررة التي تتعرض لها مدارس وكالة الأونروا، والتي تؤوي العائلات النازحة في غزة، مشددين على أن تلك الاعتداءات تُعتبر انتهاكًا واضحًا لحق الأطفال في بيئة تعليمية آمنة، كما أنها تعكس استمرار الخروقات للقوانين الإنسانية الدولية[56].

المطلب الثاني

حماية المؤسسات التعليمية في القانون الدولي الجنائي

يُصنِّف نظام روما الأساسي الاعتداء على المؤسسات التعليمية، وقتل الأطفال، واستخدامهم في الحرب[57]، ومنعهم من الحصول على التعليم، إلى جانب استهداف المعلمين والأساتذة، كأحد الانتهاكات الجسيمة لقوانين وأعراف النزاعات المسلحة؛ فعملية تدمير المدارس لا تتعلق فقط بإلحاق الضرر بالبُنى المادية، لكنها تحمل أبعادًا أكثر بكثير، إذ تمثل هجومًا مباشرًا على مستقبل المجتمع وحق أجياله في التعلم والنمو، كما أن القتل والترويع اللذين يُمارسان ضد الأطفال يُعدّ انتهاكًا صارخًا للكرامة الإنسانية والتزامات العالم تجاه قيم الإنسانية، ويُعتبر استهداف المدارس جريمة حرب، وجريمة ضد الإنسانية، وفق نظام روما متى ما استوفت هذه الأفعال شروطها القانونية.

(56) بيان لليونيسف يشير إلى أن النزاع حرم ما لا يقل عن 45،000 طفل من الالتحاق بالمدارس في بداية العام الدراسي، ويؤكد أن أكثر من 625،000 طفل حُرموا من التعليم بسبب النزاع.
https://www.un.org/unispal/document/unicef-press-release-09sep24.

(57) أصدرت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية حكمها في 14 مارس 2012 بإدانة توماس لوبانغا بارتكاب جريمة حرب تتعلق بتجنيد الأطفال واستخدامهم في النزاع المسلح، وذلك استنادًا إلى المادة (8) من نظام روما الأساسي. وقد كانت هذه أول إدانة في التاريخ أمام المحكمة الجنائية الدولية.
International Criminal Court, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Rome Statute, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, paras. 602-604.

لذلك من المهم تقسيم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية يُعتبر جريمة حرب

الفرع الثاني: استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية يُعتبر جريمة ضد الإنسانية

الفرع الأول

استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية يُعتبر جريمة حرب

توضح المادة (8) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مجموعة الأفعال المُرتكبَة في أثناء النزاعات المسلحة، والتي يمكن اعتبارها جرائم حرب، وتهدف هذه المادة إلى لفت انتباه القادة العسكريين إلى وجود جرائم دولية يمكن أن توجَّه إليهم في حال انتهاك حماية المدنيين والممتلكات الحيوية مثل المدارس، والمؤسسات التعليمية، والمستشفيات، والمرافق الأساسية، والقيام بالهجمات الانتقامية أو العشوائية التي تسبب معاناة واسعة النطاق[58].

واستنادًا إلى اتفاقيات جنيف للعام 1949، والبروتوكول الإضافي الأول للعام 1977، بالإضافة إلى أحكام نظام روما الأساسي، يُعد استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية جريمة حرب إذا تحقَّق أيٌّ من الحالات التالية:

1- أي هجوم على المدارس التي تُستخدَم حصريًّا للتعليم المدني يعتبر استهدافًا مباشرًا لموقع مدني؛ مما يشكل جريمة حرب[59].

2- إذا استُخدمت المدرسة لأغراض عسكرية، لكنها تعرضت للهجوم من دون مراعاة القواعد المنصوص عليها في القانون الدولي، ويُعتبر الهجوم جريمة حرب في الحالات التالية:

- غياب الضرورة العسكرية للهجوم.

(58) Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol.I, Cambridge University Press, 2005, pp.25-30, 139-142.

(59) في حكم Prosecutor v. Germain Katanga، أكّد المدعي العام أن الأفعال المرتكبة خلال الهجوم على قرية بوجورو تشكّل جرائم حرب بموجب المادة (8) من نظام روما، ولا سيما القتل العمد، والهجوم على السكان المدنيين، وتدمير الممتلكات، والنهب، وأن جيرمين كاتانغا أسهم عمدًا في ارتكابها، عبر تقديم دعم جوهري للجماعة المسلحة، مع علمه بطبيعة الهجوم؛ مما يحمّله مسؤولية جنائية كمساهم في هذه الجرائم.
International Criminal Court, Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to Article 74 of the Rome Statute, ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, paras. 897–904.

- عدم الالتزام بمبدأ التناسب، أي إذا تجاوزت الخسائر المحتملة في صفوف المدنيين المكاسب العسكرية المتوقعة.
- عدم اتخاذ الاحتياطات الكافية لتقليل الضرر الذي قد يلحق بالمدنيين.

3- إذا كان الهجوم موجَّهًا عمدًا ضد الأطفال أو المعلمين أو الموظفين الموجودين داخل المؤسسة التعليمية؛ ما يجعل الحادثة تُصنَّف كجريمة حرب.

4- وجود نمط منهجي ومقصود يستهدف المدارس أو الجامعات كجزء من استراتيجية تدمير منظمة[60].

استنادًا إلى نص المادة (8/2/ب/9) من نظام روما الأساسي؛ فإن «تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للتعليم... مادامت لا تُستخدَم لأغراض عسكرية» يُعتبر جريمة حرب بشكل صريح.

المادة (8) تعتمد بوضوح على اتفاقيات جنيف الأربع للعام 1949، والبروتوكولات الإضافية للعام 1977 كأساس قانوني لتحديد الأعمال المحظورة في النزاعات المسلحة، فهي لا تقتصر فقط على حماية الأفراد، بل تمتد لتشمل الممتلكات الحيوية لبقاء المدنيين، مثل المدارس والمستشفيات ومصادر المياه[61]. والغاية الأساسية للمادة الثامنة هي إنشاء آلية دولية لمساءلة مجرمي الحرب خلال النزاعات المسلحة ومنع إفلاتهم من العقاب[62]؛ حيث أوضحت هذه المادة أن جريمة الحرب تشمل الهجمات المتعمدة ضد المدنيين والأعيان المدنية، ويتضمن ذلك قتل المدنيين عمدًا، واستهداف الممتلكات المدنية غير الضرورية للأغراض العسكرية، والهجمات على المدارس والمستشفيات باعتبارها منشآت محمية؛ لذلك فإن تدمير المدارس، وارتكاب جرائم بحق التلاميذ والمعلمين – عن قصد وبشكل ممنهج – يُصنَّف كجريمة حرب تخضع للمحاسبة القانونية الدولية بموجب المادة الثامنة.

(60) Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977, ICRC, 1987, Commentary on Article 52, paras. 2017–2047.

(61) في حكم Prosecutor v. Bosco Ntaganda، أكد المدعي العام أن الأفعال المرتكبة تشكّل جرائم حرب بموجب المادة (8) من نظام روما، شملت الهجوم المتعمد على المدنيين، والقتل، والعنف الجنسي، وتجنيد الأطفال، والتدمير والنهب، وأن بوسكو نتاغاندا ارتكبها أو أمر بها بصفته قائدًا عسكريًّا مع علمه بطبيعتها، بما يثبت مسؤوليته الجنائية المباشرة عنها.
International Criminal Court, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, ICC-01/04-02/06, 8 July 2019, paras. 919-923, 1034-1037.

(62) William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 2017, pp. 89-94, 110-115.

غالبًا ما تكون الهجمات ضد المدارس، وقتل الأطفال والمعلمين، جزءًا من سياسات أو خطط ممنهجة تستهدف تعطيل التعليم وترهيب المجتمع المدني. هذه الهجمات لا تُنفَّذ بشكل عشوائي، بل تأتي نتيجة نية واضحة لإلحاق الضرر بالمدنيين، وحرمان الأطفال من حقوقهم الأساسية في التعليم. إلى جانب الضرر المباشر للبنية التحتية التعليمية نتيجة التدمير، تؤدي هذه الجرائم إلى تهجير الطلاب والمعلمين، وتعطيل العملية التعليمية بكاملها، وهو ما يمكن اعتباره جزءًا ماديًّا من الجريمة التي تستهدف المجتمع بأسره. كما أن الآثار الإنسانية لهذه الجرائم جسيمة جدًّا؛ حيث يعاني الأطفال من فقدان حقهم الأساسي في التعليم، ويتأثر المجتمع بفقدان دور المدارس كمراكز للتعليم والأمان[63].

ختامًا؛ إن استهداف المدارس، وإلحاق الضرر بالتلاميذ والمعلمين، يشكل انتهاكًا خطرًا للقانون الدولي الإنساني، ويُعد جريمة حرب بموجب المادة الثامنة من نظام روما الأساسي. ويقع على عاتق المجتمع الدولي مسؤولية قانونية وأخلاقية لضمان الحفاظ على المدارس كمناطق آمنة ودعم حق الأطفال في التعليم[64] في قطاع غزة، بعد التدمير واسع النطاق للمؤسسات التعليمية من قبل القوات الإسرائيلية، بما في ذلك المدارس التابعة لوكالة الأونروا، وهو ما يُعد انتهاكًا واضحًا للمادة (52) من البروتوكول الإضافي الأول، بالإضافة إلى تعارضه مع مبدأ التناسب المنصوص عليه في القانون الدولي الإنساني العرفي[65]. وتُظهر الوقائع الضرر المفرط الواقع على المدنيين الفلسطينيين. وعليه، فإن مثل هذه الأفعال قد تُعتبر جرائم حرب تتطلب فتح تحقيقات ومساءلة جنائية على المستوى الدولي[66].

(63) Marco Sassòli, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions, Edward Elgar, 2019), pp. 233-238.

(64) في حكم Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi، أكد المدعي العام أن تدمير الأضرحة والمباني الدينية والتاريخية في تمبكتو شكّل جريمة حرب بموجب المادة (8) من نظام روما؛ لأنه كان هجومًا متعمدًا على أعيان ثقافية ودينية محمية، وأن المتهم شارك عمدًا في التخطيط والتنفيذ، مع علمه بالطابع المدني والمشمول بالحماية لهذه المواقع.
International Criminal Court, Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15, 27 September 2016, paras. 28–32. 99104

(65) حسام عبدالخالق الشيخة، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص162.

(66) صبرينة خلف الله، جرائم الحرب أمام المحاكم الجنائية الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسطنطينية، الجزائر، ع6، أكتوبر 2007، ص232.

الفرع الثاني

استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية يُعتبر جريمة ضد الإنسانية

استنادًا إلى المادة (7) من نظام روما الأساسي، يمكن اعتبار تدمير المؤسسات التعليمية، جريمة ضد الإنسانية في حال توافر عدة عناصر[67]:

أولًا: أن يكون الهجوم على نطاق واسع أو منهجيًّا، وأن يكون جزءًا من سياسة أو خطة مقصودة تستهدف المدنيين[68].

ثانيًا: وجود نية مسبقة لاستهداف المدنيين وحرمانهم من حقوقهم الأساسية مثل التعليم؛ فاستهداف المدارس، وتحويلها لأغراض عسكرية، وتعطيل العملية التعليمية يعكس النية الإجرامية بشكل واضح.

ثالثًا: تُعرف المادة (7) فقرة 2 (ز) العنصر المادي للجرائم ضد الإنسانية (الاضطهاد) بأنه حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرمانًا متعمدًا وشديدًا من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي، وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع، والتدمير المتعمد للمؤسسات التعليمية يُعد انتهاكًا جسيمًا لحق أساسي من حقوق الإنسان[69].

وتُعرِّف المادة (7) الجرائم ضد الإنسانية بأنها أفعال تُرتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو ممنهج ضد السكان المدنيين. وتؤكد أن القانون الدولي يحمي الحقوق الأساسية للأفراد، ومنها الحق في التعليم الذي يُعد جوهريًّا لتنمية الأفراد والمجتمعات. كما تنص المادة على أن الهجمات الممنهجة ضد المدنيين، بما يشمل المؤسسات التعليمية، مثل المعاهد والمدارس، هي اعتداء خطر يخرق قواعد القانون الدولي، ويحرم الأطفال من بيئة تعليمية آمنة[70].

إن التدمير المتعمد للمؤسسات التعليمية يترتب عليه حرمان الأطفال من التعليم؛ مما يؤدي إلى تداعيات طويلة الأجل تعيق التنمية المجتمعية بأكملها[71]؛ لذلك جاءت

(67) محيي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، ع6، يناير 1964، 510.

(68) علي النامي وثقل العجمي، الوجيز في حقوق الإنسان، ط1، د. ن، 2014، ص278.

(69) المادة (7)، الجرائم ضد الإنسانية، الفقرة 1 لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية «جريمة ضد الإنسانية» متى ارتُكب في إطار هجوم واسع النطاق، أو منهجي، موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم: الفقرة 2، (ز) يعنى «الاضطهاد» حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرمانًا متعمدًا وشديدًا من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي، وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع.

(70) رشيد العنزي، القانون الدولي العام ودراسة خاصة عن موقف القانون الدولي من الاحتلال العراقي لدولة الكويت، ط5، د. ن، دولة الكويت، 2018، ص540.

(71) شريف عتلم، المحكمة الجنائية الدولية – المواءمات الدستورية والتشريعية، ط1، د. ن، القاهرة، 2008، ص222.

البروتوكولات الإضافية لاتفاقيات جنيف لتعزز حماية المدارس والمؤسسات المدنية خلال النزاعات المسلحة؛ مما يجعل تدميرها أو استغلالها لأغراض عسكرية تصرفًا لا يقتصر أثره على الضرر المادي أو العسكري، بل يتخطاه ليُصنف كجريمة ضد الإنسانية متى ما نُفّذ كجزء من هجوم ممنهج ضد المدنيين. ويتيح هذا التعريف للمجتمع الدولي مقاضاة المسؤولين عن هذه الأعمال أمام المحكمة الجنائية الدولية[72].

وفي غزة، نتج عن تدمير المؤسسات التعليمية، حرمان الأطفال من التعليم؛ حيث استُهدفت المدارس، وتعرض الطلاب والمعلمون للاعتداء ضمن هجمات منظمة ضد المدنيين.

في الختام، من اللافت أن المحكمة الجنائية الدولية كانت قد شرعت في تحقيق رسمي بشأن الجرائم المرتكبة في غزة، بما في ذلك جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، إضافة إلى ما يرتبط بالوضع العام في فلسطين. يأتي هذا التحقيق ضمن إطار أوسع بدأ منذ عام 2021 لتقصي الادعاءات المتعلقة بارتكاب جرائم في الأراضي الفلسطينية، بما فيها قطاع غزة[73]. وفي نوفمبر 2023، تلقى مكتب المدعي العام إحالات من خمس دول، هي: جنوب إفريقيا، وبنغلاديش، وبوليفيا، وجزر القمر، وجيبوتي، لدراسة ضم مسألة العدوان الإسرائيلي على غزة بعد 7 أكتوبر، ضمن التحقيق المفتوح سابقًا. وأكد المدعي العام حينها أن المكتب يعكف على التحقيق في هذه الوضعية[74].

في الفترة بين العامين 2024 و2025، استمر التحقيق نفسه على الرغم من محاولات إسرائيل اعتراض اختصاص المحكمة. وأخيرًا، أصدرت محكمة الاستئناف الجنائية الدولية قرارًا يدعم استمرار هذا التحقيق؛ مما يثبت أن التحقيقات المتعلقة بالجرائم المزعومة في غزة، بعد أكتوبر 2023، لاتزال جارية بشكل رسمي[75].

---

(72) علي عبدالقادر القهوجي، القانون الجنائي الدولي – أهم الجرائم الدولية والمحاكم الجنائية الدولية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص20.

(73) انظر رابط فتح التحقيق منذ 3 مارس 2021، وتشمل غزة والضفة الغربية والموقع الإقليمي للاختصاص.
International Criminal Court< https://www.icc-cpi.int/palestine، آخر زيارة بتاريخ: 2025/9/2.

(74) ا انظر رابط الأوامر المرتبطة بتحقيق جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية في غزة/ فلسطين.
International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/victims/state-palestine،
آخر زيارة بتاريخ: 2025/9/2.

(75) انظر رابط قرار تأكيد اختصاص المحكمة على الضفة الغربية والقدس الشرقية وقطاع غزة كمكان يمكن للمحكمة ملاحقة الجرائم بموجبه.
International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180923d48.pdf
آخر زيارة بتاريخ: 2025/9/2.

الخاتمة

في ختام هذا البحث حول الحق في التعليم في إطار القانون الدولي الإنساني، يتضح أن التعليم لا يمثل مجرد حق اجتماعي أو ثقافي، بل يشكل حقًا إنسانيًا جوهريًا يرتبط ارتباطًا وثيقًا بكرامة الإنسان وحماية الأجيال المقبلة. وقد حظي هذا الحق باهتمام خاص من قبل القانون الدولي الإنساني، خاصةً في سياق النزاعات المسلحة؛ حيث تركزت الجهود على حماية المدنيين والبنية التحتية المدنية، بما في ذلك المؤسسات التعليمية. كما تم التأكيد على تجريم استهداف هذه المؤسسات.

أبرز البحث أن الاعتداء الممنهج على التعليم أو تعطيله – بما يشمل تدمير المدارس، أو إيذاء المعلمين والتلاميذ، أو منع الأطفال من الالتحاق بالتعليم الآمن – قد يرقى إلى مستوى جرائم حرب، أو جرائم ضد الإنسانية، في ظروف معينة إذا وقع ضمن هجوم واسع النطاق أو ممنهج ضد المدنيين.

أولًا: النتائج

1- الحق في التعليم هو حق إنساني أساسي يتمتع بحماية القانون الدولي الإنساني.

2- تدمير المؤسسات التعليمية يعتبر خرقًا خطرًا لقواعد النزاعات المسلحة.

3- تدمير التعليم أو تعطيله المتعمد يُشكل في بعض الحالات جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، كما هي الحال في قطاع غزة.

4- هناك فجوة كبيرة بين النصوص القانونية الدولية التي تكفل حماية التعليم وبين الواقع العملي في أثناء النزاعات المسلحة.

5- الانتهاكات المتعلقة بالحق في التعليم تسهم في إطالة أمد الصراعات، وتعوق جهود تحقيق السلام وإعادة الإعمار والتنمية المستدامة.

ثانيًا: التوصيات

1- تشجيع التعاون الدولي لإعادة بناء المؤسسات التعليمية المتضررة في قطاع غزة، وضمان استمرار العملية التعليمية بعد العدوان الإسرائيلي.

2- تضمين أحكام حماية التعليم ضمن القوانين الوطنية والعسكرية، وبرامج تدريب العسكريين.

3- تفعيل آليات محاسبة وطنية ودولية لضمان عدم إفلات مرتكبي الجرائم ضد التعليم من العقاب؛ حيث أُدين شارلز تايلور بسبب الاعتداء على البنية المجتمعية التعليمية في سيراليون.

4- توثيق الانتهاكات المتعلقة بالحق في التعليم، وإدراجها ضمن تقارير حقوق الإنسان.

5- دعم دور المحكمة الجنائية الدولية لمعاقبة الانتهاكات الجسيمة للحق في التعليم، مثلما حدث مع دومينيك أونجين الذي أُدين بجرائم حرب متعلقة بحرمان الأطفال من التعليم.

6- ضرورة تفعيل التعليم البديل: التعليم عبر الراديو، والتعليم الرقمي عبر الإنترنت، وكذلك التعليم المجتمعي، واستخدام نظام المدارس المتنقلة والتعليم الذاتي خلال النزاعات المسلحة.

7- محاكمة إنشاء محاكم جنائية خاصة في حال الانتهاك الجسيم وتدمير البنية التحتية التعليمية، مثل: المحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا والتي حاكمت راتكو ملاديتشن ورادوفان على جرائم الحرب التي ارتكبوها خلال حرب البوسنة والهرسك.

8- بات من الضروري أن تتضمن الصكوك الدولية أحكامًا واضحة تشير – بشكل مباشر – إلى حماية المعلمين والتلاميذ في أثناء النزاع المسلح.

قائمة المراجع

أولًا: باللغة العربية

1 – الكتب

- حسام عبدالخالق الشيخة، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970.
- محمود عبدالحليم منسي، التعلم – المفهوم – النماذج – التطبيقات، ط2، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 2003.
- نافع الدنيني، دور الأمم المتحدة في رعاية حقوق الإنسان، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2015.
- عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، ب. ط، وحدة الطباعة والإنتاج الفني في المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، 1997.
- عبدالوهاب الشيشاني، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة، ط1، مطابع الجمعية العلمية الملكية، عمان – الأردن، 1980.
- علي النامي وثقل العجمي، الوجيز في حقوق الإنسان، ط1، د. ن، دولة الكويت، 2014.
- علي عبدالقادر القهوجي، القانون الجنائي الدولي – أهم الجرائم الدولية والمحاكم الجنائية الدولية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- رشيد العنزي، القانون الدولي العام ودراسة خاصة عن موقف القانون الدولي من الاحتلال العراقي لدولة الكويت، ط5، د. ن، 2018.
- محمد بشير الشافعي، القانون الدولي العام في السلم والحرب، ط4، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1979.

- شارل زور غبيب، الحرب الأهلية، تعريب: أحمد برو، ط1، منشورات عويدات، بيروت، 1981.
- شريف عتلم، المحكمة الجنائية الدولية – المواءمات الدستورية والتشريعية، ط1، د. ن، القاهرة، 2008.

2- الأبحاث العلمية

- أمل يازجي، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج1، ع1، أبريل 2004.
- زردومي محمد، معنى التعلم وإشكاليات التعليم في ظل التحولات المحلية والرهانات المستقبلية، بحث منشور على https://wordpress.com، بتاريخ 10 سبتمبر 2025.
- محيي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، ع6، يناير 1964.
- محمد أحمد صيام، الأبعاد الأصعب لاستهداف التعليم الفلسطيني خلال الحرب الإسرائيلية على قطاع غزة (2023 – 2024)، مجلة العلوم السياسية، ع69، أبريل 2025.
- محمد المجذوب، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، المنشور على الموقع: www.almoqawama.org/arabic/rt-resis/12/3/2007.
- محمد حسن، الحق في التعليم وانتهاكاته في سياقات الحرب، مؤتمر الحق في التعليم، غزة، الجامعة الإسلامية، 11 مايو 2012.
- نضال محمد رشيد صالح، حماية الحق في التعليم أثناء النزاعات المسلحة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ع3، فبراير 2024.
- سوسن العاروري، واقع التعليم المدرسي في قطاع غزة ومجالات الدعم اللازمة أثناء وبعد الحرب، مجلة رابطة التربويين الفلسطينيين للآداب والدراسات التربوية والنفسية، ع6، رقم 14، ديسمبر 2024.
- علي ملحم، التجريم الدولي للهجمات على المنشآت التعليمية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة جامعة تشرين، ع3، مارس 2023.

- عمر الفال، الحق في التعليم بين المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية بالمغرب، مجلة ابن خلدون للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع10، أكتوبر 2024.
- فراس نعيم، الضمانات الدولية لحماية الحق في التعليم في القانون الدولي الإنساني، مجلة آداب ذي قار، جامعة ذي قار، ع31، أكتوبر 2018.
- صبرينة خلف الله، جرائم الحرب أمام المحاكم الجنائية الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسطنطينية، الجزائر، ع6، أكتوبر 2007.

ثانيًا: باللغة الأجنبية

- Marco Sassoli, Antoine A. Bouvier, and others: How does Law Protect in War, Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law International Committee of Red Cross, Geneva, 1999.
- Geraldine Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, 3rd ed., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2008.
- -Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol.I: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- -Marco Sassòli, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions, Edward Elgar, 2019.
- Lisang Nyathi, «When Bullets Threaten the Pursuit of Knowledge: Reclaiming Children's Right to Education in Armed Conflict through Human Dignity-Centred Approach under IHRL and IHL", International Review of the Red Cross, No.930, (2025).
- Rene Provost, International Human Right Law and Humanitarian Law, Cambridge University Press, 1999.
- Niclas Rönnström and Klas Roth, «Welcoming Refugee Children with a Moral, Rather than Merely Legal, Right to Education: Ideas for a Cosmopolitan Design of Education", Journal of Philosophy of Education, Vol.22, No.5, (2024).

- Jonathan Todres and Charlotte Alexander, «Bringing the Right to Education into the 21st Century", Berkeley Journal of International Law, Vol.42, (2024).
- -William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, UK, 2017.
- Yves Sandoz, Christophe Swinarski, and Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC, Geneva, 1987), Commentary on Article 78, paras. 2080-2100.

ثالثاً: تقارير ووثائق دولية

- بيان لليونيسف يشير إلى أن النزاع حرم ما لا يقل عن 45،000 طفل من الالتحاق بالمدارس في بداية العام الدراسي، ويؤكد أن أكثر من 625،000 طفل حُرموا من التعليم بسبب النزاع.
- https://www.un.org/unispal/document/unicef-press-release-09sep24
- UN Secretary-General, Report on Children and Armed Conflict, UN Doc. A/75/873–S/2021/437, 6 May 2021, paras. 18–22.
- UNICEF, Education under Attack: What the Evidence Says, New York, 2018.
- وثيقة اليونيسيف تحت عنوان الوثيقة، Education under Attack، اليونيسيف (UNICEF)، موقع رسمي لليونيسيف حول حماية التعليم في النزاعات المسلحة، عام 2025، https://www.unicef.org/education-under-attack
- منشورات الهلال الأحمر، حماية الأطفال في النزاعات المسلحة تعد من أولويات اللجنة الدولية للصليب الأحمر. (www.icrc.org/ar/doc/resources/document/interview/children-interview, 11/7/2010).
- تقرير مكتب حقوق الإنسان في بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق بالتعاون مع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، تقرير حول حقوق الإنسان في العراق للعام 2010، بغداد، يناير 2010.
- تقرير منظمة اليونسكو بالتعاون مع الأونروا تحت عنوان: التعليم الفلسطيني تحت الهجوم في غزة .. أسس الاستعادة والتعافي، مع التركيز على الحقوق والمسؤوليات في قطاع التعليم ومن خلاله، سبتمبر 2004، www.unrwa.org/.

- تقرير منظمة اليونيسيف تحت عنوان: 45 ألف تلميذ في الصف الأول غير قادرين على بدء العام الدراسي الجديد في قطاع غزة، 9 سبتمبر 2024، unicef.com.
- تقرير اللجنة الدولية المستقلة المعنية بالتحقيق في الأرض الفلسطينية المحتلة، بما فيها القدس الشرقية، وفي إسرائيل، التقرير الأممي عن التعليم المتأثر بالحرب، (A/HRC/59/26)، مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة والخمسون، 16 يونيو 2025.
- تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش، إسرائيل .. ينبغي وضع حد لمنع إدخال احتياجات المدارس إلى قطاع غزة، (https://www.hrw.org, 3/ 4/ 2024).
- تقرير الأمم المتحدة رقم 2728 الصادر لسنة 2024 والمتعلق بشأن وقف إطلاق النار في غزة.
- تقرير منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) حول تأثير النزاع على قطاع التعليم في غزة، موثقًا أضرار المدارس، دعوة لوقف الهجمات، وضرورة احترام القانون الدولي الإنساني لحماية الأطفال والمعلمين.
https://www.unesco.org/en/gaza/education

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	113
المقدمة	115
المبحث الأول: حق التلاميذ في تلقي التعليم وحماية المعلمين في أثناء النزاعات المسلحة	117
المطلب الأول: مفهوم الحق في التعليم وأنواع النزاعات المسلحة	117
الفرع الأول: تعريف الحق في التعليم	117
الفرع الثاني: تحديد أنواع النزاعات المسلحة	119
المطلب الثاني: انتهاكات الحق في التعليم الواقعة على التلاميذ والمعلمين	123
الفرع الأول: حماية الحق في التعليم في اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان	124
الفرع الثاني: حماية التلاميذ والمعلمين في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني	128
المبحث الثاني: حماية المؤسسات التعليمية في أثناء النزاعات المسلحة	131
المطلب الأول: حماية المؤسسات التعليمية في القانون الدولي الإنساني	131
الفرع الأول: اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين لعام 1949	132
الفرع الثاني: البروتوكولان الأول والثاني الملحقان باتفاقيات جنيف لعام 1977	134
المطلب الثاني: حماية المؤسسات التعليمية في القانون الدولي الجنائي	138
الفرع الأول: استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية يُعتبر جريمة حرب	139
الفرع الثاني: استهداف المدارس والمؤسسات التعليمية يُعتبر جريمة ضد الإنسانية	142
الخاتمة	144
قائمة المراجع	146

المسؤولية القانونية المدنيّة لمواقع التواصل الاجتماعي في ضوء ممارسة الحق في حرية التعبير
دراسة مقارنة في التشريعات والتطبيقات القضائية(*)

الملخص

يتناول هذا البحث الإطار القانوني لمسؤولية مواقع التواصل الاجتماعي عن المحتوى غير المشروع المنشور عبر منصاتها، في سياق التحولات البنيوية التي أفرزتها ثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في ممارسة الحق في حرية التعبير؛ إذ أسهم الانتشار الكثيف لهذه المنصات في إعادة تشكيل الفضاء العام الرقمي، وتوسيع نطاق المشاركة في إنتاج وتداول المعلومات؛ مما أفضى إلى بروز أنماط جديدة من التعبير والإعلام، وفي مقدمها ظاهرة «الصحافي المواطن»، وما رافقها من تراجع نسبي لاحتكار وسائل الإعلام التقليدية لصناعة الخبر، غير أن هذا الاتساع غير المسبوق لفضاء التعبير الرقمي كشف عن تحديات قانونية جسيمة، تمثلت في انتشار الأخبار الزائفة، وتصاعد خطاب الكراهية، والتحريض على العنف، فضلًا على الاعتداءات المتزايدة على الخصوصية والسمعة؛ الأمر الذي أضحى يشكّل تهديدًا مباشرًا لحقوق الأفراد وللسلم الاجتماعي.

وقد أعاد ذلك طرح إشكالية مسؤولية مواقع التواصل الاجتماعي عن المحتوى المتداول عبر منصاتها، وحدود التزاماتها



د. أنس فيصل التورة
أستاذ القانون الخاص المشارك
كلية الحقوق – جامعة الكويت
dr.anasaltourah@hotmail.com

* عضو هيئة التدريس في جامعة الكويت منذ عام 2011. تتمحور اهتماماته الأكاديمية والبحثية حول القانون الخاص، مع اهتمام خاص بالتحكيم التجاري والدولي، والوساطة، والملكية الفكرية والصناعية، وقوانين العمل، والإطار القانوني للعمل الخيري والتطوعي.



د. لطيفة وليد الزامل
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية الحقوق – جامعة الكويت
latifalzamel@gmail.com

* مُحكِّم مُعتمَد لدى غرفة تجارة وصناعة الكويت.
* تتمحور اهتماماتها الأكاديمية والبحثية حول القانون الخاص، مع اهتمام خاص بالمسؤولية المدنية، والقانون الطبي، والعقود، والقضايا القانونية المُستجدَة في ضوء التطورات التشريعية والقضائية.

(*) تاريخ تقديم البحث: 31 ديسمبر 2025 وتاريخ قبوله: 13 أغسطس 2026

القانونية في ما يتعلق بآليات الرقابة، والحذف، والمنع، ومدى مشروعيتها في ضوء ضمانات حرية التعبير. وانطلاقًا من ذلك، تتمحور إشكالية هذا البحث حول مدى توافق نظم المسؤولية القانونية المفروضة على مواقع التواصل الاجتماعي مع المعايير الدولية لحرية التعبير، ومدى قدرتها على تحقيق توازن دقيق بين صون هذا الحق من جهة، وحماية حقوق الغير ومتطلبات النظام العام من جهة أخرى. ويعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي، من خلال دراسة نقدية للتجارب التشريعية والقضائية الأوروبية ذات الصلة، بقصد استخلاص الدروس التشريعية القابلة للتوظيف في بناء إطار قانوني فعّال ومتوازن ينظم مسؤولية هذه المنصات في البيئة الرقمية المعاصرة.

كلمات دالة: مواقع التواصل الاجتماعي، حرية التعبير، الرقابة على المحتوى، التشريعات الأوروبية، التشريعات العربية.

تابع ـ د. أنس فيصل التورة

* حصل على درجة البكالوريوس في القانون من جامعة الشارقة عام 2005، ثم ابتُعث معيدًا من جامعة الكويت إلى جمهورية ألمانيا الاتحادية، فحصل على شهادات متخصصة في اللغة الألمانية من معهد غوته عام 2006، ودرجة الماجستير في القانون الخاص من جامعة كونستانس عام 2008، ثم درجة الدكتوراه في القانون الخاص من الجامعة ذاتها عام 2011. وقد أسهم تكوينه في البيئة الأكاديمية الألمانية في تعزيز اهتمامه بالدراسات القانونية المقارنة.
* له قرابة عشرة أبحاث ومقالات علمية مُحكَّمة، محليًا ودوليًا، باللغتين العربية والإنجليزية، ما بين منشور ومقدّم للنشر. كما حاضر في العديد من الندوات وورش العمل المحليةّ والدوّلية في الكويت ولبنان وقطر والبحرين وعُمان وألمانيا، بتنظيم جهات أكاديمية ودولية، من بينها جامعة مانهايم الألمانية، وبرنامج تطوير القانون التجاري (CLDP) التابع لوزارة التجارة الأمريكية، والصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية.
* ترأس جلسات علمية في عدد من المؤتمرات الإقليمية والدولية، منها المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية، والمؤتمر الإقليمي الرابع للعيادات القانونية في الجامعات العربية، والمؤتمر العالمي الثاني للتحكيم الدولي في الدوحة، ومؤتمر «القضاء وعلاقته بالتحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي» في صلالة، والمؤتمر العلمي الثامن للاقتصاديين الكويتيين.
* محاضر معتمد لدى العديد من الجهات، قدّم دورات تدريبية في قوانين العمل، والملكية الفكرية والصناعية، والعمل الخيري والتطوعي، والثقافة القانونية والوساطة والتحكيم الدولي والتجاري، ويركّز في نشاطه العلمي على تطوير البحث القانوني المقارن، وتعزيز التكامل بين التأصيل الأكاديمي والممارسة القانونية على المستويين الإقليمي والدولي، بما يخدم رسالة كلية الحقوق في جامعة الكويت، ويعزّز حضورها في المحافل الأكاديمية.

تابع ـ د. لطيفة وليد الزامل

* حصلت على دبلوم في اللغة الفرنسية بمستوى B2 عام 2016، ثم درجة الماجستير (Master 2) في القانون الخاص من جامعة ستراسبورغ في فرنسا عام 2017، ودرجة الدكتوراه في القانون الخاص من جامعة بوردو في فرنسا عام 2022. وقد أسهم تكوينها القانوني في البيئة الأكاديمية الفرنسية في تعزيز اهتمامها بالدراسات القانونية المقارنة والتحليل المقارن للنظم القانونية.
* بدأت مسيرتها المهنية بالعمل محامية في الكويت في العام 2014، ثم باحثة قانونية في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية عام 2015، وهو ما أتاح لها الجمع بين التأصيل الأكاديمي والخبرة التطبيقية في المجال القانوني.
* لها عدد من المنشورات والبحوث القانونية في مجال القانون الخاص، كما شاركت في تنظيم وإقامة ندوات وملتقيات علمية متخصصة، لا سيما في الموضوعات المتصلة بالقانون الطبي والقضايا القانونية المعاصرة، إلى جانب مشاركتها في الفعاليات الأكاديمية التي تعزز التفاعل بين البحث القانوني والممارسة المهنية.
* تركز في نشاطها العلمي على الإسهام في تطوير البحث القانوني المقارن، ودراسة القضايا المُستجدَة في القانون الخاص، وتعزيز الحوار الأكاديمي حول التحديات القانونية المعاصرة على المستويين الإقليمي والدولي.

المقدمة

أولًا: موضوع البحث

تمثل حرية التعبير أحد المرتكزات الأساسية لمنظومة حقوق الإنسان؛ إذ لا تقتصر وظيفتها على ضمان حرية الفرد في إبداء آرائه، بل تمتد لتشكل إطارًا لممارسة العديد من الحقوق المرتبطة بها، وفي مقدمها الحق في الحصول على المعلومات، والحق في المعرفة، والحق في الاتصال، بما يضمن مشاركة الأفراد في تكوين الرأي العام، وممارسة دورهم في الحياة العامة. ولذلك حظيت هذه الحرية بحماية دستورية ودولية، باعتبارها من الحقوق الملازمة للكرامة الإنسانية، وأحد مقومات المجتمع الديموقراطي[1].

وقد كرَّست المواثيق الدولية هذا الحق باعتباره حقًّا مركبًا يشمل حرية اعتناق الآراء والتعبير عنها، وحرية البحث عن المعلومات وتلقيها ونقلها بمختلف الوسائل، وهو ما أكدته المادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. غير أن التطورات التقنية المتلاحقة فرضت إعادة النظر في وسائل ممارسة هذه الحرية وحدود تنظيمها، بعد انتقال عملية إنتاج المعلومات وتداولها من وسائل الإعلام التقليدية إلى فضاء رقمي مفتوح[2].

---

(1) ومن ذلك الفصل الأول المادة (5) من الدستور الألماني: «1– يحق لكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول والكتابة والصورة، كما أن له الحق في الحصول على المعلومات من دون عائق من المصادر المتاحة للعامة. وتُكفل حرية الصحافة، وحرية التغطية الإعلامية عبر الوسائل المسموعة والمرئية. ولا يجوز فرض رقابة على ذلك». المادة (21) من الدستور الإيطالي: «للجميع حق إبداء الرأي بحرية قولًا وكتابةً، وبأي من وسائل النشر الأخرى». المادة (36) من الدستور الكويتي: «حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرهما، وذلك وفقًا للشروط والأوضاع التي يبينها القانون». التعديل الأول من الدستور الأمريكي: «لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية التعبير أو الصحافة، أو من حق الناس في الاجتماع سلميًّا، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف». المادة (65) من الدستور المصري: «ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو الكتابة، أو التصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر». القانون الدستوري الكندي 1982، ج1، ب2: «2 – يتمتع كل فرد بالحريات الأساسية التالية: [...] ب – حرية الفكر، والمعتقد، والرأي والتعبير، بما فيها حرية الصحافة ووسائل الاتصال الأخرى».

(2) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن «الوثائق الدستورية قد أجمعت على أن حرية التعبير وإبداء الرأي هي من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها المواطن فحق المواطن فيها مرده إلى أصل عام هو إنسانيته، وكونه جزءًا من جماعة الوطن لا يفيد من حقوقه الأساسية التي ينبغي أن يتمتع بها، بل تمتعه بهذه الحقوق يشد وثاقه بالوطن فيغدو أكثر ارتباطًا وأعمق انتماءً» (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعنين الرقمين 25478 و26851 لسنة 59 قضائية عليا، جلسة 2013/11/17). وانظر أيضًا: حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الثانية، القاهرة، في الدعوى رقم 24105 لسنة 73ق، جلسة 2019/2/3.

لقد أحدث ظهور شبكة الإنترنت تحولًا جوهريًا في مفهوم حرية التعبير؛ إذ لم يعد إنتاج المحتوى الإعلامي مقصورًا على المؤسسات الصحافية المرخَّصة، بل أصبح الفرد قادرًا على إنشاء المحتوى ونشره والتأثير في الرأي العام، وهو ما أدى إلى ظهور مفهوم «المواطن الصحافي»، وأعاد صياغة العلاقة بين حرية التعبير والوسائل التقنية الحديثة[3].

وفي هذا السياق، برزت منصات التواصل الاجتماعي باعتبارها أحد أهم مظاهر البيئة الرقمية الحديثة؛ حيث أصبحت فضاءً لممارسة التعبير وتبادل المعلومات والأفكار، ومنصة مؤثرة في المجالات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية؛ فقد تجاوز دورها حدود التواصل الشخصي؛ ليشمل صناعة الأخبار، والتسويق، وتعزيز الاتصال بين المؤسسات والمواطنين؛ الأمر الذي جعلها فاعلًا رئيسيًا في تشكيل المجال العام الرقمي[4].

إلا أن هذا التحول لم يخلُ من إشكاليات قانونية معقدة؛ إذ أتاح الانتشار الواسع لهذه المنصات إمكانَ تداول محتويات قد تمس حقوق الآخرين، أو تهدد مصالح المجتمع، مثل الأخبار الكاذبة، والتشهير، وانتهاك الخصوصية، والتحريض على العنف والكراهية[5]، ومن ثم ظهر التساؤل عن مدى إمكان مساءلة هذه المنصات عن المحتوى المنشور من مستخدميها، وحدود التزاماتها القانونية في مواجهة هذا المحتوى[6].

وتتجسد الإشكالية الأساسية في تحديد الطبيعة القانونية لدور منصات التواصل الاجتماعي: هل تعد مجرد وسيط تقني يقتصر دوره على توفير البيئة اللازمة لنشر

(3) ومن ذلك المادة (19) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الصادر في 19 ديسمبر 1966. والمادة (10) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المبرمة في روما في 4 نوفمبر 1950. والمادة (27) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار جامعة الدول العربية في 15 ديسمبر 1997. والمادة (22) من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي في 5 اغسطس 1990.

(4) مجلس الدولة (القاهرة)، محكمة القضاء الإداري، دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار (الدائرة السابعة)، الدعوى رقم 21855 لسنة 65 قضائية، حكم «قطع الاتصالات»، 28 مايو 2011.

(5) ممدوح السيد عبدالهادي الشتلة، استخدامات الوظيفة الإعلامية الإخبارية لموقعي التواصل الاجتماعي فيس بوك، وتويتر والإشباعات المتحققة منهما من وجهة نظر طلبة الجامعات المصرية: دراسة ميدانية، المجلة العلمية لبحوث الصحافة، كلية الإعلام، جامعة القاهرة، ع11، سبتمبر 2017، ص245 – 459.

(6) قانون المطبوعات والنشر الصحافي الكويتي رقم 8 لسنة 1979، المادة الأولى تنص على: «كل من اتخذ الصحافة مهنة أو موردًا للرزق ويشمل عمله الكتابة في المطبوعات الصحافية أو مدها بالأخبار والتحقيقات وسائر المواد الصحافية، مثل الصور والرسوم وغيرها».

المحتوى[7]، أم أنها أصبحت – بحكم دورها في إدارة وتوجيه تدفق المعلومات – أقرب إلى الناشر التقليدي؟ كما يُطرح التساؤل عن مدى إمكان فرض التزام عام عليها بمراقبة المحتوى، أو الاكتفاء بإلزامها باتخاذ التدابير المناسبة عند علمها بوجود محتوى غير مشروع.

وقد حاولت التشريعات المقارنة معالجة هذه الإشكالية، من خلال تطوير نظم خاصة لمسؤولية الوسطاء الرقميين[8]؛ حيث تبنت بعض الأنظمة القانونية معيارًا يقوم على عدم مساءلة مقدم الخدمة عن المحتوى المنشور إلا في حال توافر العلم الفعلي بالمخالفة، وعدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لإزالتها[9]. ويظهر ذلك بصورة واضحة في التنظيم الأوروبي، لا سيما القواعد المتعلقة بمسؤولية مقدمي خدمات مجتمع المعلومات[10]، وكذلك في التشريع الفرنسي الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي للعام 2003، والذي نظم مسؤولية مستضيفي المحتوى والوسطاء التقنيين.[11]

وتكتسب هذه الدراسة أهميتها من كونها تتناول إشكالية قانونية حديثة تقع عند نقطة التقاء مجالين أساسيين: حماية حرية التعبير في البيئة الرقمية من جهة، وضمان حماية الحقوق الفردية والمصالح العامة من جهة أخرى[12]. كما تبرز أهميتها بالنسبة إلى النظم

(7) نهى بلعيد، تطور استخدامات مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة الإذاعات العربية، أبريل 2016، ص10. وانظر كذلك:
Meta Platforms, Inc., Company History, available at: https://about.meta.com.

(8) حول أبعاد التجريم الناجمة عن استخدام شبكة الإنترنت، انظر: جميل عبدالباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي: الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

(9) سامي الرواشدة، الأدلة المتحصلة من مواقع التواصل الاجتماعي ودورها في الإثبات الجنائي: دراسة في القانونين الإنجليزي والأمريكي، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، مج6، ع3، 2017، ص5.

(10) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع، انظر: محمد أحمد المعداوي عبد ربه، حماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي: دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة طنطا، مصر، ع33، 2018، ص1926 – 2057.

(11) قضت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الجنائية) بأن حرية التعبير، وإن كانت من الحريات الأساسية المكفولة قانونًا، فإنها لا تمتد إلى العبارات التي تتجاوز حدود النقد المشروع، وتشكل قذفًا أو سبًّا وفقًا لأحكام قانون الصحافة الفرنسي؛ كما أكدت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية) أن ممارسة حرية التعبير عبر شبكات التواصل الاجتماعي لا تُعفي من احترام الحق في الحياة الخاصة، وأن النشر الإلكتروني يظل خاضعًا للقواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية وحماية الخصوصية. يُنظر
Cass. crim., 6 novembre 2018, n° 17-83.736; Cass. 1re civ., 10 avril 2013, n° 11-19.530.

(12) مرزوقة قويضي غنيم العازمي، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي في ثقافة المسؤولية الاجتماعية لدى الشباب الكويتي، كلية الآداب، جامعة عين شمس، مج45، مارس 2017، ص224 – 247.

القانونية العربية التي تواجه تحدي تطوير قواعد قانونية قادرة على استيعاب طبيعة المنصات الرقمية، من دون أن تؤدي إلى فرض قيود غير مبررة على حرية التعبير.

وانطلاقًا من ذلك، يسعى هذا البحث إلى دراسة المسؤولية المدنية لمنصات التواصل الاجتماعي عن المحتوى غير المشروع، من خلال تحليل التنظيمات القانونية في كل من قطر والكويت ومصر وفرنسا، مع الاستفادة من الاتجاهات الأوروبية، والأحكام القضائية الدولية ذات الصلة[13]؛ بهدف تحديد مدى كفاية القواعد القائمة، واقتراح إطار قانوني يحقق التوازن بين حرية التعبير ومتطلبات الحماية القانونية.

ثانيًا: إشكالية البحث

تتمحور إشكالية البحث حول مدى قيام المسؤولية المدنية لمنصات التواصل الاجتماعي عن المحتوى غير المشروع المنشور عبرها، ومدى توافق هذه المسؤولية مع المعايير القانونية لحماية حرية التعبير.

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدد من التساؤلات، من أهمها:

- ما الطبيعة القانونية لمنصات التواصل الاجتماعي؟ وهل تعد ناشرًا للمحتوى أم مجرد وسيط تقني؟
- ما حدود التزامات هذه المنصات تجاه المحتوى المنشور من المستخدمين؟
- هل تقوم مسؤوليتها على أساس العلم الفعلي بالمحتوى غير المشروع، أم على التزام عام بالرقابة؟
- إلى أي مدى تتوافق القيود المفروضة عليها مع المعايير الدولية لحرية التعبير؟

ثالثًا: فرضية البحث

ينطلق البحث من فرضية مؤداها أن إخضاع منصات التواصل الاجتماعي لمسؤولية مطلقة عن جميع المحتويات المنشورة عبرها يؤدي إلى تقييد غير متناسب لحرية التعبير[14]، في حين أن إعفاءها الكامل من المسؤولية لا يوفر حماية كافية للحقوق المُعتدى عليها؛ الأمر الذي يستلزم تبني نظام مسؤولية يقوم على التوازن بين واجب العناية والعلم الفعلي بالمحتوى غير المشروع.

(13) انظر حول هذه الأنواع المختلفة لمواقع التواصل، نهى بلعيد، مرجع سابق، ص11.

(14) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6; القانون المصري رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات؛ المادة (163) من القانون المدني المصري.

رابعًا: منهج البحث ونطاقه

يعتمد البحث على المنهج التحليلي، من خلال دراسة النصوص التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية المتعلقة بمسؤولية منصات التواصل الاجتماعي، كما يستند إلى المنهج المقارن لتحليل التنظيم القانوني في قطر والكويت ومصر وفرنسا، وبيان مدى اختلاف الحلول التشريعية في تحقيق التوازن بين حرية التعبير وحماية الحقوق المشروعة.

ويقتصر نطاق الدراسة على المسؤولية المدنية لمنصات التواصل الاجتماعي، دون التوسع في المسؤولية الجنائية إلا بالقدر اللازم؛ لبيان الفروق بين النظامين، مع الاستفادة من الاجتهادات القضائية الأوروبية والدولية المتعلقة بحرية التعبير والمسؤولية الرقمية[15].

خامسًا: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحليل الإطار القانوني للمسؤولية المدنية لمنصات التواصل الاجتماعي عن المحتوى غير المشروع، من خلال تأصيل الطبيعة القانونية لهذه المنصات، وبيان أساس مسؤوليتها المدنية، ونطاق الالتزامات القانونية المترتبة عليها، وتقييم مدى كفاية التنظيمات التشريعية والتنظيمية، بما في ذلك التنظيم الذاتي ومدونات السلوك، في مواجهة المخاطر الناشئة عن المحتوى غير المشروع، وصولًا إلى استجلاء الاتجاهات القضائية، لا سيما قضاء حقوق الإنسان، في تحقيق التوازن بين حماية الحقوق والمصالح المشروعة وضمان حرية التعبير في البيئة الرقمية.

سادسًا: خطة البحث

ترتيبًا على ما سبق سنعرض – بَدْأَةً – التجارب التشريعية المقارنة لتنظيم مسؤولية مواقع التواصل الاجتماعي عن المحتوى غير المشروع، والنماذج التشريعية المختلفة لتحديد إطار المسؤولية المدنية لمواقع التواصل الاجتماعي (المبحث الأول)، والرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي من واجهة الحق في حرية التعبير (المبحث الثاني).

(15) محمود رامز يوسف، إدمان استخدام موقع التواصل الاجتماعي (فيس بوك) وعلاقته بالمسؤولية الاجتماعية لدى طلاب جامعة عين شمس، مجلة دراسات عربية، رابطة الأخصائيين النفسيين المصرية، مج14، ع1، 2015، ص1 – 44.

المبحث الأول

النماذج التشريعية المختلفة لتحديد إطار المسؤولية المدنية لمواقع التواصل الاجتماعي

أُطلقت العديد من التسميات على مقدمي خدمة الإنترنت، مثل: مزود الخدمة، أو متعهد الوصول، وهو الذي يقوم بالربط بين مستخدمي الإنترنت والشبكة. ولا شك في أن مزود الخدمات قد يكون شخصًا طبيعيًا، وقد يكون شخصًا معنويًا[16]. وأيضًا قد يكون شخصًا خاصًا، مثل الشركات، أو من الأشخاص العامة، مثل الوزارات في بعض الدول. وسوف نستعرض التجارب الأجنبية والعربية بخصوص تنظيم مسؤولية هذه المواقع.

المطلب الأول

التجارب التشريعية في الدول الأوروبية

شهدت الدول الأوروبية تطورًا مبكرًا في تنظيم المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الإنترنت ومنصات التواصل الاجتماعي، وذلك نتيجة التوسع في استخدام الوسائط الرقمية، وما ترتب عليه من تزايد المحتوى غير المشروع عبر الشبكات الإلكترونية. وقد سعت التشريعات الأوروبية إلى تحقيق التوازن بين عدم تحميل المنصات مسؤولية مطلقة عن المحتوى الذي ينشئه المستخدمون، وبين إلزامها باتخاذ التدابير اللازمة لإزالة المحتوى غير المشروع عند العلم به؛ بما يكفل حماية حرية التعبير من جهة، وحماية حقوق الأفراد والمصلحة العامة من جهة أخرى.

وتبرز كل من التجربتين الفرنسية والألمانية بوصفهما من أبرز النماذج التشريعية في هذا المجال؛ إذ تأثر المشرع الفرنسي بالتوجيهات الأوروبية المنظمة للتجارة الإلكترونية، في حين تبنى المشرع الألماني تنظيمًا خاصًا لمسؤولية منصات التواصل الاجتماعي، من خلال قانون إنفاذ الشبكات (NetzDG)، ومن ثَم، يتناول هذا المطلب موقف كل من المشرعين الفرنسي والألماني؛ لبيان الأسس التي قام عليها تنظيم المسؤولية المدنية لمنصات التواصل الاجتماعي.

(16) عبدالفتاح محمود كيلاني، مدى المسؤولية لمقدمي خدمة الإنترنت، د.ن، القاهرة، د.ت، ص474.

الفرع الأول

موقف المشرع الفرنسي

بإقرار التوجيه الأوروبي رقم CE/2000/31، والمتعلق ببعض الأوجه القانونية لمجتمع المعرفة، خاصة التجارة الإلكترونية[17]، نصت المادة (14) على إعفاء وسطاء الإنترنت، ومنهم على سبيل المثال مزودو الخدمات internet service providers (ISP)، ومتعهدو الأجواء host؛ بحيث إنهم لا يُسأَلون – من الناحية القانونية – عن المحتوى غير المشروع، ماداموا بادروا إلى حذف، أو عدم إتاحة، هذا المحتوى من لحظة علمهم الفعلي به، وذلك بشرط أن يكون الوسيط التزام الحياد التقني merely technical and passive role؛ بمعني أن يكون دوره سلبيًّا في التعامل مع المحتوى، ولا يتدخل في كتابة المحتوى أو تعديله[18].

كما أكدت المادة (15) من التوجيه على عدم جواز فرض الدول الأعضاء التزامًا على وسطاء الإنترنت بمراقبة المحتوى[19]. وعلى هذا يكون على الوسيط الالتزام بالحيطة،

(17) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (<Directive on electronic commerce>).

(18) Article (14) Hosting: 1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:
(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or
(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.
2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.
3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States> legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

(19) Article (15) No general obligation to monitor: «1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles (12, 13 and 14), to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.
2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly

وذلك بشقها الإيجابي، وأيضًا السلبي؛ حيث يجب أن يضع موقع التواصل الاجتماعي ضمن شروط وأحكام الموقع ما يشير إلى جواز حذف المحتوى غير المشروع، كما يجب ألا يتدخل في المحتوى المنشور.

وفى أعقاب هذا التوجيه، أصدرت دولة فرنسا قانونًا خاصًّا تحت مسمي «قانون دعم الثقة في الاقتصاد الرقمي» La loi pour la confiance dans l'économie numérique الذي قُدِّم رسميًّا في الخامس عشر من يناير عام 2003، وصدر في العام 2004، ليوفر إطارًا قانونيًّا متطورًا للعالم الافتراضي، خصوصًا وسطاء خدمات الإنترنت، ومن ضمنهم مواقع التواصل الاجتماعي، ويبين مسؤوليتهم القانونية عن المحتوى غير المشروع contenu illicte المنشور على تلك المواقع. وقد اعتمد المشرع الفرنسي المادة (6) من قانون دعم الثقة في الاقتصاد الرقمي ذات التوجه المنصوص عليه في التوجيه الأوروبي[20].

الفرع الثاني

موقف المشرع الألماني

صدر في جمهورية ألمانيا الاتحادية قانون خاص بتنظيم مسؤولية شبكات التواصل الاجتماعي، يُعرف باسم قانون إنفاذ الشبكات Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)، وقد صدر هذا القانون في 1 سبتمبر 2017، ودخل حيز النفاذ في 1 أكتوبر 2017. ويُعد هذا القانون من أوائل التشريعات التي وضعت إطارًا قانونيًّا خاصًّا ينظم التزامات مقدمي خدمات شبكات التواصل الاجتماعي تجاه المحتوى غير القانوني المنشور عبر منصاتهم.

to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.

(20) في مارس 2018، أقر البرلمان الفرنسي تعديلًا على المادة (6) من القانون رقم 575-2004 المؤرخ في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي (La loi pour la confiance dans l'économie numérique)، بإدراج الفقرة 7 مكرر بعد الفقرة 7، والتي تلزم مزودي الخدمات الرقمية بوضع آلية وصول سهلة ومرئية للإبلاغ عن المعلومات الكاذبة المشار إليها في المادة (27) من قانون 29 يوليو 1881، بشأن حرية الصحافة والمادة (97) من قانون الانتخابات، مع إلزامهم بإبلاغ السلطات المختصة فورًا بأي نشاط لنشر المعلومات المغلوطة، والإعلان عن الوسائل المخصصة للحد من انتشارها. كما نص التعديل على عقوبات مخالفة هذه الالتزامات، وفق البند 1 من المادة (6)، وتم تعديل البند الأول من الفقرة 6 ليشمل الإشارة إلى «وفي 7 مكرر»، موسعًا نطاق الالتزام القانوني لمزودي الخدمات الرقمية.

ويُطبَّق قانون إنفاذ الشبكات على مقدمي خدمات شبكات التواصل الاجتماعي الذين يقدمون خدماتهم لأغراض تجارية، باعتبارهم من مقدمي خدمات الوسائط الإعلامية التي تتيح للمستخدمين نشر المحتوى والتفاعل معه. ومع ذلك، استبعد المشرّع الألماني من نطاق تطبيق القانون بعض المنصات التي لا تتحقق فيها صفة شبكة التواصل الاجتماعي، ومن ذلك المنصات التي يقتصر نشاطها على تقديم محتوى صحافي أو تحريري، أو التي يكون هدفها الأساسي هو تمكين التواصل الفردي بين المستخدمين، أو التي يقتصر نطاق المحتوى المنشور فيها على عدد محدود من المستخدمين.

وفيما يتعلق بالتزامات مقدمي خدمات شبكات التواصل الاجتماعي، فقد أوجب المشرّع الألماني، في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون إنفاذ الشبكات على مقدمي الخدمات الذين يتلقون أكثر من مائة شكوى سنويًّا بشأن محتوى غير قانوني، أوجب إعداد تقرير نصف سنوي باللغة الألمانية، يوضح كيفية تعاملهم مع هذه الشكاوى، والإجراءات المتبعة في معالجتها. كما ألزمهم بنشر هذه التقارير في الجريدة الاتحادية، وعلى مواقعهم الإلكترونية، خلال مدة لا تتجاوز شهرًا من انتهاء الفترة التي يغطيها التقرير، مع ضمان سهولة الوصول إليها، وإتاحتها بصورة دائمة.

وقد حدد المشرّع الألماني البيانات الواجب تضمينها في التقارير الدورية، ومن أهمها:

1- بيان عام بالجهود التي يبذلها مقدم خدمة شبكة التواصل الاجتماعي للحد من انتشار الأنشطة والمحتويات غير القانونية.

2- وصف إجراءات تقديم الشكاوى المتعلقة بالمحتوى غير القانوني، والمعايير التي يتم الاستناد إليها عند اتخاذ قرارات حذف المحتوى، أو تقييد الوصول إليه.

3- بيان عدد الشكاوى التي تم تلقيها خلال الفترة محل التقرير، مع تقديم تفاصيلها وتصنيفها.

4- بيان الهيكل التنظيمي والموارد البشرية والخبرات المتخصصة المتوافرة لدى الوحدات المسؤولة عن معالجة الشكاوى، فضلًا على برامج التدريب والدعم المُقدَّمة للعاملين فيها.

5- بيان أعضاء الهيئات أو الجهات الصناعية ذات الصلة، مع توضيح ما إذا كانت هذه الجهات توفر نظامًا خاصًّا لمعالجة الشكاوى.

6- بيان عدد الشكاوى التي تمت بشأنها الاستعانة بجهة خارجية للمساهمة في إعداد القرار المتعلق بها.

7- بيان عدد الشكاوى التي انتهت خلال الفترة محل التقرير إلى حذف المحتوى محل الشكوى، أو تقييد الوصول إليه، مع توضيح الجهة مقدمة الشكوى، أو المستخدم الذي أبلغ عنها، وسبب اتخاذ الإجراء.

8- بيان المدة الزمنية التي استغرقتها المنصة، منذ تلقي الشكوى وحتى حذف المحتوى غير القانوني أو تقييد الوصول إليه، مع توضيح ما إذا كانت الشكوى مقدمة من جهة مختصة، أو من أحد المستخدمين.

9- ذكر الإجراءات الخاصة بإبلاغ الشخص الذي تقدم بالشكوى، والمستخدم الذي تم تسجيل المحتوى المعني له بشأن قرار الشكوى. كما يفحص مراقب معالجة الشكاوى بشكل شهري من جانب إدارة شبكة التواصل الاجتماعي[21]، ويجب تصحيح أي قصور يطرأ بشكل فوري، وتقدم إدارة شبكة التواصل الاجتماعي للأشخاص المكلفين دورات تدريبية، وبرامج دعم مرة واحدة على الأقل كل ستة أشهر، على أن تُقدَّم باللغة الألمانية.

وألزم المشرع الألماني مزودي شبكات التواصل الاجتماعي بإخضاع نظام معالجة الشكاوى لرقابة داخلية دورية، بحيث يتم فحص أداء مراقب الشكاوى شهريًّا من قبل إدارة المنصة، مع وجوب تصحيح أي قصور فورًا[22]، وتوفير برامج تدريب ودعم للعاملين مرة واحدة على الأقل كل ستة أشهر وباللغة الألمانية، وذلك وفقًا للبند الفرعي (1). كما أجاز إخضاع هذه الإجراءات لرقابة خارجية من جهة مستقلة تُكلَّف من قبل الجهة الإدارية المختصة المشار إليها في البند(4)[23].

فيما أقر القانون نظام الرقابة الذاتية المعترف بها قانونًا، شرط توافر عدد من المتطلبات، من بينها: استقلالية المحللين وخبرتهم، وتوافر منشآت مناسبة تضمن بت المحتوى خلال مدة لا تتجاوز (7) أيام، ووجود قواعد إجرائية واضحة تنظم آليات التحليل، وإمكان مراجعة القرارات، فضلًا على إنشاء نظام فعال لتلقي الشكاوى. ويتم تمويل هذه الهيئات من مزودي خدمات شبكات التواصل الاجتماعي، مع جواز قبول مزودين آخرين. وتُعرض قرارات الاعتراف بهذه الهيئات على مكتب العدل الاتحادي

(21) Christina Angelopoulos (ed), The Digital Services Act: A Commentary, Oxford University Press, 2024, pp.89-93.

(22) Aleksandra Kuczerawy, Intermediary Liability and Freedom of Expression in the EU: From the E-Commerce Directive to the Digital Services Act (Intersentia 2023), p.170.

(23) ألمانيا، قانون إنفاذ Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)، الصادر في 1 سبتمبر 2017، منشور في الجريدة الرسمية الاتحادية (Bundesgesetzblatt I)، برلين، ص3352، بصيغته المعدلة.

لاعتمادها، مع جواز سحب هذا الاعتراف أو تقييده، كليًّا أو جزئيًّا، في حال الإخلال بالشروط مستقبلا[24].

كما خوَّل القانون الجهة الإدارية، وفق البند (4)، سلطة تعليق تطبيق بعض القرارات المشار إليها في البند الفرعي (2) رقم (3) حرف (ب) لمدة مُحدَّدة، إذا وُجدت أسباب معقولة للاعتقاد بعدم التزام مزود الخدمة بواجباته. واستثنى المشرع الألماني مزودي شبكات التواصل الاجتماعي الذين يقل عدد مستخدميهم المسجلين داخل جمهورية ألمانيا الاتحادية عن مليوني مستخدم من الالتزامات الواردة في البندين (2) و(3).

وتضمن البند الرابع من القانون أحكام الغرامات التنظيمية المقررة عند مخالفة التزامات القانون، من دون الإخلال بأحكام قانون العقوبات الألماني. كما أوجب البند الخامس على مزودي شبكات التواصل الاجتماعي تحديد الأشخاص المصرح لهم بتلقي الخدمة داخل ألمانيا، والإفصاح عن ذلك بوضوح على المنصة، مع جواز إخضاعهم للإجراءات التنظيمية، أو للمساءلة القضائية أمام المحاكم الألمانية، في حال نشر محتوى غير قانوني. ومن المادة الثانية، عدَّل القانون قانون وسائط الإعلام الصادر في 26 فبراير 2007، والمعدل في 21 يوليو 2016، بما يجيز الإفصاح عن بيانات المشتركين لدى مزودي الخدمة في حال وقوع انتهاك قانوني، وذلك بناءً على أمر قضائي يصدر بطلب من المتضرر. وحددت المادة الثالثة تاريخ نفاذ القانون في1 أكتوبر 2017.

المطلب الثاني

التجارب التشريعية العربية

اهتمت بعض التشريعات العربية بتنظيم مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت والمنصات الرقمية، وإن اختلفت في مدى شمول هذا التنظيم وطبيعته؛ فبينما اتجه بعضها إلى وضع قواعد خاصة تنظم مسؤولية مقدمي خدمات الاستضافة والتجارة الإلكترونية، اكتفى بعضها الآخر بتنظيم مقدمي خدمات الإنترنت، من خلال القواعد المنظمة للاتصالات أو القرارات الإدارية، مع الاستناد إلى القواعد العامة في تحديد المسؤولية المدنية.

وانطلاقًا من الطبيعة المقارنة لهذه الدراسة، يتناول هذا المطلب موقف كلٍّ من المشرعين القطري والكويتي، لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما في تنظيم مسؤولية مقدمي الخدمات الرقمية، ومدى كفاية هذه التنظيمات لمواجهة التحديات القانونية التي تفرضها منصات التواصل الاجتماعي.

(24) Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) of 1 September 2017 (BGBl I 2017, 3352), (2) – (8).

الفرع الأول
موقف المشرع القطري

عرَّف المشرع القطري خدمات الاستضافة في المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 2010، بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية[25] بأنه «خدمات الاستضافة: خدمات إلكترونية بأنها تقدم للمستخدمين إمكان تخزين المعلومات على نظم معلومات مقدم الخدمة؛ بحيث يمكن لمستخدمي خدمات تجارة إلكترونية الآخرين الوصول إليها من.

وقد نظمت المادة (47) من الفصل السابع «الإرسال وتخزين المعلومات» مسؤولية مقدمي خدمات الاستضافة؛ حيث لا يُسأَل مقدم خدمات الاستضافة عن تلك الخدمات، في الحالات التالية:

1- ألا يكون لديه علم فعلي بالنشاط أو المعلومات غير القانونية المرتبطة بخدمة استضافة معينة، أو ألا يكون مدركًا للوقائع أو الظروف التي يتضح منها عدم مشروعية تلك المعلومات أو ذلك النشاط.

2- أن يتصرف دون تأخير لإزالة المعلومات، أو تعطيل الوصول إليها، أو إلى الخدمات المتأثرة، عند علمه بعدم مشروعية النشاط أو المعلومات المرتبطة بخدمة استضافة معينة.

3- ألا تكون تصرفات مستخدم خدمة الاستضافة قد تمت بموافقة مقدم الخدمة أو تحت سيطرته.

وفقًا للمادة (49) من القانون سالف الذكر، يُستدَل على توافر العلم الفعلي لدى مقدم خدمة التجارة الإلكترونية أو خدمات الاستضافة، وفق الأحوال، من خلال مجموع الوقائع والظروف المحيطة، خصوصًا في حال تلقيه إخطارًا يتضمن بيانات جوهرية، من بينها: الاسم والعنوان الكامل لمقدم الإخطار، والتحديد الدقيق لموقع المعلومات محل المخالفة، وبيان طبيعة النشاط أو المحتوى غير المشروع[26].

(25) الجريدة الرسمية، ع9، نسخة الجريدة الرسمية، تاريخ النشر 2010/09/28م، الموافق 1431/10/20 هـ، ص18.

(26) وقد أجازت المادة (50) من القانون للجهات الحكومية المختصة، وفقًا للإجراءات القانونية المقررة «أن تفرض على مقدم خدمة التجارة الإلكترونية أو خدمات الاستضافة اتخاذ إجراءات معينة بإخطارها عن أي أنشطة أو معلومات غير قانونية، مع إلزامه بتزويد تلك الجهات بأي معلومات لتحديد هوية المستخدم المتعامل في الأنشطة والمعلومات غير القانونية».

وفي المقابل، قررت المادة (46) عدم مساءلة مقدم الخدمة عن التخزين التلقائي، أو الوسيط، أو العابر، لمعلومات خدمة التجارة الإلكترونية التي يرسلها المستخدم عبر شبكات، أو خدمات، الاتصالات السلكية أو اللاسلكية، متى كان هذا التخزين يهدف إلى تحسين كفاءة نقل المعلومات لمستخدمين آخرين بناءً على طلبهم، وبشرط التزام مقدم الخدمة بعدم إجراء أي تعديل على المحتوى، واحترام شروط الوصول إليه، والالتزام بالقواعد الفنية المتعارف عليها لتحديث المعلومات، وعدم التدخل في الاستخدام المشروع للتقنيات المعترف بها لجمع بيانات الاستخدام. كما يلتزم مقدم الخدمة بالتصرف – من دون إبطاء – لإزالة، أو تعطيل الوصول إلى المحتوى المُخزَّن متى توافر لديه علم فعلي بإزالته من المصدر الأصلي، أو صدر أمر بذلك من جهة قضائية أو حكومية مختصة. وتنتفي المسؤولية كذلك إذا كان اختيار الذاكرة الوسيطة قد تم من قبل المستخدم النهائي على نحو يُحدث تغييرًا جوهريًّا في إعداداتها التي حددها مقدم الخدمة[27].

الفرع الثاني

موقف المشرع الكويتي

في حين نظّم المشرّع الكويتي أحكام مقدمي خدمات الإنترنت، من خلال القرار الوزاري رقم 70 لسنة 2002 بشأن أسس وضوابط الترخيص لمقدمي خدمة الإنترنت؛ حيث وضع إطارًا تنظيميًّا يحدد مفهوم مقدمي الخدمة ومزوديها، والالتزامات المفروضة عليهم في إطار تقديم خدمات الإنترنت. وقد عرَّف القرار مقدمي خدمة الإنترنت بأنهم الجهات أو الهيئات أو المراكز التي تقدم خدمات الإنترنت للمستخدمين، سواء كان ذلك بمقابل أو من دون مقابل، كما عرَّف مزودي خدمة الإنترنت بأنهم الشركات المرخص لها من قبل وزارة المواصلات بتقديم خدمات الإنترنت للمشتركين.

وقد هدف هذا التنظيم إلى ضبط نشاط مقدمي خدمات الإنترنت، من خلال فرض مجموعة من الالتزامات التي تضمن حسن تقديم الخدمة والرقابة على استخدامها، ومن أبرزها الالتزام بتسجيل بيانات المشتركين، وتركيب الأنظمة الفنية اللازمة للرقابة على المحتوى المخالف وتشغيلها، وتقديم البيانات الدورية للجهات المختصة، فضلًا على عدم تقديم الخدمة إلا في حدود الترخيص الصادر من الجهة الإدارية المختصة.

(27) وقد عرَّفت المادة الأولى من القانون مقدم الخدمة بأنه «الشخص الذي يقدم خدمة التجارة الإلكترونية»، وهي «خدمة تقدم عادة مقابل أجر، أو ذات طبيعة غير تجارية، تقدم بواسطة جمع بين نظام معلومات وأي شبكة أو خدمة اتصالات سلكية أو لاسلكية، بما في ذلك خدمات الحكومة الإلكترونية».

ثم جاء القرار الوزاري رقم 657 لسنة 2012 بشأن الأسس والضوابط التنظيمية لتراخيص مقدمي خدمة الإنترنت في دولة الكويت؛ ليطور الإطار التنظيمي السابق؛ حيث أعاد تحديد مفهوم مزودي ومقدمي خدمات الإنترنت، وقصر تقديم هذه الخدمات على الشركات المرخص لها، والمعتمدة من الوزارة. كما ألغى التراخيص السابقة لمقدمي خدمات الإنترنت الفرعيين، والتي كانت منظمة بموجب القرار الوزاري رقم 70 لسنة 2002 [28].

ومن خلال استقراء أحكام القرارين، يتضح أن المشرّع الكويتي لم يقتصر على تنظيم الجانب الفني لتقديم خدمات الإنترنت، وإنما وضع مجموعة من الالتزامات التي ترتبط بمسؤولية مقدمي الخدمات في البيئة الرقمية، خاصة فيما يتعلق بحماية بيانات المستخدمين، وضمان أمن الشبكات، والتعاون مع الجهات المختصة، ومنع إساءة استخدام الخدمات الإلكترونية. وتكتسب هذه الالتزامات أهمية في مجال البحث باعتبارها تمثل أساسًا لتحديد حدود مسؤولية مقدمي الخدمات عن الأنشطة والمحتويات غير المشروعة التي قد تتم من خلال الوسائل والمنصات الرقمية.

(28) وزارة المواصلات، القرار الوزاري رقم 70 لسنة 2002، بشأن أسس وضوابط الترخيص لمقدمي خدمة الإنترنت، الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، ع567، 2 يونيو 2002.

المبحث الثاني
الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي
من واجهة الحق في حرية التعبير

أصبحت مواقع التواصل الاجتماعي تمثل أحد أهم مظاهر التحول في ممارسة حرية التعبير؛ إذ أتاحت للأفراد إمكان نشر آرائهم وأفكارهم، وتداول المعلومات بصورة واسعة وسريعة، إلا أن هذا التطور أفرز – في المقابل – تحديات قانونية مرتبطة بإمكان استخدام هذه المنصات لنشر محتويات قد تمس حقوق الآخرين أو النظام العام. ومن ثَمَّ برزت الحاجة إلى وضع إطار قانوني ينظم الرقابة على المحتوى الرقمي، بما يحقق التوازن بين ضمان حرية التعبير باعتبارها حقًّا أساسيًّا، وبين حماية المصالح والحقوق الأخرى التي قد تتعرض للاعتداء نتيجة إساءة استخدام هذه الحرية. وعليه، يقتضي بحث الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي بيان مدى مشروعيتها القانونية، والأسس التي تستند إليها، والضوابط التي تكفل عدم تحولها إلى قيد غير مبرر على حرية التعبير.

المطلب الأول
مشروعية الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي

يثير تنظيم الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي إشكالية قانونية تتمثل في ضرورة التوفيق بين حماية حرية التعبير، باعتبارها من الحقوق الأساسية المكفولة دستوريًّا ودوليًّا، وبين حماية النظام العام وحقوق الأفراد من الأضرار التي قد تنشأ عن إساءة استخدام المنصات الرقمية. ومن ثم، لم يعد التساؤل يدور عن جواز فرض الرقابة في حد ذاتها، وإنما عن الأساس القانوني الذي تستند إليه، والضوابط التي تكفل عدم تحولها إلى وسيلة للمساس بحرية التعبير.

ولذلك يتناول هذا المطلب بيان الأساس القانوني لمشروعية الرقابة على المحتوى المنشور عبر مواقع التواصل الاجتماعي، ثم بيان كيفية تنظيم هذه الرقابة في القانون الكويتي، باعتباره أحد التشريعات محل الدراسة المقارنة.

الفرع الأول
الأساس القانوني لفرض القيود على حرية التعبير
عبر مواقع التواصل الاجتماعي

أحدثت مواقع التواصل الاجتماعي تحولًا جوهريًّا في ممارسة حرية الرأي والتعبير، فلم تعد عملية نشر الأفكار والآراء مقصورة على وسائل الإعلام التقليدية، وإنما أصبح في إمكان كل مستخدم إنتاج المحتوى ونشره وتداوله على نطاق واسع وبصورة فورية. وقد أسهمت هذه المنصات في تعزيز المشاركة العامة، وتوسيع دائرة الحوار المجتمعي، إلا أن طبيعتها التقنية – المتمثلة في سرعة الانتشار، وسهولة إعادة التداول، واتساع نطاق الوصول إلى الجمهور – أفرزت تحديات قانونية تتعلق بإمكان إساءة استخدام حرية التعبير، مثل التشهير، وانتهاك الخصوصية، ونشر الأخبار المضللة، وخطاب الكراهية، والتحريض على العنف[29].

وتتميز الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي عن الرقابة على وسائل النشر التقليدية بأن المحتوى الرقمي غالبًا ما ينتجه المستخدمون أنفسهم، دون المرور بجهة تحريرية مسبقة، كما أن حجم المنشورات المتداولة وصعوبة السيطرة على انتشارها يفرضان الحاجة إلى وضع ضوابط قانونية خاصة بالبيئة الرقمية. ولذلك اتجهت التشريعات الحديثة إلى تنظيم المحتوى المنشور عبر هذه المنصات، من خلال فرض التزامات على المستخدمين ومقدمي الخدمات الرقمية، مع ضرورة المحافظة على التوازن بين حماية حرية التعبير ومنع إساءة استعمالها.

ولا تعد حرية التعبير عبر مواقع التواصل الاجتماعي حقًّا مطلقًا، وإنما هي حق يُمارَس في إطار من المسؤولية القانونية والاجتماعية؛ إذ يجوز فرض قيود عليها متى استندت هذه القيود إلى أساس قانوني واضح، واستهدفت تحقيق غاية مشروعة، وكانت ضرورية ومتناسبة مع الهدف المراد تحقيقه. ويكتسب مبدأ التناسب أهمية خاصة في مجال الرقابة الرقمية؛ لأن أي توسع غير مبرر في القيود قد يؤدي إلى الحد من تداول الآراء والأفكار المشروعة، وإحداث أثر مانع على ممارسة حرية التعبير.

وقد أقرت المواثيق الدولية مشروعية فرض القيود على حرية التعبير ضمن حدود معينة؛ فنصت المادة (2/29) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن ممارسة الحقوق

(29) Tarlach McGonagle, <Freedom of Expression and Internet Intermediaries: The Changing Legal Landscape> (2021) European Audiovisual Observatory, 2021, pp.23 - 35.

والحريات لا تخضع إلا للقيود التي يقررها القانون، والتي تستهدف ضمان احترام حقوق الآخرين، وتحقيق مقتضيات النظام العام في مجتمع ديموقراطي. كما نصت المادة (3/19) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على جواز إخضاع حرية التعبير لبعض القيود، بشرط أن تكون مُحدَّدة بالقانون، وضرورية لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم، أو لحماية الأمن القومي، أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة[30].

كما أكد الميثاق العربي لحقوق الإنسان، في المادة (32) منه، أن ممارسة حرية الرأي والتعبير تكون في إطار احترام حقوق الآخرين، وحماية الأمن الوطني والنظام العام والصحة العامة والآداب العامة[31]. وأجازت المادة (10) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فرض قيود على حرية التعبير متى كانت مقررة بموجب القانون[32]، وضرورية في مجتمع ديموقراطي، وتهدف إلى حماية مصالح مشروعة، مثل الأمن القومي، أو النظام العام، أو حقوق الغير.

وقد استقر قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أن مشروعية القيود المفروضة على حرية التعبير، بما في ذلك التعبير عبر الوسائط الرقمية، تستلزم توافر ثلاثة شروط أساسية: أن يكون القيد مقررًا بموجب القانون، وأن يهدف إلى تحقيق غاية مشروعة، وأن يكون ضروريًّا ومتناسبًا في مجتمع ديموقراطي. ويترتب على ذلك أن الرقابة على المحتوى المنشور عبر مواقع التواصل الاجتماعي لا تكون مشروعة إلا إذا التزمت بهذه الضوابط، بحيث تقتصر على مواجهة المحتوى غير المشروع، من دون أن تمتد إلى الآراء والأفكار التي تدخل في نطاق الحماية القانونية لحرية التعبير[33].

(30) اعتُمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د–12) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976، وفقًا للمادة (49) منه؛ وانضمت دولة الكويت إليه بموجب القانون رقم 12 لسنة 1996، مع الالتزام بأحكامه، ومنها الحق في حرية الرأي والتعبير المنصوص عليه في المادة (19)، في حدود ما لا يتعارض مع أحكام الدستور الكويتي والشريعة الإسلامية والنظام العام.

(31) اعتُمد من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس 23 مايو 2004.

(32) تُعد المادة (2/29) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أساسًا عامًا لمبدأ جواز تقييد ممارسة الحقوق والحريات، ومن بينها حرية التعبير؛ إذ تقرر أن هذه القيود لا تكون مشروعة إلا إذا توافرت ثلاثة شروط رئيسية: أن تكون مقررة بموجب القانون، وأن تستهدف غاية مشروعة تتمثل في حماية حقوق وحريات الآخرين أو النظام العام، وأن تكون ضرورية في مجتمع ديموقراطي. وبذلك لا تمنح المادة الدول أو الجهات المنظمة سلطة مطلقة في تقييد التعبير، وإنما تربط مشروعية القيد بمدى احترامه لمبدأي الضرورة والتناسب.

(33) اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، روما في 4 نوفمبر 1950.

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذا الاتجاه في قضية Delfi AS v Estonia؛ إذ أقرت إمكان مساءلة مُشغِّل المنصة الإلكترونية عن التعليقات غير القانونية المنشورة من المستخدمين، متى كان التدخل يستهدف حماية حقوق الآخرين، وقائمًا على أساس قانوني، ومتوافقًا مع مبدأ التناسب. كما أكد المجلس الدستوري الفرنسي، في قراره رقم 801–2020 DC، أن تنظيم مسؤولية المنصات الرقمية عن المحتوى غير المشروع يجب ألا يؤدي إلى فرض قيود غير متناسبة على حرية التعبير.

وبناءً عليه، فإن مشروعية الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي لا تقوم على الحد من حرية التعبير في ذاتها، وإنما على تنظيم ممارستها في بيئة رقمية تختلف عن وسائل النشر التقليدية، بما يضمن حماية الحقوق والحريات الأخرى، مع المحافظة على الدور الأساسي لهذه المنصات في تداول الأفكار والمعلومات.

الفرع الثاني

تنظيم الرقابة على المحتوى المنشور عبر مواقع التواصل الاجتماعي في القانون الكويتي

لا ينصرف البحث في التنظيم القانوني الكويتي إلى دراسة الصحافة والمطبوعات التقليدية في ذاتها، وإنما يهدف إلى بيان مدى امتداد القواعد القانونية المنظمة للنشر إلى المحتوى المنشور عبر مواقع التواصل الاجتماعي، باعتبارها إحدى صور التعبير الحديثة التي فرضها التطور التقني؛ فقد أصبحت المنشورات والتعليقات والمحتويات المتداولة عبر هذه المنصات تمثل وسيلة فعلية للتأثير في الرأي العام؛ الأمر الذي أثار التساؤل عن مدى خضوعها للقيود القانونية المقررة على ممارسة حرية التعبير.

وقد كفل الدستور الكويتي حرية الرأي والتعبير؛ إذ نصت المادة (36) منه على أن حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرهما، وذلك وفقًا للشروط والأوضاع التي يبينها القانون. ويُستفَاد من هذا النص أن المشرّع الدستوري أقر أصل الحرية، إلا أنه أجاز تنظيم ممارستها بما يحقق التوازن بين حماية حق الفرد في التعبير وحماية المصالح العامة وحقوق الآخرين[34].

(34) محمد عبدالقادر الفيل، حرية التعبير وضوابطها في النظم الدستورية المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 112.

ومع ظهور مواقع التواصل الاجتماعي، كوسيلة رئيسة للنشر الإلكتروني، لم يضع المشرّع الكويتي تنظيمًا مستقلًا شاملًا لهذه المنصات، إلا أن ذلك لا يعني خروج المحتوى المنشور عبرها من نطاق الرقابة القانونية، إذ تخضع المنشورات الرقمية للقواعد العامة متى توافرت فيها صفة العلانية، وكان من شأنها المساس بحقوق يحميها القانون؛ فالعبرة في تحديد المسؤولية القانونية لا تكون بوسيلة النشر، وإنما بطبيعة المحتوى المنشور والآثار المترتبة عليه.

وفي هذا الإطار، يمكن أن تمتد أحكام قانون المطبوعات والنشر الكويتي رقم (3) لسنة 2006 إلى بعض صور النشر الإلكتروني، متى تحققت فيها خصائص النشر العلني، خاصة إذا تضمن المحتوى المنشور مساسًا بالثوابت الدستورية، أو النظام العام، أو الآداب العامة، أو كرامة الأفراد وسمعتهم، أو تضمن تحريضًا على الكراهية، أو الإضرار بالسلم الاجتماعي. ويؤكد ذلك أن التطور التقني لم يغير من طبيعة الأفعال المخالفة للقانون، وإنما أدى إلى تغيير الوسيلة المُستخدمَة في ارتكابها.

كما نظم المشرّع الكويتي بعض صور المسؤولية الناشئة عن استخدام الوسائط الإلكترونية، من خلال قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الذي واجه الأفعال غير المشروعة المرتكبَة عبر الوسائل الرقمية، ومنها الاعتداء على الخصوصية، أو نشر المحتوى المخالف للقانون. ويعكس هذا التنظيم توجهًا تشريعيًا نحو تحقيق التوازن بين ضمان حرية التعبير الإلكتروني وحماية الحقوق والمصالح الأخرى التي قد تتعرض للاعتداء عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

وعليه، فإن الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي، في القانون الكويتي، لا تهدف إلى إخضاع جميع أشكال التعبير الرقمي للرقابة، وإنما تستهدف مواجهة المحتوى غير المشروع الذي يتجاوز الحدود المشروعة لممارسة حرية التعبير. وتظل مشروعية هذه الرقابة مرتبطة بضرورة احترام مبادئ المشروعية والضرورة والتناسب، وخضوع الإجراءات المُتخذَة للرقابة القضائية، بما يضمن عدم تحول التنظيم القانوني إلى وسيلة لتقييد حرية التعبير، أو الحد من دور المنصات الرقمية في تعزيز الحوار العام[35].

(35) عادل عبدالفتاح الشويخ، القيود التشريعية على حرية التعبير في الفقه الدستوري، مجلة الحقوق، جامعة النشر العلمي، جامعة الكويت، ع3، 2018، ص67.

المطلب الثاني

أشكال الرقابة المُستحدَثة على مواقع التواصل الاجتماعي

أفرزت البيئة الرقمية أنماطًا جديدة من المخاطر المرتبطة بنشر المحتوى عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وفي مقدمها انتشار الشائعات والأخبار الكاذبة، وخطاب الكراهية والمحتوى المضلل، الأمر الذي دفع العديد من التشريعات إلى استحداث وسائل رقابية تتلاءم مع طبيعة هذه المنصات، مع السعي إلى تحقيق التوازن بين مكافحة المحتوى غير المشروع وضمان حرية التعبير.

وفي هذا الإطار، يتناول هذا المطلب أبرز صور الرقابة المستحدثة التي اعتمدتها التشريعات لمواجهة هذه الظواهر، مع التركيز على التنظيم التشريعي لمكافحة الشائعات والأخبار الكاذبة، وبيان الضوابط القانونية الحاكمة لتلك الرقابة.

الفرع الأول

الرقابة التشريعية لمكافحة الشائعات والأخبار الكاذبة

نظرًا إلى الدور المهم الذي تؤديه المواقع الإلكترونية في مجال الصحافة والإعلام، نظم قانون الصحافة والإعلام المصري الجديد رقم 180 لسنة 2018 هذه المسألة؛ حيث نصت المادة الأولى من مواد الإصدار على سريان أحكامه على جميع الكيانات والمؤسسات والوسائل الصحافية والإعلامية والمواقع الإلكترونية، وفقًا لأحكام القانون المرافق، ويُستثنَى من ذلك الموقع أو الوسيلة والحساب الإلكتروني الشخصي[36].

كما ألزمت المادة (3) من مواد الإصدار كل من يعمل في المجال الصحافي أو الإعلامي، سواء في الصحف أو في وسائل الإعلام أو المواقع الإلكترونية، في تاريخ العمل بهذا القانون أن يوفق أوضاعه وفقًا لأحكام القانون المرافق ولائحته التنفيذية، وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ العمل باللائحة التنفيذية.

وقد أكد المشرع المصري حرية الإعلام على مواقع التواصل الاجتماعي؛ حيث أكدت المادة (2) أن الدولة تكفل حرية الصحافة والإعلام والطباعة والنشر الورقي والمسموع

(36) قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن حرية الرأي والتعبير تُعد من الحقوق الدستورية الأساسية التي يتعين الموازنة بينها وبين حماية الحقوق والمصالح الأخرى، وأن الجرائم المرتكبة بطريق النشر تستلزم مراعاة حدود الإباحة التي تستند إلى حرية التعبير، انظر: مصر، المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 70 لسنة 44 قضائية (دستورية)، جلسة 6 يوليو 2024.

والمرئي والإلكتروني، كما تبنى في المادة الأولى من القانون سالف الذكر تعريفات حديثة تشمل الإعلام التقليدي والإلكتروني، ومن ذلك:

- **الصحيفة:** بأنها «كل إصدار ورقي أو إلكتروني يتولى مسؤولية تحريره أو بثه صحافيون نقابيون، ويصدر باسم موحد، وبصفة دورية في مواعيد منتظمة، ويصدر عن شخص مصري، طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص، ووفقًا للقواعد والإجراءات التي تنظمها اللائحة التنفيذية لهذا القانون».

- **الإعلام المسموع أو المرئي أو الإلكتروني:** هو «كلّ بث إذاعي وتلفزيوني أو إلكتروني يصل إلى الجمهور، أو فئات معينة منه، بإشارات أو صور أو أصوات أو رسومات أو كتابات، لا تتسم بطابع المراسلات الخاصة، بواسطة أي وسيلة من الوسائل السلكية واللاسلكية وغيرها من التقنيات الحديثة، أو أي وسيلة من وسائل البث والنقل الإذاعية والتلفزيونية والإلكترونية وغيرها، ويصدر عن أشخاص طبيعية أو اعتبارية عامة وخاصة، ووفقًا للقواعد والإجراءات المنظمة للائحة التنفيذية لهذا القانون».

- **وسائط الإعلام الإلكتروني:** هي «الوسائل التي يتم تحميل المواد الإعلامية المذاعة عبر الإنترنت عليها، مثل الأقراص الصلبة، والذاكرة المتنقلة... وغيرها».

- الموقع الإلكتروني: هو «الصفحة أو الرابط أو التطبيق الإلكتروني المرخص له، والذى يُقدَّم من خلاله محتوى صحافي أو إعلامي أو إعلاني أيًّا كان؛ نصيًّا أو سمعيًّا أو مرئيًّا، ثابتًا أو متحركًا أو متعدد الوسائط، ويصدر باسم معين، وله عنوان ونطاق إلكتروني مُحدد، وينشأ أو يُستضَاف أو يتم النفاذ إليه من خلال شبكة المعلومات الدولية».

- **الخدمات الإعلامية أو الإعلانية التجارية الإلكترونية:** هي «المحتوى المتضمن الترويج للأعمال أو الخدمات أو المنتجات أو الأشخاص من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)»[37].

واشترطت المادة (6) من القانون الحصول على ترخيص من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام عند تأسيس مواقع إلكترونية في جمهورية مصر العربية، أو إدارتها أو إدارة

(37) قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن حرية التعبير تمثل قيمة عليا لا تنفصل عنها الديموقراطية، وتعد أساسًا لصون المجتمعات وضمان تطوير بنيانها وتعميق حرياتها. وأكدت المحكمة أن حرية التعبير تهدف إلى بناء دائرة للحوار العام، ولا يُمنع التعبير عن الآراء أو مقارنتها أو مناهضتها بآراء أخرى، كما أن تدفق المعلومات من مصادر متعددة لا يبرر تقييدها، بل إن إنماء الشخصية الفردية من خلال التعبير يدعم مساهمتها في الحياة العامة، ويعزز حيويتها وترابطها، حكم المحكمة الدستورية العليا (مصر)، الدعوى رقم 77 لسنة 19 قضائية (دستورية)، جلسة 7 فبراير 1998، القاهرة، الجريدة الرسمية.

مكاتب أو فروع لمواقع إلكترونية تعمل من خارج الجمهورية، وفق الضوابط والشروط التي يضعها المجلس في هذا الشأن. ومع عدم الإخلال بالعقوبات الجنائية المقررة، للمجلس الأعلى في حال مخالفة أي مما تقدم اتخاذ الإجراءات اللازمة، بما فيها إلغاء الترخيص، أو وقف نشاط الموقع، أو حجبه، في حال عدم الحصول على ترخيص سارٍّ[38].

ووفقًا للمادة (5) لا يجوز الترخيص أو التصريح بإنشاء أي موقع إلكتروني، أو السماح له بالاستمرار في ممارسة نشاطه متى كان يقوم على أساس تمييز ديني أو مذهبي، أو التفرقة بسبب الجنس أو الأصل، أو على أساس طائفي أو عِرْقي، أو تعصب جَهوي، أو إلى ممارسة نشاط معادٍّ لمبادئ الديموقراطية، أو على نشاط ذي طابع سري، أو تحريض على الإباحية، أو على الكراهية أو العنف، أو تدعو إلى أيٍّ من ذلك، أو تسمح به.

كما يحظر على الموقع الإلكتروني نشر أو بث أي مادة أو إعلان يتعارض محتواه مع أحكام الدستور، أو يدعو إلى مخالفة القانون، أو يخالف الالتزامات الواردة في ميثاق الشرف المهني، أو يخالف النظام العام والآداب العامة، أو يحض على التمييز أو العنف أو العنصرية أو الكراهية أو التعصب.

وللمجلس الأعلى، للاعتبارات التي يقتضيها الأمن القومي، أن يمنع مطبوعات، أو صحفًا، أو مواد إعلامية أو إعلانية، صدرت أو جرى بثها من الخارج، من الدخول إلى مصر، أو التداول أو العرض، وعلى المجلس أن يمنع تداول المطبوعات أو المواد الإباحية، أو التي تتعرض للأديان والمذاهب الدينية تعرضًا من شأنه تكدير السلم العام، أو التي تحض على التمييز أو العنف أو العنصرية أو الكراهية أو التعصب.

ولكل ذي شأن الطعن في هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري.

وقد حظرت المادة (19) من القانون سالف الذكر على الصحيفة أو الوسيلة الإعلامية أو الموقع الإلكتروني، نشر أو بث أخبار كاذبة، أو ما يدعو أو يحرض على مخالفة القانون، أو إلى العنف أو الكراهية، أو ينطوي على تمييز بين المواطنين، أو يدعو إلى العنصرية أو التعصب، أو يتضمن طعنًا في أعراض الأفراد، أو سبًّا أو قذفًا لهم، أو امتهانا للأديان السماوية أو للعقائد الدينية.

(38) وقد أجازت المادة (33) للمصريين (دون الأجانب) من أشخاص طبيعية أو اعتبارية، عامة أو خاصة، الحق في تملك الصحف أو المواقع الإلكترونية الصحافية أو المشاركة في ملكيتها وفقًا لأحكام هذا القانون، بشرط ألا يكون محرومًا من مباشرة الحقوق السياسية، أو صدر ضده حكم في جناية، أو في جنحة مخلة بالشرف، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره.

ويلتزم بأحكام هذه المادة – كاستثناء من حكم المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون – كل موقع إلكتروني شخصي أو مدونة إلكترونية شخصية، أو حساب إلكتروني شخصي، يبلغ عدد متابعيه خمسة آلاف متابع أو أكثر.

ومع عدم الإخلال بالمسؤولية القانونية المترتبة على مخالفة أحكام هذه المادة يجب على المجلس الأعلى اتخاذ الإجراء المناسب حيال المخالفة، وله – في سبيل ذلك – وقف أو حجب الموقع أو المدونة أو الحساب المشار إليه بقرار منه.

وعلى ذلك، يتضح لنا أنه على الرغم من أن المشرع المصري قد استثنى بدايةً المواقع والصفحات الشخصية من الالتزام بأحكام قانون الصحافة والإعلام الجديد، فإنه قد أجاز سريان أحكامه على تلك الصفحات بشرطين:

الشرط الأول: وهو شرط موضوعي؛ حيث يجب أن يتضمن الموقع الإلكتروني الشخصي أو المدونة الإلكترونية الشخصية، أو الحساب الإلكتروني الشخصي نشر أو بث أخبارٍ كاذبة، أو ما يدعو أو يحرض على مخالفة القانون أو إلى العنف أو الكراهية، أو ينطوي على تمييز بين المواطنين، أو يدعو إلى العنصرية أو التعصب، أو يتضمن طعنًا في أعراض الأفراد، أو سبًّا أو قذفًا لهم، أو امتهانا للأديان السماوية أو للعقائد الدينية.

الشرط الثاني: يشترط في ممارسة النشر عبر المواقع الإلكترونية الشخصية، أو المدونات الإلكترونية، أو الحسابات الشخصية على وسائل التواصل الاجتماعي أن يبلغ عدد المتابعين خمسة آلاف متابع على الأقل. وتُلزِم المادة (58) الوسائل الإعلامية والمواقع الإلكترونية بتحمل المسؤولية القانونية عن أي خطأ يقع في أثناء ممارسة نشاطها، أو عن مخالفة القيم والمعايير المهنية التي يضعها المجلس الأعلى للإعلام.

وفي إطار مكافحة الشائعات والأخبار الكاذبة، تنص المادة (80)، الفقرة (ج)، من قانون العقوبات المصري على معاقبة كل من يذيع عمدًا، في زمن الحرب، أخبارًا أو بيانات أو إشاعات كاذبة، أو يقوم بالدعاية المثيرة، إذا كان ذلك من شأنه الإضرار بالاستعدادات الحربية أو بالعمليات العسكرية للقوات المسلحة، أو إثارة الفزع بين المواطنين، أو إضعاف الروح المعنوية للأمة. كما تنص المادة (80)، الفقرة (د)، على أن يُعاقَب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن 100 جنيه ولا تتجاوز 500 جنيه، كل من أذاع عمدًا في الخارج أخبارًا أو إشاعات كاذبة تؤثر على الأوضاع الداخلية للدولة أو المصالح القومية، على أن تكون العقوبة السجن إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب.

أما فيما يتعلق بالشؤون الداخلية، فقد نصت المادة (86) مكرر على معاقبة كل من روَّج أو حاز أي محررات أو مطبوعات أو تسجيلات مُعدَّة للتوزيع أو الاطلاع على أمور محظورة، أو أي وسيلة طباعة أو تسجيل أُعدت للاستعمال في هذا الغرض، بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات. كما نصت المادة (102) مكرر على معاقبة كل من يذيع أو ينشر أخبارًا أو بيانات كاذبة من شأنها تكدير الأمن العام، أو إلقاء الرعب بين الناس، أو الإضرار بالمصلحة العامة بالحبس وبغرامة مالية، وتُغلِّظ العقوبة في زمن الحرب.

كما نصت المادة (188) على معاقبة كل من ينشر، عن سوء قصد، أخبارًا أو أوراقًا مزورة أو منسوبة كذبًا إلى الغير، إذا كان من شأن ذلك تكدير السلم العام، أو إثارة الفزع بين الناس، أو الإضرار بالمصلحة العامة، بالحبس مدة لا تتجاوز سنة، وغرامة مالية تتراوح بين خمسة آلاف وعشرين ألف جنيه، وتشمل العقوبة حيازة أي وسيلة طباعة أو تسجيل استُخدمت أو أُعدت لهذا الغرض؛ لتكون العقوبة السجنَ مدة لا تقل عن خمس سنوات.

وفيما يخص الأخبار المتعلقة بالإرهاب، تنص المادة (35) على معاقبة كل من عمد إلى نشر أو إذاعة بيانات أو أخبار غير صحيحة عن أعمال إرهابية داخل البلاد، أو عن العمليات المرتبطة بمكافحتها، بما يخالف البيانات الرسمية الصادرة عن وزارة الدفاع، بغرامة تتراوح بين مائتي ألف وخمسمائة ألف جنيه.

وأخيرًا، يجُرِّم قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات نشر أي معلومات أو أخبار أو صور تنتهك خصوصية الأفراد دون موافقتهم، سواء كانت صحيحة أو غير صحيحة. ويُعاقَب المخالف بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة مالية تتراوح بين خمسين ألفًا ومائة ألف جنيه، وفقًا للمادة (25) من القانون نفسه.

الفرع الثاني

الرقابة الذاتية

إزاء عجز التشريعات الوطنية عن تنظيم المسؤولية القانونية لمواقع الاجتماعي، وفي ضوء غياب الاتفاقيات الدولية، عملت الشركات القائمة على مواقع التواصل الاجتماعي – في ضوء صعوبة فرض نظام للتحكم والإشراف المسبق على الكمية الهائلة من المعلومات التي تُبَث من خلال هذه المواقع على مستوى العالم – على وضع سياسة للرقابة الذاتية على محتوى ما يُنشَر عليها من أخبار أو صور أو فيديوهات؛ حيث تتيح إزالة هذا المحتوى بشرط إخطارها بمضمون هذا المحتوى، من خلال سياسة الشكاوى المعلنة

على صفحتها. إلا أن هذا الوضع قد سمح للشركات الخاصة القائمة على هذه المواقع بممارسة دور التشريع على مستوى العالم – وهو الدور المناط بالدول ذات السيادة – لتكون بمنزلة شرطي العالم أو الشرطي الدولي[39].

على سبيل المثال، وضعت شركة فيسبوك ما يسمى بـ«معايير المجتمع»، والتي تهدف إلى تحقيق الأمان والمصادقة والخصوصية والكرامة بخصوص المحتوى المنشور على صفحات المشتركين، بما يضمن عدم إساءة الحق في حرية التعبير. وقد وضعت الشركة سياسة للشكاوى تسمح بإزالة المحتوى غير المشروع – وفقًا للتصنيف المُعلَن من قِبل الشركة – حيث يكون لكل شخص مكنة إبلاغ فيسبوك عن محتوى ما يراه غير مقبول؛ حيث تقوم الشركة – من خلال فريق العمل المخصص لهذه المهمة – بفحص المحتوى ومراجعته وإزالته، في حال خالف معايير «مجتمع فيسبوك»[40]. ولا تعلن الشركة أي معلومات عن مقدم البلاغ عند التواصل مع الشخص المُبلَّغ عنه[41].

ومن ضمن المحتوى المخالف لتلك المعايير ما يلي: 1- العنف والتحريض. 2- الأشخاص الخطرون والمنظمات الخطرة. 3- ترويج الجرائم أو الدعاية لها. 4- التخطيط لأعمال من شأنها الإضرار بالآخرين. 5- البضائع التي تخضع للوائح تنظيمية. 6- الاحتيال والخداع. 7- الانتحار وإيذاء الذات. 8- عُري الأطفال واستغلالهم جنسيًّا. 9- الاستغلال الجنسي للبالغين. 10- المضايقة والإساءة. 11- استغلال البشر. 12– انتهاكات الخصوصية وحقوق خصوصية الصور. 13- الخطاب الذي يحض على الكراهية. 14- المحتوى العنيف أو الصادم. 15- العُري والنشاط الجنسي للبالغين. 16- الإغواء الجنسي. 17- القسوة وعدم مراعاة مشاعر الآخرين. 18- المحتوى غير المهم

(39) أبو بكر أحمد عثمان، الرقابة على المحتوى غير القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي في القانون الإماراتي والمقارن، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مج19، ع67، س21، ص284.

(40) ويهدف هذا المعيار إلى «توفير مكان لحرية التعبير يستطيع الأشخاص من خلاله إبداء وجهات نظرهم. وهذا الهدف لم ولن يتغير. ويعتمد بناء المجتمعات وتعزيز الترابط العالمي على قدرة الأشخاص على مشاركة مختلف وجهات النظر والتجارب والأفكار والمعلومات. ونحن نريد أن يتمتع الأشخاص بالقدرة على التحدث بحرية عن القضايا التي تهمهم، حتى في حال عدم اتفاق البعض أو اعتراضهم. وفي بعض الحالات، نسمح بالمحتوى الذي قد يخالف معايير مجتمعنا، إذا كانت له أهمية إخبارية، أو يستحوذ على الاهتمام العام. ولا نفعل ذلك إلا بعد مقارنة قيمة الاهتمام العام مع احتمال حدوث ضرر ونراجع معايير حقوق الإنسان العالمية لاتخاذ مثل هذه القرارات»، انظر الرابط التالي:
https://transparency.fb.com/policies/community-standards/ (تاريخ آخر زيارة: 2026/7/19).

(41) انظر الرابط التالي بخصوص الإبلاغ عن سوء الاستخدام:
https://transparency.fb.com/policies/community-standards/ (تاريخ آخر زيارة: 2026/7/19).

أو الاحتيالي. 19- التزييف. 20- الأخبار الزائفة. 21- الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية. 22- السلوكيات الزائفة.

وفي السياق ذاته، يعلن موقع الفيديوهات الشهير يوتيوب على موقعه أنه «قد لا يعجبك كلّ المحتوى الذي تشاهده على YouTube، ولكن إذا كنت تعتقد أنّ محتوى معيّنًا غير ملائم، يُرجى استخدام ميزة الإبلاغ لإرسال المحتوى للمراجعة من قِبل فريق YouTube. ويراجع فريق العمل بدقّة، وعلى مدار الساعة، وطوال أيام الأسبوع، المحتوى الذي تمّ الإبلاغ عنه لتحديد ما إذا كان يخالف إرشادات المنتدى».

ومن ضمن المحتوى الذي يجوز الاعتراض عليه: محتوى يشمل مشاهد عُريّ، أو مشاهد جنسيّة، محتوى ضارًا أو خطرًا، أو محتوى يحض على الكراهية، أو محتوى مصوّرًا أو يضم مشاهد عنف، أو المضايقات والتسلّط على الإنترنت، أو محتوى غير مرغوب فيه، أو البيانات الوصفيّة المضلّلة، أو عمليّات الخداع وانتهاك حقوق الطبع والنشر، وانتهاك الخصوصية، وانتحال الهوية، وسلامة الأطفال[42].

ومما سبق، يتضح لنا أن الشركات القائمة على مواقع التواصل الاجتماعي قد اضطلعت بمهمة الرقابة على المحتوى غير المشروع، وفقًا للقواعد المُطبَّقة من خلال سياستها، وهو ما ترك لهذه الشركات حرية تقدير مشروعية المحتوى، وفرض قيود على حرية التعبير بعيدًا عن التشريعات الوطنية أو مبادئ الأحكام القضائية. ولعل ما يعزز هذا الموقف هو صعوبة استصدار تنفيذ الأوامر القضائية الوطنية، في ضوء البعد المكاني بين محل موطن المستخدمين والقضاء الأمريكي الذي توجد في نطاق اختصاصه المقرات الرئيسة لأغلبية الشركات المالكة لمواقع التواصل الاجتماعي؛ ولعل ذلك ما يجعل القضاء الأمريكي بمنزلة محكمة لها اختصاص عالمي في تقدير مشروعية المحتوى، وفقًا للقوانين السارية بها[43].

(42) Evelyn Douek, <The Rise of Content Cartels>, Columbia Law Review, USA, Vol.123, (2023), p.821, pp.840-845.

(43) Nicolas P Suzor, Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives (CUP 2019), pp.82-94.

الخاتمة

أضحت مواقع التواصل الاجتماعي إحدى السمات البارزة للمجتمع المعاصر؛ إذ تمثل إطارًا حديثًا للتواصل بين الأفراد، ونافذة مهمة لممارسة حرية التعبير، ووسيلة رئيسة للحصول على الأخبار والمعلومات بشكل فوري. غير أن هذه المواقع لا تقتصر على كونها أداة للتواصل الإيجابي، بل تشكل أيضًا بيئة خصبة لبث الشائعات، والأخبار الكاذبة، والمحتوى المتطرف؛ مما قد يهدد الاستقرار الاجتماعي، ويثير الفرقة والشقاق بين أفراد المجتمع، إضافة إلى ما يمثله ذلك من تهديد للخصوصية الفردية وتماسك الأسرة.

وتتفاقم صعوبة وضع تنظيم قانوني فعال لمواقع التواصل الاجتماعي بسبب التباين في مدى مشروعية القيود على حرية التعبير بين الدول؛ فما يُعد انتهاكًا لحرية التعبير في دولة ما قد يُعتبر ممارسة مشروعة في دولة أخرى. كما تختلف التشريعات الوطنية بشأن تحديد المسؤولية القانونية لمقدمي خدمات التواصل الاجتماعي، فمنها من يعتمد على قاعدة العلم الفعلي بالمحتوى غير المشروع، ومنها من يشدد على ضرورة وجود رقابة لاحقة مُوجَّهة للتأكد من قانونية المحتوى.

وفي ظل هذه التحديات، تبنت شركات مواقع التواصل الاجتماعي سياسات للرقابة الذاتية على المحتوى المنشور، تتيح بموجبها إزالة الأخبار أو الصور أو مقاطع الفيديو المخالفة عند الإخطار بمضمونها، عبر نظام الشكاوى المعلن. إلا أن هذا الوضع منح هذه الشركات سلطة فاعلة على مستوى عالمي في تنظيم المحتوى، وهو الدور الذي يُفترَض أن تقوم به الدول ذات السيادة؛ ما يطرح تساؤلات عن ملاءمة قيام الشركات الخاصة بممارسة دور تشريعي يتوافق مع مصالحها التجارية الخاصة.

وبالنظر إلى الطبيعة اللامركزية لشبكة الإنترنت التي تعيق فرض تنظيم وطني فردي فعال، يصبح من الضروري التفكير في تفعيل المبادرات الدولية المتعلقة بحوكمة الإنترنت Internet Governance، وذلك لوضع إطار قانوني عالمي ملزم للشركات القائمة على مواقع التواصل الاجتماعي، بما يحقق التوازن بين حرية التعبير، وحماية الأمن العام، واحترام حقوق الأفراد والدول.

وقد توصلنا في هذا البحث إلى بعض التوصيات، وهي:

1- **على المستوى التشريعي:** تحديث الأطر التشريعية المنظمة للإعلام والفضاء الرقمي بما يواكب التطورات التقنية، مع وضع تنظيم واضح لمسؤولية المنصات

الرقمية والمواقع الإلكترونية، وتحديد حقوق والتزامات مختلف الأطراف بصورة تحقق اليقين القانوني.

2- **على المستوى القضائي:** تعزيز الرقابة القضائية على القرارات الإدارية ذات الصلة بالإعلام الرقمي ومنصات النشر، بما يكفل ضمان حق التقاضي، وترسيخ مبادئ المشروعية والتناسب عند تقييد حرية التعبير.

3- **على المستوى التنظيمي:** تطوير الأدلة الإرشادية ومدونات السلوك المنظمة لعمل المنصات الرقمية، وتشجيع تبني آليات فعالة للإبلاغ عن المحتوى غير المشروع، مع ضمان الشفافية في قرارات إزالة المحتوى أو تقييده، وتوفير وسائل فعَّالة للتظلم والطعن.

4- **على مستوى السياسات التشريعية:** مراعاة مبدأ الوضوح والدقة في صياغة النصوص القانونية المنظمة للمحتوى الرقمي؛ بما يحد من الآثار المثبطة Chilling Effect الناجمة عن استخدام عبارات فضفاضة، أو غير محددة، قد تؤدي إلى تقييد حرية التعبير بصورة غير مُبرَّرة.

5- **على المستوى المقارن:** الاستفادة من التجارب الدولية والمعايير القضائية ذات الصلة، لا سيما المبادئ التي أرساها القضاء الدولي والإقليمي لحقوق الإنسان، عند تطوير التشريعات والسياسات المنظمة لمسؤولية المنصات الرقمية، بما يحقق التوازن بين حماية الحقوق الأساسية ومكافحة المحتوى غير المشروع.

6- **في السياق الكويتي:** نوصي المشرّع الكويتي بمراجعة التشريعات الوطنية المنظمة للإعلام والنشر والبيئة الرقمية، بما يضمن مواءمتها مع التطورات التقنية والمعايير الدولية ذات الصلة، وبحث إمكان توسيع نطاق الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المتعلقة بالمطبوعات والنشر والتراخيص، بما يعزز ضمانات المشروعية وحماية الحقوق والحريات.

قائمة المراجع

أولًا: المراجع العربية

1- الكتب

- جميل عبدالباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي – الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- محمد عبدالقادر الفيل، حرية التعبير وضوابطها في النظم الدستورية المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- عبدالفتاح محمود كيلاني، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت، منشور على الرابط التالي: scribd.com/document.

2- المقالات والدراسات العربية

- أبو بكر أحمد عثمان، الرقابة على المحتوى غير القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي في القانون الإماراتي والمقارن، مجلة الرافدين للحقوق، مج19، ع67.
- نهى بلعيد، تطور استخدامات مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة الإذاعات العربية، أبريل 2016.
- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، حماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي: دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة طنطا، مصر، ع33، 2018.
- محمود رامز يوسف، إدمان استخدام موقع التواصل الاجتماعي (فيس بوك) وعلاقته بالمسؤولية الاجتماعية لدى طلاب جامعة عين شمس، مجلة دراسات عربية، مج14، ع1، 2015.
- ممدوح السيد عبدالهادي الشتلة، استخدامات الوظيفة الإعلامية الإخبارية لموقعي التواصل الاجتماعي فيس بوك، وتويتر والإشباعات المتحققة منهما، المجلة العلمية لبحوث الصحافة، ع11، 2017.
- مرزوقة قويضي غنيم العازمي، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي في ثقافة المسؤولية الاجتماعية لدى الشباب الكويتي، حوليات آداب عين شمس، مج45، 2017.
- سامي الرواشدة، الأدلة المتحصلة من مواقع التواصل الاجتماعي ودورها في الإثبات الجنائي: دراسة في القانونين الإنجليزي والأمريكي، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، مج6، ع3، 2017.

- عادل عبدالفتاح الشويخ، القيود التشريعية على حرية التعبير في الفقه الدستوري، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع3، 2018.

ثانيًا: المراجع الأجنبية

1- الكتب

- David Kaye, Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet, Columbia Global Reports, 2019.
- Nicolas P Suzor, Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives Cambridge University Press, 2019.
- Christina Angelopoulos (ed), The Digital Services Act: A Commentary, Oxford University Press, 2024.
- Aleksandra Kuczerawy, Intermediary Liability and Freedom of Expression in the EU: From the E-Commerce Directive to the Digital Services Act (Intersentia, 2023).
- Jack M Balkin, The Cyberspace Constitution (Cambridge University Press, 2021).

2- المقالات والدراسات الأجنبية

- Evelyn Douek, 'The Rise of Content Cartels' (2023) 123 Columbia Law Review 821.
- Kate Klonick, 'The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech' (2018) 131 Harvard Law Review 1598.
- Jack M Balkin, 'Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation', UC Davis Law Review, USA, Vol.51, Iss.1149.
- Amélie P Heldt, 'Reading Between the Lines and the Numbers: An Analysis of the First NetzDG Reports', Internet Policy Review, 2022.
- Alrwashdeh S, 'Evidence Obtained from Social Networking Sites and its Role in Criminal Proof: A Study in English and American Law' International Review of Law, (2017).

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	153
المقدمة	155
المبحث الأول: النماذج التشريعية المختلفة لتحديد إطار المسؤولية المدنية لمواقع التواصل الاجتماعي	160
المطلب الأول: التجارب التشريعية في الدول الأوروبية	160
الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي	161
الفرع الثاني: موقف المشرع الألماني	162
المطلب الثاني: التجارب التشريعية العربية	165
الفرع الأول: موقف المشرع القطري	166
الفرع الثاني: موقف المشرع الكويتي	167
المبحث الثاني: الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي من واجهة الحق في حرية التعبير	169
المطلب الأول: مشروعية الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي	169
الفرع الأول: مدى جواز فرض قيود على ممارسة الحق في حرية التعبير على مواقع التواصل الاجتماعي	170
الفرع الثاني: فرض الرقابة على مواقع التواصل الاجتماعي في ضوء قوانين الصحافة والنشر وفقًا للقانون الكويت	172
المطلب الثاني: الرقابة الذاتية لمواقع التواصل الاجتماعي	174
الفرع الأول: الرقابة التشريعية لمكافحة الشائعات والأخبار الكاذبة	174
الفرع الثاني: الرقابة الذاتية	178
الخاتمة	181
قائمة المراجع	183

الحرمات الرقمية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الكويتية
نحو بناء منظومة تشريعية متكاملة(*)



د. عبداللطيف حاجي العوضي
أستاذ مشارك
قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
كلية الشريعة - جامعة الكويت
alawadee@yahoo.com

*

عضو هيئة التدريس منذ العام 2016م. حصل على الإجازة الجامعية في الفقه المقارن وأصوله من جامعة الكويت في العام 1996م، والماجستير في التخصص نفسه من جامعة الكويت في العام 2002م، ثم الدكتوراه في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي من جامعة القرويين بالمملكة المغربية عام 2007م.

تتركز اهتماماته البحثية في الدراسات الفقهية المقارنة بالقانون الكويتي، وفقه المعاملات

←

د. سوزان زهير السمان
أستاذ مشارك – قسم الفقه وأصوله
كلية الشريعة - جامعة الكويت
souzan.alsamman@ku.edu.kw

*

عضو هيئة التدريس في القسم منذ العام 2016م. حصلت على الليسانس في العام 2001م، والماجستير في العام 2004م، ثم الدكتوراه في العام 2007م في الفقه المقارن وأصول الفقه من جامعة الكويت بتقدير امتياز في جميع المراحل. وكُرِّمت بالميدالية الذهبية للمتفوقين في حفلي تخرج الليسانس والدكتوراه. كانت رسالتها للماجستير عن «العمالة المنزلية في الفقه

←

الملخص

يتناول هذا البحث موضوع الحرمات الرقمية، مع التركيز على حماية الخصوصية الرقمية من منظور الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي. ويُبرز أهمية الحرمات الرقمية كجزء من حقوق الإنسان الأساسية في العصر الحديث، كما يتناول دور الشريعة الإسلامية في وضع أطر شاملة لحماية الحرمات، من خلال النصوص والقواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، كما يسلط الضوء على التشريعات الكويتية، خاصة قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 63 لسنة 2015، ويوضح جوانب القوة والقصور فيه.

وتتمثل إشكالية البحث في: هل تكفي التشريعات الكويتية في حماية الحرمات الرقمية؟ وما دور الشريعة الإسلامية في سد الفراغات التشريعية؟ ويهدف البحث إلى تحليل الحرمات الرقمية من زاوية شرعية وقانونية، وطرح حلول لمعالجة القصور في التشريعات الكويتية.

وفي سبيل ذلك، فقد تم استخدام المنهج الوصفي لتحليل النصوص الشرعية والقوانين، والمنهج التحليلي لتحديد الثغرات القانونية، والمنهج المقارن بين الشريعة والقانون، والمنهج

(*) تاريخ تقديم البحث: 17 يناير 2025 وتاريخ قبوله: 10 أبريل 2025

الاستقرائي لتتبع تطور الأحكام الفقهية والقوانين الرقمية والمنهج الاستنباطي؛ لاستخراج الأحكام الشرعية والقواعد الفقهية التي تسهم في تطوير التشريعات.

ومن أبرز النتائج التي توصل إليها الباحثان، أن الشريعة الإسلامية توفر منظومة شاملة لحماية الحرمات الرقمية، تعتمد على القيم الأخلاقية والقواعد الفقهية، وأن التشريعات الكويتية وضعت أساسًا جيدًا، لكنها تحتاج إلى تحديث لمواكبة التطورات التقنية، مثل الذكاء الاصطناعي. كما انتهيا إلى أن حماية الحرمات الرقمية تتطلب تشريعات أكثر شمولاً، تستند إلى القيم الشرعية، وتعالج الجرائم المُستحدثَة.

كلمات دالة: العصر الرقمي، حق الخصوصية، الجرائم الإلكترونية، الذكاء الاصطناعي، الشريعة الإسلامية.

تابع ـ د. عبداللطيف حاجي العوضي

المالية المعاصرة، والقضايا الطبية والجنائية المستجدة. له كتاب علمي مُحكَم صادر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت عن «الضبطية القضائية في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الإجراءات الجزائية الكويتي» 2010م. وكتاب مقرر بعنوان «الطريق إلى الثقافة الإسلامية» 2011م. ونشر عددًا من البحوث المُحكَّمة في مجلات جامعة الكويت وجامعة الأزهر وجامعة القاهرة وجامعة طنطا.

وقد حظي عدد من أبحاثه بدعم جامعة الكويت، وشارك في عدة مؤتمرات علمية دولية.

تابع ـ د. سوزان زهير السمان

الإسلامي»، فيما تناولت رسالتها للدكتوراه «الشيوع وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي». وعملت قبل التحاقها بالجامعة معلمةً ثم موجهةً فنيةً في وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

تتركز اهتماماتها البحثية في فقه المعاملات المالية المعاصرة، والوقف والقضايا الفقهية المستجدة مقارنةً بالقانون الكويتي، ولها عدد من البحوث المُحكَمة المنشورة في مجلات علمية بجامعة الكويت وجامعة القاهرة وجامعة الأزهر.

وقد حظي عدد من أبحاثها بدعم إدارة الأبحاث في جامعة الكويت، كما تشارك في لجان القسم، وتدرّس كتاب «منار السبيل»، في بيت القرآن منذ العام 2008م.

المقدمة

مع التوسع في استخدام التقنيات الرقمية، أصبحت الحرمات الرقمية في خطر متزايد بسبب الجرائم الإلكترونية؛ مما يتطلب دراسة شاملة تجمع بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي لمعالجة هذا التحدي.

أولًا: أهمية البحث

تنبع أهمية البحث من تسليط الضوء على الحرمات الرقمية كجزء أساسي من حقوق الإنسان في العصر الحديث، وبيان ضرورة حمايتها، في ظل التوسع الرقمي المتسارع. كما يبرز البحث الحاجة إلى الجمع بين التشريعات الوضعية والرؤية الشرعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، التي تقدم إطارًا أخلاقيًّا وقيميًّا شاملًا؛ لضمان حماية فعّالة تتماشى مع التطورات التقنية المتجددة؛ مما يسهم في الحفاظ على خصوصية الأفراد واستقرار المجتمع.

ثانيا: إشكالية البحث

مع التطور السريع في التقنيات الرقمية، تزايدت الحاجة إلى حماية الحرمات الرقمية، باعتبارها جزءًا من الحقوق الأساسية للأفراد والمجتمعات، مما يثير تساؤلات عن مدى قدرة التشريعات الكويتية الحالية على تحقيق هذه الحماية ومواءمتها للتطورات التقنية المتسارعة. كما يبرز دور الشريعة الإسلامية في تقديم أطر تشريعية وأخلاقية قادرة على معالجة أوجه القصور القانوني، وضمان حماية متكاملة للحرمات الرقمية في مواجهة الجرائم الإلكترونية الحديثة.

وبناءً على ذلك، تتمثَّل إشكالية البحث في الإجابة عن التساؤلات التالية:

1- إلى أي مدى تواكب التشريعات الكويتية التطورات التقنية الحديثة في حماية الحرمات الرقمية؟

2- ما أوجه القصور في هذه التشريعات، وكيف يمكن الاستفادة من مبادئ الشريعة الإسلامية لتعزيز منظومة الحماية القانونية؟

3- ما الحلول التشريعية المقترحة لتعزيز الحماية القانونية للحرمات الرقمية في ظل التحديات الرقمية المستجدَة؟

ثالثًا: أهداف البحث

1- تحليل مفهوم الحرمات الرقمية من منظور الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، وبيان أهميتها في حماية حقوق الأفراد.

2- دراسة الجرائم الإلكترونية التي تهدد الحرمات الرقمية، وتحديد آثارها على الأفراد والمجتمع.

3- تقييم أوجه القصور التشريعي في القوانين الكويتية المتعلقة بحماية الحرمات الرقمية.

4- اقتراح حلول عملية وتشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية لتعزيز الحماية القانونية للحرمات الرقمية ومواكبة التطورات التقنية الحديثة.

رابعًا: الدراسات السابقة

1- دراسة بعنوان «جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية في التشريع الأردني .. دراسة مقارنة»، للمؤلفَين بارق منتظر عبدالوهاب لامي، وأحمد محمد عبدالرحيم اللوزي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، سنة 2017.

تناولت هذه الدراسة مفهوم انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية، ومدى كفاية التشريعات الأردنية في مواجهتها، مع مقارنة بالتشريعات الدولية، وخلصت إلى الحاجة إلى تحديث القوانين لمواكبة التحديات التقنية المتسارعة.

2- دراسة بعنوان «الحماية المدنية للمعلومات الشخصية في مواجهة الثورة التكنولوجية لوسائل الاتصال والتواصل»، للمؤلف: محمد محمد القطب مسعد، نُشرت في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، العدد 67، ديسمبر 2018.

تناولت هذه الدراسة حماية المعلومات الشخصية في ظل التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال والتواصل، مع التركيز على التشريعات المصرية والمقارنة. إلا أنها لم تتناول – بشكل محدد – الحرمات الرقمية كموضوع مستقل.

3- دراسة حول «الأدلة الرقمية وحجيتها في إثبات الجرائم الإلكترونية .. دراسة فقهية مقارنة»، للمؤلف: علي محمود إبراهيم أحمد، نُشرت في مجلة

كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر، مج32، ع4، يوليو 2020، ص1071 – 1212.

تناولت هذه الدراسة مفهوم الأدلة الرقمية وخصائصها، وإجراءات الحصول عليها، وسلطة القاضي الجنائي في قبولها أو رفضها، مع التركيز على التكييف الفقهي للأدلة الرقمية، وحكم استخدامها في إثبات الجرائم الإلكترونية.

4- دراسة عن الحماية المدنية للمعلومات الإلكترونية .. دراسة مقارنة، للمؤلف: سرين مروان محمد قعدان، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة النشر 2020.

تناولت هذه الدراسة الحماية المدنية للمعلومات الإلكترونية، من خلال تحليل المسؤولية التقصيرية والعقدية في التشريعات الفلسطينية والأردنية.

وبهذا يظهر لنا أن الدراسات السابقة تُسهم في إرساء أرضية معرفية عن الجرائم الإلكترونية وحماية الخصوصية، لكنها لم تتناول موضوع الحرمات الرقمية بشكل مستقل أو متكامل بين الشريعة الإسلامية والقوانين الكويتية، وبناءً على ذلك، يُقدم هذا البحث إضافة نوعية من خلال: تركيزه على الحرمات الرقمية كموضوع مستقل، ودمجه بين التأصيل الشرعي والتحليل القانوني، ومن ثم تقديم حلول عملية مستمدة من الشريعة الإسلامية لتعزيز التشريعات الكويتية.

ويقتصر البحث على دراسة الحرمات الرقمية والجرائم المرتبطة بها دون التطرق إلى الجرائم الإلكترونية الأخرى، ويغطي القوانين الكويتية، بما في ذلك قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، حتى عام 2024، مع تركيزه على قانون دولة الكويت، ومقارنته بمبادئ الشريعة الإسلامية.

خامسًا: منهج البحث

يعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تحليل النصوص الشرعية، ودراسة القوانين الكويتية حتى العام 2024. والمنهج المقارن لإبراز أوجه التكامل والقصور بين التشريعات الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية. والمنهج الاستقرائي لتتبع تطور الأحكام الفقهية والقوانين الرقمية واستنتاج المبادئ الحاكمة لحمايتها. والمنهج الاستنباطي لاستخراج الأحكام الشرعية والقواعد الفقهية التي تسهم في تطوير التشريعات الكويتية.

سادسًا: خطة البحث

يحتوي البحث على مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة، كالتالي:

- المبحث الأول: ماهية الحرمات الرقمية وأهميتها
- المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لحماية الحرمات الرقمية
- المبحث الثالث: الحماية القانونية للحرمات الرقمية في الكويت
- المبحث الرابع: التحديات المستقبلية للحرمات الرقمية وطرق علاجها
- الخاتمة، وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول
ماهية الحرمات الرقمية وأهميتها

يتناول هذا المبحث تعريف الحرمات الرقمية من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، مع توضيح مفهومها كمركب إضافي يجمع بين المعاني الشرعية والتقنية. كما يستعرض أهميتها في البيئة الرقمية الحديثة؛ حيث يُبرز هذا الأبعاد المتداخلة بين الجوانب الدينية والقانونية في حماية الحقوق الرقمية، ويؤكد الحاجة إلى أطر متكاملة تواكب التطور التكنولوجي، وتستجيب للتحديات المعاصرة.

المطلب الأول
تعريف الحرمات الرقمية لغةً واصطلاحًا وتقنيًّا

يتناول هذا المطلب المعاني اللغوية والشرعية لمفهوم الحرمات، وتطورها لتشمل السياقات الرقمية، مع بيان أركانها وعناصرها؛ مما يُظهر انسجام المبادئ الشرعية مع المستجدات الرقمية، وضرورة استيعاب المفاهيم التقليدية في ضوء التحديات التقنية المعاصرة.

أولًا: تعريف «الحرمات» في اللغة

الحرمات جمع «حرمة»، وهي مشتقة من الجذر الثلاثي «حَرَمَ» الذي يدل على المنع والتشديد، فالحرام ضد الحلال[1]، والحُرمة ما لا يحل انتهاكها[2]. على سبيل المثال، حرم الله عز وجل مكة، وأحرم الرجل؛ لأنه يحرُمُ عليه ما كان له من صيدٍ ونساء وغير ذلك حلالا[3].

ثانيًا: تعريف الحرمات في الاصطلاح الشرعي

حرم، مفرد: حُرْمة، حُرُمات وحُرْمات، ما لا يحلّ انتهاكُه من ذمَّة أو حقّ أو صحبة

(1) أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، ج2، دار الفكر، بيروت، 1979، ص45.

(2) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط5، بيروت، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، 1999، ص71.

(3) أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبدالمحسن سلطان، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986، ص228. وانظر: محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، باب الميم، فصل الحاء، ط3، ج12، دار صادر، بيروت، 1994، ص120.

أو غير ذلك[4] «الحرمات» هي كل ما أمر الشارع بحفظه وصونه من الاعتداء، وتشمل: النفس، والعرض، والمال، والدين، والعقل لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ حُرُمَٰتِ ٱللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُۥ عِندَ رَبِّهِۦ﴾[5]. وتشمل الحرمات الشرعية، التعدي على الحقوق، أو انتهاك حرمة النفس أو العرض، وهي ما يندرج تحت الضرورات الخمس التي جاء الإسلام لحمايتها[6].

ثالثًا: تعريف «الرقمية» لغة واصطلاحًا

1- تعريف «الرقمية» لغةً:

كلمة «الرقمية» مشتقة من الجذر الثلاثي «ر ق م». قال ابن منظور: «الرَّقْمُ هو الكتابة والختم وأيضًا الرقم والترقيم في اللغة يعني تعجيم الكتاب وتبيينه، و«كتاب مرقوم» يشير إلى كتاب مكتوب ومبيَّن بعلاماته. يُضرب به المثل في الدقة والتوثيق»[7].

2- تعريف «الرقمية» اصطلاحًا

الرقمية مشتقة من «الرقم» الذي يعني الكتابة والتدوين[8]، كما يُعرَّف الرقم على أنه فعل الكتابة، حيث يقال: «رقَم الكتابَ/ رقَم على الكتاب/ رقَم في الكتاب»، بمعنى كتبه وبيَّن حروفه بوضع النِّقاط والحركات[9]، ويستشهد أيضًا بالآية الكريمة: ﴿وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا سِجِّينٞ ٨ كِتَٰبٞ مَّرۡقُومٞ ٩﴾[10]، للدلالة على الكتابة المنظَّمة الواضحة.

مما سبق: تشير «الرقمية» إلى الكتابة المنظمة التي تضمن الوضوح والثبات، وتشمل في العصر الحديث التوثيق الإلكتروني الذي يحفظ البيانات بدقة، وفق نظم تقنية تعكس المعاني اللغوية ذاتها.

(4) أحمد مختار عبدالحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 2008، 282/1؛ وانظر: محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988، 482/1.

(5) سورة الحج، الآية 30.

(6) إبراهيم بن موسى الشاطبي أبو إسحاق، الموافقات، تحقيق: مشهور حسن آل سلمان، تقديم: بكر بن عبدالله أبو زيد، ط1، دار ابن عفان، الخُبر، 1997، مقدمة/5.

(7) محمد بن مكرم ابن منظور، مرجع سابق، 249/12.

(8) محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، مرجع سابق، ص225.

(9) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، 930/2.

(10) سورة المطففين، الآيتان 8 و9.

3- تعريف الرقمية في العلوم التقنية

«العملية التي يتم من خلالها تحويل العمليات والموارد التقليدية إلى صيغ رقمية قابلة للمعالجة عبر التكنولوجيا الرقمية. وتهدف الرقمنة إلى تحسين الكفاءة، وتوسيع الوصول إلى الموارد، وتسهيل الابتكار في البيئات المؤسسية، مثل الجامعات، من خلال تعزيز البنية التحتية الرقمية»[11].

4- تعريف الحرمات الرقمية كمُركّب إضافي:

لم نجد تعريفًا محددًا لمصطلح «الحرمات الرقمية» كمُركَّب في المراجع الشرعية أو التقنية. هذا المصطلح ليس متداولًا بشكل واسع، ومع ذلك، يمكننا استنباط مفهومه من خلال الجمع بين مفهوم «الحرمات» في الشريعة الإسلامية، والذي يشير إلى الأمور المحرمة والمصونة التي يجب احترامها وعدم انتهاكها، ومفهوم «الرقمية» المرتبط بالتقنيات الحديثة والمعلومات الإلكترونية، وبناءً على ذلك، يمكن تعريف «الحرمات الرقمية» بأنها:

«الحقوق والممتلكات الإلكترونية المصونة التي تجب حمايتها من الانتهاك أو التعدي، وتشمل البيانات الشخصية، والمعلومات الحساسة، والملكية الفكرية الرقمية، والخصوصية الإلكترونية. ويتطلب احترام هذه الحرمات الالتزام بالمعايير الشرعية والقانونية والتقنية لضمان عدم التعدي عليها في الفضاء الرقمي»، وهو يشبه إلى حد كبير ما عبَّر عنه الباحثون بالخصوصية الرقمية: التي تُشير إلى توقع الأفراد أن تُجمَع معلوماتهم الشخصية وتُستخدَم ويُفصَح عنها بما يتماشى مع معايير الحماية المقبولة، مع تمكينهم من التحكم في كيفية إدارة بياناتهم. وتشمل حماية المعلومات الحساسة، مثل: الهوية والنشاطات الرقمية، مع ضمان حق الأفراد في تقرير من يمكنه الوصول إلى بياناتهم ولأي غرض؛ مما يجعلها عنصرًا أساسيًّا في صيانة حقوق المستخدمين في الفضاء الإلكتروني[12].

(11) N. Selwyn, N. (2014). Digital Technology and the Contemporary University: Degrees of Digitization. Routledge, 2014. Available at: https://books.google.com/books/about/Digital_Technology_and_the_Contemporary.html?id=tdyhAwAAQBAJ. Last accessed: 19/12/2024.

(12) A. Acquisti, S. Gritzalis, C. Lambrinoudakis, & S. di Vimercati, (Eds.), Digital Privacy: Theory, Technologies, and Practices, CRC Press, 2007. Available at: https://www.routledge.com/Digital-Privacy-Theory-Technologies-and-Practices/Acquisti-Gritzalis-Lambrinoudakis-diVimercati/p/book/9781420052176. Last accessed: 19/12/2024.

محمد حسن عماد مكاوي، الخصوصية الرقمية في القانون الدولي والمواثيق الدولية، مجلة البحوث والدراسات الإعلامية، المعهد الدولي العالي للإعلام بالشروق، مصر، ع 20، يونيو 2022، متاح على موقع دار المنظومة: https://search.mandumah.com/Record/1347207، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/19.

المطلب الثاني

أهمية الحرمات الرقمية في البيئة الرقمية الحديثة

ركز هذا المطلب على أهمية حماية الحرمات الرقمية في الحفاظ على حقوق الأفراد في الخصوصية وصيانة الأمن الرقمي والمجتمعي، إلى جانب دورها في تحقيق المقاصد الشرعية في العصر الحديث.

الحرمات الرقمية أصبحت من الضرورات المعاصرة في ظل التحول الرقمي المتسارع؛ حيث باتت حماية الخصوصية الرقمية حقًّا أساسيًّا لكل فرد، ومكونًا رئيسيًّا للأمن الشخصي والمجتمعي. ومع تطور التكنولوجيا الرقمية، باتت الحرمات الرقمية عرضةً لتهديدات متزايدة نتيجة زوال العوائق التقليدية التي كانت تحمي الخصوصية؛ حيث أصبح من الممكن بسهولة كشف حرمات البيوت وحياة الأفراد، وهو ما يعزز الحاجة إلى تشريعات أكثر صرامة وأطر أخلاقية مستمدة من الشريعة الإسلامية لضمان الحماية الفعّالة لهذه الحرمات[13]، ويمكن استعراض أهمية الحرمات الرقمية في النقاط التالية:

الفرع الأول

الحفاظ على خصوصية الأفراد

تُعد الحرمات الرقمية جزءًا من الخصوصية الشخصية التي تُعتبر حقًّا مكفولًا شرعًا وقانونًا في الشريعة الإسلامية، فهي تُحرم جميع الوسائل التي تؤدي إلى كشف أسرار الأفراد، أو التعدي على خصوصياتهم، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ وَأَنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ١٩﴾[14]، وتشير هذه الآية الكريمة إلى تحريم مجرد محبة إشاعة الفاحشة؛ مما يُبرز أهمية صيانة الخصوصية، وحماية أعراض المؤمنين. وكما ذكر السعدي في تفسيره، فإن الله توعد بالعذاب من يحب إشاعة الأمور المستقبحة، سواء صدرت الفاحشة بالفعل أو لم تصدر. وهذا يشمل صيانة الأعراض من التشهير والإفشاء، ويؤكد حرمة نقل أو نشر ما يضر

(13) بارق منتظر عبدالوهاب لامي وأحمد محمد عبدالرحيم اللوزي، جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية في التشريع الأردني: دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط، عمان – الأردن، 2017، متاح على موقع دار المنظومة: https://search.mandumah.com/Record/856359، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/19.

(14) سورة النور، الآية 19.

بسمعة الأفراد[15].

ومن هذا المنطلق، فإن حماية الخصوصية الرقمية في العصر الحديث تعد امتدادًا لمقاصد الشريعة في صيانة أعراض الناس وحمايتهم من التعدي المادي والمعنوي.

وفي القانون الكويتي، نصت المادة (3) من قانون الجرائم الإلكترونية على تجريم الدخول غير المشروع إلى الأنظمة والبيانات الشخصية[16].

الفرع الثاني

حماية البيانات والمعلومات من التعدي

البيانات الرقمية تُعد من الموارد الأساسية في العصر الحديث، ويُسبب اختراقها، أو التعدي عليها، أضرارًا جسيمة للأفراد والمؤسسات؛ فالشريعة الإسلامية تُوجب صون أموال الناس وحقوقهم، واعتبرت التعدي على المعلومات بمنزلة السرقة المحرمة، كما قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾[17]. وفي تفسير الطبري للآية، قال: «لا يأكل بعضكم أموال بعض بما حرم عليه من الربا والقمار، وغير ذلك من الأمور التي نهاكم الله عنها»[18]. ويُفهَم من ذلك أن التعدي على الأموال بأي شكل، بما في ذلك سرقة البيانات الرقمية أو إساءة استخدامها، يُعد من المحرمات الشرعية التي تندرج تحت الأكل بالباطل.

من الناحية القانونية، تُجرِّم التشريعات الكويتية هذه الأفعال؛ حيث ينص القانون رقم 63 لسنة 2015[19]، بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، على فرض عقوبات صارمة على من يرتكب الجرائم الرقمية، مثل اختراق البيانات أو التعدي على الأنظمة؛

(15) عبدالرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبدالرحمن بن معلا اللويحق، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ – 2000م، ص564.

(16) وزارة العدل الكويتية، القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، للاطلاع على النص الكامل للقانون، يمكن زيارة الرابط التالي: https://pp.moj.gov.kw/ar/LawsPP/InformationTechnologyCrimePreventionLaw.pdf، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/19.

(17) سورة النساء، الآية 29.

(18) محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري المسمى: جامع البيان عن تأويل القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م ، 626/6.

(19) وزارة العدل الكويتية، قانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، للاطلاع على النص الكامل للقانون، يمكن زيارة الرابط التالي: https://pp.moj.gov.kw/ar/LawsPP/InformationTechnologyCrimePreventionLaw.pdf، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/19.

فهذه العقوبات تهدف إلى ردع المخالفين، وضمان حماية الأصول الرقمية للأفراد والمؤسسات؛ مما يعزز الثقة في البيئة الرقمية.

الفرع الثالث

تعزيز الأمن المجتمعي والرقمي

انتهاك الحرمات الرقمية يُهدد استقرار الأفراد والمجتمعات؛ إذ يؤدي إلى نشر الفوضى من خلال جرائم، مثل: التشهير والابتزاز؛ فالشريعة الإسلامية تُحرِّم هذه الأفعال، بوصفها ظلمًا واعتداءً[20]، قَالَ تَعَالَى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[21]، يقول الطبري في تفسيره لهذه الآية: «فلا تتجاوزوا ما أحللته لكم إلى ما حرمته عليكم، وما أمرتكم به إلى ما نهيتكم عنه، ولا طاعتي إلى معصيتي، فإن من تعدى ذلك، يعني من تخطاه وتجاوزه إلى ما حرمت عليه أو نهيته، فإنه هو الظالم»[22]، وهذا يعتبر أساسًا شرعيًّا قويًّا لتحريم الابتزاز والظلم الرقمي، باعتباره تعديًا على حدود الله، وظلمًا للأفراد، مما يستلزم الالتزام بحدود الله، وصيانة حقوق الناس في جميع الأزمنة والسياقات.

وعلى المستوى القانوني، يجرم القانون الكويتي هذه الأفعال، كما في المادة (4) التي تُعاقب على نشر معلومات بقصد الإساءة؛ مما يُعزز الأمن المجتمعي والرقمي[23].

الفرع الرابع

حماية حقوق الإنسان في البيئة الرقمية

الشريعة الإسلامية تؤكد أهمية صيانة الحقوق وحماية خصوصيات الأفراد في جميع الأزمنة والأماكن، بما في ذلك البيئة الرقمية، والحرمات الرقمية تمثل جزءًا من حقوق الإنسان التي كفلتها الاتفاقيات الدولية، مثل «اتفاقية بودابست للجرائم

(20) فهد بن عبدالعزيز بن أحمد الوهيّب، الفضح والتشهير في الشريعة الإسلامية: دراسة فقهية، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، ع95، 2023، ص176. https://doi.org/10.54940/si18216002.

(21) سورة البقرة، الآية 229.

(22) الطبري، تفسير الطبري، 164/4.

(23) وزارة العدل الكويتية، قانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، للاطلاع على النص الكامل للقانون، يمكن زيارة الرابط التالي: https://pp.moj.gov.kw/ar/LawsPP/InformationTechnologyCrimePreventionLaw.pdf، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/19.

الإلكترونية» التي تُلزم الدول بحماية خصوصية الأفراد الرقمية[24].

وتتجلى أهمية الحرمات الرقمية في تأثيرها المباشر على الخصوصية الشخصية، والأمن المجتمعي، وحقوق الإنسان؛ فالشريعة الإسلامية سبقت القوانين الحديثة في تناول هذه الحقوق بمنظور أخلاقي وشرعي متكامل. ومع ذلك، فإن التطبيق العملي في القوانين الوضعية، مثل القانون الكويتي، يحتاج إلى مراجعات دورية لمواكبة تطورات البيئة الرقمية.

(24) مجلس أوروبا، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الإلكترونية، 2001، متاح على الرابط التالي: https://rm.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

المبحث الثاني

التأصيل الشرعي لحماية الحرمات الرقمية

يتناول هذا المبحث التأصيل الشرعي لحماية الحرمات الرقمية، من خلال استقراء النصوص الشرعية والقواعد الفقهية التي تؤكد أهمية صون الحقوق وعدم التعدي عليها، بما يشمل الحرمات الرقمية كجزء من الحرمات العامة. كما تناول المبحث الأساس الفقهي لحماية هذه الحقوق، مع بيان كيفية توجيه الشريعة الإسلامية للتعامل مع المستجدات الرقمية، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

النصوص الشرعية الداعمة لحفظ الحرمات

تضمن هذا المطلب النصوص القرآنية والأحاديث النبوية التي أكدت أن حماية الحرمات الرقمية في الشريعة الإسلامية هي امتداد لمفهوم الحفاظ على الحرمات العامة، والتي تشمل النفس، والعرض، والمال. وقد جاءت النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية لتؤكد هذه الحقوق، وتشمل:

أولًا: النصوص القرآنية

1 - النهي عن التجسس

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا۟ وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا ۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾[25]، وهو نهي عن تتبع عورات المسلمين[26]، وهو أمر صريح بمنع التعدي على خصوصيات الآخرين، حتى أن بعض الفقهاء لم يسمعوا لشهادة المستخفي؛ لما فيها من التجسس المنهي عنه[27]؛ فالتجسس في العصر الرقمي يشمل اختراق الحسابات الإلكترونية، والاطلاع على الرسائل والبيانات الشخصية من دون إذن[28].

(25) سورة الحجرات، الآية 12.

(26) عبدالرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص801.

(27) عبدالرحمن بن محمد أبو الفرج ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط3. وعبدالفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997، 211/14.

(28) «Convention On Cybercrime - European Parliament.» https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_en.pdf. Last accessed: 19/12/2024.

2- عموم النهي عن الإضرار بالآخرين

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُؤْذُونَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ بِغَيْرِ مَا ٱكْتَسَبُوا۟ فَقَدِ ٱحْتَمَلُوا۟ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾[29] ووجه الدلالة: هذه الآية تحذر من إيذاء الآخرين بأي شكل من الأشكال، سواء كان ذلك قولًا أو فعلًا، وتشمل الأفعال التي تنتهك خصوصية الآخرين، أو تسبب لهم أذى، مثل التجسس أو كشف أسرارهم، وإيذاء المؤمنين بغير حق يعتبر من الكبائر، ويستلزم عقوبة في الدنيا والآخرة[30].

وفي عصرنا الحديث، تنطبق هذه الآية على الأفعال التي تضر بالخصوصية الرقمية، مثل اختراق الأجهزة أو الاطلاع على معلومات خاصة من دون إذن، وهي أعمال تدخل ضمن مفهوم «الإيذاء» المنهي عنه في الشريعة.

3- وجوب الاستئذان قبل الاطلاع

قَالَ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُوا۟ وَتُسَلِّمُوا۟ عَلَىٰٓ أَهْلِهَا ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[31] فالاستئناس: التنحنح والتجرس، حتى يعرفوا أن قد جاءهم أحد، والتجرس: كلامه وتنحنحه[32]. قال الكاساني: «وهذا يدل على أن الاستئذان ليس للسكان أنفسهم خاصة، بل لأنفسهم ولأموالهم، لأن الإنسان كما يتخذ البيت سترًا لنفسه يتخذه سترًا لأمواله، وكما يكره اطلاع الغير على نفسه يكره اطلاعه على أمواله»[33]. تُبرز الآية ومقولة الكاساني مبدأ احترام الخصوصية، وهو مبدأ يمتد ليشمل العالم الرقمي، حيث يجب أن يكون الدخول إلى الحسابات أو البيانات الرقمية بموافقة أصحابها.

4- النهي عن العدوان

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾[34]؛ فالآية تدل على النهي عن العدوان كله، وليس لأحد أن يتعدى حد الله تعالى في شيء من الأشياء مما

(29) سورة الأحزاب، الآية 58.

(30) محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ – 1964م، 240/14.

(31) سورة النور، الآية 27.

(32) محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر، ط1، ج17، عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ص245.

(33) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، ج1 و2، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، مصر، ج3 – 7، مطبعة الجمالية، مصر، 1327 – 1328هـ، 124/5.

(34) سورة البقرة، الآية 190.

أحل أو حرم[35]، مع الأمر بدفع العدوان بما يحقق العدل، وفي سياق الحرمات الرقمية، يُعد انتهاك الخصوصيات، مثل التجسس واختراق البيانات الشخصية، نوعًا من العدوان المحرم، فالبيانات الرقمية جزء من كرامة الإنسان، وحمايتها تدخل ضمن الحرمات التي لا يجوز الاعتداء عليها شرعًا.

5- مسؤولية الإنسان عن جوارحه

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ۚ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا ﴾[36]. ولا تقف أي ولا تتبع، ولا تقتف ما لا علم لك به من قول أو فعل[37]؛ فالمراد من تتمة الآية مسؤولية الإنسان عن السمع والبصر والفؤاد[38]؛ مما يشمل منع التجسس أو استخدام البيانات من دون إذن، باعتبار الحرمات الرقمية جزءًا من خصوصيات الأفراد التي يحرم انتهاكها شرعًا، تأكيدًا لحقهم في الأمان الرقمي.

ثانيًا: من السنة

1- النهي عن التجسس والتعدي على الخصوصيات

قول النبي ﷺ: «وَلا تَحَسَّسُوا وَلا تَجَسَّسُوا»[39]، يدل الحديث على النهي عن التجسس والبحث عن عورات المسلمين، والتحسس وهو الاستماع لحديث القوم[40]، والنهي هنا يشمل جميع أشكال التعدي على خصوصيات الآخرين، سواء كان ذلك بالطرق التقليدية أو باستخدام التقنيات الحديثة.

2- ترك التدخل في شؤون الآخرين

قال النبي ﷺ: «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه»[41] يعني: إسلام الرجل يحسن

(35) محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، مرجع سابق، 615/8.

(36) سورة الإسراء، الآية 36.

(37) محمد بن عمر بن الحسن الرازي، مفاتيح الغيب، التفسير الكبير، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 339/20.

(38) محمد بن عمر بن الحسن الرازي، مرجع سابق، 341/20. عبدالرحمن بن محمد أبو الفرج ابن قدامة، الشرح الكبير، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط1. وعبدالفتاح محمد الحلو، ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 1995، 289/29.

(39) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابر، حديث (6064)، 1976/5. ومسلم في صحيحه، كتاب البر وصلة الآداب، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش ونحوها، حديث (2563)، 1985/4.

(40) علي بن خلف ابن بطال، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، 2003، 260/9.

(41) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الزهد، باب ما جاء في فضل ترك ما لا يعنيه، حديث (2317)، وقال: «حديث حسن غريب». وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الفتن، باب كف اللسان في الفتنة، حديث (3976)، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي، حديث (2317).

ويكمل بأن يترك من الأفعال والأقوال ما لا ينفعه، ولا ضرورة له فيه[42]، ويُستدَل به على وجوب ترك التدخل في شؤون الآخرين أو التطفل على خصوصياتهم. في العصر الرقمي، يشمل ذلك منع التجسس على البيانات أو الاطلاع على المعلومات الشخصية من دون إذن، وهو انتهاك للحرمات التي يحرمها الشرع. هذا الحديث يؤكد أهمية حماية الحرمات الرقمية باعتبارها جزءًا من كرامة الإنسان وحقوقه.

3- حفظ السر والخصوصية

قال ﷺ: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم، فقد حل لهم أن يفقأوا عينه»[43]، وهو دلالة صريحة على أن الشريعة الإسلامية تُجيز لصاحب الحق دفع المعتدي على حرماته بما أمكن، ولو ترتب على ذلك ضررٌ بالمعتدي، مثل فقء عينه[44]، فإنه يرى من غير علم به[45]، وهذا يُبرز مبدأً فقهيًّا راسخًا يُجيز استخدام الوسائل المشروعة لدفع الضرر الواقع عن التعدي على الخصوصيات، سواء في العالم المادي أو الرقمي، مع مراعاة عدم تجاوز حدود الضرورة في الدفاع عن النفس أو الحقوق.

وقوله ﷺ: «ومن ستر مسلمًا، ستره الله يوم القيامة»[46]، قال ابن بطال: «الحديث يحث على التعاون والستر، وينهى عن التسمع والإشهار لذنوب الآخرين؛ مما يشمل الامتناع عن التجسس ونشر الخصوصيات»[47]. وهو مبدأ يمتد لحماية الحرمات الرقمية.

4- حرمة النظر في أملاك الغير من دون إذن

قال ﷺ: «من نظر في كتاب أخيه بغير إذنه فإنما ينظر في النار»[48]؛ "دل الحديث على

(42) الحسين بن محمود بن الحسن الزيداني، المفاتيح في شرح المصابيح، تحقيق: نور الدين طالب، ط1، دار النوادر، إصدارات إدارة الثقافة الإسلامية، وزارة الأوقاف الكويتية، دولة الكويت، 2012، 183/5. وانظر: أحمد بن إدريس أبو العباس شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ط1، ج1، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، 241/13.

(43) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، باب: لا يظلم المسلمُ المسلمَ ولا يسلمه، حديث (2310)، 863/2، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، حديث (2158)، 1699/3.

(44) محمد الأمين بن عبدالله الأرمي العلوي الهرري، الكوكب الوهاج والروض البهّاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مج22، ط1، دار المنهاج – دار طوق النجاة، مكة المكرمة، 2009، ص83 و84، حديث (5502).

(45) عبدالرحمن بن محمد أبو الفرج ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، 539/12.

(46) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والأدب، باب تحريم الظلم، حديث (2580)، 1996/4.

(47) علي بن خلف ابن بطال، مرجع سابق، 571/6.

(48) الحديث أخرجه أبو داود، باب الدعاء، حديث (1485)، وقال في المنهل العذب المورود: «والحديث وإن كان ضعيفًا فإن له شواهد تقويه». محمود محمد خطاب السبكي، المنهل العذب المورود شرح سنن أبي داود، تحقيق: أمين محمود محمد خطاب، مج8، ط1، مطبعة الاستقامة، القاهرة، 1351 – 1353هـ، ص152.

التحذير من النظر في كتاب الغير من دون إذنه»[49]، والنهي هنا يشمل كل وسيلة تؤدي إلى الاطلاع على أمور الغير بغير إذن، بما في ذلك البيانات الإلكترونية.

5- النهي عن تتبع العورات

عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: صعد رسول الله ﷺ هذا المنبر، فنادى بصوت رفيع، وقال: «يا معشر من أسلم بلسانه، ولم يدخل الإيمان في قلبه، لا تؤذوا المسلمين، ولا تعيروهم، ولا تطلبوا عثراتهم، فإنه من يطلب عورة المسلم، يطلب الله عورته، ومن يطلب الله عورته يفضحه ولو في جوف بيته»[50]، «من الكبائر تتبع عورات المسلمين كذا عده ابن قيم الجوزية من الكبائر»[51]، الحديث يحرم إيذاء المسلمين أو التجسس على خصوصياتهم، ويُعد انتهاك الحرمات الرقمية، كاختراق الحسابات أو الاطلاع على البيانات، من دون إذن، صورة من تتبع العورات المنهي عنه شرعًا.

الأدلة الشرعية تؤكد تحريم الاعتداء على الخصوصيات، سواء كان ذلك ماديًّا أو رقميًّا، لما فيه من انتهاك لكرامة الإنسان وحقوقه. هذا التحريم يشمل التجسس، ونشر البيانات، والاطلاع على المعلومات من دون إذن؛ مما يرسخ مبدأ صيانة الحرمات الرقمية في ضوء الشريعة.

المطلب الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بحماية الحرمات الرقمية

تُعد القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية أساسًا لمعالجة القضايا المعاصرة، ومنها الحرمات الرقمية؛ حيث تهدف هذه القواعد إلى صون الحقوق ومنع التعدي بكل أشكاله. وتمثل هذه القواعد أدوات تشريعية مرنة يمكن توظيفها في ضبط السلوكيات الرقمية وفق ضوابط الشريعة الإسلامية، من خلال تطبيقها في سياقات متعددة، تشمل حماية البيانات الشخصية، والتعامل مع الأدلة الرقمية، ومنع استغلال التقنية في الإضرار بالآخرين.

---

(49) المرجع السابق، 152/8.

(50) أخرجه الترمذي في «سننه»، أبواب البر، باب ما جاء في تعظيم المؤمن، 378/4 برقم (2032)؛ وقال: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ الحُسَيْنِ بْنِ وَاقِدٍ»، وابن حبان في «صحيحه» ذِكْرُ الزَّجْرِ عن طلب عثرات المسلمين وَتَعْيِيرِهِمْ، 27/3، برقم (1874)؛ قال عنه الألباني في صحيح موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان: «حسن صحيح» 59/2 برقم (1248).

(51) حسن بن علي بن سليمان البدر الفيومي، فتح القريب المجيب على الترغيب والترهيب، تحقيق: محمد إسحاق محمد آل إبراهيم، تقديم: عبدالله بن محمد الغنيمان، ط1، ج10، الناشر: المُحقِّق، 2018، ص129.

أولًا: قاعدة «الضرر يُزال»[52]

النصوص المؤصلة للقاعدة: قال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[53]. فهذه القاعدة تنص على منع أي فعل يسبب ضررًا للآخرين[54]، وتؤكد ضرورة منع الضرر وإزالته إن وقع، سواء كان مباشرًا أو غير مباشر. ينطبق ذلك على الحرمات الرقمية من خلال تحريم التجسس، واختراق الحسابات، أو التشهير باستخدام الوسائل التقنية، واعتبارها انتهاكًا صريحًا لحقوق الأفراد وكرامتهم. كما تمتد هذه القاعدة إلى الابتزاز الإلكتروني، وانتهاك الخصوصية؛ حيث تقتضي إزالة الضرر عن المتضررين، عبر تجريم هذه الأفعال وفرض العقوبات الرادعة، وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الحديثة.

ثانيًا: قاعدة «الأصل في الأشياء الإباحة»[55]

النصوص المؤصلة للقاعدة: قَالَ تَعَالَى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ ٱسْتَوَىٰٓ إِلَى ٱلسَّمَآءِ فَسَوَّىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَٰتٍ ۚ وَهُوَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾[56]. والأصل في الأشياء الإباحة[57]، والأصل أن استخدام التقنيات الرقمية مباح، ما لم يؤدِّ إلى إلحاق الضرر بالآخرين، أو انتهاك خصوصياتهم؛ لذا يصبح أي استخدام للتكنولوجيا بهدف التجسس أو التعدي على البيانات الشخصية محرمًا شرعًا؛ لكونه اعتداءً على حقوق الأفراد ومنافيًا لمقاصد الشريعة في حفظ الحرمات.

ثالثًا: قاعدة «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»[58]

النصوص المؤصلة للقاعدة: قال النبي ﷺ: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم

(52) زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص72.

(53) أخرجه ابن ماجه في سننه (2340) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه. وقال أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري الكناني، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، ط2، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، 1403هـ، 48/3: «هذا إسناد رجالة ثقات إلا أنه منقطع».

(54) يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ – 2000م، 191/7.

(55) عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص60. عمر بن إبراهيم ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، 37/1. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار .. شرح تنوير الأبصار، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1966، 105/1.

(56) سورة البقرة، الآية 29.

(57) عبدالرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص48.

(58) عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، مرجع سابق، ص87.

به فأتوا منه ما استطعتم»[59]. يشير الحديث إلى أن النهي يمكن تطبيقه بسهولة؛ لأن الامتناع عن المحرمات أمر في متناول الجميع، بخلاف بعض الأوامر التي قد تتطلب جهدًا أو قدرة خاصة. تنص القاعدة على أن الامتناع عن المفاسد مقدم على تحقيق المصالح. وفي الحرمات الرقمية، يعني ذلك منع انتهاك الخصوصيات لتحقيق مكاسب مادية أو معنوية، وتقديم مصلحة حفظ الحقوق على أي منفعة شخصية. كما توجب القاعدة منع الأفعال الرقمية التي تؤدي إلى مفاسد خطرة، حتى لو كان لها بعض الفوائد، مثل البرمجيات التي تُستخدَم لاختراق الأجهزة، أو تقنيات التزييف العميق Deepfake التي قد تُستخدم للإضرار بالسُّمعة والتلاعب بالحقائق.

وتظهر القواعد الفقهية مرونة الشريعة الإسلامية في التعامل مع القضايا المعاصرة، بما يضمن صيانة الحقوق ومنع التعدي. وتُعد هذه القواعد إطارًا شرعيًا قويًا لمعالجة انتهاكات الحرمات الرقمية، وتوجيه التشريعات الحديثة نحو تحقيق التوازن بين حماية الحقوق والمصالح العامة.

المطلب الثالث

مقاصد الشريعة المتعلقة بحماية الحرمات الرقمية

استعرضنا هنا دور مقاصد الشريعة في صيانة الدين والنفس والعقل والعرض والنسل والمال، والتي تهدف إلى تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، وحفظ الحرمات الرقمية يندرج ضمن هذه المقاصد، كجزء من حقوق الإنسان التي أمر الإسلام بحمايتها، تتجلى مقاصد الشريعة في حماية الحرمات الرقمية في النقاط التالية:

أولًا: حفظ الدين

حفظ الدين هو أحد المقاصد العليا في الشريعة الإسلامية، ويشمل صيانته من التحريف والتشويه، وضمان التزام المسلمين بتعاليمه في جميع شؤون حياتهم، بما في ذلك التعامل مع الوسائل التقنية الحديثة.

قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾[60]. ومن يتق الله بالالتزام بحدوده واجتناب معاصيه، يخرجه من الحرام إلى الحلال[61].

(59) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، بَابُ تَوْقِيرِهِ ﷺ، وَتَرْكِ إِكْثَارِ سُؤَالِهِ عَمَّا لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ، أَوْ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَكْلِيفٌ وَمَا لَا يَقَعُ، وَنَحْوِ ذَلِكَ، حديث (1337)، 1830/4.

(60) سورة الطلاق، الآية 2.

(61) محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، مرجع سابق، 160/18.

وفي سياق الحرمات الرقمية، يتطلب حفظ الدين مراعاة الأخلاقيات الإسلامية في استخدام التكنولوجيا، ومنع ارتكاب الجرائم الرقمية التي تضر بالمجتمع، أو تخالف تعاليم الشريعة، مثل نشر الأفكار الهدامة أو المحتويات المخالفة؛ فالالتزام بهذه الضوابط يعزز دور الدين في تحقيق الخير والاستقرار للمجتمع.

مما سبق نلاحظ أن مقاصد الشريعة الإسلامية تُبرز شموليتها ومرونتها في حماية الحرمات الرقمية، من خلال حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال، فهذه المبادئ تؤكد أهمية صون الحقوق الرقمية وضمان استخدامها بما يحقق العدالة ويحفظ الكرامة الإنسانية؛ مما يعكس توافق الشريعة مع مستجدات العصر واحتياجات المجتمع.

ثانيًا: حفظ النفس

قَالَ تَعَالَى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾[62]. وانتهاك الخصوصية الرقمية قد يؤدي إلى ضرر نفسي أو معنوي، مثل التشهير أو الابتزاز؛ مما يتعارض مع مقصد الشريعة في حماية النفس وصيانتها من التلف، أفرادًا وجماعات[63].

ثالثًا: حفظ العقل

قال تعالى:﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾[64]. تشير الآية إلى تحريم الخمر لما تسببه من فساد العقل وتعطيل التفكير لأنها تخالط العقل[65]، برغم ما قد تحتويه من منافع قليلة، فقد غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الخمر، ومنع القليل منها والكثير[66]، وبالمثل، فإن بعض الممارسات الرقمية، كالتلاعب بالمعلومات ونشر الشائعات، ستؤدي إلى تشويش الفكر واضطراب الإدراك؛ مما يُعد اعتداءً على العقل؛ فالشريعة تحرص على صيانة العقل من كل ما يفسده، سواء كان ماديًّا: مثل الخمر، أو معنويًّا مثل: التأثيرات السلبية الرقمية.

(62) سورة المائدة، الآية 32.

(63) محمد الطاهر بن محمد بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، ج2، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004، ص139.

(64) سورة البقرة، الآية 219.

(65) محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، مرجع سابق، 51/3. وانظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، باشر تصحيحه: جمع من أفاضل العلماء، مطبعة السعادة، القاهرة (صُورتها: دار المعرفة، بيروت)، د. ت، 24/2.

(66) محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004، 26/3.

رابعًا: حفظ العرض والنسل والمال

قال النبي ﷺ: «اعْلَمُوا أَنّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا»[67]، هذا الحديث النبوي يؤكد صون الدماء والأموال والأعراض كحقوق مصونة في الإسلام. وبالقياس، فإن الحرمات الرقمية تندرج ضمن هذه الحقوق؛ إذ يُعد انتهاك خصوصية البيانات، أو نشر الصور والمعلومات الشخصية من دون إذن، اعتداءً على العرض المحرم. كما أن سرقة البيانات الرقمية أو استغلالها لتحقيق مكاسب مادية يمثل تعديًا على أموال الغير، وهو ما يخالف مقصد الشريعة في حماية الكرامة الإنسانية وصيانة الحقوق المالية[68].

(67) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، حديث رقم (1739)، 176/2. دار الفكر، بيروت. أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، باشر تصحيحه: لجنة من العلماء، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، 1344 - 1347هـ، 111/15.

(68) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، طبعة السلفية الأولى، المكتبة السلفية، مصر، 1390هـ، 577/3.

المبحث الثالث

الحماية القانونية للحرمات الرقمية في دولة الكويت

تناول هذا المبحث الجهود القانونية التي تبذلها التشريعات الكويتية لحماية الحرمات الرقمية، مع التركيز على القوانين المطبقة، مثل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، ودورها في صون الحقوق الرقمية. كما تم تحليل أوجه القوة والقصور في هذه التشريعات، ومدى توافقها مع التحديات التقنية الحديثة، بهدف تحديد سبل تعزيز الحماية القانونية للحرمات الرقمية، من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

دراسة القوانين الكويتية المتعلقة بحماية الحرمات الرقمية

تناول هذا المطلب النصوص القانونية ذات الصلة، مثل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات والقوانين المرتبطة بالخصوصية الرقمية، مع تحليل مدى كفايتها لمواجهة الجرائم الرقمية المستحدثة.

الفرع الأول

تعريف الحرمات الرقمية في القانون الكويتي

مصطلح «الحرمات الرقمية» يعكس رؤية شرعية شاملة لصيانة الحقوق والممتلكات الرقمية، استنادًا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. وفي السياق القانوني الكويتي يُستخدم مصطلح «الخصوصية الرقمية» للتعبير عن هذا المفهوم؛ حيث يُعنى بحماية البيانات الشخصية والمعلومات الإلكترونية من أي اعتداء أو استخدام غير مشروع. وعلى الرغم من أن القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات[69]، لا يعرّف «الحرمات الرقمية» أو «الخصوصية الرقمية» بشكل صريح، فإن نصوصه تُظهر التزامًا بحماية الحقوق الرقمية، من خلال تجريم الدخول غير المشروع، وإفشاء البيانات، أو التعدي على الأنظمة الإلكترونية. وهذا يعكس حرص المشرّع الكويتي على توفير حماية قانونية متكاملة تواكب التطورات الرقمية الحديثة.

(69) وزارة العدل الكويتية، قانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، للاطلاع على النص الكامل للقانون، يمكن زيارة الرابط التالي: https://pp.moj.gov.kw/ar/LawsPP/InformationTechnologyCrimePreventionLaw.pdf، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

الفرع الثاني

النصوص والقوانين والاتفاقيات ذات العلاقة

أولًا: النصوص القانونية ذات العلاقة

أ - المادة (2) قانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات:

«يُعاقَب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن 500 دينار كويتي ولا تزيد على ألفي دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمدًا وبغير وجه حق إلى نظام معلوماتي، شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلوماتية، دون تصريح أو سبب قانوني مشروع»[70]. هذه المادة تُظهر إدراك المشرّع لأهمية تجريم الدخول غير المشروع كخطوة أساسية لحماية الحرمات الرقمية، العقوبة المذكورة تعكس درجة خطورة الفعل وتتناسب مع حالات الدخول التي لا تسفر عن أضرار مادية مباشرة.

ومع ذلك، فإن المادة تقتصر على تحديد الدخول غير المشروع من دون معالجة الأضرار التي قد تترتب على هذا الفعل، على سبيل المثال، إذا تم استخدام البيانات التي تم الوصول إليها لتحقيق مكاسب غير مشروعة، أو للإضرار بالآخرين، فإن هذا الجانب غير مشمول بشكل واضح في النصوص.

التوصية: إضافة نصوص قانونية تُجرِّم استخدام البيانات التي يتم الحصول عليها بشكل غير مشروع أو استغلالها في أفعال أخرى، مثل الابتزاز أو الاحتيال، مما يُعزز شمولية الحماية القانونية ويضمن الردع.

ب - المادة (3) من قانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات:

تضمنت المادة (3) أحكامًا واضحة لحماية الحرمات الرقمية من التعدي والإساءة باستخدام الشبكة المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات، وفرضت عقوبات على عدة أفعال تعد من أبرز انتهاكات الحرمات الرقمية:

1 - الدخول غير المشروع:

«يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وغرامة تتراوح بين ثلاثة آلاف وعشرة آلاف دينار كل من دخل بشكل غير مشروع إلى موقع أو نظام معلوماتي للحصول على بيانات حكومية أو مصرفية سرية، إذا ترتب على هذا الدخول إتلاف أو نشر أو تعديل البيانات، تصل العقوبة إلى الحبس عشر سنوات وغرامة تصل إلى عشرين ألف دينار».

(70) المرجع السابق.

2- تزوير أو إتلاف البيانات الرقمية:

«يُعاقب كل من زور أو أتلف مستندًا إلكترونيًّا أو نظامًا إلكترونيًّا باستخدام وسائل تقنية المعلومات، إذا تعلق التزوير بمستند رسمي أو بنكي، تصل العقوبة إلى الحبس سبع سنوات وغرامة تصل إلى ثلاثين ألف دينار».

3- إتلاف السجلات الطبية الإلكترونية:

«يعاقب القانون كل من أتلف عمدًا مستندات إلكترونية تتعلق بالفحوصات أو التشخيص أو العلاج الطبي باستخدام الشبكة المعلوماتية».

4- الابتزاز والتهديد الإلكتروني:

«يُعاقب بالحبس أو الغرامة كل من استخدم الشبكة المعلوماتية لتهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري، فإذا كان التهديد يمس كرامة الأشخاص أو سمعتهم، تصل العقوبة إلى الحبس خمس سنوات وغرامة تصل إلى عشرين ألف دينار».

5- الاحتيال الرقمي:

«يُعاقب كل من استخدم وسائل تقنية المعلومات للاستيلاء على مال أو مستند باستخدام طرق احتيالية مثل انتحال صفة أو استخدام اسم كاذب»[71].

تعكس المادة إدراك المشرّع لأهمية حماية الأنظمة المعلوماتية، لكنها اقتصرت على تحديد الجريمة في إطار الدخول غير المشروع فقط، من دون التطرق إلى الأضرار التي قد تترتب على هذا الفعل أو كيفية التعامل معها، من الضروري أن تتوسع النصوص القانونية لتشمل العقوبات المتعلقة باستخدام البيانات التي يتم الحصول عليها بطرق غير مشروعة؛ مما يعزز شمولية الحماية ويضمن الردع الفعّال.

يحتاج القانون إلى إدراج نصوص إضافية تُجرِّم استخدام التزييف العميق وتحدد عقوبات صارمة لمواجهة الجرائم المستحدثة، بالإضافة إلى النص في القانون على وسائل تعويض المتضررين من الجرائم الرقمية وضمان حماية بياناتهم.

جـ - المادة (4) من القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات:

1- إعاقة أو تعطيل الخدمات الإلكترونية:

«يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وغرامة بين ألفين وخمسة آلاف دينار كل من أعاق أو عطل عمدًا الوصول إلى الخدمات الإلكترونية أو أدخل بيانات لتعطيلها».

(71) المرجع السابق.

2- تنصت أو اعتراض غير مشروع:

«يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وغرامة بين ثلاثة آلاف وعشرة آلاف دينار كل من تنصت أو التقط أو اعترض معلومات مرسلة عبر الشبكة دون وجه حق، مع عقوبة إضافية إذا تم إفشاء هذه المعلومات».

3- المساس بالآداب العامة:

«يعاقب كل من نشر أو خزن بيانات تمس الآداب العامة أو أدار مكانًا لهذا الغرض باستخدام الشبكة».

4- التحريض على الدعارة والفجور:

«يعاقب كل من استخدم الشبكة للتحريض على الدعارة، وتزيد العقوبة إذا كان المستهدف حدثًا».

النص يُظهر اهتمام المشرّع بتجريم التزوير الرقمي؛ مما يعكس إدراكه لأهمية حماية البيانات والمستندات الإلكترونية من العبث أو التلاعب، ومع ذلك فإن التطورات التقنية الحديثة – مثل تقنيات التزييف العميق Deepfake التي تُستخدَم في التلاعب بالمحتوى الرقمي، تُشكل فراغًا في النصوص القانونية الحالية، هذه التقنيات تُهدِّد الأفراد من خلال الإساءة إلى سمعتهم، وتؤثر على المؤسسات من خلال التلاعب بالمعلومات الحساسة أو تضليل الرأي العام. إن تعزيز التشريعات لتغطية هذه الجرائم يتطلب وضع نصوص واضحة تُجرّم استخدام التزييف العميق لأغراض ضارة، مع تحديد عقوبات رادعة، وإدراج آليات للتحقق الرقمي، واستعادة الحقوق المتضررة؛ مما يُسهم في زيادة قدرة القانون على مواجهة التحديات التقنية المتسارعة، وضمان حماية الحرمات الرقمية بشكل شامل.

ثانيًا: المادة (210) من قانون الجزاء الكويتي (القانون رقم 16 لسنة 1960)

«كل من صدر منه، في مكان عام أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه، سب لشخص آخر على نحو يخدش شرف هذا الشخص أو اعتباره، دون أن يشتمل هذا السب على إسناد واقعة معينة له، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على 75 دينارًا أو بإحدى هاتين العقوبتين»[72].

هذا النص يهدف إلى حماية الأفراد من السب العلني الذي يمس الشرف أو الاعتبار،

(72) القانون رقم 16 لسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء.

سواء كان ذلك عبر الوسائل التقليدية أو الرقمية، مما يسهم في تعزيز الحماية القانونية للحرمات الرقمية، كما يُبرز اهتمام المشرّع بحماية الأفراد من الأفعال التي تخدش شرفهم أو اعتبارهم، سواء ارتُكبت في الأماكن العامة أو عبر الوسائل الرقمية الحديثة، ومن خلال هذا التشريع، يتضح إدراك أهمية التصدي للسب العلني الذي قد يُلحق أضرارًا جسيمة بالشخص المُعتدى عليه، لا سيما في ظل التوسع الكبير في استخدام منصات التواصل الاجتماعي وغيرها من الوسائل التقنية.

في السياق الرقمي، يمكن لهذه الجرائم أن تتخذ أبعادًا أوسع وأشد تأثيرًا مقارنة بالوسائل التقليدية؛ حيث يتم تداول الإساءات على نطاق واسع يصعب احتواؤه؛ مما يزيد من الأضرار المترتبة على الضحية؛ لذلك فإن تطوير النصوص القانونية ليشمل الإساءة الرقمية – بشكل أكثر تحديدًا – يُعد خطوة ضرورية لضمان حماية فعّالة، كما أن العقوبات المقررة يجب أن تراعي طبيعة الوسيلة المستخدمة وتأثير الإساءة، بما يعزز العدالة ويحقق الردع.

ولتحقيق حماية شاملة، يُوصى بتطوير النصوص القانونية لتشمل الجرائم المرتكبَة عبر الوسائل الرقمية بشكل دقيق، مع تغليظ العقوبات بما يتناسب مع خطورة الأفعال التي تستهدف سمعة الأفراد على نطاق واسع، كما ينبغي وضع آليات قانونية فعّالة تُتيح للضحايا استرداد حقوقهم وإزالة المحتوى المسيء، مع توفير تعويضات عادلة عن الأضرار التي تلحق بهم. إضافة إلى ذلك، يتطلب الأمر تعزيز الوعي المجتمعي بخطورة هذه الجرائم وحقوق الأفراد في مواجهة الإساءات الرقمية عبر الوسائل القانونية، هذه التدابير تُسهم في تحديث النصوص التشريعية لتتماشى مع التحديات التقنية؛ مما يُعزز من الحماية القانونية للحرمات الرقمية.

ثالثًا: اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الإلكترونية (2001)

تُعد اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الإلكترونية[73] أول معاهدة دولية شاملة تهدف إلى معالجة الجرائم الرقمية التي تهدد أمن المعلومات والشبكات حول العالم. وُضعت الاتفاقية برعاية مجلس أوروبا، بالتعاون مع دول أخرى، مثل الولايات المتحدة وكندا، لتعزيز الجهود الدولية لمكافحة الجرائم الإلكترونية، وتنظيم استخدام التقنية الرقمية، بما يحمي حقوق الأفراد وخصوصيتهم.

(73) مجلس أوروبا، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الإلكترونية، 2001، متاح على الرابط التالي: https://rm.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

أ- أبرز محاور الاتفاقية:

1- حماية البيانات الرقمية: تُلزم الاتفاقية الدول الأعضاء بوضع قوانين تحمي البيانات الرقمية من الوصول غير المشروع أو إساءة الاستخدام.

2- التعاون الدولي: تُعزز الاتفاقية التنسيق بين الدول لتسهيل التحقيقات وتبادل الأدلة المتعلقة بالجرائم الرقمية.

3- توحيد التشريعات: تهدف إلى توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالجرائم الإلكترونية لتسهيل ملاحقة الجناة عبر الحدود.

ب- التطبيق الزمني لاتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الإلكترونية:

تم توقيع الاتفاقية في 23 نوفمبر 2001 بمدينة بودابست؛ حيث عُدَّت نقطة انطلاق الجهود الدولية لمكافحة الجرائم الإلكترونية، وبدأت الاتفاقية تُطبق رسميًا اعتبارًا من 1 يوليو 2004؛ مما فتح الباب أمام التعاون الدولي لتنظيم الجرائم المرتبطة بالفضاء الرقمي.

جـ- الالتزام الدولي:

تُلزم الاتفاقية الدول الأعضاء بسن تشريعات تحمي البيانات الرقمية، وتعاقب على الجرائم المتعلقة بالتقنية، مثل التعدي على الأنظمة المعلوماتية والتزوير الرقمي، في إطار قانوني موحد يعزز التعاون الدولي[74]؛ بينما يجرم القانون الكويتي التعدي على البيانات.

د- أهميتها لدولة الكويت:

تُبرز هذه الاتفاقية أهمية حماية الحرمات الرقمية وتتماشى مع قوانين الكويت، مثل القانون رقم 63 لسنة 2015 الذي يُجرّم الدخول غير المشروع والتنصت الرقمي. كما تذهب اتفاقية بودابست إلى أبعد من ذلك، من خلال تعزيز التعاون الدولي لتتبع الجرائم العابرة للحدود.

تعد اتفاقية بودابست إطارًا دوليًا فاعلًا لمكافحة الجرائم الإلكترونية، خاصة العابرة للحدود، من خلال توحيد التشريعات وتعزيز التعاون بين الدول. وعلى الرغم من أن القانون رقم 63 لسنة 2015 في الكويت يُجرِّم الجرائم الرقمية كالدخول غير المشروع

(74) المرجع السابق.

والتنصت، إلا أن الانضمام إلى الاتفاقية يمكن أن يعزز جهود الكويت في مواجهة الجرائم الدولية، ويوفر آليات متقدمة لتبادل المعلومات، وملاحقة الجناة عبر الحدود، هذا التكامل بين التشريعات الوطنية وآليات التعاون الدولي يُسهم في حماية الحرمات الرقمية بشكل أكثر شمولية وكفاءة.

القوانين الكويتية، مثل القانون رقم 63 لسنة 2015، تُعد أساسًا في حماية الحرمات الرقمية؛ حيث تُجرِّم أفعالًا كالدخول غير المشروع والتزوير الرقمي، ومع ذلك فإن تطور التقنيات الرقمية يفرض تحديات جديدة تتطلب استحداث نصوص تشريعية تُغطي الجرائم المستجدة، مثل: التزييف العميق والجرائم العابرة للحدود.

هـ- تعزيز التشريعات يمكن أن يتم من خلال:

1- إدراج نصوص صريحة تُجرّم الجرائم المستحدثة.

2- تطوير آليات دعم الضحايا، بما يضمن تعويضهم وإزالة الآثار الرقمية السلبية.

3- توسيع التعاون الدولي عبر الانضمام إلى اتفاقيات مثل اتفاقية بودابست، لتعزيز ملاحقة الجرائم العابرة للحدود.

تحديث القوانين لتواكب المستجدات التقنية يُسهم في حماية شاملة للحرمات الرقمية، ويضمن توافقها مع التطورات الدولية؛ مما يُعزّز فعالية الإطار القانوني في مواجهة التحديات الراهنة والمستقبلية.

المطلب الثاني

الجرائم الرقمية وتأثيرها على الحرمات الرقمية في دولة الكويت

الحرمات الرقمية تشمل كل ما يتعلق بخصوصيات الأفراد وحقوقهم في العالم الرقمي، مثل البيانات الشخصية، والمراسلات، والصور، والحسابات، والأسرار المهنية. وتُعتبر هذه المكونات محمية شرعًا وقانونًا، إلا أن الجرائم الإلكترونية باتت تهددها بشكل متزايد. في هذا المطلب، نستعرض مكونات الحرمات الرقمية، وأثر الجرائم الإلكترونية عليها، مع تحليل الجهود الشرعية والقانونية في حمايتها.

الفرع الأول

البيانات الشخصية

تشمل البيانات الشخصية معلومات مثل الاسم، والعنوان، والرقم المدني، والحسابات البنكية. في الشريعة الإسلامية، أثر الجرائم المتعلقة بالبيانات الشخصية تشمل سرقة الهوية الرقمية، والتزوير، والنشر غير المشروع للبيانات. هذه الجرائم تؤدي إلى أضرار اقتصادية واجتماعية، وتهدد أمن الأفراد.

أولًا: من ناحية شرعية

يُعتبر التعدي على خصوصية الأفراد محرمًا، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا۟ وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا ۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾[75]. وهو نهي عن تتبع عورات المسلمين[76]، وفيه دليل على ترتب العقوبة على ارتكاب ما نهى الله عنه.

ثانيًا: ومن ناحية قانونية

في دولة الكويت، لم يُصدر حتى الآن قانون شامل لحماية البيانات الشخصية. ومع ذلك، أصدرت الهيئة العامة للاتصالات وتقنية المعلومات لائحة تنظيمية لحماية خصوصية البيانات، تهدف إلى وضع معايير لحماية البيانات الشخصية وضمان سرية المعلومات. تم اعتماد هذه اللائحة بالقرار رقم 26 لسنة 2024[77].

بالإضافة إلى ذلك، يتضمن قانون المعاملات الإلكترونية رقم 20 لسنة 2014 بعض الأحكام المتعلقة بسرية المعلومات؛ حيث يُلزم الجهات بالحفاظ على سرية المعلومات، وعدم الإفصاح عنها إلا بتفويض قانوني أو موافقة الشخص المعني[78].

---

(75) سورة الحجرات، الآية 12.

(76) عبدالرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص801.

(77) اللائحة التنظيمية لحماية خصوصية البيانات، هيئة تنظيم الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات (CITRA)، دولة الكويت، 2024. متاح على الرابط التالي:
https://citra.gov.kw/sites/ar/Pages/DecisionsDetails.aspx?id=6. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

(78) حماية البيانات الشخصية في دولة الكويت: قانون ودليل تنظيمي دولي، ب. ت، متاح على الرابط التالي: https://aldawlikw.com/blogs/حماية-البيانات-الشخصية-في-الكويت-قانو. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/30.

الفرع الثاني

الرسائل والمعلومات الرقمية الخاصة

تُعد المراسلات والاتصالات الرقمية، مثل البريد الإلكتروني، والرسائل النصية، ومحادثات وسائل التواصل الاجتماعي (مثل واتساب وفيسبوك)، جزءًا أساسيًا من خصوصيات الأفراد وعلاقاتهم الاجتماعية، وأثر الجرائم مثل التنصت، وسرقة المراسلات، واستخدام الرسائل الخاصة في الابتزاز الإلكتروني. يتجلى في كون هذه الجرائم تُلحق أضرارًا نفسية ومادية بالأفراد.

أولًا: من ناحية شرعية

حرم الإسلام التجسس والتلصص على خصوصيات الآخرين. قال النبي ﷺ: «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه»[79] يعني: إسلام الرجل يحسن ويكمل بأن يترك من الأفعال والأقوال ما لا ينفعه، ولا ضرورة له فيه، وهو نهي صريح عن الاطلاع على ما لا يخص الإنسان من دون إذن.

ثانيًا: ومن ناحية قانونية

نصت التشريعات الحديثة على تجريم التنصت أو الاطلاع على المراسلات الرقمية من دون إذن؛ ففي الكويت، صدر القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات[80].

الفرع الثالث

الصور والتسجيلات الشخصية

الصور والمقاطع الشخصية تُعد جزءًا مهمًّا من خصوصية الأفراد، التي يجب احترامها وصونها. في الشريعة الإسلامية، أثر الجرائم المرتبطة بالصور، والتي تشمل النشر غير المشروع، والتلاعب بها بقصد التشهير، أو استخدامها في الابتزاز، من آثار هذه الجرائم أنها تُهدد سمعة الأفراد وخصوصيتهم.

---

(79) أخرجه الترمذي في «سننه»، أبواب الزهد، باب ما جاء في فضل ترك ما لا يعنيه، حديث (2317)، وقال: «حديث حسن غريب». وأخرجه ابن ماجه في «سننه»، كتاب الفتن، باب كف اللسان في الفتنة، حديث (3976). وصححه الألباني في «صحيح سنن الترمذي»، حديث (2317).

(80) دولة الكويت، القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، 2015، متاح عبر موقع قضايا: https://qadaya.net/?p=6591، تم الاطلاع عليه في 21 ديسمبر 2024.

أولًا: من ناحية شرعية

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَبۡغِ ٱلۡفَسَادَ فِي ٱلۡأَرۡضِۖ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُفۡسِدِينَ﴾[81]، «أي: لا تكن همتك بما أنت فيه أن تفسد به الأرض»[82]، وفيه إشارة إلى تحريم الأفعال التي تُفسد العلاقات وتنتهك الحرمات.

ثانيًا: ومن ناحية قانونية

ولتأكيد هذا المبدأ، فقد نصت المادة (3) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 63 لسنة 2015[83]، على تجريم الدخول غير المشروع للحصول على بيانات أو معلومات شخصية، بما يشمل الصور والمقاطع؛ مما يعكس التزام القانون بحماية خصوصية الأفراد وردع التعديات.

الفرع الرابع

الحسابات الرقمية وكلمات المرور

حماية الحسابات الرقمية وكلمات المرور تُعد من الحرمات الرقمية التي يجب صونها، أثر اختراق الحسابات وسرقة كلمات المرور تُعد من أكثر الجرائم شيوعًا؛ مما يُعرض الأفراد للسرقة المالية والانتهاكات الأخرى.

أولًا: من ناحية شرعية

يُعتبر الاستيلاء على ممتلكات الآخرين دون إذن تعديًا على الحقوق ومحرمًا، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾[84]، وهو نهي صريح عن أي نوع من الاستيلاء غير المشروع.

ثانيًا: ومن ناحية قانونية

فقد نص القانون الكويتي في المادة (3) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات

(81) سورة القصص، الآية 77.

(82) إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير ابن كثير، تحقيق: سامي السلامة، ط2، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1419هـ/ 1998م، 164/6.

(83) دولة الكويت، القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، 2015، متاح عبر موقع قضايا: https://qadaya.net/?p=6591، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/21.

(84) سورة البقرة، الآية 188.

رقم (63) لسنة 2015[85] على معاقبة الدخول غير المصرح به إلى الحسابات الرقمية، أو محاولة اختراقها؛ مما يعكس التزام القانون بحماية ممتلكات الأفراد الرقمية وضمان حقوقهم.

الفرع الخامس

أسرار الأعمال والبيانات التجارية

أثر الجرائم ضد أسرار الأعمال:

تشمل سرقة البيانات التجارية، مثل خطط العمل أو الابتكارات، مما يُسبب خسائر كبيرة للمؤسسات.

أولًا: من ناحية شرعية

يُعد حفظ أسرار المهنة جزءًا من الأمانات التي أمر الله تعالى بحفظها وصيانتها. قَالَ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾[86]. وفسر السعدي ذلك بقوله: «يأمر تعالى عباده المؤمنين أن يؤدوا ما ائتمنهم الله عليه من أوامره ونواهيه»[87]. وهذه الآية تحذر من خيانة الأمانات، سواء كانت مالية أو معنوية، وتشمل في مضمونها الأسرار المهنية التي يُؤتمَن عليها الفرد.

ثانيًا: ومن ناحية قانونية

تُنظم المادة (85) من قانون الشركات الكويتي رقم (1) لسنة 2016[88] حماية الأسرار التجارية ومنع إفشائها أو استخدامها من دون إذن، مع فرض عقوبات على من يخالف ذلك، مما يوضح أهمية حفظ الأمانات المهنية قانونيًّا وشرعيًّا.

يظهر من التحليل أن الجرائم الإلكترونية تمثل تهديدًا كبيرًا للحرمات الرقمية، وتبرز الحاجة إلى تطوير التشريعات، وتعزيز الجهود التوعوية، وتكثيف التعاون الدولي لمواجهتها. يظل التكامل بين الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة أمرًا ضروريًّا لتحقيق الحماية الشاملة في البيئة الرقمية.

(85) دولة الكويت، القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، 2015، متاح عبر موقع قضايا: https://qadaya.net/?p=6591، تم الاطلاع عليه في 21 ديسمبر 2024.

(86) سورة الأنفال، الآية 27.

(87) عبدالرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص 319.

(88) وزارة التجارة والصناعة، (n.d.)، قانون الشركات ولائحته التنفيذية، متاح على الرابط التالي: https://moci.gov.kw/ar/lkonyn-ollh-ltnfythy-llshrkt/. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/30.

المبحث الرابع
التحديات المستقبلية للحرمات الرقمية
وطرق علاجها في الفقه والقانون

يتناول هذا المبحث قضية التحديات المستقبلية التي تهدد الحرمات الرقمية، في ظل التطورات التقنية المتسارعة، مع التركيز على كيفية التصدي لها ضمن إطار الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي. كما يسعى إلى تقديم حلول مبتكرة تسهم في حماية الحرمات الرقمية، بما يتوافق مع القيم الشرعية، ويعالج القصور التشريعي القائم.

المطلب الأول
التحديات المستقبلية لحماية الحرمات الرقمية

مع التقدم المستمر في التكنولوجيا، والاعتماد المتزايد على الوسائل الرقمية، تبرز تحديات جديدة تتعلق بحماية الحرمات الرقمية. يتطلب التصدي لهذه التحديات تكاملًا بين الجوانب الشرعية والقانونية والتقنية، وفيما يلي أبرز هذه التحديات وسبل معالجتها:

الفرع الأول
التحديات المستقبلية

تبرز في هذا المجال عدة تحديات من أهمها:

أولًا: ظهور تقنيات جديدة

مثل الذكاء الاصطناعي والواقع الافتراضي، والتي قد تُستغَل في انتهاك الخصوصية ونشر البيانات من دون إذن[89].

ثانيًا: صعوبة السيطرة على الأنشطة غير القانونية في الشبكات المظلمة (Dark Web)

تُعَدّ الشبكات المظلمة Dark Web بيئة خصبة للأنشطة غير القانونية؛ حيث تُستغل لارتكاب جرائم تقنية المعلومات بعيدًا عن الرقابة القانونية. هذا التحدي يُعقِّد جهود

(89) وزارة التجارة والصناعة، قانون الشركات ولائحته التنفيذية، متاح على الرابط التالي:
https://moci.gov.kw/ar/lkonyn-ollh-ltnfythy-llshrkt/. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/30.

مكافحة الجرائم الرقمية، نظرًا إلى صعوبة تتبع ومراقبة هذه الأنشطة[90].

الفرع الثاني

التحديات القانونية

وفي المجال القانوني تبرز أيضا مجموعة من التحديات من أهمها:

قصور التشريعات الحالية

التطورات السريعة في التكنولوجيا أدت إلى ظهور أنواع جديدة من الجرائم الرقمية التي تتطلب تشريعات أكثر شمولية ومرونة. يُشير بعض الفقه إلى أن التشريعات الحالية، مثل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، تُعد خطوة مهمة لكنها تواجه قصورًا في مواجهة الجرائم المُستحدَثة، مثل: التزييف العميق Deepfake، والابتزاز الرقمي، هذا القصور يُبرز الحاجة إلى تطوير القوانين لتشمل الأدوات والوسائل الحديثة المستخدمة في الجرائم الرقمية، مع توفير حلول فعالة تتماشى مع التطور التقني المتسارع[91].

الفرع الثالث

التحديات الاجتماعية

وفي المجال الاجتماعي تبرز أيضا مجموعة من التحديات من أهمها:

أولًا: قلة الوعي لدى الأفراد حول حقوقهم الرقمية وطرق حماية بياناتهم

يُعد نقص الوعي بالحقوق الرقمية، وكيفية حماية البيانات الشخصية، من أبرز التحديات التي تواجه الأفراد في العصر الرقمي. هذا النقص يجعلهم عرضة لانتهاكات الخصوصية، مثل: سرقة الهوية، واستخدام البيانات لأغراض غير مشروعة. وتشير الدراسات إلى أن تعزيز الوعي يُسهم في تقليل المخاطر الرقمية، وزيادة حماية الأفراد لمعلوماتهم الشخصية[92].

(90) بوقرين عبدالحليم، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س5، ع ت20، 2017، ص287-327.

(91) محمد عرفان الخطيب، ضمانات الحق في العصر الرقمي: من تبدل المفهوم لتبدل الحماية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س6، ع ت23، 2018.

(92) أهمية الوعي بالحقوق الرقمية وحماية الخصوصية (2023)، تم الاسترجاع في 31 ديسمبر 2024، متاح على الرابط التالي: https://nafzh.com/blog/أهمية-الوعي-بالحقوق-الرقمية-وحماية-ال/. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/31.

ثانيا: انتشار السلوكيات التي تهدد المحرمات الرقمية

مثل تداول المعلومات الشخصية عبر الإنترنت من دون ضوابط، وهو ما يُعرض الأفراد لمخاطر الابتزاز الإلكتروني، أو استغلال بياناتهم بطرق غير قانونية. تُشير التقارير إلى أن مشاركة المعلومات الحساسة على المنصات العامة تُعد من السلوكيات الخطرة التي تُهدد خصوصية الأفراد، وتُسبب أضرارًا نفسية واجتماعية[93].

الفرع الرابع

التحديات الأمنية

وفي المجال الاجتماعي تبرز أيضا مجموعة من التحديات من أهمها:

أولًا: تزايد الهجمات السيبرانية واستهداف الأنظمة الحساسة

الهجمات السيبرانية أصبحت خطرًا متزايدًا يهدد البنية التحتية الوطنية، مثل المؤسسات الحكومية والمالية. هذه الهجمات لا تؤدي فقط إلى خسائر اقتصادية كبيرة وتعطل الخدمات الأساسية، بل تُعرض الأمن الوطني لمخاطر حقيقية. الجرائم الرقمية تطورت لتشمل استهداف الأنظمة الحيوية لتحقيق مكاسب غير مشروعة، أو الضغط عبر الابتزاز، وهو ما يجعل مواجهتها ضرورة حتمية[94].

ثانيًا: استخدام التكنولوجيا لأغراض غير مشروعة

تُستخدم التكنولوجيا الحديثة أحيانًا لتنفيذ أنشطة غير قانونية، مثل التجسس وسرقة الأسرار التجارية. هذه الجرائم لا تهدد فقط الشركات الكبيرة، بل تمتد آثارها إلى الاقتصاد الوطني والأمن المؤسسي. ومع زيادة تعقيد الجرائم العابرة للحدود، أصبحت هناك حاجة مُلحة إلى تعزيز التعاون الدولي لمواجهتها بشكل أكثر فعالية[95].

المطلب الثاني

الحلول الشرعية لمعالجة التحديات الرقمية

يتناول هذا المطلب مقاربة الشريعة الإسلامية لمعالجة التحديات المرتبطة بالتحولات الرقمية، استنادًا إلى القواعد الفقهية والمبادئ الشرعية التي توفر أساسًا قويًّا لحماية

(93) مبادرة العطاء الرقمي، متاح على الرابط التالي: https://attaa.sa/library/view/2108. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/31.

(94) محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق.

(95) بوقرين عبدالحليم، مرجع سابق.

الحقوق الرقمية والحد من التجاوزات. وينقسم المطلب إلى فرعين أساسيين:

الفرع الأول

تطبيق القواعد الفقهية لمعالجة الجرائم الرقمية

يُعد تطبيق القواعد الفقهية، مثل قاعدة «الضرر يُزال»[96]، الاستناد إلى سد الذرائع كمصدر تشريعي تَبَعي[97] أساسًا في معالجة المستجدات الرقمية؛ حيث تسهم في تقليل الضرر، وحماية الحقوق ضمن إطار الشريعة الإسلامية. وكما أوضح القرافي: «الذريعة الوسيلة للشيء، ومعنى ذلك حسم مادة وسائل الفساد دفعًا له، فمتى كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل»[98]. تُطبَق هذه القواعد لمنع الأفعال التي تبدو بريئة ظاهريًّا إذا كانت تؤدي إلى أضرار رقمية، مثل: انتهاك الخصوصية، أو الابتزاز الإلكتروني؛ مما يُبرز مرونة الشريعة في مواجهة تحديات العصر.

الفرع الثاني

تعزيز دور الشريعة في صيانة الحقوق والأخلاقيات الرقمية

تسعى الشريعة الإسلامية إلى ترسيخ الأخلاقيات في التعاملات الرقمية؛ مما يُعزز حماية الحرمات الرقمية، ويُسهم في خلق بيئة رقمية آمنة ومتوافقة مع المبادئ الإسلامية[99].

المطلب الثالث

الحلول القانونية لتطوير التشريعات الكويتية

تناول هذا المطلب الحلول القانونية اللازمة لتطوير التشريعات الكويتية لمواكبة التطورات التقنية السريعة، مع التركيز على التحديات التي تواجه القوانين الحالية. كما استعرض الحاجة إلى تحديث القوانين لمواجهة الجرائم الرقمية المستجدة، وتعزيز الالتزام بالمعايير الدولية، لضمان توفير حماية متكاملة للحرمات الرقمية.

(96) زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص72.

(97) أحمد بن إدريس أبو العباس شهاب الدين القرافي، مرجع سابق، ص152.

(98) المرجع السابق، ص152.

(99) موسوعة الثقافة، فلسفة الأخلاق في العصر الرقمي: التحديات وإستراتيجيات النجاح الأخلاقية، متاح على الرابط التالي: https://almoso3aalthaqafia.com//. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/31.

الفرع الأول

تحديث القوانين الكويتية لمواكبة التطورات التقنية

يُعد قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 63 لسنة 2015[100] تقدمًا ملحوظًا، لكن هناك حاجة إلى تحديثه ليشمل الجرائم الرقمية الجديدة مثل التزييف العميق Deepfake، والذكاء الاصطناعي[101].

الفرع الثاني

تعزيز الالتزام الدولي

الانضمام إلى المعاهدات الدولية، مثل: «اتفاقية بودابست»[102]، يُسهم الانضمام إلى المعاهدات الدولية في تعزيز التعاون الدولي لمكافحة الجرائم الإلكترونية؛ مما يضمن إطارًا قانونيًا متكاملًا للتصدي للتحديات العابرة للحدود.

المطلب الرابع

الحلول التقنية والاجتماعية لتعزيز الحماية الرقمية

في ظل التقدم التقني المتسارع، والتعقيدات المتزايدة في البيئة الرقمية، أصبح من الضروري البحث عن حلول مبتكرة للحفاظ على الحرمات الرقمية وضمان حمايتها، يركز هذا المطلب على تقديم حلول تقنية واجتماعية لتعزيز الحماية الرقمية، وذلك من خلال تطوير أدوات الحماية وتوعية الأفراد بحقوقهم الرقمية، كما يسعى إلى تحقيق التوازن بين التقدم التكنولوجي والضوابط الأخلاقية والاجتماعية، بما يتماشى مع القيم الشرعية والقانونية.

(100) وزارة العدل الكويتية، القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، للاطلاع على النص الكامل للقانون، يمكنك زيارة الرابط التالي:
https://pp.moj.gov.kw/ar/LawsPP/InformationTechnologyCrimePreventionLaw.pdf،
آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/31.

(101) القانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، 2015، كتاح على رابط قضايا التالي: https://qadaya.net/?p=6591. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/31.

(102) مجلس أوروبا، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الإلكترونية، 2001، متاح على الرابط التالي: https://rm.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

الفرع الأول

من الناحية التقنية

أولًا: تطوير وسائل تقنية للحماية الرقمية

الاعتماد على أنظمة التشفير المتطورة وبرامج الكشف عن الاختراقات يُعتبر ضرورة ملحة لحماية البيانات من الجرائم الرقمية[103].

ثانيًا: إنشاء مراكز وطنية متخصصة في الأمن السيبراني

تُسهم هذه المراكز في تعزيز القدرات الوطنية لرصد التهديدات الرقمية والتصدي لها بفعالية، مع التركيز على تطوير حلول محلية مستدامة[104].

الفرع الثاني

من الناحية الاجتماعية

أولًا: إطلاق حملات توعوية لتعزيز الثقافة الرقمية

التوعية الرقمية تُعد الركيزة الأساسية في مواجهة الجرائم الإلكترونية، ورفع مستوى الوعي لدى الأفراد بأهمية حماية البيانات الشخصية يُقلل من المخاطر الرقمية ويُعزز الأمان الرقمي، على سبيل المثال، أطلق الجهاز المركزي لتكنولوجيا المعلومات، بالتعاون مع شركة مايكروسوفت، مبادرة لتطوير المهارات التكنولوجية لدى الموظفين الحكوميين؛ بهدف تعزيز الكفاءات الرقمية ومواكبة التطورات التقنية[105].

ثانيًا: تدريب العاملين في المؤسسات على أفضل الممارسات لإدارة البيانات الرقمية

التدريب المستمر يُسهم في تحسين قدرة المؤسسات على حماية بياناتها وتقليل المخاطر المرتبطة بالهجمات الإلكترونية، كما تم الإعلان عن مبادرة الكويت الوطنية

(103) الاستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني، الإتحاد الدولي للاتصالات، 2023، متاح على الرابط التالي: https://itu.int. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

(104) أهمية تقنيات الحماية الرقمية، 2023، متاح على الرابط التالي: https://attaa.sa. آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

(105) وكالة الأنباء الكويتية، الجهاز المركزي لتكنولوجيا المعلومات يطلق مبادرة تطوير المهارات التكنولوجية في القطاع الحكومي، 2021، منشور على الرابط التالي:
https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2962289، آخر زيارة بتاريخ: 2024/12/24.

لتنمية المهارات الرقمية بالتعاون بين الجهاز المركزي لتكنولوجيا المعلومات وشركة غوغل كلاود Google Cloud، لتطوير مهارات الموظفين في مجالات الحوسبة السحابية والذكاء الاصطناعي[106].

(106) جريدة الجريدة الكويتية، إطلاق مبادرة الكويت لتنمية المهارات الرقمية، تم الاسترجاع في 31 ديسمبر 2024، من https://www.aljarida.com/article/80351.

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

توصل الباحثان إلى العديد من النتائج والتوصيات، من أهمها:

أولًا: أهم النتائج

1- **مفهوم الحرمات الرقمية:** يُعدُّ مفهوم الحرمات الرقمية امتدادًا لحماية الحقوق والممتلكات الإلكترونية، بما يشمل البيانات الشخصية والمعلومات الحساسة والخصوصية الرقمية. وهذا يؤكد الحاجة إلى تطوير تعريف قانوني واضح لهذا المفهوم في التشريعات الكويتية.

2- **دور الشريعة الإسلامية:** أثبتت الدراسة أن الشريعة الإسلامية تُقدم منظومة متكاملة لحماية الحرمات الرقمية، مستندةً إلى قواعد فقهية، مثل: «الضرر يُزال»، ومصادر تشريعية تبعية مثل «سد الذرائع»، مما يجعلها أساسًا يمكن الاستفادة منه في تطوير القوانين لحماية الحقوق الرقمية.

3- **قصور التشريعات الكويتية:** على الرغم من أن قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية (رقم 63 لسنة 2015) يُوفر إطارًا للحماية، فإنه يحتاج إلى تحديث شامل ليشمل الجرائم المستحدثة، مثل: التزييف العميق والذكاء الاصطناعي؛ مما يستدعي إعادة النظر في مواده؛ لتوسيع نطاق الحماية القانونية.

4- **تحديات تقنية متزايدة:** التطور السريع في التقنيات الرقمية، مثل الشبكات المظلمة والذكاء الاصطناعي، يُعقد من جهود الحماية؛ مما يتطلب تبني أدوات تقنية متقدمة لضبط هذه الجرائم على نحو أكثر فاعلية.

5- **ضعف الوعي المجتمعي:** يُشكِّل ضعف الوعي الرقمي تحديًا كبيرًا؛ حيث يؤدي إلى زيادة تعرض الأفراد لجرائم مثل الابتزاز وسرقة الهوية. وهذا يستلزم تكثيف الجهود التوعوية عبر حملات إعلامية ومناهج تعليمية لتعزيز الثقافة الرقمية.

6- **الأثر على الأمن المجتمعي:** تؤثر الجرائم الرقمية، على نحو مباشر، على الأمن المجتمعي وحقوق الأفراد؛ مما يجعل من الضروري تطوير التشريعات وتحديثها، إلى جانب تشديد العقوبات لردع المخالفين، وضمان حماية أقوى للحرمات الرقمية.

7- **أهمية التعاون الدولي:** أثبت البحث أن مواجهة الجرائم الرقمية تتطلب تعاونًا دوليًا فعالًا؛ مما يجعل انضمام الكويت إلى اتفاقيات مثل «اتفاقية بودابست» خطوة مهمة لتعزيز الجهود الوطنية في مكافحة الجرائم العابرة للحدود.

8- **مرونة الشريعة الإسلامية:** أظهرت الدراسة أن الشريعة الإسلامية قادرة على تقديم حلول معاصرة لحماية الحرمات الرقمية، من خلال مبادئها التي تتوافق مع التطورات التقنية، مع الحفاظ على القيم الأخلاقية والمجتمعية.

ثانيا: أهم التوصيات

1- تطوير التشريعات الكويتية لتكون أكثر شمولًا، من خلال تحديث قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات ليشمل الجرائم الرقمية المستحدثة، مثل: التزييف العميق، والاستخدام غير المشروع للذكاء الاصطناعي، مع إضافة تعريف واضح لمفهوم الحرمات الرقمية، وحماية البيانات الشخصية والمراسلات الرقمية، بما يتماشى مع أفضل الممارسات الدولية.

2- تعزيز الوعي المجتمعي بحقوق الأفراد الرقمية، من خلال حملات توعوية شاملة تستهدف جميع الفئات، ودورات تدريبية موجهة للطلاب والعاملين في المؤسسات؛ لتعزيز فهمهم لكيفية حماية بياناتهم، والتعامل الآمن مع المعلومات الرقمية.

3- الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية، مثل: «اتفاقية بودابست»، لتعزيز التعاون الدولي في مكافحة الجرائم الرقمية العابرة للحدود، مع التركيز على بناء شراكات إقليمية لدول الخليج، لتطوير إستراتيجيات موحدة لمواجهة التحديات الرقمية.

4- إنشاء مراكز وطنية متخصصة في الأمن السيبراني، لتطوير تقنيات حديثة تعتمد على الذكاء الاصطناعي في رصد الجرائم الرقمية ومنعها، مع تبني حلول تقنية مبتكرة تحمي البيانات وتواجه الاختراقات، وضمان توافق القوانين الوطنية مع القيم الشرعية، التي تعزز حماية الحرمات الرقمية وصون حقوق الأفراد.

قائمة المصادر والمراجع

أولًا: باللغة العربية

- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، ج1 و2، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، مصر، ج3 – 7، مطبعة الجمالية، مصر، 1327 – 1328هـ.
- إبراهيم بن موسى الشاطبي أبو إسحاق، الموافقات، تحقيق: مشهور حسن آل سلمان، تقديم: بكر بن عبدالله أبو زيد، ط1، دار ابن عفان، الخُبر، 1997.
- أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري الكناني، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، ط2، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، دار العربية، بيروت، 1403هـ.
- أحمد بن إدريس أبو العباس شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ط1، ج1، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، طبعة السلفية الأولى، المكتبة السلفية، مصر، 1390هـ.
- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبدالمحسن سلطان، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986.
- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، ج2، دار الفكر، بيروت، 1979.
- أحمد مختار عبدالحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
- إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير ابن كثير، تحقيق: سامي السلامة، ط2، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1419هـ/ 1998م.
- بارق منتظر عبدالوهاب لامي، وأحمد محمد عبدالرحيم اللوزي، جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية في التشريع الأردني .. دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الشرق الأوسط، عمان (2017).
- بوقرين عبدالحليم، قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س5، ع20، 2017.

- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- الحسين بن محمود بن الحسن الزيداني، المفاتيح في شرح المصابيح، تحقيق: نور الدين طالب، ط1، دار النوادر، إصدارات إدارة الثقافة الإسلامية، وزارة الأوقاف الكويتية، دولة الكويت، 2012.
- حسن بن علي بن سليمان البدر الفيومي، فتح القريب المجيب على الترغيب والترهيب، تحقيق: محمد إسحاق محمد آل إبراهيم، تقديم: عبدالله بن محمد الغنيمان، ط1، ج10، الناشر: المُحقِّق، 2018.
- يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ – 2000م.
- محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار .. شرح تنوير الأبصار، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1966.
- محمد الأمين بن عبدالله الأرمي العلوي الهرري، الكوكب الوهاج والروض البهّاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مج22، ط1، دار المنهاج – دار طوق النجاة، مكة المكرمة، 2009.
- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط5، بيروت، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، 1999.
- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 384هـ – 1964م.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، باشر تصحيحه: جمع من أفاضل العلماء، مطبعة السعادة، القاهرة (صُورتها: دار المعرفة، بيروت)، د. ت.
- محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت. أبو زكريا

محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، باشر تصحيحه: لجنة من العلماء، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، 1344 – 1347هـ.

- محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر، ط1، ج17، عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة.
- محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري المسمى: جامع البيان عن تأويل القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.
- محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، باب الميم، فصل الحاء، ط3، ج12، دار صادر، بيروت، 1994.
- محمد بن عمر بن الحسن الرازي، مفاتيح الغيب، التفسير الكبير، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- محمد حسن عماد مكاوي، الخصوصية الرقمية في القانون الدولي والمواثيق الدولية، مجلة البحوث والدراسات الإعلامية، ع20، 2022.
- محمد الطاهر بن محمد بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، ج2، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004.
- محمد عرفان الخطيب، ضمانات الحق في العصر الرقمي: من تبدل المفهوم لتبدل الحماية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س6، ع ت23، 2018،
- محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1988.
- محمود محمد خطاب السبكي، المنهل العذب المورود شرح سنن أبي داود، تحقيق: أمين محمود محمد خطاب، مج8، ط1، مطبعة الاستقامة، القاهرة، 1351 – 1353هـ.
- عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

- عبدالرحمن بن محمد أبو الفرج ابن قدامة، الشرح الكبير، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط1. وعبدالفتاح محمد الحلو، ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 1995.
- عبدالرحمن بن محمد أبو الفرج ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط3. وعبدالفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1997.
- عبدالرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبدالرحمن بن معلا اللويحق، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ – 2000م.
- علي بن خلف ابن بطال، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، 2003.
- عمر بن إبراهيم ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- فهد بن عبدالعزيز بن أحمد الوهيّب، الفضح والتشهير في الشريعة الإسلامية: دراسة فقهية، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، ع95، 2023.

ثانيًا: باللغة الأجنبية

- A. Acquisti, S. Gritzalis, C. Lambrinoudakis & S. di Vimercati, (Eds.), Digital Privacy: Theory, Technologies, and Practices. CRC Press, 2007.
- N. Selwyn, Digital Technology and the Contemporary University: Degrees of Digitization. Routledge, 2014.

ثالثا: مواقع إلكترونية

- مجلس أوروبا، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم الإلكترونية، 2001.
https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_en.pdf.

- هيئة تنظيم الاتصالات وتقنية المعلومات (CITRA)، دولة الكويت.
https://citra.gov.kw/sites/ar/Pages/DecisionsDetails.aspx?id=6.

- الاتحاد الدولي للاتصالات https://itu.int.
- موسوعة الثقافة، فلسفة الأخلاق في العصر الرقمي: التحديات وإستراتيجيات النجاح الأخلاقية، https://2u.pw/U5ypmq24
- موقع قضايا، قانون رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، 2015 https://qadaya.net/?p=6591.
- أهمية الوعي بالحقوق الرقمية وحماية الخصوصية (2023)، متاح على الرابط التالي: https://nafzh.com/blog//.
- جريدة الجريدة الكويتية، إطلاق مبادرة الكويت لتنمية المهارات الرقمية، تم الاسترجاع في 31 ديسمبر 2024، من https://www.aljarida.com/article/80351.
- وكالة الأنباء الكويتية، الجهاز المركزي لتكنولوجيا المعلومات يطلق مبادرة تطوير المهارات التكنولوجية في القطاع الحكومي، 2021، https://www.kuna.net.kw/=ArticleDetails.aspx?id=2962289
- مبادرة العطاء الرقمي https://attaa.sa/library/view/2108.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	187
المقدمة	189
المبحث الأول: ماهية الحرمات الرقمية وأهميتها	193
المطلب الأول: تعريف الحرمات الرقمية لغة واصطلاحًا وتقنيًا	193
المطلب الثاني: أهمية الحرمات الرقمية في البيئة الرقمية الحديثة	196
المبحث الثاني: ماهية الحرمات الرقمية وأهميتها	200
المطلب الأول: تعريف الحرمات الرقمية لغة واصطلاحًا وتقنيًا	200
المطلب الثاني: أهمية الحرمات الرقمية في البيئة الرقمية الحديثة	204
المطلب الثالث: مقاصد الشريعة المتعلقة بحماية الحرمات الرقمية	206
المبحث الثالث: الحماية القانونية للحرمات الرقمية في الكويت	209
المطلب الأول: دراسة القوانين الكويتية المتعلقة بحماية الحرمات الرقمية	209
المطلب الثاني: الجرائم الرقمية وتأثيرها على الحرمات الرقمية في الكويت	215
المبحث الرابع: التحديات المستقبلية للحرمات الرقمية وطرق علاجها	220
المطلب الأول: التحديات المستقبلية لحماية الحرمات الرقمية	220
المطلب الثاني: الحلول الشرعية لمعالجة التحديات الرقمية	222
المطلب الثالث: الحلول القانونية لتطوير التشريعات الكويتية	223
المطلب الرابع: الحلول التقنية والاجتماعية لتعزيز الحماية الرقمية	224
الخاتمة	227
قائمة المصادر والمراجع	229

تأثير خطر تغيُّر المناخ على تنفيذ العقود طويلة الأجل(*)

د. نوفل بن أحمد

أستاذ القانون الخاص المشارك

كلية الشريعة والأنظمة – جامعة الطائف

المملكة العربية السعودية

nbenahmed.tun@gmail.com

*

* أستاذ محاضر للتعليم العالي في القانون الخاص بجامعة تونس.
* رئيس قسم القانون الخاص بالمعهد العالي للدراسات القانونية بقابس، سابقًا.
* رئيس الجمعية التونسية لقانون الإعلامية والإنترنت.
* الاختصاص، قانون خاص وعلوم الإجرام، قانون مدني.

المؤهلات العلمية:

- حاصل على شهادة التأهيل الجامعي (2013).
- حاصل على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بملاحظة مشرف جدًا (2009).
- حاصل على شهادة الدراسات المعمقة في شعبة العقود والاستثمارات (1999).
- حاصل على الأستاذية في العلوم القضائية (1996).
- حاصل على البكالوريا من المعهد الصادقي (1993).

أهم الأعمال المنشورة أو التي في طور الإنجاز:

الأبحاث:

- Le contrat; instrument soumis aux mutations de la société: article publié dans la Revue tunisienne de droit 2024.
- Le smart contract ; l'ambiguïté de l'un des produits de l'intelligence artificielle: article à paraitre dans UAEU Law Journal .
- دور الذكاء الاصطناعي في إقامة العدالة في المحاكم؛ هل أصبح بالإمكان اليوم قبول الفكرة وتعميمها؟ (التركيز على نماذج الصين والولايات الأمريكية وإستونيا)، مقال سيُنشَر

الملخص

يُعدُّ تغيُّر المناخ خطرًا طبيعيًّا متطرفًا تعرض له كوكب الأرض، وقد تجسَّد هذا الخطر في اضطراب غير مسبوق في الأحوال الجوية ودرجات الحرارة، صاحبه ارتفاع غير عادي في مستوى البحار، وارتفاع وتيرة الكوارث المناخية، مثل الزلازل والأعاصير. وقد اعتمد هذا البحث أسلوبًا وصفيًّا تحليليًّا مقارنًا لدراسة هذه الظاهرة من زاوية تأثيرها على تنفيذ العقود طويلة المدى؛ فالعديد من العقود المبرمة في القطاع الزراعي، مثل تصدير المنتجات الفلاحية وتوريدها، أو في قطاع البناء، أو في مجال النقل، يتأخر تنفيذها أو يتوقف بسبب هذه الظاهرة، وما ينجم عنها من تبعات. وتكمن أهمية البحث أساسًا في التركيزٍ على الحلول التي يجب على القاضي أو المحكم إيجادها لمجابهة هذه المشكلة.

ويرتبط هذا الأخير بأسباب غير مألوفة، ولكن لا مناص من رفع تحدي الوصول إلى الحلول الملائمة لها، مع الحفاظ على العدالة والتوازن التعاقدي، واحترام مقتضيات البعد الموضوعي للعقد؛ ففي هذا السياق يجد القاضي نفسه ملزمًا بحل الإشكالية التالية: كيف يمكن له أن يضمن – في آنٍ واحد – العدالة والتوازن التعاقدي في مواجهة وضع جديد وخطر ومربك، باستخدام الوسائل القانونية التقليدية

(*) تاريخ تقديم البحث: 16 فبراير 2025 وتاريخ قبوله: 10 يوليو 2025

المتاحة؟ وللإجابة عنها قُسِّم البحث إلى محورين رئيسين؛ تعرَّض الأول للحلول القانونية المتاحة، سواء في حال استحالة التنفيذ، أو في حال التنفيذ المرهِق بالنسبة للمدين. في حين يتعلّق الثاني بنجاعة تلك الحلول، سواء على مستوى التطبيق القضائي، أو على مستوى إرادة الأطراف المتعاقدة أنفسهم.

وقد خلصت الدراسة إلى أن خطورة وأهمية تأثير تغير المناخ على تنفيذ العقود طويلة المدى يتطلبان اهتمامًا خاصًّا من المشرع، وعدم الاكتفاء بالنصوص العامة، من ذلك وضع التدابير الخاصة المناسبة لحالة الأزمة، والتي تسمح للأطراف المتعاقدة بتقليص الآثار السلبية قدر الإمكان، فضلًا على ضرورة وضع سياسة عامة لمجابهة الظاهرة للحد من مفاعيلها الخطرة، ووضع استراتيجية لإرساء ما يسمى العدالة المناخية. وعلى المستوى الدولي يتّجه تكثيف التعاون بين الدول، مع تأكيد ضرورة تدخل المشرع للتفاعل مع هذا الموضوع بوضع الإطار القانوني الملائم لخصوصيته.

كلمات دالة: التغيُّر المناخي، العقد، المسؤولية التعاقدية، البعد الموضوعي للعقد، القوة القاهرة، نظرية الظروف الطارئة.

في المجلة القانونية التونسية.

- تأثير خطر تغير المناخ على تنفيذ العقود طويلة الأجل، سيُنشَر قريبا في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية (مرفق إفادة نشر من إدارة تحرير المجلة).
- مبدأ الإستوبل ESTOPPEL .. دراسة تأصيلية في القواعد العامة للقانون، منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، دمنهور، جامعة الأزهر.
- التضخم التشريعي: مقال منشور في مجموعة دراسات مهداة لروح الأستاذ محمد بقبق بعنوان: رؤية موضوعية للقانون، منشورات الأطرش، 2021.
- في تحوّل العقد: مقال منشور في المجلة القانونية التونسية، ع2017.
- الحرفاء في المهن الحرة: مقال منشور في المجلة القانونية التونسية، ع2016.
- نسخة الكتب: مقال منشور في مجموعة بحوث وحدة البحث «قانون مدني» بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس في جزئها الثالث، الحامل عنوان «دراسات فقهية في القانون المدني الحديث».

الكتب

- وسائل الإثبات في النظام السعودي والأنظمة القانونية المقارنة، في ضوء نظام الإثبات السعودي الجديد ودليله الإجرائي والأنظمة واللوائح التنفيذية المتصلة به، مع الإثراء بأحدث الاجتهادات القضائية والفقهية العربية والأجنبية: كتاب منشور في دار الإجادة للطباعة والنشر والتوزيع.
- مشروع كتاب: تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، النظام القانوني في ظل تحديات الواقع وآفاق الابتكارات العلمية.
- مشروع كتاب: قانون النقل الجوي التونسي والمقارن، في ظل تحديات التحول الاقتصادي والرقمي والمناخي العالمي.

المقدمة

أولًا: موضوع الدراسة

من المؤكد أن كل علاقة إنسانية تتأثر بتغيرات وتطورات بيئتها. ولا يشذّ العقد عن هذه القاعدة؛ حيث من الثابت أن الأطراف المتعاقدة التي تُنشئ تصرفًا قانونيًا ستدخل في علاقة تخضع لتأثيرات التغيرات والتطورات[1]، والتي غالبًا ما لا يتوقعونها مسبقًا.

ويبرم العقد ليستمر في الزمن حتى يتم تحقيق أهدافه بشكل كامل، ولكن هذه الرغبة لا تتحقق دائمًا؛ لأن تنفيذ العقود، خاصة طويلة الأجل، غالبًا ما تعترضه أحداث غير متوقعة وغير منتظرة، مثل تغير المناخ، على سبيل المثال؛ فالعقد هو علاقة إرادية تجسد «اتفاق إرادة الأطراف الهادفة إلى إنشاء التزامات»[2]. وقد عرّفه الفقه على أنه: «اتفاق... يهدف إلى إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء التزامات»[3]. وقد عُرِّف في بعض القوانين المقارنة على أنه عبارة عن تلاقي الإيجاب والقبول لإحداث أثر يرتبه القانون[4]. كما صنَّفته بعض القوانين كمصدر من مصادر الالتزامات[5]. ومن ناحية أخرى، يقدم القانون المدني الفرنسي في المادة (1102)، كما تم تعديلها بواسطة المرسوم الصادر في العام 2016[6]، تعريفًا واضحًا للعقد، ويبدو أنها قد تخلَّصت من الالتباس بين مصطلحي

(1) J. Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, 2ème éd, PUF, Paris, 2013, p.411 et s; J. Carbonnier, flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd, LGDJ, Paris, 2014, p.313 et s; F. Terré, L. Fitoussi, Prolégomènes, in «Pour une réforme du droit des contrats», ouvrage collectif sous la direction de F.Terré, Dalloz, Paris, 2009, p. 38 et s.

(2) J. Carbonnier, Droit civil, 4/ Les obligations, PUF, Paris, 1998, p.47.

(3) J. Dechepy-Tellier, J. Guillaume, Le droit des contrats en schémas, 3ème édition ellipses, 2021, p.10; CH. Albiges, Introduction au droit, 7ème édition, Bruylante, Belgique, 2021; PH. Delebecque, F-J, Pansier, Droit des obligations, contrat et quasi-contrat, LexisNexis, Paris, 2013, p.9 ;
محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط2، تونس، 1997، ص39. عبدالقادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2023، ص31.

(4) المادة (31) من القانون المدني الكويتي، جريدة الكويت اليوم، ع67 لسنة 1980.

(5) الفصلين الأول والثاني من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(6) المرسوم 2016 رقم 131، صادر بتاريخ 2016/2/10 المتعلق بتعديل قانون العقد والمنظومة العامة وإثبات الالتزامات، المجلة الرسمية الفرنسية رقم 0035، بتاريخ 2016/2/11:
Voir L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, notamment l'article 1101 selon lequel «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations».
وترجمته: «العقد هو توافق إرادتين أو أكثر بين شخصين أو أكثر يُراد به إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزامات».

العقد والاتفاق[7]. وقد صنف الفقه العقود إلى عقود ذات تنفيذ فوري، وعقود ذات تنفيذ مستمر؛ في الفئة الأولى، يتم التنفيذ عادة بشكل فوري، كما في حالة البيع المرتبط بالدفع الفوري، بينما في الثانية يتم التنفيذ على مدى فترة زمنية، مثل عقد التأمين[8]؛ حيث يمكن أن تكون المدة مُحدَّدة أو غير محددة[9].

وينص مرسوم سنة 2016، المذكور، على هذا التصنيف بشكل صريح في المادة (1111-1) من القانون المدني الفرنسي. والعقد طويل الأجل، كما يدل عليه اسمه، هو عقد ذو تنفيذ مستمر، وقد يكون الأمد طويلًا أو قصيرًا وفق طبيعة موضوع العقد. إنه عقد ذو نطاق واسع وله قيمة اقتصادية كبيرة جدًّا. وعادة ما يتم إبرام هذا النوع من العقود من قِبل شركات ذات حجم اقتصادي كبير، مثل شركات التطوير العقاري، أو شركات صناعة الطائرات. كما أن الهدف الرئيسي من هذا العقد هو تنفيذ أعمال مهمة مثل البناء، أو تصنيع الأشياء، أو إسداء الخدمات، وهو ما يتطلب فترة زمنية قد تمتد عدة سنوات.

كما تجدر الملاحظة، في هذا السياق، أن عامل المدة يشكل أرضًا خصبة لعرقلة هذا العقد بسبب وجود العديد من العقبات الناجمة عن ظهور مشكلات وحوادث غير متوقعة، مثل تهديدات التغيُّر المناخي[10]؛ لتعريف هذا النوع من المخاطر، يمكن الرجوع إلى منظمة عالمية رسمية ومتخصصة، تم إنشاؤها بمبادرة من المنظمة العالمية للأرصاد الجوية[11]، فوفقًا لخبرائها يشمل هذا الخطر «زيادة تركيزات ثاني أكسيد الكربون، وارتفاع متوسط درجات الحرارة العالمية على السطح، وارتفاع مستوى سطح البحر خلال القرن الواحد والعشرين»[12].

ومن المهم أن نتذكر أن مشكلة تغيُّر المناخ ليست جديدة؛ بل تعود إلى فترة الثورة

(7) PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, 2è édition, LexisNexis, France, 2017, n°69, p.63.

(8) F. Feki Ben Amor, La notion du contrat d'assurance, Takaful et classique, Latrach édition, Tunisie, 2023, p.49 et s.

(9) J. Dechepy-Tellier, J. Guillaume, op, cit., p.34; C. Menard, «Imprévision et contrats de longue durée: un économiste à l'écoute du juriste», in études offertes à J. Ghestin, LGDJ, Paris, 2015, p.660 et s.

(10) يجب التذكير بأن الحروب والأزمات الاقتصادية العالمية تتسبب عادة في خلق عراقيل تجابه تنفيذ العقود طويلة المدى.

(11) https://wmo.int/ar. Last accessed: 18/1/2025.

(12) التقرير الثالث لتقييم المنظمة العالمية للأرصاد الجوية:
M. Haddar, «Énergie, changement climatique et développement durable», in Énergie, changement climatique et développement durable le cas des pays magrébins, CPU, Tunisie, 2010, p.6.

الصناعية؛ ففي هذه الفترة، وتحديدًا في العام 1896 «تم تقديم أول وصف للاحتباس الحراري نتيجة تأثير الغازات الدفيئة»[13]. ومنذ ذلك الحين، استمرت هذا الظاهرة الطبيعية الكارثية في التطور والانتشار مع تقدم التكنولوجيا، وتطور أسباب الحضارة الإنسانية. لقد ارتفعت انبعاثات الغازات المسببة للاحتباس الحراري الناتجة عن الأنشطة البشرية «بنسبة 70% بين عامي 1970 و2004. وفي العام 2007 وصلت إلى أعلى مستوى لها منذ 650,000 (ستمائة وخمسين ألف) سنة»[14]. كما أن عواقب هذه الكارثة الطبيعية باتت واضحة جدًا؛ فهي تؤثر على جميع قطاعات الحياة البشرية، بما في ذلك القطاع الاقتصادي. ومن المؤكد أن ظاهرة تغيُّر المناخ تؤدي بدورها إلى تغير مفاجئ وغير متوقع في ظروف تنفيذ العقود المستمرة؛ بما ينتج عنه في الغالب، إما تأخر أو توقف عن التنفيذ، أو إصدار الحكومات أحكامًا قانونية صارمة، لها تأثير مباشر على التنفيذ العادي للعقد، وفي جميع هذه الحالات ستتفاقم قطعًا الأضرار وتكثر النزاعات.

ثانيًا: أهمية الدراسة

باتت التداعيات الاجتماعية والاقتصادية، وأيضًا القانونية، لظاهرة التغير المناخي، والمقصود منها طبعًا ما سمي بـ »الظواهر المناخية المتطرفة« [15]، أمرًا ثابتًا لا ريب فيه. ومن الآثار القانونية عدم تنفيذ أو تأخير تنفيذ الالتزامات التعاقدية في العقود طويلة الأجل، مثل: عقود البناء، أو عقود تبادل وتوريد المنتجات الزراعية بين الدول. وقد أثارت هذه التداعيات اهتمام السلطات العامة لدراسة الظاهرة ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة. وبالإضافة إلى ذلك، تم إعداد كثير من النقاشات والدراسات والبحوث العلمية والفقهية بجدية لفحص أسباب وتأثيرات هذه الظاهرة المزعجة، مع محاولة اكتشاف جميع الحلول الممكنة في مواجهة التحديات والضغوط السياسية والاقتصادية والقانونية[16].

(13) S. Segovia-Kueny, Enjeux du changement climatique, Afnor éditions, Paris, 2009, p.5.

(14) Ibid, p.6.

(15) استُعملت هذه العبارة في العديد من المصادر الرسمية والعلمية، من ذلك – على سبيل المثال – تقرير «التوقعات المناخية ومؤشرات الظواهر المناخية المتطرفة في المنطقة العربية»، المنجز بإشراف منظمة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية. انظر:
https://www.uncclearn.org/wp-content/uploads/library/l11500435.pdf?utm_source=chatgpt.com. Last accessed: 18/1/2025. J. A Horney, The Conversation on Extreme Weather, Johns Hopkins University Press, 2025.

(16) تم إعداد العديد من الأبحاث العلمية والورقات البحثية والكتب والملتقيات لتوجيه الأضواء إلى هذه الظاهرة الطبيعية الخطرة وآثارها الوخيمة على جميع الصعد، ومنها على سبيل الذكر وليس الحصر: عبدالله بن محمد العمري، التغيرات المناخية والاحتباس الحراري، موسوعة العمري في علوم الأرض، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2023، ص7. عبدالله بن محمد العمري، المشاكل البيئية

إن هذا التحدي الأخير الذي يتعلق بمشكلة التأثيرات المربكة لتهديد تغير المناخ على تنفيذ العقود طويلة الأجل، هو بالتأكيد محط اهتمام المختصين في القانون[17]. وفي مواجهة هذا الخطر، يجد المتعاقد الذي عليه احترام قانون العقد[18]، نفسه مضطرًا إلى تأجيل أو وقف التنفيذ بسبب حدث خارجي غير متوقع وعام، فكيف يمكن إذن تأكيد مسؤوليته في هذه الحالة؟ إن القوة الإلزامية للعقد تتوازن مع الالتزام بالتنفيذ بحسن نية واحترام توابع العقد، بما في ذلك القانون والعرف والإنصاف[19].

وحلولها، موسوعة العمري في علوم الأرض، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2023، ص188. صلاب سيد علي وحليمة فوغالي، دور الكيانات عبر الوطنية في حماية البيئة .. الاتحاد الأوروبي نموذجًا، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، ع1، 2017، ص479. المؤتمر الدولي حول التغيرات المناخية والأخطار الطبيعية بالعالم العربي .. رهانات وآفاق، المركز الديموقراطي العربي، برلين، 2021.

Marek Nevitt, The legal crisis within the climate crisis, Stanford Law Review, 2024, p.1051; Khushboo Garg, George G. Tumanishvili, Legal aspects and implications of climate change, International Journal of Law: "Law And World", 2021; Chang-Gil Kim, The Impact of Climate Change on the Agricultural Sector: Implications of the Agro-Industry for Low Carbon, Green Growth Strategy and Roadmap for the East Asian Region, Low carbon green growth roadmap for Asia and the pacific, 2012. https://www.unescap.org/sites/default/files/5. Last accessed: 18/1/2025.

S. Segovia-Kueny, Enjeux du changement climatique, Afnor éditions, 2009; changements climatiques et défi du droit, actes de la journée d'études du 24 mars 2009, bruylant, Bruxelles, 2010; H Ben Salah, K Ben Messaoud, Droit et environnement: quelles mutations? Colloque, FDSPT, édition Latrach, Tunisie, 2022; Énergie, changement climatique et développement durable, le cas des pays magrébins, CPU, Tunisie, 2010.

(17) يجدر التذكير، في هذا السياق، بتنامي الوعي – إن على المستوى الفردي، أو الحكومي، أو على صعيد مكونات المجتمع المدني – بتفاقم خطر التغير المناخي وآثاره الكارثية، وضرورة اللجوء إلى الحلول المناسبة للحد منها، كالالتجاء إلى التقاضي ضد الحكومات والشركات الكبرى المتسببة في انبعاث الكربون، ومن المهم الإشارة إلى أن دراسة قد توصلت الى إحصاء عدد من القضايا المرفوعة في هذا الاتجاه، وصل إلى 105 دعاوى مسجلة في الولايات المتحدة وأوروبا في الفترة بين 2005 و2021/ انظر:

Misato Sato, Glen Gostlow, Catherine Higham, Joana Setzer, Frank Venmans, Impacts of climate litigation on firm value, nature sustainability, | Volume 7 | November 2024 |, p.1461, According to the authors of the study referenced: "For firms, rising climate litigation risk may exacerbate wider sustainability risks. Here we construct a comprehensive database of filings and decisions relating to 108 climate lawsuits against US- and European-listed firms between 2005 and 2021».

(18) J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, Traité de droit civil, la formation du contrat, Tome 1, Le contrat, Le consentement, Ed Point delta, France, 2014, n°256, p.174.

(19) في خصوص القوة الملزمة للعقد بالتوازي مع مبدأ التنفيذ وفقًا لتوابع العقد، ومنها حسن النية، انظر: المادتين (196) و(197) من القانون المدني الكويتي، والمادتين (242) و(243) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمواد (1103) و(1104) و(1193) من القانون المدني الفرنسي.

وقد واجهت المحاكم، في عدة بلدان، هذه الظاهرة الخطرة التي تعطِّل اقتصاد العقد، وهو ما يعرفه الفقه على أنه جوهر العقد الذي يقوم عليه توازنه واستمراريته[20]؛ مما يترتب عليه زعزعة في بنيته العامة، واختلال في توازنه التعاقدي؛ فإذا كان عدم التنفيذ مُبرَّرًا بـ «سبب صحيح»[21]؛ فلا يمكن تحميل المدين المسؤولية. إن القاضي هو الضامن للعدالة التعاقدية، وفي مواجهة مثل هذه الوضعية الحساسة، يجد نفسه مضطرًا إلى إيجاد حل يحفظ توازن العقد، يأخذ في الاعتبار الوضع الحساس للمدين، من دون تجاهل أو إهمال لمصالح الدائن. وعلى الصعيد العملي يجدر التذكير بأن المحاكم واجهت، في العديد من الدول، مشكلة تأثير التغيرات المناخية، سواء على ظروف عيش الناس وحياتهم اليومية، أو على تنفيذ بعض العقود ذات القيمة التجارية والمالية المهمة.

وقد واجهت العديد من المحاكم هذا الإشكال، من خلال مفهومي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وتطبيقهما وفق ظروف وملابسات كل دعوى. من ذلك القضية التي رفعتها الشركة الأمريكية Mieco LLC ضد شركة Pioneer التي عجزت عن تنفيذ العقد بسبب تغيُّر مناخي متمثل في عاصفة يوري الشتوية النادرة، والتي حكم في شأنها بالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف الأمريكية بتاريخ 16/7/2024[22]. وفي السياق ذاته لا يفوت التذكير بأن المحاكم بدأت في إقرار مسؤولية المؤسسات الاقتصادية الكبرى المُلوِّثة عن الأضرار البيئية الثابتة. ومن السوابق القضائية في هذا الخصوص القضية الشهيرة التي رفعها المزارع البيروفي ضد شركة الطاقة الألمانية RWE، والتي حكمت فيها محكمة أيسن الألمانية بتاريخ 15/12/2016[23].

ثالثًا: أهداف الدراسة

يكمن الهدف من الدراسة، في محاولة توجيه الأضواء، إلى مسألتين أساسيتين، هما:

(20) É. Fokou, La notion d'économie du contrat en droit français et québécois, Revue générale de droit, Université d'Ottawa, Vol.46, no.2, (2016), p.344 ; M-F Magnan, Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, PUF, Paris, 2016, p.126

(21) انظر: على سبيل المثال المادة (268) من مجلة الالتزامات والعقود.

(22) انظر: مرجع القرار القضائي في الموقع التالي:
https://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/23/23-10575-CV0.pdf. Last accessed: 18/1/2025.

(23) انظر: مرجع القرار القضائي Saúl Luciano Lliuya v. RWE AG في الموقع التالي:
https://amnesty-klimakrise.de/en/2025/03/unique-climate-lawsuit-before-the-higher-regional-court-in-hamm-saul-luciano-lliuya-demands-corporate-liability-of-coal-company-rwe-for-climate-risks. Last accessed : 18/1/2025.

1- التعريف بخطورة ظاهرة تغير المناخ والجهود الدولية لمكافحتها

لم يعد من الخفي اليوم أن ظاهرة التغيُّر المناخي باتت من التحديات البيئية الخطرة التي تمثل تهديدًا واضحًا لأمن واستقرار المجتمعات. وقد حظيت تلك الظاهرة بعناية دولية واسعة تجسدت في العديد من التحركات والاتفاقيات الهادفة إلى كبح جماح تداعياتها المستفحلة. ومن أهم هذه المساعي الدولية، اتفاقية نيويورك في 9 مايو 1992[24]، والتي ركّزت على مشكلات تغيُّر المناخ وآثاره الكارثية على مستوى العالم. وقد عرّفت المادة الأولى من هذه الاتفاقية تغيّر المناخ، مع التركيز على دور الأنشطة البشرية التي تهدد المكونات الطبيعية للغلاف الجوي. كما سلّطت اتفاقية باريس في 12 ديسمبر 2015 الضوء على الخطر ذاته، وأعادت تحديد الأهداف ذاتها، ومن المهم التذكير بأنه تم أخيرًا عقد مؤتمر الأمم المتحدة بشأن تغيرات المناخ، في الفترة من 30 نوفمبر إلى 12 ديسمبر 2023 في دبي؛ مما يعكس استمرار التحديات ذاتها[25]، بما في ذلك مواصلة الجهود الدولية لوقف ارتفاع درجة الحرارة إلى 1.5 درجة مئوية، إلا أنه رفع الآمال والطموحات بشأن تحقيق أهداف أخرى تتعلق بمشكلات عاجلة، مثل مكافحة الوقود الأحفوري[26].

وقد أكّد مؤتمر باكو COP29 المنعقد في 24 نوفمبر 2024 على التوصيات ذاتها مع الاتفاق على رفع التمويل للدول النامية ثلاثة أضعاف لمكافحة تغيّر المناخ، وضرورة التزام تلك الدول على تقديم التقارير في إطار الشفافية التامة[27]. ولا يفوت التذكير بإبرام مجموعة من الاتفاقيات للتجارة الحرة مع مراعاة تحديات التحولات المناخية[28].

(24) انظر: اتفاقية الأمم المتحدة حول تغير المناخ المبرمة في نيويورك، في 1992/5/9، في الموقع التالي:
https: //unfcc.Int. Last accessed: 18/1/2025.

(25) انظر: المادة (2) من اتفاقية باريس المؤرخة في 2015/12/12 حول تغير المناخ في الموقع التالي:
https: //unfcc.Int. Last accessed: 18/1/2025.

(26) للحصول على معلومات أكثر عن هذا المؤتمر، راجع الموقع التالي:
https: //unfcc.Int. Last accessed: 18/1/2025.

(27) يُراجَع مؤتمر الأمم المتحدة للمناخ COP 29 على الموقع التالي:
https://unfccc.int/ar/news/cop29-un-climate-conference- Last accessed: 18/1/2025.

(28) ومنها على سبيل المثال اتفاقية الاتحاد الأوروبي، ومجموعة ميركوسور بتاريخ 6 ديسمبر 2024، يُراجَع الموقع التالي:
https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercosur/eu-mercosur-agreement/text-agreement. Last accessed: 18/1/2025.
واتفاقية الشراكة الاقتصادية الشاملة بين أستراليا والإمارات (CEPA) بتاريخ 6 نوفمبر 2024، يُراجَع الموقع التالي:
https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/not-yet-in-force/australia-uae-comprehensive-economic-partnership-agreement-cepa. Last accessed : 18/1/2025.

وفي سنة 2024 أصدرت العديد من منظمات الأمم المتحدة تحذيرات من تفاقم خطر ارتفاع غازات الاحتباس الحراري، ومنها المنظمة العالمية للأرصاد الجوية المذكورة أعلاه [29]، ومنظمة اليونسيف[30]، وأيضًا برنامج الأمم المتحدة للبيئة في السنة ذاتها 2024[31].

2 ـ الخطورة البالغة لتأثير تغير المناخ على تنفيذ العقود طويلة المدى والتحديات المنجرة عنه

تظهر التحولات المناخية المتفاقمة حجم المخاطر والتداعيات على هذا الصنف من العقود، خاصة في ظل ضعف التركيز على معالجة هذا المشكل وفقًا لخصوصيته؛ فمن الضروري بيان صعوبة التعاطي معه من ناحيتين، أولًا: من ناحية غياب الإطار القانوني

(29) انظر: التقرير المنشور في 2024/10/28 على الموقع التالي:
https://wmo.int/publication-series/wmo-greenhouse-gas-bulletin-no-20.
Last accessed : 18/1/2025.
وقد ورد ملخص التقرير كما يلي: «ارتفعت مستويات الغازات المسببة للاحتباس الحراري إلى مستوى قياسي جديد في عام 2023؛ ما يعني أن الكوكب سيشهد ارتفاع درجات الحرارة لسنوات عديدة قادمة، وفقًا لنشرة الغازات المسببة للاحتباس الحراري السنوية التي تصدرها المنظمة العالمية للأرصاد الجوية. يتراكم ثاني أكسيد الكربون (CO2) في الغلاف الجوي بشكل أسرع من أي وقت مضى، خلال الوجود البشري؛ حيث يرتفع بنسبة تزيد على 10% في عقدين فقط». انظر: الموقع التالي: https://www.un.org/ar/climatechange/reports.

(30) انظر: التقرير الصادر بتاريخ 2024/6/19 على الموقع التالي:
https://ceh.unicef.org/events-and-resources/knowledge-library/state-global-air-2024.
Last accessed: 18/1/2025.
وقد ورد ملخص التقرير باللغة العربية كما يلي: «ووفق تقرير حالة الهواء العالمي لعام 2024، تسبب تلوث الهواء في 8.1 مليون حالة وفاة على مستوى العالم في عام 2021، ليصبح ثاني أكبر عامل خطر للوفاة. ووُجد أيضًا أن الملوثات مثل الجسيمات الدقيقة الخارجية (PM2.5)، والتي تأتي من حرق الوقود الأحفوري، تسببت في أكثر من 90 في المائة من وفيات تلوث الهواء العالمية، ووجد أنها «المؤشر الأكثر اتساقًا ودقة للنتائج الصحية السيئة في جميع أنحاء العالم». انظر: الموقع التالي
https://www.un.org/ar/climatechange/reports. Last accessed: 18/1/2025.

(31) انظر: التقرير المؤرخ في 2024/10/24 على الموقع التالي:
https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2024. Last accessed: 18/1/2025.
وقد ورد ملخص التقرير باللغة العربية كما يلي:
«مع تكثيف تأثيرات المناخ على مستوى العالم، وجد تقرير فجوة الانبعاثات 2024: لا مزيد من الهواء الساخن... يجب أن تقدم طموحات وإجراءات أقوى بشكل كبير في الجولة التالية من المساهمات المحددة وطنيًّا، وإلا فإن هدف اتفاقية باريس المتمثل في الحد من الانحباس الحراري العالمي إلى 1.5 درجة مئوية سيصبح بعيد المنال في غضون بضع سنوات. هو الإصدار الخامس عشر في سلسلة تجمع العديد من كبار علماء المناخ في العالم للنظر في الاتجاهات المستقبلية في انبعاثات الغازات المسببة للانحباس الحراري العالمي، وتقديم حلول محتملة لتحدي الانحباس الحراري العالمي». انظر: الموقع التالي: https://www.un.org/ar/climatechange/reports. Last accessed: 18/1/2025.

الخاص والملائم، على الرغم من وجود أحكام قانونية وترتيبية ملائمة لوضعيات مشابهة، مثل الجوائح الصحية. وثانيًا: من ناحية القصور في التعاطي القضائي مع المشكل؛ فالقاضي، أو المحكم، سيضطر إلى تطبيق النصوص العامة؛ الأمر الذي يطرح إشكاليات في التكييف الملائم، إلا أن الهدف – في النهاية – هو بيان إمكان التغلب على هذه العقبات، من خلال الحلول المتاحة، والتي يجب أن تتسم بالفاعلية والنجاعة، من خلال الاجتهاد القضائي لفض النزاعات.

رابعًا: إشكالية الدراسة

يعتبر العقد أداة قانونية محورية تشكل المحرك الرئيسي والقلب النابض للاقتصاد. وبظهور وانتشار التغيرات الجديدة، لا سيما التحول البيئي، باتت العقود والمعاملات المالية والاقتصادية عرضة لتأثيرات هذه التحولات والعقبات المستجدة المترتبة عليها. كما أن الأطراف الفاعلة في الأسواق الاقتصادية المختلفة مهددة بتطور هذه الظاهرة المخيفة، وبدأت في التعبير عن إحساسها بالتخوف والقلق بشأن حسن سير أعمالها، والتنفيذ العادي والسلس لالتزاماتها التعاقدية طويلة المدى؛ فعلى سبيل المثال، يعتبر الميدان الزراعي من أبرز الميادين الاقتصادية تأثرًا بمثل هذه التغيرات[32]؛ حيث إن الأعمال والعقود المبرمة في إطاره تصطدم اليوم بتحديات مهمة ناتجة عن التغيرات المناخية غير المألوفة. ومما لا ريب فيه أن جميع الميادين الاقتصادية، من دون استثناء، تشهد تأثرًا متصاعدًا في تنفيذ العقود طويلة الأجل نتيجة الآثار المباشرة لتلك التغيرات.

عند ظهور أزمة الجائحة العالمية المسماة «كوفيد–19»، واجه القضاة، في جميع الأنظمة القانونية، هذا التحدي، ولم يكن من السهل – بالتأكيد – الخروج منه من دون صعوبات. وسواء تعلق الأمر بأزمة صحية عالمية، أو بكارثة طبيعية، مثل تغير المناخ، فإن السؤال المهم الذي يُطرَح على القاضي هو التالي: كيف يمكن له أن يضمن – في آنٍ واحد – العدالة والتوازن التعاقدي في مواجهة وضع جديد وخطر ومربك، باستخدام الوسائل القانونية التقليدية المتاحة؟

خامسًا: منهجية الدراسة ونطاقها

اعتمد الباحث المنهج التحليلي الوصفي النقدي والمنهج المقارن؛ حيث ارتكز هذا

(32) A. Bsais, L. Mokaddem, «L'impact du changement climatique sur l'agriculture et la croissance économique de la Tunisie », in Énergie, changement climatique et développement durable le cas des pays magrébins, CPU, Tunisie, 2010, p.102, pour ces auteurs le changement climatique a « un impact sur les activités agricoles et pratiquement tous les travaux consacrés à cette question font état d'une baisse des rendements en particulier pour les productions des céréales».

التوجه المنهجي على دراسة القواعد القانونية القائمة، والتي في الإمكان تطبيقها على الموضوع، بالإضافة إلى الاجتهادات الفقهية والقضائية، من زاوية تحليلية نقدية؛ سعيًا إلى استنباط الأحكام القانونية الملائمة لمشكلة تأثير معضلة تغير المناخ على تنفيذ العقود طويلة الأمد المفتقرة إلى أحكام خاصة.

كما حاول الباحث توضيح صعوبة التأقلم مع الموجود للوصول إلى المنشود، فلا بد حينئذ من الاستعانة بالتجارب المقارنة، سواء من حيث التشريعات أو الفقه أو فقه القضاء، وهي تجارب تتعلق أساسًا بوضعيات مشابهة تتحد مع موضوع البحث في العلة، فيمكن الاستئناس بها على سبيل القياس.

سادسًا: خطة الدراسة

يظل ضمان التوازن التعاقدي تحديًا كبيرًا يواجه القضاة في كل نزاع ينشأ بين المتعاقدين، فما بالك عندما يتعلق الأمر بحالة غاية في الأهمية، مثل عدم تنفيذ عقد طويل الأجل بسبب مشكلة تغير المناخ؛ فسيضطر القاضي إلى البحث في الحلول القانونية المتاحة (المبحث الأول)، لكن ما يهم، في النهاية، في مثل هذه الحالة الخطرة والاستثنائية، هو نجاعة الحلول القابلة للتطبيق (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحلول القانونية المتاحة

إزاء مجابهة تهديد تغير المناخ، باعتباره ظرفًا بيئيًّا غير معتاد وهائل، يصبح تنفيذ العقود طويلة الأجل عبئًا ثقيلًا للغاية على المدين. ومن المؤكد أن هذا الأخير سيحاول الخروج من هذا المأزق بأقل الأضرار الممكنة. ومع ذلك، يختلف اللجوء إلى الحلول القانونية الممكنة، سواء من الناحية القانونية أو من الناحية القضائية، وفق ما إذا كان المدين في حالة استحالة تنفيذ (المطلب الأول)، أو في حالة تنفيذ مرهق جدًّا بالنسبة إليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحل القانوني في حالة استحالة التنفيذ

من المعتاد أن تواجه العقود طويلة الأجل، خاصة منها ذات الأهمية الاقتصادية الكبرى، صعوبات في تنفيذها؛ ففي حال ظهور تغير المناخ، ككارثة طبيعية، يُمنَع الأطراف المتعاقدة من الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، فتتبادر إلى الذهن – للوهلة الأولى – القوة القاهرة كحل في حال الاستحالة (الفرع الأول)، والتي تؤثر بطبيعة الحال على مسؤولية المدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القوة القاهرة كحل قانوني متاح

إن المدين الذي يتعين عليه تنفيذ عقد طويل الأجل، مثل عقد بناء مبنى، أو عقد دولي لتوريد الطاقة أو النفط أو الغاز، له الحق في الاستناد إلى القوة القاهرة، كحدث زيادة غير محتملة في درجة الحرارة، والتي قد تمنع التنفيذ الطبيعي لالتزاماته. ووفقًا للمادة (1218) من القانون المدني الفرنسي فإن القوة القاهرة هي حدث يفوق السيطرة على المدين، بينما ينص الفصل (283)، من مجلة الالتزامات والعقود، على الكوارث الطبيعية كمثال على القوة القاهرة. كما أن بعض الأنظمة لم تعرّف القوة القاهرة، كالمشرع الكويتي الذي اكتفى بالتعرض – في بعض أحكامه – لاستحالة التنفيذ لوجود سبب أجنبي، من ذلك ما ورد في المواد (214) و(215) و(437)... وغيرها في القانون المدني. وكذا الشأن فيما يتعلق بالمادة (159) من القانون المدني المصري، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في

المادة (273) منه. ومع ذلك، عند الرجوع إلى المواد المذكورة، يمكن بسهولة تحديد ثلاثة شروط للقوة القاهرة، وهي: خارجية السبب، وعدم إمكان التوقع، وعدم إمكان الدفع.

وفيما يتعلق بشرط خارجية السبب، ينص مرسوم سنة 2016، في المادة (1218) من القانون المدني الفرنسي، على أنه لا يمكن الاعتراف بالقوة القاهرة إلا عندما يكون الحدث المدعى به خارج عن «سيطرة المدين». كما ينص الفصل (282) من مجلة الالتزامات والعقود على أنه يجب على المدين إثبات أن عدم التنفيذ أو التأخير ناجم عن سبب ليس ناتجًا عن أفعاله[33]، أي يجب عليه إثبات أنه لم يتسبب في هذا القصور، وأن الحدث المعني ليس مرتبطًا بإرادته[34]، أو فعله، أو نشاطه[35].

وفيما يخص شرط عدم التوقع، تذكر المادة (1218) من القانون المدني الفرنسي هذا الشرط بوضوح، بينما لا ينص عليه الفصل (283) من مجلة الالتزامات والعقود بشكل صريح. ومع ذلك، وسواء في الفقه[36] أو في القضاء[37]، يبدو أن هذا الشرط يعد ضروريًا منطقًا. وإذا كان من الممكن للمدين التوقع بالحدث من دون أن يتخذ التدابير اللازمة للوقاية منه، فإنه من غير المعقول الاعتراف بادعاء القوة القاهرة. وتجدر الملاحظة – في هذا السياق – إلى أن عدم التوقع لا يمكن تقييمه إلا في يوم إبرام العقد[38].

(33) تنص المادة (215) من القانون المدني الكويتي على استحالة التنفيذ الناجم عن سبب أجنبي ليس للمدين يد فيه.

(34) Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, LGDJ, Paris, No. 138, (2018), p.592.

(35) PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, op.cit., No.760, p.687.

(36) محمد الزين، مرجع سابق، ص370.
M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, 1_Contrat et engagement unilatéral, PUF, Paris, 2021, n°993, p.771.

(37) انظر: في فقه القضاء التونسي والفرنسي القرارات التالية:
Voir à titre d'exemple Cass, civ, n°64026, datant du 21/10/2019; Cass, civ, n° 60121 datant du 16/01/2019 sur le site: www. Cassation.tn; Voir pour la jurisprudence française Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 17 février 2021, 19-18.819; Cass, civ, Chambre civile 1, 25 novembre 2020, 19-21.060; Cour d'appel de Paris, RG n° 21/19440, datant du2 juin 2022, voir pour ces arrêts www. légifrance.gouv.Fr; Cour d'appel Colmar, 6e ch., ord., 12 mars 2020, n° 20/01098, voir: https://www.editions-legislatives.f.

(38) عنادل المطر، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة على العقود الملزمة للجانبين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س9، ع2، ع ت34، شوال – ذو القعدة 1442هـ، ص104.
M. Fabre-Magnan, op.cit., No.992, p.769; J-F. Germain, Y. Innane, J-Van Zuylen, «La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles», in La force majeure, Etat des lieux, ouvrages collectif, Anthemis, Belgique, 2013, p. 19.

وعلاوة على ذلك، من المهم الإشارة إلى أن الفقه منقسم بشأن نطاق تطبيق هذا الشرط[39]. فبعض الكتاب يرون أنه يجب أن يكون مطلقًا (أي بالنسبة إلى الجميع)[40]. بينما يرى آخرون العكس، مؤكدين على طبيعته النسبية؛ بحيث سيكون من الأنسب تقييم الوضع بالنسبة إلى كل مدين على حدة[41]. ومع ذلك، يبقى هذا الشرط، وعلى الرغم من ضرورته، غير كافٍ، ويجب أن يُكمل بشرط عدم القدرة على الدفع.

يظهر هذا الشرط بشكل صريح في كل من المادتين (1218) و(283) المذكورتين أعلاه، لكن هذا الأخير يقدم مثالًا للكوارث الطبيعية، ويضع معيارين لتقييم الحدث المعني بالأمر؛ الأول: سلبي ويتعلق بعدم قدرة البشر – بشكل عام – على منع حصول الحدث. والثاني: إيجابي ويتعلق بالمدين الذي يجب أن يثبت أنه بذل كل الجهود الممكنة «لمنع حدوثه»[42]. من المهم أن نلاحظ أن تقييم هذا الشرط يتم، بخلاف الشرط السابق، في يوم التنفيذ، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون مطلقًا[43].

وعمومًا، فإن خصوصية تطبيق شروط القوة القاهرة، في حال تغير المناخ، ترتبط بخصوصية هذا الحادث البيئي؛ فتغير المناخ يُصنَّف ككارثة استثنائية وخطرة[44]. وإذا كان المشرع في مجلة الالتزامات والعقود يصف بعض الأحداث، مثل الفيضانات، بأنها تشكل حالة من حالات القوة القاهرة، فما بالك بحالة تغير المناخ، مثل: ظاهرة الاحتباس الحراري، أو ارتفاع مستوى البحار المتوسط «الذي يمثل تحديًا كبيرًا»[45]. ومن الضروري التأكيد، في هذا السياق، أن الخصوصية المذكورة تتجسد أساسًا من خلال إعمال شرط عدم التوقع؛ فمن المُسلَّم به أن العلماء والخبراء فطِنوا إلى معضلة التغير المناخي المترتب على السلوك الخطأ للإنسان، وقدموا تداعياته، مثل: الجفاف الشديد وغير المسبوق، والذوبان غير الطبيعي للجليد في القطبين، وظاهرة التسونامي[46]... وغيرها.

(39) محمد الزين، مرجع سابق، ص373.

(40) PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, op., cit., No.758, p.686.

(41) محمد الزين، مرجع سابق، ص373.

(42) كمال نقرة، انعكاس جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، ع30، 2021، ص22 و23.

(43) محمد الزين، مرجع سابق، ص372.

(44) M. Haddar, «Énergie, changement climatique et développement durable», in Énergie, changement climatique et développement durable le cas des pays magrébins, CPU, 2010, p.5.

(45) Idem, p.11; S. Segovia-Kueny, Enjeux du changement climatique, Afnor éditions, 2009, p.12 et s; رضا محمد هلال، مخاطر التغيرات المناخية على الأمن الوطني وسياسات مواجهتها في الخبرة الآسيوية، المجلة الدولية للسياسات العامة في مصر، مج3، ع4، أكتوبر 2024.

(46) يؤكد الخبراء أن تسونامي تعد ظاهرة جيولوجية بحرية طبيعية إلا أنها تفاقمت واشتدت حدتها من

كما تنبأوا بمزيد من الآثار، وحاولوا تحديد مدد لحصولها، على الرغم من نسبيتها وعدم دقتها، إلا أن المشكلة تكمن في أن هذه التنبؤات تظل عامة تتعلق بالظاهرة في حد ذاتها، ولا تتعلق بزمان ومكان حصول الكارثة. فيصعب حينئذ على الفرد أو المتعاقد أن يتنبأ أين ومتى يحصل تسونامي، أو عاصفة شديدة، أو غير مسبوقة، ودرجة قوتها ووقت توقفها. فمازال العلم اليوم محدودًا في ضبط كل هذه الأمور بالدقة المطلوبة حتى باستعمال التقنيات العلمية المعتمدة حاليًا؛ الأمر الذي أكده العديد من الخبراء[47].

غير أن الذكاء الاصطناعي، الذي لايزال اليوم في بداياته ضمن مجال التنبؤ بالكوارث المناخية المتطرفة، بدت نتائجه الحالية متواضعة نسبيًّا، لكن الخبراء يؤكدون أنه سيتطور في المستقبل، وسيؤثر بصفة إيجابية على عمليات التنبؤ، بجعلها أكثر وضوحًا ودقة، وسيمكن الأطراف المتعاقدة من الاستفادة منها بشكل استباقي وفعّال في السيطرة أكثر على التهديدات، واعتماد الخيارات الملائمة[48]. على أنه، وفي كل الأحوال، يؤدي تطبيق كل هذه الشروط المذكورة أعلاه إلى الاعتراف بآثار القوة القاهرة.

جراء التغير المناخي، انظر: على سبيل المثال:

R. Frost, Climate change triggered a mega-tsunami that caused the Earth to vibrate for nine days, Euro news, Published on 13/09/2024.

انظر: في الاتجاه ذاته:

E. Costas Synolakis, Gerard Fryer, Tsunami: The Underrated Hazard, Eos Transactions American Geophysical Union, vol.82, No.48, January 2001, p.580.

(47) أكد الخبير مكاييل ريمر صعوبة ومحدودية التنبؤات المناخية في الوقت الحالي، كما يؤكد أنه لاتزال هناك صعوبة في إنجاز تنبؤات موثوقة، انظر:

M. Riemer, The limits of weather forecasting: How far into the future can we look?, 5 February 2024, Source(s): Johannes Gutenberg Universität Mainz: https://www.preventionweb.net/news/limits-weather-forecasting-how-far-future-can-we-look; S. Materia, Lluís Palma García, Chiem van Straaten, Sungmin O, Antonios Mamalakis، Leone Cavicchia, Dim Coumou, Paolo De Luca, Marlene Kretschmer, Markus G. Donat, Artificial Intelligence for Prediction of Climate Extremes: State of the Art, Challenges, and Future Perspectives, WIREs Climate Change, 2024, p.16, https://arxiv.org/pdf/2310.01944: «Due to the inherent complexity and chaoticity of the climate system, the relationship between predictors and predictands is intrinsically probabilistic; there is no one-to-one correspondence between the two. Thus, climate predictions of extreme events are subject to significant uncertainties«, in arabic:

«بسبب التعقيد المتأصل والطبيعة الفوضوية لنظام المناخ، فإن العلاقة بين المتغيرات المستقلة (المتنبئات) والمتغيرات التابعة (المتنبأ بها) هي علاقة احتمالية بطبيعتها؛ أي أنه لا توجد علاقة واحد لواحد بينهما. وبالتالي، فإن التنبؤات المناخية بالأحداث المتطرفة تكون عرضة لقدر كبير من عدم اليقين«.

(48) S. Materia, Lluís Palma García, Chiem van Straaten, Sungmin O, Antonios Mamalakis, Leone Cavicchia, Dim Coumou, Paolo de Luca, Marlene Kretschmer, Markus Donat, Artificial intelligence for climate prediction of extremes: State of the art, challenges, and future perspectives, art, prec., p.18.

الفرع الثاني

آثار القوة القاهرة

بالتمعن في مجمل النصوص المُنظِّمة للقوة القاهرة المذكورة أعلاه، يتبين أن الاعتراف بالقوة القاهرة له أثر معفى للمدين. وهذا يعني أن المدين لا يتحمل أي مسؤولية بموجب القاعدة القائلة «لا يُلزم أحد بمستحيل»[49]. تفترض القوة القاهرة غياب الخطأ من جانب المدين؛ ففي هذه الحالة يتم إعفاؤه من المسؤولية، إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف؛ حيث إن قواعد القوة القاهرة هي قواعد مكملة[50].

إلا أن القوة القاهرة لها أيضًا تأثير على العقد ذاته؛ حيث يكون لها تأثير مباشر على مصيره. وفي بعض القضايا المتعلقة بتأثير الكوارث المناخية غير المعتادة على تنفيذ العقود طويلة المدى أيدت هيئات التحكيم، أو المحاكم، هذا المنحى، باعتبار مثل هذه الكوارث قوة قاهرة تخرج عن السيطرة، ولا يمكن توقعها [51]. وفي هذا السياق يجدر التذكير بأن

(49) M. Fabre-Magnan, op, cit., No.995, p.774.

(50) J-F. Germain, Y. Innane, J-Van Zuylen, art., préc., p.51.

(51) فيما يتعلق بتطبيق القوة القاهرة على حالة من حالات التغير المناخي، وهي الفيضان الكبير غير المسبوق، انظر المثال التالي:
القرار الصادر عن محكمة استئناف تكساس بالولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 2024/7/16، في قضية Mieco LLC v. Pioneer
انظر:
https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca5/23-10575/23-10575-2024-07-16.pdf?ts=1721151043. Last accessed : 18/1/2025.
وقضية Chevron Natural Gas ضد LNG Americas، Inc. رقم الدعوى 21–H–2226، بتاريخ 12 ابريل 2023 نظرتها المحكمة الفدرالية للمنطقة الجنوبية من تكساس (هيوستن) في 12 أبريل 2023، وتعرضت فيها لمسألة تفسير بنود القوة القاهرة في عقود NAESB خلال عاصفة الشتاء «يوري»، في فبراير 2021، انظر:
https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txsdce/4:2021cv02226/1835747/48/ Last accessed : 18/1/2025.
وقد علق بعض الخبراء المختصين في قضايا البيئة على هذا القرار، معتبرًا أن القوة القاهرة تبقى نقطة جوهرية في مثل هذه القضايا، غير أن الحل يكمن في بند القوة القاهرة المدرج في العقد، والذي تجب صياغته بدقة شديدة، انظر:
C. R. Enochs, Kunle Uthman, Texas Courts Grapple with Winter Storm Uri Force Majeure Claims UnderNAESB Contracts, Client Alerts, Reed Smith LLP, see: https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2023/05/texas-courts-grapple-winter-storm-uri-majeure-claims-naesb. Last accessed : 18/1/2025.
»تشمل القوة القاهرة ... الأحداث الجوية التي تؤثر على منطقة جغرافية كاملة، مثل انخفاض درجات الحرارة الذي يؤدي إلى تجمّد، أو تعطل، الآبار أو خطوط الأنابيب«....

المحاكم اليابانية التي عرضت عليها عدة نزاعات ناجمة عن كارثة تسونامي المدمرة مالت إلى اعتبارها من قبيل القوة القاهرة التي لا يمكن توقعها. ويذكر أنها أعفت مجموعة من المسؤولين من تحمل المسؤولية الجزائية على أساس هذا التكييف للواقعة[52].

وقد نص المرسوم الصادر سنة 2016، سالف الذكر، على هذا التأثير بشكل صريح[53]. وما تمكن ملاحظته، بالتمعن في المادة (1218) من القانون المدني الفرنسي، هو أن الاستحالة في التنفيذ قد تكون إما مؤقتة وإما نهائية. في حالة الاستحالة المؤقتة، لا يمكن إعفاء المدين من التزاماته التعاقدية إذا تبين أن سبب العائق مؤقت، بل يجب تعليق الالتزام مؤقتًا، ويجب على الأطراف المتعاقدين استئناف تنفيذ التزاماتهم بمجرد «زوال الاستحالة»[54] . ولعله في الإمكان تبرير حل التعليق بحقيقة أن تنفيذ العقد، حتى إن تأخر، لايزال مفيدًا للدائن[55].

على أنه إذا تعلق الأمر بحدث بيئي غير طبيعي وخطر، مثل الاحتباس الحراري الشديد، يصبح تنفيذ العقود، لا سيما العقود طويلة الأجل، مثل عقود تشييد العقارات أو البناء البحري، غير ممكن من الناحية المبدئية؛ لأن هذا الحدث يؤدي عمومًا إلى اضطراب بعض الخدمات العامة، مثل الكهرباء. ومن جهة أخرى، قد تطلب السلطات العامة إغلاق الشركات العامة والخاصة، بناءً على تدهور الوضع وتفاقم تبعاته. ويذكرنا هذا بما حدث مع ظهور الكارثة الصحية المعروفة بـ «كوفيد–19»[56]. ويرى بعض شراح القانون أنه، حتى في الظروف الخطرة والاستثنائية، يجب ألا يختفي العقد الذي لايزال تنفيذه ممكنًا؛

(52) انظر: على سبيل المثال القرار الشهير في اليابان والمتعلق بشركة طوكيو إلكتريك باور القابضة (TEPCO)، والصادر عن المحكمة العليا في اليابان بتاريخ 6 مارس 2025، بخصوص مسؤولي المؤسسة المتهمين بالتقصير في اتخاذ التدابير اللازمة لتفادي الكارثة النووية الناتجة عن تسونامي، برغم تحذيرات سابقة بحصوله، وقد برأتهم المحكمة على أساس أنه لا يمكن توقع الكارثة بالحجم الذي وصلت إليه، لمزيد من التفاصيل عن القرار، انظر:
https://apnews.com/article/japan-fukushima-nuclear-ruling-criminal. Last accessed: 18/1/2025.

(53) Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, op.cit., pp.594-595.

(54) Ibidem; J-F. Germain, Y. Innane, J-Van Zuylen, art., préc., p.53.

(55) انظر: في فقه القضاء الفرنسي القرار الصادر عن محكمة النقض التالي:
Cass. 3° civ. 22 fév. 2006: D. 2978 et note S. Beaugendre; RTD civ., 2006, p. 764, obs, J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006, p. 1087, obs, Y-M, Laithier, cette jurisprudence est citée par PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, op.cit., p.690, note n° 898.

(56) كمال نقرة، مرجع سابق، ص29. محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، جائحة كورونا وتنفيذ الالتزامات، مجلة الأحداث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة المنار، تونس، ع30، 2021، ص40.

فمن الأفضل تعليق تنفيذه في انتظار استئناف تنفيذه فورًا، كلما سنحت الفرصة، وكان ذلك ممكنًا[57].

وفي حالة الاستحالة النهائية، فإن القوة القاهرة لها تأثير لا رجعة فيه على مصير العقد؛ حيث يفقد العقد معناه ووجوده، وبالتالي يجب أن يختفي[58]. إن المواد التي تنظم القوة القاهرة في مجلة الالتزامات والعقود لا تتناول مصير العقد في هذه الحالة. وعلى العكس، تعرضت بعض القوانين المقارنة لهذا المصير، من ذلك – على سبيل المثال – ما ورد في مرسوم 2016 في المادة (1218) من القانون المدني، من أن العقد ينفسخ بحكم القانون؛ إذا تم التأكد من حدوث استحالة نهائية. وفي هذه الحالة يعفى المدين، وفقًا للمادة (1351) من المجلة ذاتها، من المسؤولية «ما لم يكن هناك اتفاق على أن يتحملها، أو تم توجيه إنذار إليه». وأيضًا وفقًا لما ورد في المادتين (273) و(531) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

ومن ناحية أخرى، يمكن إيجاد حل في أحد فصول مجلة الالتزامات والعقود، والذي ورد تحت عنوان «في عدم إمكان الوفاء بالعقد»؛ إذ ينص الفصل (345)، من هذه المجلة، على حالة الاستحالة التامة في تنفيذ الالتزام[59]، شريطة ألا ترجع هذه الاستحالة إلى خطأ من المدين، وقبل أن يكون في حالة مماطلة. وفي هذه الحالة ينقضي العقد بحكم القانون. ويعتبر هذا الأثر مختلفًا عن فسخ العقد أو بطلانه؛ إذ يؤدي إلى إنهاء مفعول العقد المعني قبل أوانه، نتيجة تأكد وجود حالة من القوة القاهرة[60]. وفي هذه الحالة يمكن تطبيق جزاء الانفساخ الذي تعرضت له المادة (1218) من القانون المدني الفرنسي، بعد تعديل مرسوم 2016، والذي «يؤدي إلى اختفاء العقد بصفة آلية»[61].

كما أن الاستحالة في التنفيذ، الناتجة عن حالة قوة قاهرة، قد لا تصيب العقد برمّته، بل قد تنحصر في جزء منه فقط. ويبدو أن الفصل (346)، من المجلة ذاتها المذكورة أعلاه، يقدم حلًا لمصلحة الدائن؛ فقد أورد أن العقد ينقضي فقط بالنسبة إلى الجزء المشوب

(57) المرجع السابق؛ وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية الموقف ذاته في القرار التالي:
Cass. 1re civ, 24/02/1981, n°97-12710 : bull. civ, I, n°65, cité par Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, op.cit., p.595.

(58) PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, op., cit., n°764, p.690; J-F. Germain, Y. Innane, J-Van Zuylen, art., préc., p.52.

(59) كمال نقرة، مرجع سابق، ص28.

(60) المرجع السابق.

(61) Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, op., cit., p. 595; M. Fabre-Magnan, op.cit., n°997, p.775.

باستحالة التنفيذ؛ مع إعطاء الدائن خيارًا بين قبول التنفيذ الجزئي أو طلب الفسخ الكلي للعقد. وقد لا يؤثر خطر تغير المناخ على تنفيذ العقد إلا جزئيًّا. وفي هذه الحالة، ووفقًا ل الفصل المذكور ذاته، تكون إرادة الدائن هي السائدة؛ فيمكن لهذا الأخير أن يطلب الفسخ، حتى في حال تعبير المدين عن رغبته في تنفيذ الجزء المتبقي، أو مبادرته إلى عرض حلول بديلة من شأنها الحفاظ على العقد وإنقاذه من الزوال[62].

وإذا كانت القوة القاهرة لاتزال تقدم حلًّا تقليديًّا في حالة استحالة التنفيذ، برغم عيوبها ونواقصها، فإنه يبقى من المشروع التساؤل عن الحالة التي لا تصل حد الاستحالة، ولكن يكون التنفيذ فيها مرهقًا جدًّا للمدين، فكيف يمكن للقانون، حينئذ، أن يتفاعل مع مثل هذه الحالات التي لا تنطبق عليها الشروط الصارمة للقوة القاهرة، ولكن يبقى المدين فيها متضررًا أيما ضرر، بمجابهته ضائقة غير معتادة؛ الأمر الذي يهدد عدالة وتوازن العلاقة التعاقدية؟

المطلب الثاني

الحل القانوني في حال التنفيذ شديد الإرهاق بالنسبة إلى المدين

إذا ما أعاق حدث جسيم، مثل ظهور تغير المناخ غير العادي وغير المتوقع، تنفيذ عقد طويل الأجل، من دون أن يجعله مستحيلًا، فقد يجد المدين، الراغب في تجنب صرامة شروط القوة القاهرة، بديلًا قابلًا للتطبيق في نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول)، ويمكنه حينئذ الاستفادة من آثارها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نظرية الظروف الطارئة: بديل قابل للتطبيق

يجدر التذكير – منذ البداية – بأن قانوننا الوضعي يظل محكومًا بمبدأ القوة الملزمة للعقد[63]؛ حيث يُعدّ هذا الأخير بمنزلة قانون بين أطرافه، وبالتالي يبقى دور القاضي محدودًا، ولا يمكنه التدخل إلا في نطاق ضيق، موجه من قبل القانون وفقًا لمعايير مثل

(62) كمال نقرة، مرجع سابق، ص29. محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، مرجع سابق، ص41.

(63) انظر: على سبيل المثال المادة (1103) من القانون المدني الفرنسي، والفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود، والمادة (196) من القانون المدني الكويتي، والمادتين (94) و(95) من نظام المعاملات المدنية السعودي.

السبب، وحسن النية، وتوابع العقد[64]. إلا أن التغيرات المتسارعة وغير المسبوقة، سواء على الصعيد الاقتصادي أو البيئي، تفرض إعادة النظر في مدى كفاية هذه الضوابط التقليدية؛ فعندما يصبح من غير الممكن تنفيذ العقد بسبب تغيرات خارجية المأتى، وغير متوقعة – مثل جوائح صحية، أو تغيرات مناخية شديدة – يصبح عندئذ من المشروع التساؤل عما إذا كان القاضي قادرًا على التدخل بناءً على نظرية الظروف الطارئة، إذا تعذر عليه التدخل استنادًا إلى نظرية القوة القاهرة بسبب استحالة التنفيذ؟

تفترض نظرية الظروف الطارئة، لا سيما في العقود طويلة الأجل، وجود اختلال ملحوظ في الالتزامات المتبادلة، نتيجة تغيير غير متوقع في الظروف الاقتصادية؛ مما يجعل تنفيذ العقد غير مستحيل، ولكنه مكلف ومرهق بشكل غير عادي، بالنسبة إلى أحد أطراف العلاقة التعاقدية[65]؛ فكلما حصلت ظروف اقتصادية غير عادية وصعبة، مقارنة بما كان متوقعًا، واتُفق عليه عند إبرام العقد، يصبح من غير العادل تحميل الطرف المتضرر التزامات إضافية وغير محتملة[66]. وسيكون اللجوء إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة مبرَّرًا بظهور هذا الاختلال الذي يهدد – بشكل كبير – اقتصاد العقد طويل الأجل؛ فاختلال التوازن الذي تسببت فيه أحداث اقتصادية وسياسية واجتماعية، يؤدي إلى إحداث اختلال في العلاقات التعاقدية[67].

ولعله من الوجيه الإشارة، في هذا السياق، إلى أن المواجهات العسكرية مثل الحرب في أوكرانيا، أو الحروب في الشرق الأوسط، والهجمات ضد السفن في البحر الأحمر... وغيرها، تعد أمثلة صارخة على حالة الارتباك والتوتر في العلاقات الدولية؛ فقد أضحت

(64) انظر: على سبيل المثال الفصلين (67 و243) من مجلة الالتزامات والعقود، والمادتين (176) و(195) من القانون المدني الكويتي، والمادة (1194) من القانون المدني الفرنسي. وفيما يتعلق بالسبب يجدر التذكير بأن تعديل المجلة بموجب مرسوم 2016 قد ألغاه من بين شروط صحة العقد ضمن أحكام المادة (1128) من المجلة. على أنه من الممكن القول بأن السبب لايزال موجودًا، بصفة ضمنية، ويكفي التمعن في أحكام المادتين (1162) و(1169) من المجلة المنقحة بموجب مرسوم 2016 المذكور أعلاه، حتى نفهم هذا التوجه التشريعي.

(65) M. Fabre-Magnan, op, cit., n°781, p.620; Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, op.cit., n°154.

(66) اعتبرت محكمة التمييز الكويتية أن شرط الإرهاق لا بد من أن يُقدَر على أساس موضوعي، وليس على أساس الظروف المتعلقة بالمدين، انظر: الطعون عدد 203 و2010 و332 و356 لسنة 2012 تجاري، جلسة 2015/10/27. راجع الموقع التالي:
https://www.moj.gov.kw/AR/Documents/MojDocs2/law99. Last accessed: 18/1/2025.

(67) خميس صالح المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد: دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أطروحة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص72.

العوائق التي تعترض تنفيذ العديد من العقود لا سيما في ميادين استيراد وتصدير المواد الخام والمنتجات الزراعية مثل الحبوب، أكثر تعقيدًا بسبب هذه الاضطرابات السياسية والعسكرية. ويحذِّر الخبراء الاقتصاديون اليوم من احتمال نشوب أزمة اقتصادية عالمية غير مسبوقة نتيجة هذه الاضطرابات الكارثية.

ولا يمكن إغفال أن التغيرات المناخية والانقلابات البيئية المتسارعة تُفاقم من حدة هذه التهديدات؛ مما يزيد من تأزم المشهد العالمي؛ ما يجعل التدخل القضائي مبرَّرًا، بل وضروريًا لإعادة بناء العدالة والتوازن، والمساهمة في الإبقاء على العلاقة التعاقدية، وتعزيز قدرة الأطراف على تنفيذ الالتزامات بالقدر المتاح والمعقول. وتبقى نظرية الظروف الطارئة من الآليات القانونية المناسبة في توجيه هذا التدخل. ولعله من الوجيه التنبيه إلى أن بعض الأنظمة القانونية لم تتوصل إلى الآن إلى الاعتراف بصفة صريحة بهذه النظرية، التي تسمح بالتدخل القضائي لإعادة توازن العقد بشكل صريح إزاء بعض التغيرات العامة، وانعكاساتها الخطرة على التنفيذ السلس والعادي للالتزامات التعاقدية[68].

على أن احتكام الأطراف، في عقود التجارة الدولية، إلى مبادئ العقود التجارية الدولية UNIDROIT، ورجوع القاضي أو المحكّم إليها، قد يكون مخرجًا لسد ثغرة أو فراغ في النصوص العامة. وقد عرّفت المادة السادسة من هذه المبادئ الظروف الطارئة، متعرضة أيضًا لآثارها وأساس طلب إعادة التفاوض[69].

وفي القانون المقارن؛ الغربي بالذات[70]، لم تحظَ هذه النظرية – في البداية – بقبول جيد، تحت ذريعة الحفاظ على القوة الملزمة للعقد وسلامة المعاملات[71]. كما أن القانون

(68) يمكن أن نذكر، على سبيل المثال، أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية لم تتعرض لهذه النظرية، كما أن فقه القضاء لايزال مترددًا في قبولها إزاء الفراغ التشريعي، برغم وجود بعض الأحكام القانونية المتفرقة التي يمكن تفسيرها كاعتراف ضمني بهذه النظرية، مثل الفصلين 805 و1088 من مجلة الالتزامات والعقود، أو الفصل 276 من مجلة الحقوق العينية، ويمكن إضافة أيضًا الفصلين 814 و815 من مجلة الالتزامات والعقود، انظر: بخصوص هذا التفسير: محمد الزين، مرجع سابق، ص334. محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، مرجع سابق، ص43.

(69) انظر: المادة (6.2.2) والمادة (6.2.3) من النسخة الإنجليزية من مبادئ UNIDROIT للعقود التجارية الدولية (2016)، في الموقع التالي:
https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English- Last accessed: 18/1/2026.

(70) عائشة مفلح أحمد أبو زيد، نظرية الظروف الطارئة، رسالة منشورة في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، كلية الحقوق، الخرطوم، ع13، 2021، ص4282.

(71) S. Mallouli, Le juge et l'équité, RTD 1983, p. 511 et s; PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, op.cit., n°515, p.467; C. Menard, art, préc, p.670.

المدني الفرنسي، وكذا الألماني، لم يعترفا بها في البداية. ومنذ حكم قناة كرابون للعام 1876، لم تغير الاجتهادات القضائية الفرنسية موقفها المعارض لهذه النظرية حتى صدور مرسوم عام 2016 [72]. ولكن أحداثًا مهمة، مثل الحرب العالمية الأولى وأزمة 1929، وضعت كل من المشرعين والقضاة، وأيضًا بعض المبادئ مثل القوة الملزمة للعقد، أمام اختبار وتحدٍّ يجب رفعه لتخطي الانقلاب الخطر في الاقتصاد العالمي.

ففي ذلك الوقت، كانت العديد من العقود ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة تواجه صعوبات مهمة في التنفيذ بسبب التضخم غير المسبوق[73]. وهذا الوضع أجبر القضاة في فرنسا وألمانيا على قبول تطبيق نظرية الظروف الطارئة[74]. وقد تبع هذا الاعتراف القضائي اعتراف من قبل العديد من الأنظمة القانونية، كما هي الحال في القانون المدني الإماراتي[75] والكويتي[76] والمصري[77] والإيطالي[78]. ولقد أدت هذه التطورات إلى

(72) المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي، وفق تعديل مرسوم 2016. وانظر في السياق ذاته:
PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, op.cit., n°515, p.467.

(73) Ibid, n° 514 et s.

(74) تحسين جعفر يحيى الرستم، نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع والفقه والقضاء، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، – قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة الإسلامية في لبنان، 2024، ص636. عائشة مفلح أحمد أبو زيد، مرجع سابق، ص4282.

(75) المادة (249) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وقد جاء فيه: «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن «تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك».

(76) المادة (198) من القانون المدني الكويتي، وقد ورد فيه: «إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين؛ بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله. ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك».

(77) المادة (147) من القانون المدني المصري، وقد نص على ما يلي: «1 – العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، وللأسباب التي يقررها القانون. 2 – ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنافية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعًا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلًا الاتفاق على خلاف ذلك».

(78) المادة (1467) من القانون المدني الإيطالي:

Art. 1467 Codice civile italiano :

«Nei contratti a esecuzione continuata o periodica o differita, se la prestazione di una delle parti è

تكريس صريح لهذه النظرية في فرنسا، من خلال المادة (1195) من القانون المدني المُعدَّل بموجب المرسوم الصادر في 2016.

وقد اعتبر بعض الفقهاء[79] أن إعمال نظرية الظروف الطارئة يستلزم توافر ثلاثة شروط أساسية، يجب أولًا أن يحدث تغير غير متوقع في الظروف. وتعد هذه العبارة عامة؛ حيث يمكن أن تكون الظروف طبيعية أو سياسية أو اقتصادية... وغيرها[80]. ثانيًا، ووفقًا للمادة (1195) المشار إليها، يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقًا بشكل مفرط. وأخيرًا، وتبعًا لهذه المادة الأخيرة، لا تنتج هذه النظرية آثارها إلا عندما «يكون المدين لم يقبل تحمل هذا الخطر».

كما تجدر الإشارة إلى أن الأنظمة القانونية التي لم تكرس إلى الآن هذه النظرية بصفة صريحة، يمكن لقضاتها سد هذه الثغرة باللجوء إلى الأحكام العامة في القانون المدني، خصوصًا المتعلقة بالعقود والالتزامات، ومن ذلك النصوص المتعلقة بنظرية السبب[81]، ونظرية توابع العقد، ومنها العدالة والإنصاف[82]، ومبدأ حسن النية والنزاهة في تنفيذ العقد[83]. وعلى أي حال، فإن استيفاء شروط هذه النظرية سيرتب آثارًا لمصلحة المدين المتعثر.

---

divenuta eccessivamente onerosa per il sopravvenire di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

وترجمته: «في العقود ذات التنفيذ المستمر أو الدوري أو المؤجل، إذا أصبحت التزامات أحد الأطراف مرهقة بشكل مفرط نتيجة لوقوع أحداث استثنائية وغير متوقعة، يجوز للطرف الملتزم بتلك الالتزامات أن يطلب فسخ العقد، مع الآثار المنصوص عليها في المادة (1458). لا يمكن طلب الفسخ إذا كانت الأعباء المرهقة تقع ضمن المخاطر العادية للعقد. يمكن للطرف الذي يُطلب ضده الفسخ أن يتجنب ذلك بعرض تعديل شروط العقد بشكل عاد».

(79) Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, op.cit., n°154.

(80) نور العبدالرزاق، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الإيجار في ظل جائحة كورونا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س9، ع2، ع ت34، شوال – ذو القعدة 1442هـ/ يونيو 2021، ص77.

(81) المرجع السابق ص38. كمال نقرة، مرجع سابق، ص32. محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، مرجع سابق.

(82) وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1997، ص301.

(83) أقر فقه القضاء التونسي هذا الأساس لتبرير العمل بنظرية الظروف الطارئة، على سبيل المثال، القرار التعقيبي المدني، ع68454 بتاريخ 2019/1/22، راجع موقع محكمة التعقيب: https://www.cassation.tn.، آخر زيارة بتاريخ: 2025/1/18.

الفرع الثاني

آثار الإقرار بتطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن المدين الذي يتعين عليه تنفيذ عقد طويل الأمد، مثل عقد بناء السفن أو الطائرات أو توريد وتصدير البترول، ويواجه حدثًا مناخيًا له عواقب وخيمة، ومنها مثلًا الزيادة المفرطة في الأسعار، ستعترضه قطعًا صعوبة كبيرة في الوفاء بالتزاماته[84]، وقد يواجه حتى «الانهيار إذا بقي العقد كما هو من دون تغيير»[85]، وهو مصير خطر جدًا، سواء بالنسبة إلى المدين أو الاقتصاد عمومًا؛ خاصة عندما يتعلق الأمر بمؤسسة اقتصادية نشطة ومنتجة.

وإذا ما توافرت شروط تفعيل نظرية الظروف الطارئة، فإن القاضي المُطالَب بفرض القوة الملزمة للعقد، يمكنه التدخل للتحقق من التوازن التعاقدي، والتأكد من مدى تأثير تغيير الظروف على التنفيذ العادي والمعقول للعقد. وبالتالي سيتعين على القاضي[86] تفعيل دوره لإعادة التوازن الذي اختل بسبب تغيير الظروف الاقتصادية[87].

كما أن التغيير المناخي الخطر والمؤثر يؤدي، غالبًا، إلى اختلال كبير في السوق، وقد يظهر هذا التأثير عادة من خلال زيادة كبيرة في الأسعار، وكذلك ارتفاع مفرط في تكاليف الإنتاج؛ الأمر الذي يضع المدين في وضعية بالغة التعقيد. ولا شك في أن للتغيرات المناخية المتطرّفة تداعيات اقتصادية خطرة، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة؛ ففي القطاع الزراعي، مثلًا، تكمن التداعيات المباشرة عادة في الارتفاع الكبير

(84) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام العقد – العمل غير المشروع – الإثراء بلا سبب – القانون، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، فقرة رقم 415، ص358.

(85) J. Flour, J-l. Aubert, E. Savaux, op.cit., n°417 et s.

(86) أقر فقه القضاء – في العديد من الأنظمة التي تكرس تشريعاتها، بصفة صريحة – أحكام نظرية الظروف الطارئة – دور القاضي المحوري في التأكد من شروط النظرية، والتدخل لتعديل العقد، من ذلك – على سبيل المثال – القرار الصادر عن محكمة النقض بأبوظبي، الطعن رقم 14 لسنة 4131 س1 ق.أ، جلسة 1341/3/14 مدني، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية. محكمة النقض – المكتب الفني – دائرة القضاء – السنة القضائية الثامنة 4131، وقد جاء فيه على وجه الخصوص «من المقرر قضاء أنه وفقا المادة (249) من القانون نفسه يجوز للمحكمة، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك، إلا أن شرط ذلك أن تطرأ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، خميس صالح المنصوري، مرجع سابق، ص80 و81، الهامش 1.

(87) M. Fabre-Magnan, op.cit., n°781, p.620.

في تكلفة الإنتاج بسبب الجفاف الحاد، والارتفاع غير المسبوق في درجات الحرارة؛ مما يترتب عليه ارتفاع كبير في تكلفة المواد الأولية.

كما أن إضرار الكوارث المناخية، مثل الأعاصير، بالمرافق والمنشآت التحتية، يؤدي قطعًا إلى تكبُّد مصاريف إصلاح وصيانة إضافية. كما أن تكرار مثل هذه المخاطر سيجبر المؤسسات العاملة في القطاعين الصناعي والزراعي على تحمّل الزيادة في بعض الأعباء والمصاريف، ومنها – على سبيل المثال – التأمين ضد مثل هذه الكوارث. أما التداعيات غير المباشرة فهي كثيرة، ويذكر منها انقطاع أو تعطُّل سبل الإمداد والتوريد؛ فعلى سبيل المثال إذا تأخر قطاع النقل بسبب ارتفاع غير مسبوق في درجات الحرارة، أو فيضانات كارثية، فإن تنفيذ عقود التوريد سيتأخر، وستترتب على ذلك خسائر فادحة[88].

وإذا تحققت مثل هذه الظروف الصعبة والاستثنائية، فسيختل سبب التزام المدين، وسيختل معه توازن العقد، بشرط ألا يكون مخطئًا، وفي هذه الحالة فقط يمكن للقاضي التدخل والسعي إلى إعادة بناء العدالة التعاقدية[89]. ولا يفوتنا التذكير، في هذا السياق، بأن النظم القانونية التي تعترف صراحة بنظرية الظروف الطارئة تمنح القاضي هذا الحق في الرقابة[90]. وتجدر الإشارة أيضًا إلى أنه في حال عدم حصول اتفاق بين الأطراف، يمكنهم طلب تدخل القاضي للاجتهاد في تعديل العقد وفقًا للظروف الجديدة، وإذا ما تعذر الوصول إلى التوافق المطلوب فيمكن لكل طرف أن يطلب – بشكل منفرد – تدخل القاضي، إما لإعادة صياغة العقد، وإما لإنهائه[91]؛ وفق ما تمليه مصلحة أطرافه والعدالة التعاقدية عمومًا[92].

تظل الحلول القانونية المُرسَّخة في الأحكام العامة للعقود – سواء بالنسبة إلى المدين المتعثر، أو القاضي الذي ينظر في القضية – ممكنة التطبيق، ويمكن اعتبارها بمنزلة الملجأ للقاضي أو المحكم للخروج من مشكلة الفراغ التشريعي، ولكن من المهم أيضًا أن تكون الحلول المنطبقة ناجعة وفاعلة؛ فالأمر يتعلق بمسألة حساسة، تتعلق بتنفيذ عقد طويل الأمد يواجه حدثًا خطرًا واستثنائيًّا وعامًّا.

(88) M. Er, Umit S. Bititci, Abhijeet Ghadge, Modelling the Impact of Climate Change Risk on Supply Chain Performance, International Journal of Production Research, July 2020, p.7317; S. Oruc, Huseyin Attila Dikbas, Berkin Gumus, Ismail Yucel, The Impact of Climate Change on Construction Activity Performance, Buildings, Vol.14, Iss.2, (2024), p.372: https://doi.org/10.3390/buildings14020372.

(89) كمال نقرة، مرجع سابق، ص32 و33. محمد الزين، مرجع سابق، ص339.

(90) نور العبدالرزاق، مرجع سابق، ص73.

(91) غير أن حل الإنهاء لم تتفق عليه كل التشريعات، فأقره البعض فقط من القوانين المقارنة، من ذلك القانون المدني الفرنسي في المادة (1195).

(92) Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, op.cit., n°154.

المبحث الثاني
نجاعة الحلول القابلة للتطبيق

إن معالجة وضع صعب – مثل تنفيذ عقد ممتد يواجه ظاهرة طبيعية استثنائية، مثل حدث مناخي كارثي كالحر الشديد غير المسبوق – ليست بالأمر السهل كما يمكن تصوره. وعلاوة على ذلك، فإن اللجوء إلى حلول عامة، مثل القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة، لا يعد من قبيل السبيل الواضح والخالي من الصعوبات؛ فالموضوع خطر ودقيق للغاية، سواء من الجانب الشخصي المتعلق بالأطراف المتعاقدين، أو بالنظر إلى الاقتصاد الوطني أو حتى الدولي؛ مما يستدعي ضرورة اللجوء إلى حلول فعّالة على مستوى التطبيق القضائي (المطلب الأول)، وكذلك على مستوى إرادة الأطراف المتعاقدين أنفسهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول
النجاعة على مستوى التطبيق القضائي

تظهر هذه النجاعة من خلال معالجة كل حالة على حدة من قبل القاضي (الفرع الأول)، ولكن يبقى دور هذا الأخير مضبوطًا ببعض المعايير (الفرع الثاني).

الفرع الأول
معالجة كل حالة على حدة

تفرض الوظيفة الحساسة التي يضطلع بها القاضي، والمتمثلة في إحقاق الحق وإقامة العدالة، أن يخرج من بوتقة عمله الوظيفي والإداري لينخرط – بشكل كامل – في مجتمعه. كما يجب أن يكون متحسبًا ومنتبهًا باستمرار للمستجدات وتغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، ولظاهرة العولمة والتحولات المتسارعة، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي. وعلى القاضي أن يكون متسمًا بالمرونة والانفتاح؛ إذ إن التغيرات المتواصلة التي تطرأ باستمرار على العالم بأسره، تؤثر بالضرورة على بلده، ولا بد من أن تكون حاضرة باستمرار في ذهنه وتفكيره واجتهاده القضائي.

إن ظاهرة التغير المناخي الخطر التي أصبحت واضحة اليوم، والتي ستتفاقم مستقبلًا وفقًا لما أكده كثير من الخبراء[93]، تتطلب من القاضي الذي يعالج النزاعات

(93) Michel Aglietta & Étienne Espagne, Climate and Finance Systemic Risks, more than an

المتعلقة بهذه الكارثة، أن يتحلى بيقظة فائقة، وروح تحليلية مستقلة، بعيدًا عن التمسك بالعقائد والمبادئ الراسخة في النظرية العامة للعقد، التي تعلمها وطالما طبقها في مساره المهني. إن القضايا المتعلقة بعدم تنفيذ العقد طويل الأمد بسبب هذه الكارثة، يجب أن تُعالج واقعا بالتمعن في خصوصية كل حالة على حدة؛ فالقاضي الذي لا يجد بين يديه نصًا تشريعيًّا منطبقًا على مثل هذه الحالة، سيبحث حتمًا عن حلول، إما من خلال تقنية التأويل بالقياس، وإما باللجوء إلى القواعد العامة للقانون.

وفي جميع الأحوال، يجب على القاضي ألا يسمح لنفسه بأن يكون منبهرًا ومتمسكًا بمبادئ عامة، مثل سلطان الإرادة، والحرية التعاقدية، والقوة الإلزامية للعقد، إلى درجة التخلي عن الروح التحليلية العقلانية التي تمكنه من أخذ جميع وقائع القضية بعين الاعتبار، وكذلك خصوصية الظروف العامة المتعلقة بالعقد محل النزاع. وفي الحقيقة لا توجد «عصا سحرية» أو «حل على المقاس» لكل قضية؛ فالمسألة تتعلق بالاجتهاد في التحليل والتأويل وفق خصوصية الحالة المعروضة؛ لكن لا يجب إغفال أن القاضي الذي يُطلَب منه أن يعمل بهذه الروح المنفتحة التي تهدف إلى تحقيق توازن العقد وعدالته، يجب في المقابل أن يحافظ، باستمرار، على حياده تجاه جميع الأطراف المتعاقدين، وأن يحترم إرادتهم التعاقدية، لا سيما إذا تعلق الأمر بعملية اقتصادية دولية.

قد تبدو القوة القاهرة – للوهلة الأولى – حلًّا جاهزًا يُمكن أن يحل المشكلة بسهولة، لكن هذا ليس دائمًا صحيحًا. وفي هذا السياق تُطرَح عدة أسئلة: متى يمكن اعتبار حدث ما قوة قاهرة؟ وهل يمكن تصنيف الاحتباس الحراري الحاد والمقلق على أنه قوة قاهرة؟ وهل يمتد هذا التصنيف إلى آثاره، مثل انقطاع الكهرباء، أو تعليق العمل والخدمات، أو التدابير الوقائية التي تفرضها السلطات المختصة، والتي تعيق تنفيذ العقود؟[94].

قد يواجه القاضي صعوبة أخرى تتعلق بشروط القوة القاهرة، لا سيما شرط عدم إمكان التوقع؛ إذ غالبا ما يكون هذا الشرط محل جدل؛ خاصة عندما يتعلق

Analogy? CEPII Working Paper, research and expertise on the word economy, 2016? p.3: https://www.cepii.fr/PDF_PUB/wp/2016/wp2016-10: « There is thus a high level of uncertainty on the exact timing and impact of such events, not only because of the physical processes themselves, but also because they are intimately linked with humans' reactions and policies. Weitzman summarizes this deep uncertainty with his now famous « dismal theorem »: probability distributions of many climate parameters are such that the possibility of an extreme value cannot be ruled out»; Yearbook of Global Climate Action 2024 Marrakech Partnership for Global Climate Action, (2009), p.7. : https://unfccc.int/sites/default/files/resource/Yearbook_GCA_2024. Last accessed: 12/1/2025.

(94) محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، مرجع سابق، ص41.

الأمر بكارثة مناخية معتادة، مثل العاصفة الجوية التي تعترض سفينة نقل بضائع؛ فمع التطور العلمي في تقنيات التنبؤات الجوية، لم تعد مثل تلك الظواهر بمنزلة الأحداث غير القابلة للتوقع. وقد أكد فقه القضاء – في بعض الأنظمة القانونية، وفي عدة مناسبات – أن الادعاء بعدم القابلية للتنبؤ لا يجب قبوله بسهولة، وأن الحالة المطروحة على القاضي يجب أن تُدرَس بعناية [95]، لأنها مسألة واقعية، يتم تقديرها وفقًا للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع «عن طريق دراسة جميع الوسائل التي كان من الممكن التنبؤ بالحدث من خلالها»[96].

وما تمكن ملاحظته، في هذا الصدد، هو أن فقه القضاء أظهر رفضًا لقبول الظروف الجوية السيئة المعتادة على أنها حالة قوة قاهرة عندما يتعلق الأمر بمدين محترف، مثل الناقل البحري الذي يمكنه بسهولة معرفة توقعات الطقس[97]. ولكن هل من الممكن أن يمتد هذا الموقف بسهولة إلى الحالات المختلفة لتغير المناخ، والأكثر خطورة وتطرفًا مثل حالة الاحتباس الحراري، والارتفاع غير المسبوق في منسوب مياه البحر، والأعاصير العنيفة والمدمرة؟

تقتصر التوقعات الجوية العادية – في الغالب – على المدى القصير؛ فقد تمتد لمدة أسبوع أو أسبوعين. وفي المقابل تُقدَّر وتُنشَر توقعات تغير المناخ الناتج عن الأنشطة البشرية الضارة، مثل انبعاث الغازات السامة أو الدفيئة، على المدى الطويل. على سبيل المثال، قدم الفريق الحكومي الدولي المعني بتغير المناخ توقعًا «بزيادة متوسط درجة الحرارة العالمية من 1.4 إلى 5.8 درجة مئوية بين عامي 1990 و2100. أما بالنسبة إلى الفترات من 1990 إلى 2025، و1990 إلى 2050، فإن الزيادات المتوقعة هي من 0.4 إلى 1.1 درجة مئوية، ومن 0.8 إلى 2.6 درجة مئوية على التوالي»[98].

وقد أظهرت العديد من الدراسات والتقارير الرسمية مدى جدية وموثوقية مثل هذه التوقعات، من ذلك تقديرات الهيئة الحكومية الدولية الخاصة بالتغيرات المناخية (IPCC)،

(95) على سبيل المثال القرار التعقيبي، ع64026 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية، بتاريخ 21 /2019/10 المنشور في الموقع التالي لمحكمة التعقيب: www.cassation.tn ، آخر زيارة بتاريخ: 2025/1/18.

(96) القرار التعقيبي، ع22486، المؤرخ في 01/15/ 2004 المنشور في الموقع التالي لمحكمة التعقيب: www.cassation.tn. آخر زيارة بتاريخ: 2025/1/18.

وفي فقه القضاء الفرنسي:

Cass, civ, n° n° 628 F- datant du 17 juin 2021 : https://www.courdecassation.fr. Last accessed: 18/1/2025.

(97) على سبيل المثال، القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب التونسية، ع12710، المؤرخ في 1986/3/6، نشرة محكمة التعقيب، ج1، 1986، ص209.

(98) M. Haddar, art., préc, p. 5-6.

والتي أكدت أنه، وإلى حدود سنة 2020، ثبتت التوقعات بارتفاع مستوى درجة الحرارة على المستوى العالمي بما يقارب نسبة 1.1 [99]، كما يجدر التذكير بأن فريقًا من الخبراء قد أيَد مخرجات هذا التقرير الرسمي بأدلة علمية دقيقة[100].

من هذا المنطلق، يُطرح تساؤل مشروع عن مدى إمكان استمرار تنفيذ العقود طويلة الأجل (التي قد تمتد إلى خمس أو عشر سنوات أو أكثر) خلال الفترات الزمنية التي تُقدَّر لتأثيرات الاحتباس الحراري؛ فمتى يمكن اعتبار الحدث المناخي محقِّقًا لتلك الآثار: قبل انقضاء هذه الفترة أم بعدها؟ وما أثر ذلك على العقد المعني؟ إن الإجابة عن هذه الأسئلة ليست سهلة؛ إذ تبقى رهينة بتقدير قضاة الموضوع الذين يُناط بهم تقييم الوقائع والظروف المحيطة بكل حالة على حدة؛ بما يتيح لهم مراجعة العقد لإعادة التوازن بين أطرافه، إذا ما ثبت اختلاله بفعل الظروف المناخية الطارئة.

على أن هذا النقاش يبرز مدى تعقُّد العلاقة بين مفهومي عدم التوقّع وعدم القدرة على الدفع، وهما عنصران أساسيان في تكييف القوة القاهرة أو الظروف الطارئة؛ فمع تطور المعارف العلمية بمخاطر المناخ مستقبلًا، قد يرى القضاء أن بعض الآثار، مثل الجفاف الحاد، أو الفيضانات الخطرة والمتكررة، لم تعد بمنزلة الأحداث غير المتوقعة؛ مما قد يحول دون التطبيق التقليدي لأحكام القوة القاهرة. ولكن تبقى المسألة تقديرية ومرتبطة بظروف كل قضية على حدة؛ فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، في قرار صادر بتاريخ 18 ديسمبر 2024، أن شروط القوة القاهرة تنطبق على قضية الحال؛ لوجود جفاف شديد غير مسبوق[101]. وهنا يمكن أن تبرز نظرية الظروف الطارئة كبديل قانوني مرن، يتيح للقاضي المبادرة إلى تعديل العقد كلما تبيّن أن تنفيذ العقد بات أمرًا شديد الإرهاق، والكلفة بالنسبة إلى أحد أطراف العقد، نتيجة ظهور أحداث مناخية جسيمة لم تكن متوقعة عند ابرام العقد، من دون أن يصير تنفيذه أمرًا مستحيلًا.

وقد بادرت بعض الأنظمة القانونية إلى تكريس هذا التكييف القانوني البديل، سواء

(99) تقرير الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (IPCC) على الموقع التالي:
https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/. Last accessed: 18/1/2025.

(100) James E. Hansen, Makiko Sato, Leon Simons, Larissa S. Nazarenko, Isabelle Sangha, Pushker Kharecha, James C. Zachos, Karina von Schuckmann, Norman G. Loeb, Matthew B. Osman, Qinjian Jin, George Tselioudis, Eunbi Jeong, Andrew Lacis, Reto Ruedy, Gary Russell, Junji Cao, Jing Li, Global Warming in the Pipeline, Oxford Open Climate Change, Vol.3, No.1, (2023), p.8.

(101) محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، القرار الصادر بتاريخ 18 ديسمبر2024، الموقع التالي:
https://www.legalcorner.ma/2025/01/blog-post_94.html?utm=، آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2025/1/18.

على المستوى التشريعي، أو على مستوى التطبيق القضائي والتحكيمي؛ حيث إن بعض الأمثلة بدت كأنها تفتح المجال لإعادة النظر في شرط التوقع، مع إمكان التوسع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة بما ينسجم والتحولات البيئية الخطرة والمتواصلة. من ذلك – على سبيل المثال – القضية التحكيمية بين دولة الارجنتين وشركة استثمارية إسبانية دفعت أمام الهيئة التحكيمية بمسؤولية الطرف الأول عن التملص من التزاماته، والذي رد بضرورة إعفائه منها تبعًا لوجود أزمات خانقة مرت بها البلاد ذات بعد سياسي واقتصادي واجتماعي.

ولئن رفض المحكمون تكييف الظروف على أنها قوة قاهرة، إلا أنهم لم يغفلوا أهمية التأثيرات السلبية لتلك الأزمات، متبنين – ضمنيًّا – نظرية الظروف الطارئة[102]. وقد يعد هذا المنحى فقه قضائي، في هذه القضية وغيرها من القضايا المذكورة أعلاه، بمنزلة الفرصة التي تمهد للتوسع في تأويل الأحكام العامة، وربطها بمجالات التدخل القضائي في تنفيذ العقود طويلة المدى المتأثرة بالتحولات البيئية الخطرة.

وعمومًا، إذا كانت شروط القوة القاهرة – لا سيما شرطَا عدم التوقّع وعدم القدرة على الدفع – غالبًا ما تكون محل جدل قانوني، فإن نظرية الظروف الطارئة، وفي انتظار تدخل المشرع لحسم الأمور بوضع الحلول المتلائمة وخصوصية الحالة، قد تمثّل حلًّا ملائمًا للمدين، مع مراعاة أن سلطة القاضي، في هذا المجال، تبقى دائمًا مقيَّدة بمعايير محدَّدة تضمن عدم تجاوز حدود التدخّل القضائي في مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني

المعايير التي تحد من دور القاضي

إن سلطة القاضي في تقدير تأثير تغير المناخ على تنفيذ العقود طويلة الأجل، والتي يجب أن تتم على أساس تقييم كل حالة على حدة، يجب مع ذلك أن تكون محدودة

(102) قضية التحكيم رقم 26/ARB/07 على الموقع التالي:
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/.
Last accessed: 18/1/2025.

وعلى وجه الخصوص، الفقرة 68 من القرار التحكيمي، والتي تعرضت لخطورة القضايا البيئية وتأثيراتها السلبية، ومنها على سبيل المثال الفيضانات والتلوث الهوائي وتدهور التربة:
"68. Studies undertaken at the time indicated a lack and/or poor quality of drinking water, floods, inadequate solid waste collection, atmospheric pollution and soil degradation. Non-access to drinking water and sanitation was one of the main causes of high percentages of disease in the population, with greater impact on young children. There is a strong relation between social problems and environmental issues".

وموجَّهة؛ فالحرية المطلقة أمر غير منطقي وغير مقبول. ولا يُنكَر ما للقاضي من دور في ضمان توازن[103] العقد وعدالته، وقد باتت الأخيرة بمنزلة المبدأ الأساسي والتوجيهي في قانون العقود[104]. لكن بعض الكتّاب لا يخفون شكوكهم حيال توسيع سلطة القضاء في مراجعة العقد؛ خاصة عندما يتعلق الأمر باللجوء إلى الحل المتمثل في تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ حيث يرون أن هذا التدخل قد يمهد الطريق لتدخلات أخرى؛ الأمر الذي قد يمس جوهر الاستقرار التعاقدي[105]، وبالتالي الاقتصاد الوطني[106]. يجب أن تكون سلطة القضاء في التعديل محدودة ومعقولة، من خلال احترام بعض المعايير لضمان عدم ممارستها بشكل تعسفي[107]؛ فهذه السلطة يجب أن تكون مُوجَّهة بمعايير، مثل: حسن النية[108]، والقاعدة الأخلاقية، وتوابع العقد، مثل: القانون، والعرف والإنصاف[109].

إن العقود المبرمة، بشكل صحيح وفقًا للقانون[110]، تمثل بالفعل قانونًا بين الأطراف، وهي أيضًا ملزمة للقاضي. وعلى الرغم من ذلك يبقى للقانون الموضوعي تأثيره الجلي، سواء على حرية التعاقد أو على سلطة القاضي التي تظل موجهة دائمًا بالضوابط القانونية. ويبدو أن المشرع يولِي حرصًا ويقظة خاصة حيال هذه السلطة القضائية المتعلقة بالعقد؛ إذ يحرص على أن تكون محدودة ومراقَبة لتجنب أي إساءة أو تعسف في ممارستها.

(103) L. ROZES, «Quelques remarques sur l'évolution récente du droit des contrats», in «Regards critiques sur quelques (r)évolution récentes du droit, presse de l'université des sciences sociales de Toulouse 2005, p. 95.

(104) J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, op.cit., n°362, p.272.

(105) فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد – العراق، 1969، ص40.

(106) J. Flour, J-l. Aubert, E. Savaux, Les obligations, 1. L'acte juridique, 13ème édition, 2008, SIREY, Paris, n°408, p.365 ;
محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزامات، العقد، منشورات الأطرش، تونس، 2019، ص13 و14.

(107) لهذه الضوابط والحدود أساس في القانون من ذلك المادتان (1194) و(1104) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (195) من القانون المدني الكويتي، أو الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(108) في فقه القضاء الفرنسي موقف محكمة النقض، من خلال القرارات التالية:
Cass, com, n ° 2 F-D, rendu le 10 janvier 2024; Cass, civ n° 827 FS-B, rendu le 14 décembre 2023, voir : https://juricaf.org/. Last accessed : 18/1/2025.
وفي فقه القضاء التونسي القرارات التالية:
Cass, civ. n° 75785.2020, datant du 27/10/2020, voir : www.cassation.tn.
آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2025/1/18.

(109) محمد محفوظ، مرجع سابق، ص142.

(110) على سبيل المثال: المادة (1103) من القانون المدني، والفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود.

إن القوة الإلزامية للعقد محدودة بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدين بضرورة تنفيذ التزاماتهم بحسن نية؛ فلا يكفي أن يسعى المتعاقد إلى تنفيذ التزاماته؛ فهذا بدهي وطبيعي، بل يجب أن يكون مخلصًا ومتعاونًا، وأن يمتنع أيضًا عن «نقض ما تم من جهته»[111]، وهو السلوك غير الأخلاقي الذي يمنع الطرف الآخر من تنفيذ التزاماته بشكل صحيح. وتُعرَف هذه القاعدة الأخلاقية في عقود التجارة الدولية والتحكيم الدولي بمبدأ الاستوبل[112]. يجب على القاضي الذي يتدخل في عقد طويل الأجل، يتم عرقلة تنفيذه بسبب حدث تغير مناخي، مثل الاحتباس الحراري المفرط، أو الارتفاع غير الطبيعي في مستوى المياه، أن يأخذ في اعتباره هذه القاعدة ذات البعد الأخلاقي، لتجنب أي تجاوز أو إساءة من أي طرف، وضمان تحقيق التوازن المطلوب بين المصالح المتضاربة.

ويمثل البعد الأخلاقي للعقد أحد الاهتمامات التي يجب أن ترافق أي تدخل قضائي يهدف إلى ضمان التوازن بين الالتزامات التعاقدية. كما يؤكد الفقه ضرورة احترام بعض المبادئ التوجيهية التي تحد من القوة الإلزامية للعقد كالمنفعة والعدالة [113]. علاوة على ذلك، يجب على القاضي ألا يغفل عن العرف أو العادة التي يجب أن تُؤخَذ بعين الاعتبار عند تفسير شروط العقد[114].

والإنصاف هو أيضًا أحد المعايير في تكريس البعد الموضوعي للعقد. ومع ذلك، يجب ألا ننسى أن اللجوء إلى هذا المعيار التوجيهي يبدو محدودًا في تطبيقه القضائي؛ حيث يظهر القاضي في غالب الأحيان قلقًا ومترددًا في هذا الشأن[115]. وفي الحقيقة، تبقى هذه القاعدة من الحلول المهمة المعاضدة للنص القانوني[116]، ولكن لا ينبغي نسيان الحذر[117] الذي لايزال قائمًا حتى اليوم بشأن الإفراط في اللجوء القضائي إلى قاعدة

(111) مثلًا ما ورد في الفصل 547 من مجلة الالتزامات والعقود.

(112) أقحم فقه القضاء الفرنسي مبدأ الاستوبل في مادة التحكيم في قرار قضائي مؤرخ في 2005/7/6، انظر الموقع التالي: https://www.legifrance.gouv.fr
محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص143.

(113) J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, op.cit., n°170, p.136: «l'utile et le juste»

(114) انظر، على سبيل المثال: الفصل (516) من مجلة الالتزامات والعقود.

(115) S. Mallouli, Le juge et l'équité, RTD, 1983, p. 511 et s.

(116) المرجع السابق؛ يجدر التذكير – في هذا السياق – بأن فقه القضاء في العديد من الأنظمة القانونية لم يتوان عن تطبيق مبدأ الإنصاف في العقود، من ذلك – على سبيل المثال – القرار الصادر عن محكمة التعقيب التونسية، ع4262 4، المؤرخ في 1994/4/28 المنشور في المجلة القانونية التونسية، 1996. تعليق نذير بن عمو ص231. وقد اعتمدت المحكمة على أحكام الفصل (243) من مجلة الالتزامات والعقود للإقرار بإمكان مراجعة الشرط الجزائي على أساس غياب العدل والإنصاف.

(117) إن هذا الحذر والتوجس من الإنصاف لهما جذورهما في الفترة التاريخية للثورة الفرنسية؛ حيث

الإنصاف؛ مما قد يمس استقرار العقود[118].

ومن ناحية أخرى يمثل القانون، في حد ذاته، أحد توابع العقد؛ فالقاضي الذي يفسر بنود العقد، أو يحاول تعديلها، قد يجد في القانون حلولًا مناسبة وفاعلة. وفي هذا السياق يمكن التذكير، على سبيل المثال، بحالة آجال الفضل التي أقرتها العديد من الأنظمة القانونية لمصلحة المدين[119]. وفيما يتعلق ببعض الوضعيات الشائكة، مثل عدم تنفيذ عقد طويل الأجل بسبب حدث استثنائي كتغير مناخي غير عادي، وبالإضافة إلى الحلول القانونية التي تم تحليلها أعلاه، قد يجد القاضي – في هذا التخفيف الاستثنائي الممنوح للمدين – حلًّا لبعض الحالات الخاصة. كما أنه إذا ثبت – بشكل قاطع – أن عدم التنفيذ ناتج عن ظروف لا تعود إلى المدين، يمكن للقاضي منح فترة معقولة لتنفيذ الحكم، مع الحرص – بالطبع – على حماية مصالح الدائن. إنها سلطة ممنوحة للقاضي، تفتح له الطريق للحكم بناءً على الإنصاف، متحررًا من صرامة القانون نفسه[120].

في مواجهة ظاهرة خطرة يصعب تقدير عواقبها، مثل تغير المناخ، فإن الحلول والعلاجات المعتمدة على المستوى القانوني والقضائي لمواجهة عدم تنفيذ العقود طويلة الأجل، هي بالتأكيد ضرورية، لكنها تظل غير كافية؛ إذ يبقى دور إرادة الأطراف المتعاقدة أساسيًّا وحاسمًا في هذه الحالة.

المطلب الثاني

نجاعة دور إرادة الأطراف المتعاقدة

عندما يتعلق الأمر بتنفيذ عقد له قيمة اقتصادية كبيرة اعترضته مخاطر متعلقة بتغير المناخ، فإن المبادرة الخاصة من الأشخاص المتضررين مباشرة من الكارثة تصبح ضرورة ملحة؛ فالأطراف المتعاقدون هم قطعا الأكثر حرصًا وانتباهًا لحماية أنفسهم من هذا الخطر الضار، بل والمدمر أحيانًا. وتتجسد الإرادة الفردية لتكريس هذه الحماية بشكل ملموس، سواء من خلال المبادرة التعاقدية لتعديل العقد وفق التغيرات المهمة

سادت المعاداة للإنصاف، والذي كان يعتبر مدخلًا للظلم والتعسف، وهو ما تعبر عنه المقولة الشهيرة وقتها: «فليحمنا الرب من إنصاف البرلمانات» .Dieu nous garde de l'équité des parlements

(118) S. Mallouli, Le juge et l'équité, RTD 1983, p. 511 et s;

وفي السياق ذاته انظر: محمد محفوظ، مرجع سابق، ص142.

(119) انظر مثلًا الفصل (137) من مجلة الالتزامات والعقود.

(120) S. Mallouli, art, préc, p. 513-514; J. Flour, J-l. Aubert, E. Savaux, op.cit, n°513, p.369 ;

ولتطبيق هذا الحل التشريعي في وضعية مماثلة، انظر: كمال نقرة، مرجع سابق، ص33 و34.

والمؤثرة (الفرع الأول)، أو من خلال اللجوء إلى أساليب بديلة لحل النزاعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المبادرة التعاقدية لتعديل العقد

يتعلق الامر بضرورة سيطرة الأطراف المتعاقدة، إلى حد كبير، على مصير العلاقة التعاقدية، خاصة فيما يتعلق بالشروط التي تم تحديدها عن طواعية وبكامل الحرية. ويظل محتوى العقد – في النهاية – مسألة خاصة تهم – أولًا وأساسًا – الأطراف المتعاقدين الذين يهمهم ترتيب الأمور بأنفسهم، من دون تدخل خارجي، وتكييف عقدهم مع أي تغيير قد يعرّض مصير علاقتهم للمخاطر، بأن يعيق التنفيذ الطبيعي والمنشود للعقد.

إن الحرية التعاقدية هي أحد مخرجات مبدأ سلطان الإرادة، وهي التي تسمح للأطراف بتكييف العقد وملاءمته مع المستجدات، سواء في وقت إبرامه أو لاحقًا، بعد حصول حدث خطر قد يؤثر عليه، وقد يغير المعادلة لمصلحة طرف على حساب طرف آخر. والحرية التعاقدية هي أيضًا حرية «تحمل المخاطر»[121]، أي أن الأطراف يتحملون مخاطر عدم التنفيذ الناشئة عن أحداث لا يمكن أن تُنسب إليهم. تتجسد حرية الأطراف، إذن، في تعديل علاقتهم التعاقدية لتتوافق مع الظروف الجديدة، وذلك باللجوء إلى اشتراط إعادة التفاوض أو مراجعة العقد[122].

وإذا كان النقض الأحادي للالتزامات محظورًا صراحة بموجب القانون[123]، فإن مراجعة العقد أو التعديل الاتفاقي له يظل أمرًا مشروعًا. ويجدر التذكير أنه يمكن للأطراف المتعاقدة، منذ مرحلة ما قبل التعاقد، الاتفاق بحرية على آليات واتفاقات التفاوض[124]، لا

(121) H. Barbier, La liberté de prendre des risques, PU d'Aix-Marseille, France, 2011, n°101, p. 113, cité par J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, n°235, p.179

(122) Ibid.

(123) انظر، على المثال: المادة (1194) من القانون المدني الفرنسي، والفصل (242) من مجلة الالتزامات والعقود.

(124) انظر المادة (1112) من القانون المدني الفرنسي، وقد جاء فيها: «المبادرة، وسير المفاوضات، وإنهاء المفاوضات السابقة للعقد، يجب أن تستوفي هذه المراحل متطلبات حسن النية.
في حال وقوع خطأ في أثناء المفاوضات، لا يمكن أن تهدف تعويضات الأضرار الناجمة عن ذلك إلى تعويض فقدان المنافع المتوقعة من العقد الذي لم يُعقَد، أو فقدان الفرصة في الحصول على هذه المنافع».

سيما في العقود طويلة الأجل، أو العقود التجارية الدولية[125].

وفي المرحلة التعاقدية، يحرص المتعاقدون، في هذا النوع من العقود، على تضمين بنود تعرف ببنود تكييف أو تعديل العقد. إن تنفيذ العقود طويلة الأجل غالبًا ما يواجه عوائق بسبب أحداث خطرة، أو مخاطر غير متوقعة، وعادةً ما يتم مواجهة حدوث هذه التغيرات باتفاقات تعاقدية، من خلال إدراج بنود مثل بنود السلّم المتغير، أو بنود «الهاردشيب»، أو الإعسار[126]؛ مما يسمح بإعادة التفاوض على العقد[127]. ووفقًا لمحكمة النقض الفرنسية، يرتبط مفهوم «الهاردشيب» بظهور الأحداث التي تضر بالتوازن التعاقدي[128].

إن إدراج بنود تسمح للأطراف المتعاقدة بالتعامل مع تغير الظروف الاقتصادية للعقد يعد خطوة مهمة جدًّا، وله آثار إيجابية لاحقًا. كما أن أهمية وفائدة بند «الهاردشيب» الذي غالبًا ما يتم تضمينه في العقود الدولية، لا يمكن أبدًا إنكارهما، فهما وسيلتان للتنبؤ بالمستقبل والتحسب له، تسمح للطرفين بالمضي قدما في العلاقة التعاقدية، برغم المخاطر والصعوبات، والحفاظ على التوازن التعاقدي؛ لذا فإن إدراج مثل هذه البنود في عقد طويل الأجل يشكل – بلا شك – أحد الضمانات للعدالة التعاقدية.

(125) محمد الزين، مرجع سابق، ص148.

(126) وهما من البنود التعديلية للعقد والمكيّفة له مع المتغيرات الاقتصادية، أما بند السلّم المتغيّر فيدرج في العقد بهدف تعديل القيمة النقدية المتصلة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية تبعًا لوجود معطيات اقتصادية ومالية جديدة أثّرت على التنفيذ العادي للعقد، كما هو الشأن عادة في عقود الإيجار التجاري، انظر: محمد محفوظ، مرجع سابق، ص146.
أما بند الهاردشيب، أو بند الإعسار، فيضمن في العقود طويلة الأمد؛ لتمكين الأطراف من إعادة التفاوض بناء على حصول أحداث غير متوقعة أثرت على التنفيذ السّلس والعادي للعقد من دون جعله مستحيلًا، انظر:
K. Peter Berger and Daniel Behn, Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study, Revue de règlement des différends de McGill, Vol.6, (2019-2020), Number 4, p. 115 the authors provide the following definition of hardship "Hardship is concerned with situations in which the performance of contractual obligations has not become impossible for the aggrieved party. Unlike a party confronted with a force majeure event, that party can still perform, but in doing so it is confronted with fundamental difficulties not anticipated at the time the contract was concluded. The possibility to continue specific performance of the contract despite the excessive impact of the change of circumstances is a characteristic feature of hardship".

(127) سميرة حصايم، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقود الدولية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مج5، ع1، 2022، ص25.

L. Rozes, art, préc., p.91 .

(128) Cass, civ, datant du 17 février 2015, n° 12-29.550 13-18.956 13-20.23, voir: https://www.legifrance.gouv.fr/

وعلى كل حال، فإن تعديل العقد من قبل الأطراف[129] أصبح اليوم ضرورة ملحة في مواجهة التحولات المتلاحقة والمتعددة، والتي لاتزال تؤثر على البشرية جمعاء، بما في ذلك التغيرات المناخية؛ فعلى الأطراف أن تكون مستعدة لهذه التغيرات ضمن العقد ذاته، من خلال بنود تساعد في تجنب الخراب، مثل بند «الهاردشيب»، وبند القوة القاهرة[130]، وما إلى ذلك.

وفيما يتعلق ببند القوة القاهرة يتجه التذكير بأن الأطراف يحق لهم الاتفاق حول القوة القاهرة؛ نظرًا إلى أن أحكامها ليست من النظام العام. وهذا يعني أن الأطراف – بصفة خاصة في العقود التجارية طويلة الأجل – يمكنهم إدخال بنود تضبط شروط تطبيق القوة القاهرة وآثارها. كما يمكن للأطراف أن يتوقعوا الأحداث التي قد تحدث يومًا ما وتعيق سير العقد بشكل طبيعي. من ذلك مثلًا إضراب العمال الذي تم الاتفاق عليه في العقد بين طرفين في عقد توريد؛ حيث تمت مناقشة معايير تطبيقه من قبل محكمة الاستئناف في باريس، في حكم أصدرته في 10 يناير 2023 [131].

في هذا السياق، من المهم الإشارة إلى أن المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي، كما تم تعديلها بموجب المرسوم الصادر في العام 2016 المشار إليه أعلاه، تنص على أن الحل لمشكلة تغيير العقد بسبب الظروف الجديدة يمكن أن يتم من خلال مبادرة الأطراف المتعاقدة ذاتهم؛ فيحق للمدين المتعثر أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض، مع الاستمرار في تنفيذ التزاماته خلال تلك فترة. وعندما تفشل هذه الطلبات، ولا تؤدي إلى نتائج، يمكن للأطراف – حينئذ – الاتفاق على فسخ العقد. ومن هنا يمكن أن نستنتج أن المشرع قد فتح مرحلة غير قضائية أمام أطراف العقد للتوصل إلى اتفاق ودي للتعامل مع الأزمة التي تعيق تنفيذ العقد، قبل اللجوء إلى المسار القضائي الذي قد يكون مكلِّفًا جدًا للطرفين[132]؛ فاللجوء إلى إعادة التفاوض التعاقدي يعد حلًا ممتازًا للتوصل إلى اتفاق بشأن ملاءمة العقد مع الظروف الجديدة، وهو اتفاق قد يؤدي إلى إنقاذ العلاقة التعاقدية والحفاظ على استقرارها[133].

(129) M. Fabre-Magnan, op.cit., n°779, p.618.

(130) L. Rozes, art, préc., p.86; Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, n°139; PH. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, op.cit., n°515.

(131) Voir C App, Paris, Arrêt n° RG 21/ 09460, rendu le 10 janvier 2023, voir le site : www.cours-appel.justice.fr. Last accessed: 18/1/2025.

(132) Dictionnaire du contrat, sous la direction de D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, op.cit., n°154.

(133) محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، مرجع سابق، ص44.

وفي سياق الحديث ذاته عن المبادرة التعاقدية، تجدر الإشارة إلى أن التغيرات المناخية المتطرفة تمتد عمليًا على فترات طويلة. ومن المؤكد أن تداعياتها تؤثر على تنفيذ العديد من العقود طويلة المدى، كالعقود الزراعية، إلا أنه في إمكان الأطراف المتعاقدين الذين بدأوا يتلمسون نشوء تلك التداعيات الخطرة، كتعرض الجهة الزراعية بصفة متكررة وغير مسبوقة للفيضانات، أو الجفاف الحاد، أن يبادروا، إما بصفة فردية وإما بصفة توافقية، بتغيير شروط تنفيذ العقد لمجابهتها، وذلك باستعمال وسائل وتقنيات تمكن في النهاية من إنقاذ العقد، بدلًا من التمسك باستحالة التنفيذ، وإعمال انفساخ العلاقة التعاقدية [134].

كما تتجه الإشارة إلى أن بروز الذكاء الاصطناعي، وتنامي استعمالاته في مختلف الميادين، يوفر فرصة جيدة للأطراف للاستفادة منه لمجابهة الأزمات التي قد تعرقل السير الطبيعي للعقود طويلة المدى. ويمكن اعتماد هذه التكنولوجيا بصفة استباقية، كالاستفادة من البيانات التي تنتجها نماذج الذكاء الاصطناعي وإدراجها في بنود العقد[135]. كما يمكن تسخيرها في مرحلة لاحقة في حال حصول تأخير في التنفيذ، أو حتى استحالته، في تحليل الوقائع والنتائج مع مقارنتها مع وضعيات سابقة، واقتراح حلول بديلة، ومنها صياغة بنود لإعادة التفاوض على ضوء المعطيات الجديدة[136].

ومن الجدير الإشارة إلى أن نجاعة وفاعلية النظام الذكي تزداد كلما كانت الأطراف المتعاقدة على قدر كبير من الاتفاق والتعاون والدقة في تحديد الأهداف. ولكن لا بد من

(134) تتجه الإشارة إلى أن فقه القضاء ذهب، في بعض القضايا البيئية، إلى تكريس هذا المنحى والقضاء بعدم إعفاء الملتزم من المسؤولية، إذا كان في إمكانه اتخاذ كل التدبير الممكنة، والتي يتيحها تطور العلم والتكنولوجيا، من ذلك القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي، ع427301، بتاريخ 2021/7/1، والذي حسم النزاع بين بلدية غراند–سانت (Commune de Grande-Synthe) ضد الدولة الفرنسية، وقضى باعتبار الحكومة الفرنسية مقصرة في اتخاذ التدابير اللازمة للحد من تداعيات التغير المناخي والحكم بتعويضات تدفعها الدولة للبلدية.

(135) M. Darda, Comment: How contracts and AI can help companies tackle climate change in their supply chains, reuters, August 24, 2023, https://www.reuters.com/sustainability/sustainable-finance-reporting/comment-how-contracts-ai-can-help-companies-tackle-climate-change-their-supply-2023-08-24/; E. Mik, AI in Negotiating & Entering into Contracts, Chapter in forthcoming book edited by Larry DiMatteo "AI & Private Law", The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence, Cambridge University Press, 2022, p.45.

(136) وهذا الحل يمكن للذكاء الاصطناعي توفيره، انظر ما يتعلق بتحليل هذه الفكرة:
H. Autto, Helena Haapio htt , and Jouko Nuottila, Contracts rethought and redesigned: A new era with AI, International Journal of Commerce and Contracting, 2024, p. 9, https://research.ulapland.fi/en/publications/contracts-rethought-and-redesigned-a-new-era-with-ai?. Last accessed: 18/1/2025.

التذكير – أيضًا – بأن الخبراء يقرون بمحدودية ونسبية نتائج هذه التكنولوجيا في هذا المجال، وأن الأبحاث العلمية ستعمل، في قادم الأيام، على تذليل تلك الصعوبات لتكون أكثر نجاعة[137]. ولكن يمكن أيضًا للأطراف تدعيم علاقتهم من خلال اللجوء إلى الآليات البديلة لحل النزاعات.

الفرع الثاني

اللجوء إلى الأساليب البديلة لحل النزاعات

تعد العدالة والتوازن التعاقديين من الأهداف الأساسية في قانون العقود. إن «الفائدة الاجتماعية والعدالة التعاقدية... يؤطران كلًّا من الحرية التعاقدية والتنظيم القانوني»[138]. لكن تحقيق هذه الأهداف يعود أساسًا إلى الأطراف المتعاقدين أنفسهم. إذ يجب على المتعاقدين الذين يرغبون في تجاوز أزمة تعرقل سير علاقتهم، أن يتحلوا بروح خلاقة، وأن يتحرروا من التمسك الأعمى بالأساليب التقليدية لحل النزاعات[139]. ومن الملاحظ أن العديد من الأنظمة القانونية في الوقت الحاضر تميل إلى تقليص تدخل القاضي في حل النزاعات، وتشجع بشكل أكبر المبادرة من الأطراف المتعاقدين للوصول إلى حلول ودية[140].

وحتى تكون العلاقات التعاقدية أكثر نجاعة وفاعلية، يجب على الأطراف البحث عن حلول أخرى بديلة. فالعقود ذات الأهمية الكبيرة التي تمتد على فترة طويلة لا تنتظر، فكل ثانية تحدث فرقًا، «الوقت هو النقود» أو «الوقت من ذهب» كما يقال. إن بدائل الأساليب التقليدية الصارمة، والتي غالبا ما تعرقل السير السريع للأعمال والمصالح المالية والاقتصادية، أصبحت اليوم عديدة ومتنوعة. أولًا على المستوى التنظيمي، توجد

(137) H. Mehta, The role of AI in countering climate change:
legal, and ethical challenges in European Union and ukraine, indian journal of integrated research in law, Volume II Issue V |, 2022, p. 3; Accelerating Climate Action with AI, Boston Consulting Group (BCG), 2023, https://web-assets.bcg.com/72/cf/b609ac3d4ac6829bae6fa88b8329/bcg-accelerating-climate-action-with-ai-nov-2023-rev.pdf. Last accessed: 18/1/2025.

(138) J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, op.cit., n°502, p.369.

(139) J. Rawls, Théorie de la justice, éd. 1971, trad par C. Audard, éditions du Seuil, France, 1987, p.153, cité par J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, op, cit, n°449, p.336, note n° 305, selon cet auteur: «la loi et les institutions peuvent être appliquées de manière égale et être pourtant injuste».

(140) انظر، على سبيل المثال، في القانون الفرنسي الامر، ع282/2015، المؤرخ في 11 مارس 2015، والقانون، ع990/2015 المؤرخ في 6 أغسطس 2015، انظر الموقع التالي: www.légifrance.gouv. Fr.. ويبرز هذان النصان القانونيان هذا المنحى التشريعي نحو تشجيع حل النزاعات بالطرق الودية.

بعض القواعد التي تتميز بمرونتها وانفتاحها؛ ما يسمح للأطراف المتعاقدة بالابتعاد عن صرامة القاعدة القانونية التقليدية. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال القوانين المرنة، مثل مدونات السلوك والأخلاقيات والتوجيهات والتوصيات والتعليمات... وغيرها[141]. أو حتى مبادئ وأعراف التجارة الدولية التي تطبَّق في العقود التجارية الدولية، والتي يطلق عليها « لكس مركاتوريا»[142].

ومن الناحية الإجرائية، وجدت العديد من الأساليب البديلة لحل النزاعات، والتي يمكن أن يلجأ إليها المتعاقدون لتجنب طرق التقاضي التقليدية؛ فقد أدى تطور الفكر القانوني والممارسات الإجرائية إلى إنشاء أساليب لحل النزاعات في عالم الأعمال؛ مما يوفر وقتًا كبيرًا، ويقلل التكاليف بشكل ملحوظ[143]. وتشمل هذه الأساليب، على سبيل المثال، المصالحة والتحكيم والوساطة والاتفاق على الإجراءات التشاركية[144].

كما يمثل التحكيم، في العقود التجارية طويلة الأجل، وسيلة ناجعة لحل النزاعات، فهو يتلاءم بشكل جيد مع هذا المجال الذي يتطلب السرعة والثقة. إن اختيار التحكيم من قبل الأطراف المتعاقدة، سواء عن طريق اتفاق تحكيمي أو بإدراج بند تحكيمي[145]، يعبر عن إرادة واعية للاستفادة من مزاياه، مثل السرعة والسرية واختيار القوانين المنطبقة والنجاعة في حل النزاعات. كما أن هذه الوسيلة تتيح للأطراف تجنب إجراءات ومسالك المحاكم العمومية التي غالبًا ما تكون معقدة وبطيئة. وفي أوقات الأزمات، مثل الحروب والأوبئة والكوارث المناخية، سيكون اللجوء إلى هذه الوسيلة حلًّا مناسبًا وناجعًا جدًّا؛ فهي تخفف – كثيرًا – من الآثار السلبية للأزمات التي كثرت – بشكل ملحوظ – في الوقت الحاضر.

(141) F. Terre, La crise de la loi, APD, Tome 25, Sirey, 1980, p. 27-28; A. Nenni, «Le droit souple, vivacité ou décadence du droit», mélanges en hommage du professeur M. Bagbag, éd Latrach, 2021;

محمد محمد عبداللطيف، القانون الناعم قانون جديد للسلوك الاجتماعي، مجلة عالم الفكر، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، دولة الكويت، ع174، أبريل – يونيو، 2018، ص57.

(142) Ralf Christian Michaels, The True Lex Mercatoria: Private Law Beyond the State, Indian journal of global legal studies, august 2008, p.447.

(143) محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، مرجع سابق، ص44.

(144) انظر، فيما يتعلق بالاتفاق على الإجراءات التشاركية كطريقة من طرق حل النزاعات، المادة (2062) من القانون المدني الفرنسي المنقح بموجب القانون، ع1547/2016، المؤرخ في 2016/11/18، المادة التاسعة.

(145) انظر، على سبيل المثال، المادة (1442) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والمادة (173) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والفصلين 3 و4 من مجلة التحكيم التونسية، والمادة الخامسة من قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة.

ومن المهم التذكير، في هذا السياق، أن غرفة التجارة الدولية أصدرت مذكرة توجيهية تهدف إلى مساعدة الهيئات التحكيمية الدولية على الاستمرار في أداء مهامها لتجنب التأخير، برغم ظهور جائحة كوفيد–19. وقد حددت هذه المذكرة تدابير مهمة تسمح بالتكيف مع هذا الوضع الدولي الصعب، مثل إمكان عقد الجلسات من بُعد، وكذلك الحد من الإجراءات المعتمدة على الوثائق الورقية[146].

إن مجال الأعمال متنوع وواسع جدًّا، ولا يمكن للمشرع احتكاره بقواعده الإلزامية والصارمة، وهو ما لا يرغب فيه عادةً الفاعلون في عالم المال والأعمال. ولكن يجب أن يكون لهؤلاء الفاعلين الشجاعة والقدرة على التحرر نسبيًّا من وطأة القواعد القانونية للدولة، وكذلك من مؤسساتها، ومحاولة إنشاء معاييرهم الخاصة لحل النزاعات بطريقة تعاقدية وودية.

ولا شك في أن ظهور الأزمات التي تعطل سير العلاقات التعاقدية طويلة الأمد بسبب حدث من الأحداث، مثل الجوائح المفاجئة، أو التغير المناخي المتطرف، يعد أمرًا حرجًا ومربكًا، يتطلب يقظة خاصة من الأطراف المتعاقدة، بل و«حالة تأهب»، للعثور على حلول فعالة. ولا شك في أن الأساليب البديلة التي تم ذكرها أعلاه كافية، وتفي بالغرض في هذه الحالة الاستثنائية، لكن من الضروري أيضًا تخطي، حتى لو مؤقتًا، النزاعات والمصالح المتعارضة والأنانية، والتصرف بروح من التضامن وحسن النية والتعاون.

(146) انظر مذكرة توجيهية صادرة عن غرفة التجارة الدولية بشأن التدابير الممكن اتخاذها للتخفيف من آثار جائحة فيروس كورونا، بتاريخ 2020/4/9، على الموقع التالي:
https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools. Last accessed: 18/1/2026.

الخاتمة

ما يمكن استنتاجه في النهاية هو أن تأثير تعطيل تنفيذ العقود، خاصة العقود طويلة الأجل، بسبب بروز ظاهرة التغير المناخي المتطرف، هو أمر خطر للغاية؛ بحيث يتجاوز المصالح الخاصة للأطراف المتعاقدة ليشمل المصلحة العامة للدولة، بل والاقتصاد العالمي. ولا يمكن لأحد أن ينكر أن ظاهرة التغير المناخي، وما يترتب عليها من عواقب كارثية هي من مسؤوليات الدولة بصفة عامة. ومن الجدير بالذكر – في هذا السياق – أن المحكمة الإدارية الفرنسية اعترفت، في حكم صادر في 3 فبراير 2021، بالمسؤولية المباشرة للدولة عن «الضرر البيئي المرتبط بالتغيُّر المناخي»[147].

واستنادًا إلى ما تم التطرق إليه بالتحليل من مسائل قانونية مثيرة للجدل تقترن بتداعيات العوامل المناخية الحادة على تنفيذ العقود الممتدة في الزمن، لا سيما ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة، وجب التأكيد أنه لم يعد في الإمكان التعاطي مع التحولات المناخية كعوامل طبيعية طارئة وعابرة، بل كتحدٍّ حقيقي له انعكاساته الواضحة على توازن واستقرار العقود. وقد سعى البحث إلى التوصل إلى نتيجة مفادها أن الفكر القانوني المعالج لقضايا العلاقات التعاقدية بات مُطالبًا بمواجهة هذا التحدي بمقاربة مرنة ومنفتحة تسعى إلى تحيين الإطار «المفاهيمي» الكلاسيكي، وتدخل فيه بعض المفاهيم القانونية المرجعية، كمفهوم القوة الملزمة للعقد أو القوة القاهرة، أو الظروف الطارئة، وضرورة مواءمتها ومستجدات العصر، ومنها التحولات المناخية الخطرة.

كما تعد هذه التحولات اليوم من التحديات الصعبة التي تواجه المنظومة القانونية التقليدية المتسمة بالعمومية والثبات، فلن يكون من السهل تطويعها لتنطبق على المستجدات الدقيقة؛ فالتوجه القضائي المتسرع لتطبيق أحكام القوة القاهرة، كلما تعلق الأمر بظاهرة مناخية متطرفة، قد لا يكون دائمًا مناسبًا ومجديًا؛ فلا بد حينئذ من أن ينسجم الاجتهاد وخصوصية الدعوى، من ذلك ضرورة تقدير التوقّع من عدمه في سياق موضوعي متعلق بطبيعة الكارثة والجهة التي حصلت فيها. كما أن الالتجاء إلى نظرية الظروف الطارئة، وعلى الرغم مما تخولّه من مرونة نسبية قد يستفيد منها القاضي أو المحكم إزاء شدة نظرية القوة القاهرة، فإنه لا يمثل دائمًا الحل الحاسم، لاصطدامه أحيانًا ببعض العراقيل الراجعة من ناحية لخصوصية كل دعوى، ولثوابت تحكم قانون العقود، ومنها القوة الملزمة للعقد، من ناحية أخرى. وعلى ذلك الأساس يبدو أن إقامة التوازن بين هذه المفاهيم سيكون – فعلًا – تحديًا صعبًا.

(147) انظر حكم المحكمة الإدارية الفرنسية، ع1904967 و1904968 و1904972 و1904976 و1/4/1904976 المؤرخ في 2021/2/3 على الموقع التالي: paris.tribunal-administratif.fr. آخر زيارة بتاريخ: 2025/1/18.

ومن الواضح أن الاجتهاد في التكييف والتطويع بات خيارًا لا بديل عنه، خاصة مع تأكد عسر إدارة الأزمات المناخية المتطرفة من الوجهين الفني والقانوني، من ناحية، وأيضًا تأكد صعوبة التنبؤ أو التوقع الدقيق بتفاصيل الظاهرة المناخية من ناحية أخرى؛ فيكون من الوجيه – حينئذ – العمل على إنقاذ العقد وتأمين حسن تنفيذه، باعتماد طرح مزدوج وتكاملي يقوم على المبادرة التعاقدية الوقائية والاستشرافية من جهة، ونجاعة التدخل القضائي أو التحكيمي من أخرى.

وبناء على سبق من النتائج وفقه القضاء المعتمَد في البحث، نقترح التوصيات التالية:

1 – توصيات متعلقة بدور السلطة العامة

- لمواجهة هذه الظاهرة، وتخفيف آثارها على الصعيدين الفردي والوطني، يجب تطوير سياسة عامة وفعالة وعقلانية. كما يجب على جميع البلدان تكثيف جهودها لمواجهة هذا التحدي الكبير. ويجب أيضًا أن تركز السياسة العامة لكل دولة، الآن، على هذه الظاهرة الكارثية. ومن الضروري أن تظهر هذه السياسة في جميع استراتيجيات الدول. وهنا لا بد من استحضار ما أوصت به اتفاقية سنداي المتعلقة بمكافحة مخاطر الكوارث للفترة 2015 و2030 المنعقدة في اليابان، من ضرورة تحمل كل دولة مسؤوليتها الكاملة للحد من تلك المخاطر باعتماد سياسات وطنية تُنفَّذ في إطار مجهودات التعاون الدولي[148]. وعلى الأمم المتحدة أن تواصل تحمّل مسؤولية خاصة وفعالة في مكافحة هذه الظاهرة.
- من الضروري أن تُبذَل جهود خاصة لتقليص الآثار السلبية للتغير المناخي على العقود طويلة الأجل من قبل الدولة ذاتها، والتي عليها أن تتحمل مسؤولية ما يسمى «العدالة المناخية»[149]؛ فعلى السلطات العامة أن تفكر – باستمرار – في وضع التدابير الخاصة المناسبة لحالة الأزمة، والتي تسمح لأطراف العقد بتقليل الآثار السلبية قدر الإمكان، من خلال السماح لهم، على سبيل الاستثناء، بالاتفاق على تنظيم فترة الأزمة بشكل مناسب، أو الاستفادة من التوسع في آلية آجال الفضل.

(148) انظر الفقرة (أ) من المبادئ التوجيهية لاتفاقية سنداي/ اليابان، مارس 2015، يُراجَع الموقع التالي: https://digitallibrary.un.org/record/793460?ln=ar&v=pdf. Last accessed: 18/1/2025.

(149) A. Michelot, «A la recherche de justice climatique- perspectives à partir du principe de responsabilités communes mais différenciés», in changements climatiques et défi du droit, actes de la journée d'études du 24 mars 2009, Bruylant, Bruxelles, 2010, p.183.

- إلى جانب التدابير العامة التي تهدف إلى تقليل تأثيرات هذه الظاهرة الطبيعية، يجب على الدولة وضع تدابير خاصة لمساعدة الأطراف في العلاقات التعاقدية، ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة، على تجاوز الوسائل التقليدية للأنشطة والأعمال الاقتصادية، من خلال تعزيز البنية التحتية الرقمية التي تُمكِّن من إبرام العقود عبر الإنترنت، بل وتنفيذها من خلال هذه الوسيلة، وأيضًا السعي في الانخراط تدريجيًا في منظومة الذكاء الاصطناعي بمختلف مخرجاتها، ومنها برنامج البلوكشتين والعقد الذكي.
- كما قد يكون من الملائم إصدار قوانين جديدة تتضمن فترات تأجيل، وما إلى ذلك من آليات التحفيز والمرونة [150]. والهدف في النهاية سيكون إنقاذ علاقة تعاقدية تمر بصعوبات اقتصادية ناجمة عن أحداث لا يمكن نسبتها إلى الأطراف المتعاقدة.
- ويبقى من الأفضل المبادرة تشريعيًا إلى مراجعة الأحكام العامة للعقود، بما يمكن من وضع التكييف القانوني الواضح للتغيرات المناخية المتطرفة، إما كقوة قاهرة أو كظرف طارئ، أو غير ذلك من الأوصاف القانونية الملائمة. كما يبقى من الأنسب التدخل تشريعيًا لوضع نصوص خاصة تتلاءم وخصوصية المخاطر والتحديات التي يفرضها هذا النوع من التحولات.

2 - توصيات خاصة بدور القاضي أو المُحكِّم

- نوصي بإعداد دورات تدريب وتكوين للقضاة حول هذا النوع من الكوارث، وخصوصية النزاعات القانونية المنجرة عنها، والأساليب المعاصرة المعتمدة، وفق المعايير الدولية للتعاطي الناجع معها.
- ضرورة التفحص الجيد لخصائص وسياق وقائع الدعوى لحسن تكييفها ووضعها في الإطار القانوني الملائم.
- يجب التأكد من أدوار الأطراف ونواياهم في أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية، للتحقق من إيجابية أو سلبية كل طرف في التعامل مع تداعيات الحدث المناخي، ومدى التزامه بمواصلة التنفيذ على أساس البنود العقدية والقانون وتوابع العقد، ومنها الإعلام والنصح والتعاون.
- السعي إلى معالجة كل حالة على حدة، من خلال تطبيق مبدأ التفريد أو الإنصاف،

(150) J. Flour, J-l. Aubert, E. Savaux, op.cit., n°513 et s, p.369 et s.

إذا ما تبين – فعلًا – وجود اختلال في توازن العقد من جراء الكارثة، في محاولة لإعادة التوازن للالتزامات التعاقدية، من دون المس بالسياق الاقتصادي العام للعقد، أو الإرادة المشتركة للأطراف.

3 – توصيات خاصة بأطراف العقد أنفسهم

- التعاطي مع الأحداث المناخية المتطرفة على أساس أنها وقائع خطرة واستثنائية مفروضة على كل الأطراف، وبالتالي تخرج عن سيطرتهم، ما يتطلب منهم قدرًا كبيرًا من الهدوء وضبط النفس؛ للوصول إلى الحلول الملائمة والناجعة، سواء بالتراضي أو بالتقاضي.
- التعاون والتآزر ونبذ الأنانية وسوء النية عند البحث عن الحلول المستعجلة لتخطي الأزمة الطارئة. وعلى الأطراف السعي – قدر الإمكان – للحد من تداعيات الأزمة لإنقاذ العلاقة التعاقدية من الانهيار، أو المضي إلى إنهائها بالتوافق، وبأخف الأضرار على كل الأطراف.
- ضرورة تحلي الأطراف بقدر كبير من المرونة والانفتاح؛ لتجاوز الحلول التقليدية لفض النزاعات. والتعاون بحسن نية للبحث عن حلول بديلة، سواء كانت استباقية ووقائية أو علاجية، كالحرص على إدراج بنود تمكن من تخطي الأزمات بالتوافق والتعاون؛ كبند القوة القاهرة، وبند الظروف الطارئة، أو بند تعديل العقد أو تعليقه. كما يمكن اعتماد آلية الصلح أو الوساطة أو التحكيم لتجنب التدخل القضائي المُهدِر للوقت، والماس بسرية العلاقة التعاقدية.

وبالنظر إلى التحولات المتسارعة التي لا تتوقف عن اجتياح العالم، بما في ذلك التغيرات المناخية، يجب على الفاعلين الاقتصاديين في الأسواق المختلفة أن يتخذوا المبادرة لمواكبة هذا التطور الرقمي؛ حيث باتت الأدوات الرقمية المبتكرة من قبيل الذكاء الاصطناعي[151]، والعقود الذكية، وإنترنت الأشياء، بمنزلة المنتجات الاستثنائية للثورة الرقمية، والتي توفر مزيدًا من الفعالية والشفافية في العلاقات التعاقدية، وهي تنهض بدور تعزيز مبادرة الأطراف المتعاقدة للاستعداد للمخاطر، من خلال محتوى تعاقدي عقلاني ومنفتح؛ لذلك لا مناص من الاستفادة من هذه الأدوات بشكل جيد، واستخدامها في عقود المستقبل؛ حيث ستكون ناجعة للغاية، خاصة في حالات الأزمات.

(151) T. Masmoudi, «Le droit à l'ère de l'intelligence artificielle : le droit in data ou l'impact de l'intelligence artificielle sur le monde juridique», Revue tunisienne de droit, CPU, 2023, p.197 et s.

قائمة المراجع

أولًا: المراجع العربية

1- الكتب

- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1997.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط2، منشورات الأطرش، تونس، 1997.
- محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزامات، العقد، منشورات الأطرش، تونس، 2019.
- عبدالله بن محمد العمري:
  - التغيرات المناخية والاحتباس الحراري، موسوعة العمري في علوم الأرض، جامعة الملك سعود، الرياض، 2023.
  - المشاكل البيئية وحلولها، موسوعة العمري في علوم الأرض، جامعة الملك سعود، الرياض، 2023.
- عبدالقادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2023.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام العقد – العمل غير المشروع – الإثراء بلا سبب – القانون، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.
- فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد – العراق، 1969.

2- الرسائل العلمية

- عائشة مفلح أحمد أبو زيد، نظرية الظروف الطارئة، رسالة منشورة في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، كلية الحقوق، الخرطوم، ع13، 2021.

- خميس صالح المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد: دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، أطروحة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017.

3- البحوث العلمية

- كمال نقرة، انعكاس جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة المنار، تونس، ع30، 2021.
- محمد محمد عبداللطيف، القانون الناعم قانون جديد للسلوك الاجتماعي، مجلة عالم الفكر، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، دولة الكويت، ع174، أبريل – يونيو، 2018.
- محمد كمال شرف الدين وزينة الصيد، جائحة كورونا وتنفيذ الالتزامات، مجلة الأحداث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، ع30، 2021.
- نور العبدالرزاق، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الإيجار في ظل جائحة كورونا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س9، ع2، ع ت34، شوال – ذو القعدة 1442هـ/ يونيو 2021.
- سميرة حصايم، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقود الدولية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، مج5، ع1، 2022.
- عنادل المطر، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة على العقود الملزمة للجانبين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س9، ع2، ع ت34، شوال – ذو القعدة 1442هـ.
- صلاب سيد علي وحليمة فوغالي، دور الكيانات عبر الوطنية في حماية البيئة .. الاتحاد الأوروبي نموذجًا، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة باتنة 1، الجزائر، ع1، 2017.
- رضا محمد هلال، مخاطر التغيرات المناخية على الأمن الوطني وسياسات مواجهتها في الخبرة الآسيوية، المجلة الدولية للسياسات العامة في مصر، مج3، ع4، أكتوبر 2024.

- تحسين جعفر يحيى الرستم، نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع والفقه والقضاء، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2024.

ثانيًا: المراجع الأجنبية

1- الكتب

- Ch. Albiges, Introduction Au Droit, 7ème Edition, Bruylante, Belgique, 2021.
- D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, Dictionnaire Du Contrat, Sous La Direction De D. Mazeaud, R. Boffa, N. Blanc, LGDJ, Paris, 2018.
- F. Terre, L. Fitoussi, Prolégomènes, In «Pour Une Réforme Du Droit Des Contrats», Dalloz, Paris, 2009.
- F. Feki Ben Amor, La Notion Du Contrat D'assurance, Takaful Et Classique, Latrach Edition, Tunisie, 2023.
- H. Barbier, La Liberté De Prendre Des Risques, Pu D'aix-Marseille, France, 2011.
- H Ben Salah, K Ben Messaoud, Droit Et Environnement : Quelles Mutations? Colloque, Fdspt, Edition Latrach, Tunisie, 2022.
- J. Dechepy-Tellier, J. Guillaume, Le Droit Des Contrats En Schémas, 3ème Edition Ellipses, 2021.
- J. A Horney, The Conversation On Extreme Weather, Johns Hopkins University Press, 2025.
- J. Rawls, Théorie De La Justice, Ed. 1971, Trad Par C. Audard, Editions Seuil, Paris, 1987.
- J. Carbonnier, Droit Civil, 4/ Les Obligations, PUf, Paris, 1998.
- J. Carbonnier, Flexible Droit, Pour Une Sociologie Du Droit Sans Rigueur, 10ème Ed, LGDJ, Paris, 2014.
- J. Rochfeld, Les Grandes Notions Du Droit Privé, 2ème Ed, LGDJ, Paris, 2013.

- J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, Traité De Droit Civil, La Formation Du Contrat, Tome 1, Le Contrat, Le Consentement, Ed Point Delta, Paris, 2014.
- M. Fabre-Magnan, Droit Des Obligations, 1_Contrat Et Engagement Unilatéral, LGDJ, Paris, 2021.
- Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit Des Obligations, 2è Edition, Lexisnexis, Paris, 2017.
- Ph. Delebecque, F-J, Pansier, Droit Des Obligations, Contrat Et Quasi-Contrat, Lexisnexis, Paris, 2013.
- S. Segovia-Kueny, Enjeux Du Changement Climatique, Afnor Editions, 2009

2- البحوث العلمية

- A. Bsais, L. Mokaddem, « L'impact Du Changement Climatique Sur L'agriculture Et La Croissance Economique De La Tunisie », In Énergie, Changement Climatique Et Développement Durable Le Cas Des Pays Magrébins, Cpu, 2010.
- A. Michelot, « A La Recherche De Justice Climatique- Perspectives A Partir Du Principe De Responsabilités Communes Mais Différenciés », In Changements Climatiques Et Défi Du Droit, Actes De La Journée D'études Du 24 Mars 2009, Bruylant, Bruxelles, 2010
- A. Nenni, «Le Droit Souple, Vivacité Ou Décadence Du Droit», Mélanges En Hommage Du Professeur M. Bagbag, Ed Latrach, 2021.
- Chang-Gil Kim, The Impact of Climate Change on The Agricultural Sector: Implications of The Agro-Industry for Low Carbon, Green Growth Strategy And Roadmap For The East Asian Region, 2012.
- C. Menard, «Imprévision Et Contrats De Longue Durée: Un Economiste A L'écoute Du Juriste», In Etudes Offertes A J. Ghestin, LGDJ, Paris, 2015.
- C. R. Enochs, Kunle Uthman, Texas Courts Grapple With Winter Storm Uri Force Majeure Claims Undernaesb Contracts, Client Alerts, Reed Smith Llp, See: Https://Www.Reedsmith.Com/En/Perspectives/2023/05/Texas-Courts-Grapple-Winter-Storm-Uri-Majeure-Claims-Naesb.

- É. Fokou, La Notion D'économie Du Contrat En Droit Français Et Québécois, Revue Générale De Droit, Université D'ottawa, Vol.46, No.2, (2016).
- E. Mik, AI in Negotiating & Entering into Contracts, Chapter in Forthcoming Book Edited By Larry Dimatteo «AI & Private Law", The Cambridge Handbook Of Artificial Intelligence, Cambridge University Press, 2022.
- E. Costas Synolakis, Gerard Fryer, Tsunami: The Underrated Hazard, Eos Transactions American Geophysical Union, Vol.82, No.48, January 2001.
- F. Terre, La Crise De La Loi, Apd, Tome 25, Sirey, Paris, 1980.
- J-F. Germain, Y. Innane, J-Van Zuylen, La Force Majeure Dans Le Droit Commun Des Obligations Contractuelles, In La Force Majeure, Etat Des Lieux, Ouvrages Collectif, Anthemis, 2013.
- H. Autto , Helena Haapio Htt , And Jouko Nuottila, Contracts Rethought And Redesigned: A New Era With Ai, International Journal Of Commerce And Contracting, 2024 , Https://Research.Ulapland.Fi/En/Publications/Contracts-Rethought-And-Redesigned-A-New-Era-With-Ai?.
- H. Mehta, The Role of AI In Countering Climate Change: Legal, And Ethical Challenges in European Union and Ukraine, Indian Journal of Integrated Research In Law, Volume Ii Issue V |, 2022.
- K. Peter Berger and Daniel Behn, Force Majeure and Hardship in The Age of Corona: A Historical and Comparative Study, Revue De Règlement Des Différends De Mcgill, Vol.6, No.4, (2019-2020).
- K. Garg, George G. Tumanishvili, Legal Aspects and Implications of Climate Change, International Journal of Law: «Law and World", 2021.
- M. Aglietta & Étienne Espagne, Climate and Finance Systemic Risks, More Than an Analogy? Cepii Working Paper, Research and Expertise on The World Economy, 2016.
- M. Nevitt, The Legal Crisis Within The Climate Crisis, Stanford Law Review, 2024.
- M. Er, Umit S. Bititci, Abhijeet Ghadge, Modelling The Impact Of Climate

Change Risk on Supply Chain Performance, International Journal of Production Research, Vol.59, Iss.24, July 2020.

- M. Riemer, The Limits of Weather Forecasting: How Far Into The Future Can We Look?, 5 February 2024, Source(S): Johannes Gutenberg Universität Mainz : Https://Www.Preventionweb.Net/News/Limits-Weather-Forecasting-How-Far-Future-Can-We-Look.
- Ralf Christian Michaels, The True Lex Mercatoria: Private Law Beyond The State, Indian Journal of Global Legal Studies, August 2008.
- S. Mallouli, Le Juge Et L'équité, Rtd, Tunisie, 1983.
- Stefano Materia, Lluís Palma García, Chiem Van Straaten, Sungmin O, Antonios Mamalakis, Leone Cavicchia, Dim Coumou, Paolo De Luca, Marlene Kretschmer, Markus G. Donat, Artificial Intelligence For Prediction of Climate Extremes: State of The Art, Challenges, and Future Perspectives, Wires Climate Change: 2024 Https://Arxiv.Org/Pdf/2310.01944.
- S. Oruc, Huseyin Attila Dikbas, Berkin Gumus, Ismail Yucel, The Impact of Climate Chang Construction Activity Performance, Buildings, Vol.14, Iss.2, 2024: Https://Doi.Org/10.3390/Buildings14020372.
- L. Rozes, «Quelques Remarques Sur L'évolution Récente Du Droit Des Contrats», In « Regards Critiques Sue Quelques (R)Evolution Récentes Du Droit, Presse De L'université Des Sciences Sociales De Toulouse 2005.
- M. Haddar, «Énergie, Changement Climatique Et Développement Durable», In Énergie, Changement Climatique Et Développement Durable Le Cas Des Pays Magrébins, Cpu, 2010.
- T. Masmoudi, «Le Droit A L'ère De L'intelligence Artificielle: Le Droit In Data Ou L'impact De L'intelligence Artificielle Sur Le Monde Juridique», Revue Tunisienne De Droit, Tunisie, Cpu, 2023.

ثالثًا: المواقع الإلكترونية

- https://wmo.int/ar.
- https://www.un.org/ar/climatechange/reports.

- https://unfcc.int.
- https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2024.
- https://ceh.unicef.org/events-and-resources/knowledge-library/state-global-air-2024.
- https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-
- https://www.courdecassation.fr.
- https://juricaf.org/.
- https://www.legifrance.gouv.fr.
- https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools.
- https://paris.tribunal-administratif.fr.
- https://www.cassation.tn.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	235
المقدمة	237
المبحث الأول: الحلول القانونية المتاحة	246
المطلب الأول: الحل القانوني في حالة استحالة التنفيذ	246
الفرع الأول: القوة القاهرة كحل قانوني متاح	246
الفرع الثاني: آثار القوة القاهرة	250
المطلب الثاني: الحل القانوني في حالة التنفيذ شديد الإرهاق بالنسبة إلى المدين	253
الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة .. بديل قابل للتطبيق	253
الفرع الثاني: آثار الإقرار بتطبيق نظرية الظروف الطارئة	258
المبحث الثاني: نجاعة الحلول القابلة للتطبيق	260
المطلب الأول: النجاعة على مستوى التطبيق القضائي	260
الفرع الأول: معالجة كل حالة على حدة	260
الفرع الثاني: المعايير التي تحد من دور القاضي	264
المطلب الثاني: نجاعة دور إرادة الأطراف المتعاقدة	267
الفرع الأول: المبادرة التعاقدية لتعديل العقد	268
الفرع الثاني: اللجوء إلى الأساليب البديلة لحل النزاعات	272
الخاتمة	275
قائمة المراجع	279

ماهية المنتج المعلوماتي وعيوبه(*)

الملخص

يتناول البحث مفهوم «المنتج المعلوماتي» (برمجيات الحاسوب وأنظمة الذكاء الاصطناعي). ويحلل طبيعته التقنية والقانونية، ومسؤولية المنتج عن عيوبه، ويوضح أن الجدل بشأن تصنيف البرمجيات بدأ منذ ثمانينيات القرن الماضي؛ إذ اختلفت التشريعات والقضاء بين اعتبارها مجرد تعليمات برمجية، أو مُنتَجًا قائمًا بذاته، أو جزءًا من العتاد الحاسوبي. ومع تطور التكنولوجيا، ازدادت الحاجة إلى تصنيف أكثر دقة لهذه البرمجيات، خاصةً مع ظهور أنظمة الذكاء الاصطناعي.

يبرز البحث تحديات التكييف القانوني للبرمجيات في التشريعات المختلفة، حيث تختلف الحماية القانونية لها بين قوانين الملكية الفكرية، والقوانين الجنائية، وأحكام القضاء. ويتناول التوجيهَ الأوروبي الجديد – بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة، والذي يعترف بالبرمجيات بوصفها مُنتَجًا مستقلًا، ويحدد مسؤولية مُنتِجها عن عيوبها. ويتناول البحث – كذلك – مفهوم العيب المعلوماتي مقارنة بالعيوب التقليدية في المنتجات المادية، موضحًا أن البرمجيات قد تعتورها عيوب في التصميم، أو التصنيع (الإعداد)، أو انعدام أو نقص في التحذيرات. ويطرح البحث أسئلة جوهرية عن إمكان تطبيق معايير المسؤولية عن المنتجات



د. محمد عبدالله علي
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون – جامعة عجمان
الإمارات العربية المتحدة
mohd.abdullah@fu.ac.ae

*

* متخصص في القانون الخاص والملكية الفكرية.
* حاصل على درجة الدكتوراه في الحقوق بتقدير امتياز من جامعة عين شمس بجمهورية مصر العربية عام 2007، عن أطروحته الموسومة: «نحو نظام قانوني خاص بحماية برمجيات الحاسب»، كما حصل على درجة الماجستير في القانون الخاص بتقدير امتياز.
* يمتلك خبرة أكاديمية وتدريسية ممتدة في عدد من الجامعات العربية، ويعمل أستاذًا مشاركًا في القانون المدني بدولة الإمارات العربية المتحدة.
* تتركز اهتماماته البحثية في القانون المدني، والملكية الفكرية، وحماية البيانات الشخصية، والقانون الرقمي، والذكاء الاصطناعي، والمسؤولية المدنية.
* له عدد من البحوث المنشورة في مجلات علمية محكَّمة، من بينها مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ومجلة الشريعة

(*) تاريخ تقديم البحث: 8 مارس 2025 وتاريخ قبوله: 27 أبريل 2025

التقليدية على المنتجات المعلوماتية، خاصة فيما يتعلق بتحميل المسؤولية عند وقوع ضرر بسبب خطأ، أو خلل في البرنامج، أو نظام الذكاء الاصطناعي.

وفي الختام، يقترح البحث تبني مفهوم «المنتج المعلوماتي»، مع تطوير أطر قانونية تستوعب طبيعته الهجينة، وتحدد مسؤوليات المُنتِجين والمستخدمين وفقًا لمستويات السيطرة على المخاطر. كما يؤكد ضرورة تحديث التشريعات لتواكب التطورات السريعة في الذكاء الاصطناعي، خصوصا فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأخطاء غير المتوقعة، والقرارات المستقلة لهذه الأنظمة.

كلمات دالة: المنتج المعلوماتي، عيوب المنتج المعلوماتي، عيب الإعداد، عيب التصميم، عيب التحذير.

والقانون بجامعة الإمارات، ومجلة العلوم القانونية، إضافة إلى مشاركات في مؤتمرات علمية متخصصة، وله مؤلفات في مجال الملكية الفكرية.

* كما شارك في مناقشة العديد من رسائل الماجستير وتحكيم الأبحاث العلمية.

المقدمة

أولا: موضوع البحث وأهميته

تعد البرمجيات – على اختلاف أنواعها – تجسيدًا عظيمًا للتطور التكنولوجي. وتمثل في علاقتها بعتاد الحاسوب آلة شاملة Universal Machine[1]؛ فقابلية الحاسوب للبرمجة جعلته مطواعًا لأداء مختلف الوظائف والمهام التي كانت تُنفَّذ بواسطة آلات وأدوات لا حصر لها[2].

هذه القدرة الشاملة، والطبيعة الرمزية الرياضية المنطقية للبرمجيات كانت – ولا تزال – تثير الجدل والخلاف عند محاولة تصنيفها وتأطيرها بين الأشياء. ويعود جذر هذا الخلاف المنهجي في تعريفها إلى أن مناط التفريق بين الأشياء المادية وغير المادية يتمثل في مدى تجسيد الشيء تجسيدًا ماديًّا يمكن إدراكه بالحواس من عدمه. وهذه التفرقة – قبل ظهور تكنولوجيا المعلومات – كانت تتم بسهولة بين الأشياء، غير أن البرمجيات – وإن كانت رموزًا رياضية منطقية – تتميز بتأثيرها المادي عند تفاعلها مع عتاد الحاسب، وتحقيق مهام واقعية ملموسة.

وتتجلى هذه الطبيعة المتميزة للبرمجيات في سياق مختلف التشريعات؛ حيث تسمح حماية برنامج الحاسوب في قانون حق المؤلف – بوصفه مصنَّفًا أدبيًّا – بتطبيق النصوص التي تُجرِّم أفعال الاعتداء على المصنفات المحمية بحق المؤلف. كما أن مد حماية قانون براءة الاختراع للبرنامج، في بعض الأنظمة القانونية، يسمح بتطبيق النصوص التي تُجرِّم أفعال الاعتداء على الاختراعات [3]. ويتيح إمكان أن يكون برنامج الحاسب

(1) تعود تسمية الحاسوب بالآلة الشاملة إلى العالم البريطاني ألان تورينج Alan Turing، وذلك في ورقته البحثية الشهيرة، في العام 1936 بعنوان:

"On Computable Numbers, With an Application to The Entscheidungsproblem"

انظر تفصيلًا لدى:

Andrew Hodges, Alan Turing: The Enigma, Princeton University Press, USA, 2014.

(2) على الرغم من أن مصطلح «البرمجيات» يُستخدَم بشكل شائع، مرادفًا لـ «برنامج الحاسوب»، فإنه يشير إلى أكثر من ذلك؛ فالبرمجيات قد تشير إلى معنى ضيق لبرنامج الحاسوب، باعتباره «مجموعة من التعليمات القادرة على جعل آلة ذات قدرات لمعالجة المعلومات أن تؤدي وظيفة أو مهمة أو نتيجة معينة»، والبرمجيات أيضًا قد تشير إلى المواد الداعمة (وثائق، وتعليمات المستخدم... وما إلى ذلك)، أو إلى مجموعة من التعليمات البرمجية المتعددة الأغراض. انظر تفصيلًا:

Tanya Aplin, Jennifer Davis, Intellectual Property Law, second edition, Oxford University Press, UK, 2013. Pp.71-74.

(3) انظر تفصيلًا: محمد حسن عبدالله، حماية برامج الحاسب بقانون براءة الاختراع في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، ع47، 2011.

سرًّا تجاريًّا – متى توافرت فيه شروط السر التجاري – تطبيق نصوص تجريم أفعال الاعتداء على مثل هذه الأسرار.

وإذ تؤسَّس الحماية المذكورة على أساس نظام حماية حقوق الملكية الفكرية، فإنها لم تستبعد تطبيق تشريعات جزائية خاصة، مثل قوانين مكافحة جرائم تكنولوجيا المعلومات[4]، على أفعال إجرامية يثير تكييفها بوصفها جرائم يُعاقَب عليها بقانون العقوبات جدلًا واسعًا في أوساط الفقه الجنائي[5]، مثل: جريمة الإتلاف؛ لأن هذه الجرائم لا تكتمل أركانها إلا إذا كان محل الاعتداء مالًا ماديًّا.

وتتميز البرمجيات بإمكان دمجها في منتج، أو توصيلها به من بُعد، وبالتالي التأثير في أدائه، ويمكن أيضًا تشغيلها بوصفها تطبيقًا مستقلًا يتم تثبيته على منتج ملموس، ويعمل من دون اتصال بالإنترنت[6]. فضلًا على برمجيات الذكاء الاصطناعي التي تضيف إشكالية أخرى، والمتمثلة في قدرتها على الفعل المستقل عن الإشراف البشري المباشر.

ويمتد هذا الجدل إلى تشريعات حماية المستهلك من المنتجات المعيبة التي تنص أغلبها على الطبيعة المادية الملموسة للمنتجات، والتي ترفض قبول برنامج الحاسوب في طائفة المنتجات التي يمكن أن يُسأل مُنتِجها عن عيوبها. بيد أن المشرع الأوروبي كان سبَّاقًا إلى التصدي لهذه التحديات بإصداره توجيهًا جديدًا بشأن مسؤولية المُنتِج عن عيوب منتجاته، ينص على البرنامج بوصفه مُنتجا[7]. وكان المشرع الإماراتي سبَّاقًا في تعريفه

(4) انظر القانون الكويتي رقم 63 لسنة 2015، في شأن مكافحة جرائم تكنولوجيا المعلومات، ونظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/17 بتاريخ 1428/3/8 الموافق 27 مارس 2003، وكذلك المرسوم بقانون اتحادي إماراتي رقم 34 لسنة 2021 في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية.

(5) انظر على سبيل المثال: هدى حامد قشقوش، جرائم الكمبيوتر والجرائم الاخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات، المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي (25 – 28 أكتوبر 1993)، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص 563 – 570؛ حيث أشارت إلى تبني المشرع الفرنسي تجريم الإتلاف العمدي للبرمجيات والبيانات (المال المعلوماتي المعنوي) بنص المادة (4/462) من قانون العقوبات الفرنسي. وانظر كذلك: محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2003، ص250 و251؛ حيث يشير إلى رأي بعض الفقه الفرنسي في توصيف البرمجيات، باعتبارها من الأموال المادية غير المرئية، قياسًا على إدراج الطاقة الكهربائية، وهي غير مرئية في طائفة الأموال المادية ذات التكوين الخاص.

(6) Shu Li, and Béatrice Schütte, The proposal for a revised Product Liability Directive: The emperor's new clothes?, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol.30, Iss.5, (2023), p.577. The proposal for a revised Product Liability Directive: The emperor's new clothes? (sagepub.com).

(7) Directive (EU) 2024/2853 of The European Parliament and of The Council of 23 October 2024 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/EEC.https://eur-lex.

السلعة باعتبارها: «كل مادة طبيعية... أو منتج فكري أو تقني... إلخ»[8].

ثانيًا: إشكالية البحث

إن هذا التضارب في توصيف برنامج الكمبيوتر، وصولًا إلى أنظمة الذكاء الاصطناعي، وهي شكل أرقى من البرمجة، قد يبدو أنه وجد حله في التوجيه الأوروبي الذي ينص على أن المنتج هو: «جميع المنقولات، حتى لو كانت مدمجة في منقول آخر أو متصلة به أو بعقار آخر؛ ويشمل ذلك الكهرباء وملفات التصنيع الرقمية والمواد الخام والبرمجيات»[9].

ونص على اعتبار المنتج معيبًا «إذا لم يوفر السلامة التي يحق للشخص أن يتوقعها أو المطلوبة بموجب قانون الاتحاد أو القانون الوطني»[10]. وهذا التعريف للعيب، وهو توقع المستهلك السلامة والأمان عند استخدامه المنتجَ، ليس جديدًا فهو التعريف ذاته الذي كان المشرع الأوروبي يتبناه في التوجيه السابق الملغى[11]، والذي لايزال يسود النظام القانوني الأمريكي.

بيد أن الاعتراف بالبرمجيات مُنتَجًا من المنتجات، من دون توصيف يراعي جميع خصائصها، ويعيد النظر في الاعتماد على منهجية التمييز المطلق بين الأشياء، بين كونها مادية أو معنوية، وإهمال ظاهرة البرمجيات التي تتمتع بتكوين معنوي وتأثير مادي، أي بكلمات أخرى أن يكون التمييز بين الأشياء تمييزًا وظيفيًا يقوم على ما تؤديه الأشياء من مهام، وليس تمييزًا عضويًا يقوم على تكوين الأشياء وقابليتها للحيازة المادية. فلا بد من تأصيل مفهوم ملائم لبرمجيات الكمبيوتر وأنظمة الذكاء الاصطناعي، بوصفها منتجات معلوماتية، وبيان ماهية عيوبها لإدراجها في سياق التنظيم القانوني للمسؤولية عن أضرار المنتجات.

---

europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202402853, last accessed: 18/1/2025.

(8) المادة (1) من القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 2020، في شأن حماية المستهلك. تشريعات الإمارات العربية المتحدة، قانون اتحادي في شأن حماية المستهلك.

(9) Article (4)/ (1) 'product' means all movables, even if integrated into, or inter-connected with, another movable or an immovable; it includes electricity, digital manufacturing files, raw materials and software;

(10) Article (7)/ 1. A product shall be considered defective where it does not provide the safety that a person is entitled to expect or that is required under Union or national law.;

(11) Article (6): A product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect. eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374.

ثالثًا: أهداف البحث

يحاول البحث تحقيق الأهداف التالية:

1- تأصيل برنامج الحاسوب التقليدي، أو برنامج الذكاء الاصطناعي، بوصفه مُنتَجًا معلوماتيًّا له طبيعته الخاصة التي تميزه عن بقية المنتجات المادية التقليدية.

2- مواءمة العيوب المتعارف عليها في المنتجات التقليدية على المنتجات المعلوماتية، وبيان العيوب المميزة للمنتجات المعلوماتية.

3- تطبيق معايير/ اختبارات التحقيق القضائي للاستدلال على عيوب المنتج التقليدي عند الاستدلال على عيوب المنتج المعلوماتي، واستنباط معايير جديدة تلائم المنتجات المعلوماتية.

4- إيجاد آلية لإثبات العيب في المنتجات المعلوماتية، لا سيما في أنظمة الذكاء الاصطناعي، في ضوء الافتقار إلى القدرة على التتبع والشفافية في عملية صنع القرار الآلي.

رابعًا: منهجية البحث

استخدم الباحث المنهج التحليلي المقارن لإبراز الجوانب التي تؤيد فرضياته واستنتاجاته في كل من النظام القانوني الأمريكي والأوروبي.

خامسًا: نطاق البحث

انصب البحث على النظام القانوني الأمريكي والأوروبي، مع الإشارة المحدودة إلى القانون البريطاني والإماراتي.

سادسًا: خطة البحث

نتناول – بدايةً – محاولات تأطير برنامج الحاسوب بوصفه مُنتَجًا معلوماتيًّا؛ للوصول إلى إسباغ هذا المفهوم على نظام الذكاء الاصطناعي (المبحث الأول). وتأصيل مفهوم العيب المعلوماتي، مستعينين بنصوص تشريعات الاتحاد الأوروبي، سواء الخاصة بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة، أو قانون الذكاء الاصطناعي مقارنة بالنظام القانوني الأمريكي وقانون حماية المستهلك في الإمارات (المبحث الثاني). وإثبات العيب المعلوماتي في أنظمة الذكاء الاصطناعي (المبحث الثالث).

المبحث الأول
مفهوم المنتج المعلوماتي

بدأ الخلاف بشأن طبيعة المنتج المعلوماتي (برمجيات الحاسوب) منذ ظهور صناعة الحواسيب الشخصية، وانتشار إنتاج وبيع البرمجيات بمختلف أنواعها التشغيلية والتطبيقية. حيث ظهرت محاولات لتصنيف البرنامج بوصفه شيئًا معلوماتيًّا. ولكن هذه المحاولات لم تفلح في إقناع المُشرع الدولي أو الوطني، حيث استقر على حماية برمجيات الحاسوب بوصفها مصنفات أدبية بقانون حق المؤلف. وتم رفض حمايتها بقانون براءة الاختراع، حيث رجحت وجهة النظر القائلة بأنها غير مادية بالنظر إلى طبيعتها الأولية المتمثلة في أرقام ورموز مكتوبة[12].

ولكن هذا التوصيف لم يعد مستقرًا؛ فقد نالت منه كثير من التشريعات، سواء الجنائية، أو التشريعات المسؤولية عن عيوب المنتجات (مطلب أول)، وأحكام القضاء (مطلب ثانٍ)، والطبيعة الخاصة للبرمجيات (المنتجات المعلوماتية) (مطلب ثالث).

المطلب الأول
توصيف المنتج المعلوماتي (البرمجيات) في التشريع

نتناول توصيف المنتجات المعلوماتية في التشريع الجنائي (فرع أول)، وفي تشريع المسؤولية عن عيوب المنتجات (فرع ثانٍ).

الفرع الأول
توصيف المنتج المعلوماتي في التشريع الجنائي

من نافل القول التأكيد أن جريمة الإتلاف، في سياق أحكامها التقليدية، لا تنص على البرمجيات أو المعلومات عمومًا محلًا لجريمة الإتلاف؛ حيث إن جميع النصوص التي تتناول أحكام هذه الجريمة في التشريعات المختلفة تُجرِّم إتلاف المنقولات[13].

(12) نصت المادة (10) من اتفاقية تربس على حمايتها بوصفها مصنفات أدبية، وهي الاتفاقية المتعلقة بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية، الملحق الثالث لاتفاقية الجات المنشئة لمنظمة التجارة العالمية بالصيغة المعدلة في 23 يناير WIPO Lex (2017).

(13) على سبيل المثال تُجرِّم المادة (464) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 31 لسنة 2021، بإصدار قانون الجرائم والعقوبات، الهدمَ والاتلاف للمال المملوك للغير، ثابتًا كان أو منقولًا. والمادة (361) من قانون

لذلك اتجه المشرعون إلى تجريم إتلاف المنتجات المعلوماتية، بتشريعات أو نصوص خاصة، ومنها المرسوم بقانون اتحادي رقم 34 لسنة 2021 بشأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية الإماراتي؛ حيث يُجرِّم المشرع الإماراتي اختراق أنظمة المعلومات، ويشدد العقوبة إذا ترتب على الاختراق تدمير أو اتلاف بيانات أو معلومات[14].

وفي الفصل الخاص بالاعتداءات على الأنظمة لمعالجة البيانات يشدد المشرع الفرنسي العقوبة على جريمة الدخول غير المشروع على البيانات المعالجة بصورة آلية، إذا أدى ذلك إلى حذف أو تعديل البيانات الموجودة في النظام، أو تغيير طريقة عمل هذا النظام [15]. ويُعاقِب أيضًا على عرقلة أو تشويه وظيفة نظام معالجة البيانات[16].

العقوبات المصري، التخريبَ والإتلافَ الواقع على المال الثابت أو المنقول. وكذلك الفقرة الأولى من المادة (322) من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تُجرِّم أفعال التخريب والإتلاف التي تقع على المنقول والعقار. وكذلك المادة (291) من قانون العقوبات الدنماركي. كما تجرم المادة الأولى من الباب الثاني عشر من قانون العقوبات السويدي إتلاف الأشياء المادية المملوكة للغير. كما تجرم الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الإنجليزي الصادر في العام 1971 الخاص بالإتلاف، أي فعل يعرض الأموال المنقولة المملوكة للغير للإتلاف، انظر تفصيلًا: نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص119.

(14) نصت المادة (2) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 34 لسنة 2021، بشأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية الإماراتي على التالي:

1 – يُعاقَب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن (100000) مائة ألف درهم ولا تزيد على (300000) ثلاثمائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كلَّ من اخترق موقعًا إلكترونيًا أو نظام معلومات إلكترونيًّا أو شبكة معلومات أو وسيلة تقنية معلومات.

2 – وتكون العقوبة هي الحبس مدة لا تقل عن (6) ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن (150000) مائة وخمسين ألف درهم، ولا تزيد على (500000) خمسمائة ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ إذا ترتب على الاختراق إحداث أضرار أو تدمير أو إيقاف عن العمل، أو تعطيل موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلومات أو وسيلة تقنية المعلومات، أو إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر أو الحصول على أي بيانات أو معلومات أو خسارة سريتها. وانظر المادة (2) من قانون مكافحة تكنولوجيا المعلومات الكويتي التي نص على الحكم نفسه.

(15) Article (323-1) Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende.

Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

(16) Article (323-2) Modifié par LOI n°2015-912 du 24 juillet 2015 - art. 4.

Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

Lorsque cette infraction a été commise à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 300 000 € d'amende.

ويُلاحَظ أن المشرع الفرنسي لم يضع شروطًا تتعلق بطبيعة المعلومات محل الإتلاف، بل ترك النص عامًّا ليتسع لكل أنواع المعلومات. كما أن طرق إتلاف المعلومات الواردة به تتسع لتشمل كل أشكال الاعتداء على المعلومات، بما في ذلك استخدام البرامج الخبيثة، أيًّا كانت وسيلة إدخالها إلى نظام الحاسب.

وتنص المادة (430) من قانون العقوبات الكندي، في الفقرة الأولى، على أنه: يعد مرتكِبًا لجريمة الإتلاف كل من يقوم بتدمير أو محو المعلومات، أو يقوم بأي عمل من شأنه أن تصبح المعلومات معه لا معنى لها، أو عديمة النفع والفائدة، أو يقوم بإعاقة نظام الحاسب الآلي عن أداء وظيفته»[17].

وفي المملكة المتحدة تنص المادة (3) من قانون إساءة استخدام الحاسبات للعام 1990، في فقرتها الأولى، على أنه: يعد مُرتكِبًا جريمة الإتلاف المعلوماتي كل من يقوم بعمل من شأنه إحداث تغييرات غير مصرح بها في محتوى أي حاسب، متى توافر لديه العلم والإرادة وقت قيامه بهذا الفعل».

وعرَّفت المادة (17) إحداث تغييرات في محتوى الحاسب بأنه تعديل أو محو البرامج أو المعلومات، أو إضافة معلومات أو برامج إلى الحاسب. وتعد إضافة المعلومات والبرامج إلى الحاسب إتلافا، كما في حال إدخال البرامج الخبيثة إلى الحاسب[18].

فالمشرع الجنائي – في النظام القانوني المقارن – يقر بالضرر المادي الذي يلحق بالمنتجات المعلوماتية، واعتبارها «تالفة»[19]. وسبق للقضاء الإنجليزي أن قرر: «أن كلًّا من البيانات والبرمجيات يمكن تغيير الوسط الذي تم تخزينها فيه فعليًّا، حتى لو لم يكن من الممكن تمييز هذه التغييرات بالعين المجردة؛ حيث تبيَّن أن حذف برنامج حاسوبي من بطاقة دائرة مطبوعة تتحكم في منشار إلكتروني يرقى إلى مستوى الإضرار بالممتلكات الملموسة، بموجب المادة (1) الفقرة 1 من قانون الأضرار الجنائية 1971»[20].

وقررت المحكمة العليا النيوزيلندية «أن الملفات الرقمية يمكن تحديدها، ولها قيمة، ويمكن نقلها إلى آخرين. كما أن لها وجودًا ماديًّا، وإن كان لا يمكن اكتشافه بواسطة الحواس. سواء تم تصنيفها على أنها ملموسة أو غير ملموسة، فإن الملفات الرقمية تظل

(17) Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46). Criminal Code (justice.gc.ca).

(18) Computer Misuse Act 1990. Section 17. Computer Misuse Act 1990 (legislation.gov.uk).

(19) ومن المفارقة الجديرة بالتوقف عندها أن الهجمات الإلكترونية التي قد تدمر أو تعطل أنظمة وشبكات بحالها تتم بواسطة برمجيات خبيثة، وهي المسماة بالفيروسات.

(20) (19) R v Whitely [1993] FSR 168 (CA).

ملكية وفق القانون الجنائي»[21].

الفرع الثاني

توصيف المنتج في تشريعات المسؤولية عن المنتجات المعيبة

يُعرِّف المشرع الأمريكي المنتج بوصفه: «ملكية شخصية ملموسة يتم توزيعها تجاريًا للاستخدام أو الاستهلاك»[22]؛ فالتعريف يشير إلى كون المنتج ملموسًا من دون الإشارة إلى طبيعته، فيما إذا كان عقارًا أو منقولًا أو سلعة أو خدمة. وكان المشرع الفرنسي حريصًا على القول بأن: «المنتج هو كل مال منقول، ولو كان مدمجًا في بناء، بما في ذلك منتجات الأرض وتربية وصيد الحيوانات والأسماك». تعتبر الكهرباء مُنتَجًا[23]، وهو التعريف المستنبط من التوجيه الأوروبي الملغى الذي كان ينص على: «المنتج هو جميع المنقولات، حتى إن كانت مدمجة في منقولات أخرى، أو في عقارات، باستثناء المنتجات الزراعية الأولية واللحوم البرية. وتعني عبارة «المنتجات الزراعية الأولية» منتجات التربة وتربية الماشية ومصايد الأسماك، باستثناء المنتجات التي خضعت للمعالجة الأولية. وتشمل عبارة «المنتج» الكهرباء[24].

وتنص إرشادات حكومة المملكة المتحدة المنشورة في العام 2001 على أن مسؤولية المنتج «لا يقصد منها أن تمتد إلى المعلومات البحتة؛ حيث لا تتأهل السلع المكونة من «معلومات خالصة»، مثل برامج الكمبيوتر، لمسؤولية المُنتِج إلا عندما يتم توريدها كمكون لمنتج مادي»[25].

تم توحيد وتعديل الأحكام القانونية القائمة المتعلقة بالمستهلكين، بموجب قانون حقوق المستهلك للعام 2015 الذي يُعرِّف «السلع» بأنها «أي سلع مادية منقولة»، بما في ذلك الكهرباء والغاز والمياه التي تم قياسها. ويتوافق هذا التعريف مع تعريف «المنتجات» في قانون حماية المستهلك للعام 1987.

(21) NZ case of Dixon v, [2016] 1 NZLR 678.

انظر تفصيلًا:

Benjamin Hayward, What's in a Name? Software, Digital Products, and the Sale of Goods, Sydney Law Review, Vol. 38, 2016, pp.441-462 & pp.443-444.

(22) 15 U.S. Code § 2301 – Définitions.

(23) Article (1245-2), Création Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2.

(24) Article(2) Directive - 85/374 - EN - Product Liability Directive - EUR-Lex (europa.eu).

(25) Department of Trade and Industry, 'Guide to the Consumer Protection Act 1987: Product Liability and Safety Provisions', 2001, p. 5. Guide To The Consumer Protection Act 1987: Product Liability and Safety Provisions | PDF | Consumer Protection | Safety.

ومع ذلك، يضيف قانون حقوق المستهلك للعام 2015 فئة أخرى فيما يتعلق بـ«المحتوى الرقمي»، أي «البيانات التي يتم إنتاجها وتوفيرها في شكل رقمي»[26].

إن إشارة المشرع الأوروبي، وبعده الفرنسي والبريطاني، إلى اشتمال مفهوم المنتج للكهرباء بشكل خاص تفيد استبعاد كل ما هو غير ملموس، ولذلك استند الباحثون الذين يرفضون اعتبار البرمجيات المستقلة مُنتَجًا في استدلالهم عادةً إلى المتطلب الوارد في التوجيه الأوروبي الملغى الخاص بالمسؤولية والنظام القانوني الأنجلو – أمريكي بأن تكون المنتجات ملموسة[27].

ونظرًا إلى أن التوجيه يذكر صراحةً كائنًا غير ملموس واحدًا فقط، ألا وهو الكهرباء، فإنهم يرون أنه ينبغي استبعاد كائنات غير ملموسة أخرى غير مذكورة من نطاق التوجيه.

وباتباع هذه المنهجية من التفكير، رأى هؤلاء الباحثون أنه ينبغي تصنيف البرمجيات المستقلة باعتبارها معلومات، ووضعها ضمن نطاق الخدمة وليس المنتج. واستدلوا أيضًا بالحكم الصادر من محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي (CJEU) في قضية كرون KRONE التي تتعلق بمقال صحافي يحتوي على نصيحة طبية خاطئة تسببت في ضرر[28].

حيث ميزت المحكمة، في هذه القضية، بشكل واضح بين النصيحة والوسيلة المادية (الصحيفة) التي تم تقديمها من خلالها. وخلصت إلى أنه في حين يمكن اعتبار الصحيفة مُنتَجًا، إلا أنها لم تؤدِ أي دور في الضرر الناجم، وأن النصيحة، كونها خدمة، تقع خارج نطاق التوجيه الخاص بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة. وبتطبيق هذا المنطق فإن تقديم البرمجيات، يشبه توفير المعلومات، ويجب التعامل معه بوصفه خدمة وليس مُنتَجًا.

ونعتقد أنه لو كانت قضية كرون المذكورة أعلاه تؤهل لتقديم المشورة عبر وسيلة «الصحيفة»، بوصفها خدمة، فلا يمكن قول الشيء نفسه عن المنتج المعلوماتي (البرنامج)؛ فالمنتج المعلوماتي كيان وظيفي منفصل يولد نصيحة فريدة في كل مرة، ويتم استخدامه بوصفه مُنتَجًا لتحقيق الغرض المُحدَّد الذي تم إنشاؤه من أجله (أي تقديم المشورة للأطباء).

(26) Consumer Rights Act 2015, c.15, s2(9).

(27) انظر المادة (2) من التوجيه:
eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374.

(28) KRONE – Verlag, European Court of Justice (2021, No. C-65/20), paras 36–37.

لذلك، فإن المنتجات المعلوماتية المُستخدمَة للتشخيص تشبه المنتج من حيث الجوهر. وعلاوة على ذلك، فإن هناك من أحكام القضاء ما يؤيد هذا النظر، مثل قرار محكمة العدل الأوروبية في قضية UsedSoft ضد Oracle، الداعم لفكرة أن المنتجات المعلوماتية هي منتج. في هذه القضية، قررت المحكمة: «أن تنزيل البرمجيات عبر الإنترنت مثله مثل شرائها مدمجة في قالب مادي»[29]. وبالتالي، إذا تم التعامل مع المنتجات المعلوماتية المدمجة في الأجهزة بالطريقة نفسها التي يتم بها التعامل مع المنتجات المعلوماتية المستقلة؛ فلماذا يجب أن تكون هناك مسؤولية عن المنتجات المعلوماتية المزودة بالأجهزة، ولكن لا توجد مسؤولية عن المنتجات المعلوماتية المستقلة؟

فإذا كان استنتاج ملموسية المنتجات المعلوماتية ينجم عن التمييز بين الحامل المادي لها (الأقراص) والمحتوى المعلوماتي (الخوارزميات والبيانات الواردة في البرنامج نفسه). ومن ثم يكون الأول ماديًا، ويُعَد مُنتَجًا، أما المحتوى المعلوماتي فلن يكون كذلك، وعليه فإن توجيه الاتحاد الأوروبي الملغى كان ينطبق على الحالات التي يكون فيها الضرر ناتجًا عن عيب في المواد الداعمة، ولكن ليس بسبب عيب في المعلومات الواردة في المنتج المعلوماتي. ويؤدي هذا التمييز إلى نتائج غير منطقية بالنسبة إلى المضرور؛ نظرًا إلى أن الحامل المادي للمنتجات المعلوماتية مثل القرص، يمكن استيعابه بسهولة في نطاق مفهوم المنتج الملموس، وتقبل الأضرار التي يسببها، وأما الضرر الناجم عن تطبيق محتويات الوسيط، أي خوارزميات المنتج المعلوماتي، على سبيل المثال الإصابة الشخصية الناجمة عن تناول الدواء الخطأ الذي وصفه نظام خبرة معيب[30] لن تكون مقبولة.

إن التمسك بهذا التمييز غير المنطقي لم يعد مجديًا؛ حيث يتم الآن الحصول على حزم المنتجات المعلوماتية بشكل منفصل، وتشغيلها على مجموعة من الأجهزة المتوافقة.

(29) انظر الفقرات 44-47 من الحكم:
Used Soft GmbH v Oracle International Corp.,eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0128

(30) الأنظمة الخبيرة هي تطبيق لتقنيات الذكاء الاصطناعي؛ حيث تتم محاكاة عملية التفكير البشري في نظام كمبيوتر؛ مما يتيح للنظام العمل كخبير بشري. تُستخدم الأنظمة الخبيرة من قبل المستخدمين المحترفين، مثل: المحامين والأطباء وما إلى ذلك، كمساعدة في اتخاذ القرار، أو من قبل المستخدمين غير المحترفين لحل مشكلة بأنفسهم، مثل: نظام الخبرة الطبي للتشخيص الأولي للأمراض في المنزل. من العام 2015 وحتى العام 2020 وحده، وافق الاتحاد الأوروبي على 224 أداة ذكاء اصطناعي طبية. انظر تفصيلًا:
Deimantė Rimkutė, AI and Liability in Medicine: The Case of Assistive-Diagnostic AI, Baltic Journal of Law & Politics, A Journal of Vytautas Magnus University, Lithuania, Vol.16, No.2, (2023), p.65.

وتذهب الحوسبة السحابية إلى أبعد من ذلك؛ حيث يتم الوصول إلى المنتج المعلوماتي المطلوب عن بُعد عبر الإنترنت، من دون الحاجة إلى تثبيته على جهاز مادي.

ولذلك أصدر الاتحاد الأوروبي توجيهًا جديدًا نص على تعريف المنتَج بأنه: «جميع المنقولات، حتى لو كانت مدمجة في منقول آخر أو في عقار، ويشمل المنتج الكهرباء وملفات التصنيع الرقمية والبرمجيات»[31].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعد التمييز بين المنتج والخدمة ضروريًّا، حيث يتم تطبيق أحكام المسؤولية الموضوعية على عيوب المنتج وأحكام المسؤولية القائمة على الخطأ (الإهمال)، إذا كان موضوع العقد خدمة[32].

ونلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يستخدم مصطلح المنتَج، وإنما يعرف السلعة والخدمة؛ حيث يعرف السلعة باعتبارها: «كل مادة طبيعية أو منتج صناعي أو زراعي أو حيواني أو تحويلي أو فكري أو تقني، بما في ذلك العناصر الأولية للمواد والمكونات التي تدخل في المنتج»[33].

نلاحظ أن المشرع الإماراتي نص على مفهوم المنتج الفكري أو التقني، وهو مدخل مناسب لتأصيل مفهوم المنتج المعلوماتي.

المطلب الثاني

توصيف المنتج المعلوماتي في أحكام القضاء

لايزال التوصيف القانوني لمحتوى المنتجات المعلوماتية محل جدل لدى القضاء

(31) Article (4): 'product' means all movables, even if integrated into, or intr- connected with, another movable or an immovable; it includes electricity, digital manufacturing files, raw materials and software; Directive (EU) 2024/2853 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/EEC (Text with EEA relevance).

(32) K. Alheit, Delictual liability arising from the use of defective software: comparative notes on the positions of parties in English law and South African law, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 39, No.2, (JULY 2006), p.267.

(33) انظر المادة (1) من القانون رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك، الجريدة الرسمية، ع690، (ملحق) س50، 15 نوفمبر 2020، ويعرف القانون الإنجليزي لحماية المستهلك لسنة 1987 المنتج:
"product" means any goods or electricity and (subject to subsection (3) below) includes a product which is comprised in another product, whether by virtue of being a component part or raw material or otherwise;
«المنتج»: يعني أي سلعة أو كهرباء، ووفقًا للفقرة الفرعية (3) أدناه يشمل منتجًا مكوَّنًا من منتج آخر، سواء بحكم كونه جزءًا مكونًا أو مادة خام أو غير ذلك.

المقارن[34]؛ ففي القضاء الأنجلو – أمريكي يعد التمييز بين المنتج والخدمة أمرًا جوهريًّا؛ حيث تُطبَّق على المنتجات المعيبة أحكام المسؤولية الموضوعية، بينما تطبق أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ (الإهمال Negligent) على الخدمات المعيبة[35]؛ ففي قضاء أمريكي متعلق بمسؤولية المُنتِج حكم بأن: «تطبيق توجيه الملاحة الجوية يعد مُنتَجًا»[36]. وفي قضاء أسترالي، بشأن البرمجيات، حُكِم بأن: «البرامج الثابتة والبرمجيات المحملة مسبقًا في أنظمة الكمبيوتر يمكن تصنيفها على أنها «سلع»؛ لأنها تشكل جزءًا لا يتجزأ من عقد بيع بضائع»[37].

وعلى المنوال نفسه، قررت محكمة اسكتلندية بأنه : «... عندما يتم توفير البرنامج على وسيط مادي، يجب اعتباره ملكية مادية مثل كتاب أو سجل، على الرغم من أن طبيعة العقد الذي يتم بموجبه توفيره سيختلف وفقًا للظروف»[38].

وعلى الرغم من أن المحكمة رفضت فكرة أن البرامج المقدمة «عبر الهاتف» يمكن وصفها بيعًا للسلع متجاهلةً حقيقة أن البرنامج المعني يمكن تنزيله وإدخاله في أجهزة الشخص، واستخدامه كما لو كانت آلية التسليم عبارة عن قرص مرن أو قرص مضغوط.

وقضت محكمة العدل الأوروبية بأنه: يجب تفسير مفهوم «بيع السلع» المشار إليه في المادة (1) الفقرة (2) من توجيه المجلس الأوروبي 86 رقم/EEC/653 المُؤرَّخ في 18 ديسمبر 1986، بشأن تنسيق قوانين الدول الأعضاء المتعلقة بالوكلاء التجاريين العاملين لحسابهم الخاص، على أنه يمكن أن يغطي توريد برامج الكمبيوتر، مقابل دفع رسوم،

(34) في قضية وينتر ضد جي بي بوتنام في الولايات المتحدة، في العام 1991 Winter v. G.P. Putnam's Sons،، نشر المدعى عليه كتابًا بعنوان The Encyclopaedia of Mushroom، والذي نص خطأ على أن فطرًا سامًّا صالح للأكل. وكما هو متوقع ، أكل شخص ذلك الفطر وأصبح في حالة صحية حرجة. قضت محكمة الاستئناف الأمريكية للدائرة التاسعة بأن المعلومات الواردة في الكتاب لم تكن منتجًا لأغراض تطبيق نظام مسؤولية المنتج. غير أن المحكمة قالت، على سبيل الاستثناء في حيثيات الحكم، إن «برامج الكمبيوتر التي تفشل في تحقيق النتيجة التي تم تصميمها من أجلها» يجب التعامل معها على أنها منتج وبالتالي تخضع لقانون مسؤولية المنتج. انظر الحكم تفصيلاً :
Winter v. G.P. Putnam's Sons, 938 F.2d 1033 (9th Cir. 1991). Winter v. G.P. Putnam's Sons, 938 F.2d 1033 (9th Cir. 1991):: Justia.

(35) K Alheit, op.cit., p.267.

(36) Aetna Cas. and Sur. Co. v. Jeppesen Co.642 F.2d 339 (9th Cir. 1981)
وفي قضاء آخر متعلق بالتطبيق نفسه قضي باعتبار التطبيق منتجًا معيبا نظرًا إلى عدم توجيه الطيار توجيهًا صحيحًا؛ مما أدى إلى ارتطام الطائرة بجبل وتحطمها ووفاة جميع راكبيها Salomey v Jeppesen [1983] 707 F 2d 671.

(37) Toby Constructions Products Pty Ltd v Computer Sales Pty Ltd, 1983.

(38) Beta Computers (Europe) Ltd v Computer Sales Pty Ltd See: D Rowland, 'Liability for Defective Software: (1991) 22 Cambrian L R 78.

إلى العميل بوسائل إلكترونية؛ حيث يكون هذا التوريد مصحوبًا بمنح ترخيص دائم لاستخدام هذا البرنامج»[39].

وفي قضية شركة Barthelemy v Co Telephone Bell Central South[40]، كان من اختصاص المحكمة أن تقرر ما إذا كان أسلوب تسليم البرامج ذا صلة بتصنيفها ممتلكات ملموسة وخاضعة للضريبة أم لا. وللتوصل إلى أن البرنامج المعني كان ملموسًا، قررت المحكمة أن: «المشاهدة لا تقتصر على العين المجردة، وإنما يمكن أن تكون باستخدام أجهزة الوزن والقياس لتقدير الأشياء».

وعند تطبيق قانون المعاملات التجارية الأمريكي المُوحَّد على المنتجات المعلوماتية، واجهت المحاكم صعوبة في تطبيق تمييز الملموس عن غير الملموس، وتوصلت إلى استنتاجات متضاربة. وقد مالت هذه المحاكم إلى التركيز على الجوانب الشبيهة بالخدمة في بيع المنتجات المعلوماتية، مقارنة بالجوانب الملموسة لوسيلة استيعاب المنتجات المعلوماتية[41].

حيث «يمكن اعتبار المنتج المعلوماتي مُنتَجًا، نظرًا إلى أنه يأتي عادةً في شكل برنامج مُخزَّن على قرص مغناطيسي أو شريط أو خرطوشة، وبالتالي يمكن تصنيفها على أنها سلعة»[42].

(39) Judgment Of The Court (Fourth Chamber), 16 September 2021. The Software Incubator (europa.eu)

(40) South Central Bell Telephone Co. v. Barthelemy, Louisiana Supreme Court, 643 So. 2d 1240 (1994).

(41) Roy Alan Cohen, Self-Driving Technology and A autonomous Vehicles: A Whole New World for Potential Product Liability Discussion, Iadc Prod. Liab. Committee Newsletter (Int'l Ass'n Def. Counsel), May 2015, at 332, available at http://pbnlaw.com/media/540169/Cohen-IADC-Product-LiabilityMay-2015.pdf; see also Jeffrey K. Gurney, Article, Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles, 13 U. ILL. J. L. Tech. & Pol'y 247, 259 (2013). See Joseph L. Reutiman, Defective Information: Should Information be a «Product» Subject to Products Liability Claims?, 22 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 181, 195, (2012).

تلك المحاكم التي حددت ما إذا كانت برامج الكمبيوتر «سلعة»، بموجب القانون التجاري الموحد، كافحت لتطبيق تمييز ملموس وغير ملموس، وتوصلت إلى استنتاجات متعارضة. وتميل مثل هذه المحاكم إلى التركيز على الجوانب الشبيهة بالخدمة في بيع البرامج، مقارنة بالجوانب الملموسة للوسيط البرمجي.

(42) «Computer software may be considered a product, since it is usually received in the form of a program stored on a magnetic disc, tape, or cartridge, and thus may be classified as a good». Gary T. Walker, The Expanding Applicability of Strict Liability Principles: How Is a «Produce Defined?, 22 Tort & Ins. LJ. 1, 2 (19.

إن أساليب التحليل التقليدية يمكن أن تؤدي – في بعض الأحيان – إلى اختلافات غير مقبولة. ولذلك يرى البعض: «أن مبدأ النفعية (البرجماتية) التجارية المحضة يملي علينا أن نتعامل مع البرامج على أنها «سلع»، خشية أن تسقط في هوة الفراغ التشريعي الخاص بتشريعات حماية المستهلك»؛ حيث افترض القاضي سكوت بيكر جيه، أنه لا يجب احتواء البرنامج في بعض الوسائط المادية فقط، بل إن إدخال البرنامج في وسيط يؤدي بالضرورة إلى تغيير ذلك الوسيط. وينبغي النظر إلى البرمجيات باعتبارها نوعًا من السلع المعلوماتية[43].

ويتوافق هذا النهج تمامًا مع كثير من السوابق القضائية في الولايات المتحدة. بشكل عام، حيث اعتبرت بعض المحاكم الأمريكية، منذ قضية Ltd Systems Advent ضد Corporation Unisys، المعلومات بمنزلة ملكية مادية بمجرد تسجيلها على قرص مرن، أو أي وسيلة أخرى، وتصبح ملموسة ومنقولة ومتوافرة في السوق. ولكن هذا القضاء يغفل عن أن القيمة التجارية، على سبيل المثال، للخريطة أو الرسم البياني أو القرص المشفر بالمنتجات المعلوماتية تتمثل في المعلومات المقدمة، وليس الوسيط المادي الذي يحتويها. ولذلك ينبغي التخلي عن مفهوم الحيازة المادية لأنه لا يفضي إلى نتائج متسقة أو متماسكة فكريا[44]. ولا بد من النظر إلى المنتجات المعلوماتية في طبيعتها المميزة والاستثنائية غير المسبوقة، وتحديد جانبها المادي في وظيفتها وتأثيرها، وليس في مكوناتها المعلوماتية المنطقية.

المطلب الثالث

الطبيعة الخاصة للمنتج المعلوماتي

إن اعتبار المنتجات المعلوماتية أشياء غير مادية منتقد لدى جانب من الفقه[45]؛ نظرًا

(43) في قضية مجلس مدينة سانت ألبانز ضد شركة قام المطور بتثبيت البرنامج مباشرة على نظام الكمبيوتر الخاص بالمجلس، ولم ينقل حتى نسخة احتياطية من البرنامج على القرص إلى المجلس. وفي النتيجة، استفاد المدعي من النتيجة المحورية التي توصل إليها القاضي، والتي مفادها أنه في أي عقد لنقل برنامج كمبيوتر مكلف، هناك شرط ضمني للملاءمة المعقولة لجميع الأغراض المقصودة ما لم يكن هناك شرط صريح على خلاف ذلك.

St Albans City and DC v International Computers Ltd [1996] EWCA Civ 1296

(44) Cahenv. Toyota Motor Corp., 147 F. Supp. 3d 955, 958 (N.D. Cal. 2015).

(45) انظر، على سبيل المثال، آراء كل من الأستاذة باميلا ساموليسون وعالم الحاسب راندل ديفيز وآخرين في دراستهم: بيان متعلق بالحماية القانونية لبرامج الحاسب:

Pamela Samuelson, Others, A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer programs, Columbia Law Review, December 1994, pp.2308-2431.

وكذلك:

Robert Plotkin, From Idea to Action: Toward a Unified Theory of Software and the Law.http://

إلى أن المنتجات المعلوماتية لا تخاطب العقل الإنساني، بل تتجه نحو المكونات المادية للحاسب. وإن كانت لا تُرى ولا تُلمَس إلا أنها قابلة للتنفيذ، ومُخزَّنة في نظام الحاسب؛ حيث تتحول فيه إلى إشارات (نبضات) كهرومغناطيسية أو ضوئية، وإن كان لا يمكن للحواس المباشرة أن تتعامل معها شأنها شأن التيار الكهربائي أو الفوتونات الضوئية؛ إلا إنها – بهذا الفهم – تُعتبَر تركيبًا معينًا من الطاقة يتعامل ماديًّا مع عتاد الحاسب، لكي ينفذ الحاسب أفعالا مادية مُحَّددة. وكون أن أحد عناصر تشغيل الآلة غير مرئي للإنسان، فهذا لا يكفي لاعتباره غير مادي، ولهذا يتساءل بعض الفقه[46] عما إذا كان الأمر يتعلق بإدراك المنتج المعلوماتي أكثر من كونه متعلقًا بالمادية. ويرى البعض الآخر[47] أن المنتج المعلوماتي له كيان مادي ملموس، حيث إنه يشغل حيزًا ماديًّا معينًا من ذاكرة الحاسب التي هي عبارة عن شرائح إلكترونية تمكن رؤيتها بالعين المجردة، ولها مكان معلوم في جهاز الحاسب، ويمكن قياس المنتج المعلوماتي بحجم البتات التي يشغلها في ذاكرة الحاسب.

ويؤثِر فريق ثالث[48] تكييف المنتجات المعلوماتية بوصفها أشياء معلوماتية، حيث إن أهم خصائصها تتمثل في أنها تتكون من معلومات؛ فإذا كان دور المعلومة يتمثل في نقل المعرفة إلى الإنسان، من خلال صياغة فكرة ما، وإعطائها شكلًا مُحدَّدًا. وحيث إن المنتج المعلوماتي هو مجموعة تعليمات موجهة إلى عتاد الحاسب وفقًا لصياغة معينة: لغة خاصة يفهمها الجهاز؛ فإننا نلاحظ الارتباط القائم بين المعلومة ودورها (نقل المعارف) وبين المنتج المعلوماتي بمفرداته التي تعد مجموعة معلومات، تهدف إلى نقل معرفة مُحدَّدة إلى عتاد الحاسب؛ فالمنتج المعلوماتي يوضح للجهاز كيف يتعامل مع معطيات يتلقاها، سواء من إنسان أو من جهاز آخر؛ فهو ينقل إلى عتاد الحاسب معرفة معينة يتعامل معها.

---

www.bileta.ac.uk/03papers/plotkin.html, last accessed: 18/2/2025.

وكذلك:

Martin Kretschmer. Software as Text and Machine: The Legal Capture of Digital Innovation. http://www.cippm.org.uk/pdfs/JILT%20kretschmer%2011_03.pdf, last accessed: 18/2/2025.

(46) خالد حمدي، حماية برامج المعلومات، دار النهضة العربية، 2003، ص84.

(47) عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، القاهرة، 1994، ص351-356. وانظر كذلك: هدى حامد قشقوش، جرائم الكمبيوتر والجرائم الاخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات، مرجع سابق، ص558-579. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، مرجع سابق، ص250 و251، حيث يشير إلى رأي بعض الفقه الفرنسي في توصيف البرمجيات، باعتبارها من الأموال المادية غير المرئية، قياسًا على إدراج الطاقة الكهربائية وهي غير مرئية في طائفة الأموال المادية ذات التكوين الخاص.

(48) خالد حمدي، حماية برامج المعلومات، مرجع سابق، ص317 و318.

وما يميز المنتج المعلوماتي عن الأعمال الذهنية هو أنه يجمع بين خاصيتين، الأولى: أنه يتكون من معلومات. والثانية: كونه أداة تُستخدَم فورًا؛ مما يجعله أول أداة معلوماتية. المنتج المعلوماتي من وجهة نظر هذا الفريق كيان معلوماتي أو شيء معلوماتي يتميز بكونه أداة يمكن استخدامها مباشرة، وبكونه غير مادي في الوقت ذاته.

وها هو المشرع الأوروبي يعرف نظام الذكاء الاصطناعي بوصفه: «نظامًا قائمًا على الآلة مُصمَّمًا للعمل بمستويات مختلفة من الاستقلالية، وقد يُظهر القدرة على التكيف بعد النشر، ويستنتج من المدخلات التي يتلقاها كيفية توليد مخرجات، مثل التنبؤات أو المحتوى أو التوصيات أو القرارات التي يمكن أن تؤثر على البيئات المادية أو الافتراضية»[49].

فدلالات هذا التعريف يمكن إيجازها في التالي:

1- **نظام قائم على الآلة:** تشير هذه العبارة إلى دلالتين، الدلالة الأولى: اعتماد إعداد النظام على الآلة والمقصود بها الكمبيوتر بعتاده وبرمجياته. والثانية: أن النظام سوف يعمل على آلة قد تكون الكمبيوتر أو إضافات تقنية أخرى (كأن يتجسد نظام الذكاء الاصطناعي في روبوت)، فضلًا على حاجته إلى بقية التقنيات التي توفر له التواصل مع أنظمة أخرى، أو شبكة الإنترنت؛ فلا يمكن الحديث عن برنامج حاسوب أو نظام ذكاء اصطناعي بمعزل عن طبيعته التقنية.

2- **الاستقلالية:** تتمثل الاستقلالية في طريقة معالجة البيانات المدمجة فيه، أو التي يستقبلها في السياق / البيئة التي يعمل فيها، ونتائج المعالجة نفسها. وإن كانت هذه الاستقلالية ليست بريئة تمامًا من تأثير العامل البشري؛ حيث إن المبرمج / المبرمجين قد حددوا له الخوارزميات التي سيعمل بها، وأدخلوا عليه البيانات المطلوبة للعمل. ولكنه يتوافر على خاصية إجراء المعالجة للبيانات، ربما بطريقة يجهلها المبرمج، لا سيما البيانات التي سيتفاعل معها بعيدًا عن تدخل المبرمج / المبرمجين له.

3- **الاستهداف:** يتحكم العامل البشري في تحديد أهداف العمل؛ فهي الدافع والمُحدِّد لطبيعة النظام الذكي وكيفية إعداده.

4- **الناتج (المخرجات):** قد تتمثل في هيئة توصيات / قرارات / تنبؤات / نصوص / تشغيل آلة أو نظام آخر... إلخ، وعلينا أن نفرق بين ناتج مستهدف

(49) المادة (3) من قانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي (europa.eu) pdf

لذاته، مثل توليد نص، وناتج من شأنه أن يؤثر في بيئة أخرى (واقعية أو افتراضية)، من دون تدخل بشري مثل تسيير آلة.

والخلاصة أنه لا يمكن الحديث عن برنامج حاسوب أو نظام ذكاء اصطناعي بمعزل عن آليته أو طبيعته التقنية. وإذا تأملنا تعريف المشرع الإماراتي السلعة، فإنه يمثل خطوة متقدمة في اتجاه الاعتراف بالمنتجات المعلوماتية؛ فالنص يعترف بالمنتج الفكري، وبعنصر مكوناته الأولية[50].

وعليه يمكن تعريف المنتج المعلوماتي بوصفه: «كل برنامج أو تطبيق حاسوبي أو نظام ذكاء اصطناعي يعمل باستقلال أو مدمجًا في تقنية أخرى، ويؤدي وظيفة أو ينتج أثرًا ملموسًا».

(50) المادة (1) من قانون اتحادي رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك.

المبحث الثاني
تأصيل مفهوم العيب المعلوماتي

عرفت محكمة النقض المصرية العيب في المبيع بوصفه: «الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع»[51]؛ فهي آفة تلحق بالمبيع، فتنقص من قيمته، أو من استعماله، نقصًا مؤثرًا، لا يتسامح فيه العرف، أو التعامل الجاري وفق المألوف من التعامل، ومن استعمالات الشيء[52].

ويُقصَد بالفطرة السليمة الحالة الأصلية التي يغلب وجودها في الشيء – أكان طبيعيًا أم صناعيًّا – ويكون العيب في المبيع خروجًا عن المألوف في نوعه، ويجعله غير صالح للغرض المقصود منه[53]. فالعيب يكون خللًا في تكوين أو وظيفة المنتج يؤدي إلى النقص في قيمته أو منفعته.

ويُعرِّف المشرع الإماراتي العيب بأنه: نقص في الجودة أو الكمية أو الكفاءة، أو اختلاف في الشكل الخارجي أو الحجم أو مكونات السلعة أو الخدمة ناتج عن خطأ في تصميمها أو تصنيعها أو إنتاجها أو تقديمها للمستهلك؛ مما قد يؤدي إلى الإضرار به أو حرمانه كليًّا أو جزئيًّا من الاستفادة منها، بشرط ألا يكون العيب نشأ عن تصرف من المستهلك»[54]، وهو تعريف أشمل من تعريف العيب لدى المشرع الأوروبي الذي يصف المنتج بالتعييب، إذا لم يوفر السلامة المفترضة التي يتوقعها المستهلك في المنتج؛ فالعيب في هذه الحالة هو اختلال يعتري السلامة المُفترضَة في المنتج[55]. ويُلاحَظ أن

(51) نقض مدني مصري: الطعن رقم 263 – لسنة 35 قضائية – تاريخ الجلسة 1969/5/15، مكتب فني 20، ج2، ص796.

(52) عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط1، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015، ص176.

(53) الفطرة في العربية هي الْخِلقة التي يكون عليها كل موجود أَوّلَ خَلْقِه، وهي الطبيعة السليمة لم تُشَب بعَيْب. انظر تفصيلًا:
قاموس المعاني. تعريف وشرح ومعنى الفطرة بالعربي في معاجم اللغة العربية، معجم المعاني الجامع، والمعجم الوسيط، واللغة العربية المعاصر، والرائد، ولسان العرب، والقاموس المحيط، معجم عربي – عربي، ص1.

(54) المادة (1) من قانون اتحادي رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك، تشريعات الإمارات العربية المتحدة، قانون اتحادي في شأن حماية المستهلك.

(55) الفقرة (1) من المادة (7) من التوجيه: ويعتبر المنتج معيبًا إذا لم يوفر السلامة التي يحق للشخص أن يتوقعها، أو المطلوبة بموجب قانون الاتحاد أو القانون الوطني. ونصت الفقرة (2) من المادة ذاتها على أنه: عند تقييم عيب المنتج، يجب أخذ جميع الظروف في الاعتبار، بما في ذلك: أ – عرض المنتج وخصائصه، بما في ذلك الملصق والتصميم والميزات التقنية والتركيب والتغليف وتعليمات التجميع

المشرع الأوروبي يحدد العيب بنتيجته المتمثلة في فقدان السلامة المتوقعة من المستهلك في المنتج، من دون تصنيف لهذا النقص (العيب). بينما يعدد المشرع الإماراتي صور العيب (النقص) بأنها: نقص في جودة المنتج، أو نقص في كميته، أو نقص في كفاءته، أو اختلاف في شكله أو حجمه أو مكوناته.

ولم يكتفِ المشرع الإماراتي بتعريف العيب، ولكنه أورد تعريفًا لمفهوم الخلل؛ حيث عرَّفه بالقول: «كل ما يصيب السلعة بعد إنتاجها، أو الخدمة بعد تقديمها؛ مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمستهلك أو حرمانه – كليًّا أو جزئيًّا – من الاستفادة منهما بشرط ألا يكون الخلل قد نشأ عن تصرف من المستهلك»؛ فالخلل عيب طارئ على المنتج بعد تسويقه، شريطة ألا يكون بسبب المستهلك؛ حيث يميز المشرع الإماراتي بين العيب الناجم عن التصميم والإنتاج والخلل الذي يصيب المنتج أو الخدمة بعد الإنتاج والتقديم.

ويُصنِّف القضاء الأمريكي أنواع العيوب التي يمكن أن تلحق بالمنتَج بأنها عيب في التصنيع، وعيب في التصميم، وعيب في تعليمات الاستخدام (عيب في التحذير)[56].

ويتبيَّن مما تقدم أن صور العيب التي عرضها المشرع الإماراتي يعيد أسبابها إلى خطأ في تصميمها أو تصنيعها أو إنتاجها أو تقديمها للمستهلك. وبذلك يقترب من تصنيف العيوب في النظام القانوني الأمريكي إلى نوعين، هما: عيب التصنيع (المطلب الأول)، وعيب التصميم (المطلب الثاني)، بيد أن القضاء الأمريكي يضيف صورة ثالثة للعيب، هي عيب التحذير (المطلب الثالث).

والتركيب والاستخدام والصيانة. ب – الاستخدام المتوقع بشكل معقول للمنتج. جـ – تأثير أي قدرة على الاستمرار في التعلم أو اكتساب ميزات جديدة على المنتج بعد طرحه في الأسواق أو وضعه في الخدمة. د – التأثير المتوقع بشكل معقول على المنتج من المنتجات الأخرى التي يمكن توقع استخدامها مع المنتج، بما في ذلك عن طريق التوصيل المتبادل. هـ – اللحظة الزمنية التي تم فيها طرح المنتج في السوق، أو وضعه في الخدمة، أو حيث يحتفظ المصنع بالسيطرة على المنتج بعد تلك اللحظة، اللحظة الزمنية التي ترك فيها المنتج سيطرة المصنع. و – متطلبات سلامة المنتج ذات الصلة، بما في ذلك متطلبات الأمن السيبراني ذات الصلة بالسلامة. ز – أي سحب للمنتج أو أي تدخل آخر ذي صلة يتعلق بسلامة المنتج من قبل سلطة مختصة، أو من قبل مشغل اقتصادي كما هو مذكور في المادة (8). ح – الاحتياجات المحددة لمجموعة المستخدمين الذين تم تصميم المنتج لاستخدامهم. ط – في حالة المنتج الذي يكون الغرض منه – في حد ذاته – هو منع التلف، أي فشل المنتج في تحقيق هذا الغرض.

(56) يستند القضاء الأمريكي إلى السوابق القضائية فيما يتعلق بأحكام المسؤولية التقصيرية، والتي تم تقنينها في مدونة المسؤولية التقصيرية The Restatement of Torts، بإصداراتها الثلاثة، من قبل معهد القانون الأمريكي (American Law Institute (ALI انظر تفصيلًا:

Robert D. Klein, A Comparison of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability and the Maryland Law of Products Liability, University of Baltimore Law Review, Usa, Vol.3, Iss.2, Spring 2001. p.278.

المطلب الأول

عيب الإعداد (التصنيع) Manufacturing Defect

يحتوي المنتج على عيب في التصنيع – وفق مدونة المسؤولية التقصيرية الأمريكية – عندما «يحيد المنتج عن تصميمه المقصود، حتى لو تم بذل كل العناية الممكنة في تحضيره وتسويقه»[57]. ويكون العيب «موجودًا في المنتج من لحظة خروجه من يد البائع، في حالة لم يتوقعها المستهلك النهائي، والتي ستكون خطرة بشكل غير معقول عليه»[58].

إن تحديد «العيب»، بوصفه مشكلة في تصنيع المنتج، ليس بالأمر الصعب عادة؛ فالمنتج يكون في حالة مخالفة لحالته المفترضة التي ينبغي أن يكون عليها[59]. وهو ما يمكن استنتاجه أيضًا من تعريف محكمة النقض المصرية التي حددت العيب بوصفه آفة طارئة تعكر صفو الحالة الأصلية التي ينبغي أن يكون عليها المُنتَج.

وتستند فكرة عيب التصنيع إلى توقع أن المنتج الذي يتم إنتاجه بكميات كبيرة لن يختلف كل واحد عن أقرانه، بطريقة تجعله أكثر خطورة منها؛ حيث قضي في سياق عيوب السيارة ذات القيادة الآلية، على سبيل المثال، بأنه «يجب على المستهلك أن يثبت أن السيارة، أو جزءًا منها، لا يعمل وفق ضمانات الشركة المصنعة»[60]. ويمكن القول إنه سيكون هناك عيب في تصنيع المنتج المعلوماتي إذا انحرف عن تصميمه المقصود[61].

وللوهلة الأولى قد يبدو أن عيب التصنيع غير ملائم للمنتجات المعلوماتية؛ حيث إنها تتكون من البيانات والمعلومات، مما يوحي بتنافر مفهوم التصنيع مع هذه المكونات الفكرية. ولكن يمكن تأويل مفهوم عيب التصنيع بالقول بعيب الإعداد أو الإنتاج؛ حيث توجد العديد من المنتجات المعلوماتية القياسية التي تعد لاستخدامات ثابتة ومستمرة وشائعة، مثل البرمجيات الخبيرة أو برمجيات الترجمة أو برمجيات الاستدلال على المواقع... إلخ[62].

(57) A product: (a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;.

(58) Nissan Motor Co. v. Nave, 129 Md. App. 90, 118, 740 A.2d 102, 117 (1999).

(59) Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Mayo - Agosto 2012, Vol.39, No.2 (Mayo - Agosto 2012), p.279.

(60) Nissan Motor Co. v. Nave, 129 Md. App. 90, 118, 740 A.2d 102, 117 (1999).

(61) Sunghyo Kim, Crashed Software: Assessing Product Liability for Software Defects in Automated Vehicles, Duke Law and Technology Review, Vol.16, pp.304-305.

(62) يرى بعض الباحثين أن عيوب التصنيع، على الرغم من كونها قابلة للتطبيق، أقل احتمالًا للظهور في

وبموجب هذا النهج، يتعين على المدعي فقط إثبات: 1 – وجود خلل في البرنامج. 2 – حدوث الخلل في أثناء الاستخدام السليم. 3 – عدم تغيير البرنامج أو إساءة استخدامه بطريقة ربما تسببت في حدوث الخلل. بعبارة أخرى، يحدث عيب التصنيع (الإعداد) عادةً عندما يحدث خطأ ما في أثناء عملية إعداد المنتج، مما يتسبب في انحرافه عن تصميمه المقصود، أي عندما يتم إعداد المنتج في «حالة دون المستوى المطلوب»[63].

ويمكن استنتاج بعض صور هذا العيب المعلوماتي، مثل: النقص في تعليمات (خوارزميات) المنتج المعلوماتي، أو الخطأ في كتابة واحدة من هذه الخوارزميات، أو عدم كفاية البيانات والمعلومات الضرورية لإجراء تدريب واختبار المنتج المعلوماتي[64].

سياق التقاضي المتعلق بالذكاء الاصطناعي؛ حيث إن البناء الخوارزمي للذكاء الاصطناعي يختلف بشكل ملحوظ عن التصنيع التقليدي للمنتجات. إن الخلل في العملية، على عكس المنتج الملموس، من المرجح أن يؤدي إلى خطأ على مستوى النظام، وبالتالي استبعاده من نطاق عيوب التصنيع. ومع ذلك، قد ينشأ عيب في التصنيع عندما يتم تخصيص نظام الذكاء الاصطناعي أو ضبطه بدقة لتلبية متطلب معين. على سبيل المثال، إذا قام مطور بتخصيص أداة بحث قانونية للذكاء الاصطناعي مصممة في الأصل للمحامين، للتركيز على تعقيدات قانون المسؤولية التقصيرية، وفشلت باستمرارٍ في تقديم معلومات دقيقة في هذا المجال المحدد، فقد يُعد ذلك عيبًا في التصنيع (الإعداد)، انظر تفصيلًا:

Kinsey Van, Navigating Artificial Intelligence Through a Products Liability Framework, Western State Law Review, Vol.51, 2024, p.312.

(63) Johnson v. U.S. Steel Corp., 240 Cal.App.4th 22, 31 (2015).

في هذه القضية رفع المدعي، ديفيد جونسون، دعوى قضائية ضد شركة يو إس ستيل، مدعيًا أن تعرضه المزمن لمنتجات تحتوي على البنزين، مثل «ليكويد رينش» Liquid Wrench، في أثناء عمله ميكانيكي سيارات، أدى إلى إصابته بسرطان الدم النخاعي الحاد (AML). كانت شركة يو إس ستيل مورّدًا لمادة تُدعى «رافينيت» raffinate تحتوي على البنزين، والتي كانت تُستخدم كمكون رئيسي في تصنيع «ليكويد رينش». قدمت شركة يو إس ستيل طلبًا للحكم المستعجل، بحجة عدم وجود أدلة كافية تدعم ادعاءات الإهمال والمسؤولية الصارمة عن المنتجات. استندت الشركة في دفاعها إلى مبدأ الأجزاء المكونة Component Parts Doctrine الذي ينص على أن «مصنّع المكون ليس مسؤولًا عن الإصابات الناتجة عن المنتج النهائي الذي تم دمج المكون فيه، ما لم يكن المكون نفسه معيبًا وتسبب في الضرر». قررت محكمة استئناف كاليفورنيا أن مورد المادة الخام يمكن أن يكون مسؤولًا عن عيب في التصميم فقط، إذا كانت المادة الخام نفسها معيبة بطبيعتها. ومع ذلك، رأت المحكمة أن الحكم المستعجل كان خاطئًا، نظرًا إلى عدم وجود أدلة تنفي وجود عيب في تصميم مادة «رافينيت» التي أنتجتها وباعتها شركة يو إس ستيل.

(64) وفي تقرير CISQ The Cost of Poor Software Quality in the US: A 2020 Report كلفت أخطاء البرمجة الاقتصاد الأمريكي، في العام 2020، خسائر تجاوزت ترليوني دولار، ومن أمثلة أخطاء كتابة كود البرنامج عدم الأخذ في الحسبان قدوم السنة الكبيسة في العام 1996م، حيث تكبدت مصاهر الألومنيوم في نيوزيلندا وتسمانيا خسائر بملايين الدولارات؛ لأن البرمجيات التي استخدمها كلاهما فشلت في التعامل مع يوم 29 فبراير الذي يحدث مرة واحدة فقط كل أربع سنوات. وهناك مثال آخر على البرمجة المعيبة هي التدمير الذاتي غير المخطط له في العام 1996 للمركبة الفضائية الأوروبية أريان 5. تم التحقيق في الحادث، وظهر أن إعادة استخدام البرمجيات من دون اختبارها في بيئة

وتؤدي الأخطاء في كتابة الخوارزميات إلى مخاطر أمنية، بسبب ثغرات الحماية، والتي تسهل الهجمات الإلكترونية، واختراقات البيانات، وسرقة الأموال، أو قد تتسبب في أضرار شخصية جسيمة؛ فمثلًا قد يصاب مريض السرطان إصابة قاتلة بعد تلقيه جرعة زائدة من العلاج الإشعاعي الذي تحدده برمجيات معيبة؛ وتتحطم طائرة يتم التحكم فيها بالكمبيوتر، ربما بسبب خطأ في نظام الكمبيوتر؛ وتخطئ بلدية مدينة في تقدير ميزانيتها ماديًّا بعد الاعتماد على برنامج حاسوبي معيب(65).

وعليه قد يتحمل منتج المنتج المعلوماتي المسؤولية «حتى لو تم بذل كل العناية الممكنة في تحضير المنتج وتسويقه». ويعد إثبات عيب التصنيع (الإعداد) مسألة أولية بالنسبة إلى المدعي؛ حيث يتحمل المدعي العبء المتمثل في تقديم دليل على أنه قد أصيب في أثناء استخدام المنتج على النحو المقصود، أو بطريقة يمكن توقعها بشكل معقول، عندها «ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه لإثبات أن إصابات المدعي نتجت عن إساءة استخدام المنتج المعلوماتي»(66).

ويميز البعض بين المنتجات المعلوماتية التي تؤثر على مخرجات مادية والمنتجات المعلوماتية ذات المخرجات الفكرية؛ حيث يمكن أن يحدث الضرر المادي في حالة المنتجات المعلوماتية المؤثرة على أدوات أو أجهزة بشكل مباشر بسبب المنتجات المعلوماتية المعيبة، حيث إن مثل هذه المنتجات المعلوماتية عادة ما تكون مدمجة في آلة، وتنشيط المنتجات المعلوماتية يجعل الآلة تتحرك أو تعمل؛ فالمنتجات المعلوماتية – في هذه الحالة – لها

جديدة كان خطأ قاتلًا، أصبح الحادث دراسة حالة في هندسة البرمجيات، حول أهمية اختبار الأكواد بشكل صارم في البيئات الجديدة.

انظر تفصيلًا: ESA - Ariane 501 - Presentation of Inquiry Board report

(65) St Albans City and District Council v International Computers Ltd [1996] 4 All ER.

على سبيل المثال أصبحت البرمجيات ذات أهمية متزايدة في المركبات التقليدية. صرح جون بول ماكدوفل، مدير برنامج الابتكار في إدارة المركبات والتنقل (PVMI) في جامعة بنسلفانيا، بأن «سيارة فورد المتوسطة في العام 2010 كانت تحتوي بالفعل على سطور من التعليمات البرمجية أكثر من طائرة بوينغ دريملاينر». ووفقًا لتقرير شركة استشارية مستقلة في العام 2017، فإن عيوب المركبات المتعلقة بالمكونات الإلكترونية المتكاملة والبرمجيات هي السبب المحتمل لزيادة عدد عمليات الاستدعاء في السنوات الأخيرة. على سبيل المثال، أشار التقرير إلى أن شركة جنرال موتورز استدعت 3.6 مليون مركبة في العام 2016؛ لأن أجهزة الكمبيوتر الموجودة في المركبات المستعادة يمكن أن تتسبب في خلل في الوسائد الهوائية وأحزمة الأمان، انظر تفصيلًا:

Connected Vehicles: How Soon Will They Hit the Road?, Wharton School (Aug. 1, 2017), Connected Vehicles: How Soon Will They Be Driverless? - PVMI (upenn.edu)

Neil Steinkamp, 2016Automotive Warranty & Recall Report, Stout Advisory (May 1, 2016), 2016 Automotive Warranty and Recall Report | Stout

(66) Perez v. VAS S.p.A., 188 Cal.App.4th 758,678 (2010).

نفس وظيفة الجهاز الميكانيكي، وبالتالي يمكن إنشاء رابط سببي مباشر بين المنتجات المعلوماتية المعيبة والضرر الذي يحدث بسببها.

أما في حالة المنتجات المعلوماتية ذات المخرجات الفكرية، فلا يمكن أن ينتج الضرر المادي إلا عن قرار قائم على المعلومات المقدمة لمستخدم البرنامج، وبالتالي لا يمكن القول بأن المنتجات المعلوماتية تسببت في الضرر؛ حيث إن المستخدم المتدخل دائمًا ما يؤثر على انقطاع في علاقة السببية. ولذلك يرون أن مسؤولية المنتج مقصودة للتطبيق فقط على المنتجات المعلوماتية ذات المخرجات المادية، وليس على المنتجات المعلوماتية ذات المخرجات الفكرية.

ولنا أن نخالف مثل هذا التمييز اعتمادًا على نصوص التوجيه الأوروبي الجديد الذي ينص صراحة على تطبيق مسؤولية المنتج عن عيوب منتجاته ،بما في ذلك البرمجيات المنفصلة أو المدمجة في منقولات أخرى أو عقارات[67]. وينص أيضًا على أن البرمجيات، مثل أنظمة التشغيل والبرامج الثابتة وبرامج الكمبيوتر والتطبيقات أو أنظمة الذكاء الاصطناعي، أصبحت شائعة بشكل متزايد في السوق، ويمكن طرحها في السوق بوصفها مُنتَجًا مستقلًا، أو يمكن دمجها لاحقًا في منتجات أخرى بوصفها مكوِّنًا، وهي قادرة على التسبب في ضرر، من خلال تنفيذها، بغض النظر عن طريقة توريدها أو استخدامها، وبالتالي بغض النظر عما إذا كانت البرمجيات مخزَّنة على جهاز، أو يمكن الوصول إليها من خلال شبكة اتصالات أو تقنيات سحابية، أو تم توفيرها من خلال نموذج البرمجيات كخدمة[68]. فلم يعد التمييز بين الأنواع المختلفة من البرمجيات محل جدل، على الأقل في ضوء التوجيه الأوروبي الجديد.

المطلب الثاني

عيب في التصميم Design Defect

يكون المنتج المعلوماتي معيبًا في تصميمه عندما يكون من الممكن تجنب، أو تقليل مخاطر الضرر المتوقع الذي يشكله المنتج، من خلال اعتماد تصميم بديل معقول من قبل المنتِج، أو من قبل أحد الموزعين في سلسلة التوزيع التجاري. ويؤدي إغفال التصميم

(67) تنص الحيثية رقم (6) على أنه: «من أجل ضمان أن يكون نظام مسؤولية المنتج في الاتحاد شاملًا، ينبغي أن تنطبق المسؤولية من دون خطأ عن المنتجات المعيبة على جميع المنقولات، بما في ذلك البرمجيات، حتى عندما تكون مدمجة في منقولات أخرى، أو مثبتة في عقارات».

(68) الحيثية رقم (13).

البديل إلى جعل المنتَج خطرًا بشكل غير معقول[69]. وعرَّفت المدونة – في إصدارها الثاني – عيب التصميم بأنه «حالة لم يفكر فيها المستهلك النهائي، والتي ستكون خطرة عليه بشكل غير معقول». ولكي يكون المنتج «خطرًا بشكل غير معقول»، يجب أن تبلغ خطورة المنتج حدًا يتجاوز توقعات المستهلك العادي الذي يشتريه والمعرفة العادية الشائعة في المجتمع، فيما يتعلق بخصائص المنتج[70].

ويُلاحَظ هنا أن تعريف العيب في التصميم، بوصفه حالة غير متوقعة من قبل المستهلك، وتمثل خطرًا عليه تنطبق مع تعريف العيب – في المجمل – لدى المشرع الأوروبي[71].

بحثت المحكمة الابتدائية، في كاليفورنيا، في قضية McCabe v. Am. Honda Motor Co، مدى إمكان تطبيق اختبار توقعات المستهلك في دعوى مسؤولية المنتج فيما يتعلق بفشل نظام الوسادة الهوائية في السيارات؛ حيث أشارت المحكمة إلى أنه: «لا ينبغي تقييم توقعات المستهلك العادي بناءً على معرفته بالمنتج بشكل منفصل، ولكن في سياق وقائع وظروف إخفاق المنتج في القيام بوظيفته، لمعرفة ما إذا كانت هذه المعرفة يمكن أن تشكل الحد الأدنى من توقعات السلامة»[72].

ولكن محكمة الاستئناف بالدائرة الأولى – في ولاية كاليفورنيا – قررت أن «توقعات المستهلك لا يمكن أن تكون أساس المسؤولية في قضية تنطوي على مسائل فنية معقدة. نظرًا إلى أن تقنيات المركبات المؤتمتة لا تزال في بداياتها، فمن المرجح أن تتغير توقعات المستهلكين بشأن «السلامة المعقولة»، بشكل كبير، مع مرور الوقت[73].

وهو أمر يبرره أن الجمهور قد يكون مترددًا في الاعتقاد بسلامة تكنولوجيا المركبات المؤتمتة الحالية؛ فمن المرجح أن يتوقع المستهلكون أن تعمل المركبات المؤتمتة بالكامل بطريقة آمنة بشكل معقول، بمجرد أن تصبح متاحة بسهولة أكبر. أي أن الاعتماد على توقعات المستهلك – بوصفها اختبارًا لعيب في التصميم – سوف يصبح أكثر اعتمادية، مع توسع استخدام المنتج وشيوع معرفة الجمهور به. ولذلك نجد المشرع الأوروبي

(69) A product: is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;
Restatement (Third) of Torts: Product Liability § 402A (1997).

(70) Giglio v. Conn. Light & Power Co., 429 A.2d 486, 489 (Conn. 1980)

(71) .....

(72) McCabe v. Am. Honda Motor Co., 123 Cal. Rptr. 2d 303, 313 (Cal. Ct. App. 2002).

(73) Quintana-Ruiz v. Hyundai Motor Corp., 303 F.3d 62, 77 (1st Cir. 2002)

يؤكد أن المقصود بتوقعات المستهلك هي توقعات الجمهور بشكل عام، وليست توقعات مستهلك بعينه[74].

ونظرًا إلى عدم كفاية اختبار توقعات المستهلك، تم الأخذ باختبار المخاطر/ المنافع Risk–Utility Test لعيوب التصميم في الإصدار الثالث للمدونة التقصيرية؛ حيث يكون المنتج معيبًا عندما يكون خطر الضرر المتوقع لهذا المنتج «كان من الممكن تجنبه أو تقليله»، من خلال اعتماد «تصميم بديل معقول»، وعدم القيام بذلك «يجعل المنتج خطرًا بشكل غير معقول»[75].

وحددت محكمة الاستئناف في نيويورك سبعة عوامل تجب مراعاتها في هذا الاختبار، أي لتحديد ما إذا كان مستوى المخاطر في المنتج يفوق منافعه[76]:

1- منفعة المنتج للجمهور ككل، وللمستخدم الفردي.
2- احتمالية حدوث إصابة (المعروفة أيضًا بطبيعة المنتج).
3- توافر تصميم أكثر أمانا.
4- إمكان تصميم المنتج وتصنيعه، بحيث يكون أكثر أمانًا، ولكن يظل فعالًا وبأسعار معقولة.
5- قدرة المدعي على تجنب الإصابة عن طريق الاستخدام الدقيق للمنتج.

(74) تنص الحيثية رقم (30) من التوجيه الأوروبي الجديد: لحماية صحة وممتلكات الأشخاص الطبيعيين، ينبغي تحديد عيب المنتج بالاستناد إلى عدم توافر مستوى الأمان الذي يحق للشخص توقعه، أو الذي يتطلبه قانون الاتحاد أو القوانين الوطنية، وليس بالاستناد إلى مدى ملاءمته للاستخدام. يجب أن تتضمن عملية تقييم العيب تحليلًا موضوعيًّا لمستوى الأمان الذي يحق للجمهور – بشكل عام – توقعه، وليس الأمان الذي يحق لشخص معين توقعه.

(75) يتبنى القسم 2 (ب) من مدونة المسؤولية التقصيرية (الإصدار الثالث) معيار «موازنة المخاطر والمنافع»، كمعيار للحكم على عيوب التصميم، إذا كان التصميم البديل المعقول من شأنه أن يقلل، بتكلفة معقولة، من المخاطر المتوقعة للضرر الذي يفرضه المنتج، بحيث يؤدي إغفال التصميم البديل إلى جعل المنتج غير آمن بشكل معقول؛ فإن المخاطر تفوق المنافع، وتكون الشركة المصنعة مسؤولة بشكل صارم. انظر تفصيلًا لدى:

Robert D. Klein, "A Comparison of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability and the Maryland Law of Products Liability", University of Baltimore Law Review, USA, Vol.30: Iss.2, p.283.

وانظر أيضا:

Joseph L. Reutiman, Defective Information: Should Information Be a Product Subject to Products Liability Claims, Cornell Journal of Law and Public Policy, USA, Vol.22: Iss.1, p.198.

(76) (75) Voss v. Black & Decker Mfg. Co., 450 N.E.2d 204, 208-09 (N.Y.1983).

6- درجة الوعي بالخطر المحتمل للمنتج الذي يمكن أن يعزى – بشكل معقول – إلى المدعي.

7- قدرة الشركة المصنعة على توزيع أي تكلفة تتعلق بتحسين سلامة التصميم.

إن مفتاح النجاح في اختبار المخاطر/ المنافع هو إظهار تصميم بديل معقول، من شأنه أن يقلل من خطر الضرر، كما هو مذكور في العاملين (3) و(4) أعلاه من محكمة الاستئناف في نيويورك[77].

على سبيل المثال، بموجب قانون ولاية تكساس، لكي يُقبَل أي ادعاء بوجود عيوب في التصميم، «يجب على المدعي أن يثبت أن: 1 – المنتج تم تصميمه بشكل معيب، بحيث يجعله خطرًا بشكل غير معقول. 2 – وجود تصميم بديل أكثر أمانًا. 3 – كان العيب سببًا منتجًا للضرر الذي يسعى المدعي إلى الحصول على تعويض عنه[78].

وينتقل عبء تقديم تحليل المخاطر والمنافع إلى المدعى عليه، إذا أثبت المدعي أن تصميم المنتج هو السبب المباشر للضرر. على سبيل المثال، في قضية McCabe المشار إليها سابقًا، رأت المحكمة أنه بمجرد أن أظهر المدعي المتضرر أن عيب التصميم المزعوم تسبب في إصابته «ينتقل العبء إلى المدعى عليه لإثبات أن منافع التصميم تفوق مخاطره الكامنة». وفي سياق عيوب المنتجات المعلوماتية الخاصة بالمركبات، قد يتمكن المدعون من استخدام التحديثات اللاحقة في المنتج كدليل على تصميم بديل معقول، ما لم تكن التحديثات اللاحقة وليدة تطور في فن البرمجة لم تكن معلومة أو متاحة لأهل الاختصاص، عند وضع المنتج المعلوماتي الأصلي. وغالبًا ما يركز التحقيق القضائي – بموجب هذا الاختبار – على ما إذا كان هناك تصميم بديل معقول، وما إذا كان البديل سيوفر قدرًا أكبر من السلامة بتكلفة معقولة، من دون الإضرار غير المبرر بمنفعة المنتج.

وبالتالي، بدلًا من فحص المنتج في ضوء توقعات المستهلك، يقيّم هذا الاختبار قرار المدعى عليه باختيار وتفضيل تصميم على آخر[79]. ويكون رجحان كفة المخاطر على المنافع دليلًا كافيًا على عدم التزام المنتج بمعايير السلامة.

(77) انظر تفصيلًا:

Sunghyo Kim, Crashed Software: Assessing Product Liability for Software Defects in Automated Vehicles, 16 Duke Law & Technology Review, Vol.16, (2018), p.308.

(78) (77) Ibid.p.308.

(79) (78) Aaron D, Twerski James, A. Henderson Jr, Manufacturers> Liability for Defective Product

Designs: The Triumph of Risk-Utility, Brook. L. Rev. Vol.74, (2009).p. …….

ويُلاحَظ أن المشرع الأوروبي عرَّف الخطر في قانون الذكاء الاصطناعي بوصفه: «الجمع بين احتمال وقوع الضرر ومدى خطورة ذلك الضرر»[80]؛ فالتعريف يزاوج بين مدى احتمال وقوع الضرر ودرجة خطورته؛ فكلما كان احتمال حدوثه أقرب فإن ذلك يرفع من مستوى خطورته إلى جانب الخطورة المتوقعة في النظام. ولذلك يمكن اقتراح معيار مُركَّب لتقدير مخاطر المنتج المعلوماتي بشكل عام، سواء كان برنامجًا تقليديًا أو برنامج ذكاء اصطناعي، ترجح فيه الكفة ناحية الخطر الكامن على المنفعة، كلما كان الخطر محتمل الوقوع. ونلاحظ أن كثيرًا من المخاطر المتحققة في استخدام المنتجات المعلوماتية، لا سيما أنظمة الذكاء الاصطناعي، ناجمة عن سوء تقدير احتمالية وقوع الخطر.

ولعل ظاهرة التحيز الخوارزمي Algorithmic Bias في أنظمة الذكاء الاصطناعي من العيوب اللافتة التي يمكن النظر إليها بوصفها عيبًا في التصميم؛ حيث تميل الخوارزميات إلى إنتاج نتائج منحازة أو غير عادلة تجاه فئة معينة من الأشخاص، أو الأفكار، بسبب العوامل الكامنة في تصميمها، أو البيانات التي تم تدريبها عليها، أو كيفية تنفيذها[81].

المطلب الثالث

عيب التحذير Warning Defect

(العيب في تعليمات الاستخدام)

يُعتبَر المنتج معيبًا بسبب عدم كفاية التعليمات أو التحذيرات التي من شأنها تقليل المخاطر المتوقعة للضرر الذي يحدثه المنتج، أو تجنبها من خلال تقديم تعليمات أو تحذيرات معقولة من قبل البائع أو الموزعين في سلسلة التوزيع التجارية، وكان من شأن إغفال هذه التعليمات أو التحذيرات جعل المنتج خطرًا بشكل غير معقول.

(80) 'risk' means the combination of the probability of an occurrence of harm and the severity of that harm; البند (2) من المادة (3) من قانون الذكاء الاصطناعي.

(81) على سبيل المثال: إن استخدام الذكاء الاصطناعي في عمليات صنع القرار أثار مخاوف أخلاقية كبيرة بشأن الجدارة بالثقة والتحيز؛ نظرًا إلى أن أنظمة الذكاء الاصطناعي من صنع البشر، فهي عرضة بطبيعتها للتحيزات نفسها التي يتعرض لها مبتكروها؛ حيث كشف تحقيق أجري في العام 2016 أن خوارزمية العدالة الجنائية أخطأت في تصنيف المتهمين الأمريكيين من أصل أفريقي على أنهم «عاليو المخاطر»، بمعدل يكاد يكون ضعف المعدل الذي أخطأت فيه في تصنيف المتهمين البيض. ونعتقد أن هذا التحيز الخوارزمي هو من صنع البشر، وكان يمكن توقعه نظرًا إلى طبيعة البيانات التي تم تغذية الأنظمة بها. انظر تفصيلا: هانا فراي، أهلًا بالعالم .. أن تكون إنسانًا في عصر الخوارزميات، ترجمة: محمد أ. جمال، دار كلمات للنشر والتوزيع، 2021. ص92 وما بعدها.

ووفقًا لمدونة المسؤولية التقصيرية الأمريكية (الإصدار الثالث)، فإن الاختبار يتمثل في تحديد أن: «مخاطر الضرر المتوقعة من المنتج كان يمكن الحد منها أو تجنبها، من خلال توفير تعليمات أو تحذيرات معقولة»[82].

ويعد مفهوما إمكان التوقع والجهد المعقول عنصرين أساسيين في دعوى الإهمال، وفقًا للنظام القانوني الأمريكي؛ حيث تفرض معظم المحاكم الأمريكية معيارًا قائمًا على الخطأ، و حيث ينبغي على المدعي أن يثبت أن المدعى عليه كان يعلم، أو كان ينبغي عليه أن يعلم، بالمخاطر التي تسببت في أضرار للمدعي[83]. وهنا يلتقي المشرع الأمريكي مع المشرع الإماراتي الذي يعزو عيب المنتج إلى خطأ منتِجه. وهو الأمر الذي يخالف السياسة التشريعية للمشرع الأوروبي الذي جعل مسؤولية المنتج عن عيوب منتجاته مسؤولية موضوعية في كل صور العيب.

ولذلك يمكن للمدعي رفع دعوى مسؤولية المنتِج عن عيب تحذيري، إذا كان «من الممكن تقليل أو تجنب مخاطر الضرر المتوقعة التي يشكلها المنتج، من خلال توفير تعليمات أو تحذيرات معقولة... ». أي أنه يمكن رفع الدعوى على أساس التقصير في تقديم التعليمات المناسبة المصاحبة للمنتج، وأنه من شأن توافر تعليمات معينة أن تؤدي إلى تجنب مخاطر الضرر المتوقعة[84].

(82) (82) Restatement (Third) of Torts: Prods. Liab. § 2(C) (Am. Law Inst. 1998).

(83) (83) Vassallo v. Baxter Healthcare Corp., 696 N.E.2d 909 (1998). Finn v. G.D. Searle & Co., 677 P.2d 1147 (Cal. 1984).

في العام 1977، خضعت فلورنس فاسالو لعملية زراعة ثدي باستخدام غرسات هلام السيليكون المصنعة من قبل شركة Heyer-Schulte Corporation. في العام 1992، عانت فاسالو من آلام في الصدر، وكشفت الفحوص عن أن الغرسات قد تمزقت؛ ما أدى إلى تسرب الهلام إلى أنسجتها، مسببًا التهابًا مزمنًا وتندبًا ومشاكل في جهاز المناعة. رفعت فاسالو وزوجها دعوى قضائية ضد شركة Baxter، مدعين أن الشركة كانت على علم، أو كان ينبغي أن تكون على علم، بالمخاطر المرتبطة بالغرسات، لكنها فشلت في تحذير المستخدمين. شملت الدعاوى الإهمال، والإخفاق في تقديم تحذيرات مناسبة، وانتهاك الضمان الضمني لقابلية التسويق. أيدت المحكمة العليا في ماساتشوستس حكم هيئة المحلفين بأن شركة Baxter كانت مهملة، وفشلت في تحذير المستخدمين من المخاطر المعروفة.

(84) تمثل كارثتا تحطم طائرتي بوينج ماكس 737 التابعتين للخطوط الجوية الإثيوبية والإندونيسية، في عامي 2018 و2019، بسبب وجود نظام ذكاء اصطناعي خاص بتعزيز خصائص المناورة Manoeuvring Characteristics Augmentation System (MCAS)، وكان سبب الحادثتين واحدًا، وهو أن مستشعر زاوية الهجوم single Angle of Attack (AoA) قدم بيانات خاطئة للنظام؛ ما دفعه إلى استنتاج أن الطائرة سوف تتوقف، فقام النظام تلقائيًّا بدفع مقدمة الطائرة إلى الأسفل لمنع التوقف المزعوم. وتبيَّن أن نظام MCAS كان يعتمد على مستشعر واحد فقط لزاوية الهجوم؛ ما جعله عرضة للأعطال. وتبين عند التحقيق في الحادثتين أن شركة بوينج لم تضع معلومات واضحة عن MCAS في الكتيبات الخاصة باستخدام الطائرات. انظر تفصيلًا:

Shengjun Liu, Yun Zhao & Xinhui Wang, Comparative studies of available relief for defective

ومن ثم فإن الالتزام الأساسي الملقى على عاتق منتج المنتج المعلوماتي هو واجب توفير التحذير المناسب من الخطر، وتقديم تعليمات معقولة لاستخدام المنتج بأمان. وبالإضافة إلى «تحذيرات الحد من المخاطر» ينبغي على المنتج أيضًا تقديم تحذيرات لإعلام المستهلك بالمخاطر التي لا يمكن تجنبها، والمرتبطة باستخدام المنتج؛ حيث تتيح هذه المعلومات للمستخدم اتخاذ قرار مستنير بشأن الحصول على المنتج من عدمه على الإطلاق[85].

ويفرض قانون ولاية كاليفورنيا على المنتج «التنبؤ – بدرجة ما – بسوء وإساءة استخدام منتجه، سواء من قبل المستخدم أو من قبل الغير، واتخاذ الاحتياطات المعقولة لتقليل الضرر الذي قد ينتج عن سوء وإساءة الاستخدام»[86].

وقضي بأنه: «يتعين على الشركة المصنِّعة أن تحذر المستخدم المتوقع لمنتجها من مخاطر استخدام المنتج، والمدى الذي يتعين على الشركة المصنعة فيه توقع المخاوف المتعلقة بالسلامة هو مسألة واقعية»؛ حيث وجدت محكمة أوكلاهوما أن: «شركة تويوتا مخطئة فيما يتعلق بالتسارع المفاجئ لنظام تثبيت السرعة؛ حيث لم تبيِّن الشركة إمكان حدوث ذلك في كتيب الاستخدام»[87]. وقضي كذلك بأنه «حتى المنتج المُصمَّم والمُصنَّع بشكل لا تشوبه شائبة، قد يحمل مع ذلك مثل هذه المخاطر على المستخدم في غياب تحذير مناسب حيث يصبح «معيبًا» لمجرد غياب التحذير»[88].

وبناءً على ذلك، يقع على عاتق الشركات المصنعة واجب مستمر لتحذير المستهلكين

aircraft and grounding losses under the legal regimes in China and the U.S.: product tort liability or contractual warranty liability?, Asia Pacific Law Review 2023, Vol.31, No.1, pp.167-168.

(85) Taylor v. Elliott Turbomachinery Co., Inc., 171 Cal.App.4th 564, 577 (2009).

(86) Valentine v. Baxter Healthcare Corp., 68 Cal.App.4th 1467, 1482 1999)
حيث قررت المحكمة أن: «واجب الشركة المصنعة في التحذير هو واجب مستمر مادام المنتج كان قيد الاستخدام».

(87) Bookout v. Toyota Motor Corp., No. CJ-2008- 7969, 2013 WL 5596096 (Okl. Dist. Sept. 13, 2013), (No. CJ-2008-7969), 2009 WL 9155882 (Okl. Dist. Sept. 16, 2009). bookout1014am.PTM (safetyresearch.net)

(88) تم التأكيد على هذا المبدأ في عدد من الأحكام أهمها: قضية Anderson v. Owens–Corning Fiberglas Corp.، 1991؛ حيث أصيب المدعي بمشكلات صحية نتيجة التعرض لمادة الأسبستوس، وادعى أن الشركة المصنعة لم تقدم تحذيرًا كافيًا حول المخاطر الصحية المرتبطة بالمادة؛ قضت المحكمة بأن عدم التحذير من مخاطر المادة جعل المنتج معيبًا، حتى لو كان تصميمه وتصنيعه سليمًا. وفي قضية MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp., 1985 أصيبت المدعية بجلطة دماغية بعد استخدام حبوب منع الحمل، وادعت أن الشركة لم تقدم تحذيرات كافية بشأن المخاطر المحتملة. قررت المحكمة أن الشركات المصنعة للأدوية تتحمل مسؤولية قانونية عن الأضرار إذا لم تقدم تحذيرات كافية للمستهلكين.

من المخاطر الكامنة في منتجاتهم؛ حتى يتمكن المستهلك إما من الامتناع عن استخدام المنتج، وإما تجنب الخطر، من خلال الاستخدام الدقيق. ولتقرير الحاجة إلى شهادة الخبراء في قضايا العيب في التحذير يفرق القضاء الأمريكي بين الموضوعات التي تقع في نطاق المعرفة الشائعة والمعرفة التقنية المتخصصة؛ حيث قضت محكمة أوكلاهوما في القضية المذكورة سلفًا بالحاجة إلى شهادة الخبراء في قضية التسارع المفاجئ لنظام تثبيت السرعة في سيارة كامري موديل 2005، كان المدعي قد أدعى بأن نظام تثبيت السرعة الإلكتروني فيها به عيب في التصميم، وتسبب في التسارع المفاجئ[89].

بينما قررت المحكمة – في قضية روجيرو ضد شركة ياماها موتور كوربريشن – أنه لا حاجة إلى شهادة الخبراء فيما يتعلق بدعوى عيب في منتج لمركبة مائية شخصية؛ حيث إن «شهادة الخبراء تكون مطلوبة فقط في قضية عيب في التحذير، عندما يكون الموضوع خارج نطاق المعرفة العامة، ويعتمد على المعرفة العلمية أو التقنية... أو غيرهما من المعارف المتخصصة»[90].

وعليه، بالنسبة إلى العيوب البرمجية، من المرجح أن تجد المحاكم أن المشكلات الفنية تقع خارج نطاق المعرفة العامة للمستهلكين. وقد ينشأ العيب في التحذير عندما يقدم منتِج المنتَج المعلوماتي تحذيرات غير كافية، أو يتجاهل تقديم أي تحذير على الإطلاق. وعليه سيكون مسؤولًا عن الفشل في التحذير، إذا كان التحذير ممكنًا، وكان غياب التحذير سببًا في إصابة المدعي.

ومن جانب آخر «يجوز للمدعى عليه الدفع بأن حالة التطور العلمي والتقني في مجال المنتجات المعلوماتية لم تمكنه من تقديم هذه التحذيرات»[91]. كما أنه «لا يمكن أن تكون هناك مسؤولية عن الفشل في التحذير؛ حيث تنبه التعليمات أو التحذيرات المستخدم بشكل كافٍ إلى احتمالية الخطر»[92].

وقد يبدو أن هناك تناقضًا متأصلًا بين دفع حالة التطور العلمي والتقني في مجال معين، وفرض أن عدم وجود تحذير قد يكون سببًا كافيًا وحده لاعتبار المنتج معيبًا. حيث

(89) Sunghyo Kim, Crashed Software: Assessing Product Liability For Software Defects in Automated Vehicles, Op.Cit., p.309.

(90) Ruggiero v. Yamaha Motor Corp., No. 15-49 (JBS/KMW), 2017 U.S. Dist. LEXIS 48908, at *24-25 (D.N.J. Mar. 31, 2017) (quoting Jerista v. Murray, 883 A.2d 350, 364 (N.J. 2005)).

(91) Anderson v. Owens-Corning Fiberglas Corp., 53 Cal.3d 987, 1002 (1991)
تم تعريف حالة الفن بأنها: «دليل على أن المخاطر المحددة لم تكن معروفة أو قابلة للمعرفة من خلال تطبيق المعرفة العلمية المتاحة في وقت التصنيع و/أو التوزيع»).

(92) Crompton & Knowles Corp., 183 Cal.App.3d 1031, 1042 (1986).

إن دفع حالة التطور، سواء في البرمجة التقليدية أو برمجة الذكاء الاصطناعي، هو دفع إيجابي يسمح للمدعى عليه بتجنب المسؤولية، من خلال إظهار أن الخطر المعين لم يكن معروفًا، ولا تمكن معرفته من خلال تطبيق المعرفة العلمية المتاحة في وقت الإعداد، و/ أو التوزيع.

وتكمن المشكلة في حقيقة أن أغلب المخاطر التي يفرضها الذكاء الاصطناعي ليست معروفة، ولا يمكن معرفتها مما يسمح لمبرمجي (منتجي) هذه الأنظمة بالتهرب من المسؤولية بناءً فقط على الطبيعة غير المتوقعة لنظام الذكاء الاصطناعي. وعلى العكس من ذلك، فإن نفس نظام الذكاء الاصطناعي الذي يلبي معايير دفع حالة التطور قد يُعتبر معيبًا – بشكل متناقض – في غياب أي تحذيرات من مخاطره. بمعنى أنه لا بد من تحديد الفيصل بين حالة انتفاء التحذير، والذي كان سببًا في الضرر، وبين حالة أن الضرر ناتج عن سبب لم تسعف حالة التطور العلمي والتقني في البرمجة من اكتشافه عند إعداد المنتج المعلوماتي.

ولذلك لا بد من اللجوء إلى الخبرة لتحديد ما إذا الخطر الناجم لم يكن في الإمكان توقعه من قبل المبرمج (المنتج) نتيجة غياب المعرفة بما سيتخذه النظام من قرارات، أم أنه ناتج عن أن مستوى التطور في برمجة أنظمة الذكاء الاصطناعي لم تكن تسمح بتوقع هذه المخاطر.

المبحث الثالث

إثبات العيب المعلوماتي في أنظمة الذكاء الاصطناعي

نص التوجيه الأوروبي الجديد على أنه يجب على الدول الأعضاء أن تضمن أن تتم مطالبة المدعي بإثبات عيب المنتج، والأضرار التي لحقت به، والعلاقة السببية بين هذا العيب وتلك الأضرار[93].

ويعفى المدعي من إثبات عيب المنتج إذا توافرت الحالات التالية[94]:

أ – امتناع المدعى عليه عن الكشف عن الأدلة ذات الصلة التي بحوزته عند التقاضي بناء على طلب المدعي بالكشف عنها.

ب – إذا بيَّن المدعي أن المنتج لا يتوافق مع المتطلبات الإلزامية لسلامة المنتجات المنصوص عليها في قانون الاتحاد، أو القانون الوطني، والتي تهدف إلى الحماية من خطر الأضرار التي لحقت بالشخص المتضرر[95].

جـ – إذا أثبت المدعي أن الضرر ناتج عن عطل واضح في المنتج في أثناء الاستخدام المتوقع بشكل معقول، أو في ظل ظروف عادية.

وقد يبدو أن هذه الفروض لا تسعف المدعي في الاستفادة من أحكام مسؤولية المنتج على أنظمة الذكاء الاصطناعي؛ لأنها أنظمة للتعلم الذاتي، تتعلم من تجربتها، ويمكنها اتخاذ قرارات مستقلة. وبالتالي، بالنسبة إلى المدعي، سيكون من الصعب إثبات وجود عيب في نظام الذكاء الاصطناعي، لا سيما إذا لم يكن العيب قديمًا، أي لم ينشأ في يد منشئه (الشركة المصنعة أو المبرمج)، ولكنه نشأ عن طريق تفاعل النظام الذاتي ومعالجته

(93) الفقرة 1 من المادة (10) من التوجيه الجديد التي جاءت تحت عنوان: عبء الإثبات Burden of proof.

(94) الفقرة 2 من المادة (10).

(95) نلاحظ أن المشرع الأوروبي تبنى فلسفة تشريعية جديدة في قانون الذكاء الاصطناعي يعتمد على المخاطر المحتملة لأنظمة الذكاء الاصطناعي، حيث قسمها إلى أنظمة تحمل مخاطر غير مقبولة لا يجوز تنظيمها، وأخرى ذات مخاطر عالية هي محل التنظيم القانوني، وتلك التي تحمل مخاطر بسيطة تترك لمدونات السلوك لأصحاب المصلحة فيها. ونص على خضوع أنظمة الذكاء الاصطناعي في الاتحاد لتشريعات سلامة المنتجات ذات الصلة، والتي توفر إطارًا لحماية المستهلكين من المنتجات الخطرة بشكل عام. وعلى عدم الإخلال أيضًا بالقواعد المنصوص عليها في القوانين الأخرى للاتحاد المتعلقة بحماية المستهلك وسلامة المنتج. انظر الحيثية رقم (5) التي حددت الأضرار المحتملة لأنظمة الذكاء الاصطناعي، والحيثية 46 التي تلزم مقدمي أنظمة الذكاء الاصطناعي بضمان ألا تنطوي على مخاطر عالية. والحيثية 47 التي تنص على منع المخاطر المتعلقة بالسلامة التي قد تولدها أنظمة الذكاء الاصطناعي، وتخفيفها على النحو الواجب..(europa.eu) pdf.

معطيات البيئة المحيطة، واتخاذه القرار بناء على هذه المعالجة الآلية.

وسنتناول صعوبات إثبات العيب في نظام الذكاء الاصطناعي (مطلب أول)، والتصور المُقترَح لتقرير العيب في نظام الذكاء الاصطناعي (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

صعوبات إثبات العيب في نظام الذكاء الاصطناعي

يرى البعض أنه من المرجح ألا يكون الخطأ في الخوارزمية (الخوارزميات) الأساسية، سواء للبرمجيات المختلفة، أو أنظمة الذكاء الاصطناعي، ولكن في البيانات المدمجة في النظام، أو في مجموعة البيانات الاختبارية التي تم تدريب النظام عليها[96]؛ لذلك كان المشرع الأوروبي حاسمًا في تقرير مسؤولية تضامنية عن عيب المنتج الذي أُدمج فيه مكونٌ من طرف آخر[97].

وقد تنبه المشرع الأوروبي لهذه التساؤلات، ونص على أنه يمكن تصميم المنتجات بطريقة تسمح بإجراء تعديلات، سواء من خلال تغييرات في البرامج، بما في ذلك الترقيات والتحديثات المستمرة، أو بسبب التعلم المستمر لنظام الذكاء الاصطناعي؛ فيجب اعتبار المنتج المُعدَّل – بشكل كبير – متاحًا في السوق، أو قد تم وضعه في الخدمة في الوقت الذي يتم فيه إجراء التعديل بالفعل[98].

(96) ينص قانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي على تعريف المقصود ببيانات التدريب باعتبارها: البيانات المستخدمة لتدريب نظام الذكاء الاصطناعي، من خلال ملاءمة معلماته القابلة للتعلم (البند29 من المادة 3).

(97) الحيثية رقم (36) تنص على أنه: تتطلب حماية الأشخاص الطبيعيين أن يكون أي مُصنِّع مشارك في عملية الإنتاج مسؤولًا، بقدر ما يكون المنتج أو المكون الذي يوفره ذلك المُصنِّع معيبًا. ويشمل هذا أي شخص يقدم نفسه على أنه المُصنِّع، من خلال وضع اسمه أو علامته التجارية، أو أي سمة مميزة أخرى، على منتج، أو تفويض طرف ثالث بوضعها؛ حيث إن القيام بذلك يعطي انطباعًا بأنه مشارك في عملية الإنتاج، أو يتحمل المسؤولية عنها. عندما يدمج المُصنِّع مكونًا معيبًا من مُصنِّع آخر في منتج، فيجب أن يكون الشخص المصاب قادرًا على طلب تعويض عن الضرر نفسه من كلٍّ من مُصنِّع المنتج، ومُصنِّع المكون. عندما يتم دمج مكون في منتج خارج سيطرة مُصنِّع ذلك المنتج، فيجب أن يكون الشخص المصاب قادرًا على طلب تعويض من مُصنِّع المكون؛ حيث يكون المكون نفسه منتجًا بموجب هذا التوجيه.

(98) الحيثية رقم (40)، فضلًا على الصعوبات والتحديات التي تفرضها أنظمة الذكاء الاصطناعي، مثل: الاتصال البيني مع البيئة المحيطة، والاستقلالية في المعالجة، واتخاذ القرار، وموثوقية البيانات، والغموض، وتعقيد المنتجات والأنظمة، وتحديثات البرامج وإدارة السلامة. انظر تفصيلًا:
Nikos Th. Nikolinakos, Adapting the EU liability regime to artificial intelligence (AI): the European Commission's proposed policy options, Computer and Telecommunications Law

بمعنى أن أي إضافة بشرية أو آلية لهذا المنتج، في أثناء تداوله، سوف يُسأل عنها من قام بالإضافة أو التعديل. أو إذا كانت الإضافة آلية فيُسأَل عنها من وضع النظام الآلي قيد الاستخدام، وسمح له بالمعالجة واتخاذ القرار بصورة آلية[99].

وعندما يدمج المُصنِّع مكونًا معيبًا من مُصنِّع آخر في منتجه، فيجب أن يكون الشخص المصاب قادرًا على طلب تعويض عن الضرر نفسه من كلٍّ من مُصنِّع المنتج، ومن مُصنِّع المكون.

وعندما يتم دمج مكون في منتج خارج سيطرة مُصنِّع ذلك المنتج، فيجب أن يكون الشخص المصاب قادرًا على طلب تعويض من مُصنِّع المكون[100]. وعليه فإن المستخدم الذي قام بتحديث البرنامج وتطويره من دون موافقة أو إشراف المبرمج الأصلي، فإنه يكون مسؤولًا عن المنتج المعلوماتي، وخلاف هذا يكون الحكم على المنتج الأصلي الذي يدمج برنامجًا ما في منتجه، مثل: شركة سيارات تقوم بدمج برنامج/ نظام ذكاء اصطناعي، سواء للتوجيه أو القيادة... إلخ، من دون مشاركة منتج البرنامج/ النظام في عملية الدمج تكون مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن استخدام المنتجات المعلوماتية المدمجة. ولتلافي صعوبة إثبات مسؤولية الطرفين، يقرر المشرع الأوروبي مسؤوليتهما التضامنية إذا تعذر إثبات مصدر العيب[101].

يقرر المشرع الأوروبي أن العيب يكون في المنتج، أو أن وجود العلاقة السببية بين الضرر والعيب يكون مفترضًا، أو كلا الأمرين، في الحالات التي يكون فيها من الصعب للغاية على المدعي إثبات العيب، أو العلاقة السببية، أو كليهما، لا سيما بسبب التعقيد الفني أو العلمي للحالة المعروضة أمام القضاء، وذلك نظرًا إلى أن الشركات المصنعة تتمتع بمعرفة دقيقة، وفي مركز أفضل من الشخص المتضرر، ومن أجل الحفاظ على توزيع عادل للمخاطر[102].

Review (C.T.L.R.), Vol.28, Iss.3, (2022), pp.66-83.

(99) الحيثية رقم (36).

(100) على سبيل المثال: في العام 2016، أطلقت شركة مايكروسوفت روبوت دردشة تفاعليًا مصممًا للتعلم والتطوير، من خلال تفاعلاته مع البشر. في غضون 24 ساعة من إتاحة روبوت الدردشة للجمهور، بدأ في إنشاء تغريدات مبتذلة ومسيئة، بناءً على ما تعلمه من تفاعلاته. أظهر روبوت الدردشة الحاجة إلى أن يتوقع مطورو الذكاء الاصطناعي، بشكل استباقي، جمهور الأنظمة والخصائص المرغوبة للنظام، من أجل حماية أنظمة التعلم الآلي من تعلم التحيزات والبيانات غير المرغوب فيها.
Amy Kraft, Microsoft shuts down AI chatbot after it turned into a Nazi,. Microsoft shuts down AI chatbot, Tay, after it turned into a Nazi - CBS News.

(101) الحيثية رقم (53).

(102) الحيثية رقم (48).

ويوجب المشرع الأوروبي على القضاء تحديد التعقيد الفني أو العلمي على أساس كل حالة على حدة، مع مراعاة عوامل مختلفة تشمل الطبيعة المُعقَّدة للمنتج، مثل جهاز طبي مبتكر، أو طبيعة التكنولوجيا المستخدمة، مثل: التعلم الآلي، أو المعلومات والبيانات التي يجب تحليلها من قبل المدعي، أو العلاقة السببية المُعقَّدة، مثل: العلاقة بين منتج دوائي أو غذائي، وظهور حالة صحية، أو العلاقة التي تتطلب من المدعي شرح آليات عمل نظام ذكاء اصطناعي[103].

وفي حين ينبغي للمدعي أن يقدم حججًا لإثبات التعقيد الفني أو العلمي المحيط بالحالة موضوع النزاع، إلا أنه لا ينبغي، لكي تقرر المحكمة وجود صعوبات تحول دون تحميله عبء الإثبات، أن يُطلب منه شرح الخصائص المُحدَّدة لنظام الذكاء الاصطناعي، أو كيف تجعل هذه الخصائص من الصعب إثبات العلاقة السببية بين العيب والضرر»[104].

وحيث إن التقنيات الرقمية تسمح للشركات المصنعة بممارسة السيطرة، بعد لحظة وضع المنتج في السوق، أو وضعه في الخدمة؛ فيجب أن تظل الشركات المصنعة مسؤولة عن العيب الذي يظهر بعد تلك اللحظة، نتيجة البرامج أو الخدمات ذات الصلة التي تقع تحت سيطرتها، سواء كان ذلك في شكل تحديثات، أو ترقيات، أو خوارزميات التعلم الآلي.

وقد يُثار تساؤل مفاده: ما إذا كانت مدخلات المدعي نفسه قد تشكل تعديلًا أو إساءة استخدام غير متوقعة للمنتج[105].

للوهلة الأولى، قد يبدو أنه إذا كانت مدخلات المدعي هي السبب الوحيد للإصابة الناتجة، فإن المدعى عليه سيكون من حقه استخدام دفع إساءة استخدام المنتج. ولكن قد يُثار تساؤل آخر: هل يمكن استخدام هذا الدفع في أنظمة الذكاء الاصطناعي؛ حيث يقوم مطورو الذكاء الاصطناعي المستقل بإدخال أنظمتهم إلى السوق، وهم يعلمون أن نظام الذكاء الاصطناعي لديه القدرة على التطور بطريقة غير متوقعة لكل من المنتج والمستخدم؛ مما يؤدي إلى صعوبة التمييز بين ما إذا كانت مدخلات المدعي تشكل إساءة استخدام، وتعد مصدر العيب، وبين أن يكون التعلم والتفاعل الآلي هو مصدر العيب، وبالتالي من الممكن أن يُعد هذا حجة ضد تطبيق دفع إساءة الاستخدام لمصلحة المدعي

(103) الحيثية السابقة.

(104) الحيثية رقم (48).

(105) يُعرّف قانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي «إساءة الاستخدام المتوقعة بشكل معقول» بأنها: «استخدام نظام الذكاء الاصطناعي بطريقة لا تتفق مع الغرض المقصود منه، ولكنها قد تنتج عن سلوك بشري يمكن التنبؤ به بشكل معقول، أو تفاعل مع أنظمة أخرى، بما في ذلك أنظمة الذكاء الاصطناعي الأخرى» .

(المستخدم). وعليه لا بد من البحث عن دفع آخر إذا أراد المنتج إلقاء اللوم على مدخلات المستخدم، بوصفها المتسببة في العيب.

ولذلك نرى المشرع الأوروبي يؤكد إلزام منتج نظام الذكاء الاصطناعي ملاحقة نظامه بالمتابعة والتحديث المستمرين، نظرًا إلى أن التقنيات الرقمية تسمح للشركات المصنعة بممارسة السيطرة بعد لحظة وضع المنتج في السوق، أو وضعه في الخدمة[106]، وأنه ينبغي اعتبار مثل هذه البرامج أو الأنظمة ذات الصلة تحت سيطرة الشركة المصنعة؛ حيث يتم توفيرها من قبل تلك الشركة المصنعة، أو حيث تفوض تلك الشركة المصنعة، أو توافق بطريقة أخرى على توريدها، من قبل طرف ثالث.

على سبيل المثال، إذا تم تقديم تلفزيون ذكي على أنه يتضمن تطبيقًا معينًا، ولكن يُطلَب من المستخدم تنزيل التطبيق من موقع ويب تابع لجهة خارجية، بعد شراء التلفزيون؛ فيجب أن يظل مصنع التلفزيون مسؤولًا، إلى جانب منتج التطبيق، عن الأضرار الناجمة عن أي عيب في التطبيق، حتى لو ظهر العيب فقط بعد وضع التلفزيون في السوق[107].

المطلب الثاني

التصور المقترَح لتقرير العيب في نظام الذكاء الاصطناعي

عندما يدق تقرير المسؤولية، سواء التضامنية أو الفردية، يشير البعض إلى إمكان تطبيق نظرية الأقدر على تحمل المخاطر بتكلفة أقل theory avoider cost cheapest؛ حيث تفترض النظرية أن المسؤولية يجب أن تقع على عاتق الطرف الأكثر قدرة على تجنب الضرر أو تقليل تكاليفه. ويشار إلى هذا الطرف باسم «الطرف الأقدر على تجنب التكاليف»[108].

(106) الحيثية رقم (50).

(107) الحيثية رقم (50).

(108) Air & Liquid Sys. Corp. v. DeVries, 586 U.S. 446, 451 (2019).

وللإجابة على هذا السؤال، لجأ القضاة إلى المبادئ الأولى من نظرية المسؤولية التقصيرية؛ ففي قرار بأغلبية ستة أصوات مقابل ثلاثة، استمد القاضي بريت كافانو كثيرًا من نظريته حول «المتجنب الأقل تكلفة» للقاضي جيدو كالابريسي، وقرر لمصلحة الأغلبية أن الشركة المصنعة للمنتج المعدني العاري لديها واجب التحذير، معتبرًا أن «الشركة المصنعة للمنتج غالبًا ما تكون في وضع أفضل من الشركة المصنعة للأجزاء لتحذير المستخدمين من الخطر الناجم عن المنتج المتكامل».

كما استندت مخالفة القاضي نيل جورسوتش إلى نظرية المتجنب الأقل تكلفة للقاضي كالابريسي، لكنه استنتج أن الشركة المصنعة للأجزاء اللاحقة هي الشركة التي «تتمتع بأفضل وضع لفهم المستخدمين وتحذيرهم من مخاطرها؛ وفي لغة القانون والاقتصاد، فإن أولئك الذين يصنعون المنتجات هم عمومًا الأقدر على تجنب المخاطر بأقل تكلفة.

ومن خلال إسناد المسؤولية إلى هذا الطرف، يمكن للمجتمع تحقيق تخصيص أكثر كفاءة للموارد؛ مما يقلل من التكاليف الإجمالية المرتبطة بالحوادث ومنعها. فعِوضًا عن محاولة نسبة كل ناتج للذكاء الاصطناعي إلى طرف واحد، ستركز المحاكم على ما إذا كان المستخدم التفاعلي، أو منتج الذكاء الاصطناعي، في مقدوره التخفيف من الأضرار أو منعها[109]. على سبيل المثال: إذا تسبب نظام ذكاء اصطناعي في ضرر، فإن المؤيدين للنظرية يرون أن المسؤولية يجب أن تقع على الطرف الذي يمكنه منع الضرر بأقل تكلفة، سواء كان ذلك المبرمج هو الشركة المصنِّعة أو المستخدم.

ولكن من الملاحظ أن تحديد الطرف الأكثر قدرة على تقديم التكلفة الأقل لتجنب الضرر قد يكون صعبًا؛ لأن الذكاء الاصطناعي غالبًا ما يعتمد على أنظمة معقدة متداخلة، وسلاسل توريد متعددة؛ لذلك فإن التطبيق الفعلي يتطلب دقة في تحليل التكاليف والمخاطر، ووجود إطار قانوني مناسب لضمان عدالة التوزيع. فضلًا على أن هذه النظرية تعتمد على معيار اقتصادي، وهو تحميل الطرف الأقدر على تجنب الضرر بتكلفة أقل، من دون النظر إلى معايير المسؤولية القانونية ومقتضيات العدالة.

ولذلك، يرى البعض[110] أن تحديد العيب في أنظمة الذكاء الاصطناعي يجب أن يتماشى مع مستوى السيطرة على مخاطر المنتج التي يمتلكها المنتجون والمستخدمون. وتجب مراعاة التأثير النسبي للمستهلكين والمنتجين على وقوع الضرر؛ حيث يختلف اعتمادًا على مصدر العيب وطبيعته؛ لذلك يجب أن يأخذ نظام المسؤولية عن المنتجات في الاعتبار مصدر العيب، ويميز معيار المسؤولية الواجب تطبيقه، من خلال تصنيف العيوب بناءً على درجة السيطرة التي يمتلكها المنتجون والمستخدمون؛ حيث يمكن لمعيار المسؤولية أن يتماشى – بشكل أفضل – مع مستويات السيطرة الخاصة بهم؛ مما يؤدي إلى تحديد أكثر ملاءمة لمعيار المسؤولية المناسب.

وكلما كان النظام معقدًا وذا استخدامات متعددة، مثل أنظمة الذكاء الاصطناعي التوليدية، أو نظامًا ينطوي على مخاطر عالية، مثل الأنظمة التي تدمج في الطائرات

(109) نلاحظ أن المشرع الأوروبي في قانون الذكاء الاصطناعي تبنى تنظيمًا لأنظمة الذكاء الاصطناعي عالية الخطورة، ووضع التزامات محددة على جميع الأطراف المرتبطين بها: المزود، والمستورد، والموزع، والمستخدم. ونص صراحة على عدم مخالفة هذه الأنظمة أحكام سلامة المنتجات التي تنص عليها تشريعات حماية المستهلك، وخضوع أنظمة الذكاء الاصطناعي للتقييم المسبق من طرف ثالث. انظر الحيثيات 27 و28 و42 و43 و48-64.

(110) انظر تفصيلًا:

Miriam C. Buiten, Product liability for defective AI, European Journal of Law and Economics, Vol.57, (2024), p.244. Product liability for defective AI | European Journal of Law and Economics.

والمركبات الآلية... وغيرها، فإنها تتطلب مستوى عاليًا من السيطرة، سواء من جانب المنتج أو المستخدم[111].

ولذلك، ربما يكون الحل المبدئي الذي يمكن اقتراحه في غياب الوضوح الكامل لقضايا المسؤولية عن عيوب أنظمة الذكاء الاصطناعي هو تبني إطار متعدد للمسؤولية يجعل المسؤولية تضامنية في أحوال، ومحددة تجاه طرف بعينه في أحوال أخرى.

ومن الحالات التي يمكن فيها تطبيق المسؤولية التضامنية، إذا كان هناك عيب ناتج عن تقصير مشترك بين منتج نظام الذكاء الاصطناعي وجهة الإدارة المشرفة على اختبار النظام قبل تسويقه، عندها يمكن أن يتحمل كل من المنتج والجهة الحكومية المسؤولية التضامنية.

على سبيل المثال: إذا كانت تقنيات القيادة الذاتية تعاني عيبًا تقنيًّا (مثل فشل في المستشعرات)، ولم تجرِ السلطة الإدارية المختصة اختبارات كافية للتأكد من سلامة النظام، يمكن تحميل المسؤولية للطرفين معًا. وكذلك حالة الفشل في اختبارات السلامة إذا كانت السلطة الإدارية قد وافقت على منتج من دون اختبار كافٍ، أو كانت الشركة المصنِّعة قد أخفَت مشكلة تتعلق بالسلامة، فإن المسؤولية تكون تضامنية بين الطرفين. كذلك في حال التسويق المضلل إذا أخفَت الشركة المصنعة معلومات مهمة عن مخاطر النظام، أو قدمت إعلانات مضللة، ووافقت السلطة الإدارية على طرحه في السوق من دون تدقيق كافٍ، هنا تتحمل الأطراف معًا المسؤولية. أي أن يتم تقرير المسؤولية التضامنية بين المنتج وجهة الإدارة والمستخدم، عندما يدق تحديد المسؤولية الفردية لكل منهما، ويتبين من البحث أنه كان في إمكان كل واحد منهم أن يتفادى وقوع الخطر.

وتكون المسؤولية فردية عندما يتحمل كل طرف المسؤولية فقط عن أخطائه أو تقصيره الخاص، سواء من جانب المنتج أو المستخدم؛ فمن جانب المنتج يكون مسؤولًا عن العيوب التي تم بحثها سابقًا، وهي عيوب الإعداد والتصميم والتحذير، ويضاف إليها التقصير

(111) على سبيل المثال: في العام 2016، تم سحب هواتف Samsung Galaxy Note 7 من الأسواق، بعد موجة من الحوادث التي تسببت في انفجار بطارية الهاتف. وكان السبب الأساسي عيبًا في تصميم البطارية التي كانت غير آمنة، وأدى ذلك إلى انفجار الهاتف في أثناء الشحن؛ ما أدى إلى حوادث كبيرة وبعض الإصابات. كيف يمكن تطبيق المسؤولية التضامنية هنا؟ إذا كانت هناك موافقات إدارية غير دقيقة من الهيئات الحكومية، فقد يكون من الممكن تحميل الهيئات مسؤولية تضامنية مع شركة سامسونج؛ حيث كان يجب أن تتم مراجعة شاملة للمنتج من قبل الحكومات قبل الموافقة على طرحه. وتكون المسؤولية فردية إذا لم تقم شركة سامسونج بتحديث نظام الجودة لديها بشكل أفضل، والتأكد من عدم وجود عيوب في البطاريات.

في المتابعة المنتظمة للنظام، بعد توزيعه وتقصير المنتج في تقديم تحديثات مستمرة.

ومن جانب المستخدم الإساءةُ في الاستخدام – على سبيل المثال – إذا كان سائق المركبة الآلية قد أساء استخدام النظام، مثل إهمال تعليمات السلامة، أو تجاهل التحذيرات المتعلقة بالقيادة الذاتية، فيمكن تحميله المسؤولية الفردية. وكذلك إذا كان السائق يستخدم نظام القيادة الذاتية، من دون انتباه، أو لا يتفاعل مع التحذيرات الصوتية.

الخاتمة

أولًا: الاستنتاجات

1- يعد المنتج المعلوماتي، سواء كان برنامجًا حاسوبيًّا أو نظام ذكاء اصطناعي، كيانًا وظيفيًّا له تأثيره المادي الملموس؛ فلا يمكن الحديث عن برنامج حاسوب أو نظام ذكاء اصطناعي بمعزل عن آليته أو طبيعته التقنية. وعليه يمكن تعريف المنتج المعلوماتي بوصفه: «كل برنامج، أو تطبيق حاسوبي، أو نظام ذكاء اصطناعي، يعمل باستقلال، أو مدمجًا في تقنية أخرى، ويؤدي وظيفة، أو ينتج أثرًا ملموسًا».

2- يتمثل العيب في المنتج المعلوماتي في إعداد المنتج، وعيب في تصميمه، وعيب في التحذير من مخاطره، والتقصير في تحديثه. ويتطابق معيار تحديد العيب، سواء لدى المشرع الأمريكي أو الأوروبي، بوصفه إخلالًا بحالة السلامة المفترضة في المنتج.

3- يحدث عيب التصنيع (الإعداد) عادةً عندما يحدث خطأ ما في أثناء عملية إعداد المنتج المعلوماتي؛ مما يتسبب في انحرافه عن تصميمه المقصود، ومن أهم صور هذا العيب: صور هذا العيب المعلوماتي، مثل: النقص في تعليمات (خوارزميات) المنتج المعلوماتي، أو الخطأ في كتابة واحدة من هذه الخوارزميات، أو عدم كفاية البيانات والمعلومات الضرورية لإجراء تدريب واختبار المنتج المعلوماتي.

4- يكون المنتج معيبًا في تصميمه عندما يكون من الممكن تقليل، أو تجنب، مخاطر الضرر المُتوقَّع الذي يشكله المنتج، من خلال اعتماد تصميم بديل معقول، وتكون التحديثات والترقيات اللاحقة للمنتج قرينة على توافر تصميم بديل معقول، ما لم يثبت المنتج أن حالة التطور العلمية والتقني لم تكن تتيح له ابتكار هذا التصميم البديل. ويعد اختبار المخاطر/ المنافع Risk–Utility Test ملائمًا لبيان التوازن بين المخاطر والمنافع المحتملة في المنتج المعلوماتي؛ حيث يكون رجحان كفة المخاطر على المنافع دليلًا كافيًا على عدم التزام المنتج بمعايير السلامة. ويعد التحيز الخوارزمي صورة من صور العيب في تصميم المنتج المعلوماتي.

5- يعد المنتج المعلوماتي معيبًا بسبب عدم كفاية التعليمات أو التحذيرات اللازمة لتجنب، أو تقليل، المخاطر المتوقعة للضرر الذي يحدثه المنتج. وكذلك بسبب

انعدام التعليمات بشأن المخاطر الناجمة عن سوء الاستخدام.

6- يجب أن يتماشى تحديد العيب في أنظمة الذكاء الاصطناعي مع مستوى السيطرة على مخاطر النظام التي يمتلكها المنتجون والمستخدمون. وتجب مراعاة التأثير النسبي للمستهلكين والمنتجين على وقوع الضرر؛ حيث يختلف اعتمادًا على مصدر وطبيعة العيب. لذلك، يجب أن يأخذ نظام المسؤولية عن المنتجات المعلوماتية في الاعتبار مصدر العيب، ويميز معيار المسؤولية الواجب تطبيقه، من خلال تصنيف العيوب بناءً على درجة السيطرة التي يمتلكها المنتجون والمستخدمون؛ حيث يمكن لمعيار المسؤولية أن يتماشى – بشكل أفضل – مع مستويات السيطرة الخاصة بهم؛ مما يؤدي إلى تحديد أكثر ملاءمة لمعيار المسؤولية المناسب.

7- يتحمل المدعي عبء إثبات عيب المنتج، والأضرار التي لحقت به، والعلاقة السببية بين هذا العيب وتلك الأضرار. ويعفى من هذا العبء إذا امتنع المدعى عليه في الكشف عن الأدلة ذات الصلة التي بحوزته عند التقاضي بناء على طلب المدعي بالكشف عنها، أو إذا بيَّن المدعي أن المنتج لا يتوافق مع المتطلبات القانونية الإلزامية لسلامة المنتجات، أو إذا أثبت أن الضرر ناتج عن عطل واضح في المنتج في أثناء الاستخدام المتوقع المعقول، أو في ظروف عادية.

8- يكون العيب في المنتج، أو وجود العلاقة السببية بين الضرر والعيب مفترضًا، أو كلا الأمرين، في الحالات التي يكون فيها من الصعب للغاية على المدعي إثبات العيب أو العلاقة السببية أو كليهما، لا سيما بسبب التعقيد الفني أو العلمي للحالة المعروضة أمام القضاء، وتكون المسؤولية تضامنية بين الأطراف المشاركة في إنتاج وتوزيع واستخدام المنتجات المعلوماتية في الحالات التي يصعب معها تحديد المسؤولية الفردية عن العيب.

ثانيا: التوصيات

نوصي المشرع الإماراتي بإجراء التعديلات التالية:

1- النص على التمييز بين الأشياء المادية والأشياء المعنوية في قانون المعاملات المدنية وفق الوظيفة والأداء، وليس وفق التكوين.

2- النص على المنتج المعلوماتي في قانون حماية المستهلك الإماراتي، بوصفه نوعًا من المنتجات الفكرية التي نص عليها المشرع الإماراتي، على أن يكون المقصود

بالمنتج الفكري هو البرمجيات العادية، وبرمجيات الذكاء الاصطناعي، وكل نموذج من البرمجة قد يبرز في المستقبل.

3- تقرير المسؤولية الموضوعية عن عيوب المنتج المعلوماتي في كل صور العيب، وحذف اشتراط الخطأ من تعريف العيب في القانون الإماراتي.

4- إضافة العيب في انعدام أو نقص التحذير من المخاطر الكامنة أو المحتملة في المنتجات عمومًا، والمنتجات المعلوماتية على وجه الخصوص، بحيث يتضمن القانون الإماراتي وغيره من قوانين حماية المستهلك عيوب المنتجات الثلاثة، وهي: عيب الإعداد، وعيب التصميم، وعيب التحذير.

5- وضع معيار مركب لتقدير مخاطر المنتج المعلوماتي بشكل عام، سواء كان برنامجًا تقليديًا، أو كان برنامج ذكاء اصطناعي تميل فيه الكفة ناحية الخطر الكامن على المنفعة، كلما كان الخطر محتمل الوقوع، ونوصي المشرع الإماراتي بالاستئناس بقانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي الذي جمع في تعريف الخطر بين وقوعه واحتمال وقوعه.

6- تقرير المسؤولية التضامنية بين المنتج وجهة الإدارة والمستخدم، عندما يدق تحديد المسؤولية الفردية لكل منهم، ويتبيَّن من البحث أنه كان في إمكان كل واحد منهم أن يتفادى وقوع الخطر.

7- نوصي المشرع الإماراتي بإلزام منتجي المنتجات المعلوماتية ،لا سيما أنظمة الذكاء الاصطناعي بضمان خضوع منتجاتهم للإشراف والتحكم البشريين.

8- نوصي المشرع الإماراتي بإلزام منتجي المنتجات المعلوماتية بضمان الشفافية، وإمكان تتبع آلية عمل الذكاء الاصطناعي، من خلال توثيق القرارات الرئيسية المتخذة فيما يتعلق بتصميم النظام والمخاطر المتوقعة، ومجموعات البيانات التدريبية والإجراءات والنتائج التي يقوم عليها النظام.

قائمة المراجع

أولًا: باللغة العربية

- هانا فراي، أهلًا بالعالم .. أن تكون إنسانًا في عصر الخوارزميات، ترجمة: محمد أ. جمال، دار كلمات للنشر والتوزيع، 2021.
- هدى حامد قشقوش، جرائم الكمبيوتر والجرائم الاخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات، المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي (25 – 28 أكتوبر 1993)، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
- محمد حسن عبدالله، حماية برامج الحاسب بقانون براءة الاختراع في الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ع47، 2011.
- محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2003.
- نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- عدنان سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ط1، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2015.
- عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، القاهرة، 1994.
- خالد حمدي، حماية برامج المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

ثانيًا: باللغة الإنجليزية

- Aaron D. Twerski James A. Henderson Jr, Manufacturers' Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility, 74 Brook. L. Rev. (2009).
- Amy Kraft, Microsoft shuts down AI chatbot after it turned into a Nazi, Microsoft shuts down AI chatbot, Tay, after it turned into a Nazi - CBS News.
- Andrew Hodges, Alan Turing, The Enigma, Princeton University Press, 2014.

- Benjamin Hayward, What's in a Name? Software, Digital Products, and the Sale of Goods, Sydney Law Review, Vol.38, (2016).
- Deimantė Rimkutė, AI and Liability in Medicine: The Case of Assistive-Diagnostic AI, Baltic Journal of Law & Politics, A Journal of Vytautas Magnus University, Vol.16, No.2, (2023).
- Gary T. Walker, The Expanding Applicability of Strict Liability Principles: How Is a «Produce Defined?, Tort & Ins. LJ., Vol.22, Iss. 1, 2 (19).
- Jeffrey K. Gurney, Article, Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles, U. ILL. J. L. Tech. & Pol'y, Vol.13, Iss.247, (2013).
- Joseph L. Reutiman, Defective Information: Should Information be a «Product" Subject to Products Liability Claims?, Cornell J. L. & Pub. Pol'y, Vol.22, Iss.181, (2012).
- K. Alheit, Delictual liability arising from the use of defective software: comparative notes on the positions of parties in English law and South African law, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol.39, No.2, July 2006.
- Kinsey Van, Navigating Artificial Intelligence Through a Products Liability Framework, Western State Law Review, Vol.51, (2024).
- L. Jean Camp & Serena Syme, Code as Embedded Speech, Machine, and Service, The Journal of Information, Law and Technology (JILT), July 2001.
- Joel González Castillo, Products liability in Europe and the United States, Revista Chilena de Derecho, Mayo - Agosto 2012, Vol.39, No.2 (Mayo - Agosto 2012).
- Martin Kretschmer. Software as Text and Machine: The Legal Capture of Digital Innovation.http://www.cippm.org.uk/pdfs/JILT%20kretschmer%2011_03.pdf.
- Miriam C. Buiten, Product liability for defective AI | European Journal of Law and Economics, Vol.57, (2024).

- Neil Steinkamp, Automotive Warranty & Recall Report, Stout Advisory (May 1, 2016).
- Nikos Th. Nikolinakos, Adapting the EU liability regime to artificial intelligence (AI): the European Commission's proposed policy options, Computer and Telecommunications Law Review (C.T.L.R), Vol.28, Iss.3, (2022).
- Pamela Samuelson & Others, A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer programs, Columbia Law Review, Dec.1994.
- Robert D. Klein, A Comparison of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability and the Maryland Law of Products Liability, University of Baltimore Law Review, USA, Vol.3, Iss.2, Spring 2001.
- Robert Plotkin, From Idea to Action: Toward a Unified Theory of Software and the Law, 18th BILETA Conference: Controlling Information in the Online Environment April, QMW, London, 2003.
- Roy Alan Cohen, Self-Driving Technology and A autonomous Vehicles: A Whole New World for Potential Product Liability Discussion, Iadc Prod. Liab, Committee Newsletter (Int'l Ass'n Def. Counsel), May 2015, at 332.
- Shengjun Liu, Yun Zhao & Xinhui Wang, Comparative studies of available relief for defective aircraft and grounding losses under the legal regimes in China and the U.S.: product tort liability or contractual warranty liability?, Asia Pacific Law Review, Vol. 31, No.1, (2023).
- Shu Li, and Béatrice Schütte, The proposal for a revised Product Liability Directive: The emperor’s new clothes?, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 30, Iss.5, (2023).
- Steve Dearing, Connected Vehicles: How Soon Will They Hit the Road?, Wharton School (Aug. 1, 2017), Connected Vehicles: How Soon Will They Be Driverless? - PVMI (upenn.edu).
- Sunghyo Kim, Crashed Software: Assessing Product Liability for Software Defects in Automated Vehicles, Duke Law and Technology Review, Vol. 16, (2017-2018).

- Tanya Aplin, Jennifer Davis, Intellectual Property Law, second edition, Oxford University Press, UK, 2013.

ثالثًا: المعاجم

- قاموس ومعجم المعاني متعدد اللغات والمجالات، – قاموس عربي – عربي، وقاموس عربي إنجليزي.

رابعًا: المواقع الإلكترونية

- WIPO Lex
- pdf (europa.eu)

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	287
المقدمة	289
المبحث الأول: مفهوم المنتج المعلوماتي	293
المطلب الأول: توصيف المنتج المعلوماتي في التشريع	293
المطلب الثاني: توصيف المنتج المعلوماتي في أحكام القضاء	299
المطلب الثالث: الطبيعة الخاصة للمنتج المعلوماتي	302
المبحث الثاني: تأصيل مفهوم العيب المعلوماتي	306
المطلب الأول: عيب الإعداد (التصنيع)	308
المطلب الثاني: عيب التصميم	311
المطلب الثالث: عيب التحذير	315
المبحث الثالث: إثبات العيب المعلوماتي في أنظمة الذكاء الاصطناعي	320
المطلب الأول: صعوبات إثبات العيب في نظام الذكاء الاصطناعي	321
المطلب الثاني: التصور المقترَح لتقرير العيب في نظام الذكاء الاصطناعي	324
الخاتمة	328
قائمة المراجع	331

تدخُّل القضاء لضمان فاعلية إجراءات التحكيم المتعلقة بالتدابير المؤقتة(*)

الملخص

يُدخل الفقه التحكيم مدخل العدالة الخاصة التي ينظمها القانون، ويتيح بموجبها إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء ليتولى من ليسوا قضاة مهمة القضاء في شأن تلك المنازعات. وهو ما يجعل المُحكّم يكتسب صلاحية إعلان إرادة مستقلة عن إرادة الخصوم، بما له من ولاية للحكم تقيم نظامًا لممارسة الوظيفة القضائية متميزًا ومستقلًا عن قضاء الدولة.

وإن كان الاتجاه السائد في الفقه يُسلِّم بالطبيعة القانونية المزدوجة للتحكيم، على نحو يجعل من التحكيم جسمًا مركّبًا؛ إذ التحكيم يبدأ باتفاق، ثم يصبح إجراء إلى أن ينتهي قضاءً بقرار أو حكمًا تحكيميًّا. وهو اتجاه تندرج ضمنه الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017.

وحتى لا يؤثر ذلك على تحقق الغاية المنشودة من التحكيم، جعل المشرّع القطري القضاء يضطلع بدور داعم لضمان فاعلية إجراءات التحكيم؛ إذ يرى جل الفقه أنّ دور قضاء الدولة لم يعد مقصورا على الرقابة، وأصبح يمتد ليشمل مساعدة التحكيم. وهو ما يسمح بتحقيق توازن بين المكانة المرموقة



أ. د. فوزي بن أحمد بالكناني
أستاذ القانون المدني
كلية القانون – جامعة قطر
fouzibelkani@qu.edu.qa

*

المؤهّلات العلميّة والأكاديمية والخبرات التدريسية والمهنية

* حصل على دكتوراه دولة في القانون الخاص وعلوم الإجرام من كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، بملاحظة مشرّف جدًا مع تهاني اللجنة في 20 فبراير 1997.
* أكتوبر 2005، حصل على رتبة أستاذ تعليم عالي في مادة القانون الخاص وعلوم الإجرام بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس.
* درَّس من 1988 إلى 2013 بالجامعات التونسية (كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بسوسة، وكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، جامعة قرطاج برتبة أستاذ تعليم عالي)
* التدريس كأستاذ زائر في كلية الحقوق والعلوم السياسية بإكس مرسيليا بفرنسا خلال السنة الجامعية 2004-2003.
* المشاركة كخبير في دورة تدريبية في القانون التجاري موجّهة لقضاة المحاكم العمانية امتدّت من سنة 2004 إلى سنة 2005.
* يدرس بكلية القانون جامعة قطر منذ 2013 إلى الآن، (درس القانون المدني، قانون العمل، مصادر الالتزام، قانون العقود المقارن، الأنظمة القانونية المقارنة لطلبة الدكتوراه، مبادئ ومهارات البحث العلمي لطلبة الماجستير.

(*) تاريخ تقديم البحث: 22 سبتمبر 2025 وتاريخ قبوله: 18 نوفمبر 2025

التي تحتلها كلٌّ من حرية الأطراف التي تؤسس سلطة الهيئة التحكيمية، وبين المساعدة الضرورية لقضاء الدولة.

ولذلك سعت هذه الورقة البحثية إلى بيان مدى أخذ قانون التحكيم القطري بهذا الدور، من خلال اتباع كل من المنهج الاستنباطي والمنهج الاستقرائي؛ للوقوف على حقيقة الدور الذي ينيطه القانون القطري بالقضاء للمساعدة على ضمان فاعلية إجراءات التحكيم، مع تعزيز ذلك باعتماد المنهج المقارن لاكتشاف ما قد تحتوي عليه أحكام القانون القطري من ثغرات في هذا المجال، واستلهام حلول القوانين المقارنة لسد تلك الثغرات؛ إذ يغلب أن يقتضي اضطلاع هيئة التحكيم بوظيفتها القضائية اتخاذها قراراتٍ ضروريةً هدفها حفظ حقوق المتقاضين، أو تفادي وضعيات قانونية يصعب تداركها، فضلًا على ما يصدر عن الهيئة من قرارات متعلّقة باتخاذ وسائل وقتية، وبالقيام بالأعمال الكاشفة للحقيقة، حتى يكون قضاؤها على الوجه الصحيح.

وهو ما يقتضي التطرّق إلى أحكام تدخّل القضاء، كلما اقتضت الضرورة تدخله، للمساعدة على ضمان فاعلية إجراءات التحكيم، من خلال التطرّق إلى تدخّل القضاء لاتخاذ التدابير المؤقتة من جهة، قبل الإلمام بتدخل القضاء للجبر على تنفيذ ما تتخذه الهيئة التحكيمية من تدابير مؤقتة من جهة أخرى.

كلمات دالة: هيئة تحكيم، قضاء، سلطة الجبر، تدابير مؤقتة، تدابير تحفظية، حكم وقتي، اتفاقية التحكيم، شرط تحكيمي.

* مستشار قانوني لدى نائب رئيس الجامعة للشؤون الأكاديمية منذ أكتوبر 2018 إلى الآن.
* شغل منصب العميد المساعد لشؤون البحث العلمي والدراسات العليا بكلية القانون بجامعة قطر من شهر أغسطس 2016 إلى 2018.
* نائب العميد ومدير الدراسات بكليّة العلوم القانونية والسياسية بتونس، جامعة المنار.

أهم البحوث:

* أصول البحث القانوني: مؤلف مشترك: فوزي بالكناني وسنية ملاك ويحي مطر، كلية القانون، جامعة قطر، 2024.
* شرح أحكام قانون العمل القطري: رقم 14 لسنة 2004 وتعديلاته مؤلف مشترك: فوزي بالكناني مع محمد عمار غزال، كلية القانون، جامعة قطر، 2020.
* جدوى ركن السبب في العقد: المجلة القانونية والقضائية لمركز الدراسات القانونية والقضائية عدد خاص بمناسبة مرور عقدين على إصدار القانون المدني، مج19 ع3، ديسمبر 2025، من ص 57 إلى ص 100.
* رقابة القضاء على الأحكام التحكيمية: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، مج14، ع2، 2025.

أهم المنح البحثية

* نحو تطوير الأدوات التشريعية الاقتصادية لتحقيق الامن القانوني في ضوء السياسات الوطنية لدولة قطر (NPRP11S-0101-180160) من 2017 إلى 2022.
* تطوير الإطار القانوني لبورصة قطر لجذب الاستثمار الوطني والأجنبي (NPRP13S-0204-200247) من 2017 إلى يناير 2020.

أهم الجوائز والمكافآت

* شهادة شكر وتقدير من مديرة مكتب رئيس الاستراتيجية والتطوير بجامعة قطر في 10 ديسمبر 2025.
* شهادة شكر وتقدير من نائب رئيس الجامعة للبحث والدراسات العليا بجامعة قطر في 27 مايو 2021.
* شهادة شكر وتقدير من عميد كلية المجتمع بقطر في 17 مارس 2020.
* شهادة شكر وتقدير من عميد كلية القانون بجامعة قطر في سبتمبر 2018.
* السعفة الأكاديمية لوزارة التربية بفرنسا في 05 فبراير 2017.

المقدمة

أولًا: موضوع البحث

عرّفت الفقرة الرابعة من المادة (1)، من قانون التحكيم القطري، التحكيم بأنه «أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلًا من اللجوء إلى القضاء، سواءٌ كانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الأطراف، مركزًا دائمًا للتحكيم أو لم تكن كذلك»[1]. كماعرّفته محكمة التمييز القطرية بأنّه «طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، ويرتكن أساسًا إلى حكم القانون الذي أجاز – استثناءً – سلب اختصاص جهة القضاء»[2]. وفي ذلك أخذ بما ذهب إليه جانب من الفقه، من تعريف التحكيم بأنّه «مؤسسة يقوم فيها شخص أو هيئة بفض نزاع قائم بين شخصين فأكثر، ممارسًا وظيفة قضائية أسندت إليه بمقتضى اتفاق خاص»؛ حيث يقوم التحكيم الاختياري، أي الذي يختاره طرفا النزاع، على فكرة العدالة الخاصة[3]؛ إذ يضل الأصل في التحكيم أن يكون رضائيًّا، فقد عرّفت المادة (1790) مجلة الأحكام العدلية التحكيم بأنه «عِبَارَةٌ عَنْ اتِّخَاذِ الْخَصْمَيْنِ آخَرَ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا؛ لِفَصْلِ خُصُومَتِهِمَا وَدَعْوَاهُمَا، وَيُقَالُ لِذَلِكَ حَكَمٌ بِفَتْحَتَيْنِ وَمُحَكَّمٌ بِضَمِّ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْحَاءِ وَتَشْدِيدِ الْكَافِ الْمَفْتُوحَةِ»[4].

إن ما سبق يجعل من التحكيم عدالة خاصة، يرى هذا الاتجاه الفقهي أن القانون ينظمها، ويتيح بموجبها إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء ليتولى من ليسوا قضاة مهمة القضاء في شأن تلك المنازعات[5]، بناءً على ثقة أطراف النزاع بهم[6]، وما

(1) يراجع القانون رقم 2 لسنة 2017 المتعلق بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، موقع الميزان، قطر، رابط الموقع: الميزان | البوابة القانونية القطرية | التشريعات | القانون رقم 2 لسنة 2017 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية (almeezan.qa)، آخر زيارة للموقع: 28 أغسطس 2022.

(2) الطعن رقم 164 لسنة 2014، جلسة 2014/6/24، السنة العاشرة، ص304. ويراجع كذلك في الاتجاه ذاته الطعن رقم 77 لسنة 2007، جلسة 2008/1/1، س4، ص41.

(3) موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، موقع أكاديمية العدالة للدراسات القانونية والاقتصادية، رابط الموقع: المبحث الأول، أنواع التحكيم ـ Justice Academy (justice-academy.com)، آخر زيارة للموقع: 28 أغسطس 2022.

(4) مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ، رابط الموقع: تصفح وتحميل كتاب مجلة الأحكام العدلية Pdf – مكتبة عين الجامعة (univeyes.com)، آخر زيارة للموقع: 28 أغسطس 2022.

(5) فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علمًا وعملًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص299. عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط2، مؤسسة دار الكتب القانونية، دولة الكويت، 2012، ص23. أحمد أبو الوفا، الجديد في عقد التحكيم وإجراءاته بمقتضى قانون المرافعات رقم 13 لعام 1968، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، 1970، ص11.

(6) Jean Paulsson: The Idea of Arbitration, «The idea of arbitration is that of binding resolution of

يتحلون به من مؤهلات وخبرات[7]، ومن أخذ بمقتضيات النزاهة والحياد والاستقلال[8] والتبصُّر[9]؛ حيث يكون للمحكّم «صلاحية إعلان إرادة مستقلة عن إرادة الخصوم تفرض عليه تنظيمًا خارجيًّا للمراكز الخلافية، بما له من ولاية للحكم تتجاوز حدود التنظيم الذاتي للمصالح من قبل الإرادة الفردية، أي تتجاوز الفلسفة العقدية للتحكيم، وتقيم نظامًا لممارسة الوظيفة القضائية متميزًا ومستقلًا عن قضاء الدولة...»[10].

ويُسلِّم هذا الاتجاه الفقهي بالطبيعة القضائية الصرفة للتحكيم، اعتمادًا على كون المهمة الممنوحة للمحكم تجعله يضطلع بمهام القاضي وتجعل الأطراف يلتزمون بتنفيذ قراره، وتتيح له تلقي الأدلة والاستماع إلى بينة الشهود والإذن بإجراء الاختبارات... لتنتهي مهمته بإصدار قرار تحكيمي هو بمنزلة الحكم القضائي. كما يرى الاتجاه ذاته أن الإجراءات التي يقرها القانون في التحكيم هي عبارة عن نسخة طبق الأصل من الإجراءات القضائية[11].

إلا أنّه يُؤخذ على هذا المذهب تجاهل الاختلاف الجوهري بين وظيفتي القاضي والمحكم الذي هو ليس عضوًا من أعضاء السلطة القضائية في الدولة، حتى لو تم تعيين قاضٍ محكّمًا في نزاع[12].

وفي المقابل تذهب فئة أخرى من الفقه إلى الإقرار بالطبيعة التعاقدية الصرفة للتحكيم، لكون إرادة الأطراف هي التي تحكم هذه المؤسسة؛ فهي التي أنشأتها، وهي التي تنهيها، وبين الإنشاء والإنهاء، للأطراف كامل الحرية في ضبط الإجراءات، وتحديد اختصاص المحكم، وتحديد سلطته في تطبيق القانون، أو اعتماد قواعد العدالة، بحيث، لولا إرادة

disputes accepted with serenity by those who bear its consequences because of their special trust in chosen decision-makers…», Oxford University Press, New York, 2013, p.1.

(7) إبراهيم رضوان الجغبير، مسؤولية المحكم المدنية عن إخلاله بالتزاماته، مجلة جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، مج3، ع1، 2019، ص5.

(8) René David, Arbitrage du19ème et arbitrage du 20ème siècle, in Mélanges Savatier, Dalloz, Paris, 1965, p.219 et s.

(9) عبدالله درميش، المحكم: تعيينه وحياده واستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق ع8، أكتوبر 2010، ص673.

(10) إسماعيل الزيادي، المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي، مجلة التحكيم، ع4، أكتوبر 2009، ص41. محمد عبدالمجيد المهيري، تعيين المحكم واستقلاله وحياده ومسؤوليته، مجلة التحكيم، ملحق ع8، أكتوبر 2010، ص663. جوزف شاوول، المحكم وموجب الاستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، ع10، أبريل 2011، ص57.

(11) Philippe Fouchard, Tribunal arbitral. Statut des arbitres, JCL DIP. Fasc. 586-7-3 /JCL. Proc. Civ. Fasc.1066-3.

(12) هشام خالد، مفهوم العمل القضائي، مجلة المحاماة، ع1، القاهرة، فبراير 1987، ص30. ويراجع في الاتجاه ذاته: هشام صادق، التحكيم وعلاقته بالقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص60.

الأطراف لا يمكن للتحكيم أن يُوجَد، ولا يمكنه النظر في المنازعة التحكيمية[13]؛ مما يجعل من التحكيم «... الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعًا لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قوانين المرافعات، وهذا الغير لا يتصرف كقاضٍ، فرأيه أو قراره يندرج في الاتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بندًا من بنوده»[14]؛ بحيث «تغزو الرضائية كامل نظام التحكيم، بما فيه من ضمانات فاعلية السند التحكيمي، من حيث حجيته وقوته الإلزامية والتنفيذية...»[15]، على نحو يجعل من المهمة التحكيمية الاتفاقية «النبيلة والشاقة والخطرة»[16]، حجر الزاوية للنظام التحكيمي[17].

إن ما سبق يقترب مما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية، حينما عرّفت التحكيم بأنه «عرض نزاع معين بين طرفين على محكّم من الأغيار يُعيَّن باختيارهما، أو بتفويض منهما، وفقًا لشروط يحدّدانها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، وبذلك يكون التحكيم عملًا إراديًّا، ركيزته اتفاق خاص، ومبناه اتجاه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض الخصومات بدلًا من القضاء العادي، ومقتضاه حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها، استثناءً من أصل خضوعها لولايتها»[18]، وقد اقتربت من ذلك محكمة التمييز القطرية، لما قضت بأنّ «إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه، من حيث المسائل التي يشملها، والقانون الواجب التطبيق، وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها، وإجراءات التحكيم... وغيرها»[19]. إلا أنّه يُؤخذ على هذا المذهب ابتعاده عن

(13) Jean Jacques Gaspard Foelix, Traité de droit international privé, 4ème éd. 1866, T. II., p.161 n°424; Frederic Edouard Klein, Autonomie de la volonté et arbitrage, Revue Critique de Droit International Privé 1958 p.255 et s – 479 et s.; Jean Robert, Arbitrage civil et commercial en droit interne et droit international privé, Dalloz, Paris, no.410, (1967), p.493 et s.; Ballorde Pallieri, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, recueil des cours la Haye, 1935, p.286 et s.

(14) محمد نور عبدالهادي شحاته، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص33.

(15) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دار مجد، بيروت، 2008، ص450.

(16) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص152. وفي الاتجاه ذاته:
Jenny Brown, The expansion of arbitral immunity: is absolute immunity a forgone conclusion? Journal of Dispute Resolution, Vol.225, (2009), p.4.

(17) محمود المغربي، إشكالية مخاصمة المحكِّم واستدامة التحكيم الأخلاقي بين كيدية المحاسبة ومشروعية المساءلة: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ج2، س8، ع4، جمادى الأولى/ جمادى الآخرة 1441هـ/ يناير 2020، ص61.

(18) الدعوى الدستورية 20/155ق دستورية 2002/1/13، الجريدة الرسمية ع4.

(19) الطعن رقم 164 لسنة 2014، جلسة 2014/6/24، س10، ص304. ويراجع كذلك في الاتجاه ذاته: الطعن

حقيقة التحكيم، من خلال إسباغه للصبغة العقدية على حكم التحكيم[20].

وإن كان الاتجاه السائد في الفقه يُسلِّم بالطبيعة القانونية المزدوجة للتحكيم[21]، على نحو يجعل من التحكيم جسمًا مركّبًا[22]، باعتباره قضاءً خاصًا ذا مصدر اتفاقي؛ إذ التحكيم يبدأ باتفاق، ثم يصبح إجراءً إلى أن ينتهي قضاءً بقرار أو حكم تحكيمي[23]. وهو اتجاه تندرج ضمنه الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017، والتي عرّفت التحكيم بأنه «اتفاق الأطراف، سواءٌ كانوا من الأشخاص المعنوية أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على الالتجاء إلى التحكيم، للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو التي قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية... ».

ويُفهَم من هذا التعريف أخذ المشرّع القطري بالنظرية التوفيقية المُحدّدة لطبيعة التحكيم، لكونه اعتبر التحكيم ذا طبيعة قضائية وتعاقدية في الوقت ذاته، أخذًا بما ذهبت إليه محكمة التمييز القطرية من أنّ النص في الفقرة الأولى من المادة (190) من قانون المرافعات على أن: «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين»، يدل، وعلى ما جرى به – قضاء هذه المحكمة – أن المشرع خول المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلًا؛ فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكن أساسًا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاصات جهة القضاء – إلا أنه ينبني مباشرة على اتفاق الطرفين»[24].

رقم 4 لسنة 2005، جلسة 2005/12/6، س1، ص285. الطعن رقم 77 لسنة 2007، جلسة 2008/1/1، س4، ص41. الطعن رقم 9 لسنة 2010، جلسة 2010/3/16، س6، ص186. الطعن رقم 87 لسنة 2010، جلسة 2010/6/22، س6، ص449.

(20) أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص120، ويراجع في الاتجاه ذاته:

E. Onyeama, International Commercial Arbitration and the arbitrator's contract, Routledge, New York, 2010, p.36.

(21) Henri Ryziger, «existe-t-il un lien entre l'exéquatur et l'appel de sentence arbitrales», Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage, p.210; Henri Motulsky, notes, Revue Critique de Droit Internationale Privé, 1956, p.523 et JCP., 1961 éd. Gén. II. 12204; P. Hebraud, Observations, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1962, p.161.

(22) Henri Motulsky, «Etudes et notes sur l'arbitrage écrit», Vol. II, Dalloz, Paris, 1974, p.10.

(23) وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء؟ مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج17، ع1 و2، 1993، ص131.

(24) راجع محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، حكم رقم: 2007/77، جلسة 1 من يناير سنة 2008، موقع الميزان، الرابط: http://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?، تاريخ آخر زيارة: 2025/7/25.

كما يدل ذات التعريف على أنّ «اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكن أساسًا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناءً سلب اختصاصات جهة القضاء، إلا أنّه ينبني مباشرة على اتفاق الطرفين»[25]، كما أنّ «المشرع في باب التحكيم وصف قرار المحكم واعتبره حكمًا. فحكم المحكم هو بمنزلة حكم عادي يخضع للشكل المقرر له، ويصدر من شخص مكلف بتأدية وظيفة القضاء في خصوص النزاع المطروح أمامه، على الرغم من أنه في الأصل من غير رجال القضاء، وهذه الوظيفة تُمنح له احترامًا لإرادة المحتكمين. كما أنّه متى وضحت هذه الإرادة التزم هؤلاء بحسم النزاع بطريق التحكيم ويفرض عليهم المحكم وحكمه؛ لأن المشرع يفرض التحكيم متى اتفق عليه الخصوم ولم يعدلوا عنه، ولأن المشرع يبتغي حسم النزاع فورًا بالتحكيم؛ تحقيقًا لحسن سير العدالة، وحتى لا يؤدي التحكيم إلى عرقلة الأمور وتعقيدها؛ فيضر ولا ينفع، ويسبب كثرة القضايا بدلًا من أن يكون سببًا لتفاديها. وكل هذه الاعتبارات أساسية وتتعلق بمرفق القضاء ذاته، وحسن سير العدالة. وكون التحكيم في الأصل وليد إرادة الخصوم لا يؤثر إطلاقًا في الصفة الإلزامية للحكم الصادر فيه، وإذ يُفرض الحكم على المحتكمين فيلتزمون بتنفيذه، ويُفرض على السلطات الأخرى فتعمل هي على تنفيذه واحترامه»[26].

وقد استلهمت محكمة التمييز في ذلك مما ورد في قضاء محكمة التمييز الكويتية، من أنّه «من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنّه إن كان التحكيم طريقًا استثنائيًّا لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وكان اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكن أساسًا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناءً سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنّه ينبني مباشرة على اتفاق الطرفين، ويكون مقصورًا على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم...»[27]، بحيث تكون هيئة التحكيم مطالبة بفصل النزاع، كما يطالب بذلك القاضي، ولكن من دون أن تتجاوز سلطاتها وصلاحياتها التي تتحدَّد على ضوء اتفاق التحكيم وعلى ضوء القانون، ومن دون أن تتجاوز المدى الزمني لتلك السلطات[28].

(25) يراجع الطعن رقم 86 لسنة 2008، جلسة 2008/6/24، س4، ص352.

(26) محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية والتجارية، الطعن رقم 64 لسنة 2012، جلسة 2012/06/12، موقع الميزان، الرابط: http://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?، تاريخ آخر زيارة: 2025/7/25.

(27) محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 531 لسنة 2002، الدائرة التجارية، جلسة 8 فبراير 2003، مكتب فني 31، ج1، ص70. ويراجع كذلك في الاتجاه ذاته الحكم الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1994 عن المحكمة الدستورية المصرية ورد فيه ما يلي: «... يتعين التمييز بين مراحل ثلاث تتصل حلقاتها وتتكامل، بما مؤداه تضامها فيما بينها وعدم جواز فصلها بعضها عن بعض، وإلا كان التحكيم مجاوزًا إرادة الطرفين المتخاصمين متنكبًا مقاصدهما...». محمود المغربي، مرجع سابق، ص64، هامش 23.

(28) Charles Jarrosson, La notion d'arbitrage, L.G.D.J, Paris, 1987, p.49.

ثانيًا: أهمية البحث

حتى لا يؤثر هذا الدور على تحقق الغاية المنشودة من التحكيم، ولتعزيز «ثقة القانون بالمحكّم، باعتباره قائمًا بعمل عام... وقوة الثقة بالعمل العام... التي يفرضها القانون فرضًا على الناس كافة، ولا يقبل إنكارها إلا بطريق دحضها بالتزوير»[29]، ذهب الفقه إلى ضرورة اضطلاع القضاء بدوره في «المساندة أو المساعدة والمعاونة» للهيئات التحكيمية، ولذلك جعل المشرّع القطري القضاء يضطلع بدور داعم لضمان فاعلية إجراءات التحكيم.

ثالثًا: هدف البحث

وعلى الرغم من ذهاب بعض الفقه إلى نفي كل أثر إيجابي لتدخّل القضاء «غير المشروع» في التحكيم بحجة مساعدة التحكيم، وإلى أنّ ذلك يؤدي – في جل الأحيان – إلى تشويه مؤسسة التحكيم، من خلال إثقاله بإجراءات تعطّل سيره أو حتى تصيبه بالشلل[30]، يرى جل الفقه أنّ دور قضاء الدولة لم يعد مقصورا على الرقابة، وأصبح يمتد ليشمل مساعدة التحكيم[31]. وقد أخذت بذلك المادتان المعدلتان (1459 و1460) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لما عقدت اختصاصًا لـ«قاضي المساندة» Le juge d'appui [32]؛ مما يسمح بـ«تعبئة جزء من المؤسسة القضائية لمساعدة التحكيم»[33]، بطلب من أحد أطراف النزاع التحكيمي، أو الهيئة التحكيمية، أو أحد أعضائها[34]، وهو ما

(29) محمود المغربي، مرجع سابق، ص66. إبراهيم حسن الملا، قضاء التحكيم في اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، منشور ضمن كتاب دور المحكمة الاتحادية العليا في تطوير الفكر القضائي الإماراتي، مجموعة أوراق بحثية أعدت بمناسبة الاحتفال بمرور أربعين عامًا على إنشاء المحكمة، 1973 ـ 2013، نشر المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي، 2013، الرابط: دور–المحكمة–الاتحادية–العليا–في–تطوير–الفكر–القضائي–الإماراتي(moj.gov.ae) aspx. تاريخ آخر زيارة: 2025/7/25.

(30) Magali Boucaron-Nardetto, L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage, Gazette du Palais, 28 décembre 2013 n°362, p.18; José Carlos Fernández Rozas, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, Thèse académie de droit international de la Haye, recueil des cours, tome 290, année 2001, p.20.

(31) عزمي عبدالفتاح، مرجع سابق، ص648.

(32) ظهر هذا المصطلح لأول مرة لدى الفقهاء السويسريين، لاليف وبودراي ورايموند، منذ سنة 1989، قبل أن يأخذ به كل من الفقه والقضاء الفرنسيين، ثم يأخذ به المشرّع الفرنسي. يراجع حول هذا المصطلح:

Pierre Lalive, Jean François Poudret et Claude Raymond, Le droit de l'arbitrage interne et internationale en Suisse, Payot, 1989, p.327.

(33) Tomas Clay, L'appui du juge à l'arbitrage, Cahiers de l'arbitrage, 01 avril 2011 n°2, p.331.

(34) يراجع حول ذلك نص المادتين (1459) و(1460) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، كما تم تعديله

يسمح بتحقيق توازن بين المكانة المرموقة التي تحتلها كل من حرية الأطراف التي تؤسس سلطة الهيئة التحكيمية، وبين المساعدة الضرورية لقضاء الدولة[35].

رابعًا: إشكالية البحث وخطته

تسعى هذه الورقة البحثية إلى ضبط حدود تدخّل القضاء للمساعدة على ضمان فاعلية إجراءات التحكيم ذات الصلة بالتدابير المؤقتة، حتى لو كان التحكيم تحكيميًا بالصلح[36]، وإلى بيان مدى حرص القضاء على تلافي الآثار السلبية لتدخّله المُبالَغ فيه، في سير النزاع التحكيمي[37]؛ إذ يغلب أن يقتضي اضطلاع هيئة التحكيم بوظيفتها القضائية اتخاذها قرارات ضرورية هدفها حفظ حقوق المتقاضين، أو تفادي وضعيات قانونية يصعب تداركها، فضلًا عما يصدر عن الهيئة من قرارات متعلّقة باتخاذ وسائل وقتية. وبالقيام بالأعمال الكاشفة للحقيقة، حتى يكون قضاؤها على الوجه الصحيح، وهو ما اقتضى من الباحث اتباع كلٍّ من المنهج الاستنباطي والمنهج الاستقرائي للوقوف على حقيقة الدور الذي ينيطه القانون القطري بالقضاء للمساعدة على ضمان فاعلية إجراءات التحكيم، مع تعزيز ذلك باعتماد المنهج المقارن لاكتشاف ما قد تحتوي عليه أحكام القانون القطري من ثغرات في هذا المجال، واستلهام حلول القوانين المقارن لسد

بموجب المادتين (8) و(5) من المرسوم رقم 966 لسنة 2019، الصادر في 18 سبتمبر 2019:

- Article (1459) du code de procédure civile «Le juge d'appui compétent est le président du tribunal judiciaire. Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455. Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur».
- Article 1460 du code de procédure civile «Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. Le juge statue selon la procédure accélérée au fond. Le juge d'appui statue par jugement non susceptible de recours. Toutefois, ce jugement peut être frappé d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455».

(35) Charles Jarrosson et jacques Pellerin, le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, Revue de l'arbitrage, 2011, résumé, p.5.

(36) محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والدولي: دراسة قانونية مقارنة، طبعة منقحة تتضمّن أحدث المستجدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص468.

(37) يراجع حول تلك الأحكام في القانون الفرنسي:

Mohamed El Mehdi Najib, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Faculté de Droit, Université de Bordeaux, France, 2016, p.28 et suivantes.

تلك الثغرات، بحيث سعت الورقة البحثية إلى الإجابة عن الإشكالية الواردة أعلاه من خلال بيان حدود تدخّل القضاء القطري، كلما اقتضت الضرورة تدخله، للمساعدة على ضمان فاعلية إجراءات التحكيم ذات الصلة بالتدابير المؤقتة، من خلال التطرّق إلى تدخّل القضاء في اتخاذ التدابير المؤقتة (المبحث الأوّل) من جهة، قبل الإلمام بتدخل القضاء للجبر على تنفيذ ما تتخذه الهيئة التحكيمية من تدابير مؤقتة (المبحث الثاني) من جهة أخرى.

المبحث الأول
تدخل القضاء في اتخاذ التدابير المؤقتة

لقد كان اتخاذ التدابير الوقتية حكرًا على القضاء الرسمي، نظرًا إلى خطورتها على مصالح الأفراد. وقد أخذت بذلك محكمة التمييز قبل صدور قانون التحكيم؛ لما سببت حكمها بأنّه «لما كانت الحلول الوقتية والمستعجلة لا تحتمل بطبيعتها التأخير أو الإرجاء، كما أنها قد تتطلب استخدام سلطة الجبر التي لا يملكها إلا قضاء الدولة، ونظرًا إلى أن قضاء التحكيم يُعد قضاءً استثنائيًا، وبالتالي لا يجوز التوسع في تفسير مصدره شرطًا كان أو مشارطة تحكيم؛ فإن قضاء الدولة يظل هو المختص – كأصل عام – باتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية، ما لم يُتفَق صراحة على منح سلطة بت اتخاذها إلى هيئة التحكيم؛ وإذ خلا قانون المرافعات من نصوص تجيز للمحكم اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم، أو أثناء سيرها، فإن الاختصاص في نظرها يبقى لمحاكم الدولة»[38].

إلاّ أنّ طبيعة النزاع التحكيمي تحتّم في جل الأحيان اتخاذ الهيئة التحكيمية لوسائل وقتية، باعتبار تلك الهيئة أقرب إلى معرفة خفايا النزاع التحكيمي؛ إذ باعتبار الهيئة التحكيمية هي الجهة التي عهد إليها الأطراف بفصل النزاع بمقتضى اتفاق التحكيم، من المنطقي أن تكون تلك الهيئة هي الجهة التي تتخذ القرارات المتعلقة بالتدابير الوقتية.

وهو ما جعل الفقرة الأولى من المادة (17) من قانون التحكيم، خلافًا لما اقتضته المواد من (141) إلى (146) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم 13 لسنة 1990 التي كانت تنطبق على التحكيم، تنصّ على أنّه «ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم، بناءً على طلب أي من الأطراف، أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تصدر أحكامًا وقتية تقتضيها طبيعة النزاع، أو بغرض توقي ضرر قد لا يمكن جبره...». وقد تأثّرت المادة (17) آنفة الذكر في ذلك ببعض تشريعات التحكيم المقارنة[39]، وببعض

(38) حكم محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، الطعنان رقما 72 و73 لسنة 2012، جلسة 2012/06/12، س8، ص323، موقع الميزان. الرابط: http://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?، تاريخ آخر زيارة: 2021/5/16.

(39) تُراجَع مثلا المادة (24) من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن إصدار قانون بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية التي ورد فيها أنّه «يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، بناء على طلب أحدهما، أن تأمر أيًّا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به. وإذا تخلّف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات

الاتفاقيات والقوانين النموذجية وأنظمة التحكيم الدولي[40].

وإن كانت المادة (17) من قانون التحكيم قد أشارت إلى مصطلح «تدابير مؤقتة»، من دون مصطلح «التدابير التحفظية». ومع ذلك لا يمكن التسليم بكون قانون التحكيم اعتمد ما ذهب إليه بعض الفقه من تفرقة بين التدابير الوقتية والتدابير التحفظية[41]؛ إذ يذهب جل الفقه إلى الأخذ بتعريف واسع للتدابير المؤقتة، وجعلها «مجموعة وسائل يقع اتخاذها قبل فض النزاع من حيث الأصل»[42]، فضلًا على كونه يؤخذ من الفقرات أ) وب) وج) من ذات المادة أن القانون القطري لا يفرّق بينهما ويدخل ضمن التدابير المؤقتة ما يمكن أن يعتبر وسائل تحفظية.

كما أنّ المادة (17) المشار إليها لم تجعل «اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير وإصدار أحكام وقتية اختصاصا مطلقًا»، بل جعلته «رهيناً لاتفاق الأطراف»، و«تكريساً من المشرّع في قانون التحكيم لمبدأ سلطان الإرادة»[43].

ولا يعني اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقتية عند مباشرتها أعمالها، إقصاء إمكان تدخل القضاء بالمساعدة، سواء من خلال اتخاذ القضاء لتدابير مؤقتة قبل

اللازمة لتنفيذه، وذلك من دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ»، وتراجع الصياغة ذاتها في المادة (23) من قانون التحكيم الأردني، ع31، 2001، المعدّل بالقانون رقم 16 لعام 2018، الرابط: قانون التحكيم الأردني المعدل American Institute For International Commercial Arbitration (aifica.com) – 2018، آخر دخول للموقع فهو يوم 2021/5/16.

(40) ملاحق الأعمال الكاملة للملتقى الدولي حول التحكيم الدولي من مجلة التحكيم الجديدة المنعقد في تونس يومي 26 و27 نوفمبر 1993، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، 1995، ص124 و161 و178 و234. اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، واشنطن 66/4/27، المادة (47)، القانون النموذجي للأمم المتحدة، فصل 17، أنظمة المصالحة والتحكيم: المركز العربي للتحكيم التجاري، غرفة لندن، جمعية التحكيم الأمريكية.

(41) راجع في هذا السياق رأي الأستاذ De Boisséson، بخصوص التفرقة بين التدابير الوقتية والتدابير التحفظية في المرجع التالي:

De Boisséson Matthieu, Le droit français de l’arbitrage interne et international, thèse de doctorat, droit, préf. P. Bellet, éd. Joly, 1990, n 305.

(42) Claude Goldman, Mesure provisoire et arbitrage international, Revue Droit des affaires internationales, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993, p.4.

وفي السياق ذاته:

Georges Deleval, le juge et l’arbitre les mesures provisoires Revue de droit international et de droit comparé, Éditions Larcier, Belgique, 1993, p.8 et s..

(43) ياسين الشاذلي ومحمد نادر مرعي، الوجيز في شرح القانون رقم 2 لسنة 2017 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية مزود بأحكام التمييز والتشريعات المقارنة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، الدوحة، 2019، ص108.

مباشرة الهيئة التحكيمية لأعمالها (مطلب أوّل)، أو من خلال أمر القضاء بتدابير مؤقتة، أو إصداره أحكامًا وقتية عند مباشرة الهيئة التحكيمية لأعمالها (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

اتخاذ القضاء تدابير مؤقتة قبل مباشرة الهيئة التحكيمية أعمالها

اقتضت المادة (9) من قانون التحكيم أنّه «في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم، أو أي شخص آخر يمنحه الأطراف صلاحية معينة، غير مختص أو غير قادر على التصرف بفاعلية في حينه، يجوز للقاضي المختص أن يأمر، بناءً على طلب أحد الأطراف، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية... سواءٌ قبل البدء في إجراءات التحكيم أو في أثناء سيرها، ولا يعتبر ذلك الطلب تنازلًا من الطالب عن التمسك باتفاق التحكيم»، بحيث يؤخذ من هذه المادة أنّ هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص الأصلي لاتخاذ أية وسيلة وقتية، باعتبار التدابير المؤقتة تعدّ من توابع النزاع الأصلي، وباعتبار تلك التوابع تتبع النزاع الأصلي في الاختصاص[44]، بل، على الرغم من سكوت قانون التحكيم عن ذلك، يقبل القضاء الفرنسي جعل التدابير المؤقتة من اختصاص هيئة التحكيم وحدها، من دون تدخّل من القضاء، شرط أن ينصّ على ذلك صراحة اتفاق التحكيم أو نظام التحكيم المؤسسي الذي اختاره الأطراف[45].

وفي المقابل يظلُّ تدخّل القضاء استثنائيّا، لكون تدخّله مشروطًا بعدم قدرة الهيئة على مباشرة أعمالها بفعالية حينما تظهر الحاجة إلى الوسيلة الوقتية التي تهدف إلى حماية الحق أو المحافظة على أدلة، أو غير ذلك من الأمور المتأكدة، من دون أن يقع المساس بالأصل، إلى حين صدور قرار يفصل في موضوع المطالبة الأصلية.

وقد يُبرَّر عدم قدرة الهيئة في حينها على مباشرة أعمالها بالصعوبات التي قد تتصل بتكوينها، مثل الخلاف بشأن تعيين المحكم الثالث، إما بين الأطراف وإما بين المحكمين، أو امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكّمه، أو مماطلته في ذلك. وفي انتظار حكم المحكمة المختصة، قد تكون الحقوق المتنازع عليها في حاجة إلى حفظ، والأدلة مهددة بالتلاشي أو الإتلاف. وقد يترتب على ذلك نتائج يصعب تداركها. كما أنّ قرار الهيئة الصادر بعدم اختصاصها في النظر في الموضوع المعروض عليها، يمنع عليها اتخاذ أية وسيلة وقتية مادامت لم تنظر في أصل النزاع.

(44) C.A. Limoges 25 novembre 1968 Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage, 1968, p.143.

(45) Cass.civ. 18 novembre 1986 Rev.arb., 1987, p.315, Notes: Flecheux.

ولكن يجوز لأطراف النزاع التحكيمي الخيار بين النص صراحة في اتفاق التحكيم على آلية الحصول على إجراء وقتي أو تحفظي من قبل جهة محايدة، أو الاتفاق على إعمال نظام إحدى مؤسسات التحكيم التي تنظّم تحكيم الطوارئ[46]. وإن كان يندر في التطبيق اتفاق الأطراف على تحكيم طوارئ حر، لغلبة عدم دراية الأطراف بهذا الخيار، على نحو يجعل إرادتهم لا تذهب إلى اختياره ابتداء[47]. وفي غياب كل تعريف ضمن تلك المؤسسات لتحكيم الطوارئ[48]، عرّفه الفقه بكونه «اتفاق الأشخاص على استصدار تدابير وقتية طارئة، في مرحلة ما قبل التحكيم العادي، من طرف فرد (محكم الطوارئ) يختارونه مباشرة، أو يعهدوا لمؤسسة تحكيم سلطة تعيينه، وهو الغالب؛ ليصدر في النهاية قرارًا له طبيعة قضائية ملزمة لهم، ومؤقت لحين تشكيل محكمة التحكيم أو إحالة الملف إليها»[49]. وتكون التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية الطارئة التي يتخذها تحكيم الطوارئ ملزمة لأطراف النزاع التحكيمي، من دون أن تكون ملزمة لهيئة التحكيم التي تتعهّد بالنظر في أصل النزاع، بعد تشكيلها[50].

وفي غياب اتفاق الطرفين على تحكيم طوارئ حر أو مؤسسي، أسس الفقه والقضاء الفرنسيان اختصاص القضاء باتخاذ التدابير المؤقتة، مع وجود اتفاق تحكيم، على ما يكتسيه اتخاذ تلك التدابير من تأكُّد[51]، وعلى كون التأكد مصدرًا للعديد من الأحكام القانونية الاستثنائية[52]، وهو ما يبرّر استثناء هذا المجال من مبدأ عدم اختصاص الهيئات القضائية في المادة التحكيمية، حتى يكون من حق أي طرف أن يطلب من القضاء اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة العاجلة، لو كانت هيئة التحكيم لم تتكوّن بعد، أو لو لم تتمكّن الهيئة من إصدار حكم يتعلّق بتلك الإجراءات، أو من تنفيذه لسبب أو لآخر.

(46) أحمد سيد محمود، تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار، ص6، رابط المقال: تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار
(Emergency Arbitration in Investment Disputes) by Ahmed Sayed Mahmoud: SSRN,
آخر دخول للموقع: 16 يوليو 2024.

(47) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة مزيدة ومنقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص271.

(48) أحمد سيد محمود، تحكيم ما قبل التحكيم – تحكيم الطوارئ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع2، 2015م، ص636.

(49) المرجع السابق، ص636 و637.

(50) محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص275.

(51) Eric Loquin, Compétence arbitrale, jurisclasseurs proc. Civil fascicule 1032. p.6 n°19; C.A. Rouen 26 septembre 1985. Rev.arb. 1986, p.233 ; C.A. Paris 1, juillet 1987. Rev.arb., 1988, p.113.

(52) Philippe Jastaz, l'urgence et les principes classique de droit civil, LGDJ, Paris, 1968, p. 255.

ولذلك أخذ المشرّع القطري، في قانون التحكيم، بثنائية الإجراءات المتعلقة باتخاذ التدابير المؤقتة؛ فأجاز لأحد الأطراف أن يطلب من المحكمة المختصة، قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعدها، اتخاذ إجراء وقائي مؤقت. ولكنها ثنائية قد لا تخلو من عيوب عملية؛ إذ لا شيء يمنع أحد الأطراف من طلب اتخاذ وسائل مؤقتة أو تحفظية في الوقت نفسه أمام هيئة التحكيم والمحكمة المختصة، فيؤول ذلك إلى تراكم القرارات، أو حتى إلى صدور قرارات متباينة تفضي إلى تعطيل تنفيذ كل منها[53].

ولتفادي هذا المآل، قامت المادة (9) من قانون التحكيم بتوزيع الاختصاص بين هيئة التحكيم والقضاء المختص؛ فجعلت تدخّل القضاء مشروطًا بأن «تكون هيئة التحكيم، أو أي شخص آخر يمنحه الأطرافُ صلاحيةً معينة، غير مختص أو غير قادر على التصرف بفاعلية في حينه». وعندما ينحصر في هذه الحدود، يبقى التدخل المستعجل للقضاء في مادة التحكيم أمرًا محمودًا؛ لكونه يقتصر على ما هو ضروري لضمان فاعلية التحكيم وحسن سير إجراءاته؛ فضلًا على كون تدخّل المحكمة المختصة، حينئذ، لا يمس بالأصل، ويبقى متناغمًا مع اتفاق التحكيم وإرادة الأطراف المتجهة إلى حل النزاع باللجوء إلى التحكيم[54].

المطلب الثاني

أمر القضاء بتدابير مؤقتة أو إصداره أحكامًا وقتية عند مباشرة الهيئة التحكيمية أعمالها

يؤخذ من الفقرة الأولى من المادة (17) من قانون التحكيم أنّه «ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم، بناءً على طلب أي من الأطراف، أن تأمر بتدابير مؤقتة، أو تصدر أحكامًا وقتية تقتضيها طبيعة النزاع، أو بغرض توقي ضرر قد لا يمكن جبره...». مما يمنع على المحكمة المختصة اتخاذ أي وسيلة من التدابير المؤقتة، بعد أن تباشر هيئة التحكيم أعمالها، وهو ما لا يعني تغييب القضاء؛ لكونه هو من يأذن بتنفيذ قرارات الهيئة المتعلقة بالتدابير المؤقتة.

وهو ما يخرج عما ذهبت إليه غرفة قطر للتحكيم التجاري من ازدواجية الاختصاص

(53) هشام المصمودي، القاضي والتحكيم، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 1995/1994، غير منشورة، ص60.

(54) Philippe Bertin, l'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale, Revue de L'arbitrage, Comité Français De L'arbitrage, 1982, p.331.

في هذه الصورة[55]، نسجًا على منوال عدة قوانين[56]، منها القانون اللبناني الذي خوَّل قاضي الأمور المستعجلة الإذن باتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية، ولو سبق لهيئة التحكيم أن باشرت أعمالها[57]، كما خرج عما ذهب إليه القانون الإنجليزي من جعلِ المحكمِ غير قادر على اتخاذ أي وسيلة إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك[58].

كما أنّ المشرّع القطري لم يأخذ بما ذهب إليه الفقه الفرنسي من التسليم بحق المحكمة المختصة في اتخاذ أي وسيلة وقتية أو تحفظية، حتى عند مباشرة هيئة التحكيم أعمالها؛ لوجود «وسائل مؤقتة وتحفظية، مثل الحجز وإنشاء الرهن على عقار، والتي تعدّ من الاختصاص المطلق للقضاء دون سواه»[59]. بل يبدو أنّ المادة (17) من قانون التحكيم القطري أخذت بالاتجاه الأخير للقضاء الفرنسي الذي يعتبر اتفاق التحكيم «يزيح مبدئيًا اختصاص المحكمة المختصة بمجرد تعهد المحكمين»[60]، بعد أن كان يرى أنّ اتفاق التحكيم لا يؤثر على اختصاص قضاء الأمور المستعجلة[61].

(55) تراجع المادة (37) فقرة 2 من قواعد التحكيم 2024، ضمن مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم التي ورد فيها ما يلي: «تصدر هيئة التحكيم التدبير الوقتي أو التحفّظي بناء على طلب أي من الأطراف، في أي وقت يسبق إصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة...»، وتراجع كذلك المادة (37) فقرة 7 من قانون 2024 التي ورد فيها ما يلي: «لا يعد طلب التدبير الوقتي أو التحفظي الذي يقدمه أحد الأطراف على السلطة القضائية نزولًا عن اتفاق التحكيم أو مناقضًا له، كما يتعين على الطرف الذي يطلب اتخاذ هذه التدابير من السلطة القضائية، في أثناء سير إجراءات نظر دعوى التحكيم أن يخطر المركز وهيئة التحكيم بذلك فورا». مركز قطر للتوفيق والتحكيم، رابط الدخول إلى الموقع:
QICCA | Qatar International Center for Conciliation and Arbitration,
تاريخ آخر زيارة للموقع: 22 ديسمبر 2025.

(56) تراجع مثلا المادة (26) فقرة 1 من قواعد التحكيم في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي والتي ورد فيها ما يلي: «لهيئة التحكيم أن تأمر، بناء على طلب أحد الأطراف، باتخاذ تدابير مؤقتة. وإذا لم تكن إجراءات التحكيم قد بدأت، أو لم يكن تشكيل هيئة التحكيم قد اكتمل، يجوز تعيين محكم للطوارئ بناء على طلب أحد الأطراف للفصل في طلب التدبير المؤقت...»، كما يراجع ما ورد في المادة (26) فقرة 9 من القواعد ذاتها «ألا يعتبر الطلب الذي يقدمه أحد الأطراف إلى سلطة قضائية باتخاذ تدبير مؤقّت مناقضًا لاتفاق التحكيم أو نزولًا عن هذا الاتفاق».
رابط الموقع: ar.pdf__rules__arb__cr، تاريخ آخر زيارة للموقع: 22 ديسمبر 2025.

(57) Marie Sfeïr Slim, le nouveau droit libanais de l'arbitrage a 10 ans, Revue de L'arbitrage, Comité Français de L'arbitrage 1993, p.552 décret-loi N° 90 du 16/9/1983.

(58) Ahmed Ouerfelli, Présentation des spécificités de la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Arbitration act.1996 comparée au droit tunisien, Revue de la Jurisprudence et de La Législation, N° 4, (2001), pp.25 et 26.

(59) De Boisséson Mathieu, Le droit français de l'arbitrage interne et international, thèse de doctorat, droit, préf. P. Bellet, éd. Joly, 1990, p.255, «Aucun système juridique n'admet qu'une saisie ou inscription d'hypothèque puisse échapper à la compétence du juge étatique».

(60) Gérard Couchez, Référé et arbitrage (Essai de bilan provisoire), Revue de L'arbitrage, Comité Français de L'arbitrage, 1986, p.165.

(61) M. De Boisséson, op.cit., p.253.

وإن كانت المادة (9) من قانون التحكيم قد أبقت للمحكمة المختصة، في حالات استثنائية، اتخاذ وسائل مؤقتة حينما يتعذر على هيئة التحكيم اتخاذ الوسيلة المطلوبة في الوقت المناسب بسبب أي ظرف.

ولكن هل يمكن لهيئة التحكيم أن تأذن بالرجوع في الاجراء المستعجل الذي صدر عن المحكمة المختصة؟

بما أنّ المحكمة المختصّة تأذن بالتدابير المؤقتة لحماية حقوق الأطراف من الضياع، وحماية الأدلة من الإتلاف، ولتفادي إنشاء وضعيات واقعية يستحيل الرجوع فيها، وبما أنّ الظروف والمعطيات تتغير بمرور الزمن وبفعل مرور الخصومة بأطوار مختلفة، من حق هيئة التحكيم التي تنظر في أصل النزاع تقدير جدوى التدابير التي أذنت بها المحكمة؛ لكون الهيئة هي الجهة الوحيدة المطلعة على خفايا المنازعة التحكيمية والظروف المحيطة بها، فضلًا على غياب أي نص يحجر على الهيئة مراجعة التدابير الوقتية الواقع اتخاذها من المحكمة المختصة. ونجد لهذا الرأي أساسًا في القضاء التونسي الذي أقر بأن التدابير الوقتية تمكن مراجعتها من قبل محكمة الموضوع[62]؛ إذ قوة اتصال القضاء في المادة الاستعجالية، كما استقرّ على ذلك الفقه والقضاء المقارنان، نسبية تقوم مع دوام سببه وتزول بانتفائه، ويُشترَط لقيامها عدم تغيُّر الظروف[63].

ولكن هل يجوز الطعن في التدابير الوقتية التي اتخذتها هيئة التحكيم؟

لم يشر قانون التحكيم إلى هذا الإمكان، فهل يعني ذلك جواز الطعن بالإبطال؟

لا يجوز الطعن في القرار التحكيمي سوى بالإبطال، وفي حالات محدّدة نصّت عليها المادة (33) من قانون التحكيم على سبيل الحصر. وهو طعن لا يوقف التنفيذ إلا إذا قررت المحكمة المختصة، بناء على طلب يتقدم به الطاعن، وفقًا لما اقتضته الفقرة 5 من المادة (33) آنفة الذكر من قانون التحكيم، خلاف ذلك.

---

(62) «إن حكم الائتمان استعجاليًا هو من قبيل الأحكام الوقتية التي لا تحوز على قوة اتصال القضاء لعدم مساسها بالأصل، ويمكن إعادة النظر فيها كما تغيرت الأسباب والظروف التي بنيت عليها، فهي لا تقرر حالة قانونية مستمرة «حكم قاضي الأمور المستعجلة، ع56226، 63/10/17 م ق ت 1991، ص17.

(63) R. Perrot, Observations sous 2ème Civ. du 15 sept.2005, Revue Trimestrielle de Droit Civil, octobre-décembre 2005 n°4. Chroniques, pp.824-825; Daniel Tomasin, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse, Toulouse. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, p. 239.

قرار تعقيبي، ع9471، مؤرخ في 21 ديسمبر 1972. نشرية محكمة التعقيب لسنة 1972، ص61، وقرار تعقيبي ع9184، مؤرّخ في 17 أبريل 1973. نشرية محكمة التعقيب لعام 1973، ج2، ص49.

ولكن حتى إن لم يقع الطعن فيما اتخذته هيئة التحكيم من وسائل وقتية، تبقى تلك الوسائل من دون جدوى لو لم يرضَ الطرف المقابل بتنفيذها، وهو ما يقتضي اللجوء إلى القضاء لطلب الأمر بتنفيذ الأمر، أو الحكم المتعلّق بالوسائل الوقتية، على الرغم من صبغته الوقتية وفقًا لأحكام الفقرة 3 من المادة (17) من قانون التحكيم؛ إذ ليس لهيئة التحكيم سلطان على الأطراف في احترام القرارات الوقتية التي تتخذها؛ فالمبدأ هو أن الأطراف يقبلون مبدئيًّا، استنادًا إلى اتفاق التحكيم، بما تقرره هيئة التحكيم لحفظ الحقوق وفصل النزاع.

لكن لو رفض أحد الأطراف تنفيذ التدابير الوقتية المتخذة، أو ماطل في ذلك، لا يمكن لهيئة التحكيم أن تجبره على التنفيذ؛ إذ لئن كانت ذات اختصاص حكمي، فهي لا تتمتع بسلطة الجبر التي تبقى دومًا في يد القضاء. ولم يمنح قانون التحكيم هيئة التحكيم سلطة الجبر، لكونها وثيقة الارتباط بسيادة الدولة التي لا تفوّضها إلا لجهازها القضائي[64]؛ بحيث تبقى قرارات هيئة التحكيم مستطيعة بغيرها، أي باعتراف الدولة من خلال القضاء، سواء كانت قرارات الهيئة وقتية أو نهائية. فيلتجئ الطرف المستفيد من الأمر أو الحكم الذي جاء بالتدبير المؤقت إلى المحكمة المختصة ليطلب الأمر بتنفيذ ما صدر عن هيئة التحكيم من تدابير مؤقتة.

وتكون حينئذ المحكمة المختصة مطالبة بالأمر بتنفيذ التدابير المؤقتة الصادرة عن الهيئة التحكيمية، من دون أن تراقب أو تقدّر الأسباب الداعية إلى اتخاذ التدابير الوقتية، ما لم تخالف تلك التدابير أحكام القانون أو النظام العام[65]، بحيث تكون المحكمة المختصة ملزمة، فيما عدا صورة مخالفة القانون أو النظام العام، بالاستجابة لطلب المساعدة على تنفيذ التدابير الوقتية[66]. كما أنّ أحكام الفقرة 3 من المادة (17) من قانون التحكيم لا تمنع الطرف الذي لا يريد تنفيذ التدابير المؤقتة التي صدر أمر من المحكمة المختصة بتنفيذها، بأن يطعن في الأمر بالتنفيذ بالاستئناف وفقًا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية. وهو ما لا يمكن أن يعطل تنفيذ التدابير المشار إليها، لكون الطعن في الأحكام المستعجلة لا يوقف تنفيذها.

(64) Sihem Kefi Ghazouani, Le tribunal arbitral en droit d'arbitrage interne, Mémoire de Diplôme d'études approfondies, année universitaire 1994-1995, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, pp.90 et 89.

(65) لمياء الرواتبي، سلطات المحكم أثناء سير الخصومة التحكيمية، ص79.

(66) المرجع السابق، ص79 و80.

المبحث الثاني
تدخل القضاء للجبر على تنفيذ ما تتخذه الهيئة التحكيمية من تدابير مؤقتة

أتاح قانون التحكيم لهيئة التحكيم نفوذًا وصلاحيات مهمة عند تسييرها الخصومة؛ إذ للهيئة أن تختار الإجراءات الواجب اتباعها، لو كان التحكيم حرًّا، إلا لو اتفق الأطراف على خلاف ذلك. كما أنّه، سواءٌ كان التحكيم حرًّا أو مؤسساتيًّا، ألزمت الفقرة 2 من المادة (18)، من قانون التحكيم، هيئة التحكيم بـ «تجنب أي تأخير أو مصاريف غير ضرورية، وذلك بغرض تحقيق وسيلة عادلة وعاجلة لحل النزاع»؛ مما يتيح لهيئة التحكيم أن تختار أيسر الإجراءات وأقلها نفقات، حينما لا يتفق الأطراف على اتباع إجراءات معيّنة، أو كلّما تجد الهيئة أنّ نظام المؤسسة – في حد ذاته – قد سكت عن بعض الإجراءات التي يجب اتباعها من طرف الهيئة التحكيمية، خاصة فيما يتعلّق بالتحكيم المعجّل[67]. وهو ما يجعل لهيئة التحكيم هامشًا واسعًا من الحرية، في تقدير جدوى إجراء جميع الأبحاث التي تساعد على كشف الحقيقة، على أن تتقيّد بمقتضيات السرعة والعدالة في فصل النزاع، وبشرط احترام الإجراءات الأساسية، والمتمثلة في مبدأ المواجهة بين الخصوم واحترام حق الدفاع.

وهو ما أخذت به الفقرة الأولى من المادة (18) من قانون التحكيم التي جاء فيها أنّه «يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بالحياد والمساواة بين الأطراف، وأن تهيئ لكل منهم فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه ودفاعه ودفوعه»؛ إذ تتعلّق جل تلك الالتزامات بمبدأ المواجهة بين الخصوم الذي ينطبق على كل الإجراءات التحكيمية، ويقتضي إتاحة الفرصة لكل طرف حتى يقدّم مستنداته القانونية والواقعية، ويطّلع على مستندات خصمه ويناقشها[68].

(67) تراجع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تسوية المنازعات التجارية، مشاريع الأحكام المتعلقة بالتحكيم المعجّل، مذكّرة من الأمانة، البند 67 الذي ورد فيه ما يلي: «... في حين أن قصر الأطر الزمنية يعدّ من الخصائص الرئيسية للتحكيم المعجّل، إلا أنّه ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب للحفاظ على الطابع المرن للإجراءات والامتثال لمتطلبات مراعاة الأصول القانونية الواجبة... ومن ثم فقد اقترح أن تحدد الأطراف وهيئة التحكيم الأطر الزمنية الخاصة بمختلف مراحل الإجراءات في ضوء خصائص القضية المنظورة...».
رابط الموقع: (un.org) v1911066.pdf، آخر زيارة للموقع: 22 يوليو 2024.

(68) C.A. Paris 13 mai 1988. Rev.arb., 1989 p.251: notes: Derains.

ولكن، وعلى الرغم من السلطة التقديرية الواسعة المتاحة لهيئة التحكيم في القيام بالأبحاث الكاشفة للحقيقة والضرورية لفصل النزاع، تظل سلطات الهيئة مستمدّة من اتفاق التحكيم ومحدودة بما يسمح به القانون، ومنقوصة من سلطة الجبر[69]؛ بحيث لا يمكنها أن تجبر أي طرف، أو تجبر الغير على تنفيذ مقتضيات ما أمرت به من أبحاث وإجراءات؛ إذ «لا يتمتع المحكّم بالسلطة الآمرة التي يتمتّع بها القاضي»[70]، وهو ما يبرر التطرّق إلى مجال حق المُحكّم في إصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية (مطلب أوّل) من جهة، وإلى ضوابط تدخل القضاء للجبر على تنفيذ أوامر وأحكام المحكّمين المتعلّقة بسير الدعوى (مطلب ثانٍ) من جهة أخرى.

المطلب الأول

مجال حق المُحكّم في إصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية

انقسم الفقه بشأن حق المحكّم في إصدارالأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية إلى اتجاهات ثلاثة:

إذ يرى الاتجاه الفقهي الأوّل أن القضاء هو المختص وحده بإصدار تلك الأحكام والأوامر، ولا يجوز للمحكّم إصدارها[71]، لكون اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر الطلبات المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية هو اختصاص ولائي ينفرد به هذا القاضي عن غيره، ولكون المحكم ليست له سلطة الإجبار، باعتبار الصبغة الخاصة للتحكيم تقيّد السلطات التي يتمتع بها المحكم، وهو ما يقتضي من الأطراف اللجوء إلى القضاء لاستصدار تلك الأحكام والأوامر[72]. فضلًا على قيام التحكيم على احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، خلافًا للأحكام المستعجلة التي تقوم على سرعة الإجراءات التي لا تتلاءم مع مبدأ المواجهة بين الخصوم الذي يعطي الخصم سيء النية الفرصة

(69) علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص70.

(70) بسام مصطفى عبدالرحمن طبيشات، الحصانة القضائية للمحكم من المسؤولية المدنية بالمقارنة مع حصانة القاضي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مج7، ع24، 2018، ص311.

(71) محمد الزعبي، قانون التحكيم كنظام قضائي اتفاقي، مقارنة بين القانون الأردني والقانون الجزائري، دار الفاروق، عمان – الأردن، 2010، ص90.

(72) أحمد خريس وأيمن مساعدة، مدى سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأوامر المستعجلة وفق قانون التحكيم الأردني، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، 2017، ص47.

لتعطيل إصدارالحكم[73]؛ إذ النص في اتفاقية التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، لا يسلب القضاء المستعجل اختصاصه الأصيل في هذا الشأن.

وفي المقابل يرى الاتجاه الفقهي الثاني أن هيئة التحكيم تختص بإصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية، متى كان النزاع معروضًا على التحكيم؛ لكون الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم يسلب ذلك الاختصاص من سلطة القضاء، ويمنع القضاء، بما في ذلك القضاء المستعجل، من نظر أي دعوى قضائية متعلقة به[74]، لكون إرادة الأطراف التي خوّلت هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع التحكيمي، خوّلت كذلك هيئة التحكيم سلطة الفصل في الطلبات المستعجلة المتصلة بذلك النزاع؛ إذ إن تلك الهيئة التي اتفق أطراف النزاع على تخويلها سلطة الفصل في النزاع التحكيمي، يجوز لها – من باب أولى وأحرى – أن تُصدر الأحكام المستعجلة التي لا تمس بأصل النزاع.

ويرى هذا الاتجاه أنّ هيئة التحكيم هي الأقدر من غيرها على تقدير ملاءمة إصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية؛ لكونها هي المتعهّدة بالنظر في أصل النزاع التحكيمي، فضلًا على ما في الإقرار من اختصاص هيئة التحكيم بإصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية من إعمال للقاعدة الإجرائية التي تقتضي أن يكون قاضي الأصل هو قاضي الفرع[75].

بينما يجعل الاتجاه الفقهي الثالث من الاختصاص بإصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية التي تقتضيها طبيعة النزاع محل التحكيم[76]، اختصاصًا مشتركًا، ينعقد في الوقت ذاته لكل من الهيئات التحكيمية وقضاء الدولة. ولكن ذلك لا يعني أنّ طرف النزاع التحكيمي طالب الإجراء بالخيار بين اللجوء إلى القضاء المستعجل أو اللجوء إلى هيئة التحكيم؛ إذ ينعقد الاختصاص بإصدار تلك الأحكام والأوامر، لهيئة التحكيم وحدها، لو خوّل اتفاق طرفي النزاع التحكيمي لتلك الهيئة اتخاذ تلك الأحكام والأوامر، وعلى أن ينعقد الاختصاص بذلك إلى القضاء وحده، فيما عدا ذلك؛ إذ الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم لا يمنع الأطراف من طلب اتخاذ إجراء مؤقت، أو إصدار

(73) فايز ياسين محمد اليبرودي، صلاحية هيئة التحكيم في إصدار أحكام متعلقة بالأمور المستعجلة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2021، ص29.

(74) أحمد خريس وأيمن مساعدة، مرجع سابق، ص47. محمد الزعبي، مرجع سابق، ص89.

(75) صلاح الدين محمد حمزة، الاختصاص بالمسائل المستعجلة في التنفيذ، دار العادل، القاهرة 2008، ص211.

(76) عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم .. التحكيم في البلدان العربية (الكتاب الأول)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص115.

حكم مستعجل من قاضي الأمور المستعجلة.

ولا يعني قيام أطراف النزاع التحكيمي لدى القضاء المستعجل التنازل عن اتفاق التحكيم، أو عن عرض أصل النزاع على التحكيم. وهو ما يجعل صلاحية إصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية المتصلة بالنزاع التحكيمي تتكامل في شأنها هيئة التحكيم والمحكمة المختصة[77]، وهو ما أخذت به المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة التي قضت بأنّ «عدم الاتفاق فى مشارطة التحكيم على اختصاص المحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية أو المستعجلة، والاقتصار على اختصاصه بالمنازعات حول تفسير العقد أو تنفيذه لا يخول هيئة التحكيم الاختصاص بالفصل فيها، ولا يحول دون أن يعتبر ذلك تنازلًا عن شرط التحكيم الذى يقتصر نطاقه على الجانب الموضوعى»[78].

أما المشرّع القطري، فقد ذهب إلى أبعد مما ذهب إليه الاتجاه الفقهي الثالث، وكانت الفقرة الأولى من المادة (17) من قانون التحكيم القطري أكثر تفصيلًا من الفقرتين 3 و4 من المادة (5) من القانون الكويتي المتعلّق بالتحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية[79]، حينما نصت على أنه «ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم، بناءً على طلب أي من الأطراف، أن تأمر بتدابير مؤقتة، أو تصدر أحكامًا وقتية تقتضيها طبيعة النزاع، أو بغرض توقي ضرر قد لا يمكن جبره»، بما في ذلك ما يلي:

أ – إبقاء الحال على ما هي عليه، أو إعادته إلى ما كان عليه لحين الفصل في النزاع.

ب – اتخاذ أي إجراء يمنع حدوث ضرر حال أو وشيك، أو المساس بعملية التحكيم ذاتها، أو منع اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب أيًّا من ذلك.

(77) عبدالقادر حسن، سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بين القضاء وهيئات التحكيم، مجلة جامعة غرب كردفان للعلوم والإنسانيات، السودان، ع14، 2017، ص149.

(78) طعن المحكمة الاتحادية العليا رقم 225 لسنة 24 ق، جلسة 2002/11/26. إبراهيم حسن الملا، مرجع سابق، هامش 17، منشور ضمن كتاب دور المحكمة الاتحادية العليا في تطوير الفكر القضائي الإماراتي، مجموعة أوراق بحثية أعدت بمناسبة الاحتفال بمرور أربعين عامًا على إنشاء المحكمة، 1973 - 2013، نشر المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي، 2013.

(79) تراجع الفقرتان 3 و4 من المادة (5) من القانون الكويتي رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، واللتان ورد فيهما ما يلي: «كما يجوز لها (الهيئة التحكيمية) إصدار الأحكام والأوامر المشار إليها في الفقرات أ، ب، ج من المادة (180) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.
كما تفصل هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك». رابط الموقع: القانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية (1995/11) – المحامي® – قسم القوانين والانظمة العربية (almohami.com)، تاريخ آخر زيارة للموقع: 13 يوليو 2024.

جـ – توفير وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ أي قرارات لاحقة.

د – المحافظة على الأدلة التي قد تكون مهمة أو جوهرية للفصل في النزاع...»[80].

بحيث يُؤخَذ من ذلك أن المشرّع القطري «جعل الأصل في الاختصاص في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية المتعلقة بالمنازعة المعروضة على التحكيم، اختصاص هيئة التحكيم بها، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك... كما نص على بعض التدابير التي يكون للهيئة اتخاذها...»[81].

الآثار التي تنتجها اتفاقية التحكيم هي روح هذه الاتفاقية، خاصة أن بعض العقود لا يمكن تعريفها إلا من خلال آثارها؛ إذ «ما يميز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية هو أنه آلية ترمي إلى إنتاج آثار قانونية[82]. ولعلّ من أوكد تلك الآثار وأكثرها أهميّة بالنسبة إلى سير الدعوى التحكيمية هي الجبر على تنفيذ أوامر وأحكام المحكّمين المتعلّقة بسير الدعوى. وبما أن الهيئة التحكيمية تفتقر إلى سلطة الجبر كان لا بد من وضع ضوابط لتدخّل القضاء للجبر على تنفيذ أوامر وأحكام المحكّمين المتعلّقة بسير الدعوى.

المطلب الثاني

ضوابط تدخل القضاء للجبر على تنفيذ أوامر وأحكام المحكّمين المتعلّقة بسير الدعوى

جعلت المادة (27) من قانون التحكيم القضاءَ يقدم المساعدة للهيئة بطريقة معيّنة؛ من أجل تجاوز الصعوبات المتصلة بإدارة الخصومة وتسييرها؛ بحيث ينظر القضاء، عند الضرورة، في مدى احترام الأطراف والغير قراراتِ الهيئة المتعلقة بالتدابير الوقتية، وكل الإجراءات والأعمال الكاشفة للحقيقة التي يفضي عدم احترامها إلى شل تنفيذ اتفاق التحكيم والقضاء على فاعلية إجراءات التحكيم.

(80) يراجع قانون رقم 2 لسنة 2017 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، موقع الميزان، رابط الموقع: الميزان | البوابة القانونية القطرية | التشريعات | قانون رقم 2 لسنة 2017 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية (almeezan.qa)، آخر زيارة للموقع: يوم 13 يوليو 2024.

(81) محمد حسن جاسم الهيل، دور القضاء في مساعدة التحكيم: دراسة مقارنة بين القانون التونسي والقانون القطري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، 2023/2022، ص159.

(82) Jacques Ghestin, «nouvelles propositions sur son renouvellement de la distinction des parties et des liens», Revue Trimestrielle de Droit Civil octobre – décembre 1994 p.777 et s.

ولذلك أتاحت المادة (27) من قانون التحكيم، لهيئة التحكيم، أن تستنجد بالقضاء لغاية تحقيق الأبحاث التحكيمية وتسهيل الإجراءات المأذون بها، ومن ذلك أن تدعو الهيئة مثلًا شاهدًا لإتمام أبحاثها فلا يستجيب، أو لو طلبت من أحد الأطراف تقديم وثائق لديه للاستعانة بها في فصلها للنزاع، فيمتنع عن تقديمها لها[83]؛ إذ لا يمكن للقضاء التدخّل في ذلك من تلقاء نفسه[84]، وهو يتدخّل بصفة استثنائية لاستعمال سلطة الجبر التي تتيح تنفيذ الإجراء التحفظي الذي أمرت به الهيئة التحكيمية[85].

وإن كان يحسُن بالمشرع القطري النسج على منوال الفقرة 3 من المادة (1467) من التشريع الفرنسي للإجراءات المدنية التي ورد فيها ما يلي: «إذا كان لدى أحد الأطراف عنصر إثبات، يجوز للهيئة التحكيمية أن تأمره بأن يقدّمها لها بالطرق التي تحددها، وعند الضرورة، من خلال توقيع غرامة تهديدية عليه»[86]، وهو ما يمنح المحكّم آلية تتيح له نوعًا من سلطة الجبر، لا تصل إلى حد استعمال القوة العامة، يسميها الفقه imperium mixtum، تمييزًا لها، نوعًا آخر من سلطة الجبر التي تقتضي استعمال السلطة

(83) وهو ما أخذت به كذلك الفقرة 3 من المادة (1467) من القانون الفرنسي للإجراءات المدنية الذي ورد فيه ما يلي:

Article 1467 alinéa 1 du C.P.C français codifié par Décret 75-1123 1975-12-05, tel que modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011: «Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte». lien hypertexte : Article 1467 - Code de procédure civile - Légifrance (legifrance.gouv.fr), dernier accès le 9 juillet 2024.

وأخذت به المادة (28) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، والتي ورد فيها أنّه «يجوز لأي من طرفي النزاع أن يطلب من هيئة التحكيم إعلان أي شاهد لسماعه في الدعوى، أو أي جهة لتقديم بيانات، وعلى هيئة التحكيم إذا رأت ضرورة لذلك، أن تطلب من المحكمة المختصة إعلان ذلك الشاهد أو مخاطبة تلك الجهة للحصول على البيانات أو الاطلاع عليها، وللمحكمة ان تنفّذ هذا الطلب، وتتخذ الإجراءات اللازمة عند عدم تنفيذ ذلك الأمر في حدود سلطاتها». مرجع سابق. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة 2016، مع عرض حلول لإشكالات العملي، الدار السودانية للكتب، 2017، ص58.

(84) مريم دواس، دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية، سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مجلة جيل الدراسات المقارنة، عدد يونيو 2018، ص14.

(85) مصطفى محمد الجمال ومحمد عبدالعال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص191.

(86) Article 1467 alinéa 1 du C.P.C français codifié par Décret 75-1123 1975-12-05, tel que modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011: «Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte». lien hypertexte: Article 1467 - Code de procédure civile - Légifrance (legifrance.gouv.fr), dernier accès le 9 juillet 2024.

وتراجع كذلك الفقرة 4 من المادة (1700) من قانون التنظيم القضائي البلجيكي التي ورد فيها ما يلي:
«… Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin, à peine d'astreinte.", lien hypertexte : 1967101052M_F.pdf (fgov.be), accédé le 17 juillet 2024.

العامة والتي يسميها الفقه imperium merum[87].

وفي المقابل لم تقصر المادة (27)، المشار إليها، الاستنجاد بالقضاء على هيئة التحكيم دون الأطراف، بل أجازت – حتى للأطراف – التقدم بطلب المساعدة من القضاء، بعد مصادقة الهيئة على ذلك الطلب. كما أنّ المادة المذكورة أتاحت لكل طرف في النزاع التقدّم بطلب المساعدة، بمجرّد موافقة الهيئة على ذلك.

وعلى الرغم من أنّ الفقرة (ج) من المادة (25) من قانون التحكيم أوردت أنّه «يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم، والفصل في النزاع بناءً على الأدلة وعناصر الإثبات المتوافرة لديها؛ إذا تخلف أحد الأطراف عن حضور إحدى الجلسات، أو عن تقديم ما يُطلب منه من أدلة أو مستندات أو معلومات»، ذهبت المادة (27) آنفة الذكر إلى أبعد مما ورد في قانون التحكيم الفرنسي من اكتفاء بإلزام أطراف التحكيم بالتعاون على تيسير إجراءات التحكيم. وهو التزام يقتضي تنفيذ أوامر وأحكام المحكّمين المتعلّقة بسير الدعوى، على أن تستخلص الهيئة التحكيمية النتائج من عدم التزامهم بذلك، من دون طلب أي مساعدة قضائية لإجبارهم على تنفيذ ما أمرت به في إطار تسييرها الدعوى[88].

فقد أوضحت الفقرة 2 من المادة (27) من قانون التحكيم أنّه «يجوز للمحكمة المختصة أن تنفذ طلب المساعدة، في حدود سلطاتها، ووفقًا للقواعد المطبقة للحصول على الأدلة، بما في ذلك الأمر بالإنابة القضائية، أو الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين رقمي (278) و(279) من قانون المرافعات المدنية والتجارية...». وهو ما يُؤخَذ منه جواز أن يسلك القضاء أحد سبيلين: أحدهما أمر الشاهد بالحضور أمام الهيئة التحكيمية، أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها قانونًا على الشاهد الذي يتخلف عن الحضور، أو الذي يحضر ويمتنع عن الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه الهيئة[89]. وهو ما يُجبر أطراف النزاع التحكيمي على احترام التدابير الوقتية التي تأمر بها الهيئة التحكيمية[90].

(87) يراجع تفصيلًا لذلك:
Charles Jarrosson, «Réflexions sur l'imperium», Etudes offertes a P. Bellet, Paris LITEC 1991, p:245; David Chekroun, «L'imperium de l'arbitre», Thèse de Doctorat, Université de Paris1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2008.

(88) Mathieu De Boisséson, Ouvrage précité, p.251.

(89) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص438.

(90) مبروك عاشور، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة دار الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996، هامش 296.

أما السبيل الثاني، فيتمثّل في قيام المحكمة المختصة بنفسها بالأبحاث التي أمرت بها الهيئة التحكيمية، كأن تدعو الشاهد إلى الحضور لديها، أو تلزم الطرف، أو الغير، المتنع بتقديم الأدلة التي يمسكها، والتي لها تأثير على وجه الفصل في النزاع، وتستعمل آليات الجبر الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية من أجل ذلك[91]، وإن كان للهيئة التحكيمية أن تقرر – من دون أن تكون مقصّرة في أداء مهامها – عدم الاستعانة بالقضاء لتلقي شهادة الشهود لو رأت أن الاستماع إلى تلك الشهادة لم يعد يؤثر على وجه الفصل في النزاع[92].

إلاّ أنّه لا شيء في المادة (27) من قانون التحكيم يتيح للمحكم أن يحضر مع القاضي، وأن يساعده على تنفيذ الإجراءات الكاشفة للحقيقة التي أمرت بها هيئة التحكيم. وهو حضور، فضلًا على مساعدة القاضي، يسمح للمحكّم بإعمال سلطته التقديرية لتقييم نتائج الأبحاث التي أجرها مع القاضي. وهو ما يَحسُن بقانون التحكيم الأخذ به، نسجًا على منوال المادة (1041) من قانون التحكيم الإيرلندي التي نصّت على كون المحكم يمكنه أن يساعد القاضي على تنفيذ بعض الأعمال الكاشفة للحقيقة، عندما يتعذر ذلك على هيئة التحكيم، خاصة أنّ عدم حضور المحكّم مع القاضي من شأنه أن يمس بنجاعة الإثبات في هذه الصورة[93]، باعتبار ما يقوم به القضاء يخرج عن كونه مسألة اختصاص صرف، ليندرج بالخصوص ضمن «التقاء التحكيم بقضاء الدولة... لتحقيق فاعلية التحكيم»[94].

بل يرى الفقه أنّه يَحسُن بقانون التحكيم عدم حصر تلقي طلب المساعدة في المحكمة المختصّة؛ حتى يكون من حق الهيئة التحكيمية طلب المساعدة، حتّى من النيابة العامة، كلما كانت مساعدتها أكثر نجاعة، كما هو الشأن في الحالات التي تقتضي الإذن بالاستعانة بالقوة العامة[95]؛ حينما تعيِّن الهيئة مثلًا خبيرًا تكلّفه بمعاينة بضاعة موضوع نزاع فيقع منعه من إنجاز مهامه، أو حينما يتوجه مثلًا أحد أعضاء الهيئة لمعاينة أشغال بناء فيقع صده؛ إذ يفترض أن يكون طلب المساعدة من النيابة العمومية أقرب لتحقيق الهدف المنشود، فضلًا على جواز أن تكون بعض الأدلة محجوزة لدى القضاء الجزائي.

(91) محمود سلامة، الموسوعة الشاملة في التحكيم والحكم، ط1، دار مصر للموسوعات القانونية، القاهرة، 2007، ص187. ويراجع في الاتجاه ذاته: مصطفى محمد الجمال ومحمد عبدالعال عكاشة، مرجع سابق، ص191.

(92) أسماء مسعودي، المحكم في خصومة التحكيم الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015/2014، ص59.

(93) Charles Seraglini et Jean Ortsheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, 2ieme édition, LGDJ, Paris, 2019, p.309, no.338.

(94) محمد حسن جاسم الهيل، مرجع سابق، ص172.

(95) فارس الشاذلي، أثر القضاء العدلي في حركية التحكيم، مجلة القضاء والتشريع، ع10، لسنة 2000، ص433.

فضلًا على كونه يَحسُن بالمشرّع القطري الأخذ بما ذهب إليه الفقه، من وجوب تصدّي الهيئة التحكيمية للرشوة والفساد، من خلال إعفاء المحكّم من واجب عدم إفشاء السر المهني فيما يتعلّق بالتبليغ عما اكتشفته من رشوة أو فساد، ومن خلال النص صراحة على حق الهيئة التحكيمية في التبليغ عما تكتشفه من رشوة أو فساد عند نظرها في النزاع التحكيمي[96]، وكذلك من خلال النص صراحة على أنّه يجوز للهيئة التحكيمية، بعد تأكّدها من حقيقة أفعال الرشوة والفساد، ومن نسبة تلك الأفعال إلى أحد الطرفين أو إلى كليهما، إيقاع جزاء مدني على أطراف النزاع المتورّطين في ذلك[97].

وعدم النص على ذلك، لئن كان، لا يُوجب تخلي الهيئة التحكيمية عن النزاع؛ لكون بطلان العقد موضوع النزاع التحكيمي لمخالفته النظام العام يستتبع بطلان شرط التحكيم، خلافًا لما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية[98]، أخذًا بما استقر عليه الفقه من أنّ شرط التحكيم يستقل عن العقد المدرج فيه[99]؛ إذ إن خرق النظام العام المتأتي من الرشوة والفساد اللذين اصطبغ بهما العقد موضوع النزاع التحكيمي يقتضي تصريح الهيئة التحكيمية بعدم اختصاصها ببت النزاع؛ لكون مهمة المحكّم تتعلّق بالنظر في تنفيذ العقد، ولوجوب أن يرفض المحكّم أن يكون شريكًا في تنفيذ عقود مشوبة بالرشوة والفساد[100].

(96) يراجع في ذلك:

Daniel Goldenbaum, «L'arbitre international face à la corruption», Revue de Règlement Des Différends De McGill, Vol.2, (2015-2016), p.82 et suiv. lien hypertexte:7. Goldenbaum1.pdf (openum.ca), dernier accès le 11 juillet 2024; Alexandre Court de Fontmichel, L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Thèse de Doctorat, Université Paris2, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2004.

(97) لطفي الشاذلي، التحكيم التجاري الدولي والتصدي للرشوة والفساد، مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد كمال شرف الدين، مركز النشر الجامعي، تونس، 2023، ص1269-1271.

(98) طعن تجاري رقم 1296 لعام 2006، محكمة التمييز الكويتية، صدر بتاريخ 9 مارس 2008، رابط الموقع: يستمد المحكم ولايته من اتفاق الخصوم، بينما يستمد القضاة ولايتهم من القانون. إذا كان موضوع العقد مخالفًا للنظام العام فإن الحكم ببطلان العقد يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم المدرج فيه. American Institute for International Commercial Arbitration (aifica.com)، آخر دخول للموقع: 13 يوليو 2024.

(99) Frederic Edouard Klein, «du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire, dissociation de la nullité de cette clause du celle du contrat principal», Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage, 1965, p.48.

أحمد إبراهيم عبدالتواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ع1، س16، يناير 2008، ص371.

(100) يراجع حول ذلك:

Pierre Mayer, «La règle morale dans l'arbitrage international», in Etudes offertes à P. Bellet, LITEC, Paris, 1991, p.37 et suiv.

الخاتمة

انتهت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات، نعرضها على النحو التالي:

أولًا: النتائج

1 – سعت الدراسة إلى إبراز أوجه التعاون والتكامل التي أقرها المشرع بين هيئة التحكيم الداخلي والقضاء قبل صدور الحكم التحكيمي الذي يعتبر الغاية المنشودة من اتفاق الأطراف، حينما أخضعوا نزاعهم للتحكيم.

2 – حرصًا من المشرع على تدعيم الوظيفة القضائية للهيئة التحكيمية منح لها صلاحيات واسعة وشاملة، جاعلًا من القضاء المعاضد على قيام الهيئة بأعمالها؛ إذ «لا يمكن للتحكيم أن ينتعش ويتطور لكي يلبي المتطلبات المستجدة، الاقتصادية والاستثمارية، ما لم يجد المساندة والمساعدة من محاكم الدولة وقضائها»[101].

3 – ولذلك يساعد القضاء الهيئة التحكيمية على إدارة الخصومة التحكيمية، من خلال سلطة الجبر الذي يحتكرها، ويتيح استعمالها بطلب من أحد أطراف النزاع، أو من الهيئة التحكيمية. وبذلك يكون القضاء هو الضامن لنجاعة إجراءات التحكيم حينما لا يذعن لها بعض أطراف النزاع، حتى لا تبقى تلك الإجراءات رهينة توافر عقلية التعاون لدى الغير، وحتى لا يفتح غياب الجبر في إجراءات التحكيم باب المماطلة وإهدار الوقت والمال.

4 – وحتى إن كان قانون التحكيم يسمح للقاضي بمساعدة الهيئة التحكيمية على إدارة الخصومة التحكيمية، ويتيح لها – أو لأطراف النزاع – أن تطلب من القضاء الإذن بإعمال سلطة الجبر التي يحتكرها، فإن تعديل بعض النقائص التي تمّت الإشارة إليها في هذا البحث هو الكفيل بضمان حسن التنظيم التشريعي، وحسن التطبيق القضائي لالتقاء التحكيم بقضاء الدولة، لدعم فاعلية التحكيم، حتى لا تؤول المغالاة من المشرّع، أو من القضاء، إلى نتائج سلبية على مؤسسة التحكيم[102].

(101) يوسف أحمد الزمان، قراءة لنصوص وقضاء التحكيم في دولة قطر، بحث مقدم إلى: المؤتمر العالمي الثاني للتحكيم، المنعقد تحت رعاية وزارة العدل القطرية ومركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم بمناسبة مرور عشر سنوات على إنشاء مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم، الدوحة، 18 و19 أكتوبر 2016، ص27.

(102) محمد حسن جاسم الهيل، مرجع سابق، ص173.

ثانيًا: التوصيات

بما أنّ المحافظة على نجاعة التحكيم ومرونته من أهم آليات جذب الاستثمار، وحتّى يبقى التحكيم أقوم وأيسر السبل للتخفيف من كم القضايا التي تعرض على القضاء، يقترح الباحث على المشرّع القطري الأخذ بالتوصيات التالية:

1 – بالنسج على منوال الفقرة 3 من المادة (1467) من التشريع الفرنسي للإجراءات المدنية التي ورد فيها ما يلي: «إذا كان لدى أحد الأطراف عنصر إثبات، يجوز للهيئة التحكيمية أن تأمره بأن يقدّمها لها بالطرق التي تحددها، وعند الضرورة من خلال توقيع غرامة تهديدية عليه».

2 – وتوصي كذلك بتعديل المادة (27) من قانون التحكيم للنص على ما يلي:

أ – جواز أن يأمر القضاء الشاهد بالحضور أمام الهيئة التحكيمية، أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها قانونًا على الشاهد الذي يتخلف عن الحضور، أو الذي يحضر ويمتنع عن الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه الهيئة[103].

ب – جواز أن يقوم المحكّم بمساعدة القاضي على تنفيذ بعض الأعمال الكاشفة للحقيقة، عندما يتعذر ذلك على هيئة التحكيم، نسجًا على منوال المادة (1041) من قانون التحكيم الإيرلندي.

3 – كما توصي بعدم حصر تلقي طلب المساعدة في المحكمة المختصّة، حتى يكون من حق الهيئة التحكيمية طلب المساعدة حتّى من النيابة العامة، كلما كانت مساعدتها أكثر نجاعة، كما هو الشأن في الحالات التي تقتضي الإذن بالاستعانة بالقوة العامة.

4 – وأخيرًا توصي بإعفاء المحكّم من واجب عدم إفشاء السر المهني فيما يتعلّق بالتبليغ عن الرشوة أو فساد، ومن خلال النص صراحة على حق الهيئة التحكيمية في اتخاذ إجراء وقتي يتمثل في التبليغ عما تكتشفه من رشوة أو فساد عند نظرها النزاع التحكيمي[104].

(103) خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص438.

(104) لطفي الشاذلي، مرجع سابق، ص1269-1271.

قائمة المراجع

أولًا: باللّغة العربيّة

أ- الكتب

- إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة 2016، مع عرض حلول لإشكالات العملي، الدار السودانية للكتب، 2017.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- هشام المصمودي، القاضي والتحكيم، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس 1995/1994.
- هشام صادق، التحكيم وعلاقته بالقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دار مجد، بيروت، 2008.
- ياسين الشاذلي ومحمد نادر مرعي، الوجيز في شرح القانون رقم 2 لسنة 2017 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية مزود بأحكام التمييز والتشريعات المقارنة، مركز الدراسات القانونية والقضائية، الدوحة، 2019.
- مبروك عاشور، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة دار الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996.
- محمد حسن جاسم الهيل، دور القضاء في مساعدة التحكيم – دراسة مقارنة بين القانون التونسي والقانون القطري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، 2023/2022.
- محمد نور عبدالهادي شحاته، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- محمود سلامة، الموسوعة الشاملة في التحكيم والحكم، ط1، دار مصر للموسوعات القانونية، القاهرة، 2007.

- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الداخلي والدولي: دراسة قانونية مقارنة، طبعة منقحة تتضمّن أحدث المستجدات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
- مصطفى محمد الجمال ومحمد عبدالعال عكاشة، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبدالحميد الأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم في البلدان العربية (الكتاب الأول)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- عزمي عبدالفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط2، مؤسسة دار الكتب القانونية، دولة الكويت، 2012.
- علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- فايز ياسين محمد اليبرودي، صلاحية هيئة التحكيم في إصدار أحكام متعلقة بالأمور المستعجلة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة آل البيت – الأردن، 2021.
- فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علمًا وعملًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- صلاح الدين محمد حمزة، الاختصاص بالمسائل المستعجلة في التنفيذ، دار العادل، القاهرة 2008.
- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2002.

ب – رسائل جامعية

- أحمد خريس وأيمن مساعدة، مدى سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأوامر المستعجلة وفق قانون التحكيم الأردني، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، 2017.
- أسماء مسعودي، المحكم في خصومة التحكيم الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2015/2014.

جـ- الأبحاث العلمية

- إبراهيم حسن الملا، قضاء التحكيم في اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة، منشور ضمن كتاب دور المحكمة الاتحادية العليا في تطوير الفكر القضائي الإماراتي، مجموعة أوراق بحثية أعدت بمناسبة الاحتفال بمرور أربعين عامًا على إنشاء المحكمة، 1973 ـ 2013، نشر المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي 2013، الرابط: دور-المحكمة-الاتحادية-العليا-في-تطوير-الفكر-القضائي-الإماراتي(moj.gov.ae aspx).
- إبراهيم رضوان الجغبير، مسؤولية المحكم المدنية عن إخلاله بالتزاماته، مجلة جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، مج3، ع1، 2019.
- أحمد إبراهيم عبدالتواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ع1، س16، يناير 2008.
- أحمد أبو الوفا، الجديد في عقد التحكيم وإجراءاته بمقتضى قانون المرافعات رقم 13 لعام 1968، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، 1970.
- أحمد سيد محمود، تحكيم ما قبل التحكيم، تحكيم الطوارئ، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع2، 2015م.
- أحمد سيد محمود، تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار، رابط المقال: تحكيم الطوارئ في منازعات الاستثمار (Emergency Arbitration in Investment Disputes)
- إسماعيل الزيادي، المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي، مجلة التحكيم، ع4، أكتوبر 2009.
- بسام مصطفى عبدالرحمن طبيشات، الحصانة القضائية للمحكم من المسؤولية المدنية بالمقارنة مع حصانة القاضي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مج7، ع24، 2018.
- جوزف شاوول، المحكم وموجب الاستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، ع10، أبريل 2011.
- هشام خالد، مفهوم العمل القضائي، مجلة المحاماة، ع1، القاهرة، فبراير 1987.
- وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء؟ مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع1 و2، س17، 1993.

- يوسف أحمد الزمان، قراءة لنصوص وقضاء التحكيم في دولة قطر، بحث مقدم إلى: المؤتمر العالمي الثاني للتحكيم، المنعقد تحت رعاية وزارة العدل القطرية ومركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم بمناسبة مرور عشر سنوات على إنشاء مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم، الدوحة، 18 و19 أكتوبر 2016.
- لطفي الشاذلي، التحكيم التجاري الدولي والتصدي للرشوة والفساد، مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد كمال شرف الدين، مركز النشر الجامعي، تونس، 2023.
- محمد الزعبي، قانون التحكيم كنظام قضائي اتفاقي، مقارنة بين القانون الأردني والقانون الجزائري، دار الفاروق، الأردن، 2010.
- محمد عبدالمجيد المهيري، تعيين المحكم واستقلاله وحياده ومسؤوليته، مجلة التحكيم، ملحق ع8، أكتوبر 2010.
- محمود المغربي، إشكالية مخاصمة المحكِّم واستدامة التحكيم الأخلاقي بين كيدية المحاسبة ومشروعية المساءلة: دراسة مقارنة، ملحق خاص، س8، ج2، ع4، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جمادى الأولى/ جمادى الآخرة 1441هـ/ يناير 2020.
- ملاحق الأعمال الكاملة للملتقى الدولي حول التحكيم الدولي من مجلة التحكيم الجديدة المنعقد في تونس يومي 26 و27 نوفمبر 1993، نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس، 1995.
- مريم دواس، دور القاضي الوطني في سير الخصومة التحكيمية، سلطة القاضي الوطني في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مجلة جيل الدراسات المقارنة، عدد يونيو 2018.
- عبدالله درميش، المحكم .. تعيينه وحياده واستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق ع8، أكتوبر 2010.
- عبدالقادر حسن، سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بين القضاء وهيئات التحكيم، مجلة جامعة غرب كردفان للعلوم والإنسانيات، السودان، ع14، 2017.
- فارس الشاذلي، أثر القضاء العدلي في حركية التحكيم، مجلة القضاء والتشريع، ع10، لسنة 2000.

ثانيًا: باللغات الأجنبية

A - Ouvrages

- Court de Font Michel Alexandre, L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Thèse de Doctorat, Université Paris2, Éd. Panthéon-Assas, 2004.
- David Chekroun, L'imperium de l'arbitre, Thèse de Doctorat, Université de Paris1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2008.
- De Boisséson Matthieu, Le droit français de l'arbitrage interne et international, thèse de doctorat, droit, préf. P. Bellet, éd. Joly, 1990.
- Ecrits Motulsky Henri, Etudes et notes sur l'arbitrage. Vol. II. Dalloz. Paris 1974.
- Giorgio Balladore Pallieri, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, recueil des cours la Haye 1935.
- Goldenbaum Daniel, L'arbitre international face à la corruption, revue de règlement des Différends de McGill, Vol. 2, (2015-2016), lien hypertexte: 7.-Goldenbaum1.pdf (openum.ca), dernier accès le 11 juillet 2024.
- Jarrosson Charles, La notion d'arbitrage, L.G.D.J, Paris, 1987.
- Jean Jacques Gaspard Foelix, Traité de droit international privé, 4ème éd., T. II., Paris, 1866.
- Jestaz Philippe, l'urgence et les principes classique de droit civil, LGDJ. 1968.
- Kefi Ghazouani Sihem, Le tribunal arbitral en droit d'arbitrage interne, Mémoire de Diplôme d'études approfondies, 94-95, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis.
- Najib Mohamed El Mehdi, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Droit. Université de Bordeaux, 2016.
- Onyema Emilia, International Commercial Arbitration and the arbitrator's contract, Routledge, New York, 2010.

- Paulsson Jean, The Idea of Arbitration, Oxford University Press, New York, 2013.
- Pierre/Poudret Lalive, Jean-François/Reymond, Claude, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot, Lausanne, 1989.
- Robert Jean, Arbitrage civil et commercial en droit interne et droit international privé, Dalloz, Paris, 1967.
- Rouatbi Lamia, les pouvoirs de l'arbitre pendant le litige arbitral mémoire pour l'obtention de diplôme approfondie faculté de droit de Tunis, année universitaire 1995-1996.
- Rozas José Carlos Fernández, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, Thèse académie de droit international de la Haye, recueil des cours, tome 290 année 2001.
- Seraglini Charles et Ortsheidt Jean, Droit de l'arbitrage interne et international, 2ieme édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2019.
- Tomasin Daniel, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Thèse, L.G.D.J., Toulouse, France, 1975.

B - Articles

- Ahmed Ouerfelli, Présentation des spécificités de la nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Arbitration act. 1996 comparée au droit tunisien et 26 RJL, N°4, (2001).
- Bertin Philippe, L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale, Revue de l'arbitrage, 1982.
- Brown Jenny, The expansion of arbitral immunity: is absolute immunity a forgone conclusion? Journal of Dispute Résolution, 2009.
- Claude Goldman, Mesure provisoire et arbitrage international Rev. Droit des affaires internationales, 1993.
- Clay Tomas, L'appui du juge à l'arbitrage, Cahiers de l'arbitrage, 1 avril 2011 n°2.

- Daniel Goldenbaum, L'arbitre international face à la corruption, revue de règlement des Différends De McGill, Vol.2 (2015-2016), lien hypertexte: 7.-Goldenbaum1.pdf (openum.ca).
- David René, Arbitrage du19ème et arbitrage du 20ème siècle, in Mélanges Savatier, Dalloz, Paris,1965.
- Deleval Georges, le juge et l'arbitre les mesures provisoires Revue de droit international et droit compare, 1993.
- Fouchard Philippe, Tribunal arbitral, Statut des arbitres, Juris Classeur de Droit International Privé, Fascule 586-7-3/, Juris Classeur de Procédure Civile Fascule1066-3.
- Gérard Couchez, Référé et arbitrage (Essai de bilan provisoire), Revue de l'arbitrage, 1986.
- Ghestin Jacques, nouvelles propositions sur son renouvellement de la distinction des parties et des liens», Revue Trimestrielle de Droit Civil, octobre - décembre 1994.
- Hébraud Pierre, Observations, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1962.
- Jarrosson Charles et Jacques Pellerin, le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011, Revue de l'arbitrage, 2011.
- Jarrosson Charles, Réflexions sur l'imperium, Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991.
- Klein Frederic Edouard, du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire, dissociation de la nullité de cette clause du celle du contrat principal, Revue de l'Arbitrage, 1965.
- Klein, Frederic-Edouard, Autonomie de la volonté et arbitrage, Revue critique de droit international privé, 1958.
- Loquin Éric, Compétence arbitrale, jurisclasseurs procédures Civiles fascicule 1032, n°19.
- M. Ryziger, Existe-t-il un lien entre l'exequatur et l'appel des sentences arbitrales? Revue de L'Arbitrage, 1961.

- Magali Boucaron-Nardetto, L'immixtion du juge étatique dans l'arbitrage, Gazette du Palais, n°362, 28 décembre 2013.
- Mayer Pierre, La règle morale dans l'arbitrage international, in Etudes offertes à P. Bellet, Litec, Paris, 1991.
- Motulsky Henri, notes: Rev. Crit. DIP., 1956 et JCP.1961 éd. Gén.II.
- Perrot Raymond, Observations sous 2ème Civ. du 15 sept. 2005, Revue Trimestrielle de Droit Civil Octobre-Décembre 2005, n°4. chroniques.
- Sfeir - Slim Marie, Le nouveau droit libanais de l'arbitrage a dix ans, Revue de l'arbitrage, 1993.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	337
المقدمة	339
المبحث الأوّل: تدخل القضاء في اتخاذ التدابير المؤقتة	347
المطلب الأوّل: اتخاذ القضاء تدابير مؤقتة قبل مباشرة الهيئة التحكيمية أعمالها	349
المطلب الثاني: أمر القضاء بتدابير مؤقتة أو إصداره أحكامًا وقتية عند مباشرة الهيئة التحكيمية أعمالها	351
المبحث الثاني: تدخل القضاء للجبر على تنفيذ ما تتخذه الهيئة التحكيمية من تدابير مؤقتة	355
المطلب الأوّل: مجال حق المحكّم في إصدار الأحكام المستعجلة والأوامر الوقتية والتحفظية	356
المطلب الثاني: ضوابط تدخل القضاء للجبر على تنفيذ أوامر وأحكام المحكّمين المتعلّقة بسير الدعوى	359
الخاتمة	364
قائمة المراجع	366

إضاءة على نظام المعاملات المدنية السعودي «الإقرار والخصوصية»: قراءة نقدية مقارنة(*)



أ. د. محمد عرفان الخطيب

أستاذ القانون المدني

كلية أحمد بن محمد العسكرية

الدوحة ـ قطر

Alkhatibur@yahoo.com

*

* أستاذ القانون المدني بقسم القانون في عمادة الشؤون الأكاديمية بكلية أحمد بن محمد العسكرية في دولة قطر، ورئيس تحرير المجلة العلمية للكلية، وعضو في عدد من الهيئات العلمية والاستشارية لمجلات قانونية محكّمة.

* حاصل على الدكتوراه في القانون الخاص، ويتمتع بخبرة تتجاوز ثلاثة عقود في التدريس والبحث العلمي والإشراف الأكاديمي، إلى جانب خبرته في تطوير الخطط والمناهج والمقررات، وربطها بمخرجات التعلم ومتطلبات الجودة والاعتماد الأكاديمي. كما أسهم في تحديث استراتيجيات التدريس والتقويم وتوظيف منصات التعليم الإلكتروني والأدوات الرقمية، بما يعزز التكامل بين التأصيل النظري والتطبيق العملي، ويواكب تطورات التعليم القانوني.

الملخص

وفق دراسة فقهية نقدية مقارنة يعرض البحث الخطوة التشريعية الأكثر أهميةً وجدليةً على المستوى الخليجي عمومًا، والسعودي خصوصًا، ألا وهي إقرار نظام المعاملات المدنية السعودي للعام 2023 الذي، وإن جاء تكريسًا للجهود التشريعية التي تبذلها المملكة العربية السعودية في عصرنة وتحديث قوانينها ضمن ما يعرف بالسياسة التشريعية الحديثة المنبثقة من رؤية السعودية 2030، إلا أنه يمثل نقطة تحول في الموقف التشريعي من عملية التقنين المدني عمومًا، والمنظور الشرعي لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية خصوصًا، ضمن ما يمكن وصفه بالتحول الاستراتيجي للمنظومة التشريعية السعودية.

انطلاقًا من هذا التحول التشريعي البارز وتداعياته المختلفة، تقدم هذه الورقة البحثية – وفق منهج تحليلي ونقدي معمق – قراءة قانونية تأصيلية وتحليلية لدلالات صدور هذا النظام، ومدى صوابية هذا التحول من منظور القانون المقارن، وانعكاساته على المنظومة التشريعية للمملكة، محاولين تلمس التوجه الذي سلكه هذا النظام، ضمن ما يمكن اعتباره إطاره العام، وذلك من خلال قراءتين فرعيتين: الأولى، ترتبط بالمخاض العسير لإقرار هذا

(*) تاريخ تقديم البحث: 2 ديسمبر 2025 وتاريخ قبوله: 21 أبريل 2026

النظام، وما يُمثله من نقلة نوعية في الرؤية التشريعية للمنظم السعودي في تنظيم هذه المعاملات – وإن شكلًا – من الشرعي إلى الوضعي. والثانية، تتصل في صلب هذا النظام والخصوصية التي يمكن لحظها ضمن هذا النظام، تحديدًا في انعكاس هوية هذا النظام على المنهجية التي وسمته؛ لتثبت الدراسة أننا أمام حقيقتين: إحداهما مُفرحة، بوصف هذا النظام خطوة مُكتملة الأركان شكلًا، وتحديدًا ضمن مفهوم التقنين لمختلف النصوص المرتبطة بهذا التدوين، بما في ذلك الدلالة الدينية والشرعية ذواتهما. والأخرى مُقلقة، لكونه خطوة تقنينية منقوصة الأركان موضوعًا، لا سيما لجهة الناحية الفعلية لهذه الترجمة التقنينية، ضمن المفهوم الوضعي المتعارف عليه في الفقه المقارن لهذا التدوين؛ ليؤكد البحث أن هذه الرؤية الجديدة والمتجددة التي قدم لها المنظم السعودي في نظام المعاملات المدنية، لاتزال في حاجة إلى جهد تشريعي أكثر شمولًا، بإعادة النظر في مختلف النواقص التي شابت تبني هذا القانون شكلًا ومضمونًا. كما أن الحكم على قدرة هذا النظام على تحقيق الأهداف المرجوة منه، المباشرة وغير المباشرة، لايزال مبكرًا جدًّا، ما يحتم على الفقه، مزيدًا من العمل التحليلي البَنَّاءْ في الشرح والتعليق لنصوص هذا النظام، في الوقت ذاته الذي يستلزم حضورًا أكثر فاعلية للقضاء في توضيح الجوانب التطبيقية والعملية لنصوص هذا النظام؛ ما يُأمل أن يتلافاه المنظم السعودي في قادم الأيام، وذلك بالتعاون مع بقية الجهات القانونية المؤثرة والفاعلة في المملكة.

كلمات دالة: نظام المعاملات المدنية السعودي، المنظومة التشريعية السعودية، تقنين الشريعة الإسلامية، القانون المدني المقارن، الدستور المدني السعودي، مجلة الأحكام العدلية، رؤية السعودية 2030.

* تتركز أبحاثه في تأصيل نظريات القانون المدني ودراسة تطورها، لا سيما نظرية الالتزام والعقود والمسؤولية المدنية، ودور القضاء في تكوين القاعدة القانونية، كما يمتد اهتمامه إلى الأبعاد القانونية للتحول الرقمي والذكاء الاصطناعي والعقود الذكية والعدالة التنبؤية. وله بحوث منشورة في دوريات قانونية محكّمة، ومشاركات في مؤتمرات علمية عربية ودولية، فضلًا على خبرته في تحكيم البحوث والترقيات العلمية والإشراف على المشروعات البحثية المُموَّلة. وسبق له تولي مهام استشارية قانونية وإدارية في مؤسسات حكومية، والعمل خبيرًا وطنيًا لدى منظمات عربية، وإقليمية ودولية.

المقدمة

«الشَّرَائِع تُوضَع وَالْقَوَانِين تَصْنَع»، ضمن هذه المفردات الأربع، يبرز عاملان رئيسان في صناعة وصياغة أي قانون: لحظة تاريخية مفصلية، ورجل سياسة استثنائي قادر على انتهاز هذه اللحظة وتحويلها حدثًا تاريخيًا يُكتب في صحائفه؛ ما يجعل أي تأسيس لنظام قانوني مدني متكامل ومترابط متكامل يرتبط ارتباطًا وثيقًا بلحظة تاريخية مواتية، ووجود شخصية سياسية ذات رؤية وقدرة على تحديث التشريع[1].

تجربة أُثبتَتَ، خلال مراحل وضع القانون المدني الفرنسي للعام 1804 الذي تجلى فيه بوضوح دور الإمبراطور الفرنسي نابليون بونابرت، والذي اعتبره أحد أهم إنجازاته إن لم يكن الأهم[2]. ليُطلِقَ المشرعون الفرنسيون اسمه على القانون اعترافًا له بهذا الفضل[3]؛

(1) هذا الأمر لا يلغي مطلقًا دور الفقه ورجال القانون في تهيئة المجتمع لمثل هذه النقلة التشريعية. لكن، ومهما طالت أو قصرت هذه الحركة الفكرية، وتعالت في أطروحاتها الفكرية والنهضوية، فإن لم تجد لها المؤيد الرسمي بالقرار السياسي الذي يترجمها إلى حالة قانونية تشريعية رسمية، تبقى مجرد أفكار مجتمعية. والتجربة الفرنسية التي مرت بها الدولة الفرنسية قبل وضع القانون المدني الفرنسي خير دليل على ذلك. وفي الوقت ذاته التجربة العربية التي حاولت إعادة إحياء الشريعة الإسلامية ضمن المنظومة القانونية العربية، عقب انتهاء الحكم العثماني والاستقلال عن مراحل الانتداب الأجنبي، وصولًا إلى استعادة مفهوم الدولة، لاتزال حتى حينه خير شاهد على ذلك. محمد عرفان الخطيب، المنظومة التشريعية «الإسلامية» .. حقٌّ يستوجبُ المُطالبة! قراءة تحليلية في الفلسفة والتأصيل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س12، ع ف 3، ع ت 47، يونيو 2024، ص161 – 220. محمد عرفان الخطيب، المنظومة التشريعية «العربية» .. واقعٌ يَستوجبُ المُراجعة! قراءة نقدية في الفلسفة والتأصيل، مجلة الدراسات القانونية، المقال الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بيروت العربية، 2023. محمد عرفان الخطيب، القانون المدني .. طائر الفينيق، من الحياة إلى الحياة – قِراءة تحْليليَّة لواقع القانون المدني ضمن المنظومة القانونية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، س13، ع ف1، ع ت 49، ديسمبر 2024.ص173 – 219.

Ph. Remy, Cérémonies du bicentenaire de la recréation de l'école de droit de Poitiers et remise des insignes de docteur honoris causa au Doyen J. Kranjc. Les cahiers poitevins d'histoire du droit. [En ligne]. J-F. Niort, Retour sur l'esprit du Code civil des Français. Histoire de la justice 2009/1 N°19, Pp.121-160. J. Charmont et A. Chausse, Les interprètes du Code civil, dans : Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire, vol.2, Paris, 1904, t.1, p.149.

(2) R. Savatier, L'Art de faire des lois: Bonaparte et le Code civil, Dalloz, Paris, 1927, p.39. À la question, «qui tient lieu de Dieu sur la terre?», Napoléon répondra: «Le législateur» (id., p.36). Il aurait tout aussi bien pu répondre, «moi-même», puisqu'il déclarera un jour à son ministre Decrès, «Je vous dispense de me comparer à Dieu».

(3) A. Tunc, Code napoléon, in Encyclopaedia universalis, 1985. Il porte ce nom depuis une loi du 9 septembre 1807. J-L. Halpérin, Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, Paris, 2012. X. Martin, Napoléon, le Code civil et les droits de l'homme, La Découverte, Paris, 2003. J. Carbonnier, Droit civil - Introduction, 24 éd., PUF, Paris, 1996, p.101, par.64.

ما يؤكد أهمية التفاعل بين القانون والمجتمع والسياسة في صياغة الأنظمة القانونية، وإعادة صياغتها، وما يؤكد أن نجاح هذه الصنعة يعتمد على قدرة القائمين عليها في المواءمة بين التشريعات الحاضرة والإمكانات السياسية في تأسيس أو إعادة تأسيس نظام قانوني؛ حيث إن القانون... أي قانون، لا يقتصر على مجرد إصدار نصوص قانونية، بل هو بالضرورة انعكاس لروح العصر مصحوبة بإرادة سياسية قادرة على التعبير عن قيم المجتمع العميقة(4).

هنا، إن كان لنا من إسقاط تمثيلي وزمني، فنحن نتحدث عن لحظة تحول تاريخي في عمر المملكة العربية السعودية، وشخصية سياسية قادرة على اقتناص هذه اللحظة وتحويلها إلى حدث تاريخي مفصلي ومهم، نتحدث هنا عن صاحب السمو الملكي ولي عهد المملكة العربية السعودية الأمير محمد بن سلمان بن عبدالعزيز، حفظه الله، الذي استطاع أن يقتنص هذه اللحظة التاريخية، وينقل السياسة التشريعية المدنية في السعودية من مرحلة النص إلى مرحلة التقنين، وفق اعتبارات تراعي الجانبين الديني والوضعي، حيث جاء النظام تتويجًا لمسار من الإصلاحات النظامية المتسارعة التي أطلقتها المملكة في إطار رؤيتها الشاملة للتحديث والتطوير، مشكّلًا بذلك نقطة تحوّل نوعية في بنية المنظومة القانونية، ومُعبِّرًا عن إرادة واضحة في إرساء مرجعية تشريعية مقننة تتسم بالاتساق والوضوح والشفافية، وتحقق أحد أهم أهداف رؤية السعودية 2030، ضمن محورها الثاني المرتبط بتشجيع بيئة الاستثمار، ووضع قوانين تساعد على تعزيز البيئة الاستثمارية في المملكة(5).

كما أن من شأن هذا النظام أن ينقل المنظومة القانونية المدنية من الإطار غير المقنن إلى نظيره المقنن، ومعبرًا عن خطوة نوعية في اتجاه تدوين المعاملات المدنية وفق قواعد قانونية مقننة. مشكلًا بذلك محطةً مفصلية في المشهد القانوني السعودي، يمكن اعتبارها أحد أبرز الأحداث القانونية التي شهدتها البيئة التشريعية السعودية في العقد الأخير، لما انطوت عليه من دلالات رمزية وتشريعية عميقة، مثلت تحولًا لافتًا في موقف المملكة من نمط التشريع المدني القائم على الاجتهاد القضائي المُرتكز على الرجوع إلى المذاهب

(4) «Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas». J-É. Marie, Portalis, Discours préliminaire au projet de Code civil présenté le 21 janvier 1801, Imprimerie de la République, Paris, 1801. Voir aussi, James Collins, The French Civil Code, Oxford University Press, Oxford, 2001. M. Villey, Philosophie du droit, PUF, Paris, 1967. R. Cotterrell, Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory, Routledge, London, 2006.

(5) وثيقة رؤية السعودية 2030، موقع رؤية السعودية 2030، متوافر على الإنترنت.

الفقهية، إلى نمط تشريعي تقنيني مكتوب بين دفتي قانون جديد سُمي بـ«نظام المعاملات المدنية»[6]، المُستند إلى مفهوم التشريع المقنن وفق المفهوم الوضعي للقانون[7].

تحولٌ، على الرغم من عظيم إنجازه، فإننا لا نعتقد أنه سيمر على الساحة الفقهية العربية والخليجية مرور الكرام، وستثار تساؤلات عميقة عن طبيعة هذا التحول القانوني، وما ينطوي عليه من دلالات، وما قد يُحدثه من ارتدادات على صعيد الفقه القضائي، والبنية التشريعية المدنية، وتوازن المرجعيات في المجال القانوني السعودي بين الفقه والتشريع. ومن المحتم أن تتعدد ردود الفعل حول هذا النظام، بين من سيعتبره خطوة مهددة لمفهوم الشريعة الإسلامية التي غالبًا ما كانت تَنظر بعين الريبة إلى مفهوم التقنين في الشريعة الإسلامية، بوصفه تحولًا قانونيًّا «علمانيًّا» سيبعد منظومة التعاملات المدنية عن مرجعيتها الشرعية الإسلامية.

ومن سيعتبره خطوة تطويرية تنسجم مع روح الشريعة، وتتماشى مع مقتضيات العصر ومتطلبات الحداثة القانونية، بحيث تجمع بين الأصول الفقهية الإسلامية والمفاهيم القانونية الحديثة، لتصب في عصرنة المنظومة القانونية المدنية، من دون إخلال بالمرجعية الشرعية لهذه المنظومة[8].

---

(6) جاء هذا النظام في (721) مادة موزعة على ثلاثة أقسام رئيسة يسبقها باب تمهيدي وتلحقها أحكام ختامية. وقد تضمن الباب التمهيدي خمسة فصول عُنيت – على التوالي – ببيان نطاق تطبيق النظام، والأشخاص، والأشياء والأموال، وأنواع الحقوق، ثم استعمال الحق. أما القسم الأول فقد تناول الالتزامات أو ما يُعرف بالحقوق الشخصية، متضمنًا خمسة أبواب خصصت لمصادر الالتزام، وآثاره، وانتقاله، والأوصاف العارضة عليه، ثم انقضائه. في حين خُصص القسم الثاني للعقود المسماة، وتوزع على خمسة أبواب تضمنت بيان العقود الواردة على الملكية، والعقود الواردة على المنفعة، فضلًا على عقد العمل، وعقود المشاركة، وعقد الكفالة، وعقد التأمين، بما مجموعه سبعة عشر عقدًا. أما القسم الثالث فقد خُصِّص للحقوق العينية؛ حيث عالج في بابه الأول الحقوق العينية الأصلية، بينما خُصص الباب الثاني للحقوق العينية التبعية وبمادة وحيدة (719) نصت على أن هذه الحقوق تسري عليها النصوص النظامية الخاصة بها.

وقد سبق وعدّدت المادة (26) في فقرتها الثالثة هذه الحقوق بكونها حق الرهن وحق الامتياز، وما في حكمهما وفقًا للنصوص النظامية ذات الصلة. وأخيرًا، فقد اختُتم النظام بجملة من الأحكام الختامية التي حملت عنوان «القواعد الكلية»، وجاءت في إحدى وأربعين قاعدة شرعية فقهية، بيّنت المادة (720) كيفية إعمالها بالنص على أن تلك القواعد تُطبَّق بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النصوص النظامية، مع مراعاة طبيعتها والاستثناءات الخاصة بكل منها.

(7) يُشار هنا إلى أنه، ولخصوصية الصياغات القانونية لدى المنظم السعودي الذي يتحرج من استخدام المصطلحات القانونية الغربية، ويعتمد مصطلح النظام بدلًا من القانون، فإنه من المفيد التنبيه إلى أنه سيتم استخدام المصطلحات المعتمدة في التشريع السعودي، مع توضيح ما يقاربها من المصطلحات القانونية الشائعة في الأوساط القانونية العربية: «القانون = النظام/ المشرع = المنظم».

(8) خلال التحضير لهذه الدراسة، حاولنا البحث عن دراسات أو بحوث قانونية أو فقهية مُحَكَّمَةَ، تتناول

هذه النظرة الثنائية بين التقبل والرفض، تبرز بوضوح الجدلية المثارة حول هذا التشريع، التي بدورها تُظهر الطبيعة الجدلية لموضوع البحث ذاته المنبثقة من هذه الجدلية التي تدور حول التشريع ذاته، ومدى التقبل المجتمعي له، واستشراف إمكان اعتبار هذه الخطوة التشريعية في الاتجاه الصحيح من عدمه، إن من حيث طبيعة الخطوة بذاتها، أو كفايتها وشمولها من جهة ثانية، وإلى أي مدى يُمثّل هذا النظام تطورًا نوعيًّا مُوفقًا في بنية النظام القانوني السعودي، وما الدلالات التأصيلية والتشريعية التي ينطوي عليها، والآثار المحتملة أو «الارتدادات» التي قد تترتب على تطبيقه، بما في ذلك تحديد موقعه ضمن مسار تقنين الأحكام في المملكة، وحدود المرجعية الفقهية الإسلامية ضمنه، فضلًا على ارتداداته على العمل القضائي وحركة الاجتهاد الفقهي في المملكة، وصولًا إلى تحديد أوجه التمايز والتشابه بينه وبين بعض القوانين المدنية العربية والغربية التي استقى منها بعض أحكامه، لا سيما القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير للعام 2016[9].

ومما لا شك فيه أن مختلف هذه الحيثيات إنما تُجَلّي لنا أهمية هذا البحث وضروراته، والتي عدا عن كونها تنبع من طبيعة الموضوع ذاته، بوصفه يتناول أحد أبرز القوانين المدنية التي تمسّ شريحة واسعة من المعاملات اليومية في المجتمع السعودي، بما سينطوي عليه من تداعيات قانونية وقضائية على العمل القضائي والفقهي في المملكة. إنما تنبع كذلك من طبيعة الحدث التشريعي ذاته الذي يمثل تحولًا في السياسة التشريعية السعودية، بما يُمثله من انتقال لهذه السياسة من البعد الفقهي غير المقنن إلى البعد القانوني المؤسساتي المقنن. من دون أن نُغفل التوقيت الذي صدر فيه هذا النظام، ضمن حزمة مشاريع التقنين الحديثة التي تسعى إلى إعادة هيكلة النظام القانوني السعودي برمته، وفق رؤية مؤسسية حديثة حددتها رؤية السعودية 2030[10].

انطلاقًا مما سبق، ومن هذا التحول التشريعي البارز وتداعياته المختلفة، نؤطر

توضيح ردود الفعل المؤيدة أو المعارضة لهذه الخطوة التشريعية، ولم نوفق – وفق جهدنا المتواضع – في بحث قانوني واحد متكامل عن ذلك، وإن كنا قد وجدنا كثيرًا من التعليقات المؤيدة لهذه الخطوة التشريعية. ضمن ذلك، ربما تكون هذه الدراسة هي الأولى التي تتناول هذه النقطة بالتفصيل، من حيث توضيح الجانب المتعلق بالتقارب الديني والوضعي لهذا النظام في المنظومة التشريعية السعودية.

(9) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: JO. 11 févr. 2016. «Ord, n° 2016-131, 10 févr. 2016», ratifiée par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. JO n° 0093 du 21 avril 2018. Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois 26 avril 2018, n° 136c4, p. 5. Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016: projet de loi adopté au Sénat. Gazette du Palais (GDP), 28 nov. 2017, n° 307v1, p.50. Rédaction Lextenso.

(10) وثيقة رؤية السعودية 2030، موقع رؤية السعودية 2030، متوافر على الإنترنت.

لفكرة هذه الورقة البحثية التي تحاول، وفق منهج تحليلي ونقدي معمق، أن تقدم قراءة قانونية تأصيلية وتحليلية لدلالات صدور هذا النظام، ومدى صوابية هذا التحول من منظور القانون المقارن، وانعكاساته على المنظومة التشريعية للمملكة. مشيرين إلى أن هذه الدراسة لا تسعى إلى تقديم قراءة تفصيلية معمقة لهذا النظام، أو التصدير لمعالجة شاملة لجميع مواده، وإنما توضيح المنهج والتوجه اللذين سلكهما هذا النظام، ضمن ما يمكن اعتباره إطاره العام.

قراءةٌ أفضت بنا إلى قراءتين فرعيتين، الأولى: ترتبط بالمخاض العسير لإقرار هذا النظام، وما يُمثله من نقلة نوعية في الرؤية التشريعية للمنظم (المشرع) السعودي في تنظيم هذه المعاملات – وإن شكلًا – من الشرعي إلى الوضعي. والثانية: تتصل في صلب هذا النظام والخصوصية التي يمكن لحظها ضمن هذا النظام، وتحديدًا في انعكاس هوية هذا النظام على المنهجية التي وسمته. مُقرين بتواضع الجهد البحثي المقدم، وأنه في مضمونه لا يشكل إلا محاولة فقهية أولية نأمل أن يُبنى عليها في المستقبل القريب، العديد من الدراسات الأكاديمية والعلمية التي تصب في خدمة الفقه القانوني المدني السعودي خصوصًا، والخليجي والعربي عمومًا.

المطلب الأول

الإقرار ... المخاض العسير

من غير الخافي أن نظام المعاملات المدنية السعودي يعتبر أول محاولة تقنينية مؤسسية للمعاملات المدنية بين الأفراد بعد أن كانت محكومة، ولعقود طويلة لمرجعية الفقه الإسلامي، خاصة الفقه الحنبلي، واعتماد القضاة على «الراجح من هذا المذهب» في إصدار أحكامهم، من دون وجود تقنين موحّد يحكم جميع المعاملات المدنية[11]. من هنا، فإن صدور نظام المعاملات المدنية يمثل انتقالًا نوعيًّا من القضاء المستند إلى الفقه غير المدوّن، إلى قضاء يستند إلى نصوص نظامية مكتوبة؛ ما يجعل هذا النظام يمثل حالة

(11) حمدي أحمد سعد أحمد، وعماد السيد محمد أبو حسن، التقنين في المملكة العربية السعودية بين الواقع والمأمول: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث الإسلامية، ع8، س2، 2016، ص229 – 334. عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالعزيز المخضوب، نظام المعاملات المدنية. ملامحه وتاريخه: دراسة تأصيلية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع69، 2025، ص573 – 638. أيمن سعد سليم، نظام المعاملات المدنية السعودي بين الفقه والتقنين، مجلة مصر المعاصرة، مج98، ع488، 2007، ص83 – 148. محمد حسن قاسم، إطلالة مقارنة على مواد مختارة من نظام (قانون) المعاملات المدنية السعودي الجديد، مجلة الدراسات القانونية، المقال الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بيروت العربية، 2023.

فريدة من نوعها في المنظومات القانونية المدنية تُعرف بالالتقاط من الخلف، والذي يُمثل بدوره انتصارًا لمؤيدي فكرة التقنين على مناهضيها، وذلك بعد جدل فقهي وشرعي استمر عصورًا، ولم يخلُ بدوره من مبرراته وهواجسه[12].

الفرع الأول
تَغليب التقنين على النص

إن كان التقنين المدني السعودي أصبح اليوم حقيقة قانونية لا جدال فيها، إلا أن هذا الأمر الذي يبدو واقعًا فعليًّا اليوم، إنما كان نتيجة مخاض قانوني وشرعي عسير، في ضوء ما يمكنه وصفه بالصراع غير المعلن بين هذين المعطيين: القانوني والشرعي[13]. صراع كما يكتنفه الغموض، يكتنفه الإبهام الذي كثيرًا ما جَعل منه صراعًا جائرًا.

أولًا: التقنين المدني والشرعي .. الصراع الخفي

إن أي متابع للمنظومة التشريعية السعودية، لا سيما المدنية منها، يدرك جيدًا أن نظام المعاملات المدنية السعودي ما هو إلا ثمرة الصراع الخفي الذي استمر عصورًا طويلة ممتدة بين توجهين، أحدهما: وُصف بالمحافظ، والآخر: وُصف بالمجدد، بين من يُؤمن بإمكان تقنين الشريعة الإسلامية وبين لا يُؤمن بذلك[14]؛ بحيث إنها كانت من أشد

(12) هلال بن محمد بن ناصر الراشدي، الإشكاليات بين التقنين والتطبيق في الشريعة الإسلامية، في أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية – التقنين والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 2008، ص433 – 457. حسن بن محمد سفر، تقنين أحكام الشريعة في التجربة الإسلامية، القضائية، ع3، 2011، ص87–114. عبدالمؤمن عبدالقادر شجاع الدين، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية مج10، ع23، (2008)، ص199 – 230. عبدالباقي عبدالكبير، تقنين الشريعة الإسلامية .. ما له وما عليه، الدراسات الإسلامية، مج44، ع2، (2009)، ص211 – 240. مشعل عيادة عسكر، تقنين الأحكام الشرعية، مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي، مج22، ع64، 2018، ص339 – 361. مصطفي أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي هل يصلح مصدرًا للتقنين الحديث؟ المسلمون، مج3، ع10، 1954، ص56 – 63. محمد زكى عبدالبر، تقنين الفقه الإسلامي – المبدأ والمنهج، ط1، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1983، ص21 – 22. محمد الحسن البغا، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2009، ص743 – 777. عبدالرحمن بن سعد الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، ط1، مج1، منشورات أبحاث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حركة تقنين الفقه الإسلامي، جامع الكتب الإسلامية – دار الفضيلة، 1426هـ، ص15.

(13) عبدالرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، حولية كلية المعلمين في أبها، ع7، 2006، ص55 – 81. الصادق ضريفي، تقنين الفقه الإسلامي .. ما له وما عليه، مجلة التراث، ع22، 2016، ص40 – 56. عبدالباقي عبدالكبير، مرجع سابق، ص211 – 240.

(14) الهامش السابق.

الإرهاصات التي رافقت تبني هذه الخطوة التشريعية، وتُرجمت في العديد من المسوغات التي سِيقت تبريرًا للتحفظات العديدة على اتخاذ مثل هذه الخطوة التشريعية، بوسمها فكرة التقنين كفكرة مناهضة للشريعة؛ إذ إن فكرة التقنين، في ذاتها، كانت ولم تزل بالنسبة إلى العديد من رجال الدين الإسلامي موضع اعتراض ورفض[15].

فمنذ الطرح الخجول لهذه الفكرة في عصر الدولة الأموية، في عهد الخليفة الأموي الوليد بن عبد الملك، وصولًا إلى الطرح الفعلي لها في عهد الدولة العباسية، في زمن الخليفة العباسي المنصور، وذلك ضمن الرسالة الشهيرة لابن المقفع التي عرفت بـ«رسالة الصحابة»، والتي حثه فيها على توحيد القضاء عبر تدوينها في كتاب واحد يعتبر مرجعًا قانونيًّا للقضاة في كل البلاد[16]. ومن بعده لزمن الخليفة العباسي المهدي[17]، ومن ثم الرشيد[18] الذي طلب من الإمام مالك بن أنس، بعد أن وضع كتابه الشهير «الموطأ» الأمر ذاته، والذي رفض هذا الأمر مجددًا[19]. لاتزال فكرة التقنين موضع تحفظ شديد إن لم نقل رفض. والأسباب وراء ذلك عديدة، ربما من أهمها الخشية على الشريعة، إن لجهة كيان النص، أو لجهة تفسير النص.

ذلك أن الرؤية العامة لهذا الطرح القائم على رفض التقنين ترى أن التقنين لأحكام الشريعة ما هو إلا تقنين للشريعة ذاتها، وبالتالي نقل الشريعة من بعدها الديني المنفتح المحكوم بالرؤية الشرعية للنص الديني إلى بعد قانوني دخيل عليها محكوم بالرؤية

(15) الهامش السابق.

(16) عبَّر عن هذه الفكرة ابن المقفع (142هـ) في رسالته إلى أبي جعفر المنصور (158هـ)، والتي جاء فيها: «... ومما ينظر أمير المؤمنين فيه اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمرًا عظيمًا في الدماء والفروج والأموال، فيستحل الدم والفرج بالحيرة، وهما يحرمان بالكوفة، ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكوفة، فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى، فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة، فترفع إليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وقضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله، ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتابًا جامعًا عزمًا، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكمًا واحدًا صوابًا ورجونا أن يكون في اجتماع السير اجتماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه، ثم يكون ذلك من إمام إلى آخر، آخر الدهر إن شاء الله». يوسف أبو حلقة، مقدمة المجموعة الكاملة لمؤلفات عبدالله بن المقفع، بيروت، 1978، ص116. عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي، مج1، جامع الكتب الإسلامية.

(17) الهامش السابق.

(18) الهامش السابق.

(19) مبروك بن عيسى، الجذور التاريخية للتقنين في الفقه الإسلامي، مجلة الإحياء، مج21، ع28، 2021، ص259 – 288. محمد شافعي مفتاح بوشية، تقنين الأحكام الفقهية في القرنين الرابع عشر والخامس عشر الهجريين: دراسة لثلاثة نماذج، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س10، ملحق خاص، 2021، ص623 – 687.

الوضعية لهذا النص، ما يخشى معه من تحريف هذا النص الذي سيكون لا محالة مدخلًا لتحريف الشريعة. فضلًا على أن هذا التقنين، عدا عن أنه سيدخل النص في نفق النص الوضعي، سيجعله محكومًا بقواعد هذا النص، من حيث الإنشاء والتعديل والصياغة والحذف التي سيتم نقل ممارستها والرقابة عليها من مفهوم الفقيه وفق المفهوم الشرعي، إلى مفهوم الفقيه وفق المفهوم الوضعي. لنكون أمام صراع جديد بين منطوق شرعي ومنطوق وضعي، يُخشَى معه مجددًا من تعطيل الاجتهاد إلى تقييد النص، ما يفضي إلى انتصار مفهوم الحاكم على مفهوم الفقيه.

هواجس ربما قد يقاربها بعض الصواب شكلًا، إلا أنها – في اعتقادنا – يكسوها سوء الفهم المطلق موضوعًا؛ ففي الشكل، لا نزاع أن عملية تقنين الشريعة هي نتاج مفهوم الدولة المعاصرة بأجهزتها وسلطاتها الثلاث (التنفيذية والتشريعية والقضائية)، وليست نتاج الدولة الإسلامية؛ إنها إدخال لروح الدولة الغربية في جسد الدولة الإسلامية، من دون أن يعني هذا أننا نعارض ذلك أو نتحفظ عليه، كونه لا يعدو، بالنسبة إلينا، إلا أن يكون نتاجًا طبيعيًا لتواؤم فكر هذه الدولة الإسلامية مع مُندرجات العصر الذي تعيش فيه هذه الدولة. وهو أمر صحي بالكامل ولا ضير فيه بالمطلق.

وهنا نورد تحليلًا بسيطًا قد لا يوافق صحيح الواقع، وإن كان لا يمنع من طرحه! ذلك أن ما نعتقده أن هذا الجدل مرتبط برفض تقنين الفتوى لا الحكم؛ بمعنى أن الإمام مالك الذي رفض هذا التقنين، إنما رفضه بوصفه يقيد من سلطة المفتي لا القاضي! في زمن كان على القاضي أن يكون مفتيًا أو عالمًا بالفتوى وبأحكامها؛ ليأخذ بها أو يرفضها ليصح قضاؤه. وبالتالي نحن أمام رأي يتناول عدم تقنين الفتوى وليس الأحكام، ما يثبت أن الخشية كانت على تقنين الفتيا لا الحكم؛ لذلك فإن هذه المسألة – في اعتقادنا – تحتاج إلى مزيد من الرأي والتمحيص؛ فنحن أمام فتيا معينة، من إمام جليل قُرئت في سياق تاريخي معين، بينما هي في جوهرها خوف على الفتيا الموصلة إلى الفقه، لا الحكم الموصل إلى القضاء، في زمن كان على القاضي أن يكون مفتيًا قبل أن يكون قاضيًا، الأمر الذي لم يعد له أي وجود في وقتنا الحاضر، وهنا في اعتقادنا مكمن الخلل.

ما يجعل من الضرورة إعادة طرح السؤال مجدَّدًا، لكن بكيفية مختلفة، هل نحن أمام تقنين الشريعة في ذاتها أم تقنين أحكام الشريعة؟! وهل كلا الأمرين مناهض لفكر الشريعة في أصلها وفلسفتها؟! أم أن في الأمر رحابة ومتسعًا للحوار؟! ذلك السؤال الذي – عبر إقراره للتوجه التقنيني لهذه الشريعة – أجاب عنه المنظم السعودي بالنفي. وبكون المقصود من هذا التوجه إنما هو تقنين أحكام الشريعة لا الشريعة ذاتها، لننتقل من صراعٍ خفيٍّ إلى صراعٍ مبهمٍ.

ثانيًا: التقنين المدني والشرعي .. الصراع المُبهم

ربطًا بما سبق، وإن كنا نتفق جميعًا، فإن المقصود هو تقنين أحكام الشريعة لا الشريعة، إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة، بل وحتى السذاجة؛ لا سيما بالنسبة إلى فقهاء الشريعة، ذلك أن هذا السؤال بقدر بساطة الإجابة عنه، بقدر ما يبرز التعقيد فيه؛ فكثير من فقهاء الشرعية ينظرون إلى ذلك بعين الخشية إن لم نقل الريبة! وأننا بهذا إنما نقنن الشريعة تحت غطاء تقنين أحكامها[20]. ذلك أن هذه الأحكام إنما هي نتاج الشريعة، وهي المعبر عن الروح المتجدد لهذه الشريعة. وعليه، فإن تقنين هذه الأحكام هو تقنين آنيٌّ لأحكام الشريعة، وتقنين مستقبلي للشريعة ذاتها، وهنا مكمن الخوف لهم. كما يرى البعض الآخر أن ذلك يرتبط بالخوف من جمود الشريعة، نظرًا إلى الاعتقاد السائد سابقًا بجمود القانون، باعتبار أن سمة القوانين، لا سيما ذات الطابع المدني، هي الجمود والثبات إلى حد كبير[21].

والحقيقة أن كلا المبررين، في اعتقادنا، يمكن الطعن فيه ومناقشته، فكما أن لدينا نصوصًا شرعية مصوغة بعبارات وقواعد شرعية ضمن ما يعرف بالقواعد الكلية والأحكام الشرعية، يمكن أن يكون لدينا، في الوقت ذاته قواعد كلية قانونية وأحكام قانونية تأصيلها شرعي وليس وضعيًّا، وبالتالي إذا كانت الخشية من أن التقنين سيُحوِّل صياغة النص من نص شرعي إلى نص قانوني، فإن الأمر لا يحتاج إلى كل هذه الجلبة! كذلك، القول بجمود النصوص القانونية لم يعد قولًا دقيقًا، ولا يعبر عن الواقع، فالقوانين لم تعد مثل سابق عهدها سمتها الجمود؛ فالتغير والتعديل والتجديد أضحت هي السمات البارزة لقوانين اليوم، وهي الأمر الذي يقره أهل الشريعة أنفسهم[22].

لذلك نعتقد أن المشكلة تبرز في مكان آخر هو الخشية من تسلط الوضعي على الشرعي؛ بمعنى أن أهل الشريعة يرون أنه بمجرد أن تبدأ عملية التقنين، حتى تتبعها عملية التنقيح المُفضية إلى التجريح، والخشية من أن تتم هذه العملية بالمؤسسات التي أقرها مفهوم الدول الغربية، ضمن ما يعرف بمفهوم السلطة التشريعية؛ لنكون أمام

(20) عبدالرحمن بن سعد الشثري، مرجع سابق. عبدالباقي عبدالكبير، مرجع سابق. مشعل عيادة عسكر، مرجع سابق. مصطفي أحمد الزرقا، مرجع سابق. محمد زكى عبدالبر، مرجع سابق. محمد الحسن البغا، مرجع سابق. أحمد عبدالله سالم حنشل، مدى جواز إلزام ولي الأمر القاضي الحكم بمذهب معين أو بقانون وضعي: دراسة فقهية مقارنة، التواصل، ع41، 2020، ص83 – 117.

(21) مصطفي أحمد الزرقا، مرجع سابق. محمد زكى عبدالبر، مرجع سابق. محمد الحسن البغا، مرجع سابق.

(22) هلال بن محمد بن ناصر الراشدي، مرجع سابق. مشعل عيادة عسكر، مرجع سابق، ص339 – 361. مصطفي أحمد الزرقا، مرجع سابق. محمد زكى عبدالبر، مرجع سابق.

احتمالية خروج النص عن ضوابطه الشرعية العامة، أو تطعيم هذا النص – وذلك في أحسن الأحوال – بتفسيرات وتأويلات قد لا تنسجم مع الشريعة وروحها؛ كون من سيتولون التقنين ليسوا من أهل الشريعة وخاصتها، وبالتالي هذه العملية هي عملية قوامها الخشية على الشريعة، ضمن ما يمكن وصفه بتقاسم النفوذ وملء الفراغ، وهو خوف نعتقد أن السلوك المستقبلي للمنظم السعودي هو من سيثبت أحقيته من عدمه.

إضافة إلى ما سبق، نرى أن القول بسطوة الحاكم على الفقيه فيه كثير من المغالاة وسوء الفهم الموضوعي والشكلي معًا؛ فثمة حد فاصل بين حكم ولي الأمر واجتهاد القاضي؛ ليبقى السؤال: هل حكم ولي الأمر يُلزم القاضي؟ وهل نِتاج تعيين ولي الأمر للقاضي أن يقضي الأخير أصالةً عن نفسه أم نيابة عن ولي الأمر؟!، هل يقضي بقضاء ولي الأمر لا قضائه؟! وهل نيابة القاضي في الحكم عن ولي الأمر هي نيابة في القضاء أم تقمص في القضاء؟! إن الإجابة بنعم عن مختلف هذه الأسئلة، إنما تنم بالضرورة عن الفهم القاصر لمفهوم الولاية في القضاء، وتضخيم يصل إلى حد المغالاة في سطوة ولي الأمر، وذلك ما كانت عليه الحال حتى عهد قريب؛ حيث كان كثيرون ينظرون إلى تقنين الشرعية، لا سيما ضمن مفهوم النص الرسمي المقنن، كأنه شكل من أشكال غل يد القاضي في القضاء، وتعزيز لسطوة الحاكم على القضاء، الأمر الدخيل على مفهوم الدولة الإسلامية.

علمًا بأن الأمر ليس على هذا القدر من التبسيط، فإن كان دور ولي الأمر، في عهد الدولة الإسلامية، أن يحدد للقاضي الخطوط العامة للقضاء وبالتالي للحكم، ضمن مفهوم امتداد التفويض الشرعي من ولي الأمر للقاضي الذي يحكم نيابة عنه، فإنه وضمن مفهوم الدولة العصرية، لا شيء يمنع من يُساعد الحاكم القاضي في الوصول إلى الحكم الصحيح من خلال تقنين هذه الأحكام، والذي يمر اليوم من خلال المؤسسات الدستورية والقانونية التي قد تتجاوز الإرادة الصرف للحاكم. وإن كان القاضي سينطق بحكم الحاكم فإن الأولى للحاكم أن يحدد للقاضي بماذا ينطق، وذاك لا يكون إلا بالتقنين. وعليه، إن كانت المقولة الغربية الشهيرة ترى أن القاضي هو لسان العدالة، فإن هذه العدالة في الإسلام، كما كان يمثلها ولي الأمر، إنما يمثلها اليوم الحاكم، ومن بعده المؤسسات الدستورية والقانونية للدولة التي عليها أن تحدد ما يجعل القاضي ينطق بالعدل، بوصفه لسان الدولة المعبر عن لسان العدالة، الأمر الذي لا يتحقق – مجددًا – إلا من خلال التقنين.

ومن غير الخافي التذكير أن المنظم السعودي، ومنذ بداية فكرته حول تدوين أو تقنين أحكام الشريعة الإسلامية المرتبطة بالقانون الخاص، كان على مفترق طرق

بين اتجاهين: أحدهما مدرسة القانون العام Common Law، والثاني مدرسة النص Civil Law[23]. بين تبني منهج المدرسة الأنجلوسكسونية المعروفة بالقانون العام، وبالتالي الأخذ بنظام السوابق القضائية؛ ليكون لدينا ما يعرف بالسوابق الفقهية أو الشرعية التي يمكن أن تقيد عمل القاضي، وبذلك يُمنَح دورًا أكبر للاجتهاد؛ لكن هذا الأمر لا يكون عن طريق السلطة القضائية أو المحكمة القضائية، وإنما عن طريق مجموعة من كبار العلماء الذين يضعون هذه السوابق أو الأحكام، والتي يُلزَم بها القضاة، وهذا الأمر كان مما لا شك فيه، سيمنح هذه المؤسسة غير القضائية واجهة قضائية لتقوم بهذا الأمر، وهنا لن نكون أمام تقنين، وإنما سنكون أمام سوابق اجتهادية شرعية على القاضي الامتثال لها، باعتبارها صادرة عن مؤسسة فقهية قضائية، وليس سلطة مؤسسية تشريعية. وبين السير في ركاب المدرسة اللاتينية التي تتبنى فكرة تقنين أحكام هذه الشريعة ضمن أحكام قانونية صادرة عن السلطة التشريعية؛ بحيث إن على القاضي الالتزام بها والحكم وفق مقتضاها.

ومما لا شك فيه أن الصعوبات التي واجهت المنظم السعودي في تبني النهج الأول، والتي تحولت بدورها إلى إخفاقات، هي ما دفعت المنظم السعودي إلى الأخذ بالنهج الثاني، على الرغم من الفيتو الإسلامي الذي كان كثيرًا ما يواجه هذا التبني على المستوى الإسلامي، وفق ما سبق بيانه[24]. وفضلًا على الدور الذي يؤديه التوجه السياسي لنظام الحكم والحاكم، كما التوقعات المأمولة من هذا النهج أو ذاك في الانتقاء، والمسلك النهائي الذي يأخذه صاحب القرار في ذلك؛ يجب ألا ننسى أن فكرة التقنين تاريخيًّا، إنما أتت مع الثورة الفرنسية التي كانت وسيلة لتوحيد نظام القضاء في عموم فرنسا، ما اعتُبر بالنسبة إلى كثيرين توجهًا سلطويًّا لتحجيم دور القضاء، عبر جعل القاضي لسان المشرع، بعد أن كان لسان العدالة المجردة.

بمعنى أن المشرع يضع النصوص، والقاضي يحكم بما يمليه عليه المشرع من قواعد، ولا يملك القاضي الخروج عن النص[25]. هذه الفلسفة في النظرة إلى المؤسسة القضائية،

(23) حمدي أحمد سعد أحمد، وعماد السيد محمد أبو حسن، مرجع سابق. محمد زكى عبدالبر، مرجع سابق. عامر بن عيسى اللهو، مرجع سابق.

(24) راجع الهامش السابق.

(25) محمد عرفان الخطيب، محددات الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني .. التطور والتحول – دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية – القانون المصري والسوري واللبناني مثالًا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع4، س7، 2019، ص117-180. محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني .. الواقعية القانونية – دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية، القانون المصري والسوري واللبناني مثالًا، ع3، س7، 2019،

هي نظرة فيها كثير من الخشية من هذه السلطة، أو من الخروج عن محدداتها، كما أن فيها كثيرًا من الرغبة في التحكم في هذه السلطة. ولا نعتقد أن الأمر يخرج عن هذا الإطار بأي حال من الأحوال، بالنسبة إلى المنظم السعودي، ولعل ذلك، في اعتقادنا، كان من بين الدوافع التي دفعت المنظم إلى تبني نهج التقنين، على الرغم من أن نهج القانون العام – في رأينا – والسوابق القضائية المماثلة لنهج السوابق الاجتهادية أو الفقهية أو الشرعية هما الأقرب إلى روح وفلسفة الشريعة الإسلامية، وإن كان الأول في إطار مدلول وضعي، والآخر في إطار مدلول ديني؛ لكن الفلسفة والمرتكزات نعتقد أنها بينهما متقاربة إلى حدٍّ كبير.

أخيرًا، وعلى الرغم من بعض التحفظ المنطقي، نعتقد أن تأثر المنظم السعودي بالمنظومة القانونية المحيطة به، سواء خليجيًّا أو عربيًّا، والتي تتبنى منهج المدرسة اللاتينية، هو ما دفعه إلى ذلك، حتى لا يظهر المنظم السعودي كأنه يغرد خارج السرب. لا سيما أن كثيرين اعتبروا أن هذه الخطوة تعزز الأمان القانوني، وتشجع بيئة الاستثمار في المملكة؛ الأمر الذي يبحث عنه المنظم السعودي بكثرة في هذه الفترة، وهو ما دفعه إلى خيار التقنين على خيار السوابق القضائية. على الرغم من أن هذا الأمر، ووفق لما يثبته واقع الحال، فيه مغالطة كبيرة؛ ذلك أن ما يرتبط بتشجيع بيئة الاستثمار هو تطبيق القانون وليس المنهجية التي يستند إليها القانون، ضمن مفهوم مدرسة القانون العام أو مدرسة التقنين، لا سيما أن تقارير النشاط الاقتصادي للقانون إنما تبرز حلول منظومات قوانين مدرسة القانون العام التي تعتمد السوابق القضائية في مقدمة هذ الدول[26]، وبالتالي الأمر لا

ص267-311. محمد حسن قاسم، الواقعية في القانون بين وسائل الفن التشريعي ودور القاضي، المقال الأول، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بيروت العربية، 2018.

(26) وفق تقرير Doing Business المعروف بتقرير ممارسة أنشطة الأعمال، والذي أصبح يسمى وفق تقرير العام 2024، بتقرير Business Ready (B-READY) 2024، أو تقرير جاهزية الأعمال 2024. يُلاحَظ أن الدول العشر الأولى في مؤشر فعالية التشريعات الاقتصادية عادة تشمل: سنغافورة، وهونغ كونغ، والولايات المتحدة الأمريكية، ونيوزيلندا، وألمانيا، وكندا، وهولندا، والمملكة المتحدة، والسويد، وكوريا الجنوبية. ولا توجد في هذه الدول أي دولة تعتمد على نهج المدرسة اللاتينية، بل إن أغلبها من المدرسة الأنجلوسكسونية. وفرنسا في الترتيب في المرتبة الـ 32 عالميًّا. أما دول الخليج ضمن الترتيب العالمي: الإمارات في المرتبة الـ 16، تليها البحرين في المرتبة الـ 43، تليهما السعودية في المرتبة الـ 62، فسلطنة عمان 68، ثم قطر في المرتبة الـ 77، وأخيرًا الكويت في المرتبة الـ 83. ما يعكس جهود هذه الدول في تحديث قوانينها وتسهيل بيئة الأعمال. يشار إلى أن هذا التقرير هو تقرير سنوي يصدر من البنك الدولي، يقيس سهولة ممارسة الأعمال في مختلف الدول، عبر مقارنة عدة مؤشرات، مثل بدء النشاط التجاري، والحصول على التراخيص، وتسجيل الملكية، وحماية المستثمرين، ودفع الضرائب، وتسوية الإفلاس.
يهدف التقرير إلى تقييم بيئة الأعمال ومدى ملاءمتها لجذب الاستثمارات وتعزيز النمو الاقتصادي. ويركز التقرير الجديد Business Ready (B-READY) 2024 على مدى جاهزية الدول لدعم رواد

علاقة له بمفهوم تعزيز الاستثمار وتنميته؛ لذلك فإن الأمر – بالنسبة إلينا – لا يعدو عن أن يكون خيارًا مجتمعيًا وافق خيارًا سياسيًا في لحظة تاريخية مفصلية.

الفرع الثاني
الالتقاط من الخلف

مختلف الظروف السابقة جعلت عملية وضع هذه المدونة القانونية – على الرغم من أهميتها، ووجودها غير المقنن تمر بإرهاصات كثيرة ومتعددة، ما أبرز ظُلمًا تشريعيًا عليها، جعلها آخر مدونة قانونية تُوضع، مؤكدًا أنه مهما طال تجاهلها فإن إقرارها يبقى حتمية لا مفر منها، لتبدو العملية برمتها كأنها التقاط لهذا القانون، ولكن... من الخلف.

أولًا: الدستور المدني السعودي آخر ما وُضِع!

من المعلوم يقينًا أن القانون المدني، بوصفه القانون الناظم للحالة المدنية، وما يستتبعها من علاقات شخصية ومالية وأسرية، هو فعليًا من أوائل القوانين – إن لم يكن القانون

الأعمال والشركات الصغيرة والمتوسطة، ويقيم القوانين والسياسات التي تساعد على تأسيس وتطوير الأعمال بكفاءة أكبر، مع التركيز على الابتكار والتحول الرقمي. من بين المؤشرات الفاعلة في هذا التقرير مؤشر فعالية التشريعات القانونية (Economic Effectiveness of Legal Framework)، وهو مقياس يُقيِّم كيف تؤثر جودة التشريعات والقوانين على أداء الاقتصاد في دولة معينة؛ من خلال ثلاث مؤشرات فرعية هي: الإطار التنظيمي الذي يقيس وضوح وكفاءة القوانين واللوائح التي تحكم الأعمال. والخدمات العامة التي تقيس جودة الخدمات الحكومية المرتبطة بتنفيذ القانون، مثل تسجيل الشركات، وحماية المستثمرين... وأخيرًا، الكفاءة التشغيلية التي تقيس مدى سهولة تطبيق القوانين وتكلفتها على الجهات الاقتصادية. كل ذلك بهدف تحسين بيئة الأعمال، وجذب الاستثمارات، وتعزيز النمو الاقتصادي؛ عبر ضمان تشريعات فعالة وعملية. ودور القانون المدني في مؤشر فعالية التشريعات القانونية اقتصاديًا كبير وأساسي؛ لأنه يبين تنظيم المعاملات المدنية والتجارية، وقواعد العقود، والحقوق والالتزامات، وحماية الملكية؛ ما يضمن ثقة الأطراف في إجراء التعاملات التجارية والاستثمارية. ويبرز آليات حماية الحقوق الشخصية والعقارية؛ مما يقلل من النزاعات ويزيد من استقرار الأعمال. كذلك يسهم في تسريع حل النزاعات والفصل السريع والعادل للنزاعات؛ ما يعزز الثقة بالنظام القانوني، ويخفض تكاليف المنازعات. ويسهم في توفير اليقين القانوني، ذلك أن وجود نصوص واضحة ومستقرة في القانون المدني يساعد رجال الأعمال والمستثمرين في التخطيط واتخاذ القرارات بثقة؛ ما يسهم في تشجيع الاستثمار، من خلال ضمان الحقوق وتنظيم العلاقات القانونية، ويخلق القانون المدني بيئة جاذبة للاستثمارات المحلية والأجنبية؛ ما يرفع من مستوى المؤشر؛ لذلك القانون المدني هو الركيزة الأساسية لبيئة قانونية فعالة تؤثر إيجابيًا على الاقتصاد، من خلال تنظيم التعاملات، وحماية الحقوق، وتقليل المخاطر القانونية، 2019. محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني .. الممكن والمستبعد! – دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع1، س7، 2019، ص119 – 162.
https://www.worldbank.org/en/businessready. https://archive.doingbusiness.org/en/rankings.

الأول – التي يجب أن تُوضَع في أي دولة، بوصفه يمثل الدستور المدني للأفراد[27].

وإسقاطًا لهذه المعلومة، ومقارنة مع التجربة التشريعية السعودية، نجد أن هذا القانون كان آخر القوانين التي وُضعت! حيث ظلت هذه التعاملات تدار وفق منظومة الفقه الإسلامي غير المدوّن، وتحديدًا وفق ما تقرره المذاهب الفقهية، مع تغليب مذهب الإمام أحمد بن حنبل[28]. مكرسةً بذلك الاعتماد على الفقه كمصدر وحيد بعيدًا عن التقنين القانوني وفق النمط الحديث، استنادًا إلى رؤية شرعية تحفظ قدسية النص والاجتهاد، وتحذر من الجمود أو التقييد بنصوص قانونية مكتوبة قد تعجز عن الإحاطة بجميع النوازل، وذلك انطلاقًا من الاعتقاد السائد بجمود النص القانوني. في حين أن عجلة التقنين القانوني عند المنظم السعودي لم تكن مُتوقفةً بالمطلق؛ حيث وضع العديد من التشريعات القانونية المكتوبة، ولم تكن مشكلة جمود النص تشكل هاجسًا بالنسبة إليه؛ ما يجعل هذه الحجة – كما سنرى لاحقًا – غير ذات مضمون.

وهنا ما يجب التنبيه إليه؛ بأن هذه المعاملات لم تكن من دون إطار تشريعي يحكمها، لكن – كما أسلفنا – كان إطارها إطارًا شرعيًّا غير مدون، ولم يكن قانونًا مُدونًا، وهو أمر أملته طبيعة النظام القانوني في المملكة. بمعنى أنه من الناحية القانونية – وهذا ما يجب أن نفهمه ونُقر به – كان هذا التوجه من المنظم السعودي توجهًا حكيمًا يراعي طبيعة الشعب السعودي، والخصوصية الدينية التي وسمت النظرة إلى التقنين خصوصًا، والموقف من التشريعات الغربية عمومًا، المتسم بالريبة والخوف على الشريعة[29]. ذلك أنه لم يكن هناك تقبل لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية بحجة أن ذلك يناقض أحكام الشريعة؛ فقُنِّنت العديد من الأحكام التي يمكن وصفها بأنها تدخل في القانون العام، مثل قانون الحكم على المستوى الدستوري والإداري، بعيدًا عن عين الرقابة الشرعية،

(27) J. Carbonnet, «La Constitution civile et ses implications sur les droits de l'homme.» Revue française de droit constitutionnel, vol.25, no.2, (2018), pp.123-145. C. Dupont, «L'évolution des droits civils en France: Une analyse historique», Annales de droit public, vol.30, no.4, (2019), pp.67-89.

(28) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، إشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، 1972. محاولة الملك عبدالعزيز آل سعود، في مقالين صحافيين في مجلة أم القرى، نشر الأول بتاريخ 28 من صفر 1346هـ/ 26 أغسطس 1927، بعنوان مجلة الأحكام الشرعية. ونشر الثاني بتاريخ 6 من ربيع الأول 1346هـ/ 3 يوليو 1927، بعنوان: حول توقيع أبو اليسار. عبدالجواد محمد محمد، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص80-81. محمد زكى عبدالبر، مرجع سابق. عامر بن عيسى اللهو، مرجع سابق..

(29) الهامش السابق.

في حين بقيت القضايا والمعاملات المدنية والتجارية محكومة بالقواعد الشرعية، بعيدًا عن أن تكون مقننة بنصوص قانونية وضعية.

وبالتالي، ولتكون الأمور في نصابها، لم يكن لدى المنظم السعودي قط أي مشكلة في فكرة تقنين الشريعة أو أحكامها، بل هو خطا، منذ تأسيس الدولة السعودية، في هذا الاتجاه، لكن الإشكالية كانت لديه في التقنين المرتبط بالشق المدني المرتبط بالقانون الخاص، نظرًا إلى الحيثية السابق ذكرها أعلاه، والتي امتزج فيها عنصران اعتبرا أنهما متناقضان بالمطلق؛ فمن يقرأ الموقف السعودي من عملية التقنين، يلاحظ فيها – بوضوح – خلط الشرعي بالوضعي، بمعنى أنه كان هناك موقف مُناهض من التقنين استنادًا إلى الموقف الفقهي والشرعي، وليس الموقف الوضعي والمؤسساتي. ومادام نظام الحكم فيها يمزج البعد المؤسسي مع البعد الشرعي، ضمن ذلك برزت هذه الإشكالية، واعتبار أن عملية التقنين عملية شرعية وليست وضعية، كونها تتناول الشريعة لا النصوص الوضعية، وذلك موقف شديد التعقيد بالنسبة إلى المنظم السعودي.

علمًا بأن هذه الفرضية من الخشية من التقنين، أو تقنين الشريعة الإسلامية، لم تبرز بالمطلق في غير ذلك من التشريعات؛ فلا يمكن القول – بالمطلق – إن المملكة العربية السعودية تعيش في إطار غير تقنيني أو شرعي صرف مستمد من الفقه؛ فالمنظومة التشريعية في المملكة مملوءة بالنصوص القانونية ذات الطابع الوضعي، ووفق الصياغات القانونية العصرية؛ ليطفو السؤال: لماذا كان كل هذا اللغط والموقف المتحفظ من تقنين الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات المدنية بين الأفراد؟ لماذا لا نجد ذلك اللغط والتحرج من تقنين الأحكام الشرعية المتعلقة بمسائل الحكم وتنظيم وهيكلية الدولة، على سبيل المثال، ضمن ما يعرف اليوم بالقانون العام؟ أمرٌ وفقًا لرأينا المتواضع، مرده إلى المجال الفقهي الذي تركه الحكام المسلمون على مر مختلف مراحل الدولة الإسلامية منذ عهد الخلافة الأموية وحتى عصرنا هذا، للجانب المدني المتعلق بحقوق الأفراد، والذي سمحت الدولة الإسلامية بالاجتهاد والتشعب فيه.

بينما هي لم تسمح بالاختلاف الفقهي في المسائل المتعلقة بالحكم وقضايا القانون العام؛ لذلك نجد اجتهاداتنا الفقهية مملوءة بالقضايا القانونية التي تندرج ضمن القانون الخاص، بينما هي جِدُّ قليلة، إن لم نقل نادرة، في المسائل الفقهية المتعلقة بالقانون العام ونظام الحكم. وبالتالي الاجتهاد الفقهي والخلاف الفقهي الغني الفقهي هو مقصور على قضايا العباد في المعاملات المدنية والتجارية، ولا تطال المسائل المتعلقة بالعباد ضمن النظام العام ونظام الحكم؛ إذ لا نسمع اختلافًا فقهيًا في قضايا الحكم؛ فهذه القضايا – في العهود الإسلامية على اختلافها – حسمت بالسيف لا بالقلم، وبأمر الحاكم لا اختلاف الفقهاء.

والغريب أن اليوم، وبعد أن اكتملت المنظومة القانونية بشكل عام، وتم إقرار منظومة القانون المدني في هذه المنظومة، وفق خصوصية الإقرار الرسمي لهذا القانون المستند إلى حالة تشريعية مبنية على رؤية عكسية تكاد تكون فريدة من نوعها، لم تخلُ هذه الفرضية من بعض المنعكسات السلبية؛ حيث أتى هذا النظام منقوصًا من الناحية الفعلية كقانون، بمعنى أن كثيرًا من النصوص القانونية التي يجب أن تتوافر في القانون المدني بشكل عام غير متوافرة فيه، لا لكونها لم تُنظّم من المنظم السعودي، بل لأنها نُظِّمت سابقًا من قبل قوانين خاصة؛ لذلك ليس غريبًا أن يكون النظام الحالي مكونًا من 721 مادة فقط، في حين أن عدد مواد هذا القانون في القوانين المناظرة يتجاوز ذلك بكثير، إن لم نقل بالضعف أو يزيد[30].

لذلك، كان حريًّا بالمنظم السعودي أن يستغل هذه الفرصة التاريخية، لكي يجمع مختلف نصوص القانون في نظام واحد، يضمن وحدة النص القانوني، ووحدة مرجعية هذا النص، لا سيما أن الغاية من وضع هذا النظام كانت تصب في إطار تبسيط وتوضيح النصوص القانونية، بما يضمن الأمان القانوني والشفافية القضائية، ويعزز البيئة الاستثمارية للمملكة وفقًا لرؤية السعودية 2030[31]؛ إذ نجده قد استبعد من هذا لنظام ما هو من صلب قواعده، كما هي الحال في الحقوق العينية التبعية؛ فبعد أن عرف الحق ببعديه الشخصي والعيني في النظام، وبين طبيعة الحق العيني ببعديه الأصلي والتبعي، مُفصِّلًا بوضوح بين أنواع هذه الحقوق، بما فيها الحقوق العينية التبعية[32]، أبقى هذه الأخيرة خارج نصوص النظام، في حين أن الأوْلَى والأجدر أن يستمر في المنطق القانوني ذات، واضعًا هذه النصوص ضمن النظام ذاته. كذلك، جمع النظام – في بعض الحالات – بين المتناقضين؛ فقد ضَمَّنَ – على سبيل المثال – أحكام الشركات بالرغم من وجود قوانين خاصة بها، واستبعد قانون العمل والنص عليه بحجة وجود قوانين خاصة به[33]. جميعها أمورٌ نعتقد أنه كان حريًّا بالمنظم السعودي التنبه لها.

(30) القانون المدني الإماراتي (قانون المعاملات المدنية)، السنة: 1985، عدد المواد: 1511 مادة. القانون المدني القطري، السنة: 2004، عدد المواد: 1156 مادة. القانون المدني الكويتي، السنة: 1980، عدد المواد: 1151 مادة. القانون المدني البحريني (قانون المعاملات المدنية)، السنة: 2001، عدد المواد: 1084 مادة. القانون المدني العُماني (قانون المعاملات المدنية)، السنة: 2013، عدد المواد: 1108 مادة. القانون المدني المصري، السنة: 1949، عدد المواد: 1149 مادة. القانون المدني السوري، السنة: 1949، عدد المواد: 1132 مادة. قانون الموجبات والعقود اللبناني، السنة: 1932، عدد المواد: 1130 مادة.

(31) راجع في ذلك محددات هذه الرؤية، وثيقة رؤية السعودية 2030، موقع رؤية السعودية 2030، متوافر على الإنترنت.

(32) المواد (25) و(26) و(27)، نظام المعاملات المدنية السعودي.

(33) راجع في ذلك نصوص نظام المعاملات المدنية السعودي، متوافر على الإنترنت.

ثانيًا: الدستور المدني السعودي أكثر من ظُلم!

إن جاز لنا التعبير، إشكالية التقنين لدى المنظم السعودي، لا سيما في القضايا المدنية كانت تخفي، بالنسبة إليه، إشكالية أشد وأعمق! إشكاليةٌ يمكن وصفها، بإشكالية العدالة القائمة على ضرورة التوفيق بين مفهومين متلازمين هما عدالة القضاء ووحدة القضاء في الفضاء الجغرافي القضائي الواحد؛ فاليوم أصبحت وحدة القضاء أحد أهم معايير عدالة القضاء، ضمن ما بات يعرف اليوم بشفافية القضاء. هذه الشفافية التي ينبغي من خلالها إمكان حصول الخصوم على رؤية استشرافية لطبيعة الحكم الذي يمكن صدوره في دعواهم، في حال تم عرض الأمر على القاضي؛ ليتسع هذا الحيز الجغرافي القضائي من حيز مكاني ضيق بمدينة أو ولاية، إلى حيز مكاني يمكن أن يكون نطاقه العالم أجمع.

ولنبسِّط الأمور أكثر، نقول إنه إن كنا سابقًا أمام وحدة النص العام المتمثل في القواعد الشرعية الكلية والمسلمات التي بُنيت عليها هذه الشريعة؛ فلم نكن بالضرورة أمام وحدة النص الخاص المتمثل في الأحكام التفصيلية لهذه الشريعة والرؤية الاجتهادية للقاضي في معرض تطبيق هذه الأحكام، ومعرفة أيٍّ من التوجهات الفقهية سيأخذ، أو المدارس الشرعية سيتبنى! بمعنى أننا كنا أمام وحدة النص العام المؤطِّر للحكم، ولم نكن قط أمام وحدة النص القاضي للحكم؛ فالمشكلة كانت ما بين النص العام الحاكم للقضية المعروضة على القضاء، والنص الخاص التفصيلي الذي يمكن أن يكون منطوق الحكم الذي يقضي به. فإن كان النص العام ليس في يد القاضي فإن النص الخاص كان بحكم القاضي الذي كان في إمكانه أن يتخذه وفقًا لاجتهاده، والذي من الممكن ألا يعلم الخصوم بطبيعته مستقبلًا، أو يكون لهم الحق في معرفة كيفية الوصول إليه؛ علمًا بأن للقاضي في منطوق هذا الحكم مُطلق الحرية ولا معقب عليه فيه، بما أنه ليس ثمة شبهة في عمل القاضي.

هذا الأمر، لم يعد اليوم كسابق عهده؛ حيث أصبح القضاء اليوم متعريًا من جوانب ثلاثة: ما بين عدالة القضاء، لوحدة القضاء، لتمَكُّن القضاء. واقعٌ قضائي أصبح مع عصر الذكاء الاصطناعي أكثر انكشافًا من أي وقت مضى. ذلك أن ما يجب التنبه إليه هو أن القاضي في قضائه دومًا يُمثل العدل ضمن محيطه، وبالتالي حينما نتحدث عن قضاء معين في حيز جغرافي ما، فنحن – في جميع الأحوال – إنما نتحدث عن مكانة وولاية القاضي الجغرافية التي سيقضي فيها وفقًا لعلمه وفقهه، ولا نعتقد أن فرضية أن يعدل القاضي عن حكمه في القضاء ذاته أمر وارد أو متكرر، وإنما هو أمر قلما حصل، إن لم نقل إنه قد لا يحصل.

وبالتالي، في عصر الدولة الإسلامية على اختلاف مشاربها، كانت وحدة القضاء وعدالته متحققتين ضمن هذا الحيز الجغرافي القضائي المعروف بولاية القاضي، بشكل لا يدخل ضمن عدالة القضاء أو وحدته، عند مقارنة الحكم القضائي الوارد في البصرة بذلك الوارد في دمشق على سبيل المثال؛ ما يجعل مسألة عدالة القضاء ليست موضع نقاش، في الوقت ذاته الذي لم تكن فكرة عدالة القضاء مرتبطة بفكرة وحدة القضاء ضمن الحيز الجغرافي القضائي الموسع.

إن القضاء العادل، ضمن ولاية القاضي في البصرة، هو القضاء الموحد ضمن هذه الولاية لا ضمن عموم القضاء، لا لكونه يمثل العدل فقط، ولكن لكونه ليس محل مقارنة مع غيره من الولايات؛ لانعدام الإمكانات المرتبطة بعدم توافر الوسائل التقنية والفنية المساعدة على ذلك. وعليه، كان القاضي – في فضائه الجغرافي – يمثل وحدة القضاء وعدالته، وحتى شفافية القضاء في حكمه العام والتفصيلي. وبالتالي لم يكن هناك فصل بين مفهوم عدالة القضاء ووحدة القضاء، كون القاضي، ضمن حيزه الجغرافي، واحدًا، وكان قاضي القضاة – بشكل أو بآخر – يمثل وحدة القضاء فيما يصل إليه.

كذلك، وما يزيد الأمر انكشافًا في هذه الإشكالية المرتبطة بعدالة القضاء ووحدته، هو معطى آخر يتمثل في المحامي الذي يمثل الخصوم؛ ذلك أن هذا الأخير، وإن لم يكن – بشكل أو بآخر – المنافس للقاضي في ولايته ومهامه، إلا أنه من أهل الصنعة، المبيِّن لعيوب ونواقص حكم هذا القاضي، بما فيها المرتبطة بالجانب المتصل بعدم وحدة القضاء التي ستعبر فيما بعد، عن عدم عدالته؛ فالخصوم – فيما مضى – كانوا يقفون أمام القاضي بأنفسهم، ويتحاجون بما لديهم من حجج، وبالتالي كانوا لا علم لهم إلا بموضوع دعواهم والتفاصيل المتعلقة بها، وبالتالي لم تكن فكرة تعميم القضاء، أيضًا، مطروحة ليتم البحث في عدالة القضاء ووحدة القضاء، من خلال البحث في وحدة الأحكام. وهذه قضية قانونية وقضائية أخرى. علمًا بأن هذه الأطروحات – في حيزها المحدود ضمن قدرات الجهد الإنساني – أضحت اليوم غير ذات ذكر كبير، إذا ما قورنت بمفهوم العدالة القضائية والأطروحات المرتبطة به، والتي يمكن أن يوضحها أو يعطينا مؤشراتها العامة القضاء الرقمي المستند إلى آليات الذكاء الاصطناعي.

لذلك، وهذا حق، لم تعد عدالة القضاء تقتصر – بالضرورة – اليوم على هذا الحيز الجغرافي الضيق للقاضي، كما أنها لم تعد ذات صلة بمفهوم ولاية القاضي الشخصية، أو حتى معرفته القضائية الصرف؛ بحيث إن عدالة القضاء، تجاوزت الحيز الجغرافي لولاية القاضي من جهة، وتجاوزت الولاية الشخصية للقاضي ذاته، وعلمه الخاص، ما

جعل ضرورة توحيد النص العام والخاص في حكم القاضي ضرورة قصوى لتحقيق هذه العدالة المُفضية إلى هذه الوحدة، والضامنة – بدورها – للشفافية القضائية.

هنا أصبح تدخل المنظم السعودي لتقنين نصوص التشريع، وإلزام القاضي بالحكم وفق منطوق النص العام والنص الخاص معًا، ليس اعتداءً على القاضي أو القضاء، وإنما حماية للقاضي والقضاء؛ لنكتشف اليوم طبيعة الظلم الذي كان واقعًا من المنظم على التقنين بحجة حماية القضاء، وبأن هذا الواقع لم يعد قابلًا للاستمرار اليوم، وبأن حماية القضاء اليوم تقتضي رفع هذا الظلم عن التقنين، لكون هذا الأخير هو الضامن الفعلي لعدالة القضاء ووحدته، وأن عنوان شفافية القضاء، إنما يتمثل – بالضرورة – في وضوح النص القانوني الذي سيحكم من خلاله القاضي. وبأن تدخل المنظم السعودي في هذا المجال ليس ترفًا تشريعيًّا، وإنما ضرورة قصوى للمحافظة على نضارة الصورة لأهم سلطة ضامنة لنزاهة المعاملات القانونية في المنظومة القانونية السعودية؛ بما يعزز الأمان القانوني، ويشجع بيئة الاستثمار في المملكة؛ الأمر الذي يشكل الهاجس الأكبر للمنظم السعودي في هذه الفترة، وليكون رفع الظلم عن التقنين المدني هو طوق النجاة لكل ما سبق. وليخرج للعلن – بعد طول انتظار – قانونٌ متكامل ينظم المعاملات المدنية في المملكة بشفافية ووضوح، هو: «نظام المعاملات المدنية السعودي».

المطلب الثاني

الخصوصية .. انعكاس الهوية على المنهجية

العملية السابقة لتبني هذا النظام في المنظومة القانونية السعودية، والظروف المصاحبة لذلك، تدفع إلى السطح تساؤلات عديدة محقة عن الطبيعة التشريعية لهذا النظام، والخصوصية التي يمكن وسمه بها؛ ذلك فإن التحليل الموضوعي لهذا النظام يطرح تساؤلات عدة عن الجانب التأصيلي لهذا النظام من جهة، والبناء الشكلي المتعلق به من جهة أخرى[34].

(34) من المعلوم أنه من الأدبيات البحثية التطرق إلى البعد الشكلي قبل البعد التأصيلي، بمعني البحث في الإطار الشكلي من حيث المسمي والمصطلح قبل البحث في البعد التأصيلي المرتبط بالهوية والتوصيف، وهو أمر صحيح وينطبق في عمومه، لكننا في الحالة السعودية أمام حالة استثنائية في وضع التشريع، كما سبق وبينا، ذلك أن البعد التأصيلي المرتبط بتحديد هوية هذا النظام هو من يجدد الإطار الشكلي المرتبط بالمسمى والمنهج لهذا النظام، وهو أمر – وإن كان خارجًا عن المألوف – إلا أن طبيعة البحث تقتضيه.

الفرع الأول
الجانب التأصيلي

بمجرد أن وضع النظام، حتى كان السؤال الذي تبادر إلى ذهن العديد من متلقفي هذا النظام إنما يدور حول الماهية التشريعية لهذا النظام، والهوية التوصيفية التي يمكن منحها إياه بين الشرعي والوضعي؟ سؤالٌ بقدر ما يمكن الإجابة عنه في التحليل التأصيلي لروحية هذا النظام، بقدر ما يمكن أن تَكشف عنه، كذلك، طَبيعة الصياغة التشريعية التي استُخدمت في هذا النظام، والأسلوب الذي اعتُمد في ذلك.

أولًا: الهوية «التَوصيفية» .. بين الوضعي والشرعي

الهوية التوصيفية لهذا النظام تطرح سلسلة من الأسئلة التوليدية المرتبطة ببعده التأصيلي وآثار هذا التوصيف، لعل من أهمها: هل تم في هذه الخطوة التنظيمية تقنين الشريعة الإسلامية، أم تم وُضع تشريع قانوني منفصل عن الشريعة الإسلامية برغم بقاء هذه الأخيرة من بين مصادره؟! وهل هذه العملية التنظيمية هنا لا تخرج في مضمونها وجوهرها عن حدود العملية التقنينية التي جرت في مختلف الدول العربية التي وضعت قانونها المدني على اختلاف مسمياته؟! وأخيرًا هل مصدر الإلهام والتأثير لهذا النظام على التشريعات العربية الخليجية والعربية سيكون وضعيًّا، أم دينيًّا فقط، أم كِليهما؟!

مما لا شك فيه أن الإجابة العامة – لا التفصيلية – على مختلف ما سبق هي أن هذا النظام، بالضرورة، هو خطوة تشريعية وضعية بامتياز لتقنين أحكام المعاملات المدنية في المملكة العربية السعودية، وبالتالي نقلها من النص إلى التقنين، من دون إغفال الخصوصية الدينية لها. وبالتالي إن كان السؤال هل هذا النظام هو قانون إسلامي أو وضعي؟ فالإجابة في رأينا المتواضع هي بالضرورة: لا؛ فالنظام لا يرتبط بالثقافة الإسلامية أو الأدبيات الإسلامية في الصياغة والكتابة، بل هو نظام وضعي بالدلالة والمفهوم. كذلك، إن كان السؤال: هل هو نظام مستمد من الشريعة الإسلامية بشكل خالص، كذلك لا نعتقد ذلك، وإن كان يمكن القول إن الشريعة الإسلامية تمثل أحد مصادر هذا النظام بل أهمها وأعظمها. وهنا، والحق يقال إن الخصوصية الإسلامية ضمن هذا النظام هي أكثر من غيره من القوانين العربية مجتمعة، سواء في المضمون أو التفاصيل، بشكل لا يمكن لأي منصف أن ينكر أو يتجاهل المسحة الدينية ضمن هذا النظام، والتي يمكن التدليل عليها في أكثر من مثال، كما سنرى لاحقًا.

لذلك، إن أردنا اختصار التساؤلات السابقة بسؤالين، فسيكون أحدهما هو: هل نظام المعاملات المدنية السعودي – بوضعه الحالي – يمثل في الإطار الوضعي خطوة قانونية تشريعية واعدة للتشريعات العربية؟ هنا يمكن الإجابة بنعم. وهل يمثل الموقف الواعد ذاته في المنظور الديني؟ كذلك يمكن الإجابة هنا بالتأكيد بنعم.

فالتشريع المدني السعودي وضعيًّا، صيغ بنهج عصري وبعبارات قانونية رصينة وعصرية، كما بحث واستفاد من أغلب التعديلات القانونية الحديثة، ونقح كثيرًا من النصوص القانونية. ولو أجرينا مقارنة شكلية في الصياغة القانونية لهذا النظام لوجدنا أن النظام يشابه – في العديد من نقاطه وتوجهاته – القوانين المدنية العصرية، سواء الخليجية أو العربية[35]، وحتى الغربية، وفي مقدمها القانون المدني الفرنسي، وتحديدًا في ضوء التعديل الأخير الذي جرى على هذا القانون، ضمن نظرية العقود للعام 2016[36]. ومشروع نظرية المسؤولية المدنية للعام 2017[37]، وبالتالي نحن أمام منظومة قانونية عصرية. من دون أن يعني ذلك، بالمطلق، أن هذا النظام قد أخذ المنهجية التفصيلية ذاتها لغيره من القوانين. بل على العكس وضع المنظم السعودي لنفسه منهجية شكلية خاصة ضمن هذا المجال، وذلك نظرًا إلى طبيعة العملية التشريعية لديه.

في المقابل، وفي الوقت ذاته الذي ألزم القضاء بنصوصه، مقدمًا في ذلك العديد من التوضيحات التفسيرية للقاضي، كما في نظرية العقد على سبيل المثال[38]، فقد احتفظ

(35) قانون المعاملات المدنية البحريني، السنة: 2001. قانون المعاملات المدنية العماني، السنة: 2013. قانون المعاملات المدنية الإماراتي، السنة: 1985. القانون المدني القطري، السنة: 2004. القانون المدني الكويتي، السنة: 1980. القانون المدني المصري، السنة: 1949. القانون المدني السوري، السنة: 1949. قانون الموجبات والعقود اللبناني، السنة: 1932. يمكن أن يضاف إلى هذه القوانين القانون المدني العربي الموحَّد المعتمد بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 228/د12– تاريخ 19 نوفمبر 1996، والذي قُدِّم بوصفه تقنينًا مدنيًّا نموذجيًّا يعتمد مدخلًا من القواعد الكلية/ الفقهية، ثم ينتظم في البناء المدني التقليدي (الالتزامات والعقود والمسؤولية والحقوق العينية)، مع التأكيد على طبيعته القانونية غير الملزمة، بوصفه قانونًا استرشاديًّا، لا كنص واجب التطبيق مباشرة.

(36) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO. 11 févr. 2016. «Ord, n° 2016-131, 10 févr. 2016», ratifiée par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. JO n° 0093 du 21 avril 2018. Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois 26 avril 2018, n° 136c4, p.5. Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016: projet de loi adopté au Sénat, Gazette du Palais (GDP), 28 nov.2017, n°307v1, p.50. Rédaction Lextenso.

(37) A-S. Choné-Grimaldi, Le projet de réforme de la responsabilité civile: observations article par article, Gazette du Palais (GDP), 2017, n°23, p.16. S. Carval, Le projet de réforme de la responsabilité civile, JCP G, 2017, p.401.

(38) القسم الأول، الحقوق الشخصية، الباب الأول، مصادر الالتزام، الفصل الأول، العقد. المواد من (30) إلى (114)، نظام المعاملات المدنية السعودي.

للقضاء بهامش واسع للتفسير، ولذلك نجد أنه جمع بين التوضيح والاختصار، وهو أمر يُحمد له.

أما دينيًّا، وعلى الرغم من أنه كان المأمول أن يَبرزَ الجانب الديني في هذا النظام بشكل أكبر؛ كون المملكة العربية السعودية هي أرض الحرمين الشريفين، وأيقونة الديانة الإسلامية، وحاملة لواء الشريعة الإسلامية. إلا أنه على الرغم من ذلك، تبقى الخصوصية الإسلامية ضمن هذا النظام هي الأكثر بين غيره من القوانين العربية، سواء في المضمون أو في التفاصيل، لكونه الأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية، والأصدق في تطعيم الوضعي بالديني، وإدراج المصطلحات الدينية في النظام، سواء في صلب مواد النظام ما أمكن ذلك، أو في الأحكام الختامية للنظام التي هي بالضرورة قواعد فقهية أصولية تُبرز الجانب الديني والشرعي للنظام[39]. علمًا بأن هذه القواعد لها خاصيتان مهمتان؛ فهي جزء من هذا النظام؛ كونها وردت في صلب أحكام هذا النظام، وهي في الوقت ذاته المصدر الاحتياطي لهذا النظام، وبالتالي هي مصدر احتياطي للنظام ضمن نصوص النظام ذاته، وهنا الجديد.

فإن كان النظام ابتدأ بمادة قانونية بَيَّنَت مصادره، وانتهى أيضًا بمادة أخرى تحدد هذه المصادر. إلا أن ما يمكن قوله هو إننا أمام قراءة قانونية مختلفة لهذه المصادر؛ ففي المادة الأولى تبنى المنظم السعودي المنهج التقليدي العربي في تحديد هذه المصادر، وهي النصوص القانونية، باعتبارها هي الواجبة التطبيق، وهذه النصوص ذات دلالة وصياغة قانونية وضعية. بينما القسم الثاني من هذه النصوص ذو دلالة دينية، من حيث تطبيق هذه القواعد الكلية، وإن لم تُوجَد قاعدة طبقت الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام[40]. ما يبرز بوضوح الرغبة في إضفاء الصبغة الدينية العصرية على هذا النظام. وهنا يمكن تسجيل ملاحظتين رئيسيتين، تمايز فيهما المنظم المدني السعودي عن غيره من التشريعات العربية، الأولى ترتبط بطبيعة الإحالة على هذه القواعد الفقهية، والثانية تتصل بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

(39) اختُتم النظام بجملة من الأحكام الختامية التي حملت عنوان «القواعد الكلية»، وجاءت في إحدى وأربعين قاعدة شرعية فقهية، بيّنت المادة (720) من النظام كيفية إعمالها بالنص، على أن تلك القواعد تُطبَّق بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النصوص النظامية، مع مراعاة طبيعتها والاستثناءات الخاصة بكل منها.

(40) حيث نصت المادة الأولى من النظام على القول: «تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طُبقت القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية»، بما يؤكد أن هذه القواعد تعد مصدرًا احتياطيًّا للقاعدة القانونية، يأتي في المرتبة التالية للنص التشريعي، بحيث لا يُصار إلى إعمالها إلا إذا لم يوجد نص صريح يمكن تطبيقه على النزاع المعروض.

ذلك أن البعض قد يرى – وهو محق – أن التوصيف القانوني لهذه القواعد، كونها أحكامًا ختامية. وتمركزها القانوني في المادة قبل الأخيرة من النظام، إنما يمثل إضعافًا لها ولدورها القانوني في صياغة هذا النظام، ومن خلفها لدور الشريعة الإسلامية وحضورها ضمن هذا النظام. وما سيزيد الطين بِلةً، أنها اعتُبرت من آخر المصادر القانونية التي يمكن الرجوع إليها!

إلا أنه، وبالنسبة إلينا، وبعيدًا عن الطعن في مختلف هذه الملاحظات التي لا ننكر أن فيها جانبًا من المصداقية، لا سيما إذا ما علمنا أن مصادر هذا النظام هيكليًّا تنقسم إلى ثلاثة: النص، والقواعد الكلية، ومن ثم الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية. وتأصيليًّا إلى مصدرين رئيسيين: الأول وهو الأصل، وضعي قائم على النص. والثاني وهو الفرع، ديني قائمٌ بدوره على فرعين ثانويين هما: القواعد الكلية والأحكام المستمدة من الشريعة. إلا أننا نرى – وهذا مجرد تصور فقهي – أن هذه الأحكام – بوصفها قواعد فقهية، وببروزها في نهاية النظام – إنما تمثل في جوهرها وعمقها القاعدة التي بني عليها النظام، ونعني بها روح الشريعة.

فهذه القواعد الفقهية، بشكل أو بآخر، لا تُعبر عن أحكام الشريعة التفصيلية بقدر ما تُعبر عن روح الشريعة وجوهرها والمبادئ العامة والإطارية التي بُنيت عليها، ولذلك سميت بالنسبة إلى البعض بالقواعد الكلية أو المبادئ العامة للشريعة الإسلامية[41]. وبالتالي، وهنا بيت القصيد، هذه الأحكام إنما تمثل مرتكزات الشريعة الإسلامية التي بُني عليها هذا النظام روحًا وفلسفةً، وليس أحكامًا فقط، فكأننا لو أردنا أن نجري إسقاطًا أكاديميًّا على النظام كمؤلف هي بمنزلة المراجع التي بني عليها أكثر منها مصادره، وهنا أهمية هذه المبادئ[42].

وهنا نؤكد أنه، إن كانت التشريعات العربية، لا سيما الخليجية، قد استندت لمثل هذه

(41) أحمد السعيد شرف الدين، تساؤلات في القانون المدني الكويتي الجديد حول تناسقه الداخلي وتوافقه الخارجي، مجلة الحقوق، مج7، ع1، 1983، ص11-104. عبدالحميد متولي، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرًا رئيسيًّا للتشريع، مرجع سابق، 61-82. عوض محمد عوض، مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع، مرجع سابق، 1973، ص11. على أحمد شكورفو، اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع بين صياغة النص وآثار التطبيق، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، عدد خاص، 2021، ص52-67. علي حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص40.

(42) من أمثلة هذه القواعد: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، واليقين لا يزول بالشك، والأصل براءة الذمة، والضرر الأشد يُدفع بالضرر الأخف، والضرورات تُقدَّر بقدرها، ولا مجال للاجتهاد في مورد النص، وغيرها من القواعد.

القواعد الفقهية، إلا أن أيًّا منها لم تكن له المبادرة أو الدافعية، إن لم نقل الجرأة، ليدرج هذه القواعد في صلب النظام إلا بعض القوانين كالمشرع المدني الأردني والعراقي اللذين أدرجا هذه القواعد في أقسام متفرقة ضمن نصوص القانون، لتصبح هذه القواعد بمنزلة قواعد خاصة حاكمة لهذا الفصل أو ذاك، أكثر منها قواعد عامة حاكمة للقانون ككل، وهنا نقطة التمايز التي احتفظ بها المنظم السعودي لنفسه في هذا النظام، وهو ما يُسجَل له[43].

في المقابل، إن كان البعض يرى أن هذه الخطوة المتخذة من المنظم السعودي، هي خطوة سلبية بإدراج هذه القواعد في نهاية النظام بدلًا من بدايته، كما التشريعات الدينية السابقة، لا سيما مجلة الأحكام العدلية التي وضعت هذه القواعد في مقدمة القانون، فهنا نقول – وليس دفاعًا عن موقف المنظم السعودي – إن مجلة الأحكام العدلية هي مجلة دينية بامتياز وليست وضعية[44]، بينما نحن في التجربة السعودية في الحالة المعاكسة، وهذا توصيف للواقع وليس نَقدًا لما كان. وعليه، إن الموقف الذي تبناه المنظم السعودي في نظام المعاملات ليس فيه انتقاص من الإسلام أو الشريعة الإسلامية، بقدر ما هو إعادة توضيح لتمركز هذه الشريعة في روحية القانون الجديد، وأعتقد أن المنظم السعودي فعل أكثر ما يمكن أن يفعله في ذلك، على الأقل في الوقت الحاضر، وهو ما يبرز في النقطة الثانية المتصلة بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في حال سكوت النص.

هنا، يجب كذلك أن نسجل للمنظم السعودي نقطة تمايز أخرى ميزت بينه وبين العديد من التشريعات العربية الأخرى، مثل المصري والسوري، والتي استندت إلى مبادئ الشريعة لا أحكامها، ذلك أن رجوع المنظم السعودي إلى أحكام الشريعة لا مبادئها برغم أهميتها، فيه إبراز أكبر لدور الشريعة الإسلامية في أحكام هذا القانون، وهويته الإسلامية لا الوضعية. كما أن فيه اعتمادًا أكبر على مدلولات الشريعة الإسلامية وأحكامها التفصيلية، وتقريب أكثر للوضعي إلى الشرعي. في حين أن الركون إلى مبادئ الشريعة يبقينا في القواعد العامة، ويجعل التقريب هو للشرعي في مقابل الوضعي. بمعنى أن موقف الشرعي يكون أقوى في الرجوع إلى الأحكام من المبادئ، والعكس صحيح. كما أن هذا الموقف من المنظم إنما يمثل انفتاحًا أوسع على مختلف المذاهب

(43) القانون المدني الأردني، قانون رقم 43 لعام 1976، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م. علمًا بأن مجلة الأحكام العدلية لاتزال هي المطبقة حتى تاريخه في دولة فلسطين، وتحديدًا قطاع غزة.

(44) مقدمة مجلة الأحكام العدلية، أعدتها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في عهد الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانة تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، 1876. محمد الحسن البغا، مرجع سابق.

الفقهية، بعد أن كان محصورًا في مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

وحسنًا فعل المنظم السعودي، حينما تنبه إلى حقيقة أن الرجوع إلى الأحكام دون المبادئ، قد ينطوي على مخاطر عديدة بالنسبة إلى تضارب الأحكام في القضاء، نظرًا إلى تعدد الأحكام الشرعية وتنوعها في كل مسألة فقهية بين مختلف المذاهب الفقهية؛ لذلك نعتقد أن المنظم السعودي كان موفقًا حينما قيد هذا الرجوع بالامتثال لأحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة للنظام. وهو موقف سديد، ولكنه يبقى منقوصًا؛ إذ كنا نأمل لو أن هذا النظام أرفق مع صدوره مذكرة تفسيرية توضح ما سكت المنظم السعودي عن توضيحه، أو أن تُنشر قائمة بالأعمال التحضيرية لهذا النظام، كما هي الحال في بقية القوانين المدنية، تساعد القاضي والمشتغلين في الحقل القانوني والقضائي على فهم المقصود من هذه الإحالة وغيرها من الإحالات التشريعية الواردة في النظام.

أخيرًا، وبالتحليل القانوني الوضعي المقارن مع المنظومات التشريعية العربية، يثار السؤال عن دور مصادر القانون الوضعية الأخرى، والتي اعترفت بها هذه المنظومات، وتجاهلها المنظم السعودي، ونعني بذلك: العرف، أولًا. ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ثانيًا، ذلك أن من الواضح أن المنظم السعودي لم يشر إلى أيٍّ من هذين المصدرين بالنص، فهل يعني ذلك أن أيًّا منهما ليس من مصادر هذا النظام احترامًا لطابعه الديني؟! وهل تبني أي منهما يفقد التشريع المدني السعودي بعده الديني لحساب الوضعي؟! في الحقيقة نعتقد أن الإجابة تحتاج إلى بعض التفصيل.

وفيما يتعلق بالعرف، يمكن القول إن تجاهل العرف هو تجاهل للنص لا للتأصيل، بمعنى أن العرف هو مصدر من مصادر هذه النظم المقبولة، ولكن غير المعلنة بالنص الخاص بتحديد هذه المصادر؛ بحيث يمكن أن نجد تأصيلها ضمن المضمون الفعلي للنظام، لا سيما حينما نراجع القواعد الفقهية للنظام، والتي وضعت قاعدتين فقهيتين رئيسيتين هما الرابعة والخامسة، لتبيان أهمية العرف. ومن حيث النص فإن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، وإن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا[45]. ما يؤكد أن للعرف دورًا مصدريًّا بارزًا في النظام، وهو ما يجعل من الممكن القول إن العرف، باعتباره من ضمن القواعد الفقهية، قد يأتي قبل أحكام الشريعة الإسلامية في التطبيق، باعتباره جزءًا من المصدر الثاني المتعلق بالقواعد الكلية.

ذلك أنه وفق المادة الأولى من مصادر هذا النظام، في حال سكوت النص، وهو

(45) حمد بن عبدالله بن عبدالرحمن الحماد، العرف وأثره في الأنظمة .. نظام المعاملات المدنية السعودي أنموذجًا، مجلة القلم، ع43، 2024، 373-395. محمد حسن قاسم، إطلالة مقارنة على مواد مختارة من نظام (قانون) المعاملات المدنية السعودي الجديد، مرجع سابق.

المصدر الأول، وقبل الرجوع إلى أحكام الشريعة، وهي المصدر الثالث، نجد أنه يجب الرجوع إلى القواعد الكلية، وهي المصدر الثاني، كما نجد أن العرف من بين هذه القواعد. وهنا إن كان لنا تعليق في هذا المجال، وعلى الرغم من أن التحليل المنطقي لهذه التراتبية الثلاثية له أصل في نظام المعاملات المدنية السعودي، ويوجبه تطبيق النص، فإن القول بتقديم العرف على الشريعة الإسلامية فيه تعظيم مبالغ فيه لمكانة العرف بين مصادر هذا النظام.

ونعتقد أنه كان حريًّا بالمنظم السعودي توضيح هذه النقطة التفصيلية المرتبطة بالمكانة المصدرية للعرف بين أحكام الشريعة الإسلامية بشكل أكثر وضوحًا ومباشرةً، من دون أن نعني أنه لا مكانة له، أو أنه ليس من مصادر هذا النظام بالمطلق، فاعتماد المنظم السعودي على الإحالة على العرف في (33) من مواد هذا التشريع، وفي حوالي 34 مكان من قواعده، لهو دليل كافٍ على مكانة وأهمية العرف ضمن هذا القانون الذي – كما قلنا – لم يتجاوز عدد مواده القانونية 721 مادة، ما يجعل نسبة الإحالة على العرف، ضمن نصوصه، تعادل حوالي 5 في المائة (4.71%)، وهي نسبة مرتفعة ومحل اعتبار.

والحقيقة أن عملية تعزيز هذه المكانة، أو تحجيمها، إنما تعود بالضرورة إلى القضاء، وإلى حجم التنبه لأهمية هذا المصدر، وهنا لا محالة ستلعب المحكمة القضائية العليا دورًا بارزًا في توجيه وتوحيد القضاء نحو أهمية هذه المصدر. وإن كنا نرى أن أولوية احترام إرادة المنظم السعودي تبقى واجبة الاحترام.

في المقابل، وفيما يتعلق، بالمصدر المتعلق بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فلا يحتاج موقف المنظم السعودي إلى كثير تفسير لتبرير رفضه هذه المبادئ باعتبارها التعبير الصارخ عن مفهوم القانون ببعديه المادي والوضعي الصرف، وهو ما يتعارض مع المفهوم الديني أو الروحية الدينية للقانون السعودي ومرتكزاته؛ لذلك ليس غريبًا تحفظ المنظم السعودي، كما أغلب القوانين المدنية الخليجية، على هدا المصدر، واستبعاده من بين مصادره[46].

أما فيما يتعلق بقواعد العدالة، فهي – بالمفهوم التأصيلي – تتناول جهد القاضي في استنباط الحكم القضائي، في حال سكوت النص، وعدم توافر الحل المستمد من بقية المصادر الأخرى للتشريع، في ضوء الواجب الأعلى للقاضي بالفصل في الدعوى

(46) قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985. قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29 لسنة 2013. القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980. القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004. باستثناء القانون المدني البحريني الذي أخذ بهذه المبادئ، المادة الأولى.

المرفوعة أمامه احترامًا لمبدأ عدم إنكار العدالة[47]؛ لذلك فإن هذا المصدر يدخل – في اعتقادنا – في صلب عمل القاضي، وهو الاجتهاد القضائي الذي يغطي المسائل التي لم تُعالَج شرعًا، ولم يؤصل لها الفقه الإسلامي، وهي من مستحدثات العصر؛ ليلزم القاضي بالبحث عن الحلول المناسبة لها في الأدلة الشرعية الفقهية والدينية، واستنباط الحل الملائم والأمثَل لها[48].

علمًا بأن المنظم السعودي قد أحال، للأخذ بهذا المفهوم، بالنص الصريح في المادة (96) المتعلقة بالشروط التعسفية في عقود الإذعان، مقرًّا بدور المحكمة في ذلك، ومؤكدًا أنه: «إذا تمَّ العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطًا تعسفيةً؛ فللمحكمة أن تعدلها أو تعفي الطرف المُذْعِن منها وفقًا لما تقتضيه العدالة». وإذا ما علمنا أن المنظم السعودي قد أحال على المحكمة صلاحية تطبيق نصوص هذا النظام في حوالي (70) مادة قانونية، ضمن هذا النظام الذي لم يتجاوز عدد مواده 721، أي بنسبة مئوية تقارب (9.7%)، ندرك جيدًا أهمية الدور القضائي للقاضي في إحقاق الحق، وتحقيق العدالة وفقًا لمقتضيات هذا النظام[49].

ثانيًا: الهوية «التَوصيفية» .. الصياغة والأسلوب

لا مراء أن الحد الأدنى للتوصيف الاصطلاحي لهذا النظام هو كونه نظامًا قانونيًّا عصريًّا متمدنًا، بمعنى أننا لو نظرنا إلى النظام بعيدًا عن التصور المسبق الذي لدينا عنه – كونه صادرًا عن المملكة العربية السعودية، بما تُمثله في الذاكرة العربية والإسلامية

(47) محمد عرفان الخطيب، محددات الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني .. التطور والتحول: دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية، مرجع سابق ص117-180. محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني .. الواقعية القانونية – دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية، مرجع سابق، ص267-311. محمد حسن قاسم، الواقعية في القانون بين وسائل الفن التشريعي ودور القاضي، المقال الأول، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بيروت العربية، 2018.

(48) نعمان بن مبارك جغيم، المصلحة المرسلة: دراسة في نشأة المصطلح وتطور المفهوم، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مج32، ع108، 2017، ص461-510. محمد عرفان الخطيب، المنظومة التشريعية الإسلامية ... حقٌ يستوجبُ المُطالبة! قراءة تحليلية في الفلسفة والتأصيل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية. كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، 2024، ص161-220.

(49) تجدر الإشارة إلى أن المنظّم السعودي لم يجعل الإحالة على قواعد العدالة مبدأ عامًا، بل قيّدها بنصوص محددة لضمان أعلى قدر من توقّع الحكم بما يتيح للخصوم رؤية استشرافية لمسار القضاء ومآلاته، مع التأكيد أن أي لجوء إلى هذه القواعد يبقى محكومًا بواجب التعليل الكافي؛ لأن رقابة المحكمة العليا لا تنصرف إلى سلامة تطبيق القانون فقط، بل تمتد كذلك إلى فحص قوة التعليل أو ضعفه بوصفه سببًا مستقلًا للطعن في الأحكام.

من إرث إسلامي رصين – فإننا لا نحيله عليها كدولة إسلامية، كما لا نحمله أي بعد شرعي؛ فالنظام – منذ انطلاقته – بقي محافظًا على طابعه الوضعي، من حيث التسمية المقررة له، كونه نظام المعاملات المدنية. وبالتالي لم تبرز في العنوان أي دلالة للبعد الإسلامي فيه.

كذلك، فإن الصياغات اللغوية التي استُخدمت فيه هي في معظمها صياغات لغوية قانونية أكثر منها شرعية، وفق عبارات قانونية رصينة تستخدم الأسلوب القانوني المدني أكثر منه الشرعي، وهذا أمر لا ضير فيه؛ حيث إنٍ من يقرأ النظام يدرك – بوضوح – الدلالة والصياغة الوضعية لنصوصه؛ وهو ما يُمكن من القول إن الأدبيات الشكلية الفكرية والفلسفية التي كُتب فيها هذا النظام هي ذات خلفية قانونية أكثر منها شرعية. أما في العمق، وهذا أمر لا يمكن إنكاره، فإن المسحة الإسلامية تبقى بارزة بوضوح ضمن مكنوناته؛ حيث إنه راعى احترام الشريعة الإسلامية كقواعد وأحكام ضمن روحية هذا النظام.

وهنا ما نود قوله، إنه إن كان البعض يرى أن الصياغة القانونية للنظام هي صياغة وضعية، فإننا نقول إنها كذلك صياغة عصرية، بمعنى أنه لو قُدِّر لأهل الشرعية أن يكتبوا النصوص الشرعية الآن، لربما صاغوها بهذه الصياغات القانونية الرصينة والمحكمة؛ لذلك لا نعتقد أن نعت الصياغة الشكلية لنظام المعاملات المدنية السعودي بالمسحة الدينية فيه انتقاصٌ منها أو ضعف فيها، بل على العكس نعتقد أنه نقطة قوة فيها، كونها تبرز الجانب المعاصر الحداثي لهذا النظام، وقدرة المنظم السعودي على وضع نصوص قانونية ذات دلالة دينية بأسلوب عصري واضح وسليم.

وربما مقاربة بسيطة مع مجلة الأحكام العدلية العثمانية قد تبدو مفيدة في توضيح ما سبق؛ فمن المعلوم أن مجلة الأحكام العدلية، وإن لم تكن أول محاولة تشريعية تهدف إلى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، قد سبقتها محاولات عديدة[50]، إلا أنها – من دون شك – كانت الأكمل بينها، والأكثر حداثة وعصرنة – إن صح التعبير – إذا ما قيست بذلك الزمن؛ فقد كانت أول محاولة ذات طابع رسمي ومؤسسي تتبناه الدولة العثمانية في هذا المجال؛ لذلك – ولما كانت هذه المجلة تُحيل في أحكامها على الشريعة الإسلامية،

(50) الفتاوي الهندية، ط2، بولاق مصر، 1310هـ. أنور أحمد قادري، الفتاوي الهندية، مجلة الوعي الإسلامي، دولة الكويت، 1390هـ. محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة، 1889. هناك ثلاثة مشاريع فعلية في هذه المجال، الأول: في المعاملات المدنية بعنوان: كتاب مرشد الحيران إلى معرفة حقوق الإنسان في المعاملات الشرعية. والثاني: كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. والثالث: قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف.

كما فعل المنظم السعودي – قد يكون للمقارنة جانب مفيد في هذا المجال، لاسيما في إطار الفلسفة التأصيلية للمنظور الديني في كل منهما، والصياغة اللغوية لكل منهما، من دون أن ينقص ذلك من قيمة أو جودة أي منهما.

فطبيعة الحال، من يطلع على كل منهما، لا سيما من النظرة الأولية، سيلحظ – لا محالة – الفارق الكبير في الصياغة اللغوية بينهما، وهذا أمر طبيعي ومُبرَّر، لا سيما إذا ما أخذنا الفارق الزمني بينهما الذي يقارب القرن ونصف القرن[51]، ما يعني أن كلًّا منهما كتب بلغة عصره، وكان يُمثل – في ذلك العصر قمة الاتقان اللغوي والفقهي. وبالتالي من الطبيعي أن تختلف النظرة القانونية في ذلك. ولو قارنا بين مجلة الأحكام العدلية والمجلة الدينية التي وُضِعت في الهند وجدنا بينهما اختلافًا كبيرًا في الطرح والرؤى، وهذا أمر طبيعي[52]، بل إن مقارنة بسيطة بين مجلة الأحكام العدلية ومجلة الشيخ محمد قدري في مصر تبرز بعض الاختلافات، على الرغم من قرب العصر بين الاثنتين[53].

لكن ما يهمنا هو أن روح مجلة الأحكام العدلية لاتزال مستمرة في نظام المعاملات المدنية السعودي، لا سيما في البعد الهيكلي بين المجلتين، وتحديدًا فيما يرتبط بالقواعد الكلية للشريعة الإسلامية، حتى مع اختلاف في الإخراج؛

فالقواعد العامة التي استندت إليها مجلة الأحكام العدلية، في مقدمتها، اعتبرت قواعد ختامية في نظام المعاملات المدنية السعودي، وهذا الأمر – في اعتقادنا – له ما بعده، ذلك أنه من الناحية القانونية والتأصيلية، اعتبار القاعدة – كقاعدة عامة أو قاعدة ختامية – له دلالاته القانونية العميقة، تأصيليًّا وفلسفيًّا؛ فالمواد الأولى التي وضعها المشرع العثماني كقواعد عامة في مقدمة المجلة، يمكن وصفها بأنها ذات طبيعة خاصة، لكن لا نعتقد أنها كانت قواعد عامة للقانون، بقدر ما كانت قواعد تفسيرية ذات ارتباط ببعض نصوص القانون؛ فالمشرع العثماني كان يشير إلى القاعدة وإلى الإحالات القانونية المرتبطة بها في نص القانون، وهذا هو شأن الغالب العام منها. كذلك، يجب الرجوع إلى المعاني المستخدمة في كل منها، ذلك أن المجلة استخدمت مصطلح القواعد الفقهية، وهو مصطلح شرعي واضح المعاني والدلالات، بينما استخدم المنظم السعودي مصطلح الأحكام الختامية، وهو بدوره مصطلح وضعي قانوني بامتياز.

(51) تحديدًا حوالي 147 سنة؛ حيث بدأ العمل في إعداد مجلة الأحكام العدلية في العام 1869، وصدرت رسميًّا واكتمل تنفيذها في العام 1876، بينما صدر نظام المعاملات المدنية السعودي في العام 2023.

(52) الفتاوي الهندية، مرجع سابق.

(53) محمد قدري باشا، مرجع سابق.

بذلك، نعتقد أن المشرع العثماني، في المجلة، غَلَّبَ الشريعة على النص؛ فهو – بعد أن ذكر القواعد الفقهية معترفًا بأنها الناظم لمختلف الحالات التي قد تُعرض على الأفراد – وضع بعدها الأحكام الخاصة، وبالتالي ما يمكن قوله، هو إننا – في هذه الفرضية – أمام مبادئ عامة فقهية وشرعية تحكم المجلة بشكل عام، ومن ثم أتت التفصيلات تبعًا لذلك. بينما في النص السعودي، نجد أن المنظم قدم النص على الشريعة، مقدمًا النصوص القانونية، وفي نهاية الأمر يمكن الرجوع إلى الأحكام الختامية التي تمثل القواعد الشرعية والبعد الإسلامي العام ضمن هذا النظام.

الفرع الثاني

البناء الشكلي

من المعلوم أن مُسمى الشيء هو أصل التعريف به وتوضيح محدداته. وبإسقاط ذلك على مُسمى نظام المعاملات المدنية السعودي، فإنه يمكن أن نستقرأ كثيرًا من مسماه، لا سيما في تحديد طبيعة هذا النظام ومحدداته؛ علمًا بأن هذا المسمى – على الرغم من محدداته الواضحة في العنوان – بقي ناقصًا في المنهجية والتبويب.

أولًا: نظام المعاملات «المدنية» .. المسمى والمصطلح

في المسمى المقترح للنظام: «نظام المعاملات المدنية السعودي» لا نعتقد أن ثمة خُصوصية تُذكَر في هذا العنوان، باستثناء عبارة النظام التي درج المنظم السعودي على استخدامها، كون المملكة العربية السعودية والمنظم السعودي لديهما تحفظ على مصطلح القانون، باعتباره يشير إلى التقنين، ومصطلحا التقنين والتشريع، بما فيهما المرتبطان بتقنين الشريعة الإسلامية، كانا ومازالا موضوع نقاش كبير، وأمرًا خلافيًّا بالغًا ضمن هذه المنظومة؛ للأسباب التي بيَّناها سابقًا[54]؛ لذلك بقي المنظم السعودي متحفظًا على استخدام مصطلح القانون، واستعاض عنه بمصطلح النظام؛ بحيث إن مصطلح النظام لدى المنظم السعودي هو المصطلح المرادف لمصطلح القانون في التشريعات العربية والأجنبية المقارنة؛ لتصبح هذه العبارة اليوم – على الرغم من طبيعة الاختلاف اللغوي بينها وبين القانون – بمنزلة العلامة الفارقة المميزة للمنظومة التشريعية السعودية، لتستقر ضمن التشريع السعودي والقانون المقارن، لا سيما على المستويين الخليجي

(54) سعد بن مطر المرشدي العتيبي، مصطلح التشريع ومشتقاته في الاستعمال الحقوقي، مجلة الأصول والنوازل، ع12، س6، 2014، ص11-82. محمد رافع سالم العوامي، السلطة التشريعية في النظام الإسلامي، مجلة دراسات قانونية، ع24، 2019، ص103-130.

والعربي، كمرادف أصيل للقانون، ولتقر هاتان المنظومتان بوحدة المصطلحين في التعامل التشريعي مع المنظم السعودي.

علمًا بأنه – ومع وضع نظام المعاملات المدنية السعودي الذي كان يمثل، بالنسبة لكثيرين، حالة الصراع بين محوري التقنين المُرحِب والرافض – يصبح هذا التحفظ على مفهوم التقنين ساقطًا موضوعًا، وإن كان لايزال قائمًا شكلًا. وضمن ذلك يمكن القول – بوضوح – إن البعد الموضوعي لرفض فكرة التقنين قد سقط، وسقطت معه بالتبعية فكرة التمسك بعبارة ومصطلح النظام بدلًا من القانون، والتي لم تعد تشير إلى خصوصية موضوعية في المنظومة التشريعية السعودية، بقدر ما أصبحت تعبر – حقيقةً وفعلًا – عن خصوصية شكلية، ارتبطت بالموروث التشريعي السعودي، لا أكثر ولا أقل[55].

موروثٌ ربما يتخلى عنه المنظم السعودي يومًا، لا سيما أن الترجمة اللغوية لهذين المصطلحين – ضمن الخطابات الدولية الرسمية للمملكة العربية السعودية مع المنظمات والهيئات الدولية ذات العلاقة – لا تميز في المطلق بين هذين المصطلحين، معتمدةً مصطلح القانون لا الأنظمة، ما يجعل هذه الصياغة الشكلية لمصطلح النظام مجرد خطاب عربي إقليمي أكثر منه دوليًا.

أما عبارة «المعاملات المدنية»، فهي عبارة تم استخدامها من قبل العديد من التشريعات الخليجية المناظرة، لا سيما في سلطنة عمان، ضمن قانون المعاملات المدنية العماني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك في مملكة البحرين؛ بينما تستخدم أغلبية الدول العربية الأخرى – باستثناء لبنان وبعض دول المغرب العربي – مصطلح القانون المدني[56]. والسؤال هنا: أيٌّ من هذه التسميات أكثر صحة؟! في اعتقادنا المتواضع، نعتقد

(55) من الجدير ذكره، أنه وإضافة إلى هذه المسألة الخلافية حول فكرة التقنين، يبقى على المنظم السعودي حسم مسألة خلافية أخرى، تتعلق بالمصطلحات المرتبطة بالقانون ككل، كـ «المشرع» و«التشريع» و«السلطة التشريعية»، وهي مصطلحات عليها كثير من الانتقاد والرفض في العديد من الأوساط الفقهية والشرعية؛ حيث تعتبرها في قسم كبير منها تخالف الشريعة الإسلامية. ونكتفي بمجرد هذه الملاحظة، كون موضوع البحث لا يتناول فكرة التشريع، بقدر ما يتناول فكرة التقنين، وكلاهما موضوعان مختلفان، وإن كانا موضوع نقاش محتدم لدى فقهاء الشريعة الإسلامية. سعد بن مطر المرشدي العتيبي، مرجع سابق. محمد رافع سالم العوامي، مرجع سابق. عبدالجواد محمد محمد، مرجع سابق. مجموع فتاوى ومقالات متنوعة للشيخ عبدالعزيز بن باز، ط2، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، 1423هـ.

(56) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، السنة: 1985. قانون المعاملات المدنية البحريني، السنة: 2001. قانون المعاملات المدنية العماني، السنة: 2013. القانون المدني القطري، السنة: 2004. القانون المدني الكويتي، السنة: 1980. القانون المدني المصري، السنة: 1949. القانون المدني السوري، السنة: 1949. علمًا بأن هناك دولًا هجرت هذا واستعاضت عنها بمصطلحات مقاربة، كما هي الحال في لبنان وتونس من حيث استخدام قانون الموجبات والعقود، أو في المملكة المغربية، باستخدام مصطلح المسطرة المدنية.

أن كلًّا من التسميتين منقوصتان، فلا تسمية قانون المعاملات صحيحة، كون محتويات القانون تتجاوز هذا الإطار المقتصر على المعاملات المدنية، إلى غيرها من المعاملات التجارية والعمالية، عدا عن تجاوزها مفهوم المعاملات ذاتها، إلى مفهوم الحقوق... وغيرها.

كذلك فإن تسمية القانون المدني المستوردة من الغرب غير صحيحة؛ كون قانوننا المدني منقوصًا في أساسه؛ فالقانون المدني هو القانون الذي ينظم الحالة المدنية للفرد بمختلف صورها وأشكالها، بما فيها الحالة الشخصية. بينما قوانيننا المدنية إنما تنظم الحالة المالية دون غيرها، وبالتالي فإن مصطلح وعبارة القانون المدني – في ذاتها – هي عبارة غير موفقة بالنسبة إلينا[57]، وإن كانت هذه العبارة (القانون المدني) التي درجت عليها التشريعات العربية أقرب إلى المفهوم الوضعي لصياغة القانون من مصطلح «قانون المعاملات» الذي يكاد يكون أقرب إلى روح الشريعة الإسلامية.

بعيدًا عما سبق، فإن النقطة التي تعنينا في الموقف السعودي هي أنه لا توجد في العنوان الذي تبناه أي دلالة على البعد الإسلامي، بمعنى أنه كان يمكن تسميته قانون المعاملات الإسلامي، أو النظام الإسلامي للمعاملات المدنية، لا سيما أن مختلف نصوصه لا تخرج عن البعد لإسلامي. والحضور الإسلامي بين هذه النصوص هو الأكثر بين مختلف التشريعات المدنية العربية. ولا ندري ما سبب هذا التحرج من إظهار عبارة البعد الإسلامي لهذا القانون، مادامت نصوصه متوافقة مع الشريعة الإسلامية. وكنا نعتقد أن المملكة العربية السعودية، نظرًا إلى مكانتها الإسلامية، ستكون أكثر حرصًا من غيرها على إبراز هذا الجانب؛ كونها من أهم القلاع التي تنادي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، لا من خلال الترويج لها، بل من خلال حمايتها والدفاع عنها[58].

إننا يمكننا القول – حقيقةً، وسواء كنا نتفق مع ذلك أو نختلف – إن هناك خشية وعدم رغبة في إقحام عبارة الإسلامي على أي قانون أو منظومة قانونية عربية، حتى لو كانت مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالكامل، كما في قانون الأحوال الشخصية، أو قانون العائلة، أو قانون الأسرة. ولا ندري كيف سنبرز السمة الإسلامية للمنظومة القانونية

(57) علمًا بأن العلامة السنهوري الذي استورد لنا هذا النص من المشرع الفرنسي كانت رؤيته في تطوير قواعد هذا القانون ليشمل بين طياته الحالة الشخصية للفرد، ولكن للأسف سارت المنظومة التشريعية على الفصل والإبقاء عليه. حمد بو جمعة، موقف عبدالرزاق السنهوري من تقنين الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 8، ع1، 2023. نجم الدين قادر كريم الزنكي، عبدالرزاق السنهوري ومشروعه في التقنين: دراسة وتقويم، إسلامية المعرفة، مج7، ع27، 2001، ص63-94. محمد وفيق زين العابدين، موقف السنهوري من تطبيق الشريعة وتقنينها، البيان، ع315، 2013، ص76-81.

(58) محمد عرفان الخطيب، المنظومة التشريعية «العربية» .. واقعٌ يَستوجبُ المُراجعة! مرجع سابق. محمد عرفان الخطيب، المنظومة التشريعية «الإسلامية» .. حقٌّ يستوجبُ المُطالبة! مرجع سابق.

العربية إذا كنا نتحرج من مجرد إدراج هذه العبارة المستحقَّة لهذه القوانين، على الرغم من توافقها مع المضمون الإسلامي لا الوضعي؟ لننزع فضل الإسلامي عنها، وننسب فضل الإسلامي إلى الوضعي، مُنكرين إياه على القوانين الإسلامية ذاتها الأحق به.

إضافةً إلى ما سبق، ثمة سؤال يُطرَح عن دلالات اقتصار تسمية هذا القانون على نظام المعاملات المدنية، واستبعاد مصطلح التجارية من هذا العنوان، وهل هذا اقتصار على المصطلح دون المضمون، أم أن الأمر يتجاوز هذا التجاهل الشكلي إلى الإبعاد الموضوعي لنصوص هذا النظام عما يرتبط بالشق التجاري؟! الإجابة تحتاج إلى بعض التفصيل! لا سيما في ضوء القراءة الوطنية والدولية لهذا النظام، والظروف المصاحِبة لإقراره.

بدايةً، إن كان للقانون، أي قانون، خطابان أحدهما وطني والآخر دولي، فإن الخطاب الدولي للتشريعات القانونية – بمختلف صنوفها – هو الأكثر حضورًا اليوم من الخطاب الوطني؛ ذلك أنه إن كانت القوانين تُطرَح سابقًا بالدرجة الأولى كخطاب قانوني وطني، المعنيُّ به – بالدرجة الأولى، وبالنسبة الأكبر – هو المواطن في الدولة، وليس الأجنبي، إلا في الحدود الدنيا، فإنها أضحت اليوم تُطرَح بخطاب قانوني لا يقتصر على المواطن، وإنما يتعداه إلى المقيمين في الدولة بمختلف جنسياتهم، كما يجاوزهم إلى الأجنبي غير المقيم في الدولة.

إن القانون لم يعد – في المطلق – أداة تنظيمية وطنية، بل هو أداة اقتصادية واستثمارية بامتياز؛ ما يجعل طبيعة الصياغة القانونية لأي قانون تختلف – بشكل جذري – في هذا المجال وفق طبيعة الخطاب الاقتصادي المرجوة منه، والتنافسية الاقتصادية بينه وبين القوانين الأخرى. ولتبقى موضع بحث وتمحيص قانوني مستمر ودائم، بل وهاجسًا مستدامًا للمشرع على اختلاف صنوفه؛ ذلك أن المنظومات القانونية للدول، على اختلافها، أضحت تُوزَن بالبعد الاقتصادي والقانوني، ليصبح هذا المعيار واحدًا من العوامل المفصلية في ترجيح كفة نظام قانوني على آخر، لا سيما مع توالي الدراسات القانونية البينية، والتقارير الدولية التي تُقيِّم هذه المنظومات، من خلال دراسة أثر الفلسفة التشريعية المدنية على المنظومة الاقتصادية والاجتماعية للدولة، عَبرَ نظريات حاكمة للعقد بقيمته الاقتصادية لا إلزاميته القانونية[59]؛ لتغدو للقانون قيمة اقتصادية تنافسية، إلى جانب قيمته القانونية التأصيلية التي لا تقل أهمية عن نظيرتها[60].

(59) تقرير Doing Business المعروف بتقرير ممارسة أنشطة الأعمال، والذي أصبح يسمى وفق تقرير العام 2024، بتقرير Business Ready (B-READY) 2024 أو تقرير جاهزية الأعمال 2024.
https://www.worldbank.org/en/businessready. https://archive.doingbusiness.org/en/rankings.

(60) محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني ..الممكن والمستبعد! مرجع سابق.

ولا يخرج نظام المعاملات المدنية السعودي عن هذا المعطى، بل إنه يصب في صلبها وجوهرها، لا سيما إذا ما علمنا أنه أتى ضمن «رؤية السعودية 2030»، الهادفة إلى بناء اقتصاد مزدهر ينعم فيه الجميع بفرص متعددة للنجاح، عبر توفير بيئة عمل داعمة للشركات الصغيرة والمتوسطة والكبيرة، والاستثمار في التعليم استعدادًا لوظائف المستقبل، وتوفير مستقبلٍ زاخر للجميع على أرض المملكة، وهو ما حرص المنظم السعوي على أن يبينه بوضوح ضمن هذا النظام، بالاستبعاد لا النص.

لقد استبعد المنظم السعودي، بموجب نص المرسوم الملكي رقم م/191 الصادر بتاريخ 1444/11/29هـ[61] الذي شكل ديباجة هذا النظام، تطبيق نصوصه على القوانين الاستثمارية والشركات، سواء القائمة أو المستقبلية، مانحًا بذلك مساحة أكبر لطمأنة الوسط الاقتصادي التجاري والاستثماري في المملكة؛ بالتأكيد أن أحكام هذا النظام لا تسري على المعاملات التجارية، إلا بما لا يخالف طبيعة المعاملة التجارية، وفيما لم يرد به نص خاص بالأنظمة التجارية[62]. ووضع المنظم بذلك قيدين رئيسيين على تطبيق هذا النظام على المعاملات التجارية السابقة، الأول: يتمثل في طبيعة هذه المعاملات، وهذا كلام يدخل حقيقة في العموم، ويكاد يكون من دون ضابط دقيق. والثاني: يرتبط بالنص الخاص الوارد في القوانين الخاصة.

وربما يرى البعض أن هذا الكلام من باب التوضيح، وأنه تأكيد للمؤكد، وهو قولٌ ربما يكون صحيحًا لو ورد بنص عام لمختلف القوانين، أما أن يُوضَع نص خاص في مرسوم ملكي ضمن هذا النظام؛ فهذا يتجاوز التوضيح إلى التطمين، بأن القطاع التجاري والاستثماري سيبقى محكومًا بالنصوص القانونية التي تؤطره. وأن القانون المدني، أو نظام المعاملات المدنية ذا الطابع المدني والشرعي لا علاقة له بالقوانين الاستثمارية ذات الطابع الوضعي؛ إذ يجب ألا نغفل أن القوانين الاقتصادية والاستثمارية في المملكة تقوم – في مجملها – على التقنين[63]، وهنا مكمن الرسالة المطمئنة في اعتقادنا.

(61) المرسوم الملكي رقم م/191 الصادر في 29 من ذي القعدة 1444هـ، هو الخاص بالموافقة على نظام المعاملات المدنية السعودي، 1444/11/29هـ، متوافر على النت.

(62) جاء في نص الفقرة السادسة من هذه الديباجة بأن: «تسري أحكام نظام المعاملات المدنية وما ورد في البند (خامسًا) من هذا المرسوم على المعاملات التجارية، بما لا يخالف طبيعة المعاملة التجارية، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في الأنظمة التجارية».

(63) من ضمنها نظام الشركات الصادر في العام 2022 الذي بدأ التقنين فيه منذ أعوام سابقة، بدأت منذ العام 1965، وتبعها النظام الصادر في العام 2015. المرسوم الملكي رقم م/132 وتاريخ 1443/12/1هـ، المتضمن الموافقة على نظام الشركات. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/3 وتاريخ 1385/3/22هـ. نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/3 وتاريخ 1437/1/28هـ.

وما يدعم هذا التحليل هو أن المنظم السعودي – وبعد هذا النص التقديمي – أورد نصًّا قانونيًّا في صلب النظام، أكثر وضوحًا وتشدُّدًا، في اعتقادنا، من حيث التأكيد أن أحكام الفصل المتعلق بتنظيم الشركات في نظام المعاملات لا تسري على الشركات المقررة أحكامها في نصوص نظامية خاصة[64]، مسقطًا بذلك أي فكرة قانونية أو اجتهادية تذهب إلى القول بأن نظام المعاملات المدنية هو النظام العام لعقود الشركة. والغريب أن هذه الفقرة أضيفت إلى النظام الحالي، ولم تكن واردة بالمطلق ضمن السياسة التشريعية للمنظم التجاري السعودي في القوانين التجارية السابقة. كما أنها أُضيفت حصرًا إلى الفصل الخاص بعقد الشراكة دون غيره؛ ما يدلل على الرغبة التشريعية للمنظم السعودي في طمأنة البيئة الاستثمارية، وفي أن التعديل لم يكن دون غاية أو هدف قانوني[65].

كل ذلك يوضِّح حدود التعديلات التشريعية التي أقرها المنظم السعودي، كما يبين – بوضوح مرة أخرى – حدود هذا التحول التشريعي الذي يتناول الجانب المتعلق بالشق المدني لا التجاري في موقف المنظم السعودي، ويبرر حقيقة اقتصار تسمية القانون على نظام المعاملات المدنية دون التجارية.

ثانيًا: نظام المعاملات «المدنية» .. المنهجية والتبويب

من المعلوم أن نظام المعاملات المدنية السعودي يقع في 721 مادة، تنظم مختلف المعاملات المدنية والتجارية في المملكة التي ارتأى المنظم السعودي وضعها ضمن

(64) ذلك ما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة (529) من نظام المعاملات المدنية، والتي قضت بأنه: «لا تسري أحكام هذا الفصل على الشركات المقررة أحكامها في نصوص نظامية خاصة». المادة وردت في الفرع الأول المتعلق بإنشاء عقد الشركة من الفصل الأول المعنون عقد الشركة، ضمن الباب الرابع المتعلق بعقود المشاركة، وذلك في القسم الثاني المتعلق بعقود المشاركة من نظام المعاملات المدنية السعودي.

(65) نضيف إلى ما سبق، أن قرار مجلس الوزراء السعودي رقم 820 تاريخ 1444/11/24هـ المتعلق بتطبيق هذا النظام، قد أقر في البند سابعًا منه بأن يقوم وزير العدل، بالتنسيق مع وزير التجارة، بدراسة مدى مناسبة اكتساب عقد الشركة الوارد في نظام المعاملات المدنية الشخصية الاعتبارية والشروط الواجب توافرها والآثار المترتبة على ذلك، في ضوء نظام الشركات النافذ في المملكة. وبالتالي اعتبر أن هذا العقد هو عقد جديد خاص بالشركة المحدثة وفق أحكام نظام المعاملات، والذي يجب أن يتوافق مع نظام الشركات القائم. ما يمكن من الاستنتاج، بأن أصبح الوضع القانوني بالنسبة إلى نظام الشركات ذا دلالة عكسية، بحيث أصبح الأصل الذي يجب التوافق معه، ما هو قائم وفق نظام الشركات وليس نظام المعاملات المدنية. وأصبح نظام الشركات هو القانون العام، ذا الاختصاص العام. وما يلفت الانتباه هنا هو أن المنظم السعودي قد حدد مهلًا قانونية لمراعاة هذا التحول التشريعي، بحدود 180 يومًا للعديد من هذه التحولات، بينما لا نجد أي مهل قانونية لهذه العملية من التنسيق لإبداء الرأي القانوني في هذا الشكل الجديد من العقد الخاص بالشركة، ما يطرح السؤال عن جدية الموقف السعودي من هذا الطرح، ومدى الفائدة المرجوة منه، راجع، نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/132 وتاريخ 1443/12/1هـ.

نصوص هذا النظام. وقد وُزِعت مواده على ثلاثة أقسام وباب تمهيدي؛ حيث تناول الباب التمهيدي توضيح أساسيات النظام، من حيث تحديد نطاق تطبيق النظام المكاني والزماني، وتوضيح موقف المنظم السعودي من نظريتي الأشخاص والأموال والأشياء، والتكييف القانوني لأنواع الحقوق في هذا النظام، وطبيعة الاستعمال القانوني لهذه الحقوق بين المشروعية والتعدي.

في حين تحدَّث في القسم الأول، تحت مسمى الالتزامات، عن مصادر الالتزام الإرادية، ممثلًا بنظرية العقد، وعن مصادر الالتزام غير الإرادية ممثلًا بنظرية الضرر، وما يستتبع كل ذلك من حالات انتقال التزام وانقضاء في ضوء ما يعرف بآثار الالتزام، بينما تناول القسم الثاني العقود المسماة، بمختلف أشكالها، من حيث العقود الواردة على الملكية، والعقود الواردة على المنفعة، والعقود الواردة على العمل، بينما تناول القسم الثالث والأخير الحقوق العينية، بما فيها الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، وهو بذلك من الناحية الشكلية العامة يشبه – إلى حد كبير – مختلف المنظومات القانونية التقنينية العربية والغربية[66].

إن المطلع على التبويب القانوني والمنهجية المعتمدة ضمن هذا النظام يدرك – بوضوح، وبشكل مباشر – حجم الخطوة التشريعية المتميزة التي خطاها المنظم المدني السعودي في التعاطي القانوني مع هذه المعاملات، بإبرازها ضمن هيكل تشريعي واضح المعالم، علمًا بأنَّ الأثر القانوني لهذا المنهجية لم يقتصر على البعد الشكلي فقط، بل تعداه إلى البعد الموضوعي الذي برز في الخصوصية التشريعية لنظرة المنظم السعودي في كثير من النقاط الواردة في هذا النظام، لا سيما فيما يتصل بنظرية الحق، ونظرية الالتزام، في عمومها، سواء ما يرتبط بنظرية العقد ونظرية المسؤولية والتعويض. فضلًا على المسائل المرتبطة بالعقود المسماة والحقوق العينية، وهي مسائل نكتفي بمجرد الإشارة إليها؛ كونها تحتاج إلى موضع بحث موسع نأمل أن يقيض الله الفسحة للكتابة فيه.

وعلى الرغم من ذلك، فإن من يطلع على الهيكلية التفصيلية للنظام، كما المحتوى الفعلي لمختلف هذه التفصيلات، لا يستطيع إلا أن يبدي العديد من الملاحظات التجويدية التي كان يأملها من المنظم السعودي، لا سيما أنه كان ضمن فرصة تاريخية عظيمة قادرة على تحويل الوجه القانوني للمنظومة التشريعية المدنية في المملكة العربية السعودية؛ فالقسم الوحيد الذي جاء مكتملًا – شكلًا ومضمونًا ضمن هذا النظام – هو القسم الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية، بين نظريتي العقد والفعل الضار، والتي قدم فيهما المنظم السعودي نظرية متكاملة.

(66) المرسوم الملكي رقم م/191 الصادر في 29 من ذي القعدة 1444هـ، الخاص بالموافقة على نظام المعاملات المدنية السعودي، 1444/11/29هـ، متوافر على النت.

في المقابل، لا ندري لماذا أفرد المنظم السعودي قسمًا خاصًّا للعقود المسماة، على الرغم من كونها – في المحصلة – جزءًا من نظرية الالتزام، وكان الأولى به أن يبقيها ضمن فصول القسم الأول؛ حيث إن الباب الأول يتحدث عن نظرية العقد، بينما يركز الثاني على التطبيقات العملية لهذه النظرية ضمن العقود، على اختلاف مسمياتها.

كذلك، من النقاط التي استرعت انتباهنا أنه حتى في نظرية العقود المسماة، المنظم السعودي لم يكون موفقًا في موقفه المتمثل في إغفال بعض نصوص هذه العقود، لا سيما العقود الواردة على العمل، كعقد العمل، حيث أحال المنظم السعودي على القوانين الخاصة، ولا ندري لماذا لم يُضمِّن الأحكام العامة لعقد العمل ضمن هذا الفصل، كما فعلت بقية التشريعات العربية، علمًا بأننا نتحدث هنا عن عقود وليس عن قوانين. ثم، وهنا السؤال: لماذا طبق ذلك في بقية العقود الأخرى، مثل عقد الشركة، ولم يطبقه في عقد العمل، على الرغم من أن العقدين من العقود الواردة على العمل، وكليهما لديهما القانون الخاص الذي يحكمهما.

لذلك، كنا نتمنى من المنظم السعودي جمع مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالقانون المدني، أو نظام المعاملات المدنية، في دفة تقنين قانوني واحد، لا سيما أن شعار هذا التحول في الموقف التشريعي السعودي هو تبسيط الإجراءات ووحدتها، وتعزيز الشفافية؛ بما يعزز البيئة الاستثمارية للمملكة وفق رؤية السعودية 2030، ولا نعتقد أن الإبقاء على الوضع الحالي، من حيث وجود أقسام وفصول فارغة أو مبعثرة، أو حتى الإحالة فيها على قوانين أخرى، سيصب في تحقيق هذه الغاية.

لذلك يغدو السؤال الأكثر أهمية هو: هل يمثل هذا النظام حقيقة – كما هي الحال بالنسبة إلى بقية التشريعات المدنية المناظرة – فكرة القانون العام أو الشريعة العامة للقانون الخاص، بحيث إنه يجب الرجوع إليه في كل ما تسكت عنه بقية نصوص القوانين المرتبطة بالقانون الخاص؟!

في الحقيقة، النص المفتاحي لهذا القانون المرتبط بمصادر القانون، وتحديدًا بفقرته الثانية التي قضت بأن تطبيق نصوص هذا النظام لا يخل بالنصوص النظامية الخاصة[67]، يمكن أن يوحي بذلك، وإن بشكل غير مباشر؛ ذلك أن لهذا النص – في اعتقادنا – رسالتين: إحداهما مباشرة، والأخرى غير مباشرة. في المباشرة، يفيد النص

(67) «تُطبَّق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طُبقت القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طُبقت الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام، ولا يخل تطبيق نصوص هذا النظام بالنصوص النظامية الخاصة، المادة الأولى، نظام المعاملات المدنية السعودي.

– بشكل واضح – بأن النصوص النظامية الخاصة هي الأوْلَى بالتطبيق من نصوص هذا النظام، في حال التعارض بين نصوصها ونصوص هذا النظام.

وهذا التفسير مرتبط بقاعدة أن النص الخاص يُقدَّم على النص العام. أما الرسالة الغير مباشرة، فهي ترتبط بالبعد التفسيري لهذا النص، وهو أمر لم يقله المنظم، ولكن يمكن فهمه واستنتاجه من النص الذي اعتبر أن نصوص هذا النظام هي النصوص العامة، حينما قارنها مع النصوص الخاصة، ومنح أولوية التطبيق للنصوص الخاصة عليها. ما يجعل من الممكن القول إن هذا النظام يمثل الشريعة العامة للقانون الخاص، وإن هذه القواعد التي تُطبَّق في حال سكوت النص في بقية النصوص الخاصة؛ ليبقى السؤال: هل نظام تشريعي بعدد مواد لا يتجاوز (721) مادة يصلح أن يكون بمنزلة الشريعة العامة لغيره من القوانين التي تعتبر في حكم الخاصة، وتبقى بقية موضوعاته في قوانين أخرى مستقلة، ما يجعل من الضرورة بمكان أن يقوم المنظم السعودي بخطوة توحيدية لمختلف نصوص هذا القانون المتفرقة في دفتي قانون واحد، جامع وموحد لمختلف موضوعات القانون المدني؟

على الجانب الآخر، يمكن القول إن السمة الغالبة، ضمن هذه المنهجية، هي الوضوح والتبسيط والمباشرة، لا سيما أن المنظم السعودي اعتمد بوضوح مبدأ التعريف المفاهيمي لكثير من المصطلحات التي وردت في النظام، وهو ما يبرز في المواد التي يمكن وصفها بالمفتاحية في أغلب أقسام النظام، لا سيما الفرعية منه التي تتناول حالة قانونية بعينها، يوضحها المنظم السعودي بالتعريف؛ مقدمًا بذلك رؤية تشريعية جديدة، بخلاف العرف القانوني السائد لدى أغلب القوانين العربية والغربية، بالابتعاد عن ذكر التعريف المفاهيمي للمصطلحات؛ ففكرة التعريف، سواء المحدد أو العام، غالبًا ما كانت تبتعد عنها مختلف القوانين العربية، أسوة بالمشرع الفرنسي الذي نُقلت عنه أغلب التشريعات العربية، وتأثرت به بشكل كبير.

لذلك كانت معضلة التعريف الجامع المانع من أكبر التحديات القانونية التي تواجه المشرع القانوني، لا سيما في المدرسة اللاتينية. لكن اليوم، وبعد أن استقرت هذه المفاهيم في عقلية القضاء والفقه الذي يتولى هذه المهمة، في العادة، تدخل المشرع لوضع التعريف المتفق – أو المُجمَع – عليه ضمن نصوص النظام، وهذه خطوة تُحمَد للمنظم السعودي، وتشكل نوعًا من الفهم المتقدم لدور المنظم في تبسيط المفاهيم القانونية، كما أنها تمثل ثمرة قانونية تستحق الإشادة بهذا التعاون بين ثلاثي المنظومة القانونية: المنظم والفقه والقضاء.

ومما لا شك فيه، أن هذا التوجه من المنظم السعودي القائم على محاولة توضيح وتبيان المقصود من العديد من المفاهيم القانونية بالشرح والتبسيط، له مبرراته العملية والفعلية بالنسبة إليه؛ ذلك أنه إضافةً إلى ما سبق من مبررات، فإن ما دفع المنظم السعودي إلى تبني هذا النهج هو أنه أمام قفرة تشريعية في القضاء من الشرعي إلى المدني، ومن قضاة لم يتعاملوا بعد مع النص الوضعي، بقدر ما تعاملوا مع النص الشرعي، والذين هم في أغلبهم من خلفيات شرعية أكثر منها قانونية، مع الاحترام لكلا الطرفين؛ لذلك، وحتى لا نكون أمام قراءات اجتهادية وقضائية مختلفة أو منقوصة، أراد المنظم السعودي توضيح مختلف هذه المفاهيم بالنص والتعريف.

إضافة إلى ذلك، فإن هذا التوجه التشريعي سيساعد المنظم السعودي – بشكل أكبر – على ربط القاضي والمتعاملين مع هذا النظام بالنص القانوني؛ بحيث لا يرجع في شرح وتفسير كثير من مصطلحاته إلى غير النظام؛ ما يضمن وحدة النص أولًا، ووحدة تفسيره ثانيًا؛ ما يُفضي – بالضرورة، وهو التحدي الأكبر الذي يواجه المنظم السعودي – إلى وحدة تطبيق النص ثالثًا؛ الأمر الذي يضمن إحدى غايات هذه النظام من وحدة القضاء المُفضية إلى عدالته، كما سبق بيانه.

وعلى الرغم من ذلك، وكما أشرنا سابقًا، فإن هذه الخطوة التوضيحية مازالت تحتاج إلى كثير من المنظم السعودي، ومن مؤسسة القضاء على السواء؛ إذ إن على المنظم السعودي القيام بالمزيد، لا سيما فيما يرتبط بوضع مذكرة تفسيرية توضح وتشرح الوجهة الرسمية لنصوص هذا النظام، إضافةً إلى نشر قائمة الأعمال التحضيرية لهذا النظام؛ مما يساعد القاضي والمشتغلين في الحقل القانوني والقضائي على فهم نصوصه. كما أن على القضاء والمحكمة العليا دورًا بارزًا في مراقبة حسن تطبيق هذا القانون، ووضع المبادئ العامة القضائية التي توحد العمل القضائي، وتضمن توحيد الجهود القضائية الساعية إلى رفع مستوى الأداء القضائي للقائمين على مختلف درجات التقاضي، بما يحقق غاية القانون في الوصول إلى عدالة قانونية تنصف الجميع.

الخاتمة

قدم البحث دراسة فقهية تأصيلية سعت إلى تقديم إضاءة نقدية مقارنة لنظام المعاملات المدنية السعودية، وفق قراءتين فرعيتين، تناولت الأولى البحث في إقرار هذا النظام، مستعرضة المخاض العسير الذي رافق هذ العملية، من الإنكار إلى الإقرار؛ بينما عرضت القراءة الثانية الخصوصية التي وسمت هذا النظام، بتوضيح الهوية التوصيفية لهذا النظام، والتي انعكست على بنائه الشكلي والمنهجي.

وقد سعت هذه الدراسة إلى تبيان أهمية هذه الخطوة التي – بغض النظر عن بعض الانتقاد المُوجَّه إليها – لا يمكن وصفها إلا بالتاريخية؛ حيث أتت مكتملة الأركان إلى حد بعيد شكلًا، وإن بقيت في حاجة إلى مزيد من الجهد موضوعًا.

كل ذلك، يجعلنا أمام حقيقتين: إحداهما مُفرحة، بوصف هذا النظام خطوة مُكتملة الأركان شكلًا، وتحديدًا ضمن مفهوم التقنين لمختلف النصوص المرتبطة بهذا التدوين، بما في ذلك الدلالة الدينية والشرعية ذواتهما. والأخرى مُقلقة، لكونها خطوة تقنينية منقوصة الأركان موضوعًا، لا سيما إلى جهة الناحية الفعلية لهذه الترجمة التقنينية ضمن المفهوم الوضعي المتعارف عليه في الفقه المقارن لهذا التدوين.

أولًا: الإقرار .. الخطوة المُكْتَمِلَةُ الأركان شكلًا

نعتقد جازمين أن من الخطأ والسذاجة اعتبار الخطوة التشريعية التي تبناها المنظم السعودي – في إقرار نظام المعاملات المدنية السعودي على الساحة السعودية خصوصًا، والخليجية والعربية عمومًا – خطوة تشريعية عادية، شأنها شأن إقرار أي نظام آخر في التشريع السعودي، أو في التشريعات العربية والغربية المقارنة؛ فإن كانت هذه الخطوة التشريعية تعد خطوةً اعتياديةً لإقرار قانون أو شطب آخر في غيرها من الدول، إلا أنها كانت في المدلول القانوني السعودي مختلفة تمامًا، فكانت أقرب ما تكون إلى التحول الجذري في السياسة التشريعية والتنظيمية للمملكة؛ فإن كانت هذه الخطوة – في التشريعات المقارنة – تدخل في المقاربات التنفيذية للسياسات التشريعية للدول، فإنها في الحالة السعودية إنما تدخل في مفهوم التحول الجذري لهذه السياسات ذاتها، المنطوي على إعادة تموضعها التأصيلي والفلسفي، بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى، وهو واقع ينتظر من قادم الأيام إثباته أو نفيه.

ذلك أن المنظم السعودي – بهذا الإقرار – قد وضع نهاية موفقة لصراع خفي مبهم بين مفهومين، هما في الأصل يصبان في خدمة الشريعة قبل القانون، صراع كانت ضحيته الأولى فكرة التدوين والتقنين للنص؛ رافعًا بذلك الحيف عن أهم دستور مدني لتعاملات

الأفراد، ألا وهو: «القانون المدني». وناقلًا بذلك المنظومة التشريعية المدنية السعودية من الإطار الفقهي والشرعي غير المدون إلى الإطار القانوني المدون والمقنن، وهذا إنجاز يُشهد به للمنظم السعودي، ولا يمكن لمُنصف قانوني أن ينكره.

ثانيًا: الخصوصية .. الواقع التشريعي المُنتَقص موضوعًا

إن كان البحث قد أكد أنَّ واضعي النظام الجديد قد نجحوا، إلى حد كبير، في وضع تصور تشريعي وتنظيمي حديث لهذه التعاملات المدنية، استطاع أن يتلافى كثيرًا من نواقص وعيوب الواقع التشريعي السابق، مقدمًا بذلك نموذجًا قانونيًّا، كثيرًا ما طالب به العديد من رجال القانون السعوديين والعرب؛ إلا أن هذه الخطوة التقنينية، وعلى عظيم إنجازها التقنيني في الجانب المتصل بالتدوين، بقيت للأسف قاصرة ومنقوصة في جانبها التأصيلي المرتبط بمحتوى ومضمون هذا التدوين!

لقد جاء هذا النظام دستورًا مدنيًّا منقوصًا، لا يتناول مختلف صنوف التعاملات المدنية والتجارية للأفراد، فبقيت التعاملات التجارية للأفراد بعيدة عنه، وإن بوصفه القانون العام. في الوقت ذاته الذي بقيت العديد من صنوف التعاملات المدنية الصرف، على الرغم من ارتباطها العضوي به، بعيدة عنه؛ ما جعل هذا النظام – على الرغم من مسماه العام (نظام المعاملات المدنية)، بدلًا من أن يُمثل خطوة تشريعية مكتملة الأركان والأوصاف توحد مختلف التعاملات المدنية والتجارية للأفراد في دفتي تدوين قانوني واحد – مُجرد تدوين قانوني فرعي مجتزأ، مثل بقية القوانين الأخرى التي تتناول هذه التعاملات، وإن كان أكبرها كمًّا.

وعليه، فإن هذه الرؤية الجديدة والمتجددة التي قدم لها المنظم السعودي في نظام المعاملات المدنية، لاتزال في حاجة إلى جهد تشريعي أكثر شمولًا، بإعادة النظر في مختلف النواقص التي شابت تبني هذا النظام شكلًا ومضمونًا؛ إذ إن هذه الخطوة الإصلاحية، برغم أهميتها، تبقى مبتورة الجانب، وهو ما نأمل أن يتلافاه المنظم السعودي في قادم الأيام.

أخيرًا، إن الحكم على قدرة القانون الجديد على تحقيق الأهداف المرجوة منه، المباشرة وغير المباشرة، لايزال مبكرًا جدًّا؛ ما يوجب على الفقه مزيدًا من العمل التحليلي البَنَّاءْ في الشرح والتعليق لنصوص هذا النظام، وفي الوقت ذاته يستلزم حضورًا أكثر فاعلية للقضاء في توضيح الجوانب التطبيقية والعملية لنصوص هذا النظام، إنْ في الإطار الخاص لمنظومة هذا النظام، أو في الإطار التشاركي لهذا النظام مع بقية القوانين، ضمن منظومة القانون الخاص خاصةً، والعام عامةً.

قائمة المراجع[68]

أولا: باللغة العربية

1- الكتب

- يوسف أبو حلقة، مقدمة المجموعة الكاملة لمؤلفات عبدالله بن المقفع، بيروت، 1978.
- محمد زكى عبدالبر، تقنين الفقه الإسلامي – المبدأ والمنهج، ط1، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1983.
- محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة، 1889.
- مقدمة مجلة الأحكام العدلية، أعدتها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في عهد الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانة تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، 1876.
- مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، إشراف مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، 1972.
- عامر بن عيسى اللهو، حركة تقنين الفقه الإسلامي، مج1، جامع الكتب الإسلامية.
- عبدالجواد محمد محمد، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
- عبدالرحمن بن سعد الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم، ط1، مج1، منشورات أبحاث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حركة تقنين الفقه الإسلامي، جامع الكتب الإسلامية – دار الفضيلة، 1426.
- علي حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

(68) نظرًا إلى تعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علمًا بأنَّ كل المراجع مسددة في متن البحث.

2- البحوث

- أحمد السعيد شرف الدين، تساؤلات في القانون المدني الكويتي الجديد حول تناسقه الداخلي وتوافقه الخارجي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مج7، ع1، 1983.
- أيمن سعد سليم، نظام المعاملات المدنية السعودي بين الفقه والتقنين، مجلة مصر المعاصرة، مج98، ع488، 2007.
- هلال بن محمد بن ناصر الراشدي، الإشكاليات بين التقنين والتطبيق في الشريعة الإسلامية، في أعمال ندوة تطور العلوم الفقهية – التقنين والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، مسقط، سلطنة عمان، 2008.
- حمد بو جمعة، موقف عبدالرزاق السنهوري من تقنين الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، مج 8، ع1، 2023.
- حمد بن عبدالله بن عبدالرحمن الحماد، العرف وأثره في الأنظمة .. نظام المعاملات المدنية السعودي أنموذجًا، مجلة القلم، ع43، 2024.
- حمدي أحمد سعد أحمد، وعماد السيد محمد أبو حسن، التقنين في المملكة العربية السعودية بين الواقع والمأمول: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث الإسلامية، ع8، س2، 2016.
- حسن بن محمد سفر، تقنين أحكام الشريعة في التجربة الإسلامية، القضائية، ع3، 2011.
- مبروك بن عيسى، الجذور التاريخية للتقنين في الفقه الإسلامي، مجلة الإحياء، مج21، ع28، 2021.
- محمد الحسن البغا، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2009.
- محمد وفيق زين العابدين، موقف السنهوري من تطبيق الشريعة وتقنينها، البيان، ع315، 2013.
- محمد حسن قاسم، إطلالة مقارنة على مواد مختارة من نظام (قانون) المعاملات المدنية السعودي الجديد، مجلة الدراسات القانونية، المقال الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بيروت العربية، 2023.

- محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني .. الممكن والمستبعد! – دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س7، ع1، 2019.
- محمد عرفان الخطيب:
  - القانون المدني .. طائر الفينيق، من الحياة إلى الحياة – قِراءة تحْليليَّة لواقع القانون المدني ضمن المنظومة القانونية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س13، ع ف1، ع ت 49، ديسمبر 2024.
  - المنظومة التشريعية «الإسلامية» .. حقٌّ يستوجبُ المُطالبة! قراءة تحليلية في الفلسفة والتأصيل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س12، ع ف 3، ع ت 47، يونيو 2024.
  - المنظومة التشريعية «العربية» .. واقعٌ يَستوجبُ المُراجعة! قراءة نقدية في الفلسفة والتأصيل، المقال الخامس، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بيروت العربية، 2023.
  - محددات الدور المصدري للاجتهاد القضائي في القانون المدني .. التطور والتحول – دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية – القانون المصري والسوري واللبناني مثالاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س7، ع4، 2019.
- محمد رافع سالم العوامي، السلطة التشريعية في النظام الإسلامي، مجلة دراسات قانونية، ع24، 2019.
- محمد شافعي مفتاح بوشية، تقنين الأحكام الفقهية في القرنين الرابع عشر والخامس عشر الهجريين: دراسة لثلاثة نماذج، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج10، ملحق 2021.
- مصطفي أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي هل يصلح مصدرًا للتقنين الحديث؟ المسلمون، مج3، ع10، 1954.
- مشعل عيادة عسكر، تقنين الأحكام الشرعية، مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي، مج22، ع64، 2018.
- نجم الدين قادر كريم الزنكي، عبدالرزاق السنهوري ومشروعه في التقنين ..

دراسة وتقويم، إسلامية المعرفة، مج7، ع27، 2001.

- سعد بن مطر المرشدي العتيبي، مصطلح التشريع ومشتقاته في الاستعمال الحقوقي، مجلة الأصول والنوازل، ع12، س6، 2014.
- عبدالباقي عبدالكبير، تقنين الشريعة الإسلامية .. ما له وما عليه، الدراسات الإسلامية، مج44، ع2، 2009.
- عبدالمؤمن عبدالقادر شجاع الدين، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية مج10، ع23، 2008.
- عبدالرحمن بن أحمد الجرعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، حولية كلية المعلمين في أبها، ع7، 2006.
- عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالعزيز المخضوب، نظام المعاملات المدنية .. ملامحه وتاريخه – دراسة تأصيلية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع69، 2025.
- على أحمد شكورفو، اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع بين صياغة النص وآثار التطبيق، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، عدد خاص، 2021.
- الصادق ضريفي، تقنين الفقه الإسلامي .. ما له وما عليه، مجلة التراث، ع22، 2016.
- الفتاوى الهندية، ط2، بولاق مصر، 1310هـ. أنور أحمد قادري، الفتاوي الهندية، مجلة الوعي الإسلامي، دولة الكويت، 1390هـ.
- محاولة الملك عبدالعزيز آل سعود، في مقالين صحافيين في مجلة أم القرى، نشر الأول بتاريخ 28 من صفر 1346هـ/ 26 أغسطس 1927، بعنوان مجلة الأحكام الشرعية. ونشر الثاني بتاريخ 6 من ربيع الأول 1346هـ/ 3 يوليو 1927، بعنوان: حول توقيع أبو اليسار.

ثانيًا: باللغة الفرنسية

I. Ouvrages et Études

- René Demogue, Traité des obligations en général, Rousseau, Paris, 1923.
- G. Rouhette, La force obligatoire du contrat, Rapport français, In Le contrat aujourd'hui: comparaisons M. Béhar-Touchais, Comparaison

de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain Régime de l'obligation, T 82, V II., Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Ed: IRJS, Paris, 2017.

- H. Oberdorff, Droits de l'homme et libertés fondamentales, Paris, 2013.
- J-É. Marie, Portalis, Discours préliminaire au projet de Code civil présenté le 21 janvier 1801, Imprimerie de la République, Paris, 1801.
- J-L. Halpérin, Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF, Paris, 2012.
- J. Carbonnier, Droit civil: Les obligations, 23e éd. PUF, Paris, 1993.
- J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, Paris, 1993, n° 252s.
- L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, In Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIè Philippe Malaurie et Laurent Aynès, Droit civil – Les obligations, 13e éd., Éditions Defrénois, Paris, 2020.

II. Articles

- A-S. Choné-Grimaldi, Le projet de réforme de la responsabilité civile: observations article par article, GDP, 2017, n°23.
- C. Jamin, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil, D.2002, Chron.
- D. Mazeaud, Le nouveau droit des obligations : observations conclusives. RDC, 2018, n° Hors-serie.
- E. Chevreau, La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain, RDC, 2013, n°1.
- F. Dournaux, La réforme des vices du consentement, Droit et patrimoine, n° 258, mai 2016.
- J-S. Borghetti, Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile: présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017, D., 2017.

- J.-P. Chazal, De la signification du mot loi dans l'article 1134 al, du Code civil, RTD civ, 2001.
- J.-S. Borghetti, La force obligatoire des contrats, Droit et patrimoine, n° 258, mai 2016.
- M. Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : Des retouches sans refonte. GDP, 2017, n° 17.
- P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : RTD. civ. 1999, n° 4.
- Ph. Stoffel-Munck, Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens. RDC, 2018, n°1.
- T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général. RDC, 2018, n°7.
- Y-M. Laithier, Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport «Limitation of Actions» de la Law Commission anglaise, Recueil Dalloz, 2008.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	375
المقدمة	377
المطلب الأول: الإقرار .. المخاض العسير	381
الفرع الأول: تَغليب التقنين على النص	382
أولًا: التقنين المدني والشرعي .. الصراع الخفي	382
ثانيًا: التقنين المدني والشرعي .. الصراع المُبهم	385
الفرع الثاني: الالتقاط من الخلف	389
أولًا: الدستور المدني السعودي آخر ما وُضع!	389
ثانيًا: الدستور المدني السعودي أكثر من ظُلم!	393
المطلب الثاني: الخصوصية .. انعكاس الهوية على المنهجية	395
الفرع الأول: الجانب التأصيلي	396
أولًا: الهوية «التوصيفية» .. بين الوضعي والشرعي	396
ثانيًا: الهوية «التوصيفية» .. الصياغة والأسلوب	403
الفرع الثاني: البناء الشكلي	406
أولًا: نظام المعاملات «المدنية» .. المسمى والمصطلح	406
ثانيًا: نظام المعاملات «المدنية» .. المنهجية والتبويب	411
الخاتمة	416
قائمة المراجع	418

تحديات حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة

دراسة مقارنة بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان(*)

الملخص

تشهد النزاعات المسلحة الهجينة تحوّلات متسارعة في المشهد العملياتي المعاصر؛ إذ تمتزج فيها الوسائل القتالية التقليدية مع عمليات سيبرانية ومعلوماتية وتكنولوجيات ذات استخدام مزدوج. ويُولِّد هذا الواقع المتغيّر تحديات هيكلية تطال منظومتي الحماية اللتين يكرّسهما القانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، لا سيما فيما يتعلق بحماية المدنيين وصون الأعيان المدنية من العمليات العسكرية من الأطراف المتحاربة. ويسهم تداخل المجالات المدنية والعسكرية، واتساع دور الجماعات المسلحة من غير الدول، وامتداد الأعمال العدائية إلى الفضاء الرقمي، في تعقيد تطبيق مبادئ القانون الدولي الإنساني الأساسية، وفي مقدمها مبادئ التمييز والتناسب والاحتياطات في الهجوم.

يحاول هذا البحث أن يحلّل مدى التفاعل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان في سياق النزاعات المسلحة الهجينة، مركّزًا على التحديات العملياتية التي تواجه الفاعلين الإنسانيين، وعلى رأسهم اللجنة الدولية للصليب الأحمر، في مواجهة مثل هذه النزاعات الخطرة التي باتت تنتشر بشكل مطرد في وقتنا الراهن. وتشمل هذه



أ. د. مخلد إرخيص سالم الطراونة

أستاذ القانون الدولي العام

أكاديمية الشرطة، كلية الشرطة، قطر

mekhledtarawneh@yahoo.com

*

* حاصل على الدكتوراه والماجستير من جامعة أبردين بالمملكة المتحدة عامي 1999 و1995، والبكالوريوس في الحقوق من جامعة مؤتة بالأردن عام 1993.

* يعمل في أكاديمية الشرطة/ كلية الشرطة

←



د. عميد عاصم خصاونة

أستاذ القانون الدولي العام المشارك

كلية القانون، جامعة لوسيل، قطر

akhasawneh@lu.edu.qa

*

* مستشار قانوني لجامعة لوسيل في دولة قطر. حاصل على درجة الدكتوراه في القانون الدولي العام من جامعة محمد الخامس بالمملكة المغربية.

* تتركز اهتماماته الأكاديمية والبحثية في

←

(*) تاريخ تقديم البحث: 15 مارس 2026 وتاريخ قبوله: 19 أبريل 2026

التحديات – على سبيل المثال لا الحصر – صعوبة تحديد الأهداف العسكرية المشروعة، وتحديد الوضع القانوني للمقاتلين، وتقييم الأثر المتنامي للتكنولوجيا المتقدمة على المخاطر التي تهدد حياة المدنيين وأرواحهم.

ومن خلال دراسة بعض النزاعات الحديثة وممارسات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، يؤكد هذا البحث أهمية تعزيز التكامل بين القانونين، وتطوير مقاربات قانونية وعملية أكثر مرونة، بما يضمن حماية فعّالة للمدنيين في بيئات نزاع مسلح تتّسم بتزايد التعقيد وعدم اليقين إزاء حماية هذه الفئة على وجه التحديد.

كلمات دالة: النزاعات المسلحة الهجينة، حماية المدنيين، الأعيان المدنية، العمليات السيبرانية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المُساءلة.

تابع – أ. د. مخلد إرخيص سالم الطراونة

بدولة قطر منذ سبتمبر 2013، ويتمتع بخبرة أكاديمية وبحثية وإدارية واسعة، كما سبق له التدريس في جامعة قطر وكلية أحمد بن محمد العسكرية.

* تولى عددًا من المناصب الأكاديمية والإدارية، منها نائب عميد كلية الحقوق ورئيس قسم القانون العام بجامعة مؤتة، ورئيس برنامج القانون والشريعة بجامعة قطر.
* كما تولى رئاسة لجنة ضمان الجودة الأكاديمي ولجنة البحث العلمي والفعاليات العلمية بكلية الشرطة، وشارك في تطوير السياسات واللوائح الأكاديمية وبرامج الدراسات العليا.
* تتركز خبراته العلمية في القانون الدولي العام، والقانون الدولي الإنساني، وحقوق الإنسان، والمنظمات الدولية، والقانون الدولي الجنائي. وله العديد من البحوث المنشورة في مجلات علمية محكّمة عربية ودولية، ومؤلفات متخصصة في القانون الدولي وحقوق الإنسان، فضلًا على إشرافه على رسائل الماجستير، ومشاركته في مناقشة الرسائل العلمية، وتحكيم البحوث الأكاديمية.
* كما يشارك في هيئات تحرير واستشارات عدد من المجلات القانونية، ويتمتع بخبرة في التدريب والتعاون مع المؤسسات الأكاديمية والقانونية والأمنية في دولة قطر والأردن، مع اهتمام بحثي بالقضايا الأمنية والدولية المعاصرة، والمسؤولية الدولية والنزاعات المسلحة والتحديات القانونية المستجدة.

تابع – د. عميد عاصم خصاونة

القانون الدولي العام، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدستوري، ومكافحة الفساد، والحوكمة، والقانون الدولي الجنائي، وقضايا السلم والأمن الدوليين. وله عدد من البحوث المنشورة في مجلات علمية محكّمة باللغتين العربية والإنجليزية، تناولت موضوعات قانونية معاصرة، من أبرزها آليات مكافحة الفساد، والحماية القانونية للاجئين والديبلوماسيين، والعدوان الإسرائيلي على قطاع غزة في ضوء القانون الدولي، وإصلاح منظمة الأمم المتحدة، والتمييز بين الإرهاب والمقاومة المشروعة.
* كما يشارك في التدريس والإشراف على بحوث ورسائل الدراسات العليا، وأسهم في تطوير المناهج الأكاديمية وأعمال الجودة الجامعية، ويشارك في تحكيم البحوث العلمية. وله كتاب علمي منشور يتناول جهود منظمة الأمم المتحدة في مكافحة الإرهاب من منظور قانوني وسياسي.
* وتنصب اهتماماته البحثية على تحليل القواعد القانونية الدولية، وتقييم فاعلية آليات تنفيذها، ودراسة تطبيقاتها في القضايا الدولية المعاصرة، مع اهتمام خاص بحماية حقوق الإنسان وتعزيز سيادة القانون.

المقدمة

أولًا: التعريف بالموضوع

يشهد النظام الدولي، في العقود الأخيرة، تحولات جوهرية في طبيعة النزاعات المسلحة؛ حيث لم تعد الحروب والنزاعات المسلحة الحديثة محصورة في مواجهات تقليدية بين جيوش نظامية، بل باتت تتخذ أشكالًا معقدة ومتعددة الأبعاد تُعرف بـ «النزاعات الهجينة». هذا المفهوم الذي اكتسب حضورًا متزايدًا في الأدبيات العسكرية والقانونية منذ بداية القرن الحادي والعشرين، يدلّ على استعمال متزامن لأساليب قتالية وغير قتالية، تجمع بين الفواعل الحكومية وغير الحكومية، وبين الوسائل الحركية والعمليات السيبرانية والمعلوماتية، ضمن ساحات عمليات غامضة المعالم وغير مستقرة البنية[1]. وقد ترتّب على هذا التطور تغيُّر جذري في أنماط الاستهداف، وفي طرق إدارة العمليات، وفي علاقة الأطراف المتحاربة بالسكان المدنيين.

وتنعكس هذه التحولات، بوضوح، على وضع المدنيين الذين يشكلون اليوم الأغلبية الساحقة من ضحايا النزاعات المسلحة، سواء من خلال الهجمات المباشرة، أو الأضرار الجانبية، أو الانهيار المؤسسي للقطاعات الحيوية التي تُدير حياة المجتمع؛ ففي بيئة هجينة، تتداخل الأهداف العسكرية مع المنشآت المدنية، وتُكسَر الحدود التقليدية بين ساحة الحرب والمجتمع، وتتصاعد الهجمات المعلوماتية التي تُربك أنظمة البنية التحتية الحرجة، مثل شبكات الكهرباء والمستشفيات والمياه[2]. وتؤثر هذه التحولات بعمق في إمكان احترام القواعد الأساسية للقانون الدولي الإنساني، خصوصًا مبادئ التمييز والتناسب والاحتياطات التي أُنشئت في الأصل لخدمة نزاعات أكثر وضوحًا في أطرافها وعملياتها[3].

وعلى الرغم من أن القانون الدولي الإنساني لايزال يوفر إطارًا معياريًّا متينًا لحماية المدنيين، كما رسخته اتفاقيات جنيف للعام 1949، وبروتوكولاها الإضافيان للعام 1977، إلا أن تطبيق هذه القواعد في البيئة الهجينة يواجه عقبات عملية حقيقية؛ فغياب وضوح صفة المقاتل، وتعدد الفاعلين المسلحين، واستعمال وسائل قتالية غير مألوفة، وصعوبة

(1) Michael Schmitt, «Hybrid Warfare and the Law of Armed Conflict», Harvard National Security Journal, 2018, p. 16.

(2) ICRC, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 33rd International Conference, 2019, pp.17-25.

(3) ICRC, Commentary on the First Geneva Convention, Cambridge University Press, 2016, paras. 100-120.

تحديد المسؤولية القانونية عن الأفعال الضارة، كلها عوامل تُربك إمكان تفعيل الالتزامات القانونية على الأرض[4]. ويزداد هذا التعقيد حين تتقاطع قواعد القانون الدولي الإنساني مع أنظمة قانونية أخرى، خصوصًا القانون الدولي لحقوق الإنسان، ما يخلق تداخلًا يثير نقاشات معمّقة بشأن معايير استخدام القوة، والمساءلة، والضمانات الواجبة.

وغنيٌّ عن البيان أنّه، في إطار القانون الدولي الإنساني، وفي ظلّ تطوّر النزاعات المسلحة المعاصرة، أصبحت معايير تحديد الفاعلين في هذه النزاعات أكثر تعقيدًا، خاصة عندما تتعدّد الأطراف المتورطة وتتداخل بين الجهات العسكرية الرسمية والجماعات المسلحة غير النظامية. وقد تجسّدت هذه الإشكالات بوضوح في عدد من النزاعات المعاصرة، مثل: أوكرانيا وقطاع غزة اللذين يُعدان نموذجين تطبيقية بارزة للنزاعات الهجينة. وهذا التعدد في الفاعلين يجعل من الصعب تحديد من هو المقاتل الشرعي في هذه النزاعات؛ إذ يمكن أن تتداخل صفة المقاتل النظامي مع صفة المقاتل المنتمي إلى جماعات مسلحة غير نظامية؛ ففي الحالة الأوكرانية، يُثار الجدل بشأن المقاتلين المتطوعين الذين التحقوا بصفوف الطرفين، وما إذا كانوا يتمتعون بالصفة القانونية للمقاتل وفقًا لاتفاقيات جنيف. وفي قطاع غزة، يُثير وصف الفصائل المسلحة باعتبارها أطرافًا غير نظامية إشكاليات متصلة بمدى انطباق صفة المقاتل عليها، لا سيما في ظلّ اندماج أفرادها ضمن النسيج المدني.

وعلاوة على ذلك، فإنّ طبيعة الهجمات العسكرية في النزاعين تُثير تساؤلات عن مدى التزام الأطراف المتحاربة بالقواعد الأساسية للقانون الدولي الإنساني، خصوصًا الهجمات التي طالت مناطق مدنية حساسة، مثل الأحياء السكنية والبنى التحتية الحيوية والمستشفيات ومراكز الإيواء، وما نتج عنها من أعداد كبيرة من الضحايا المدنيين ودمار واسع النطاق. وتعيد هذه الانتهاكات المحتملة فتح النقاش بشأن معايير استخدام القوة، ومدى احترام مبادئ التمييز والتناسب والاحتياط، ومسؤولية كل طرف عن الأضرار الناتجة.

ومن ثمّ، فإنّ تعقيد الوضع في أوكرانيا وقطاع غزة يُبرِز بجلاء التحديات التي تواجه تطبيق القواعد الإنسانية في بيئات هجينة تتداخل فيها المسؤوليات القانونية بين أطراف متعددة وغير متجانسة. كما يعكس هذا الواقع الصعوبات البالغة في محاسبة الفاعلين عن الانتهاكات المحتملة، في ظلّ عدم وضوح صفة المقاتل في العديد من الحالات، وتلاشي الحدود التقليدية بين المقاتلين والمدنيين. ولذلك، يبقى تطبيق الالتزامات القانونية في مثل

(4) Marco Sassòli, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare, Edward Elgar, 2019, pp.221-245.

هذه النزاعات المتشابكة أمرًا بالغ التعقيد، ويقتضي مزيدًا من التنسيق بين الأطر القانونية المختلفة، لا سيما بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بما يكفل تعزيز آليات المساءلة وضمان حماية المدنيين.

وفي قلب هذا المشهد المعقد تقف اللجنة الدولية للصليب الأحمر، بوصفها الهيئة الأبرز المخوّلة بموجب القانون الدولي الإنساني لمتابعة احترام قواعده في النزاعات المسلحة وفقًا لاتفاقيات جنيف، وللوصول إلى الضحايا، وللحوار مع الأطراف المتحاربة. غير أن عمليات اللجنة تواجه في النزاعات الهجينة تحديات غير مسبوقة، من أهمها صعوبة الوصول الإنساني، وتقييد المعلومات، ووجود فاعلين لا يعترفون بالقانون الدولي ولا بالالتزامات الدولية، واستخدام أساليب حرب غير مرئية، مثل الهجمات السيبرانية التي تُحدث آثارًا إنسانية واسعة من دون أن تترك بصمة مادية[5].

وفي ضوء هذه التحديات السابقة، تبرز الحاجة إلى تقييم جديد لوضع المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة؛ وذلك من خلال الجمع بين الإطار القانوني النظري والتحليل الميداني العملي، واستكشاف ما إذا كانت القواعد القائمة حاليًا كافية لحماية المدنيين، أم أنها فعليًّا تحتاج إلى تطوير في ضوء تغير أنماط الحرب.

ثانيًا: أهمية البحث

تنبع أهمية هذا البحث من كونه يتناول أحد أبرز الإشكالات الراهنة في تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، والمتمثلة في تعدّد الفاعلين، وتداخل صفاتهم القانونية، وهذا واقع تجسّد بوضوح – مثلًا – في عدد من النزاعات المسلحة، مثل النزاع في السودان واليمن وليبيا وسورية... وغيرها. فالبيئات الهجينة التي يتشابك فيها الفاعلون الدوليون وغير الدوليين، إلى جانب تدخل أطراف خارجية، ووجود جماعات مسلحة متباينة الأهداف والهيكلة، تُحدِث تحديًا حقيقيًا لمنظومة حماية المدنيين، وتفعيل قواعد المسؤولية الدولية. ومن ثمّ يسعى هذا البحث، إلى الإسهام في سدّ فجوة معرفية وقانونية تتعلق باختبار فعالية القواعد الإنسانية في سياقات معقدة يغيب فيها الوضوح النظامي التقليدي للنزاعات المسلحة.

ثالثًا: إشكالية البحث وأسئلته

تتمثل الإشكالية الأساسية لهذا البحث، في السؤال التالي: إلى أي مدى لاتزال قواعد القانون الدولي الإنساني – في صيغتها التقليدية – قادرة على ضمان حماية فعّالة للمدنيين في بيئة النزاعات الهجينة، في ظل التداخل المتزايد بين الفاعلين، وتحوّل أنماط

(5) ICRC, The Roots of Restraint in War, Geneva, 2018, pp.55-62.

القتال، وتراجع قابلية التمييز بين المقاتل والمدني؟

وتكمن أهمية هذه الدراسة في اختبار مدى كفاية الإطار القانوني القائم في مواجهة هذا النمط المُستجدّ من النزاعات، وتحديد حدود فعّاليته العملية وليس فقط المعيارية.

وتتفرّع عن هذا السؤال مجموعة من الأسئلة الفرعية، من أبرزها:

- كيف يسهم تضارب صفة المقاتل بين الفاعلين النظاميين وغير النظاميين في إرباك تطبيق قواعد القتال؟
- ما أثر التدخلات الإقليمية والدولية في إعادة تشكيل منظومة الفاعلين داخل النزاع وتغيير طبيعة الالتزامات القانونية؟
- إلى أيّ حد يؤدي غياب الوضوح في تحديد المسؤولية القانونية إلى إضعاف آليات المساءلة عن الانتهاكات الجسيمة؟
- وكيف يمكن التوفيق بين قواعد القانون الدولي الإنساني وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مثل هذه البيئات المركبة؟

رابعًا: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحليل مدى فعّالية قواعد القانون الدولي الإنساني في حماية المدنيين في النزاعات الهجينة، والكشف عن أوجه القصور في التطبيق العملي، واقتراح مسارات لتعزيز فعّاليته في ضوء التطورات الميدانية والتكنولوجية.

ويسعى البحث إلى:

- توضيح المفهوم القانوني للفاعل في النزاعات المسلحة الحديثة.
- بيان أثر تداخل الفاعلين الدوليين وغير الدوليين في تعقيد تطبيق القواعد الإنسانية.
- تحليل المسائل المتعلقة بالمسؤولية القانونية والصفة القتالية في النزاعات المركبة.
- إبراز التحديات الناشئة عن تقاطع القانون الدولي الإنساني مع القانون الدولي لحقوق الإنسان في السياقات الهجينة.
- تقديم قراءة تحليلية تمكّن من تقييم فعالية المنظومة القانونية الدولية، واقتراح مسارات تطوير محتملة.

خامسًا: منهج البحث

يعتمد البحث منهجًا يجمع بين التحليل القانوني المعياري والاستقراء الميداني العملي. كما يقوم البحث على منهج دراسة الحالة، بوصفه منهجًا فعالًا في تفسير الظواهر القانونية المعقدة، مع الاستعانة بالمصادر الأممية والتقارير الدولية والتفسيرات الفقهية، والقرائن العملية التي تبرز التحديات الماثلة أمام تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة.

سادسًا: خطة البحث

سيُقسَّم البحث إلى مبحثين رئيسيين، على النحو التالي:

المبحث الأول: الإطار القانوني لحماية المدنيين في النزاعات الهجينة

المبحث الثاني: حماية المدنيين في النزاعات الهجينة .. التحديات والآليات العملية

المبحث الأول

الإطار القانوني لحماية المدنيين في النزاعات الهجينة

يُمثِّل البحث في الإطار القانوني لحماية المدنيين في النزاعات الهجينة مدخلًا تحليليًّا دقيقًا لواحدة من أكثر القضايا إلحاحًا في القانون الدولي المعاصر؛ حيث تتقاطع الاعتبارات القانونية مع المآسي الإنسانية التي تخلّفها أنماط الصراع المستحدثة؛ فمع التحول المتسارع في طبيعة النزاعات المسلحة، لم يعد المدنيون بمنأى عن آثار العمليات العدائية، بل أصبحوا – في كثير من الأحيان – في صلبها، يواجهون أشكالًا مركّبة من العنف، تتجاوز حدود التصنيفات التقليدية للحرب والسلم. ومن ثَمّ تبرز الحاجة الملحّة إلى تأصيل الإطار القانوني الذي يحكم حمايتهم، واستجلاء مدى كفاية قواعد القانون الدولي الإنساني في مواجهة هذه التحولات، سواء من حيث بنيته المعيارية، أو من حيث قابليته للتكيّف مع واقع النزاعات الهجينة وتعقيداتها.

وانطلاقًا من ذلك، يتناول هذا المبحث، في مطلبه الأول، الإطار المعياري أو المفاهيمي للقانون الدولي الإنساني بوصفه المرجعية القانونية المركزية لحماية المدنيين، ثم ينتقل في المطلب الثاني إلى بحث إشكالية تكييف هذه القواعد مع خصوصية النزاعات الهجينة وما تفرضه من تحديات تطبيقية، وصولًا إلى المطلب الثالث الذي يعالج أوجه التفاعل والتكامل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، بما يتيح بناء منظومة حماية أكثر شمولًا وفعالية. وعلى امتداد هذا التحليل، يظل البعد الإنساني حاضرًا بوصفه الغاية النهائية لكل اجتهاد قانوني؛ حيث لا تنفصل القواعد عن الغاية التي وُضعت من أجلها، وهي صون الكرامة الإنسانية، والتخفيف من وطأة المعاناة في أحلك الظروف.

المطلب الأول

الإطار المعياري أو المفاهيمي للقانون الدولي الإنساني

يُشكّل القانون الدولي الإنساني، المعروف أيضًا بالقانون الإنساني الدولي، الإطار القانوني الرئيس الذي يهدف إلى تنظيم سلوك الأطراف في النزاعات المسلحة وحماية الأفراد الذين لا يشاركون مباشرة في الأعمال القتالية، بما في ذلك المدنيون والمقاتلون العاجزون عن القتال. يتسم هذا القانون بطابع تطوري، نشأ من المبادئ التقليدية للمعاملة الإنسانية في الحرب، وتبلور – بشكل رسمي – من خلال اتفاقيات جنيف الأربع للعام

1949، والتي تمثل الركيزة الأساسية للالتزام الدولي بحماية المدنيين، والجرحى، وأسرى الحرب، بالإضافة إلى تنظيم وسائل وأساليب الحرب لمنع التدمير العشوائي للأعيان المدنية[6].

تتسم هذه الاتفاقيات بدقة عالية في تنظيم القواعد المتصلة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة التي عالجتها في اتفاقياتها الأربع؛ إذ تحدد واجبات ومسؤوليات الأطراف المتحاربة بطريقة واضحة وجلية، وتشمل حماية المدنيين من الهجمات المباشرة أو الأعمال الانتقامية، وضمان معاملة الجرحى والمرضى بشكل إنساني، ووضع أسس معاملة أسرى الحرب بما يحفظ كرامتهم، وتنظيم استخدام الأسلحة لضمان عدم التسبب في أضرار غير متناسبة للمدنيين أو البيئة المدنية. ثم جاءت الخطوة الحاسمة والمهمة في هذا السياق عقب اعتماد البروتوكولين الإضافيين للعام 1977؛ فقد أسهم هذان البروتوكولان في تعزيز الحماية المقرر للمدنيين والمنشآت والأعيان المدنية بشكل كبير. فقد ركز البروتوكول الأول على تنظيم النزاعات المسلحة الدولية؛ حيث تضمن الباب الأول منه قاعدة مهمة لشعوب ما يسمى دول العالم الثالث ومناضلي حروب التحرير تؤكد اعتبار هذه الحروب من قبيل النزاعات المسلحة الدولية[7]. أما البروتوكول الثاني فقد خُصِّصَ للمنازعات المسلحة غير الدولية؛ حيث جاء هذا البروتوكول ليكمل ما ورد في المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع للعام1849[8]، ونص صراحةً على

(6) ICRC, The Geneva Conventions of 1949 and Their Additional Protocols, Geneva, 2016, pp.10-50.

(7) انظر نص المادة الأولى من البروتوكول الأول للعام 1977. مخلد الطراونة، الوسيط في القانون الدولي الإنساني، دار البديل للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، 2023، ص53 و54.

(8) جاء في نص المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الأربع للعام 1949 ما يلي: في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق ـ كحد أدني ـ الأحكام التالية:

1- الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، من دون أي تمييز ضار يقوم علي العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد، أو الثروة، أو أي معيار مماثل آخر.

ولهذا الغرض، تُحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقي محظورة في جميع الأوقات والأماكن:

أ- الاعتداء علي الحياة والسلامة البدنية، خاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب.

ب- أخذ الرهائن.

جـ- الاعتداء علي الكرامة الشخصية، خصوصًا المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

د- إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات من دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلًا قانونيًّا، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة.

2- يُجمَع الجرحى والمرضي ويُعتنَي بهم.

أنه يطبق على النزاعات التي تدور على إقليم إحدى الدول الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة، أو جماعات نظامية مسلحة أخرى، وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وتستطيع تنفيذ هذا البروتوكول.

إن تبني هذين البروتوكولين أسهما – كما ذكرنا – في توسيع نطاق القانون ليشمل النزاعات المسلحة غير الدولية، وهذا – بلا شك – عنصر جوهري لفهم طبيعة النزاعات المسلحة المعاصرة، خصوصًا النزاعات الهجينة؛ حيث غالبًا ما يكون الصراع أو النزاع المسلح داخل حدود الدولة، مع مشاركة فاعلين غير نظاميين يستدعي ضرورة تكييف قواعد القانون الدولي الإنساني؛ لتكون فعالة في حماية المدنيين ضمن بيئات نزاع مسلح غير تقليدية.[9] ومع ذلك، يُلاحَظ – من خلال الممارسة الدولية – أن هذا التطور المعياري – على أهميته – لم يواكبه بالقدر ذاته تطور في آليات التطبيق، لا سيما في النزاعات الهجينة التي تتّسم بتعدد الفاعلين وغموض البنية القتالية، وهو ما يثير تساؤلًا مشروعًا عن مدى كفاية الإطار القانوني القائم لضمان حماية فعّالة للمدنيين في مثل هذه السياقات المعقدة.

وتجب الإشارة إلى أنّ للقانون الدولي الإنساني تعريفات عدة لا مجال لذكرها أو الخوض فيها، ولكننا نكتفي بذكر بعض منها، فقد عرَّفه جان بكتيه بأنه «مجموعة القواعد القانونية الدولية المكتوبة أو العرفية التي تكفل احترام الفرد ورفاهيته». أما عامر الزمالي فقد عرَّفه بأنه «فرع من فروع القَانُون الدَّولي العام تهدف قواعده العرفية والمكتوبة إلى حماية الأشخاص المتضررين في حالة نزاع مُسلَّحَ، كما تهدف إلى حماية الأموال التي ليست لها علاقة مباشرة بالعمليات العسكرية»[10].

أما اللجنة الدولية للصليب الأحمر فقد عرَّفته بأنه: «مجموعة القواعد الدوليَّة المستمدة من الاتفاقيات أو العرف الرامية – على وجه التحديد – إلى حل المشكلات الإنْسَانية الناشئة بصورة مباشرة عن النزاعات المُسلَّحَة الدوليَّة وغير الدوليَّة، والتي تقيد لأسباب

ويجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع.

وعلي أطراف النزاع أن يعملوا فوق ذلك، عن طريق اتفاقات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها.

وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع.

(9) ICRC, Adapting International Humanitarian Law to Contemporary Conflicts, Geneva, 2020, pp.15-45.

(10) عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدَّولي الإنساني، ط2، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان واللجنة الدوليَّة للصليب الأحمر، 1997، ص7.

إنْسَانية حق أطراف النزاع في استخدام طرق وأساليب الحرب التي تروق لها، أو الأعيان أو الأشخاص الذين تضرروا، أو قد يتضررون بسبب المنازعات المُسلَّحَة[11].

صفوة القول: إن القَانُون الدَّولي الإنْسَاني هو عبارة عن مجموعة من القواعد العرفية أو الاتفاقية التي توفّر الحماية لفئات معينّة من الأفراد والممتلكات، وتحرّم أي هجمات قد يتعرضون لها في أثناء الصراعات المُسلَّحَة، سواء أكانت هذه الصراعات أم النزاعات ذات صفة دوليَّة أو غير دوليَّة. وهذه القواعد أو الأعراف تُستمَد من القَانُون الاتفاقي (قانون جنيف أو القَانُون الاتفاقي للصراعات أو النزاعات المُسلَّحَة) والقَانُون الدَّولي العرفي (قانون لاهاي أو القَانُون الدَّولي العرفي للصراعات أو النزاعات المُسلَّحَة)[12].

ومن نافلة القول أيضًا، الإشارة إلى أن قواعد القانون الدولي الإنساني تقوم على مجموعة من المبادئ الجوهرية التي تشكل الأساس لتطبيقه في جميع النزاعات المسلحة، سواء كانت دولية أو غير دولية، وهو ما يعكس التزام المجتمع الدولي بحماية الأفراد وضمان احترام كرامتهم في أوقات النزاع. يتصدر هذه المبادئ مبدأ التمييز الذي يفرض على الأطراف المتحاربة التمييز في جميع الأوقات بين المقاتلين والمدنيين، وبين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية، بهدف تأمين احترام وحماية السكان المدنيين وعدم توجيه الأعمال العدائية ضدهم.

ويرتبط بهذا، مبدأ التناسب الذي يمنع شن هجمات من شأنها أن تسبب أضرارًا مدنية تفوق الفائدة العسكرية المرجوة، وهو مبدأ أساسي في سياقات النزاعات الهجينة؛ حيث تتداخل خطوط القتال مع المناطق السكنية والمرافق المدنية. كما يُعدّ مبدأ الضرورة العسكرية من الركائز التي تحدد متى وكيف يجوز استخدام القوة في النزاع؛ إذ يقتصر ذلك على ما يحقق هدفًا عسكريًا مشروعًا، دون الإضرار بما لا تستلزمه الضرورة العسكرية من حياة المدنيين أو ممتلكاتهم. بينما يكرّس مبدأ المعاملة الإنسانية وجوب احترام حياة وكرامة جميع الأشخاص المتأثرين بالنزاع، بما في ذلك المدنيون والمقاتلون الذين أصبحوا عاجزين عن القتال، دون أي تمييز من شأنه أن ينال من كرامتهم الإنسانية.

(11) انظر «ما هو القانون الدَّولي الإنساني»، قسم الخدمات الاستشارية للقانون الدَّولي الإنساني، متوافر على موقع اللجنة الدوليَّة للصليب الأحمر، https://www.icrc.org. وانظر أيضًا جان بكتيه، مرجع سابق، ص7-39.

(12) مخلد الطراونة، المدخل لدراسة القَانُون الدَّولي الإنْسَاني، منشورات كلية الشرطة، دولة قطر، 2017، ص23. محمود شريف بسيوني، الإطار العرفي للقانون الإنساني الدَّولي .. التدخلات والثغرات والغموض، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص83 و84.

غير أن تطبيق هذه المبادئ في بيئة النزاعات الهجينة يواجه تحديات عملية جدية؛ إذ إن التداخل بين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية، واستخدام تكتيكات غير تقليدية، يجعل من الصعب – في كثير من الحالات – إعمال مبدأ التمييز وفق معاييره الكلاسيكية، كما يثير إشكالات حقيقية في تقدير التناسب؛ الأمر الذي يكشف عن فجوة بين البناء النظري للقواعد وواقع تطبيقها الميداني.

وتستند هذه المبادئ إلى نصوص واضحة في اتفاقيات جنيف للعام 1949 وبروتوكولاتها الإضافية، والتي تشكل المرجعية القانونية الأساسية للقانون الدولي الإنساني المعاصر، وتُلزم الدول والأطراف المتحاربة باحترام قواعد حماية الأشخاص والأعيان في أثناء النزاعات المسلحة؛ ففي المادة الأولى المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع تُلزم الأطراف باحترام نصوص هذه الاتفاقيات وكفالة احترامها في جميع الظروف، وهو ما يُترجِم التزامًا قانونيًّا دوليًّا واجب التطبيق. ويؤكد البروتوكول الإضافي الأول على مبدأ التمييز في المادة (48) التي تشترط التمييز بين المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ويُمثل هذا النص قاعدة أساسية لتقليل التأثيرات الإنسانية للنزاع على غير المقاتلين.

ويتضمن البروتوكول الإضافي الأول أيضًا نصوصًا تتعلق بمبدأ التناسب؛ إذ ينص على أن الهجمات ينبغي ألا تُحدث أضرارًا مدنية يُتوقع أن تكون غير متناسبة مع الفائدة العسكرية المرجوة. وبالمثل، تُجسِّد المادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع مبدأ المعاملة الإنسانية في النزاعات غير الدولية؛ حيث تلزم جميع الأطراف بضمان معاملة الأشخاص الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية، بمن فيهم الجرحى والمقاتلون غير القادرين على القتال، بكرامة وإنسانية، من دون أي تمييز أو سوء معاملة[13].

(13) في النصوص القانونية المتعلقة بمبادئ التمييز والتناسب والضرورة العسكرية والمعاملة الإنسانية نجد تثبيتًا صريحًا لهذه المبادئ في اتفاقيات جنيف 1949 وبروتوكولها الإضافي الأول للعام 1977؛ ما يعكس مدى التزام القانون الدولي الإنساني بحماية الضحايا وتقنين سلوك الأطراف المتحاربة؛ فمبدأ التمييز منصوص عليه في المادة (48) من البروتوكول الإضافي الأول الذي يعزز وجوب التمييز بين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية، ويُلزم الأطراف بعدم توجيه الهجمات إلا نحو الأهداف العسكرية المشروعة.
كما تشترط المادة (51)(2) من البروتوكول ذاته أن تكون الهجمات موجَّهة فقط ضد الأهداف العسكرية، وتجنب المدنيين والأعيان المدنية، وهو ما يجسد حماية السكان المدنيين من الشروع في استهدافهم. كذلك، يؤكد مبدأ التناسب في المادة (51)(5) من البروتوكول الإضافي الأول أن الأضرار التي تلحق بالمدنيين والأعيان المدنية يجب ألا تكون غير متناسبة مع الفائدة العسكرية المتوقعة من الهجوم، وهو مقياس أساسي لضمان عدم وقوع تدمير أو خسائر مدنية غير مبررة.
أما مبدأ الضرورة العسكرية فيتجسد في المادة (52)(2) من البروتوكول الإضافي الأول، والتي تنص على أنه لا يجوز استهداف الأعيان المدنية إلا إذا كانت تشارك بشكل مباشر في العمليات العسكرية؛

وتؤكد هذه النصوص أن القانون الدولي الإنساني لا يكتفي بتحديد مبادئ مجردة، بل يؤصِّل لها قواعد ملزمة تُلزم الأطراف المتحاربة بضمان التمييز والتناسب والضرورة والمعاملة الإنسانية في كل وقت، بما يعزز حماية الأرواح والممتلكات، ويؤطر ممارسة القوة ضمن حدود القانون الدولي. ومن ثم فإن احترام هذه المبادئ في التطبيق العملي لا يُعد مجرد واجب أخلاقي فقط، بل التزام قانوني دولي يرتبط ارتباطًا وثيقًا بضمان المساءلة القانونية أمام الهيئات القضائية الدولية والوطنية عند وقوع الانتهاكات.

وقد أكدت الممارسة القضائية الدولية هذا الاتجاه؛ حيث قضت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية Tadić بأن قواعد القانون الدولي الإنساني – بما في ذلك المبادئ الأساسية لحماية المدنيين – تنطبق على النزاعات المسلحة غير الدولية، وهو ما يعزز الطابع الشامل لهذه القواعد، لكنه في الوقت ذاته يبرز التحديات المرتبطة بإنفاذها في سياقات نزاع معقدة.

ولكي يكون القانون الدولي الإنساني فعالًا، فإنه يعتمد على مجموعة متنوعة من المصادر، تشمل المعاهدات الدولية، مثل اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية، إضافة إلى اتفاقيات حظر الأسلحة الكيميائية والبيولوجية؛ والقانون العرفي الدولي الذي يعكس الالتزامات المتعارف عليها دوليًا، حتى للدول التي لم تُوقِّع على المعاهدات؛ والسوابق القضائية الدولية، بما في ذلك قرارات محكمة نورمبرغ وبعض المحاكم المؤقتة أو الخاصة الأخرى، مثل: المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، ومحكمة رواند، وكذلك المحكمة الجنائية الدولية الدائمة التي أنشئت بمقتضى نظام روما الأساسي في العام 1998، والتي دخل نظامها حيز النفاذ في العام 2002 [14]، والتي أسهمت في تفسير وتطبيق المبادئ الأساسية للقانون؛ وأخيرًا الممارسات العملية للجان والمنظمات الإنسانية، أبرزها اللجنة الدولية للصليب الأحمر التي أسهمت في تحويل القانون الدولي

ما يحدّد نطاق استخدام القوة في إطار الحاجة العسكرية الفعلية. وفيما يتعلق بمبدأ المعاملة الإنسانية، فإن المادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع للعام 1949 تُلزم الأطراف المتحاربة بمعاملة الأفراد الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية – سواء كانوا من المدنيين أو المقاتلين الجرحى أو الأسرى – بمعاملة إنسانية من دون تمييز أو سوء معاملة، وتُعد هذه المادة قاعدة دنيا تكرّس احترام الكرامة الإنسانية في جميع أنواع النزاعات، انظر: البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لسنة 1949، منشور على الرابط التالي: https://www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details/281، آخر زيارة بتاريخ: 2025/11/18.

(14) لمزيد من التفصيل عن نشأة المحكمة الجنائية والدور المناط بها، انظر: مخلد الطراونة، القضاء الجنائي الدولي: دراسة في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع3، س27، سبتمبر 2003. وانظر أيضًا مخلد الطراونة، المحكمة الجنائية: النشأة والتطور التاريخي، بحث منشور في كتاب صدر عن المؤتمر الذي عقد بجامعة جرش حول القضاء الجنائي الدولي .. الواقع والتحديات، أبريل 2006.

الإنساني من نصوص نظرية إلى أداة عملية على الأرض[15].

ومما لا شكّ فيه، أنّ اللجنة الدولية للصليب الأحمر تؤدي دورًا محوريًّا في ترسيخ هذا الإطار القانوني؛ إذ تقوم بوظائف متعددة تتراوح بين الرصد والمراقبة والتثقيف القانوني للأطراف كافة، وصولًا إلى تقديم التوجيه القانوني للأطراف المتحاربة حول كيفية الامتثال لقواعد القانون الدولي الإنساني. وقد أظهرت الخبرة الميدانية للجنة أن فعالية حماية المدنيين في النزاعات المعقدة والهجينة تعتمد على قدرة الأطراف الإنسانية على التكيف مع بيئات النزاع، ومراقبة الانتهاكات بشكل مستمر، وتقديم التوصيات العملية لضمان تطبيق المبادئ الأساسية، لا سيما التمييز والتناسب والمعاملة الإنسانية[16].

فعلى سبيل المثال، في النزاعات الهجينة التي شهدتها كل من ليبيا وسورية واليمن، أظهرت المراقبة الميدانية للجنة الدولية للصليب الأحمر قدرة القانون الدولي الإنساني على تقديم حماية حقيقية للمدنيين، شريطة تكييف تطبيقه مع واقع الخطوط الأمامية المتغيرة والهجمات غير المباشرة على البنى المدنية، وهو ما يبرز الحاجة إلى آليات تقييم ومساءلة فعالة ومتطورة بهذا الخصوص[17].

ومع ذلك، فإن فعّالية هذه الجهود تظل رهينة بمدى تعاون أطراف النزاع، وهو ما يشكّل قيدًا عمليًّا على الدور الإنساني، خاصة في النزاعات الهجينة التي قد تتّسم بعدم امتثال الفاعلين غير النظاميين للقواعد الدولية؛ الأمر الذي يحدّ من القدرة الفعلية على ضمان حماية شاملة للمدنيين.

إنّ الجمع بين التحليل القانوني الدقيق والخبرة الميدانية العملية يؤكد أن الإطار المعياري للقانون الدولي الإنساني ليس مجرد مجموعة من القواعد النظرية، بل هو أداة ديناميكية قادرة على توجيه السلوك في النزاعات الهجينة المعقدة، شريطة أن يتم تفعيلها وفق استراتيجيات مرنة تتكيف مع الطبيعة المتغيرة للنزاع، وتحافظ على حماية المدنيين، وتقلل من الأضرار الإنسانية غير الضرورية. ومن هذا المنطلق، يشكل الإطار القانوني الدولي نقطة الانطلاق الأساسية لكل دراسة تحليلية تهدف إلى فهم التحديات التي تفرضها النزاعات الهجينة، وكيفية ضمان تطبيق القانون الدولي الإنساني على الأرض، مع الحفاظ على مبدأ الإنسانية كأساس لا يمكن التنازل عنه في جميع الأحوال[18].

(15) International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press, 2005, pp.1-200.

(16) ICRC, SAFE: Security and safety manual for humanitarian personnel, Geneva, 2021, pp.5-50.

(17) Human Rights Watch, Civilians in Hybrid Conflicts, 2021, pp.12-45.

(18) International Review of the Red Cross, Methodological Approaches in Humanitarian Research, 2022, pp.1-30.

في التحليل القانوني والاستراتيجي للنزاعات المسلحة المعاصرة، يُعد مفهوم الحروب الهجينة (Hybrid Warfare) ذا أهمية بالغة؛ إذ يشير إلى أسلوب صراع يتسم باستخدام مزيج متزامن من الوسائل العسكرية التقليدية وغير التقليدية، والإجراءات غير القتالية، لتحقيق أهداف سياسية أو استراتيجية دون اللجوء إلى إعلان حرب صريح. وقد عرَّف الباحث فرانك هوفمان الحرب الهجينة بأنها الاستخدام المتزامن لأنواع متعددة من الحرب من قبل خصوم مرنين ومتقدّمين يدركون أن النزاع الناجح يحتاج إلى أشكال متعددة من الصراع مصمَّمة لتتناسب مع الأهداف في الوقت ذاته، بما في ذلك العمليات العسكرية التقليدية، والحرب غير النظامية، والهجمات المعلوماتية والسيبرانية، والتدخل السياسي والاقتصادي.

ويؤكد التحليل الإستراتيجي أن الحرب الهجينة تمثل دمجًا متناسقًا بين الوسائل القتالية وغير القتالية؛ بغية استغلال نقاط ضعف الخصم، وتوسيع جبهة الصراع إلى ما هو أبعد من الميدان التقليدي. وتأسيسًا على ما تقدَّم، يتبيّن أن الإطار المعياري للقانون الدولي الإنساني، على الرغم من تماسكه النظري واتساع نطاقه، لا يخلو من حدود عملية تظهر بوضوح في سياق النزاعات الهجينة، حيث تتراجع القدرة على الفصل الدقيق بين الحالات القانونية، وتتزايد صعوبة ضمان الامتثال؛ الأمر الذي يستدعي إعادة النظر ليس في المبادئ ذاتها، بل في آليات تفعيلها وتكييفها مع الواقع المتحوّل للنزاعات المعاصرة.

وقد تجلّت مظاهر الحرب الهجينة في عدد من النزاعات الحديثة؛ ففي الأزمة الروسية – الأوكرانية، منذ العام 2014، استُخدمت عمليات متعددة تضم وحدات عسكرية غير معلنة، ودعم جماعات محلية غير نظامية، وهجمات سيبرانية، وحملات معلوماتية للتأثير في الرأيين الداخلي والخارجي، ما أتاح للأطراف توظيف مزيج من الأساليب لتحقيق أهداف جيوسياسية معقدة دون إعلان حرب شاملة في البداية. وتظهر أيضًا في هذا السياق محاولات التأثير عبر الحملات الإعلامية والمعلوماتية على الجمهور الدولي وصناعة الروايات المتنافسة؛ مما يعكس بعدًا من أبعاد الصراع لا يقتصر على المواجهة العسكرية المباشرة.

وبالمثل، فإن النزاع في قطاع غزة، منذ أواخر العام 2023، يعكس أيضًا بعض عناصر الحرب الهجينة؛ إذ تتداخل فيه العمليات العسكرية التقليدية مع الحملات الإعلامية المكثفة، ومحاولات التأثير عبر منصات رقمية، وعمليات نفسية تستهدف الجمهور الدولي والإقليمي، ما يجعله أكثر من مجرد حرب تقليدية بحتة؛ ففي هذا السياق يبرز استخدام وسائل الإعلام والتضليل المعلوماتي كجزء من أدوات الصراع المعاصرة التي

تهدف إلى التحكم في سرديات الأحداث، والتأثير على مواقف الأطراف الدولية، وهو ما يطرح تحديات جديدة أمام القانون الدولي الإنساني في حماية المدنيين، وضرورة احترام معايير التمييز والتناسب والضرورة الإنسانية في بيئة نزاع تمتد فيها الوسائل القتالية إلى ما هو أبعد من الخطوط الأمامية للقتال.

إن فهم الحروب الهجينة، بهذا المعنى، لا يقتصر على مجرد وصف تكتيكات عسكرية معاصرة، بل يتطلب إدراكًا عميقًا لطريقة توظيف الوسائل العسكرية والسياسية والإعلامية والاقتصادية في آن واحد، وكيف تؤثر هذه الأطر المتداخلة في تطبيق القانون الدولي الإنساني، وحماية المدنيين في بيئات نزاع معقّدة ومتغيّرة. وهو ما يقتضي الانتقال إلى بحث التحديات التطبيقية التي تعترض هذه القواعد في النزاعات الهجينة، وهو ما سيتم تناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني

تحدي تكييف القانون الدولي الإنساني للنزاعات الهجينة

تُمثّل النزاعات المسلحة الهجينة، في عصرنا الراهن، تحديًّا جوهريًّا للقانون الدولي الإنساني؛ إذ إنها تتخطى الأطر التقليدية للنزاعات المسلحة، سواء من حيث الأطراف الفاعلة أو أساليب القتال المعتمدة؛ ففي هذه النزاعات، تتداخل خطوط القتال مع المناطق المدنية، ويشارك في النزاع فاعلون غير نظاميين، إلى جانب القوات النظامية؛ ما يؤدي إلى حالة من التعقيد القانوني والعملي غير مسبوقة في النزاعات التقليدية[19]. وبما أنّ القانون الدولي الإنساني يركز على حماية المدنيين والجرحى وأسرى الحرب، فإنه يفرض على الأطراف المتنازعة كذلك الالتزام بمبادئ التمييز والتناسب والمعاملة الإنسانية، لكنه يواجه صعوبة في التطبيق حين تكون الهجمات مبنية على أساليب غير متناسقة، تشمل الهجمات السيبرانية، والأسلحة غير المتماثلة، والتحركات المندمجة بين القوى النظامية وغير النظامية؛ بحيث لا يمكن تحديد المسؤولية بسهولة، أو تنفيذ الإجراءات القانونية التقليدية لمساءلة الانتهاكات[20].

غير أنّ هذا الطرح – برغم دقته الوصفية – يثير إشكالًا أعمق يتمثل في أن القانون الدولي الإنساني لم يُصمَّم أصلًا للتعامل مع هذا النمط المركّب من النزاعات، الأمر الذي يطرح تساؤلًا حول ما إذا كان التحدي يكمن في طبيعة النزاع ذاته، أم في محدودية الأدوات القانونية المتاحة لمواجهته.

(19) ICRC, Hybrid Conflicts: Challenges for International Humanitarian Law, Geneva, 2020, pp.12-40.
(20) Human Rights Watch, Civilians in Hybrid Conflicts, 2021, pp.12-45.

إنّ هذه الطبيعة المركبة للنزاعات الهجينة تجعل من تكييف القانون الدولي الإنساني ضرورة عملية، وليست مجرد مسألة نظرية؛ فالتحدي الأكبر يكمن في ترجمة المبادئ القانونية إلى أفعال واقعية على الأرض، وهو ما يتطلب – في حقيقة الأمر – تعديل الأدوات القانونية لتتناسب مع بيئة النزاع المعقدة والمتغيرة بسرعة. على سبيل المثال، في النزاع الدائر حاليًا في أوكرانيا، أثبتت الهجمات على المدنيين والبنى التحتية الحيوية، مثل المستشفيات والمدارس، أن القانون الدولي الإنساني التقليدي يحتاج إلى آليات رصد وتحليل دقيقة، قادرة على التعامل مع الهجمات غير المباشرة والتأثيرات طويلة المدى على المدنيين[21].

وبالمثل، في النزاع السوري السابق، أظهرت الجماعات غير النظامية قدرة على التكيف مع القانون الدولي الإنساني بطريقة تحاول الالتفاف على القيود التقليدية؛ ما يستلزم تطوير استراتيجيات قانونية وميدانية مبتكرة لضمان حماية المدنيين، مثل إنشاء مناطق آمنة، واستخدام آليات المراقبة المستمرة، وتوظيف تقنيات جمع البيانات للتحقق من الانتهاكات.[22] وقد عكست الاجتهادات القضائية الدولية هذا التعقيد؛ حيث أكدت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، في قضية Tadić أن توصيف النزاع ينبغي ألا يحول دون تطبيق قواعد الحماية الأساسية، وهو ما يدلّ على اتجاه قضائي نحو توسيع نطاق التطبيق، من دون أن يحل ذلك بالكامل إشكالية الامتثال في الواقع العملي.

من الناحية القانونية، يكمن التحدي في كيفية تطبيق القواعد على الفاعلين غير النظاميين الذين غالبًا ما يرفضون الالتزام الصريح بالاتفاقيات الدولية المنطبقة على النزاعات المسلحة. وللتعامل مع هذا الواقع، طورت اللجنة الدولية للصليب الأحمر منهجيات عملية تتضمن التثقيف القانوني الميداني، والمفاوضات مع الأطراف كافة، وتقديم الإرشادات القانونية العملية حول كيفية حماية المدنيين ضمن العمليات الهجينة[23]. هذه المنهجيات تعتمد على فهم دقيق لطبيعة النزاع، والقدرة على تكييف المبادئ القانونية مع الواقع الميداني، بما يتيح تطبيق القانون الدولي الإنساني بطريقة واقعية وفعالة، دون الإخلال بمبادئه الأساسية. ومع ذلك، فإن فعالية هذه المقاربات تظل نسبية؛ إذ تعتمد بشكل كبير على إرادة أطراف النزاع واستعدادها للتعاون، وهو ما يطرح تحديًا حقيقيًّا في النزاعات الهجينة التي تتسم بضعف الهياكل التنظيمية لبعض

(21) ICRC, Adapting International Humanitarian Law to the Ukrainian Context, Geneva, 2022, pp.5-30.

(22) ICRC, Syria: Field Operations and Legal Compliance Reports, Geneva, 2019-2021, pp.10-50.

(23) ICRC, Field Operations Manual: Education and Negotiation in Complex Conflicts, Geneva, 2021, pp.20–60.

الفاعلين، وعدم خضوعهم لالتزامات قانونية واضحة.

بالإضافة إلى ذلك، يتطلب تكييف القانون الدولي الإنساني للنزاعات الهجينة تطوير آليات مبتكرة للرصد والتقييم والمساءلة، فعلى سبيل المثال، يمثل استخدام تقنيات الأقمار الصناعية والطائرات بدون طيار لمراقبة الأضرار على المدنيين، وتوثيق الانتهاكات القانونية بشكل دقيق، خطوة عملية لتفعيل المبادئ القانونية على الأرض، ويعزّز قدرة المنظمات الإنسانية على التدخل بشكل فعال.

كما أنّ هذه الآليات تتيح تقديم الأدلة القانونية أمام المحاكم الوطنية والدولية؛ ما يربط بين المبادئ القانونية والتطبيق العملي، ويجعل من القانون الدولي الإنساني أداة حماية فعلية وليست مجرد نصوص نظرية[24]. غير أنّ الاعتماد المتزايد على الوسائل التقنية يثير بدوره إشكالات قانونية جديدة، تتعلق بمدى حجية الأدلة الرقمية، وحدود استخدامها في إثبات المسؤولية الدولية، فضلًا على المخاطر المرتبطة بإمكان توظيف هذه التقنيات خارج الأطر القانونية. وهو ما يعني أنّ الإشكالية لم تعد تتعلق بوجود القاعدة القانونية، بل بمدى قابليتها للتكيّف مع واقع عملياتي سريع التحول؛ الأمر الذي يكشف عن قصور نسبي في البنية التقليدية للقانون الدولي الإنساني عند مواجهته بأنماط صراع غير متماثلة.

وعلاوة على ما تقدّم، فإنّ تحديات تكييف القانون الدولي الإنساني للنزاعات الهجينة لا تقتصر على الجانب القانوني فقط، بل تمتد لتشمل البعد الإنساني والعملي؛ فالمدنيون غالبًا ما يعيشون في بيئات متغيرة ومتقلبة؛ حيث تتداخل العمليات العسكرية مع الحياة اليومية، وتصبح البنى المدنية أهدافًا مباشرة أو غير مباشرة. في هذا السياق، يتضح أن القانون الدولي الإنساني يجب أن يكون مصحوبًا باستراتيجيات استجابة إنسانية متكاملة، تشمل – على سبيل المثال لا الحصر – الإجلاء، وتوفير المساعدات الإنسانية، وحماية المنشآت الحيوية، والتعاون مع السلطات المحلية لضمان استمرار الخدمات الأساسية.

وهذا يبرز أن التحدي الحقيقي لا يكمن فقط في صياغة قواعد قانونية، بل في ترجمتها إلى إجراءات عملية على الأرض؛ بحيث تصبح حماية المدنيين قابلة للتحقق والتنفيذ. ومع ذلك، فإنّ الواقع الميداني يكشف عن أن المدنيين يظلون – في كثير من الأحيان – خارج نطاق الحماية الفعلية، ليس بسبب غياب القواعد، بل نتيجة قصور في آليات التنفيذ وضعف الاستجابة الدولية، وهو ما يعكس فجوة مستمرة بين الطابع الإنساني للقانون وواقع تطبيقه.

(24) ICRC, Monitoring Civilian Harm in Hybrid Conflicts, Geneva, 2020, pp.15-55.

في النهاية، يوضح تحليل النزاعات الهجينة أن تكييف القانون الدولي الإنساني يتطلب توازنًا دقيقًا بين المبادئ القانونية الثابتة ومرونة التطبيق العملي؛ إذ يمكن للقانون أن يظل مرجعية أساسية، لكنه يحتاج إلى آليات ميدانية ذكية، واستراتيجيات تقييم مستمرة، وتعاون وثيق بين الأطراف الإنسانية والفاعلين المتحاربين، ومن ثَمَّ فإنّ التحدي الحقيقي لا يكمن في إعادة صياغة قواعد القانون الدولي الإنساني بقدر ما يتمثل في تطوير آليات تطبيقه وضمان امتثاله، بما يحوّله من منظومة معيارية إلى إطار فعلي قادر على الاستجابة لتعقيدات النزاعات الهجينة، دون التفريط في جوهره الإنساني.

ومن هذا المنظور يصبح القانون الدولي الإنساني ليس مجرد إطار نظري فقط، بل أداة حية قادرة على حماية المدنيين في أصعب بيئات النزاع، بما يعكس قدرة المؤسسات الإنسانية المختلفة، وعلى رأسها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، على مواجهة التعقيدات القانونية والعملية للنزاعات المسلحة الهجينة بشكل فعّال[25]. وهذا الأمر يستدعي بحث التفاعل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان كآلية محتملة لسدّ هذه الفجوات، وهو ما سيتمّ تناوله في المطلب التالي.

المطلب الثالث

التفاعل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان

إنّ دراسة التفاعل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، في سياق النزاعات الهجينة، تكتسب أهمية متزايدة – كما سبقت الإشارة – نظرًا إلى التداخل المتزايد بين البيئات المدنية والمناطق العسكرية، وظهور أطراف متعددة غير نظامية، ما يجعل حماية المدنيين أكثر تعقيدًا من أي وقت مضى[26]؛ فالقانون الدولي الإنساني، كما سبق توضيحه، يركز على تنظيم السلوك العسكري في أثناء النزاع، وتحديد حقوق وحماية الأفراد المتأثرين مباشرة بالأعمال القتالية، بينما يضع القانون الدولي لحقوق الإنسان إطارًا مستمرًا لحماية الحقوق الأساسية للأشخاص، بغض النظر عن حالة النزاع، ويستمرّ تطبيقه حتى في أثناء النزاعات المسلحة، وفق ما أكده مجلس حقوق الإنسان والأطر القضائية الدولية[27].

(25) ICRC, International Humanitarian Law in Action: Hybrid Warfare Challenges, Geneva, 2021, pp.10-45.

(26) ICRC, The Interplay of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Contemporary Conflicts, Geneva, 2020, pp.10-45.

(27) UN Human Rights Council, Report on the Applicability of Human Rights in Armed Conflicts, Geneva, 2019, pp.5-30.

وقد أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن الجدار العازل (2004) أنّ القانون الدولي لحقوق الإنسان يظل قابلًا للتطبيق إلى جانب القانون الدولي الإنساني في أثناء النزاعات المسلحة، وهو ما يكرّس مبدأ التوازي والتكامل بين النظامين، مع الإقرار بخصوصية كل منهما. وتكمن أهمية دراسة هذا التفاعل في قدرة الأطراف الإنسانية على توظيف كلا النظامين القانونيين بشكل تكاملي؛ بحيث يعزز القانون الدولي الإنساني حماية المدنيين، ويملأ القانون الدولي لحقوق الإنسان الثغرات التي قد تنشأ عند التعامل مع انتهاكات شديدة التعقيد أو غير تقليدية.

ولا شكّ في أنّ هذا التفاعل يصبح في النزاعات الهجينة أكثر تعقيدًا بسبب الطبيعة المختلطة للأعمال العدائية؛ حيث تختلط الأساليب العسكرية التقليدية مع العمليات غير النظامية، وتحدث الانتهاكات في مناطق مأهولة بالمدنيين؛ ما يجعل من الصعب تطبيق القواعد القانونية الصارمة، أو فصل نطاق تطبيق كل نظام قانوني بشكل قاطع[28]، وهو ما يكشف عن قصور في المقاربات التقليدية التي تفترض إمكان الفصل الواضح بين حالتي السلم والنزاع، في حين أنّ النزاعات الهجينة تفرض واقعًا قانونيًا رماديًا تتداخل فيه الاختصاصات والمعايير بشكل يصعب معه تحديد النظام القانوني الأجدر بالتطبيق في كل حالة؛ فقد أظهرت التجارب في بعض النزاعات المسلحة، مثل النزاع السابق في سورية واليمن، والنزاع المسلح الحالي في قطاع غزة وأوكرانيا أنّ المدنيين غالبًا ما يعانون آثارًا مزدوجة، أولًا: الانتهاكات المباشرة لأحكام القانون الدولي الإنساني، مثل الهجمات على المستشفيات والمدارس. وثانيًا: انتهاكات حقوق الإنسان الأساسية، مثل الحق في الحياة، والتعليم، والصحة والتنقل والعيش الكريم أو اللائق، والتي تتفاقم نتيجة استمرار النزاع المسلح بين الأطراف وتدهور البنية التحتية[29]. ومن هنا، فإن فهم التفاعل بين النظامين القانونيين يصبح ضرورة عملية، ليس فقط على المستوى النظري، بل لتصميم استراتيجيات حماية فعالة على الأرض لحماية هذه الفئة من الناس، وصون المنشآت والأعيان المدنية التي ترتبط بحياتهم.

يشمل هذا التفاعل عدة أبعاد عملية، منها تحديد المسؤولية والمساءلة؛ ففي النزاعات الهجينة، قد يكون من الصعب تحديد المسؤول عن الانتهاكات؛ فالقانون الدولي الإنساني يفرض على الأطراف الالتزام المباشر بمبادئ التمييز والتناسب، بينما يوفر القانون الدولي لحقوق الإنسان آليات قضائية ومراقبة أكثر مرونة؛ ما يسمح بالتحقيق في الانتهاكات من قبل محاكم مدنية أو منظمات دولية، حتى إذا لم يكن الفاعل طرفًا

(28) ICRC, Hybrid Warfare and Legal Challenges, Geneva, 2021, pp.12- 40.

(29) Human Rights Watch, Civilian Protection in Syria and Yemen, 2021, pp.15-60.

نظاميًّا[30]. ومع ذلك، فإنّ هذا التداخل لا يزيل الإشكال المتعلق بتحديد المسؤولية القانونية بشكل دقيق؛ إذ قد يؤدي تعدّد الأطر القانونية إلى تشتت آليات المساءلة بدل توحيدها، خاصة في ظل غياب جهة دولية موحدة مختصة بالنظر في جميع الانتهاكات ضمن سياق النزاعات الهجينة.

إنّ هذا التداخل القانوني يتيح للأطراف الإنسانية، مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، استخدام نهج مزدوج يجمع بين الرصد الميداني المباشر وفق القانون الدولي الإنساني، وتحليل الانتهاكات وفق معايير حقوق الإنسان، بما يسهم في تقديم حماية متكاملة للمدنيين[31]. غير أنّ هذا الطرح التكاملي، على أهميته، لا يخلو من إشكاليات نظرية وعملية؛ إذ يثير مسألة أولوية التطبيق بين النظامين القانونيين، وحدود كلّ منهما، خاصة في الحالات التي قد تتعارض فيها الاعتبارات الأمنية مع مقتضيات حماية حقوق الإنسان، وهو ما يجعل هذا التفاعل في بعض الأحيان مصدر تعقيد إضافي، بدلًا من كونه حلًّا قانونيًّا واضحًا.

إضافة إلى ذلك، يبرز التفاعل بين النظامين القانونيين كعامل حاسم في تكييف الأساليب والممارسات العملية خلال النزاعات الهجينة؛ فقد أظهرت التجارب في النزاع الليبي، على سبيل المثال، أن تعزيز التوعية القانونية بين القوات النظامية والجماعات المسلحة غير النظامية، وإشراك المجتمعات المحلية في المراقبة والإبلاغ عن الانتهاكات، ساعد في تعزيز الامتثال لقواعد القانون الدولي الإنساني، وفي الوقت ذاته دعم حماية الحقوق المدنية الأساسية، مثل حرية التنقل والوصول إلى المساعدات الإنسانية[32].

ويشير هذا إلى أن التفاعل بين النظامين القانونيين ليس فقط أداة قانونية، بل يمثل استراتيجية حماية متكاملة، تعتمد على الجمع بين الالتزام القانوني والممارسات الإنسانية العملية. وفي هذا السياق، يمكن تأطير هذا التفاعل ضمن نموذج تحليلي يقوم على ثلاثة مستويات، مستوى معياري: يعكس القواعد القانونية لكل من النظامين. ومستوى وظيفي: يحدد كيفية توزيع الأدوار بينهما في التطبيق. ومستوى تكاملي: يهدف إلى سدّ الفجوات وتحقيق أقصى حماية ممكنة للمدنيين، وهو ما يسمح بفهم أكثر دقة لديناميات الحماية في النزاعات الهجينة.

(30) ICRC, Accountability Mechanisms in Complex Conflicts, Geneva, 2022, pp.10-35.

(31) International Committee of the Red Cross. International humanitarian law and human rights law. Retrieved from https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/ihl-and-ihrl.pdf , last accessed: 28/11/2025.

(32) ICRC, Libya: Field Operations Reports 2019-2021, Geneva, pp.20-50.

ترتيبًا على ما تقدّم، يمكن القول إنّ الدمج الفعلي بين القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان يوفر أداة قوية للتكيف مع النزاعات الهجينة، فهو يتيح للأطراف الإنسانية تقديم حماية شاملة، بدءًا من الوقاية المباشرة للمدنيين، وصولًا إلى ضمان محاسبة الفاعلين على الانتهاكات، سواء على المستوى العسكري أو المدني. كما أن هذا التفاعل القانوني يعزز قدرة اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمات المجتمع المدني على تصميم برامج حماية واستجابة مرنة، مبنية على تحليل المخاطر المستمر، وتقييم التأثيرات الإنسانية طويلة المدى[33].

ويؤكد هذا النهج أن حماية المدنيين في النزاعات الهجينة تتطلب فهمًا دقيقًا للكيفية التي يمكن بها للقواعد القانونية المختلفة أن تعمل جنبًا إلى جنب لتوفير حماية حقيقية وفعّالة، بعيدًا عن النظر إلى كل نظام قانوني على أنه مستقل أو مكتفٍ بذاته. إلا أنّ الواقع الميداني يبيِّن أن هذا التكامل – على الرغم من أهميته النظرية – لا ينعكس دائمًا في صورة حماية فعلية للمدنيين الذين يظلون عرضة لانتهاكات مركّبة تتجاوز – في كثير من الأحيان – قدرة الأطر القانونية القائمة على الاستجابة الفورية والفعّالة.

وفي الختام، يظهر من خلال دراسة التفاعل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان أن النزاعات الهجينة لا توفر بيئة بسيطة لتطبيق القواعد القانونية، بل تتطلب نهجًا تكامليًّا يجمع بين الصرامة القانونية والمرونة العملية، مع استراتيجيات مستمرة للرصد والتقييم والمساءلة. ومن خلال هذا الدمج القانوني والعملي، يمكن تحويل المبادئ القانونية إلى أدوات فعالة لحماية المدنيين في أصعب الظروف، مع ضمان أن يبقى القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان مرجعًا حيًّا وفعالًا، لا مجرد نصوص نظرية، في مواجهة تعقيدات النزاعات الحديثة[34]. ومن ثم، فإنّ التفاعل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان لا ينبغي النظر إليه على أنه حل نهائي، بقدر ما هو إطار ديناميكي يحتاج إلى تطوير مستمر؛ بما يضمن الانتقال من مجرد التوازي بين النظامين إلى تكامل فعلي قادر على الاستجابة لتعقيدات النزاعات الهجينة، وتحقيق حماية حقيقية ومستدامة للمدنيين.

(33) International Review of the Red Cross, Integrated Approaches to Civilian Protection in Hybrid Conflicts, 2022, pp.1-40.

(34) ICRC, Law in Action: Humanitarian Protection in Contemporary Warfare, Geneva, 2021, pp.15-55.

المبحث الثاني
حماية المدنيين في النزاعات الهجينة
التحديات والآليات العملية

يندرج هذا المبحث في صميم الإشكالية التطبيقية لحماية المدنيين في النزاعات الهجينة؛ حيث لا يكفي استجلاء الإطار القانوني النظري بقدر ما تفرضه الضرورة العلمية والإنسانية من تفكيك التحديات الواقعية التي تعترض إنفاذه، والبحث في الآليات الكفيلة بتحويله إلى حماية ملموسة على الأرض؛ فالتجربة المعاصرة للنزاعات المسلحة تكشف بوضوح عن أن الفجوة بين القاعدة القانونية والتطبيق العملي لاتزال قائمة، بل وتتسع في البيئات القتالية المركّبة التي تتداخل فيها الأبعاد العسكرية والتكنولوجية والإنسانية، ويغدو فيها المدنيون هم الحلقة الأضعف في معادلة الصراع.

ومن ثمّ، فإن دراسة حماية المدنيين في هذا السياق لا تقتصر على تحليل نصوص القانون الدولي الإنساني، بل تمتد إلى اختبار قدرته على الاستجابة الفعلية لمخاطر متغيرة، تتجاوز في طبيعتها الحدود التقليدية للنزاعات المسلحة، وتضع المبادئ الأساسية – وفي مقدمها التمييز والتناسب والإنسانية – أمام تحديات غير مسبوقة.

وانطلاقًا من هذا التصور، يتناول هذا المبحث – في مطلبه الأول – إشكاليات تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة، من حيث تعقيد البيئة العملياتية، وتعدد الفاعلين، وصعوبة تحديد المسؤوليات، بما ينعكس مباشرة على فعالية الحماية المقررة للمدنيين. ثم ينتقل في المطلب الثاني إلى بحث الآليات العملية التي طوّرتها الممارسة الدولية، لا سيما عبر العمل الإنساني الميداني، لتحويل المبادئ القانونية إلى إجراءات واقعية قادرة على الحد من الأضرار وضمان استمرارية الحياة المدنية في ظل النزاع.

أما المطلب الثالث، فيُعنى باستشراف التحديات المستقبلية وسبل تعزيز فعالية القانون الدولي الإنساني، في ضوء التحولات التكنولوجية المتسارعة وتنامي أنماط الصراع غير التقليدية. وعلى امتداد هذا البناء التحليلي، يظل البعد الإنساني حاضرًا بوصفه جوهر الحماية وغايتها؛ إذ لا تُقاس قيمة القواعد القانونية بصرامتها المجردة، بل بمدى قدرتها على صون حياة الإنسان وكرامته في أكثر اللحظات هشاشة وقسوة.

المطلب الأول

إشكاليات تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة

تواجه حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة تحديات غير مسبوقة، تتجاوز حدود النزاعات المسلحة التقليدية، نتيجةً لتداخل أطراف متعددة، تشمل القوى النظامية والفصائل المسلحة غير النظامية، وامتداد الأعمال العدائية إلى المناطق المدنية بشكل متكرر ومتقاطع؛ ما يضاعف من تعقيد ضمان الحماية القانونية والإنسانية. وفي ظل هذا السياق المتحوّل، لم تعد قواعد القانون الدولي الإنساني، المصمَّمة أساسًا لحماية المدنيين وضبط استخدام القوة المسلحة، تعمل في بيئة مستقرة أو تقليدية، بل أصبحت تُختبَر في مواجهة أشكال مستحدثة من النزاعات تتجاوز الإطار الكلاسيكي للحرب، وتشمل الفضاء السيبراني، وأنماط الصراع غير المتماثل، والاعتداءات المركّبة التي تستهدف البنى التحتية المدنية الحيوية.

وفي موازاة ذلك، يضطلع القانون الدولي لحقوق الإنسان بدور تكميلي يتجاوز البعد الإجرائي للحماية؛ إذ يرسّخ استمرارية التمتع بالحقوق الأساسية، وعلى رأسها الحق في الحياة والصحة والتعليم، حتى في أحلك ظروف النزاع. ويترتب على هذا التداخل بين النظامين القانونيين تحدٍّ عملي يتمثل في القدرة على ترجمة القواعد المعيارية المجرّدة إلى آليات حماية فعّالة قادرة على الاستجابة لتعقيد النزاعات الهجينة ومتطلبات الواقع المعاصر[35].

وانطلاقًا من ذلك، تقوم هذه الدراسة على فرضية مفادها أنّ قصور حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة لا يرجع إلى نقص في القواعد القانونية ذاتها، بقدر ما يرتبط بضعف آليات التفعيل العملي، وتعقيد بيئة النزاع، وتعدّد الفاعلين، وهو ما يستدعي تطوير أدوات تطبيقية مرنة تواكب هذا التحول في طبيعة النزاعات.

ويتمثل التحدي الأساسي في كيفية تفعيل القانون الدولي الإنساني على الأرض بطريقة عملية وواقعية؛ بحيث تُترجَم المبادئ القانونية المجردة، مثل التمييز والتناسب والمعاملة الإنسانية، إلى إجراءات ملموسة تحمي المدنيين من الأذى المباشر وغير المباشر. وقد أظهرت التجارب الميدانية في أثناء فترة النزاع السوري السابق أن المدنيين يتعرضون لمخاطر مزدوجة، تشمل الهجمات المباشرة على المنازل والمستشفيات، والتأثيرات الطويلة الأمد، مثل انقطاع الخدمات الأساسية ونقص الغذاء والمياه النظيفة،

(35) UN Human Rights Council, Applicability of Human Rights in Armed Conflicts, Geneva, 2019, pp. 5-35.

ما يبرز الحاجة إلى آليات مرنة ومتكاملة للتدخل، تعتمد على الجمع بين الرصد الميداني المستمر، وتقييم الأضرار، وتقديم التوجيهات العملية للأطراف كافة للحد من المخاطر على المدنيين[36].

وفي السياق ذاته، تكشف النزاعات السابقة، في كل من ليبيا واليمن، أن مجرد وجود قواعد قانونية صارمة لا يكفي، بل يلزم تطوير إستراتيجيات تكييفية تتضمن التفاوض مع الأطراف المتحاربة، وتحفيز الالتزام بالمبادئ الإنسانية، واستخدام الأدوات التقنية الحديثة لمراقبة الانتهاكات، وضمان مساءلة الفاعلين على المستويين المحلي والدولي لحماية المدنيين وتوفير البيئة المناسبة لهم[37].

وقد أكدت الاجتهادات القضائية الدولية هذه المبادئ؛ حيث قضت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية Prosecutor v. Tadić بأنّ قواعد القانون الدولي الإنساني – لا سيما مبدأ التمييز – تُعد قواعد عرفية ملزمة تنطبق في النزاعات الدولية وغير الدولية على حد سواء، بما يعزز من عالمية هذه القواعد وامتدادها إلى النزاعات الهجينة. كما شددت المحكمة على أنّ صعوبة تحديد طبيعة النزاع أو أطرافه لا تعفي من الالتزام بالقواعد الأساسية لحماية المدنيين.

كما تتضمن الآليات العملية لحماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة التي تعتمدها اللجنة الدولية للصليب الأحمر التقييم المستمر للمخاطر الإنسانية، وتصميم استراتيجيات استجابة عاجلة، وتنسيق المساعدات الإنسانية بطريقة تقلل التعرض للخطر؛ فهذه الآليات لا تهدف فقط إلى التخفيف من الأضرار، بل أيضًا إلى تمكين المدنيين من الوصول إلى الخدمات الأساسية بشكل آمن، والحفاظ على كرامتهم الإنسانية، وهو ما يعكس جوهر القانون الدولي الإنساني كأداة قابلة للتطبيق في بيئات عملية معقدة.

ويبرز هذا النهج في حالات مثل النزاع القائم الآن في أوكرانيا؛ حيث تم استخدام تقنيات الأقمار الصناعية والطائرات من دون طيار لتقييم الخطر على المدنيين، وتوجيه عمليات الإجلاء والإغاثة، بما يعكس دمج القانون الدولي الإنساني مع أدوات عملية حديثة لحماية السكان المدنيين.

من جانب آخر، فإن النزاعات المسلحة الهجينة تفرض تحديات على صعيد آليات المساءلة والمحاسبة، وهو عنصر جوهري لضمان حماية المدنيين على المدى الطويل؛ ففي ظل تعدد الفاعلين وانخراط بعضهم في مثل هذه النزاعات، وصعوبة تحديد المسؤولية،

(36) ICRC, Syria: Civilian Protection and Field Operations, Geneva, 2019-2021, pp. 20-60.

(37) ICRC, Libya and Yemen: Practical Approaches to Civilian Safety, Geneva, 2020–2021, pp. 15-55.

يصبح من الضروري تطوير أنظمة متكاملة لمراقبة الانتهاكات، تشمل الجمع بين الرصد الميداني، وتحليل الأدلة، واستخدام آليات قانونية وطنية ودولية فعالة لضمان مساءلة كل من ينتهك قواعد القانون الدولي الإنساني أو حقوق الإنسان[38].

ويظهر التطبيق العملي لهذا النهج في النزاع السابق في ليبيا؛ حيث تم توثيق الانتهاكات على المستوى المحلي والدولي، مع دعم جهود المجتمع المدني والمنظمات الإنسانية لتقديم الأدلة، وإحالتها على المحاكم المختصة؛ بما يعكس قدرة القانون الدولي الإنساني على التحول إلى أداة عملية لحماية المدنيين، وليس مجرد نصوص نظرية. وبمزيد تفصيل القول في النزاع الليبي، أظهرت التجربة مدى أهمية التوثيق المنهجي للانتهاكات كآلية محورية لتحويل القانون الدولي الإنساني من إطار نظري إلى أداة عملية لحماية المدنيين ومحاسبة المسؤولين.

منذ اندلاع النزاع في العام 2011، لم يقتصر جمع المعلومات على الجهات الدولية فقط، بل كان للمجتمع المدني المحلي دور حاسم في رصد الانتهاكات الميدانية وتوثيقها بشكل دقيق؛ فقد قامت منظمات محلية ودولية متخصصة بتسجيل شهادات الضحايا والشهود، وتوثيق حالات التعذيب والاعتقالات التعسفية والاختفاء القسري، إضافة إلى الاعتداءات على البنية التحتية المدنية الحيوية.

هذه العمليات لم تكن مجرد تسجيل للأحداث، بل اشتملت على تحليل قانوني دقيق لتحديد ما إذا كانت الانتهاكات ترتقي إلى جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية، وهو ما يعكس استيعاب المجتمع المدني العميق لمبادئ القانون الدولي الإنساني وتطبيقها في الواقع المعقد للنزاع.

ومع ذلك، يثير هذا النموذج إشكالية نقدية جوهرية، تتمثل في أنّ الاعتماد المتزايد على التوثيق والمساءلة اللاحقة، برغم أهميته، لا يضمن بالضرورة حماية فورية للمدنيين في أثناء النزاع؛ فالقانون الدولي الإنساني، في صورته الحالية، يميل إلى الطابع التفاعلي أكثر من الوقائي؛ ما يكشف عن فجوة بين الردع القانوني والزمن الفعلي للانتهاك، وهو ما يطرح تساؤلًا عن مدى كفاية الآليات التقليدية في مواجهة أنماط العنف السريع والمعقد في النزاعات الهجينة.

إضافة إلى ذلك، قامت الآليات الأممية، وعلى رأسها فرق تقصي الحقائق التابعة للأمم المتحدة، بإجراء تحقيقات ميدانية دقيقة، شملت مقابلات مع الضحايا والشهود، وزيارات للمواقع المتأثرة بالنزاع، وجمع الأدلة المادية، لإعداد تقارير مفصلة يمكن أن

(38) ICRC, Accountability Mechanisms in Complex Conflicts, Geneva, 2022, pp.15-45.

تُستخدَم لاحقًا أمام المحاكم الدولية أو الوطنية المختصة. وقد أسهم هذا التعاون بين المجتمع المدني والآليات الأممية في بناء قاعدة أدلة قوية وموثوقة، يمكن أن تتحول إلى أدوات قانونية فعّالة للمساءلة.

على المستوى القضائي، برز دور المحكمة الجنائية الدولية بوضوح في هذا السياق، حيث أحال مجلس الأمن الوضع الليبي على مكتب المدعي العام للمحكمة بموجب القرار 1970 للعام 2011، ما أتاح فتح تحقيقات دقيقة بشأن جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية مرتكبة منذ بداية النزاع.

وقد اعتمد مكتب المدعي العام على المعلومات المجمعة من قبل المنظمات المدنية والأمم المتحدة لتقديم ملفات متكاملة، أدت إلى إصدار مذكرات توقيف بحق مسؤولين مشتبه في ارتكابهم هذه الجرائم. إن هذه العملية تُظهر بجلاء أن المحاكم الدولية ليست مجرد هيئات رمزية، بل تمثل حلقة تطبيقية حيوية؛ حيث يتم تحويل الأدلة الميدانية والتحقيقات القانونية إلى إجراءات قضائية فعلية تهدف إلى محاسبة المسؤولين وضمان حقوق الضحايا[39].

كما أن التفاعل بين التوثيق المحلي والتحقيقات الدولية أثبت أنه يمكن استخدام القانون الدولي الإنساني أداةً واقعية لتعزيز الحماية، حتى في بيئات النزاع المعقدة؛ حيث غالبًا ما تعجز السلطات الوطنية عن متابعة الانتهاكات بسبب التحديات الأمنية والسياسية[40]. وقد شهدت التجربة الليبية أيضًا محاولات لإحالة هذه الأدلة على المحاكم الوطنية، برغم الصعوبات الإجرائية وقلة الاستقرار القانوني؛ ما يؤكد أهمية دعم آليات العدالة الدولية في سياق النزاعات الداخلية.

إن خلاصة هذه التجربة تؤكد أن المساءلة الدولية تتطلب شبكة مترابطة من التوثيق والتحليل القانوني والمحاكم المتخصصة، وإن القانون الدولي الإنساني لا يكتفي بوصف المبادئ الأخلاقية والقانونية، بل يمكن تحويله إلى أداة عملية ملموسة لحماية المدنيين ومحاسبة المسؤولين عن الانتهاكات، حتى في أكثر النزاعات تعقيدًا وصعوبة. وفي هذا الصدد، تشكل التجربة الليبية نموذجًا حيًّا لكيفية تفاعل المجتمع المدني، الآليات الدولية، والمحاكم المختصة لضمان تطبيق القانون الدولي الإنساني على أرض الواقع، بشكل فعلي وملموس.

(39) P. Kastner, International Criminal Justice in Bello? The ICC between Law and Politics in Darfur and Northern Uganda, International Humanitarian Law Series, Vol. 34, (2018).

(40) A. Cassese & P. Gaeta Cassese's International Criminal Law, (3rd ed., Oxford University Press, (2013).

وفي سياق تحليل الاستراتيجيات العملية، يتضح أن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة تتطلب نهجًا متكاملًا يجمع بين القانون الدولي الإنساني، وحقوق الإنسان، والتدخل الإنساني الميداني؛ فالتحديات الميدانية، مثل تداخل المناطق المدنية مع خطوط القتال، واستخدام الأسلحة غير المتناسقة، وتغير طبيعة النزاع بشكل مستمر، تجعل من الضروري وجود آليات تقييم ديناميكية، وقدرات استجابة عاجلة، وبرامج تعليم قانوني للأطراف كافة؛ لضمان الالتزام بالمبادئ الإنسانية، وتقليل المخاطر على المدنيين. ومن خلال هذا الدمج بين المبادئ القانونية والإجراءات الميدانية، يتحقق الهدف الأساسي للقانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة: حماية المدنيين بطريقة واقعية وفعالة، مع القدرة على التكيف مع بيئات النزاع المعقدة والمتغيرة[41].

وفي محاولة لتجاوز الطابع الوصفي، يمكن اقتراح إطار تحليلي ثلاثي لفهم إشكاليات تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة، يقوم على:

أ- مستوى القاعدة القانونية: ويتعلق بمدى كفاية القواعد الحالية لاستيعاب أنماط النزاع الجديدة.

ب- مستوى الفاعلين: ويشمل تعددية الأطراف وصعوبة إخضاع الفاعلين غير النظاميين للالتزامات القانونية.

جـ- مستوى التطبيق الميداني: ويرتبط بقدرة المؤسّسات الإنسانية على تحويل القواعد إلى إجراءات عملية.

ويسمح هذا الإطار بفهم أعمق للفجوة بين النص القانوني والواقع العملي، وتحديد مكامن القصور بشكل أكثر دقة.

وفي ضوء ما سبق، يمكن اقتراح مجموعة من التوصيات العملية لتعزيز حماية المدنيين في النزاعات الهجينة:

1- تطوير آليات إنذار مبكر تعتمد على تحليل البيانات والتقنيات الحديثة لرصد التهديدات قبل وقوعها.

2- تعزيز التفاوض الإنساني مع الفاعلين غير النظاميين لإدماجهم في منظومة الالتزام بالقانون الدولي الإنساني.

3- دعم نظم التوثيق الرقمي المعياري لضمان قبول الأدلة أمام الجهات القضائية الدولية.

(41) Awhefeada, U. V. The International Criminal Court and the Enforcement of International Humanitarian Law. ResearchGate, (2006).

4- إنشاء آليات ميدانية مشتركة بين المنظمات الإنسانية والهيئات القضائية لتسريع الربط بين الرصد والمساءلة.

5- إدماج برامج تدريب إلزامية على قواعد القانون الدولي الإنساني لجميع الأطراف المشاركة في النزاع، بما في ذلك الجماعات المسلحة.

وفي الختام، يؤكد تحليل حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة أن الفعالية الحقيقية للقانون الدولي الإنساني تتوقف على جملة من المعايير، منها مثلاً: مدى قدرة الأطراف الإنسانية على تكييف المبادئ القانونية مع الواقع الميداني، وتطوير آليات تقييم ومساءلة مبتكرة، وتعزيز التفاعل بين القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان.

إن هذا التوازن بين المبادئ الثابتة والمرونة العملية يمثل أساس حماية المدنيين في النزاعات المعقدة، ويبرز قدرة المؤسسات الإنسانية، وعلى رأسها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، على تحويل القانون الدولي الإنساني إلى أداة حماية عملية وفعالة، تتجاوز النصوص النظرية لتصبح قوة حقيقية لمصلحة المدنيين في أصعب البيئات[42]. ومع ذلك، يبقى التحدي الأساسي قائمًا في سدّ الفجوة بين الطابع المعياري للقانون وقدرته الفعلية على التأثير في سلوك الأطراف المسلحة، وهو ما يستدعي إعادة التفكير في أدوات التنفيذ، وليس فقط في مضمون القواعد.

المطلب الثاني

آليات حماية المدنيين في النزاعات الهجينة: من المبادئ القانونية إلى الممارسة الميدانية

تمثل آليات التقييم والمساءلة التي تطورها وتطبقها اللجنة الدولية للصليب الأحمر – كما هو معلوم – حجر الزاوية في قدرة القانون الدولي الإنساني على التحول من إطار نظري إلى أداة عملية وفعالة لحماية المدنيين، لا سيما في النزاعات المسلحة الهجينة؛ حيث تتداخل العمليات العسكرية – كما سبق ذكره – مع المناطق المدنية، ويشارك فيها فاعلون متعددون غير نظاميين[43]؛ ففي هذه البيئة يصبح الرصد القانوني والميداني المستمر ضرورة عملية؛ إذ يجب على اللجنة أن تحدد الانتهاكات المحتملة، وتقيّم المخاطر، وتضع استراتيجيات تدخل ميدانية دقيقة تتكيف مع كل تغيير في طبيعة النزاع.

(42) سعيد عبداللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

(43) ICRC, Operationalizing International Humanitarian Law in Hybrid Conflicts, Geneva, 2020, pp. 10-45.

وتعتبر القدرة على ربط المبادئ القانونية بممارسات ملموسة على الأرض أساسًا مهمًا لنجاح حماية المدنيين، وهو ما يظهر جليًّا في التجارب العملية في بعض النزاعات المختلفة، مثل النزاع السابق في سورية، واليمن، وأوكرانيا؛ حيث أسهمت آليات التقييم المتقدمة في توجيه عمليات الإغاثة، وحماية المنشآت الحيوية، وضمان سلامة المدنيين(44). وينطلق هذا المطلب من فرضية مفادها أنّ فعّالية آليات حماية المدنيين في النزاعات الهجينة لا تتوقف على كفاءة الأدوات القانونية ذاتها، بل على قدرة المؤسسات الإنسانية على تحويل هذه الأدوات إلى منظومة تشغيلية مرنة قادرة على الاستجابة الفورية للتغيرات الميدانية المعقدة.

وتُعدّ آليات التقييم المستمر أداة مركزية لضمان الانتقال من الطابع النظري للقانون الدولي الإنساني إلى التطبيق العملي الفعّال في بيئات النزاع المعقدة. وفي هذا السياق، تصبح القدرة على الرصد القانوني والميداني المستمر ضرورة عملية ملحة؛ إذ تقوم اللجنة بتحديد الانتهاكات المحتملة، وتقييم المخاطر الميدانية، ووضع استراتيجيات تدخل دقيقة تتكيف مع كل تغيير في طبيعة النزاع، بما يضمن أقصى حماية ممكنة للمدنيين.

تتضح أهمية هذا النهج عمليًّا في النزاعات المختلفة التي شهدت تدخلات اللجنة، مثل النزاع في سورية واليمن وأوكرانيا؛ حيث أسهمت آليات التقييم المتقدمة في توجيه عمليات الإغاثة الإنسانية، وحماية المنشآت المدنية الحيوية، وضمان سلامة المدنيين في بيئات معقدة تتسم بدمج العمليات العسكرية التقليدية وغير التقليدية.

وفي السياق الفلسطيني، تكشف الحرب الإسرائيلية الأخيرة على قطاع غزة (أكتوبر – نوفمبر 2023) عن تحديات مماثلة وأكثر تعقيدًا؛ إذ أدى تكثيف الضربات الجوية والهجمات المدفعية إلى تدمير واسع للبنية التحتية المدنية، بما في ذلك المستشفيات، والمدارس، وشبكات المياه والكهرباء، وملاجئ المدنيين. وقد دعّمت الاجتهادات القضائية الدولية هذا التوجه؛ حيث أكدت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية Kupreškić أنّ مبدأ التناسب والتمييز لا يقتصر على النزاعات التقليدية، بل يمتدّ ليشمل جميع حالات النزاع التي تتأثر فيها الأعيان المدنية، مع التأكيد أن استهداف المدنيين بشكل مباشر أو غير مباشر يُعد انتهاكًا جسيمًا للقانون الدولي الإنساني يستلزم المساءلة الجنائية الفردية.

هنا، برز دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مراقبة الأوضاع على الأرض، وتقييم الانتهاكات المحتملة للقانون الدولي الإنساني، والعمل على حماية المدنيين من خلال:

(44) ICRC, Field Operations and Civilian Protection Reports: Syria, Libya, Ukraine, 2019-2022, pp.15-60.

1- تقديم الدعم الطارئ والإغاثة الإنسانية، بما يشمل توفير الغذاء، والماء، والأدوية للمناطق الأكثر تضررًا.

2- التوثيق الميداني للانتهاكات، وهو ما يمكِّن الجهات القضائية الدولية والوطنية لاحقًا من مساءلة المسؤولين عن الانتهاكات، سواء كانت مرتبطة بالهجمات المباشرة أو الأضرار الجانبية على المدنيين.

3- تيسير الوصول الآمن للمدنيين وإخلائهم عند الضرورة، مع التعاون المباشر مع الأطراف المتحاربة لضمان احترام قواعد التمييز والتناسب في العمليات العسكرية.

4- التعاون مع المنظمات المحلية والدولية لتقييم الاحتياجات الإنسانية، ووضع خطط تدخل فعّالة، وتقليل المخاطر الناتجة عن النزاع على السكان المدنيين.

إن هذه الممارسة تعكس تطبيقًا عمليًّا لما دأبت اللجنة على تطويره من آليات لتوصيل مبادئ القانون الدولي الإنساني إلى أرض الواقع، وتحويلها من نصوص قانونية إلى إجراءات ملموسة تحمي حياة المدنيين وتحافظ على حقوقهم الأساسية في ظروف النزاع. كما تبرز الحرب الأخيرة على غزة الحاجة الماسة إلى تعزيز قدرات اللجنة وآلياتها التقييمية؛ لتوفير استجابة فعّالة وسريعة للأزمات الإنسانية المتسارعة في النزاعات الحضرية المعقدة؛ حيث تتداخل الغارات الجوية مع التجمعات السكانية، وتصبح الحاجة إلى مراقبة دقيقة للمخاطر القانونية والميدانية أمرًا حتميًّا.

وبالتالي، فإن التجربة العملية في غزة تؤكد أن نجاح القانون الدولي الإنساني يعتمد ليس فقط على النصوص القانونية، بل على قدرة الهيئات التنفيذية – وعلى رأسها اللجنة الدولية للصليب الأحمر – على ربط هذه النصوص بممارسات ميدانية واقعية ومرنة، بما يضمن حماية المدنيين في أكثر البيئات تعقيدًا، ويحوّل المبادئ القانونية من مجرد مرجع نظري إلى أداة حماية فعلية قابلة للقياس والمتابعة.

ومع ذلك، يظل هذا النموذج التطبيقي – برغم أهميته – محاطًا بإشكاليات جوهرية، أبرزها أن فعّالية التدخل الإنساني غالبًا ما تكون لاحقة للانتهاك وليست وقائية، مما يحدّ من قدرة القانون الدولي الإنساني على منع الضرر قبل وقوعه. كما أنّ الاعتماد المتزايد على التقنيات الحديثة لا يضمن وحده حماية المدنيين ما لم يُرافَق بإرادة سياسية والتزام فعلي من أطراف النزاع.

وعليه، يمكن بناء إطار تحليلي لفهم آليات حماية المدنيين في النزاعات الهجينة، يقوم

على ثلاثة مستويات مترابطة:

1- مستوى الرصد: ويشمل جمع البيانات، وتحليل المخاطر الميدانية في الزمن الحقيقي.

2- مستوى التدخل: ويتعلق بقدرة المنظمات الإنسانية على تحويل البيانات إلى إجراءات حماية فورية.

3- مستوى المساءلة: ويشمل توثيق الانتهاكات وربطها بالمسارات القضائية الوطنية والدولية.

ويتيح هذا الإطار فهم العلاقة التفاعلية بين القانون والتطبيق الميداني والمحاسبة القانونية.

كما تجب الإشارة إلى أنّ اللجنة الدولية تعمل على تطوير نظام شامل للرصد والتقييم يعتمد على جمع البيانات الميدانية بشكل منهجي، وتحليل الانتهاكات، وتصنيف المخاطر وفق مستوى التهديد على المدنيين، وهو ما يتيح ليس فقط التدخل الفوري، بل أيضًا تقديم الأدلة الموثوقة على الانتهاكات التي يمكن استخدامها لاحقًا في إجراءات المساءلة والملاحقة الجنائية على الصعيدين الوطني والدولي[45].

ويشمل هذا النظام تقييم التأثير المباشر وغير المباشر للهجمات على المدنيين والبنية التحتية الأساسية، مثل المستشفيات والمدارس ومرافق المياه والكهرباء، ما يعكس قدرة القانون الدولي الإنساني على التكيف مع طبيعة النزاعات المختلطة والهجينة. ومن خلال هذه الإجراءات، تتحقق أهداف اللجنة في حماية المدنيين، ليس فقط بالحد من المخاطر المباشرة، بل أيضًا بالتخفيف من الأضرار طويلة المدى على حياة السكان المدنيين[46].

كما أن هناك جانبًا أساسيًّا آخر مهم لا يمكن إغفاله بهذا الصدد، وهو موضوع المساءلة التي تشكل ركيزة لتحقيق الالتزام بالقانون الدولي الإنساني. في النزاعات المسلحة الهجينة، تصبح آليات المساءلة أكثر تعقيدًا نظرًا إلى تعدد الفاعلين، وصعوبة تحديد المسؤولية المباشرة عن الانتهاكات. وتستجيب اللجنة لهذه التحديات من خلال آليات مرنة تجمع بين الرصد الميداني، وتوثيق الانتهاكات، وإجراءات قانونية وطنية ودولية، مما يسمح بمساءلة الأطراف كافة، سواء كانت نظامية أو غير نظامية[47]. وتُعدّ

(45) ICRC, Monitoring and Evaluation Manual for Complex Conflicts, Geneva, 2021, pp.20-50.

(46) International Review of the Red Cross, Civilian Protection and Risk Assessment in Contemporary Warfare, 2022, pp.1-40.

(47) ICRC, Accountability Mechanisms and Legal Compliance in Hybrid Conflicts, Geneva, 2022, pp.10-45.

التجربة الليبية نموذجًا تطبيقيًّا على فعّالية التوثيق القانوني في دعم المساءلة الدولية؛ حيث أسهم التفاعل بين المجتمع المدني والآليات الأممية في تحويل الأدلة الميدانية إلى مواد قانونية قابلة للاستخدام القضائي أمام المحاكم المختصة، بما في ذلك المحكمة الجنائية الدولية.

وتؤكّد الأدبيات الأكاديمية على هذا الدور؛ حيث يشير Philipp Kastner إلى أن المحكمة الجنائية الدولية، بالتعاون مع آليات الرصد والتوثيق، تتيح تحويل المبادئ القانونية النظرية إلى أدوات عملية لمساءلة الأفراد والجماعات عن الانتهاكات الخطرة، وهو ما يعزز الالتزام الدولي بالقانون الإنساني، ويتيح حماية ملموسة للمدنيين؛ ما يعكس قدرة اللجنة على تحويل القانون الدولي الإنساني إلى أداة فعلية للمحاسبة والمساءلة، وليس مجرد نصوص نظرية[48].

وفي ضوء ما سبق، يمكن تقديم مجموعة من التوصيات العملية لتعزيز فعّالية آليات حماية المدنيين في النزاعات الهجينة:

1- تعزيز التكامل بين نظم الرصد الميداني والتقنيات الرقمية لضمان الإنذار المبكر.

2- تطوير بروتوكولات موحدة لتوثيق الانتهاكات لضمان قبولها قضائيًّا.

3- إنشاء وحدات تنسيق مشتركة بين اللجنة الدولية للصليب الأحمر والآليات القضائية الدولية.

4- تعزيز التدريب القانوني الميداني للفاعلين الإنسانيين في بيئات النزاع.

5- تقوية آليات الاستجابة السريعة لتقليل الفجوة الزمنية بين الانتهاك والتدخل.

وعلاوة على ذلك، تعتمد اللجنة على تطبيقات مبتكرة لتقنيات المراقبة والتحليل، بما في ذلك استخدام الطائرات من دون طيار، والأقمار الصناعية، والبرمجيات المتقدمة لمعالجة البيانات؛ ما يعزز دقة التقييم، ويوفر معلومات دقيقة لاتخاذ القرارات الميدانية[49]. هذه الأدوات التقنية لا توفر فقط قدرة أكبر على حماية المدنيين، بل تضمن أيضًا توفير أدلة موثوقة يمكن الاستناد إليها في المحاكم الوطنية والدولية؛ مما يعزز دور القانون الدولي الإنساني كأداة عملية قابلة للتطبيق في البيئات المعقدة والمتغيرة. غير أنّ التحدي الجوهري يظلّ قائمًا في تحويل هذه الآليات من أدوات استجابة إلى أدوات وقاية فعّالة قادرة على تقليل الانتهاكات قبل وقوعها.

(48) P. Kastner, op.cit.

(49) ICRC, Use of Technology for Civilian Protection, Geneva, 2021, pp.5-35.

المطلب الثالث

التحديات المستقبلية وتعزيز فعالية القانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة

تُبرز التحديات المستقبلية في النزاعات المسلحة الهجينة الحاجة الملحة إلى تكييف القانون الدولي الإنساني مع واقع الحرب المتحول. لم تعد النزاعات مقصورة على الاشتباكات التقليدية بين جيوش نظامية، بل تشمل الآن الهجمات السيبرانية، والهجمات المختلطة على البنية التحتية الحيوية، واستخدام أسلحة غير تقليدية. هذه التحولات تولِّد فجوات قانونية يمكن أن تُستغل ضد المدنيين، ما يستدعي إعادة قراءة مبدأي التمييز والتناسب في ضوء التطورات التكنولوجية وخصوصيات النزاعات الحديثة.

ولتحقيق هذا التكييف، ينبغي أن يتسم القانون الدولي الإنساني بالمرونة الكافية لقبول التحولات المفاجئة في طبيعة النزاع، وتعدد الفاعلين، واختلاف أساليب القتال، من دون أن يتعرض جوهر المبادئ القانونية للاضمحلال[50]. وينطلق هذا المطلب من فرضية أساسية مفادها أنّ مستقبل حماية المدنيين في النزاعات الهجينة لن يتحدّد بمدى تطور القواعد القانونية ذاتها، بل بمدى قدرة هذه القواعد على الاندماج مع التطور التكنولوجي والتحولات في طبيعة الفاعلين وأساليب القتال، بما يضمن انتقال القانون الدولي الإنساني من مستوى الاستجابة اللاحقة إلى مستوى الوقاية الاستباقية.

تتطلب حماية المدنيين، في هذا السياق، نهجًا متعدّد المستويات، يربط بين القانون والتطبيق الميداني والتقنيات الحديثة. وقد أكد القضاء الدولي – في عدة سوابق، خاصة في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة – أن تطور أساليب الحرب لا يغيّر من طبيعة الالتزام القانوني الأساسي بحماية المدنيين، بل يوسع من نطاق المسؤولية الفردية ليشمل الأفعال غير التقليدية، مثل: الهجمات غير المباشرة، أو استخدام الوسائل غير النظامية لتحقيق أهداف عسكرية.

وعلى سبيل المثال، أظهرت النزاعات الأخيرة في أوكرانيا وسورية كيف يمكن للتكنولوجيا، بما في ذلك الأقمار الصناعية والطائرات بدون طيار، أن تدعم رصد المخاطر على المدنيين في الوقت الحقيقي، وتتيح توجيه استجابات إنسانية فعّالة لحماية المنشآت الحيوية، وتأمين وصول المساعدات الأساسية. هذا النوع من الرصد الديناميكي يسمح أيضًا بتقييم أثر النزاع على المدنيين بشكل مستمر، وتحليل الفجوات في الحماية

(50) ICRC, Future Challenges in Civilian Protection: Hybrid Conflicts, Geneva, 2021, pp.10-45.

القانونية، وتعديل الخطط التشغيلية وفقًا لتطورات الوضع الميداني[51].

وقد دعّمت الاجتهادات القضائية الدولية هذا التوجه؛ حيث أكدت المحكمة الجنائية الدولية في تطبيقاتها التفسيرية لمبدأ التناسب، لا سيما في القضايا المتعلقة بجرائم الحرب، أن تقييم «الخسائر المدنية المتوقعة» يجب أن يتم وفق معيار واقعي يعتمد على المعلومات المتاحة وقت اتخاذ القرار العسكري، وهو ما يعكس أهمية استخدام الوسائل التقنية الحديثة في تعزيز الامتثال للقانون الدولي الإنساني وليس استبداله.

جانب آخر محوري يتمثل في تعزيز قدرة المدنيين على الوصول إلى الحماية والخدمات الأساسية؛ فحتى مع وجود مبادئ قانونية قوية، لا يمكن ضمان حماية فعالة من دون برامج عملية متكاملة للتخفيف من الأضرار، ودعم المجتمعات المحلية على الصمود. من هنا، يصبح تضافر القانون الدولي الإنساني مع جهود الإغاثة الإنسانية استراتيجية حيوية؛ إذ يُحوّل القانون من كونه نصًا نظريًا إلى أداة عملية تمكّن المدنيين من الحفاظ على حياتهم وصحتهم وحقوقهم الأساسية، حتى في أصعب الظروف.

وفيما يتعلق بـآليات المساءلة والمحاسبة المستقبلية، تظهر الحاجة إلى أنظمة متكاملة تجمع بين الرصد الميداني، والتوثيق القانوني، والتقييم القضائي على المستويين المحلي والدولي. وقد برزت فعّالية هذه المقاربة في النزاعات الليبية والسورية؛ حيث مكنت التنسيقات بين المنظمات الإنسانية، والمجتمع المدني، والمحاكم الوطنية والدولية من توثيق الانتهاكات، ومساءلة الأطراف المسؤولة عن الجرائم ضد المدنيين. ويظهر من هذه التجارب أن المساءلة المستدامة تعتمد على الربط بين الأدلة الميدانية، والتحليل القانوني، والإجراءات القضائية المتسلسلة.

ويمكن اقتراح إطار تحليلي لفهم مستقبل حماية المدنيين في النزاعات الهجينة يقوم على ثلاثة محاور رئيسية:

1- محور القاعدة القانونية: ويعالج مدى مرونة قواعد القانون الدولي الإنساني في استيعاب المستجدات.

2- محور التكنولوجيا: ويشمل دور الذكاء الاصطناعي والأقمار الصناعية في الرصد والتنبؤ.

3- محور الحوكمة والمساءلة: ويُعنى بمدى قدرة المؤسسات الدولية والوطنية على تحويل البيانات إلى إجراءات قانونية رادعة.

(51) Human Rights Watch, Emerging Threats to Civilian Safety in Complex Conflicts, 2022, pp.12-50.

ويتيح هذا الإطار فهمًا تكامليًّا للتحديات المستقبلية، بدل الاقتصار على الوصف التقليدي.

كما تُمثل التكنولوجيا الحديثة – بما في ذلك الذكاء الاصطناعي – أداة حيوية لتعزيز فعّالية الحماية المستقبلية؛ فهي تتيح معالجة كميات ضخمة من البيانات، وتحليل أنماط الخطر، وتقديم تنبؤات دقيقة بشأن تهديدات المدنيين، بما يمكّن المؤسسات الإنسانية من اتخاذ قرارات سريعة وحاسمة. ومع ذلك، يجب التأكيد على ضرورة ضوابط قانونية وأخلاقية صارمة تحكم استخدام هذه الأدوات، لضمان ألا تتحول الوسائل الحديثة إلى مصدر جديد للانتهاكات، أو استغلال البيانات ضد المدنيين(52).

ومع ذلك، فإنّ الاعتماد المتزايد على التكنولوجيا في حماية المدنيين يثير إشكالية قانونية وأخلاقية جوهرية، تتمثل في أن أدوات الرصد والتحليل قد تتحول من وسائل حماية إلى أدوات مراقبة أو توظيف عسكري مضاد؛ ما يخلق مخاطر جديدة على المدنيين أنفسهم. كما أنّ الفجوة بين القدرة التقنية والقدرة القانونية على التنظيم لاتزال قائمة، وهو ما قد يؤدي إلى اختلال في التوازن بين التطور التقني وضمانات الحماية القانونية.

في ضوء ما سبق، يمكن تقديم مجموعة من التوصيات العملية لتعزيز فعّالية القانون الدولي الإنساني في المستقبل:

1- تطوير أطر قانونية مرنة تنظم استخدام الذكاء الاصطناعي في النزاعات المسلحة.

2- تعزيز أنظمة الإنذار المبكر القائمة على تحليل البيانات الضخمة لرصد المخاطر على المدنيين.

3- إنشاء آليات دولية مشتركة لضبط استخدام التقنيات العسكرية الحديثة.

4- تقوية التكامل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان في المجال التطبيقي.

5- تعزيز المسؤولية الفردية عن الانتهاكات المرتكبة عبر الوسائل السيبرانية أو غير التقليدية.

من منظور تحليلي واستشرافي، يتضح أن نجاح حماية المدنيين في النزاعات

(52) ICRC, Use of Technology and AI in Humanitarian Protection, Geneva, 2021, pp.10-35.

الهجينة المستقبلية يعتمد على توازن متقن بين القانون، والتطبيق الميداني، والابتكار التقني، مع الحفاظ على آليات مساءلة فعّالة ومرنة. وهذا النهج يرسّخ الفكرة القائلة بأن القانون الدولي الإنساني لن يكون كافيًا إذا بقي نصًّا جامدًا، بل يجب أن يصبح أداة حية، قابلة للتكيف مع الواقع العملياتي المعقد، ومتصلة مباشرة بحياة المدنيين وحقوقهم الأساسية[53]. غير أنّ التحدي الأكبر يظل في قدرة النظام القانوني الدولي على مواكبة التطور التقني المتسارع، من دون أن يفقد فعاليته أو طابعه الإنساني الأساسي.

(53) ICRC, Protecting Civilians in Hybrid Conflicts: Strategic Approaches, Geneva, 2022, pp.15-55.

الخاتمة

خلص هذا البحث إلى أنّ حماية المدنيين في النزاعات المسلحة الهجينة لم تعد مسألة قانونية نظرية فقط، بل أصبحت تحديًا عمليًّا متعدد الأبعاد، يفرض تكاملًا دقيقًا بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، مع مراعاة التعقيدات الميدانية والتكنولوجية المتسارعة. غير أن التحليل قد أظهر أن هذا الإطار القانوني، برغم تطوره المعياري، لايزال يواجه فجوة تطبيقية بنيوية في بيئات النزاعات الهجينة؛ حيث تتداخل أنماط القتال وتتنوع الفواعل بما يحدّ من فعالية القواعد التقليدية في تحقيق حماية فعلية وملموسة للمدنيين. وفي هذا السياق، فإنّ الإشكالية المركزية للبحث لم تتمثل في وجود قواعد قانونية من عدمه، بل في مدى قدرة هذه القواعد على الصمود أمام تعقيدات الواقع العملياتي الحديث، وهو ما كشف عن أن فعالية القانون الدولي الإنساني باتت مرهونة بمدى توافر آليات تنفيذ ورصد ومساءلة متقدمة تتناسب مع طبيعة النزاعات المعاصرة. وقد توصّل البحث إلى جملة من النتائج، هي:

أولًا: النتائج

1- تعقيد تحديد المسؤولية القانونية: أظهرت التجارب في نماذج الدراسة أن تداخل الأطراف النظامية وغير النظامية يجعل من إسناد المسؤولية القانونية عن الانتهاكات عملية شديدة التعقيد، بما يضعف أحيانًا من فاعلية آليات الردع التقليدية، ويبرز أهمية التوثيق الميداني كشرط أساسي للمساءلة.

2- التحول التكنولوجي كعامل تضخيم للمخاطر: بينت النزاعات في أوكرانيا وقطاع غزة أن التكنولوجيا الحديثة لم تعد مجرد أداة دعم عسكري، بل أصبحت عنصرًا مضاعفًا للمخاطر على المدنيين، ما يكشف محدودية أدوات التقييم التقليدية في مواكبة هذا التحول.

3- فجوة مستمرة بين القاعدة والتطبيق: لاتزال هناك فجوة واضحة بين المبادئ المعيارية في القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان وبين القدرة الفعلية على تنفيذها في الميدان، خاصة في النزاعات الحضرية المعقدة.

4- أهمية التكامل القانوني من دون كفاية ذاتية: برغم أهمية التكامل بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، فإن هذا التكامل وحده غير كافٍ ما لم يُدعَم بآليات تنفيذ فعالة ومؤسسية.

5- المساءلة كأداة ردع غير مكتملة الفاعلية: برغم تطور آليات الرصد والتوثيق، فإن

المساءلة الدولية لاتزال تواجه تحديات تتعلق بالاختصاص والإرادة السياسية؛ ما يحد من أثرها الرادع.

ثانيًا: التوصيات

1- إنشاء وحدات تحليل قانوني – تقني مشتركة داخل المنظمات الإنسانية؛ لرصد أثر التكنولوجيا العسكرية الحديثة على المدنيين بصورة آنية.

2- تطوير مؤشرات ديناميكية للمخاطر الإنسانية تُحدَّث بشكل لحظي، بدلًا من النماذج التقليدية الثابتة.

3- تعزيز التدريب العملياتي للقوات المتحاربة على قواعد التمييز والتناسب في بيئات هجينة معقدة.

4- دمج أدوات الرصد من بعد (الأقمار الصناعية والطائرات من دون طيار)، ضمن منظومة قانونية تحليلية مرتبطة مباشرة بآليات المساءلة.

5- إنشاء شبكات مساءلة متعددة المستويات تربط بين التوثيق المحلي، والمنظمات الدولية، والمحاكم الوطنية والدولية بشكل مؤسسي وليس ظرفيًّا.

وفي الختام، يخلص البحث إلى أنّ النزاعات المسلحة الهجينة تكشف عن حدود النموذج التقليدي للقانون الدولي الإنساني، من دون أن تنفي ضرورته، بل تؤكد أنّ فعّاليته لم تعد تقاس بصلابة النصوص وحدها، وإنما بقدرة المؤسسات الدولية والوطنية على تحويل هذه النصوص إلى أدوات تنفيذية مرنة وفعالة. ومن ثم فإن مستقبل حماية المدنيين لن يعتمد على تطوير القواعد القانونية فقط، بل على إعادة بناء منظومات التطبيق والمساءلة والتكنولوجيا الداعمة لها، بما يضمن انتقال القانون الدولي الإنساني من مستوى «المعيارية» إلى مستوى «الفاعلية العملية».

قائمة المراجع

أولًا: باللغة العربية

- محمود شريف بسيوني، الإطار العرفي للقانون الإنساني الدَّولي .. التدخلات والثغرات والغموض، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
- مخلد الطراونة:

• القضاء الجنائي الدولي: دراسة في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 27، ع3، سبتمبر 2003.

• المحكمة الجنائية: النشأة والتطور التاريخي، بحث منشور في كتاب صدر عن المؤتمر الذي عقد بجامعة جرش حول القضاء الجنائي الدولي .. الواقع والتحديات، أبريل 2006.

• المدخل لدراسة القَانُون الدَّولي الإنْسَاني، منشورات كلية الشرطة، دولة قطر، 2017.

• الوسيط في القانون الدولي الإنساني، دار البديل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2023.

- سعيد عبداللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية وتطبيقات القضاء الجنائي الدولي الحديث والمعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدَّولي الإنساني، ط2، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان واللجنة الدوليَّة للصليب الأحمر، 1997.

ثانيًا: باللغة الأجنبية

A- Books & Articles

- A. Cassese & P. Gaeta, Cassese's International Criminal Law, (3rd ed.), Oxford University Press, 2013.
- Marco Sassòli, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare, Edward Elgar, 2019.
- Michael Schmitt, "Hybrid Warfare and the Law of Armed Conflict,"

Harvard National Security Journal, 2018.

- P. Kastner, International Criminal Justice in Bello? The ICC between Law and Politics in Darfur and Northern Uganda, International Humanitarian Law Series, Vol.34, (2018).
- U. V. Awhefeada, The International Criminal Court and the Enforcement of International Humanitarian Law, ResearchGate, (2006).

B- Reports & Documents

- Human Rights Watch, Civilian Protection in Syria and Yemen, 2021.
- Human Rights Watch, Civilians in Hybrid Conflicts, 2021.
- Human Rights Watch, Emerging Threats to Civilian Safety in Complex Conflicts, 2022.
- ICRC, Accountability Mechanisms and Legal Compliance in Hybrid Conflicts, Geneva, 2022.
- ICRC, Accountability Mechanisms in Complex Conflicts, Geneva.
- ICRC, Adapting International Humanitarian Law to the Ukrainian Context, Geneva, 2022.
- ICRC, Commentary on the First Geneva Convention, Cambridge University Press, 2016.
- ICRC, Field Operations and Civilian Protection Reports: Syria, Libya, Ukraine, 2019-2022.
- ICRC, Field Operations Manual: Education and Negotiation in Complex Conflicts, Geneva, 2021.
- ICRC, Future Challenges in Civilian Protection: Hybrid Conflicts, Geneva, 2021.
- ICRC, Hybrid Conflicts: Challenges for International Humanitarian Law, Geneva, 2020.
- ICRC, Hybrid Warfare and Legal Challenges, Geneva, 2021.
- ICRC, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 33rd International Conference, 2019.

- ICRC, International Humanitarian Law in Action: Hybrid Warfare Challenges, Geneva, 2021.
- ICRC, Law in Action: Future Directions for IHL, Geneva, 2021.
- ICRC, Law in Action: Humanitarian Protection in Contemporary Warfare, Geneva, 2021.
- ICRC, Libya: Field Operations Reports 2019-2021, Geneva.
- ICRC, Monitoring and Evaluation Manual for Complex Conflicts, Geneva, 2021.
- ICRC, Monitoring Civilian Harm in Hybrid Conflicts, Geneva, 2020.
- ICRC, Operationalizing International Humanitarian Law in Hybrid Conflicts, Geneva, 2020.
- ICRC, Protecting Civilians in Hybrid Conflicts: Strategic Approaches, Geneva, 2022.
- ICRC, SAFE: Security and safety manual for humanitarian personnel, Geneva, 2021.
- ICRC, Syria: Civilian Protection and Field Operations, Geneva, 2019-2021.
- ICRC, Syria: Field Operations and Legal Compliance Reports, Geneva, 2019-2021.
- ICRC, The Geneva Conventions of 1949 and Their Additional Protocols, Geneva, 2016.
- ICRC, The Interplay of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Contemporary Conflicts, Geneva, 2020.
- ICRC, The Roots of Restraint in War, Geneva, 2018.
- ICRC, Transforming IHL into Practical Humanitarian Tools, Geneva, 2021.
- ICRC, Use of Technology and AI in Humanitarian Protection, Geneva, 2021.
- ICRC, Use of Technology for Civilian Protection, Geneva, 2021.

- International Committee of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press, 2005.
- International Committee of the Red Cross. International humanitarian law and human rights law
- International Review of the Red Cross, Civilian Protection and Risk Assessment in Contemporary Warfare, 2022.
- International Review of the Red Cross, Integrated Approaches to Civilian Protection in Hybrid Conflicts, 2022.
- International Review of the Red Cross, Methodological Approaches in Humanitarian Research, 2022.
- UN Human Rights Council, Report on the Applicability of Human Rights in Armed Conflicts, Geneva, 2019.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	425
المقدمة	427
المبحث الأول: الإطار القانوني لحماية المدنيين في النزاعات الهجينة	432
المطلب الأول: الإطار المعياري أو المفاهيمي للقانون الدولي الإنساني	432
المطلب الثاني: تحدي تكييف القانون الدولي الإنساني للنزاعات الهجينة	440
المطلب الثالث: التفاعل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان	443
المبحث الثاني: حماية المدنيين في النزاعات الهجينة: التحديات والآليات العملية	447
المطلب الأول: إشكاليات تطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة	448
المطلب الثاني: آليات حماية المدنيين في النزاعات الهجينة: من المبادئ القانونية إلى الممارسة الميدانية	453
المطلب الثالث: التحديات المستقبلية وتعزيز فعالية القانون الدولي الإنساني في النزاعات الهجينة	458
الخاتمة	462
قائمة المراجع	464

الحدود الدستورية لاختصاصات المجلس الأعلى للقضاء في مجال إصدار اللوائح التنفيذية لقانون السلطة القضائية القطري(*)

الملخص

يتناول هذا البحث مدى اتساق بعض أحكام قانون السلطة القضائية في دولة قطر، الصادر بالقانون رقم 8 لسنة 2023، مع أحكام الدستور الدائم الصادر سنة 2004، وبخاصة المادة (85) من القانون والمادة (3) من مواد إصداره، فيما تضمنتاه من دعوة المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار لائحة شؤون أعوان القضاة وموظفي المحاكم، والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون. وينطلق البحث من تحليل مفهوم الفصل المرن بين السلطات الذي تبناه الدستور القطري في المادة (60)، ثم يبحث في حدود الاختصاص الذي حجزه الدستور للقانون في تنظيم السلطة القضائية وشؤون القضاة، وفي الضوابط الدستورية التي تتقيد بها دعوة مجلس الشورى المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة لقانون السلطة القضائية، وينتهي إلى ضبط مدلول «الإشراف» الوارد في المادة (137) من الدستور بالاستناد إلى الدلالتين اللغوية والاصطلاحية للكلمة، وإلى المنهج المستقر في تفسير النصوص الدستورية بوصفها وحدة متكاملة، وإلى المقابلة بين المادتين (121) و(137)، مستأنسًا في ذلك بأحكام القضاء الدستوري المقارن في مصر، ولبنان، والأردن، وبالفقه الدستوري



عبد الرحمن بن حمد بن قاسم آل ثاني

باحث في القانون العام – الدوحة – قطر

*

* باحث في القانون العام، تتركز اهتماماته البحثية في النظم السياسية والدستورية، ولا سيما النظام الدستوري في دولة قطر.

* حاصل على بكالوريوس القانون من كلية الحقوق في الجامعة الأردنية عام 2001.

* من مؤلفاته: «النظام السياسي القطري: دراسة تحليلية في ضوء النظم السياسية»، وهو كتاب محكّم صدر عن دار نشر جامعة قطر عام 2023.

(*) تاريخ تقديم البحث: 18 أبريل 2026 وتاريخ قبوله: 25 أغسطس 2026

في الكويت وقطر ومصر.

ويخلص البحث إلى أن عبارة «الإشراف على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها» لا تنهض بذاتها سندًا لإسناد سلطة تشريعية أو لائحية أو تنفيذية مستقلة إلى المجلس الأعلى للقضاء، أو اختصاص عامٍّ بإنشاء المراكز القانونية أو تعديلها أو إنهائها، وأن المادتين محل البحث مشوبتانِ – وفق الاتجاه الذي يراه الباحث راجحًا – بشبهة مخالفة أحكام الدستور من جهة عيب الاختصاص، ومن جهة قصور ضمانات الحياد احتياطًا. ويوصي البحث بمعالجة تشريعية تعيد إصدار اللائحة إلى مجلس الوزراء بناءً على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء، وتقيد نطاق المادة (3) من مواد الإصدار بالنطاق القضائي الداخلي، مع مراجعة شاملة لسائر مواضع إسناد الاختصاص في القانون وفق المعيار الذي يقترحه البحث.

كلمات دالة: الفصل بين السلطات، الاختصاص المحجوز للقانون، الإشراف، استقلال القضاء، الحياد المؤسسي.

المقدمة

صدر القانون رقم 8 لسنة 2023 بإصدار قانون السلطة القضائية ليحل محل القانون رقم 10 لسنة 2003 الملغي، متضمنًا إعادة تنظيم واسعة للبنية المؤسسية للسلطة القضائية في دولة قطر، وموسعًا في الوقت ذاته مما أسنده إلى المجلس الأعلى للقضاء من اختصاصات ذات طبيعة تنفيذية ولائحية. وقد نصت المادة (137) من الدستور الدائم لدولة قطر على أن: «يكون للقضاء مجلس أعلى يشرف على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها، ويبين القانون تشكيله وصلاحياته واختصاصاته»[1]. وفي إطار إعمال هذه الإحالة الدستورية إلى القانون، نصت المادة (3) من مواد إصدار القانون على أن: «يُصدر المجلس الأعلى للقضاء القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرفق، ولحين العمل بتلك القرارات، يستمر العمل بالقرارات والنظم المعمول بها حاليًا بما لا يتعارض مع أحكام القانون المرفق»[2]، كما نصت المادة (85) من القانون على أن: «تسري على أعوان القضاة وغيرهم من موظفي المحاكم أحكام لائحة شؤون الموظفين التي يصدر بها قرار من المجلس»[3].

وقد يذهب اتجاه إلى أن عجز المادة (137) جاء عامًا؛ إذ نص على أن «يبين القانون تشكيله وصلاحياته واختصاصاته» من غير تخصيص أو حصر ظاهر، وهو ما قد يفهم منه أن المشرع يملك تحديد نطاق واسع من صلاحيات المجلس واختصاصاته. غير أن هذا العموم لا يقرأ منفصلًا عن صدر المادة الذي حدد وظيفة المجلس في الإشراف على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها، ولا عن المادة (121) وسائر نصوص توزيع الاختصاصات؛ فالإحالة إلى القانون تنظم الاختصاص ضمن إطاره الدستوري، ولا تنشئ اختصاصًا يناقض ذلك الحد أو يتجاوزه.

وقبل تفصيل الإشكالية، يلزم التمييز بين ثلاثة مستويات: الاختصاص المحجوز للقانون في تنظيم السلطة القضائية؛ والاختصاص اللائحي المعقود لمجلس الوزراء في الحدود التي رسمها الدستور؛ والاختصاص الإداري الداخلي اللازم لحسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها. وعلى هذا التمييز يتحدد ما إذا كان النص محل البحث

(1) الدستور الدائم لدولة قطر الصادر سنة 2004، المادة (137)، صدر بتاريخ 2004/6/8، نشر في الجريدة الرسمية، ع6، بتاريخ8 /2005/6.

(2) المادة (3) من مواد إصدار قانون السلطة القضائية رقم 8 لسنة 2023، المنشور في الجريدة الرسمية، ع7، بتاريخ 2023/6/1.

(3) المادة (85) من قانون السلطة القضائية، المرجع السابق.

تنظيمًا داخليًّا، أم دعوةً إلى إصدار قواعد لائحية منفذة للقانون، أم إحالةً إلى اللائحة في مسألة حجز الدستور أصل تنظيمها للقانون.

أولًا: أهمية البحث

تكمن أهمية الموضوع في أنه يمس صميم توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة في الدستور القطري؛ إذ يتقاطع فيه تنظيم السلطة القضائية بوصفها سلطةً مستقلة، مع إدارة مرفق القضاء بوصفه مرفقًا عامًّا، مع الولاية اللائحية والتنفيذية التي أناطها الدستور بمجلس الوزراء بحسبانه الهيئة التنفيذية العليا. كما تتجاوز الإشكالية المطروحة حدود النصين محل البحث إلى سؤال منهجي عام بشأن تفسير النصوص المنشئة للاختصاصات: هل تُستفاد الاختصاصات من عموم العبارات وسعة الأغراض، أم لا تثبت إلا بسند واضح الدلالة جلي الفهم من الدستور؟ وتزداد أهمية البحث بالنظر إلى حداثة القانون، وقلة ما كُتب في تقويمه الدستوري، وإلى ما يترتب على الإجابة من آثار عملية مباشرة في المراكز القانونية لأعوان القضاة وموظفي المحاكم، وفي انتظام الرقابة القضائية على القرارات الصادرة في شؤونهم.

ثانيًا: إشكالية البحث

تدور إشكالية البحث في فلك محاولة الإجابة على ثلاثة أسئلة مترابطة:

1- هل يتسع مدلول «الإشراف على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها» الوارد في المادة (137) من الدستور ليسوّغ دعوة مجلس الشورى المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة لقانون السلطة القضائية؟

2- ما حدود الاختصاص الذي حجزه الدستور للقانون في تنظيم السلطة القضائية وشؤون القضاة وأعوان القضاء، وما الضوابط الدستورية التي يتقيد بها المشرع العادي عند دعوته المجلس الأعلى للقضاء، بنص عام أو خاص، إلى إصدار أدوات تنفيذ القانون في بعض من هذه المسائل؟

3- في ضوء ما تقدم، هل جاءت المادة (85) من قانون السلطة القضائية، والمادة (3) من مواد إصداره، متسقتين مع أحكام الدستور، أم مشوبتين بشبهة مخالفته؟

ثالثًا: نطاق البحث وحدوده

يقتصر البحث على تقويم النصوص التشريعية الداعية إلى الإصدار، لا على تقويم ما صدر أو قد يصدر عن المجلس الأعلى للقضاء من قرارات؛ فليس غرضه إثبات مخالفة المجلس لأحكام الدستور، وإنما بحث مدى دستورية بعض مواد القانون فيما تدعو

المجلس إلى إصداره. كما يتخذ البحث من المادة (85) والمادة (3) من مواد الإصدار أظهرَ التطبيقات وأخطرها أثرًا، مع تقديم إطار عام لمراجعة سائر مواضع إسناد الاختصاص في القانون، تاركًا تفصيلها لدراسات لاحقة.

وينحصر محل البحث في دعوة السلطة التشريعية إلى إصدار اللوائح والقرارات التي تضع القوانين موضع التنفيذ؛ فالمقصود تنظيم تفاصيل تطبيق قانون قائم واتخاذ القرارات اللازمة لإنفاذ أحكامه، لا وضع قانون نيابة عن السلطة التشريعية. ومن ثم لا ينصرف البحث إلى السلطة اللائحية بجميع صورها، ولا إلى اللوائح المستقلة التي تصدر دون استناد إلى قانون قائم. ولا يفترض هذا التحديد سلامة ما تسنده النصوص من تنظيم؛ إذ يبقى للبحث أن يفحص ما إذا كان المطلوب تنفيذًا للقانون في حدوده أم إنشاءً لقواعد حجز الدستور أصلها للمشرع، ومن هي الجهة المختصة بإصدارها.

رابعًا: أهداف البحث

تعرض المراجع المعتمدة في هذا البحث لتدرج القرارات الإدارية، وأسباب اتساع الوظيفة اللائحية وصلتها بتنفيذ القانون، والتمييز بين الاختصاص الأصيل والاختصاص المستمد من التفويض[4]. وتتحدد إضافة البحث في وصل هذا التأصيل بالتوزيع الدستوري للاختصاصات في قطر؛ فيهدف إلى ضبط حدود دعوة مجلس الشورى المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة لقانون السلطة القضائية، وتمييزها من الإشراف والاختصاص المحجوز للقانون، ثم تطبيق هذا المعيار على المادة (85) من قانون السلطة القضائية والمادة (3) من مواد إصداره، وبيان سبيل معالجة ما يثيره ذلك من إشكال.

خامسًا: منهج البحث

يعتمد البحث المنهج التحليلي التأصيلي، بتحليل النصوص الدستورية والتشريعية محل البحث وردها إلى أصولها في نظرية الفصل بين السلطات وحدود دعوة البرلمان إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقوانين، مستعينًا بالمنهج المقارن من خلال أحكام القضاء الدستوري في جمهورية مصر العربية والجمهورية اللبنانية والمملكة الأردنية الهاشمية، وفقه القانون العام في الكويت وقطر ومصر، وما يتصل بالموضوع من معايير دولية بشأن مجالس القضاء. ويلتزم البحث قاعدةً منهجية مطردة، هي الوقوف عند

(4) ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص14-19 و51–53؛ طعيمة الجرف، القانون الإداري: دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1973، ص398-402.

الحد الأدنى الذي يسنده الدليل؛ فلا يجزم حيث يكفي ترجيح، ولا يتجاوز تقرير «شبهة المخالفة» إلى القطع بها ما دام الاختصاص بالفصل في دستورية التشريعات منعقدًا للجهة القضائية المختصة. كما يميز البحث بين قرينة دستورية التشريع وبين وجوب قيام الاختصاص على سند دستوري؛ فالأصل افتراض سلامة النص التشريعي ونفاذه إلى أن تقضي الجهة المختصة بخلاف ذلك، غير أن هذه القرينة لا تنشئ اختصاصًا لم تقرره أحكام الدستور، ولا تعفي من التحقق من أن الجهة التي أسند إليها القانون إصدار اللائحة أو القرار تملك أصلًا هذا الاختصاص في ضوء التوزيع الدستوري للوظائف بين السلطات. ومن ثم، فإن مجرد الطعن في النص لا يكفي لإثبات مخالفته للدستور، كما أن مجرد صدوره عن السلطة التشريعية لا يكفي، بذاته، لإثبات صحة إسناد الاختصاص الوارد فيه.

سادسًا: خطة البحث

ينتظم البحث في ثلاثة مباحث وخاتمة، على النحو الآتي:

- المبحث الأول: الإطار الدستوري العام لقانون السلطة القضائية في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات.
- المبحث الثاني: الاختصاص المحجوز للقانون وحدود التنظيم التنفيذي لشؤون السلطة القضائية.
- المبحث الثالث: نطاق إشراف المجلس الأعلى للقضاء وتطبيقه على المادتين (85) من القانون و(3) من مواد إصداره.
- الخاتمة: خلاصة الرأي القانوني، وتتضمن النتائج والتوصيات وآفاق البحث.

المبحث الأول
الإطار الدستوري العام لقانون السلطة القضائية في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات

قبل الولوج إلى النصوص محل البحث، يلزم تحديد العلاقة بين تطور مبدأ الفصل بين السلطات وبين تحديد الجهات التي تباشر الوظائف العامة؛ فالفصل المرن لا ينفي اختصاص كل سلطة، ولا يتحول التعاون بينها إلى إذن مطلق بنقل الوظائف. ولهذا يجمع المطلب الأول بين تطور المبدأ، واتساع الوظيفة اللائحية للسلطة التنفيذية، ويصل هذا التطور بأصل الاختصاص الدستوري وتمييز اصطلاح الدراسة؛ ثم يقابل المطلب الثاني ذلك بالتوزيع الدستوري القطري، ويستخلص المطلب الثالث الضوابط القضائية التي تحكم هذا التوزيع. وبذلك يتحدد الإطار الذي يسبق فحص مضمون الدعوة إلى إصدار أدوات التنفيذ وحدودها في المبحثين التاليين.

المطلب الأول
تطور الفصل بين السلطات ونشأة الوظيفة اللائحية للسلطة التنفيذية

أولًا: من الفصل الجامد إلى اتساع الوظيفة اللائحية

ارتبط مبدأ الفصل بين السلطات بتطور الدساتير، ومواثيق الحقوق، وبالحاجة إلى صون الحقوق والحريات[5]، فاقتضى استقلال كل سلطة مع تعاونها ورقابتها المتبادلة للحد من التجاوز[6]. وأظهر التطبيق العملي تغير موازين العلاقة بين السلطات، ومن ذلك اتساع الدور التنفيذي في التجربة الفرنسية[7]. وفي هذا السياق برزت ظاهرة «تدرج السلطة»؛ إذ ترجح كفة إحدى الهيئات بما تملكه من اختصاصات وقدرة على توجيه السياسة العامة، مع بقاء تعدد الهيئات[8]. وقد وُصفت بأنها صورة معاصرة لتركيز

(5) ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص298.

(6) سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص137.

(7) إدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج3: الدول وأنظمتها، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، 1983، ص328.

(8) سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص133؛ ومروج هادي الجزائري، استقلال السلطة التشريعية – دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص44-49.

السلطة[9]، ولا تنصرف بالضرورة إلى تفوق السلطة التنفيذية في كل نظام ومرحلة.

ويتصل تنامي الدور التنفيذي بتنظيم الإدارة وخبرتها وقدرتها على توجيه العمل العام، حتى عُدّ من ظواهر عصر التكنولوجيا[10]. ولهذا التطور جانب وظيفي؛ فبعد انفراد البرلمان في التصور التقليدي بالقواعد العامة، واقتصار التنفيذ على تطبيقها فرديًا، كشف قصور القانون عن استيعاب التفاصيل الحاجة إلى قواعد عامة تضعها الإدارة لتنفيذه، فاتسع نشاطها اللائحي مع اتساع دور الدولة[11].

وتفسر اتساع الوظيفة اللائحية صلة الإدارة اليومية بتطبيق القوانين وحاجات الجمهور، ومعرفتها بتفاصيل العمل، وخبرتها الفنية وقدرتها على الاستجابة للظروف المتغيرة، في مقابل ما يتطلبه العمل البرلماني من إجراءات، ومداولات. وقد زاد تدخل الدولة وتعقد شؤونها الاقتصادية، والاجتماعية من الحاجة إلى قواعد تفصيلية قابلة للتطوير[12].

وهذا ما يفسر إسناد اختصاص إصدار اللوائح للسلطة التنفيذية، فالتنظيم التفصيلي وسيلة لمباشرة التنفيذ، وليس ولاية تشريعية عامة تنازع البرلمان أصل اختصاصه[13]. ولهذا ظلت اللائحة أدنى من القانون وإن اشتملت مثله على قواعد عامة مجردة؛ فالاشتراك في عمومية القاعدة لا يساوي بين الأداتين في المرتبة، ولا يجيز للائحة تعديل القانون، أو تعطيله، أو إضافة أحكام تخرج عن إطاره[14].

(9) تركيز السلطة اصطلاح يقصد به جمع السلطات في يد شخص واحد أو هيئة واحدة أو مجلس واحد؛ راجع: لجنة القانون بمجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1999، ص8.

(10) عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ج1: النظام في إطاره التاريخي وفي إطاره النظري، ط2، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، دولة الكويت، 2003، ص745.

(11) ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، مرجع سابق، ص14-16.

(12) المرجع السابق، ص15-19؛ وقارن: طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص398-399، في صلة اللوائح التنفيذية بتفاصيل التطبيق واتصال الإدارة بالجمهور وبالحياة العامة. وانظر أيضًا: ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص641-642، في بيان قصور القانون عن استيعاب جميع الحالات وأثر السرعة والخبرة الفنية في اتساع النشاط اللائحي؛ وص645؛ حيث يؤكد أن اللائحة «تظل خاضعة للقانون، مقيدة بأحكامه»، وأنها تبقى في مرتبة أدنى من القانون.

(13) محمد فوزي لطيف نويجي ومهند مختار نوح وعبد الحفيظ علي الشيمي، القضاء الإداري القطري، ط1، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، 2024، ص30-31، في تعريف اللوائح وصلتها بتنفيذ القوانين.

(14) ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، مرجع سابق، ص19؛ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص399-400؛ وانظر أيضًا: المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 68 لسنة 25 قضائية

أما بالنسبة للقواعد التنظيمية العامة التي تضعها جهة الإدارة فيتعين أن تكون متسمة بطابع العمومية والتجريد، وتكون بمثابة اللائحة أو القاعدة القانونية الواجبة الإتباع في حدود ما صدرت بشأنه، وإلا وقعت مخالفة لأحكام القانون[15].

ثانيًا: أصل الاختصاص اللائحي وأثر دعوة المشرع

الأصل أن السلطة التنفيذية تباشر اختصاصها بإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين متى خولها نص في الدستور ذلك، فهي في غنى عن دعوة برلمانية خاصة في كل قانون. فلا يكون سكوت المشرع عن طلب إصدار اللائحة نقصًا في أصل الاختصاص، وتحتفظ السلطة التنفيذية، عند غياب هذه الدعوة، بسلطتها التقديرية في ممارسة حق إصدار هذه اللوائح. غير أن العمل جرى على تضمين القوانين دعوة إلى إصدار اللوائح اللازمة لإنفاذها؛ ومن ثم يلزم التمييز بين أصل الاختصاص الذي تقرره القاعدة الدستورية، وبين الأثر الذي تضيفه دعوة السلطة التشريعية إلى ممارسته[16].

وتظهر قيمة هذه الدعوة فيما ترتبه من التزام ومسؤولية على الحكومة؛ فهي ليست من قبيل التزيد في النص، وإنما تجعل الهيئة التنفيذية «ملزمة قانونًا بتنفيذ هذه الدعوة وإلا كانت مسئولة أمام البرلمان». فالمسلك التشريعي، بهذا الاعتبار، لا ينشئ سلطة جديدة، ولا ينيبها في وضع قانون بدلًا من البرلمان، بل يلزمها بمباشرة اختصاصها في تنفيذ القانون، بوضع أحكامه موضع التطبيق، ويقيم مسؤوليتها أمامه إذا لم تنفذ تلك الدعوة. وبذلك تتعلق دلالتها بوجوب العمل والمساءلة عن تركه، لا بنقل أصل الوظيفة التشريعية إلى الجهة المدعوة[17].

على أن بقاء هذه السلطة التقديرية عند غياب الدعوة لا يجعل نفاذ القانون رهنًا بمحض إرادة السلطة التنفيذية؛ فالفقه يميز بين قانون علّق نفاذه على صدور لائحته، وآخر سكت عن ذلك فيُنظر في إمكان تطبيقه دونها، فتنفذ قواعده الكلية وإن تأخر ما لا يُبيّن إلا بلائحة. وسواء ثبت للدعوة أثر في التزام الجهة ومسؤوليتها، أو بقيت لها

«دستورية»، جلسة 10 يونيو 2007، مجموعة أحكام المحكمة، ج12، القسم الأول، ص496؛ نقلًا عن: المحكمة الدستورية العليا، جمهورية مصر العربية، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2370.

(15) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4015 لسنة 39 ق ع، جلسة 1995/1/6.

(16) طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص398-399، وبخاصة ص399 في أصل الاختصاص وأثر سكوت المشرع عن الدعوة إلى إصدار اللائحة.

(17) المرجع السابق، ص399. العبارة الواقعة بين علامتي التنصيص منقولة حرفيًا؛ ويسمي المؤلف الأثر «مسؤولة أمام البرلمان».

سلطة تقديرية عند غيابها، فإن ذلك كله يدور حول ممارسة الاختصاص لا حول ثبوته؛ ولذلك لا يغني البحث في أثر الدعوة عن تحديد أصل اختصاص الجهة التي وُجهت إليها، فواجب التنفيذ ومسؤوليته لا يقومان، بمجرد النص عليهما، مقام السند الذي يجيز للجهة مباشرة العمل المطلوب منها[18].

وقد تتصل الدعوة بتفصيل مسائل أحالت إليها مواد معينة من القانون، وقد تقترن بتعيين من يصدر القواعد اللازمة لتنفيذها. ولا تستوي هذه الجوانب في دلالتها: فطلب الإصدار يتعلق بمباشرة العمل، والإحالة إلى اللائحة تتعلق بالمسائل التي ترك القانون تفصيلها، وتعيين جهة الإصدار يتعلق بصاحب الاختصاص. وقد تجتمع في نص واحد، دون أن يجعل اجتماعها من اللائحة قانونًا، أو يغني عن فحص سند الجهة التي دُعيت إلى وضعها[19].

ويبقى السؤال عن حدود ما يملكه القانون حين لا يقف عند دعوة الجهة المختصة، بل يعيّن جهة إصدار اللائحة[20].

وسلطة القانون في تعيين جهة الإصدار لا تستقل عن الإطار الدستوري الذي تعمل فيه؛ فالمشرع العادي سلطة منشأة بالدستور، لا سلطة تأسيسية تعيد توزيع الوظائف[21]. ففي دستور مصر لسنة 1971 لم تقتصر المادة (144) على تقرير إصدار رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بل أجازت له تفويض غيره، وأجازت للقانون تعيين من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه. ومن ثم استمد تعيين القانون جهة الإصدار سنده من هذا الإذن الدستوري؛ وقد قررت المحكمة الدستورية العليا أن الدستور حدد الجهات المختصة على سبيل الحصر، بحيث يمتنع على من عداها ممارسة

(18) المرجع السابق، الفقرة الثانية. والجملة الختامية التي تصل أثر الدعوة بسند اختصاص الجهة المدعوة استنتاج الدراسة، وليست اقتباسًا من المؤلف.

(19) المرجع السابق؛ وانظر: ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، مرجع سابق، ص53.

(20) عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، ط2، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، 1977، ص27-28، تحت عنوان «الآثار المترتبة على دعوة المشرع للإدارة إلى إصدار اللوائح التنفيذية»؛ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص399، في أثر دعوة البرلمان إلى إصدار اللوائح التنفيذية واستمداد اختصاص الإدارة من سلطتها الدستورية.

(21) محمد الفيلي، دروس في القانون الدستوري، مادة تعليمية إلكترونية، موقع المؤلف، ص11-12، و22، https://alfililaw.com/admin/postimages/6723408c283b6224b85311158294b527.pdf، تاريخ الاطلاع: 2026/9/11.

الاختصاص[22]. فالحصر يرد على الطرق والجهات التي أجازها الدستور، ولا يستخلص من مجرد تسمية القانون جهة معينة.

ويتأكد أثر ذلك حين تباشر إحدى السلطات العامة جانبًا من الاختصاص الذي ناطه الدستور بسلطة أخرى، فلا تصح هذه المباشرة بمجرد قانون يجيزها، بل بترخيص من الدستور ذاته؛ ففي معرض بحث تفويض الاختصاص التشريعي إلى رئيس الدولة، قُرر أن «إذا صدر تفويض من المشرع دون اذن من الدستور، كان التفويض باطلا»، وأن صحة التفويض، متى أذن به الدستور، لا ترجع إلى إرادة المشرع العادي، بل إلى أن الجهة المفوض إليها تباشر اختصاصًا تستمده من الدستور مباشرة وفي الحدود التي رسمها. فلا يكون القانون المخوِّل، في هذا التحليل، مصدرًا مستقلًا لإعادة توزيع الاختصاصات التي قررها الدستور بين السلطات، وإلا كان مخالفًا لمبدأ الفصل بين السلطات[23].

ولا يقف هذا التحليل عند التفويض التشريعي؛ بل يميز منه ما يسنده الدستور مباشرةً إلى السلطة التنفيذية من اختصاص لائحي، فتصدر لوائحها المستقلة استنادًا إلى اختصاص أصيل مقرر لها بنص الدستور، لا نيابةً مؤقتةً عن السلطة التشريعية. ومن ثم لا تفيد هذه المعالجة إنكار الاختصاص اللائحي للسلطة التنفيذية؛ وإنما تردّ كل صورة من صور التنظيم إلى سندها الدستوري وطبيعتها. وما يستفاد منها في موضوع الدراسة هو لزوم تعيين السند الدستوري لاختصاص جهة الإصدار، لا حمل شروط التفويض التشريعي على كل لائحة تنفيذية[24].

ولا تحول هذه التفرقة دون مراعاة ما عرفته النظم المقارنة من تعيين القانون أداة أدنى أو سلطة أخرى لإصدار اللائحة، لكنها تمنع نقل نتائج نظام إلى آخر دون فحص أسانيدها. فإجازة إسناد بعض تفاصيل التنفيذ إلى وزير أو غيره، أو ترتيب آثار معينة على دعوة المشرع في نظام تتحدد فيه رقابة القضاء على القانون على وجه مخصوص، لا تكفي بذاتها لتقرير صلاحية المشرع في جميع النظم لدعوة أية هيئة إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقوانين. وإنما يلزم بيان النص الدستوري الذي يخولها ذلك، أو حدود

(22) دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971، المادة (144)؛ المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية «دستورية»، جلسة 17 مايو 1986، ج3، ص327؛ والقضية رقم 3 لسنة 19 قضائية «دستورية»، جلسة 1 أغسطس 1998، ج9، ص34؛ والمبدآن منقولان عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969–2019)، المجلد الثالث، ص2368.

(23) بشار عبد الهادي، نظرية عدم تفويض السلطة تشريعيًا وإداريًا، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س5، ع4، ديسمبر 1981، ص249-250.

(24) المرجع نفسه، ص251.

الوظيفة الدستورية التي يدخل التنظيم في ممارستها[25].

وبذلك لا يستوي توزيع ممارسة الاختصاص اللائحي داخل المجال الذي أجازه الدستور مع إنشاء ولاية لائحية عامة لهيئة تقع خارج الهيئة الدستورية التي تملك مباشرة الاختصاص الدستوري. فالأول يفحص في حدود الإذن الدستوري المنظم له، أما الثاني فلا يكفي لإثباته مجرد وجود نص في القانون الصادر من البرلمان يمنحها الاختصاص. ويظل التنظيم الداخلي اللازم لمباشرة كل سلطة وظيفتها متميزًا من الولاية العامة بتنفيذ القوانين؛ فتعلق القواعد بمرفق معين لا يعفي من تكييف موضوعها وأثرها وتعيين مصدر الاختصاص بإصدارها[26].

ثالثًا: تمييز الدعوة إلى إصدار اللائحة عن التفويض التشريعي بمدلوله الخاص

وفي ضوء التمييز المتقدم، تختلف دعوة البرلمان إلى إصدار لائحة لتنفيذ قانون قائم عن التفويض التشريعي بمدلوله الفقهي، الذي تمارس بمقتضاه السلطة التنفيذية جانبًا من اختصاص البرلمان، وتصدر لوائح لها قوة القانون، في موضوع محدد ولأمد معين، وفقًا للشروط الدستورية المقررة. فالتمييز لا يتعلق بكون الأداة تتضمن قواعد عامة فحسب، بل بمرتبتها ومجالها ومصدر الاختصاص الذي صدرت بمقتضاه؛ وهو ما يفسر الفصل الفقهي بين اللوائح التنفيذية واللوائح التفويضية[27].

ويجد هذا المدلول تطبيقه الأوضح في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية عند إعمال المادة (108) من دستور سنة 1971؛ إذ وصفت ما تمنحه السلطة التشريعية بأنه «رخصة تشريعية في حدود ضيقة لا تتخلى السلطة التشريعية بموجبها عن ولايتها في مجال سن القوانين»، فهو لا يخول نقل الولاية التشريعية بأكملها أو في جوانبها

(25) انظر: عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت، مرجع سابق، ص27، هامش 35، وص28، الفقرة 3. حيث يعرض إمكان تعيين القانون الأداة وجهة الإصدار، ولو كانت أحد المحافظين في المثال الكويتي، ويربط بعض النتائج التي يعرضها في فرنسا بعدم رقابة مجلس الدولة على دستورية القوانين؛ فلا ينسب إليه منع مطلق لتعيين جهة أخرى، ولا تعمم خصوصية أحد النظامين على النظام القطري.

(26) ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، مرجع سابق، ص53-54؛ وانظر في أصل تقيد السلطات بالتوزيع الدستوري للاختصاصات: عبد العزيز سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص60، وهو المرجع المعتمد في المبحث عند بيان سمو الدستور.

(27) عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت، مرجع سابق، ص63؛ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص401-402؛ سامي عبد الله الدريعي وعبد الرحمن عبد الواحد الرضوان، الثقافة القانونية، ط3، دار العلم للنشر والتوزيع، دولة الكويت، 2015، ص68. ويثبت المقتطف الأخير اشتراط تقييد التفويض وتحديده الموضوعي والزمني؛ أما اشتراط العرض اللاحق وآثاره فيردان بحسب أحكام النظام الدستوري المعني.

الأكثر أهمية، ويتقيد بموضوع معين تُبيّن أسس تنظيمه، وبمدة لا تتجاوزها السلطة المفوض إليها، مع خضوعه لرقابة البرلمان بعرض ما صدر بمقتضاه عليه. وهذا بيان لطبيعة التفويض الخاص وحدوده، وليس تعريفًا لازم الانطباق على كل دعوة برلمانية إلى إصدار لائحة تنفيذية[28].

وتعدد الألفاظ في الشرح الفقهي يؤكد وجوب الاعتداد بحقيقة الاختصاص لا بمجرد اسمه؛ فالتفويض التشريعي بالمعنى الفقهي الضيق وُصف أيضًا بأنه «مجرد إسناد أو تخويل مؤقت لرئيس الجمهورية في ممارسة اختصاص محدد». ولا يجعل ذلك «التخويل» اصطلاحًا حصريًا مقابلًا للتفويض، وإنما يكشف عن ضرورة تعيين مدلول العبارة في سياقها؛ فالعبرة بأداة التنظيم ومرتبتها ومصدر الاختصاص، لا باتخاذ لفظ واحد حدًا فاصلًا بين أنظمة متباينة[29].

رابعًا: اصطلاح الدراسة وتعيين جهة الاختصاص

عطفًا على ما تقدم، تميز الدراسة بين «دعوة» السلطة التنفيذية إلى ممارسة اختصاصها في إصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقانون، وتوجيه السلطة التشريعية هذه الدعوة إلى جهة غير التي حددها لها الدستور، دون الخلط بين أيّ منهما والتفويض التشريعي بمعناه الفقهي الضيق. لذلك تعتمد الدراسة عبارة «دعوة مجلس الشورى المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ القانون»، وتقصد بها الدعوة الواردة في نص القانون محل الدراسة، لا مخاطبة منفصلة عنه، دون افتراض صحة تعيين الجهة المدعوة دستوريًا. وعند تخصيص الحديث بالمادة (85)، ينصرف التعبير إلى دعوة المجلس لإصدار لائحة شؤون أعوان القضاة وموظفي المحاكم[30].

ولا ينحصر الاستعمال القضائي لـ«التفويض التشريعي» في مدلوله الفقهي؛ فقد

(28) المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 25 لسنة 8 ق «دستورية»، جلسة 16 مايو 1992، ج5، القسم الأول، ص324؛ والقضية رقم 18 لسنة 8 ق «دستورية»، جلسة 3 فبراير 1996، ج7، ص424؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الأول، ص791-794. وقد عرض الحكم الأول التفويض في سياق المادة (108) من دستور سنة 1971، بما تضمنته من قيود وضوابط.

(29) حمدي عطية مصطفى عامر، اللوائح الإدارية في النظام الدستوري: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2021، ص218؛ وقارن ص201 و217.

(30) عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت، مرجع سابق، ص27، الهامش (35): «إمكانية تخويل المحافظين والمديرين سلطة إصدار اللوائح التنفيذية»، و«تكليفهم باتخاذ اللوائح التنفيذية»؛ وص28 في تعيين الجهة. وقارن: طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص399. وتطبيق «دعوة مجلس الشورى» على المجلس اختيار للدراسة.

وصفت المحكمة الدستورية العليا المصرية إصدار لائحة العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر بأنه تم «بناء على تفويض تشريعي بموجب المادة (17) من ذلك القانون»[31]. وتختار الدراسة «الدعوة» للتمييز بين دعوة السلطة التنفيذية إلى إصدار اللوائح التنفيذية للقانون، وتفويضها في ممارسة جانب من السلطة التشريعية، مع إبقاء ألفاظ القضاء وتخصيص ضوابط كل صورة بمجالها.

وفي هذا الإطار، ترد عبارة «دعوة البرلمان السلطة التنفيذية إلى إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القانون» لبيان الصورة التي عالجها الفقه، ويستعمل البحث «دعوة المشرع» بالمعنى نفسه متى اقتضاها السياق. أما المجلس الأعلى للقضاء فهو الجهة التي وجه إليها القانون طلب إصدار أدوات التنفيذ في النصين محل الدراسة؛ وتسميته جهةً مدعوة لا تجعله جزءًا من السلطة التنفيذية، ولا تثبت له اختصاصًا دستوريًا بمجرد الدعوة. فمحل الفحص ليس صدور قواعد عامة من أية جهة، بل جواز دعوة هذه الجهة بعينها إلى إصدار لوائح وقرارات تنفذ قانونًا قائمًا، وحدود ما يجيز الدستور لهذه الأدوات تنظيمه.

وتنتهي هذه التفرقة إلى أن تبرير اتساع التنظيم اللائحي لا يغني عن تعيين صاحبه دستوريًا؛ فحيث أسند الدستور الولاية اللائحية التنفيذية العامة إلى السلطة التنفيذية، بقيت لها دون غيرها ما لم يقم سند دستوري يجيز خلاف ذلك. ولا يكفي لدعوة جهة أخرى إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقوانين أن تكون أقدر فنيًا على معرفة احتياجات مرفقها، أو أن يتصل التنظيم بحسن سيره؛ إذ يظل لازمًا وصل طبيعة القواعد المراد إصدارها بالوظيفة الدستورية للجهة المدعوة إلى الإصدار. وبهذا يصبح الفصل بين السلطات معيارًا لتحديد مصدر الاختصاص قبل أن يكون معيارًا لضبط مضمون اللائحة، وهو ما يهيئ للانتقال إلى موقع هذه الوظيفة في الدستور القطري[32].

(31) المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية 54 لسنة 25 ق «دستورية»، جلسة 2004/5/9، ج1/11، ص814؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2326.

(32) قارن المادة (144) من دستور مصر لسنة 1971 والأحكام المشار إليها أعلاه بشأن حصر جهات إصدار اللوائح، وما يأتي في المطلب الثاني من نصي المادتين (121) و(137) من الدستور القطري. هذه الخلاصة استدلال للدراسة من الأصول السابقة، ولا تنسب إلى مرجع مقارن حكمًا خاصًا بدستورية دعوة مجلس الشورى المجلس الأعلى للقضاء إلى الإصدار في قطر.

المطلب الثاني

الفصل المرن بين السلطات في الدستور القطري

يُسند النظام السياسي في قطر السلطة إلى سمو الأمير بواسطة عقد البيعة[33]، ويتولى سموه السلطة التنفيذية وفقًا لأحكام الدستور، ويعاونه في ذلك مجلس الوزراء المسؤول مسؤولية تضامنية أمامه. وقد حسم الدستور الدائم خيارَه في تنظيم وضبط إيقاع العلاقة بين السلطات بنص المادة (60) على أن: «يقوم نظام الحكم على أساس الفصل بين السلطات مع تعاونها على الوجه المبين في هذا الدستور»[34]؛ فالفصل المقرر فصل مرن قوامه توزيع الوظائف بين سلطات ثلاث مع تعاونها، وليس فصلًا جامدًا يقطع الصلات، ولا اندماجًا يذيب الحدود. وآلية وضع السياسة العامة في الدولة تكون من خلال استراتيجيات متوسطة الأمد تنضوي تحت لواء رؤية طويلة الأمد، تتولى السلطة التنفيذية رسمها ووضع خططها وبرامجها بهدف التنمية الشاملة، ويمارس مجلس الشورى الرقابة على السلطة التنفيذية على الوجه المبين في الدستور[35].

وقد أناط الدستور بمجلس الوزراء، بوصفه الهيئة التنفيذية العليا، إدارة جميع الشؤون الداخلية والخارجية التي يختص بها وفقًا للدستور وأحكام القانون، وأورد اختصاصاته «بوجه خاص»، لا حصرًا، ومنها: اقتراح مشروعات القوانين والمراسيم، واعتماد اللوائح والقرارات التي تعدها الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى لتنفيذ القوانين بما يطابق أحكامها، والإشراف على تنفيذ القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات، والرقابة العليا على سير النظام الحكومي المالي والإداري، وتعيين الموظفين وعزلهم متى لم يدخل ذلك في اختصاص الأمير أو الوزراء وفقًا للقانون[36].

(33) جاء في المذكرة التفسيرية للنظام الأساسي المؤقت المعدل لسنة (1972) ما نصه: «وواضح من ذلك أن الحاكم في قطر يستند في ممارسته لسلطاته للبيعة المشار إليها. وإذا كان الحاكم الشرعي للبلاد يتم اختياره وفقًا لأحكام البيعة التي نظمتها الشريعة الإسلامية، فطبيعي أن يخوّل السلطات والصلاحيات وأن يلتزم بالواجبات التي ترتبها الشريعة السمحاء على تلقي هذه البيعة».

(34) الدستور الدائم لدولة قطر، المادة (60).

(35) انظر المادة (76) من الدستور الدائم. وحرصًا من الدستور على الاستقرار الوزاري، جاء في مذكرته التفسيرية أن توجيه الاستجواب مقصور على الوزراء، بمعنى أنه لا يجوز توجيه استجواب إلى رئيس مجلس الوزراء؛ لأن الاستجواب قد يؤدي في مرحلة لاحقة إلى طرح الثقة فيمن وُجه إليه.

(36) الدستور الدائم لدولة قطر، المادة (121)، ونصها: «يناط بمجلس الوزراء، بوصفه الهيئة التنفيذية العليا، إدارة جميع الشؤون الداخلية والخارجية التي يختص بها وفقًا لهذا الدستور وأحكام القانون. ويتولى مجلس الوزراء بوجه خاص، الاختصاصات التالية: 1- اقتراح مشروعات القوانين والمراسيم، وتُعرض مشروعات القوانين على مجلس الشورى لمناقشتها، وفي حال الموافقة عليها تُرفع للأمير،

وفي المقابل تولى الدستور تنظيم السلطة القضائية في الفصل الخامس من الباب الرابع، فقرر استقلال القضاة وأنه لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وأنه لا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا أو في سير العدالة[37]، ثم نص في المادة (137) على إنشاء المجلس الأعلى للقضاء وأناط به الإشراف على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها، محيلاً إلى القانون بيان تشكيله وصلاحياته واختصاصاته.

وتظهر من هذه المقابلة صلة التنظيم التنفيذي العام بإدارة شؤون الدولة والرقابة على تنفيذ القوانين، في حين يرتبط اختصاص المجلس الأعلى للقضاء بوظيفة الإشراف على مرفق العدالة في الحدود التي يرسمها الدستور. ومن ثم لا يستفاد امتلاك المجلس ولاية لائحية تنفيذية عامة بمجرد تعلق التنظيم بالمحاكم؛ بل يتوقف إدراج هذا التنظيم في اختصاصه على طبيعته وعلى اتصال مضمونه بالوظيفة الدستورية المسندة إليه. فخصوصية المرفق تفسر الحاجة إلى مراعاة مقتضياته، ولا تحل بذاتها محل السند الذي يجيز تعيين جهة الإصدار[38].

وبالرغم من أن القضاء سلطة مستقلة، فإنه يُعد أيضًا أحد المرافق العامة في الدولة؛ فهو من هذا الجانب يرتبط حتمًا بالسياسة العامة بوصفه مرفقًا عامًا يشبع الحاجات العامة، كما أن الأعمال المرتبطة بخدمة القضاء، من تجهيز مقار المحاكم وصيانتها وحراستها والخدمات اللازمة لها، هي في أصلها من أعمال السلطة التنفيذية. وذلك جميعه دونما إخلال باستقلال القضاء؛ فلا يمكن للسلطة التنفيذية التدخل في شؤون القضاة أو في عملهم أو تعطيل أحكامهم؛ فالقضاء مستقل تتولاه المحاكم، والقضاة مستقلون في نظر المنازعات والفصل فيها.

وقد تولت وزارة العدل، بموجب التشريعات المتعاقبة، دورها في تنظيم أعمال المحاكم من الناحيتين الإدارية والمالية، إلى وقت صدور القرار الأميري رقم 16 لسنة 2009

للتصديق عليها وإصدارها، وفقًا لأحكام هذا الدستور. 2- اعتماد اللوائح والقرارات التي تُعدها الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى، كل فيما يخصه، لتنفيذ القوانين بما يطابق أحكامها. 3- الإشراف على تنفيذ القوانين، والمراسيم، واللوائح، والقرارات. 4- اقتراح إنشاء وتنظيم الأجهزة الحكومية، والهيئات والمؤسسات العامة وفقًا للقانون. 5- الرقابة العليا على سير النظام الحكومي المالي والإداري. 6- تعيين الموظفين وعزلهم متى كان التعيين والعزل لا يدخلان في اختصاص الأمير، أو في اختصاص الوزراء وفقًا للقانون...».

(37) الدستور الدائم لدولة قطر، المادة (131)، ونصها: «القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا أو في سير العدالة».

(38) الدستور الدائم لدولة قطر، المادتان (121) و(137)، بالنصوص المثبتة في البحث. والمقابلة هنا تمهيد لتحليل مدى الإحالة إلى القانون وحدود الإشراف، لا افتراض لنتيجة ذلك التحليل قبل إجرائه.

بتعيين اختصاصات الوزارات، الذي لم يتضمن اختصاص وزارة العدل بذلك[39]. وكان هذا الفراغ التنظيمي مرشحًا، من الناحية التشريعية، لأن يُملأ بإحدى طريقتين: إما بإعادة إسناد هذه المهام إلى وزارة العدل أو إلى جهة تنفيذية أخرى، وإما بنقل جزء من هذه الاختصاصات إلى المجلس الأعلى للقضاء في إطار ما يرتبط بحسن سير العمل في المحاكم. وقد اختار المشرع بمقتضى القانون رقم 8 لسنة 2023 الحل الثاني[40]، على نحو يقتضي فحص مدى اتساقه مع الحدود الدستورية لاختصاص كلٍّ من السلطتين التنفيذية والقضائية، وهو ما تتكفل به المباحث التالية.

المطلب الثالث

القضاء الدستوري المقارن ومبدأ الفصل بين السلطات

يقوم هذا التأصيل على مبدأ سمو الدستور[41]؛ ومقتضاه أن الاختصاصات المقررة لكل هيئة دستورية بموجب الدستور اختصاصات محددة لا يجوز لها التنازل عنها أو تفويضها إلى هيئة أخرى إلا بناءً على نص دستوري صريح يجيز ذلك. فلا يملك أحد أن يفوّض غيره في سلطة لا يملك هو أصلًا التصرف فيها، كما أن القائمين على السلطات العامة لا يباشرون وظائفهم على سبيل الحق الشخصي أو الملكية الخاصة، بل بوصفها اختصاصات مُنحت لهم بموجب الدستور لاستعمالها في الحدود التي رسمها. ومن ثم فإن لجوء أي هيئة دستورية إلى تفويض اختصاص دستوري أصيل لهيئة أخرى يُعد في حقيقته تعديلًا غير مباشر للدستور، وهو ما لا تملكه هذه الهيئة[42].

(39) انظر: عبد الرحمن بن حمد بن قاسم آل ثاني، النظام السياسي القطري: دراسة تحليلية في ضوء النظم السياسية، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، ط1، 2023، ص321؛ والقرار الأميري رقم 16 لسنة 2009 بتعيين اختصاصات الوزارات، الجريدة الرسمية، ع5، 2009/5/25.

(40) القانون رقم 8 لسنة 2023 بإصدار قانون السلطة القضائية، المادة (3) من مواد الإصدار، والمادة (85) من القانون المرفق؛ سبق توثيقه في الهامشين (2) و(3) من هذا البحث.

(41) يؤدي السمو الموضوعي لقواعد الدستور إلى عدة نتائج من أهمها: 1- تدعيم مبدأ المشروعية واتساع نطاقه بحيث يشمل، إلى جانب احترام القواعد التشريعية، احترامَ القواعد الدستورية، فيصبح التصرف المخالف للدستور تصرفًا غير مشروع ولو صدر عن سلطات الدولة؛ 2- أن الدستور هو القانون الأساسي في الدولة يحدد السلطات واختصاصاتها، فتمارس هذه السلطات الحكم لا باعتباره حقًا ذاتيًا، بل اختصاصًا محددًا له شروطه وحدوده ومداه؛ (3) أن هذه السلطات لا يمكنها تفويض اختصاصها المخول لها، ولا التعديل في شروط هذا التفويض، ما لم ينص الدستور على ذلك صراحة. راجع: عبد العزيز سالمان، مرجع سابق، ص60.

(42) عبد الحميد متولي، الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية، دار المعارف، القاهرة، 1957، ص291 ؛ وانظر: زياد توفيق العدوان، دور المحكمة الدستورية في الرقابة على

ومهما اختلفت النظم في موازين العلاقة بين سلطاتها، فإن ذلك لا يجيز الإخلال بقواعد مبدأ الفصل بينها. ولقد تواترت الأحكام الدستورية على تكريس تلك المبادئ في عدد غير قليل من الدول العربية؛ فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية بأن «الأصل في نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وهي باعتبارها كذلك تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها والعمل بموجبها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وأحقها بالنزول على أحكامها.

وإذ كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما تباشره من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها، بل تعد استثناءً يرد على أصل انحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظائفها، وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية وبيّن بصورة تفصيلية قواعد ممارستها، تعيّن على كل سلطة في مباشرتها لها أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردها إلى ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور، وإلا وقع عملها مخالفًا لأحكامه»[43]، كما عدّت المحكمة إعمال المفهوم الصحيح للمبدأ موجبًا لإقامة توازن دقيق بين السلطات الثلاث، بحيث تتولى كل منها صلاحياتها التي خلعها عليها الدستور في الحدود التي رسمها، دون افتئات من إحداها على الأخرى[44].

دستورية القوانين والأنظمة في الأردن: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمّان، 2017، ص17؛ محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية القوانين – دراسة تطبيقية في مصر، ج2، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006؛ حسن مصطفى البحيري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006؛ منى السيد محمد عمران، تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2012.

(43) حكم المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية في الدعوى رقم 15 لسنة 8 ق «دستورية»، جلسة 1991/12/7، ج1/5 «دستورية»، ص35؛ والدعوى رقم 13 لسنة 11 ق «دستورية»، جلسة 1992/4/18، ج1/5 «دستورية»، ص285؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2385.

(44) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 4 لسنة 12 ق «منازعة تنفيذ»، جلسة 1990/10/9، ج4 «دستورية»، ص524، نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الرابع، ص3566، قسم دعاوى منازعات التنفيذ، مبدأ «أعمال السيادة – مبدأ الفصل بين السلطات»؛ وذلك في معرض بيانها أن خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد من صور الإعمال الأمثل للمفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات الثلاث.

وفي الاتجاه ذاته قرر المجلس الدستوري اللبناني أن «مبدأ فصل السلطات يحتم أن تمارس كل سلطة صلاحياتها في الميدان الذي أوكله إليها الدستور، وألا تتجاوز سلطةٌ على صلاحيات سلطة أخرى، وبما أن تدخل السلطة التشريعية في أعمال السلطة التنفيذية، أو العكس، يؤدي إلى الإخلال بهذا المبدأ الذي يقوم عليه النظام الدستوري اللبناني...»[45]. وقضت المحكمة الدستورية في المملكة الأردنية الهاشمية بأن الدستور، تجسيدًا للمبدأ، «وزع الاختصاصات بين هذه السلطات، وحدد لكل منها وظائفها وصلاحياتها، ووضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، بما يحول دون تدخل أي منها في أعمال السلطة الأخرى، أو مزاحمتها في ممارسة اختصاصاتها التي حددها الدستور لها، أو تفويضها لغيرها من السلطات، إلا بنص صريح في الدستور... لذا، لا يجوز إضافة أي اختصاصات جديدة لأي سلطة غير تلك التي نص عليها الدستور، كما أنه لا يجوز التعدي على الصلاحيات الممنوحة لأي سلطة أو الانتقاص منها أو مشاركة أي جهة أخرى فيها، وإلا شكّل هذا التجاوز افتئاتًا من سلطة على أخرى، وإخلالًا بمبدأ الفصل بين السلطات»[46].

عطفًا على ما تقدم يمكن إيجاز المبادئ المستخلصة من قضاء المحاكم الدستورية في النقاط التالية:

1- يجب على كل سلطة مباشرة اختصاصاتها التي حددها الدستور؛ وهذا يعني أن على السلطة أن تتحمل مسؤوليتها التي حُمِّلتها بموجب أحكام الدستور، والقيام بوظيفتها التي حددها لها.

2- لا يجوز لأي سلطة مباشرة اختصاص لا يدخل في نطاقها؛ وهذا يعني أن مباشرة أي اختصاص يجب أن تكون استنادًا إلى نص له صلة بالاختصاص ورد في الدستور، سواء أكانت جملة النصوص تشير إلى الاختصاص بوضوح تام، أم نص محدد بعينه.

3- يجب على كل سلطة، عند مباشرتها عملًا استثنائيًّا لا يتعلق بوظيفتها الأصلية، التزام حدوده الضيقة وفقًا لضوابطه الدقيقة التي عينها الدستور.

(45) المجلس الدستوري اللبناني، القرار رقم 99/2 الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1999، منشور في: المجموعة الرسمية لقرارات المجلس الدستوري اللبناني 1994-2014، ج1، بيروت، ص88.

(46) المحكمة الدستورية في المملكة الأردنية الهاشمية، الحكم رقم 7 لسنة 2025، في الطعن رقم 4 لسنة 2025، جلسة 17 يوليو 2025، الجريدة الرسمية، ص3708، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة.

4- عدم جواز إشراك أو اشتراك أي سلطة في ممارسة اختصاص يتعلق بعمل سلطة أخرى دون نص من الدستور يخولها ذلك[47].

وتتكامل هذه المبادئ مع التأصيل المتقدم لتحدد المعيار الذي يزن به البحث النصوص محل الدراسة: فاللائحة لا تكون صحيحة لمجرد صدورها تنفيذًا لنص قانوني؛ بل يلزم أن يرد النص الداعي إلى الإصدار ضمن المجال الذي يجيزه الدستور. وقد كشفت دراسة نشأة الوظيفة اللائحية عن صلتها بالتنفيذ، وبيّنت المبادئ المتقدمة ضوابط ممارستها. وعلى هذا الأساس، يتناول المبحثان التاليان مدى اندراج الاختصاصات التي أسندها القانون إلى المجلس الأعلى للقضاء في وظيفته الدستورية، وما إذا كان النص قد نظم ممارسة اختصاص قائم أم أسند إليه ولاية تتجاوز حدود تلك الوظيفة. فلا يستبق هذا التأصيل النتيجة، ولكنه يمنع أن يغني وجود النص الداعي إلى الإصدار عن فحص سنده الدستوري.

(47) يقصد بمبدأ التخصص الوظيفي أن تختص كل سلطة بوظيفة معينة بذاتها، بما يحول دون تجاوز إحداها لنصيبها المقدر من هذا الاختصاص؛ فتقتصر وظيفة السلطة التشريعية على سن التشريعات، ووظيفة السلطة التنفيذية على إصدار قرارات عامة أو فردية تنفيذًا لما تسنه السلطة التشريعية من قوانين، وتنفرد السلطة القضائية بمزاولة الوظيفة القضائية المتمثلة في تطبيق القوانين على المنازعات. انظر: حمدان محمد الغفيري، مظاهر استقلال وتوازن السلطتين التنفيذية والتشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص57.

المبحث الثاني
الاختصاص المحجوز للقانون وحدود التنظيم التنفيذي لشؤون السلطة القضائية

لا تنحصر الإشكالية الدستورية المثارة في المفاضلة بين المجلس الأعلى للقضاء ومجلس الوزراء بشأن إصدار لائحة شؤون موظفي المحاكم، وإنما تتصل بسؤال أسبق من ذلك وأعم: بأي أداة قانونية – تشريعية أو لائحية – تُنظّم المسائل المتعلقة بالسلطة القضائية وشؤون القضاة وأعوان القضاء؟ وهل يجوز للمشرع العادي، وهو ينفذ الإحالة الواردة في عجز المادة (137)، أن يحول القانون إلى مجرد بوابة لتسليم المجلس الأعلى للقضاء سلطة تنظيمية أو تشريعية واسعة؟ فالمسألة هنا مسألة «أداة» قبل أن تكون مسألة «جهة»؛ ولذلك يبدأ هذا المبحث بتقرير أن القانون هو الأداة الدستورية لتنظيم السلطة القضائية (المطلب الأول)، ثم يبين الضوابط الدستورية لإصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقانون (المطلب الثاني)، ثم يحرر مفهوم استقلال السلطة القضائية بوصفه استقلالاً وظيفيًّا (المطلب الثالث)، وينتهي إلى وضع معيار عام لمراجعة نصوص إسناد الاختصاص الواردة في قانون السلطة القضائية وتطبيقاته الأولية (المطلب الرابع).

المطلب الأول
القانون بوصفه الأداة الدستورية لتنظيم السلطة القضائية وشؤون القضاة

يقوم هذا المطلب على اعتبارٍ دستوريٍّ مؤداه أن الأداة التشريعية التي اعتمدها الدستور لتنظيم أوضاع السلطة القضائية وأوضاع القضاة، بوجه عام، هي القانون؛ والقانون له إجراءات خاصة رسمها الدستور في شأن اقتراحه ووضعه وإقراره وإصداره: فمجلس الوزراء يقترح مشروعات القوانين، وتُعرض على مجلس الشورى لمناقشتها، وفي حال الموافقة عليها تُرفع للأمير للتصديق عليها وإصدارها[48]؛ ومجلس الشورى هو الذي يتولى سلطة التشريع على الوجه المبين في الدستور[49]. وليست هذه الإجراءات شكليات مجردة، بل هي ضمانة موضوعية أرادها الدستور لما يمس بنيان سلطة من السلطات العامة؛

(48) انظر البند (1) من المادة (121) من الدستور الدائم، وقد سبق إيراد نصها في المطلب الثاني من المبحث الأول.

(49) الدستور الدائم لدولة قطر، المادة (76)، ونصها: «يتولى مجلس الشورى سلطة التشريع، ويقر الموازنة العامة للدولة، ويمارس الرقابة على السلطة التنفيذية، وذلك على الوجه المبين في هذا الدستور».

فإخضاع تنظيم السلطة القضائية لأداة القانون يعني إخضاعه للمداولة العلنية، والرقابة السياسية، ولتوازنات الاقتراح والإقرار والإصدار التي لا تتوفر في أدوات أدنى.

ويعضد هذا الاعتبارَ أن الفصل الخامس من الباب الرابع من الدستور، وهو الفصل الخاص بالسلطة القضائية، قد أحال إلى القانون في مواضع متعددة: في ترتيب المحاكم وبيان اختصاصاتها، وفي شؤون النيابة العامة، وفي بيان تشكيل المجلس الأعلى للقضاء وصلاحياته واختصاصاته[50]. وهذا التواتر في الإحالة إلى «القانون» بالذات يكشف عن قصد دستوري واضح إلى حصر أداة التنظيم في هذا المستوى التشريعي دون ما هو أدنى منه؛ وهو ما يمكن التعبير عنه بمبدأ «حصرية الأداة»: فما حجز الدستور تنظيمه للقانون لا يجوز النزول به إلى لائحة أو قرار، لا مباشرةً ولا عن طريق تفويض يفرغ القانون من مضمونه.

ويظل السؤال المحوري الحاكم لهذه المراجعة هو: هل يجوز تنظيم اختصاص حجز الدستور تنظيمه للقانون بأداة لائحية أو بقرار صادر عن جهة أخرى؟

ومؤدى ذلك أن المسائل التي حجز الدستور أصل تنظيمها للقانون لا يجوز للمشرع أن يتخلى عن تنظيمها أو أن يحيلها إحالةً كليةً إلى لائحة، ولو كانت هذه اللائحة صادرة عن جهة تملك، من حيث الأصل، اختصاصًا لائحيًا. كما أن جواز إحالة بعض التفاصيل التنفيذية إلى اللائحة لا يعني بذاته أن كل جهة يجوز لها إصدارها؛ بل يتعين، فضلًا عن سلامة الأداة، التحقق من قيام سند دستوري أو قانوني صحيح يخول الجهة المعنية سلطة الإصدار. ومن ثم يستقل عيب الأداة عن عيب الاختصاص العضوي: فقد تكون المسألة مما حجزه الدستور للقانون، فيكون تخلي المشرّع عنها وإحالتها إلى اللائحة تنازلًا عن اختصاص لا يملك النزول عنه، واعتداءً على المجال المحجوز للتشريع؛ وقد تكون اللائحة جائزة من حيث طبيعتها، ولكنها تصدر عن جهة لم يخوّلها الدستور أو القانون سلطة إصدارها، فيلحقها عيب مخالفة قواعد الاختصاص، وهو عيب شكلي يتصل بالجهة المصدِرة لا بموضوع التنظيم. ولا يزول أحد العيبين بتصحيح الآخر. وعلى هذا الأساس، يجب فحص كل نص يدعو إلى إصدار لائحة أو قرار تنفيذي من ثلاث زوايا مترابطة: موضوع التنظيم، ومرتبة الأداة القانونية الملائمة له، والسند الدستوري لاختصاص جهة الإصدار؛ بما يحول دون إفراغ القانون من مضمونه أو اتخاذ استقلال القضاء ذريعةً لتجاوز الأداة التشريعية التي عيّنها الدستور.

(50) انظر الفصل الخامس (السلطة القضائية) من الباب الرابع من الدستور الدائم، وما تضمنه من إحالات متعددة إلى القانون في ترتيب المحاكم وبيان اختصاصاتها، وشؤون النيابة العامة، وتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وصلاحياته واختصاصاته.

المطلب الثاني

الضوابط الدستورية لإصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقانون

إذا كان الأصل ما تقدم، فإن دعوة المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ القانون تظل مقيدة بالضوابط الدستورية المتعلقة بسند اختصاصه وحدود ممارسته. فلا يكفي ورود الدعوة في القانون لإثبات جواز توجيهها إليه دستوريًا، ولا يجوز أن تتخذ أدوات التنفيذ سبيلًا إلى تنظيم مسائل حجز الدستور أصل تنظيمها للقانون. وعلى هذا الأساس، يتناول هذا المطلب الضوابط الحاكمة لإصدار تلك اللوائح والقرارات، مع التمييز بينها وبين الشروط الخاصة بالتفويض في ممارسة جانب من الوظيفة التشريعية. ويمكن رد هذه القواعد إلى خمسة ضوابط، يخصص كل منها بمجاله على النحو الذي تقدم بيانه في المبحث الأول:

أولًا: وضوح سند الدعوة إلى الإصدار وحدوده

ذلك أن النص الذي يدعو إلى إصدار قرارات لائحية منفذة للقانون يجب أن يكون واضحًا في معناه قاطعًا في دلالته، وأن ينضبط بالضوابط الدستورية المقررة في شأن سلطة إصداره؛ أما التفويض في ممارسة جانب من ولاية التشريع، فإقرار التشريعات اختصاص أصيل للسلطة التشريعية، ومباشرة غيرها له استثناء من هذا الأصل لا يجوز افتراضه، أو التوسع فيه، أو القياس عليه، ضمانًا لئلا يتحول هذا التفويض ذو الطبيعة الاستثنائية، إلى سلطة تشريعية كاملة[51].

وقضت محكمة التمييز القطرية، في شأن التفويض التشريعي، بما مؤداه أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تُلغي أو تُعدّل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى، أو أن تضيف إليها أحكامًا جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون؛ ذلك أنّ القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية وفي حدود هذا التفويض وإن كان لها في موضوعها قوة القانون، إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين في حجية التشريع فيكون للقضاء الإداري بما له من ولاية الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ألا يعتدّ بها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التي يقوم عليها... وكان المشرّع قد عَهِدَ بموجب القانون رقم 8 لسنة 2012 بشأن هيئة قطر للأسواق المالية إلى مجلس الوزراء بإصدار قرار بالإجراءات المنظمة لعمل لجنة التظلّمات، فإنّه في نطاق هذا التفويض التشريعي يكون له وضع القواعد

(51) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 33 لسنة 47 ق «دستورية»، جلسة 2026/2/16، منشور في الجريدة الرسمية، ع7 مكرر، بتاريخ 2026/2/16.

التفصيلية دون خروج على ما نظّمه المشرّع بنص في القانون، فإذا خرج عن هذا النطاق التشريعي أصبح مخالفًا للقانون، ويكون للقضاء ألا يعتدّ به في مقام القانون الذي صدر القرار تنفيذًا له[52].

ثانيًا: انحصار وظيفة اللوائح التنفيذية في إتمام القانون

ذلك أن الأصل في اللوائح التنفيذية أنها تفصّل ما ورد إجمالًا في نصوص القانون بما ليس فيه تعديل، أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها، وأن الغرض من صدور اللائحة التنفيذية للقانون يتعين أن ينحصر في إتمام القانون، أي وضع القواعد والتفاصيل اللازمة لتنفيذه مع الإبقاء على حدوده الأصلية بلا أدنى مساس، ودون أن تنطوي على تعديل أو إلغاء لأحكامه، أو أن تضيف إليه أحكامًا تبعده عن روح التشريع، فيجاوز بذلك مصدرُها الاختصاصَ الدستوري المخول له متعديًا على السلطة التشريعية[53].

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بما مؤداه أنه لا يجوز للوائح التنفيذية التي تصدرها السلطة التنفيذية والتي تتضمن الأحكام التفصيلية والتكميلية اللازمة لتنفيذ القانــون أن تعطل أحكامه، أو تتناولها بالتعديل، أو بالاستثناء وينبغي على الجهة التي تصدر اللوائح التنفيذية أن تتقيد بالمبادئ والأسس والضمانات سواء ما ورد منها في الدستور أو في القانون[54].

ثالثًا: السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع ابتداءً

ذلك أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساسًا على إعمال القوانين وتنفيذها، غير أنه استثناءً من هذا الأصل، وتحقيقًا لتعاون السلطات

(52) راجع حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي 983، 1158 لسنة 2023 تمييز مدني، جلسة 2024/1/1.

(53) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 166 لسنة 20 ق «دستورية»، جلسة 2024/5/4، منشور في الجريدة الرسمية، ع18 مكرر (ب)، بتاريخ 2024/5/8؛ وحكمها في القضية رقم 18 لسنة 8 ق دستورية، جلسة 1996/2/3، مكتب فني، 7 ج1 ص424 قاعدة 23، والقضية رقم 113 لسنة 28، جلسة 2011/11/13، الجريدة الرسمية ع47 مكرر، بتاريخ 2011/11/27، مقارنة بحكمها في القضية رقم 68 لسنة 25 ق «دستورية»، جلسة 2007/6/10، ج12؛ وللمبادئ المنسوبة إلى الأحكام 8/18 و28/113 و25/68، انظر نقلها في: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2369-2370؛ وفي الحكم الأخير: «الغرض من صدور اللائحة التنفيذية للقانون يتعين أن ينحصر في إتمام القانون، أي وضع القواعد والتفاصيل اللازمة لتنفيذه مع الإبقاء على حدوده الأصلية بلا أدنى مساس، ودون أن تنطوي على تعديل أو إلغاء لأحكامه أو أن يضيف إليه أحكامًا تبعده عن روح التشريع، فيجاوز بذلك مصدرها الاختصاص الدستوري المخول له، متعديًا على السلطة التشريعية».

(54) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4170 لسنة 44 ق ع جلسة 2001/3/11، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السادسة والأربعون، ج2 ص 1019.

وتساندها، قد يعهد الدستور إليها في حالات محددة بأعمال تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، من ذلك إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل، أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها؛ ومن ثم لا يدخل في اختصاصها توليها ابتداءً تنظيم مسائل خلا القانون من بيان الإطار العام الذي يحكمها، وإلا كان ذلك تشريعًا لأحكام جديدة لا يمكن إسنادها إلى القانون، وليست تفصيلًا لأحكام أوردها المشرع فيه إجمالًا، بما يخرج اللائحة عن الحدود التي عينها الدستور(55).

ويُستأنس بهذا القضاء في تحديد الطبيعة الإدارية للقرارات الصادرة بناءً على التفويض وحدود رقابة القضاء الإداري عليها؛ غير أنه لا يُساق بوصفه حكمًا مباشرًا في دستورية النص محل البحث. وفي السياق ذاته، قررت محكمة الاستئناف القطرية أن الأصل في اختصاص السلطة التنفيذية هو تنفيذ القوانين وإعمال أحكامها، إلى جانب إدارة الشؤون الداخلية والخارجية للدولة. غير أن المشرع الدستوري، تحقيقًا لمبدأ الفصل بين السلطات مع تعاونها المنصوص عليه في المادة (60) من الدستور، عهد إليها، على سبيل الاستثناء وفي حالات محددة، بمباشرة أعمال ذات طبيعة تشريعية من الناحية الموضوعية، تتمثل في التشريعات الفرعية.

ومن صور ذلك التعاون ما خوله الدستور لمجلس الوزراء، بموجب المادة (2/121)، من اعتماد اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين التي تعدها الوزارات والأجهزة الحكومية الأخرى. ومؤدى ذلك أن لمجلس الوزراء تفصيل الأحكام التي أوردها المشرع إجمالًا في القانون، بشرط أن تظل الأحكام اللائحية مطابقة للقانون، وألا تنطوي على تعديل له، أو تعطيل لأحكامه، أو إعفاء من تنفيذه، أو استحداث قواعد تخالف غرض المشرع(56).

(55) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 166 لسنة 20 ق «دستورية»، السابق الإشارة إليه؛ وانظر المادة (144) من دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة 1971، وبموجبها يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه، وفي السياق ذاته راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 35 لسنة 29 ق دستورية جلسة 2025/8/2 منشور في الجريدة الرسمية ع31 مكرر ب بتاريخ 2025/8/4، وحكمها في القضية رقم 91 لسنة 39 ق دستورية جلسة 2025/7/5 الجريدة الرسمية ع27 مكرر ب جلسة 2025/7/9، وحكم محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية والتجارية، في الطعن رقم 16996 لسنة 89 ق جلسة 2025/4/23، والطعن رقم 10099 لسنة 87 ق جلسة 2024/5/12، ومن القضاء القطري راجع: حكم المحكمة المدنية والتجارية بمركز قطر للمال، الدائرة الابتدائية، الطعن رقم 64 لسنة 2025، جلسة 2026/3/29.

(56) وقد يُعترض بأن المادة (2/121) تخص ما تعده الوزارات والأجهزة الحكومية، وليس المجلس منها. والمقترح أن تُعد المشروعَ الجهةُ الحكومية المختصة قانونًا، ويعتمده مجلس الوزراء باقتراح المجلس الأعلى للقضاء، مع استكمال التصديق والإصدار بحسب الأداة؛ لا إثبات اختصاص حالي لوزارة العدل. وقد تولت الوزارة تنظيم أعمال المحاكم إداريًا وماليًا قبل القرار الأميري رقم 16 لسنة 2009،

كما قررت المحكمة أنه متى عهد القانون إلى جهة معينة بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، استقلت هذه الجهة وحدها بممارسة ذلك الاختصاص في حدود ما قرره القانون لها، وامتنع على غيرها الحلول محلها، وإلا كان ما يصدر عن غيرها مشوبًا بعيب عدم الاختصاص. وبذلك يجمع الحكم بين قيدين يحكمان ممارسة الاختصاص اللائحي: قيد موضوعي يوجب التزام حدود القانون ومقاصده، وقيد عضوي يقصر ممارسة الاختصاص على الجهة التي عينها النص[57].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن من حق السلطة التنفيذية، طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها، إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها أو استحداث ما من شأنه مخالفة غرض الشارع وهو ما يطلق عليه لائحة أو قرار وأن معنى هذا الحق ليس نزولا من السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذها، فإذا بان أن هذا القرار أو تلك اللائحة قد خرج عن هذا النطاق التشريعي أصبح معدوم الأثر قانونا ويكون للقضاء العادي ألا يعتد به في مقام القانون الذي صدر القرار تنفيذا له[58].

رابعًا: سمو الدستور

ذلك أن الدستور هو القانون الأعلى الذي يحدد لكل من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها والقيود الضابطة لنشاطها؛ وقد سبق بيان مقتضى هذا السمو تفصيلًا عند الحديث عن سمو مبدأ الفصل بين السلطات في أحكام القضاء الدستوري المقارن، فيُحال إليه منعًا للتكرار[59].

خامسًا: تمييز ضوابط التنفيذ عن شروط التفويض التشريعي

سبق بيان شروط التفويض التشريعي الخاص عند بحث مدلوله؛ فهي تقيد مباشرة

الذي لم يتضمن هذا الاختصاص؛ وكانت لائحة الموظفين في ظل القانون رقم 10 لسنة 2003 تصدر بقرار من مجلس الوزراء باقتراح المجلس. انظر: عبد الرحمن بن حمد بن قاسم آل ثاني، مرجع سابق، ص321؛ والقرار الأميري المذكور، الجريدة الرسمية، ع5، 2009/5/25؛ وقارن: نويجي ونوح والشيمي، القضاء الإداري القطري، مرجع سابق، ص31.

(57) راجع: حكم محكمة الاستئناف القطرية، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 106 لسنة 2012 ق إداري جلسة 2013/3/26.

(58) راجع: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1187 لسنة 60 ق جلسة 1996/6/30.

(59) يُنظر ما سبق بيانه تفصيلًا في المطلب الثالث من المبحث الأول من هذا البحث: «المبادئ المستخلصة من أحكام القضاء الدستوري المقارن»، والأحكام الدستورية المشار إليها وتوثيقها هناك.

الوظيفة التشريعية استثناءً[60].

وإذا كان لزوم السند الدستوري والتقيد بحدود الاختصاص يقيدان السلطة التنفيذية ذاتها، من باب أولى، وهي صاحبة الولاية اللائحية الأصلية بشأن إصدار لوائح تنفيذ القوانين، فإن التمسك بهما في مواجهة دعوة البرلمان إلى إصدار أدوات التنفيذ حين تُوجَّه إلى هيئة وصف الدستور وظيفتها بأنها «إشرافية» يكون أولى وأوجب. أما شروط المناسبة والمدة والرقابة الخاصة بالتفويض التشريعي بمدلوله الفني فلا تحمل على كل اختصاص لائحي لمجرد الاشتراك في الاصطلاح. ومن ثم فإن أي نص في قانون السلطة القضائية يدعو المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار لوائح أو قرارات منفذة للقانون، تنشئ مراكز قانونية أو تعدلها أو تنهيها، لا يستقيم إلا إذا وجد له سند واضح الدلالة في صلب الدستور، وهو ما سيتكفل المبحث الثالث ببيان انتفائه في عبارة «الإشراف».

المطلب الثالث

الاستقلال الوظيفي المطلق للقضاء والاستقلال النسبي لإدارته الذاتية

إن لاستقلال القضاء مفهومين: الأول ضيق يرتبط بوظيفة القاضي، فلا سلطان عليه في قضائه إلا ما يمليه ضميره وأحكام القانون، بمعنى عدم جواز التدخل من أي جهة في عمله؛ والثاني واسع يتمثل في عدم قابلية القضاة للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون، وضمانات مساءلتهم تأديبيًا، وعدم تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في أعمال السلطة القضائية[61]. ووفق المفهومين معًا يظل جوهر الاستقلال معقودًا بالاختصاص الوظيفي للسلطة القضائية، وهو الفصل في الخصومات وإصدار الأحكام؛ فاستقلال السلطة القضائية الحقيقي والكامل هو في جوهر اختصاصها الوظيفي هذا، لا في تنظيم شؤونها، أيًّا كانت، بمعزل عن الاختصاصات الدستورية المقررة للسلطات الأخرى.

(60) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 25 لسنة 8 ق «دستورية»، جلسة 1992/5/16؛ وقارن حكمها في القضية رقم 13 لسنة 10 ق «دستورية»، جلسة 1997/10/4، ج8 «دستورية»، ص906، وفيه أن على كل سلطة عامة، في مباشرتها لما يرد استثناءً على وظائفها الأصلية من أعمال، أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردها إلى ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور، وإلا وقع عملها مخالفًا لأحكامه. وانظر المبدأ نفسه منسوبًا إلى الحكمين في: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثاني، ص1347.

(61) عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون: دراسة دستورية مقارنة بالأنظمة القضائية العربية والعالمية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، 2017، ص64.

وتؤيد المعاييرُ الدولية الخاصة بمجالس القضاء هذا التحرير؛ فالمبادئ الأساسية للأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، وما تلاها من أدلة تطبيقية، تركز على استقلال القضاء في صنع القرار القضائي، وعلى واجب سائر المؤسسات احترام أحكام القضاء وتنفيذها، وعلى ضمانات ولاية المنصب والأمان الوظيفي والمالي للقضاة، ولم تتضمن اشتراطَ أن يتولى القضاء بنفسه تعيين الكادر الإداري المعاون أو تنظيم شؤونه حتى يتحقق استقلاله[62]. وقرر المجلس الاستشاري للقضاة الأوروبيين أن الغرض المركزي من مجلس القضاء هو حماية استقلال القضاء وسيادة القانون، وأن اختصاصات المجلس تختلف بحسب النظام الدستوري والقانوني لكل دولة، وأن هذه الاختصاصات يجب أن تحدد في الدستور أو القانون الأساسي؛ كما قررت لجنة البندقية أن وجود مجلس قضائي مستقل لا يعني بالضرورة أن يتولى هذا المجلس كل إدارة نظام العدالة، وأن التنظيم الإداري للقضاء لا يلزم أن يكون كله في يد القضاة أو مجلس القضاء[63]. وهذه المعايير لا تلزم النظام القطري بذاتها، لكنها تصلح سندًا مقارنًا معتبرًا في بيان أن الإشراف على القضاء وصون استقلاله لا يقتضيان بالضرورة نقل الإدارة التنفيذية والوظيفية الكاملة إلى المجلس القضائي.

وقد يُرى، في المقابل، أن إسناد بعض الاختصاصات الإدارية والتنظيمية إلى المجلس الأعلى للقضاء ينسجم مع التصورات العالمية حول الإدارة الذاتية للسلطة القضائية، ويُضعف من قبضة السلطة التنفيذية على القضاء فيعزز استقلاله[64]. غير أن هذا الرأي يدفع نحو توسيع اختصاص المجلس ليتعدى الحدود الدستورية المحجوزة للسلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين وإصدار اللوائح وإدارة المرافق العامة، كل ذلك دون نص دستوري صريح؛ ويؤدي فوق ذلك إلى خلق سلطة إدارية غير مسؤولة أمام مجلس

(62) اللجنة الدولية للحقوقيين، المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة والمحامين وممثلي النيابة العامة، دليل الممارسين رقم 1، ط1، جنيف، 2007، ص18؛ وانظر ص81 المتضمنة مشروع الإعلان العالمي لاستقلال القضاء الذي ورد فيه نص يخول السلطة القضائية اختصاص تعيين الكادر الإداري، وكان مشروعًا وقتئذ؛ فكل ما تقدم من نصوص وردت في المواثيق الدولية النافذة لم يتضمن شرطًا يعلق تحقق استقلال السلطة القضائية على توليها تعيين الكادر الإداري.

(63) Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion No. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the Service of Society, Strasbourg, 2007, paras. 8-13, 39, 41-44; Venice Commission, Judicial Appointments, Opinion No. CDL-AD (2007)028, Venice, 2007, paras. 26, 28.

(64) محمد عمار تركمانية غزال، المدخل إلى علم القانون: دراسة تحليلية لنظرية القانون ونظرية الحق في ضوء القانون القطري، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، 2023، ص100، في عرض الاستقلال الإداري والمالي وشؤون القضاة؛ يرد هنا إسنادًا للرأي المقابل في حدوده.

الشورى. وهنا يثور مبدأ تلازم السلطة مع المسؤولية: فالوزراء هم المسؤولون أمام مجلس الشورى وفقًا للدستور، في حين أن جزءًا من الاختصاصات التنفيذية في مجال القضاء، بحسبانه مرفقًا عامًا، قد نُقل إلى المجلس الأعلى للقضاء الذي لا يخضع للمسؤولية السياسية أمام المجلس؛ فتُغَلُّ يد السلطة التنفيذية من جهة، وتُعصَم هذه الاختصاصات من الرقابة السياسية المباشرة من جهة أخرى، وفي ذلك، في الاتجاه الذي يرجحه هذا البحث، مساس بمبدأ تلازم السلطة مع المسؤولية، وإضعاف لآليات المساءلة أمام السلطة التشريعية، ومن ثم مساس بمبدأ الفصل بين السلطات ذاته.

ويجد هذا الربط أصله في تلازم السلطة والمسؤولية في القانون العام؛ إذ قُرر: «فكما أن الواجب يقابل الحق في القانون الخاص، فان المسؤولية هي المقابلة للسلطة في القانون العام»، وأن تناسبهما لازم لانتظام العمل الإداري. ومن ثم يكون بحث أثر توزيع الاختصاص في وسائل المساءلة متصلًا بأصل التنظيم نفسه، مع بقاء تعيين صورة المسؤولية وجهتها محكومًا بالنصوص المنظمة لكل سلطة[65].

ومحصلة هذا المطلب أنه لا تلازم بين استقلال القاضي في قضائه، وبين تولي المجلس الأعلى للقضاء إدارة كل شأن إداري، أو مالي، أو وظيفي يتصل بمرفق المحاكم؛ فالتمييز واجب بين ما يتصل بشخص القاضي وضمانات استقلاله، من تعيين، وترقية، ونقل، وندب، وتأديب وعدم قابلية للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون، وهو ما يظل تنظيمه بأداة القانون مع الدور المقرر للمجلس صونًا للاستقلال، وبين ما يتصل بإدارة مرفق عام من شؤون الموظفين الإداريين، وأعوان القضاء، وتجهيز المحاكم، وإدارة مواردها البشرية والمالية، وهو ما يندرج في ولاية السلطة التنفيذية على إدارة المرافق العامة.

المطلب الرابع

معيار مراجعة نصوص إسناد الاختصاص الواردة في قانون السلطة القضائية وتطبيقاته الأولية

يعرض البحث معيارًا أوليًا للاختبار تُراجَع به نصوص إسناد الاختصاص بحسب موضوعها وأداتها، بالتمييز بين ثلاث دوائر:

الدائرة الأولى: شؤون القضاة ومراكزهم القانونية وضماناتهم؛ والأصل فيها القانون، لأنها تمس السلطة القضائية ذاتها واستقلال القاضي ومركزه الدستوري؛

(65) بشار عبد الهادي، مرجع سابق، ص236، 238.

فيستوفي القانون أصل تنظيمها، وتُترك التفاصيل لأدوات تنفيذه في حدود الإذن الدستوري واختصاص مصدرها، مع ما للمجلس الأعلى للقضاء من دور مقرر في هذا الشأن صونًا للاستقلال.

الدائرة الثانية: شؤون موظفي المحاكم وأعوان القضاة بوصفهم موظفين عموميين؛ ومحلها الشريعة العامة للوظيفة العامة والإدارة التنفيذية، مع خصوصية تبرر دورًا للمجلس الأعلى للقضاء في الاقتراح أو الرأي أو الموافقة، لا الانفراد بالإصدار.

الدائرة الثالثة: التسيير اليومي والفني للعمل القضائي؛ من تداول الملفات، وتنظيم السجلات، وتوزيع الأعمال الكتابية، ومواعيد الجلسات، وهو ما يدخل في إشراف المجلس الأعلى للقضاء وتنظيمه الداخلي وذلك دونما حاجة إلى سند إضافي.

ويُستأنس لهذه الدوائر بشاهد من الإفتاء الوطني: ما استُفيد من أحكام القرار الأميري رقم 4 لسنة 1989 بإنشاء المجلس الأعلى للتخطيط من أنه ليس للمجلس المذكور أن يضع لائحة خاصة بنظام العاملين به، وإنما يسري عليهم أحكام قانون الوظائف العامة المدنية ولائحته التنفيذية[66]؛ ولعل المتأمل في هذا الإفتاء يتبين أن المادة (2) من القرار المشار إليه حصرت الغرض من إنشاء المجلس في إعداد السياسات والخطط الاقتصادية والاجتماعية ومتابعة تنفيذها بعد إقرارها من مجلس الوزراء، ومن ثم كان لزامًا عليه ألا ينصب نفسه مشرعًا بوضع لائحة خاصة بنظام العاملين به، بل يقف عند الاختصاصات المنصوص عليها حصرًا في المادة (3) منه دون أن يتجاوزها إلى أي دور تشريعي[67]. ومناط الاستئناس تقيد الهيئة بالنص المنظم لها؛ فإذا ثبت حد الوظيفة الدستورية بالتفسير، لم يجز للقانون تجاوزه. فالعبرة بالقيد، لا بمجرد مرتبة أداة الإنشاء.

ومن قضاء محكمة التمييز ما انتهت إليه بشأن جدول الخبراء؛ إذ ذهبت إلى أن مؤدى نص المادة (72) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 10 لسنة 2003 أن المشرع أسند تنظيم أعمال الخبرة إلى قانون يحدد حقوق الخبراء والمترجمين وواجباتهم ويضع قواعد تأديبهم، إلا أنه إزاء عدم صدور مثل هذا القانون، وكانت مسألة ندب قاض لخبير في دعوى مطروحة أمامه قد تستلزم منه البحث فيمن تنطبق عليه معايير الخبرة والتخصص المطلوب، وهو ما قد يعوق العمل ويعطل العدالة، فقد ارتأى المجلس الأعلى للقضاء، بما له من سلطة إدارية في تنظيم وتيسير إجراءات العمل، أن ينشئ جدولًا

(66) مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى إدارة الفتوى والتشريع من أول 1981 إلى آخر 1995، إدارة الفتوى والعقود، وزارة العدل، دولة قطر، ط2، 2011، الفتوى ش ق 168/2–474 بتاريخ 1990/4/23، ص17.

(67) انظر المادتين (2) و(3) من القرار الأميري رقم 4 لسنة 1989 بإنشاء المجلس الأعلى للتخطيط.

يتقدم إليه من يرغب في قيد اسمه به كخبير، وأوكل مهمة اختيار الخبراء إلى لجنة تمارس عملًا إداريًّا؛ وأرست المحكمة مبدًا مؤداه أنه لا يسوغ القول إن ما قام به رئيس المجلس الأعلى للقضاء يعد اغتصابًا للسلطة التشريعية أو انتهاكًا لها، وإنما هو مجرد إجراء إداري يُسهّل على القاضي إدارة العدالة، ولا يرقى تشريعًا ينظم عمل الخبرة، بل إن للمشرع في أيّ وقت أن ينظمها بقانون لاحق[68].

ولعل مفاد ذلك أن اعتراف محكمة التمييز بأن إنشاء الجدول وتشكيل اللجنة يدوران في فلك تسيير دولاب العمل بالمحاكم إنما كان لحالة ضرورة عملية طارئة تتمثل في عدم صدور قانون ينظم أعمال الخبرة آنذاك؛ وبمفهوم المخالفة، لم يعد لمنطق المحكمة وجه في ظل صدور القانون رقم 16 لسنة 2017 بتنظيم أعمال الخبرة؛ حيث أصبح إنشاء الجدول عملًا تشريعيًّا خالصًا بموجب المادة (6) منه[69]؛ الأمر الذي يكرس فكرة أن ليس للمجلس الأعلى للقضاء أن يمارس دورًا تنظيميًّا منشئًا للمراكز تذرعًا بأنه من قبيل حسن سير العمل بالمحاكم متى قام التنظيم التشريعي.

ويتصل بذلك ما قررته المحكمة المدنية والتجارية بمركز قطر للمال من أن حسن سير العمل بالمحكمة وتنفيذها مهامها لا يقتضي توسيع اختصاصها المنصوص عليه صراحةً في القانون[70]؛ وهي قاعدة إذا صدقت على الاختصاص القضائي ذاته، فهي على الاختصاصات التنظيمية والتنفيذية المدّعاة أصدق.

ويلحق بهذه التطبيقات إشكالية إجرائية كشف عنها التطبيق العملي في شأن مراسيم تعيين القضاة؛ إذ تنص المادة (36) من قانون السلطة القضائية على أن يصدر بتعيين رئيس محكمة التمييز أمر أميري، ويكون تعيين باقي القضاة بمرسوم بناءً على اقتراح الرئيس[71]. والمادة بصورتها تلك لا تخالف أحكام الدستور من حيث المبدأ، وتنسجم معه إذا كان الإجراء العملي هو مرور مشروع المرسوم على مجلس الوزراء الذي يتولى، بوصفه الهيئة التنفيذية العليا، اقتراح مشروعات المراسيم ورفعها إلى الأمير لإصدارها؛ غير أن ما يقع عملًا، كما يظهر من ديباجة بعض مراسيم التعيين التي تشير إلى اقتراح

(68) محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم (25) لسنة 2016 «إداري»، جلسة 2016/3/15.

(69) القانون رقم 16 لسنة 2017 بتنظيم أعمال الخبرة، الصادر بتاريخ 2017/9/12، المادة (6).

(70) المحكمة المدنية والتجارية بمركز قطر للمال، الدائرة الابتدائية، الطعن رقم 64 لسنة 2025، جلسة 2026/3/29.

(71) قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 8 لسنة 2023، المادة (36)، ونصها: «يصدر بتعيين رئيس محكمة التمييز أمر أميري، ويكون بدرجة وزير. ويكون تعيين باقي القضاة بمرسوم، بناءً على اقتراح الرئيس».

المجلس الأعلى للقضاء دون الإشارة إلى دور مجلس الوزراء[72]، يوحي بعدم مرور مشروع المرسوم على مجلس الوزراء وعدم ممارسته اختصاصه الأصيل في اقتراح مشروعات المراسيم وفقًا للمادة (121). ومن ثم فالإشكال هنا ليس في نص المادة (36) ذاته، وإنما في الكيفية التي جرى تفعيلها بها؛ مع ضرورة التأكيد، تشريعيًّا وعمليًّا، على أن اقتراح تعيين القضاة من جانب رئيس المجلس الأعلى للقضاء لا يغني عن مرور مشروع المرسوم على مجلس الوزراء وفقًا للدستور، وإعمالِ مجلس الوزراء اختصاصه الأصيل في اقتراحه ورفعه إلى الأمير.

وأخيرًا، فإن مواضع إسناد الاختصاص في القانون رقم 8 لسنة 2023 لا تنحصر في المادتين محل البحث؛ فقد أناط القانون بالرئيس أو بالمجلس اختصاصات متفرقة في تعيين الأمين العام ومساعدي القضاة وإنهاء خدمتهم ونقلهم وغير ذلك[73]، وهي مواضع تجب مراجعتها جميعًا في ضوء الدوائر الثلاث المتقدمة، لبيان ما يدخل منها في ضمانات الاستقلال فيبقى، وما يمس الشؤون الوظيفية والإدارية العامة فيُرَدُّ إلى أداته وجهته الدستوريتين. على أن أظهر هذه المواضع وأخطرها أثرًا هما المادة (85) والمادة (3) من مواد الإصدار، وقد كانت اللائحة ذاتها في ظل القانون الملغي تصدر بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء[74]؛ وإليهما ينصرف المبحث الثالث بعد ضبط مدلول الإشراف الذي يُدّعى أنه سندهما.

ولا يترتب على حجز أصل تنظيم السلطة القضائية وشؤون القضاة للقانون أن تنعدم كل مساحة للأدوات التشريعية الأدنى منه؛ فيجوز أن تتولى اللائحة تنفيذ ما قرره

(72) انظر على سبيل المثال ديباجة المرسوم رقم 17 لسنة 2025 بتعيين بعض القضاة، وقد جاء فيها الاطلاع على الدستور، وعلى قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم (8) لسنة 2023، وعلى لائحة شؤون القضاة الصادرة بالقرار الأميري رقم 52 لسنة 2023، وعلى اقتراح المجلس الأعلى للقضاء، دون إشارة إلى مجلس الوزراء.

(73) انظر من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 8 لسنة 2023: المادة (27) وبموجبها ينوب الرئيس عن المجلس في علاقته مع الغير ويمثله أمام القضاء أمين عام المجلس؛ والمادة (31) وبموجبها يكون للمجلس أمين عام يُعين بقرار من الرئيس ويتولى الإشراف على الأمانة العامة وإدارة أعمالها؛ والمادة (79) وبموجبها يكون تعيين مساعد القاضي بقرار من الرئيس ويُعتمد من الرئيس تقرير صلاحيته لشغل الوظيفة؛ والمادة (81) وبموجبها تصدر قرارات إنهاء خدمة مساعدي القضاة أو نقلهم إلى وظائف أخرى من الرئيس.

(74) كانت المادة المقابلة في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 10 لسنة 2003 (الملغى) تنص على أن: «تسري على أعوان القضاة وغيرهم من موظفي المحاكم أحكام لائحة شؤون الموظفين التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح المجلس»؛ وانظر كذلك المادة (72) من القانون ذاته في شأن إسناد تنظيم أعمال الخبرة إلى قانون.

القانون، وتفصيل أحكامه في نطاق محدد، كما يجوز إصدار القرارات الإدارية الداخلية اللازمة لحسن سير العمل، شريطة ألا تنشئ هذه الأدوات حكمًا لا أصل له في القانون، وألا تعدل ضمانة أو اختصاصًا حجزه الدستور أو القانون، وألا تتحول الإحالة إليها إلى تخلي المشرع عن جوهر التنظيم الذي ألزمه الدستور توليه. ويقتضي هذا المعيار مراجعة سائر مواضع إسناد الاختصاص الواردة في القانون كلٌّ بحسب محله.

المبحث الثالث
نطاق إشراف المجلس الأعلى للقضاء وتطبيقه على المادتين (85) من القانون و(3) من مواد إصداره

بعد بيان الإطار الدستوري العام لمبدأ الفصل المرن بين السلطات، وحدود دعوة مجلس الشورى المجلس الأعلى للقضاء إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة لقانون السلطة القضائية، يبقى لازمًا بحث مدلول «الإشراف» الوارد في المادة (137) من الدستور، ومدى صلاحيته سندًا لإصدار لائحة شؤون أعوان القضاة وموظفي المحاكم، أو القرارات التنفيذية المشار إليها في المادة (3) من مواد الإصدار. ويقوم هذا المبحث على فرضية منهجية مؤداها أن عبارة «يشرف على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها» لا يجوز تفسيرها بوصفها لفظًا منفردًا معزولًا عن بقية نصوص الدستور، وتضحى هائمة في فراغ، وإنما يجب فهمها في ضوء موقعها فيه، بحيث يُقرأ اللفظ في سياقه، في ظل توزيع الاختصاصات بين السلطات ومبدأ سمو الدستور على ما دونه من قواعد. ولذلك يبدأ المبحث بضبط مدلول الإشراف لغةً واصطلاحًا (المطلب الأول)، ثم يعرض منهج تفسير النصوص الدستورية والمقابلة اللازمة بين المادتين (121) و(137) (المطلب الثاني)، ثم يناقش الاتجاه الموسِّع في تفسير المادة (137) ويرد عليه (المطلب الثالث)، وينتهي إلى تطبيق المعيار على المادتين محل البحث وترتيب أوجه العوار (المطلب الرابع).

المطلب الأول
ضبط مدلول «الإشراف» لغةً واصطلاحًا

يفيد «الإشراف»، في دلالته اللغوية العامة، معنى العناية، والمتابعة، والتعهد، والرعاية، لا معنى الحلول محل الجهة المختصة في الإدارة والتنفيذ؛ فقد ورد في المعاجم أن «أشرف على الأمر» تفيد معنى تولّاه وتعهّده وراقب سيره، وهي دلالة تفيد العناية، والرقابة، والمتابعة، ولا تنهض بذاتها للدلالة على سلطة التقرير الإداري أو إصدار اللوائح المنشئة للمراكز القانونية[75]. وقد اعتمدت المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية هذه الدلالة اللغوية عينها وهي تفسر نص المادة (88) من

(75) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008، مادة «شرف/أشرف»؛ وانظر كذلك: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط3، القاهرة، 1998، مادة «شرف»، ص498، وفيه: «أشرف عليه: تولاه وتعهده وقاربه».

دستور 1971 في شأن إشراف أعضاء الهيئات القضائية على الاقتراع، فقررت أنه إذ لم يكن للفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تخالف دلالته اللغوية، فقد بات متعينًا الرجوع إلى إرادة المشرع الدستوري الحقيقية، وانتهت إلى أن مقصود النص إرساء ضمانة أساسية لنزاهة الانتخابات عن طريق هيمنة المشرفين على عملية الاقتراع بحيث تتم خطواتها كلها تحت سمعهم وبصرهم(76).

والمُلاحَظ، وهو موضع الدلالة هنا، أن المحكمة مع توسُّعها في مقتضيات الإشراف إلى حد «الهيمنة» على العملية الانتخابية، لم تنقل إلى المشرفين سلطة إنشاء القواعد المنظِّمة للعملية ذاتها، بل أبقت التنظيم للمشرع وألزمته تمكين المشرفين من وسائل الرقابة؛ فالإشراف، حتى في أوسع صوره، رقابة وهيمنة على عمل ينظمه غير المشرِف، لا اختصاص بإصدار القواعد المنشئة للمراكز القانونية.

أما في الاصطلاح القانوني، فإن ضبط هذا اللفظ لا يتحقق بتعريفه مجردًا فقط، بل بمقابلته بالمصطلحات القانونية الأقرب إليه، وعلى رأسها: الاختصاص والإدارة. فالاختصاص هو مجموعة السلطات أو الصلاحيات المقررة قانونًا لشخص معين، أو هيئة معينة، كاختصاصات مجلس الوزراء، أو الوزير، أو المحافظ أو مجلس إدارة هيئة عامة(77)؛ ومن ثم فإن أي سلطة في إصدار لوائح أو قرارات منشئة لمراكز قانونية لا تُفترض من مجرد العبارة العامة، بل تحتاج إلى أن تكون داخلة في اختصاص مقرر بنص دستوري أو قانوني. وأما الإدارة فقد عرّفها معجم القانون بأنها سلطة التقرير في الشؤون الإدارية والمالية، وقد يُستعمل الاصطلاح للدلالة على الجهة أو الجهاز الذي يملك هذه السلطة(78)؛ وهذا التعريف مهم في محل البحث، لأنه يميز بين الإشراف بوصفه متابعةً وضمانًا لحسن الانتظام، وبين الإدارة بوصفها سلطة تقريرية منشئة في الشؤون الإدارية والمالية. فإذا كانت الإدارة هي سلطة التقرير، فإن نقل هذه السلطة

(76) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (11) لسنة 13 قضائية «دستورية»، جلسة 2000/7/8، ج9 «دستورية»، ص667؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الأول، ص298-299؛ وفيه أنه إذ لم يكن للفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تخالف دلالته اللغوية، فقد بات متعينًا الرجوع إلى الإرادة الحقيقية للمشرع الدستوري؛ وأن الأهداف التي رمى الدستور إلى بلوغها بما تطلبه في المادة (88) تتحصل في إرساء ضمانة أساسية لنزاهة الانتخابات عن طريق ضمان سلامة الاقتراع بهيمنة أعضاء الهيئات القضائية عليه برمته بحيث تتم خطواته كلها تحت سمعهم وبصرهم؛ وأن على المشرع عند تنظيمه حق الانتخاب أن يكفل لأعضاء الهيئات القضائية «الوسائل اللازمة والكافية لبسطهم إشرافًا حقيقيًا وفعالًا على الاقتراع»، وأنه لا يجوز التذرع بالاعتبارات العملية لتعطيل حكم الدستور.

(77) معجم القانون، مرجع سابق، ص3.

(78) المرجع نفسه، ص36.

إلى هيئة قضائية لا يُستفاد من لفظ الإشراف وحده، بل يحتاج إلى سند صريح يقرر أن هذه الهيئة لا تراقب حسن السير فقط، بل تدير، وتقرر، وتصدر اللوائح والقرارات.

المطلب الثاني
منهج تفسير النصوص الدستورية والمقابلة بين المادتين (121) و(137)

قرر الفقه أن غاية التفسير هي تحديد معنى القاعدة الدستورية وبيان مداها وصولًا إلى روح التشريع، وأن من الوسائل الداخلية للتفسير معرفة معاني الألفاظ والتراكيب، وتقريب عبارات كل نص من عبارات النصوص الأخرى[79]؛ كما قرر أن الدستور لا يفسّر في ضوء القانون العادي أو اللائحة، بل العكس هو الصحيح؛ إذ يجب أن تفسّر القوانين العادية واللوائح في ضوء الدستور، لا أن يصبح النص الأدنى مرتبةً مصدرًا لتحديد معنى النص الأعلى[80].

واستقر القضاء الدستوري على أن تفسير نصوص الدستور يكون بالنظر إليها بحسبانها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضًا، ونسيجًا تشريعيًا متكاملًا بحيث لا يفسّر أي نص منها بمعزل عن نصوصه الأخرى، بل يجب أن يكون تفسيره متساندًا معها بفهم مدلوله بما يقيم بينها توافقًا وانسجامًا وينأى بها عن التعارض[81]؛ وأن الأصل في النصوص التشريعية ألا تُحمل على غير مقاصدها، والحكمة التشريعية الكامنة وراء إصدارها، وألا تفسّر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، وأن النصوص لا تُصاغ في الفراغ ولا يجوز انتزاعها من واقعها[82].

(79) رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020، ص532؛ وانظر أيضًا ص536 و539-541 في حدود سلطة المفسر وعدم خلق قواعد جديدة أو مخالفة القاعدة الدستورية.

(80) عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها – دراسة تحليلية مقارنة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، دولة الكويت، 2005، ص214-216.

(81) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 37 لسنة 9 قضائية «دستورية»، جلسة 1990/5/19، ج4 «دستورية»، ص256؛ وفيه: «إن تفسير نصوص الدستور يكون بالنظر إليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضًا، بحيث لا يفسر أي نص منها بمعزل عن نصوصه الأخرى، بل يجب أن يكون تفسيره متساندًا معها بفهم مدلوله بما يقيم بينها التوافق، وينأى بها عن التعارض».

(82) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الطلب رقم 1 لسنة 15 ق «تفسير»، جلسة 1993/1/30، ج2/5 «تفسير»، ص417؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الرابع، ص3821، قسم طلبات التفسير التشريعي.

وبذلك تكون المقابلة بين المادة (121) والمادة (137) من الدستور الدائم أداة منهجية لازمة، لا مجرد استحسان جدلي.

وينسجم ذلك الفهم المتقدم مع ما ذهبت اليه محكمة التمييز القطرية من أن الأصل في التشريعات انتظامها وفقًا لتدرج هرمي، أعلاها الدستور ويليه على التوازي التشريعات العادية وتشريعات الضرورة وتشريعات التفويض ثم التشريعات الفرعية، وأن علو بعض النصوص القانونية وفقًا لمدارج سَنّها مفاده تدرجها، وغايته ألا يكون أدناها مقيدًا لأعلاها، ومن ثم يستمد التشريع قوته، وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الأعلى[83].

وبالنظر في التوزيع المقصود للألفاظ والاختصاصات، أسند الدستور إلى مجلس الوزراء «إدارة» الشؤون الداخلية والخارجية، و«اعتماد» أدوات تنفيذ القوانين، و«الإشراف على تنفيذ» القوانين، و«الرقابة العليا» على النظام الحكومي، و«تعيين» الموظفين و«عزلهم». وقيدُ «وفقًا للقانون» في المادة (6/121) يُعمل داخل توزيعها، الذي يذكر اختصاص الأمير والوزراء؛ فلا ينكره البحث. وتعيينُ من يصدر قرار التعيين غيرُ تعيين من يضع النظام الوظيفي. أما المجلس الأعلى للقضاء فوظيفته «الإشراف» على حسن سير العمل، ويبين القانون تشكيله وصلاحياته واختصاصاته. فلا يحمل الإشراف على الإدارة أو الاعتماد بغير سند دستوري. ولا يساق هذا البيان لإسناد كل شأن وظيفي لمجلس الوزراء، بل لإثبات اختلاف الوظائف، وفحص جواز الإسناد إلى المجلس القضائي بقراءة المادتين معًا.

ثم إن إعمال نص المادة (137) بوصفه وحدة واحدة يقتضي التوفيق بين شطريه لا تغليب أحدهما على الآخر؛ فالإحالة إلى القانون في عجزها تعني أن بيان التشريع للصلاحيات والاختصاصات يكون في حدود ما قرره صدرها، أي الإشراف على حسن سير العمل، وهو الوصف الموضوعي لتلك الإحالة الذي لا يجوز أن ينتقصه المشرع العادي أو يتجاوزه؛ وعلى المشرع أن يخول المجلس ممارسة اختصاصات تمكنه من الإشراف الفعلي على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها، دون إضافة اختصاصات حدّدها الدستور لغيره من السلطات. ولا يكرر العجزُ الصدرَ؛ فالتشكيل يحدد بنية المجلس، والاختصاصات تعين أعماله، والصلاحيات تبين وسائل مباشرتها.

ولا تُفسّر الصلاحيات والاختصاصات التي يبينها القانون إلا بوصفها لازمة لممارسة الإشراف ذاته، لا لإنشاء ولاية تنفيذية موازية. فالأصل في التفسير أن يُحمل

(83) راجع حكم محكمة التمييز القطرية، الطعن رقم 2015/28 جلسة 2015/11/3، تمييز مدني.

الكلام على الإعمال لا الإهمال، والقاعدة الأصولية تصدع بأن إعمال النص خير من إهماله، وأنه لا محل للاجتهاد مع صراحة النص، وأن يُعطى كل لفظ في النص أثره، لا أن يُجعل بعضه طريقًا إلى تعطيل بعضه الآخر؛ والإحالة التشريعية، متى وردت في نص الدستور، تنصرف إلى تنظيم الاختصاص داخل حده الدستوري، لا إلى إنشاء اختصاص جديد يناقض ذلك الحد أو يتجاوزه، والقول بغير ذلك يجعل القانون العادي وسيلةً لتعديل الدستور بإضفاء اختصاصات تنفيذية على هيئة وصف الدستور وظيفتها بأنها إشرافية.

المطلب الثالث

مناقشة الاتجاه الموسِّع في تفسير المادة (137) والرد عليه

قد يذهب اتجاه البعض إلى قراءة موسّعة للمادة (137) حاصلُها: أن المادة فوّضت القانون في بيان صلاحيات المجلس واختصاصاته تفويضًا نهائيًا، وأنه لا يصح وضع الشطر الأول من المادة في مواجهة الشطر الثاني منها؛ وأن مصطلح السلطة التنفيذية لا يُفهم على أساس التوزيع الأول للصلاحيات بين السلطات الثلاث فحسب، بل بالانتقال إلى درجة تالية من التوزيع تفترض ممارسة كل سلطة التنفيذ فيما يخصها؛ وأن الإشراف يستحيل عملًا وبحكم اللزوم إلى التنفيذ بمعناه الكامل، بدليل ما استقر عليه القضاء الدستوري المقارن بشأن الإشراف القضائي على الانتخابات من سيطرة فعلية على العملية الانتخابية؛ وأن المشرع باشر تنفيذ التفويض الدستوري فقرر في المادة (85) أن يصدر المجلس لائحة شؤون الموظفين، وهو تفويض عام نهائي سيكون مضمونه مستلهمًا شريعة التوظيف العامة، أسوةً بلوائح شؤون العاملين ببعض الجهات ذات الطبيعة الخاصة في النظم المقارنة؛ وأن عبء إثبات الاختصاص لا يقع على المجلس الأعلى للقضاء بل على من ينازعه فيه؛ وأن حمل المادة (3) من مواد الإصدار على معنى يجاوز استقلال السلطة القضائية في ممارسة اختصاصها يعوزه أساس تشريعي من نص صريح؛ وأن القانون الحالي أعاد الأمور إلى نصابها قياسًا بالقانون رقم 10 لسنة 2003 الذي كان مشوبًا بعدم الدستورية في هذه الجزئية.

هذه القراءة، على وجاهة مبناها واتساق أجزائها، مردودٌ عليها في تقديرنا بما يلي:

أولًا: ليس في المنهج الذي يتبناه البحث وضعٌ لشطر المادة (137) في مواجهة شطرها الآخر، بل هو عين التوفيق بينهما؛ إذ يجعل الصدرَ وصفًا موضوعيًا حاكمًا، والعجزَ

إحالةَ تنظيم داخل ذلك الوصف، فيُعمَل الشطران معًا. أما القراءة الموسّعة فهي التي تهدر الصدر فعلًا؛ لأنها تجعل العجز مطلقًا يدَ القانون في إنشاء ما يشاء من اختصاصات، فيغدو تقييد الدستور وظيفةَ المجلس بالإشراف لغوًا لا أثر له، وهو ما يصادم القاعدة الأصولية الصادعة بأن إعمال النص خير من إهماله.

ثانيًا: التسليم بأن لكل سلطة إدارةً ذاتية لمرافقها الداخلية في حدود التسيير لا ينهض دليلًا في محل النزاع؛ لأن محل النزاع ليس تسيير المجلس لشؤونه الذاتية، بل إنشاء المراكز القانونية لطائفة من الموظفين العموميين، وتعديلها، وإنهاؤها بلائحة عامة. وهذا من صميم «التوزيع الأول» للاختصاصات الذي حسمه الدستور بالمادة (121) حين أناط بمجلس الوزراء تعيين الموظفين وعزلهم واعتماد اللوائح؛ و«الدرجة الثانية» من التوزيع، أيًا كان تصورها، لا تلغي الأولى ولا تعدلها، وإلا صار كل توزيع دستوري قابلًا للنقض بدعوى درجة تالية تستوعبه.

ثالثًا: الاستدلال بقضاء الإشراف القضائي على الانتخابات ينقلب على الاتجاه الموسّع؛ فالحكم المستدَل به نفسه، مع توسعه في مقتضيات الإشراف إلى حد الهيمنة على الاقتراع، أبقى سلطة وضع القواعد المنظمة للعملية الانتخابية للمشرع، وقصر أثر الإشراف على إلزام المشرع بتمكين المشرفين من وسائل الرقابة الفعلية[84]؛ فغاية ما يثبت به أن الإشراف قد يستلزم وسائل فعلية لممارسة الرقابة، لا أنه يستحيل سلطةَ إصدارٍ للقواعد المنشئة للمراكز القانونية. والفرق بين الأمرين هو عين الفرق بين الرقابة على عملٍ ينظمه الغير، والحلول محل الغير في التنظيم.

رابعًا: قياس المادة (85) على لوائح شؤون العاملين ببعض الأجهزة ذات الطبيعة الخاصة في النظم المقارنة قياس محل نظر، واستدلال مع الفارق؛ لأن تلك اللوائح تصدر عن جهات ذات ولاية إدارية أصيلة أو استنادًا إلى نصوص ناظمة تخولها ذلك صراحةً، أما المجلس الأعلى للقضاء فهيئة وصف الدستور وظيفتها بالإشراف، فلا يصح أن يُبنى له اختصاص الإصدار على مجرد المقايسة. ثم إن القول بأن مضمون اللائحة سيكون مستلهمًا لشريعة التوظيف العامة لا يعالج عيب الاختصاص؛ لأن العبرة في هذا العيب بمن يملك الإصدار، لا بمضمون ما يصدر؛ فقد تصدر لائحة مطابقة في مضمونها لأحكام الشريعة العامة للتوظيف وتظل مع ذلك معيبة لصدورها عن غير مختص بإصدارها.

خامسًا: القول بأن عبء إثبات الاختصاص يقع على من ينازع المجلس فيه يعد

(84) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 11 لسنة 13 ق «دستورية»، جلسة 2000/7/8، مرجع سابق.

محض مصادرة على المطلوب؛ إذ الأصل المقرر أن التشريع عمومًا من أعمال السلطة التشريعية، وأن اعتماد اللوائح وإصدارها للسلطة التنفيذية استثناءً بنص المادة (121)[85]، وأن المجلس الأعلى للقضاء لا يملك إلا ما منحه الدستور والقانون في حدود الدستور؛ فمن يدّعي أن عبارة الإشراف تخول المجلس إصدار لائحة وظيفية عامة تنشئ مراكز قانونية، فعليه أن يقيم ذلك على سند من الدستور واضح الدلالة جلي المعاني، لا على تفسير موسّع لعبارة المادة (137). وعلى هذا الأساس لا يتحمل هذا البحث عبء إثبات أن الاختصاص يعود حتمًا إلى مجلس الوزراء أو وزارة العدل؛ فالدستور نص صراحةً على تولي السلطة التنفيذية إدارة جميع الشؤون الداخلية، والخارجية، والإشراف على تنفيذ القوانين، واعتماد اللوائح، وحسبُ البحث أن يثبت انتفاء السند في جانب من يدّعي خلاف هذا الأصل.

سادسًا: وصف تنظيم القانون الملغي رقم 10 لسنة 2003 بعدم الدستورية في هذه الجزئية لا يستقيم إلا لو جاء بمتن الدستور نص يوجب أن يتولى المجلس الأعلى للقضاء إصدار هذه اللائحة، وهو ما لم يحدث؛ ولو أراد المشرع ذلك لما أعوزه النص عليه، بل كان ذلك التنظيم أدقّ اتساقًا مع المادتين (121) و(137)؛ إذ أسند الإصدار إلى صاحب الولاية التنفيذية، وأبقى للمجلس دور الاقتراح السابق بما يصون مقتضيات استقلال القضاء وحسن سير العدالة، دون أن يتحول المجلس إلى مصدر مباشر للائحة تنفيذية، أو إدارية تمس المراكز الوظيفية، أو تنتقص منها.

وبذلك يتقرر أن الاتجاه الموسّع، وإن أفاد البحثَ بضبط محل النزاع، وتحرير مواطن الخلاف، إلا أنه لم يزل عاجزًا عن تقديم السند الدستوري الواضح الذي يستلزمه إنشاء الاختصاص، ويظل تفسيرُه للمادة (137) تفسيرًا يضيف إلى الجهة اختصاصًا قد أجدبت مواد الدستور من نصٍّ عليه؛ حال كون التفسير المطابق للدستور له حد لا ينبغي أن يجاوزه، ومفاده ألا يناقض دلالة اللفظ وألا يضيف إلى الجهة اختصاصًا لم يرد نصه في الدستور.

(85) انظر المادة (76) من الدستور الدائم (في المطلب الأول من المبحث الثاني)، والمادة (121) منه (في المطلب الثاني من المبحث الأول)؛ وقد حجز الدستور اختصاص اعتماد اللوائح والقرارات للسلطة التنفيذية استثناءً من الأصل المقرر في المادة (76) من أن التشريع عمومًا من أعمال السلطة التشريعية، وبكل ما تحمله عبارة «بوجه خاص» في المادة (121) من معنى.

المطلب الرابع
تطبيق المعيار على المادة (85) والمادة (3) من مواد الإصدار وترتيب أوجه العوار

أولًا: معيار التمييز بين تنظيم سير العمل وإنشاء المراكز الوظيفية

العبرة في تكييف لائحة شؤون الموظفين ليست باسمها، بل بمضمونها وآثارها؛ فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فإذا اقتصرت اللائحة على ترتيب العمل اليومي داخل المحاكم، كتداول الملفات وتنظيم السجلات وتوزيع الأعمال الكتابية، ومواعيد الحضور المرتبطة بسير الجلسات، فإنها تصطبغ بمعانٍ تنضوي تحت لواء مدلول الإشراف على حسن سير العمل. أما إذا تناولت التعيين، أو الترقية أو النقل أو الندب أو تقييم الأداء أو الجزاءات التأديبية، أو إنهاء الخدمة أو شروط استحقاق الحقوق الوظيفية، فإنها تتجاوز حدود التنظيم الداخلي، بل تصبح في حقيقتها وكنهها أداة منشئة، أو معدلة، أو منهية، أو ماسة، أو منتقصة لمراكز قانونية معتبرة قانونًا. والعبرة ليست باسم الأداة أو شكلها، لائحةً كانت أو قرارًا أو تعميمًا أو تنظيمًا داخليًّا، وإنما بما ترتبه من أثر في المراكز القانونية؛ فإذا جاوزت ترتيبَ العمل الداخلي إلى إنشاء مركز قانوني، أو تعديله، أو إنهائه، لم تعد من قبيل الإشراف على حسن سير العمل، بل غدت مباشرةً لاختصاص تنظيمي أو تنفيذي لا يجوز مباشرته إلا بسند صريح من الدستور.

ويجد هذا التمييز سنده في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن لائحة نظام العاملين بالهيئة المصرية العامة للبترول؛ إذ اعتبرت أن علاقة العاملين بها علاقة لائحية تنظيمية، وأن اللائحة التي تنظم هذه العلاقة تدخل في دائرة التشريعات الخاضعة للرقابة الدستورية[86]، وهو ما يؤكد أن إصدار اللوائح العامة المنشئة للمراكز القانونية عمل تشريعي فرعي بطبيعته لا يندرج تلقائيًا في مدلول الإشراف؛ ويؤيده الفقه في دولة قطر عند حديثه عن اللوائح التنظيمية؛ إذ يقرر أنها أدوات تصدر في الأصل عن السلطة

(86) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 60 لسنة 25 ق «دستورية»، مكتب فني 11، ج1، ص649، قاعدة 108، جلسة 2004/4/4؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2327؛ وجاء فيه أن الهيئة المصرية العامة للبترول هيئة عامة لها شخصية اعتبارية مستقلة، وعلاقة العاملين بها علاقة لائحية تنظيمية بوصفهم موظفين عموميين بحكم تبعيتهم لشخص من أشخاص القانون العام، وأنه إذ أصدر مجلس إدارتها لائحة نظام العاملين بها بموجب التفويض المقرر له، فإن هذه اللائحة تدخل في دائرة التشريعات التي تختص المحكمة بإعمال رقابتها الدستورية عليها.

التنفيذية لتنظيم المرافق والأجهزة العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد، وأن دستور الدولة أسند إلى مجلس الوزراء، وسمو الأمير اختصاصات تنظيمية وتنفيذية تتصل بإنشاء وتنظيم الأجهزة الحكومية، واعتماد اللوائح والقرارات[87]، كما يقرر في سياق الرقابة على دستورية اللوائح أن التشريعات الفرعية تعد قوانين من حيث الموضوع وإن لم تكن كذلك من حيث الشكل لصدورها عن السلطة التنفيذية[88].

ولو جاز أن تكون عبارة الإشراف سندًا لإصدار لائحة تنظم المراكز الوظيفية لمجرد اتصالها بحسن سير العدالة، لجاز بالمنطق ذاته أن تكون سندًا لإصدار قواعد ذات طبيعة تشريعية في كل ما يتصل بحسن سير القضاء، وهو ما يمحو سياج الحدود بين الوظائف التي أسندها الدستور لكل سلطة، ويهدر مبدأ التخصص الوظيفي، وييسر لكل سلطة التوسع في تفسير اختصاصاتها بما يخولها المزيد منها.

ثانيًا: تطبيق المعيار على المادة (85)

لما كانت لائحة شؤون الموظفين المنصوص عليها في المادة (85) المشار إليها تسري، بصريح النص، على أعوان القضاة وغيرهم من موظفي المحاكم، وكان هؤلاء من حيث الأصل موظفين إداريين يخضعون لقواعد الوظيفة العامة، فإن تنظيم أوضاعهم الوظيفية عبر هذه اللائحة يندرج، في الاتجاه الذي يرجحه هذا البحث، ضمن الأعمال التنفيذية والإدارية التي تدخل في صميم اختصاص السلطة التنفيذية، أكثر من دخوله في مجال حسن سير العدالة وضمان الاستقلال القضائي؛ ومن ثم يكون القول بمخالفة المادة (85) أحكامَ الدستور في حدود ما تجيزه من أن تتضمن اللائحة تنظيمًا للمراكز الوظيفية لأعوان القضاة وموظفي المحاكم، من تعيين، وترقية، ونقل، وندب، وتأديب، وإنهاء خدمة، لا في حدود ما قد تقتصر عليه من الإجراءات الداخلية البحتة اللازمة لتسيير العمل اليومي.

ثالثًا: تطبيق المعيار على المادة (3) من مواد الإصدار

تثير هذه المادة الإشكال ذاته؛ إذ تسند إلى المجلس الأعلى للقضاء إصدار القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون جملةً واحدة. وهذا الإسناد، إذا حُمل على إطلاقه، قد يغطي قرارات تنظيمية ذات أثر إداري ومالي عام، أو قرارات تمس مراكز وظيفية، لا مجرد

(87) حسن عبد الرحيم البوهاشم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4 مزيدة ومنقحة، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، 2022، ص233-234.

(88) حسن عبد الرحيم البوهاشم السيد، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في دولة قطر: دراسة مقارنة، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، 2026، ص133؛ وانظر حكم المحكمة العليا في جمهورية مصر العربية الصادر في 3 يوليو 1971 في الدعوى رقم 4 لسنة 1 ق عليا «دستورية»، مكتب فني 1، ج1، ص15، المشار إليه لدى المؤلف.

قرارات داخلية متصلة بسير العمل القضائي؛ في حين أن الدستور حجز الإشراف على تنفيذ القوانين، واعتماد لوائحها، وقراراتها للسلطة التنفيذية، التي تستمد سندها من الدستور مباشرة دون حاجة إلى نص في القانون.

ويمكن ضبط التفرقة على النحو الآتي: كل قرار يتعلق بالتسيير الداخلي للعمل القضائي في حدود ما يقرره القانون بشأن حقوق القضاة وواجباتهم وضمانات استقلالهم، يندرج في إطار اختصاص المجلس الأعلى للقضاء؛ وكل قرار يتصل بالهيكل الإداري للمحاكم، أو أوضاع الموظفين الإداريين، أو إدارة الموارد البشرية والمالية للمرفق القضائي، يندرج، من حيث الأصل، في إطار اختصاص السلطة التنفيذية.

وبناءً على هذا التفريق، فإن إطلاق عبارة «القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون» دون تقييد نوعي قد يُفهم في التطبيق على نحو يزاحم الاختصاص الأصيل لمجلس الوزراء في المجال التنفيذي العام؛ ولذلك تثير الصياغة الحالية شبهة عدم انسجام مع المادة (121) من الدستور، وتستدعي إما تفسيرًا مقيدًا يحصر هذه القرارات في النطاق القضائي الداخلي، وإما تعديلًا تشريعيًا يضبط مجالها بدقة؛ ذلك أن النص بإطلاقه يولد إشكالية في اتجاهين: أولهما مخالفته نصًا صريحًا في الدستور يتعلق باختصاص مجلس الوزراء في الإشراف على تنفيذ القوانين، وثانيهما أنه يمنح المجلس الأعلى للقضاء سلطة تنظيمية عامة بالمخالفة لأحكام الدستور متى كانت تلك القرارات غير ذات صلة بحسن سير عمل المحاكم.

رابعًا: خصوصية أعوان القضاء لا تبرر تركيز السلطة

لا ينكر هذا البحث خصوصية أعوان القضاء أو اتصال بعض أعمالهم بسير العدالة؛ فالمحضرون وأمناء الجلسات والكتبة وغيرهم قد يؤثر عملهم في انعقاد الخصومة وانتظام الجلسات وتنفيذ الأحكام. وقد قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية في شأن المحضرين أن عملهم يعاون السلطة القضائية في أداء مهامها، وأن إخلالهم بواجباتهم ينعكس على أداء الوظيفة القضائية ويعوق سيرها، ومن ثم اعتبرت مجالس تأديبهم المشكّلة بالمحاكم قاضيَهم الطبيعي في الدعاوى التأديبية[89]. غير أن دلالة هذا القضاء ليست جواز تركيز سلطة وضع القواعد وإصدار القرارات والتأثير في جهة

(89) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 133 لسنة 19 ق «دستورية»، جلسة 1999/4/3، ج9، ص237؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2074، بشأن اعتبار مجالس تأديب المحضرين المشكلة بالمحاكم قاضيهم الطبيعي، لاتصال عمل المحضرين بقيام السلطة القضائية بمهامها.

مراجعتها في بنية واحدة، بل جواز إسناد منازعاتهم أو تأديبهم إلى جهة قضائية أو ذات اختصاص قضائي مناسبة لطبيعة العمل، متى توفرت ضمانات الحيدة والاستقلال؛ وهو ما يتفق مع ما قررته المحكمة ذاتها من أن إيلاء سلطة القضاء في منازعات معينة إلى غير قاضيها الطبيعي لا يكون إلا في أحوال استثنائية تفرضها ضرورة ملجئة وبضمانات تظل خاضعة للرقابة[90].

خامسًا: ترتيب أوجه العوار؛ الاختصاص أصلًا والحياد احتياطًا

يترتب على قبول التفسير الموسّع للفظ الإشراف أن يتحول المجلس الأعلى للقضاء من جهة إشراف وضمانِ انتظام، إلى جهة تملك دورًا تنظيميًّا وتنفيذيًّا في مسائل أسند الدستور أصلَ ولايتها إلى السلطة التنفيذية. وهذا الخلل لا تزول آثاره بمجرد وضع ضمانات مؤسسية لحياد جهة المراجعة القضائية؛ لأن عيب الاختصاص يسبق عيب الحياد ويستقل عنه. وبهذا الترتيب لا يكون عيب الحياد مناقضًا لعيب الاختصاص، بل يأتي احتياطيًّا عليه: فإن قيل إن المجلس لا يملك الاختصاص أصلًا، كان النص معيبًا من هذه الزاوية، وإن قيل جدلًا إنه يملكه، بقي تنظيمه قاصرًا من زاوية الحياد.

وبيان الوجه الاحتياطي أن قانون الفصل في المنازعات الإدارية يفتح اختصاص الدائرة الإدارية لنظر منازعات الموظفين، ومنها المرتبات والمكافآت والعلاوات وما يتصل بالقرارات الإدارية النهائية[91]، بما يجعل قيام خصومة يطعن فيها أحد موظفي المحاكم في قرار إداري صادر من رئيس المجلس الأعلى للقضاء احتمالًا واقعيًّا؛ وفي هذه الصورة لا يتعلق الأمر باستقلال القاضي من حيث الأصل، وهو مقرر دستورًا[92]، بل بمظهر الحياد والثقة العامة في القضاء؛ إذ قد يشعر القاضي الإداري بحرج مؤسسي وظيفي وهو يفصل في قرار صادر من رأس جهة تشرف على مرفق القضاء.

---

(90) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 193 لسنة 19 ق «دستورية»، جلسة 2000/5/6، ج9، ص548؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2074-2075، وفيه أن إيلاء سلطة القضاء في منازعات معينة إلى غير قاضيها الطبيعي لا يكون إلا استثناءً تفرضه ضرورة ملجئة وبضمانات تظل خاضعة للرقابة.

(91) المادة (3) من القانون رقم 7 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية وتعديلاته، وتنص على اختصاص الدائرة الإدارية، دون غيرها، بنظر المنازعات الإدارية، ومنها: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين أو لورثتهم أيًّا كانت درجاتهم الوظيفية؛ والطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بترقية الموظفين من الدرجة الأولى فما دونها وما يعادلها أو إنهاء خدمتهم، والقرارات التأديبية الصادرة بشأنهم؛ وطلبات التعويض عنها.

(92) انظر المادة (131) من الدستور الدائم، السابق إيراد نصها في المطلب الثاني من المبحث الأول.

ويؤكد هذا الاعتبار أن المشرع القطري يعترف أصلًا بفرضية «الحرج» وما يترتب عليها من تنحّ أو رد وفق الإجراءات؛ فقد أجاز قانون المرافعات للقاضي، في غير أحوال الرد، إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب، أن يعرض أمر تنحيه[93]، وقررت محكمة التمييز أنه لا سبيل لتنحية القاضي لأسباب الرد إلا بسلوك إجراءات الرد أو بتنحي القاضي لاستشعاره الحرج مع إقرار الهيئة[94].

كما أن ترتب وقف الدعوى الأصلية على تقديم طلب الرد إلى أن يُفصل فيه نهائيًّا يعني، عمليًّا، أن توسيع دائرة القرارات الإدارية الصادرة عن رئيس المجلس في شؤون موظفي المحاكم قد ينعكس في صورة طلبات رد وتنحّ وتعطيل للإجراءات، بما يضر بسرعة الفصل وطمأنينة الخصوم. والحياد هو عدمٌ خضوع القاضي لأية تأثيرات تؤدي إلى ميله لأحد أطراف الخصومة على حساب الطرف الآخر[95]، وهو أمر يطلبه الخصوم من القاضي ويقاس بمقياس المراقب المعتدل، ويدرَك من تضارب المصالح أو من علاقات القاضي وأنشطته[96].

ويتفاقم الإشكال بالنظر إلى درجات التقاضي؛ فرئيس المجلس الأعلى للقضاء هو أيضًا رئيس محكمة التمييز التي قد تنتهي إليها الخصومة، فضلًا عما يثيره دفاع الأمانة العامة للمجلس عن قرار رئيس المجلس من تساؤل حول صلته بالدعوى وأثره فيها؛ وكل ذلك يولد لدى الموظف المتقاضي شعورًا بعدم تحقق الحياد في دعواه، حتى مع افتراض نزاهة القائمين على الأمر جميعًا، لأن العبرة هنا بالمظهر الموضوعي للبنية لا بالنيات.

سادسًا: التعاون بين السلطات لا يجيز نقل الاختصاصات أو التنازل عنها

لا يصح الاحتجاج بأن الدستور الدائم قرر أن يكون الفصل بين السلطات مع تعاونها، واتخاذ التعاون بينها سبيلًا لإضفاء المشروعية على إسناد اختصاصات ذات طبيعة تنفيذية إلى المجلس الأعلى للقضاء بموجب قانون عادي؛ فالتعاون، في مدلوله

(93) المادة (102) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1990 وتعديلاته، ونصها: «يجوز للقاضي في غير أحوال الرد المذكورة، إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب، أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة في غرفة المشورة أو رئيس المحكمة للنظر في إقراره على التنحي».

(94) محكمة التمييز القطرية، الدائرة المدنية والتجارية، الطعن رقم 111 لسنة 2014.

(95) إسراء محمد كاظم، مبدأ حياد القاضي الإداري وأثره في حماية الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، مج12، ع2، 2023، ص366-367.

(96) مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، التعليق على مبادئ بانجلور للسلوك القضائي، مارس 2007، ص70-71.

الدستوري، علاقة تيسير وتنسيق بين سلطات قائمة في مواضعها، لا وسيلة لنقل الوظيفة من السلطة المختصة وفقًا لأحكام الدستور إلى سلطة أخرى(97).

ومتى أدى القانون العادي إلى إخراج السلطة التنفيذية من مجالها الإداري والتنفيذي في المرفق العام الذي تتولى السلطة القضائية فيه الفصل في المنازعات، وحصر ذلك في يد هيئة لا تخضع لولايتها، فإن النتيجة لا تكون تعاونًا بين السلطتين التنفيذية والقضائية، بل صورة من صور الفصل الجامد بينهما؛ لأن التعاون يفترض اتصالًا وظيفيًّا منضبطًا لا انقطاعًا يعزل إحدى السلطات عن اختصاصها(98).

ومن المفارقة أن قيام القضاء كسلطة مستقلة مرتبط وجودًا وعدمًا بتحقق مبدأ الفصل بين السلطات، ثم تأتي بعض أحكام قانون السلطة القضائية لتقطع الصلة بين السلطتين التنفيذية والقضائية؛ فهي لا تلغي دور السلطة التنفيذية في مرفق القضاء وحسب، بل تنهي معه رقابتها الإدارية المباشرة على شؤون العاملين في المرفق القضائي، على الرغم من أهمية ذلك الدور لضبط المسؤولية الإدارية، وما يترتب عليه من خضوع قرارات السلطة التنفيذية لرقابة المشروعية التي تحميها السلطة القضائية.

ويتأكد هذا المعنى من الفقه الدستوري الذي لا يفهم الفصل بوصفه سكونًا أو جمودًا، وإنما بوصفه توزيعًا للوظائف مع حركة منضبطة تفرضها ضرورة سير الدولة(99)؛ كما أن سلطة المشرع في سن القانون لا تخوله أن يجعل من القانون أداة لإعادة توزيع الوظائف الدستورية أو الخلط بين سلطة وضع القاعدة وسلطة تنفيذها(100)؛ وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية، في دلالة عامة على عدم جواز افتئات سلطة على اختصاص حجزه الدستور لغيرها، بأن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين لا يخولها التدخل في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة القضائية وقصرها عليها، وإلا كان

(97) انظر المادة (60) من الدستور الدائم؛ وقارن: المجلس الدستوري اللبناني، قرار إبطال القانون المتعلق بترقية مفتشين في المديرية العامة للأمن العام، ضمن: المجموعة الرسمية لقرارات المجلس الدستوري اللبناني 1994-2014، ج1، بيروت، ص195 وما بعدها، خصوصًا ص199-200.

(98) انظر: المجلس الدستوري اللبناني، قرار «سرية المخابرات» رقم (99/2) المؤرخ 24 نوفمبر 1999، ضمن: المجموعة الرسمية لقرارات المجلس الدستوري اللبناني 1994-2014، ج1، بيروت، ص88-89.

(99) انظر: مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة: عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي، 2013، الباب الحادي عشر، الفصل السادس، ص301.

(100) Bruce Ackerman, 'The New Separation of Powers,' Harvard Law Review, Vol. 113, No. 3, (2000), pp. 686-687.

ذلك افتئاتًا على عملها وإخلالًا بمبدأ الفصل بين السلطتين[101]؛ والقاعدة نفسها تجري، بالمنطق ذاته على تدخل القانون في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة التنفيذية.

سابعًا: عودة الاختصاص للسلطة التنفيذية لا ينتقص من استقلال القضاء

لا يشكل إسناد الاختصاصات محل البحث إلى المجلس الأعلى للقضاء أو رئيسه، في حقيقة الأمر، إنجازًا يتحقق به المزيد من الاستقلال للقضاء، ولا ينقص من استقلاله ردُّها إلى السلطة التنفيذية؛ إذ لا تلازم، كما انتهينا آنفًا، بين استقلال القاضي في قضائه وتولي المجلس إدارة كل شأن إداري أو مالي أو وظيفي يتصل بمرفق المحاكم. بل إن رد الاختصاص إلى السلطة التنفيذية يعالج، في الوقت ذاته، وجه الحياد الذي عرض له البحث على سبيل الاحتياط؛ إذ يصدر القرار الإداري حينئذ عن جهة تنفيذية خارجة عن البنية القضائية، فيطعن عليه صاحب الشأن أمام القضاء الإداري دون أن يكون القاضي الإداري واقعًا في فلك الجهة التي أصدرت القرار أو شاركت في مساره الوظيفي، ودون أن تنتهي الخصومة إلى محكمة يرأسها رأسُ الجهة المصدرة للقرار ذاته.

وبذلك يلتئم علاج عيب الاختصاص، وعيب الحياد في طريق واحد: بأن يعاد تنظيم سلطة إصدار اللائحة على نحو يسند الإصدار إلى الجهة صاحبة الولاية التنفيذية، مع إبقاء دور المجلس الأعلى للقضاء في الاقتراح أو الموافقة أو إبداء الرأي في الحدود اللازمة لحسن سير العدالة، وتبقى رقابة المشروعية للقضاء بوصفه جهة مراجعة مستقلة ومحايدة. ويؤيد هذا النظر ما كان عليه التنظيم في ظل القانون الملغي رقم 10 لسنة 2003؛ إذ كانت لائحة شؤون أعوان القضاة وموظفي المحاكم تصدر بقرار عن مجلس الوزراء بناءً على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء، بما يحقق توازنًا أدق بين دور السلطة التنفيذية في إدارة المرافق العامة، ودور المجلس في ضمان استقلال القضاة وحسن سير العدالة. فاستقلال القضاء لا يتحقق بتركيز الاختصاصات التنفيذية داخل المجلس الأعلى للقضاء، وإنما يتحقق بأن يبقى القاضي مستقلًا في قضائه، وأن تخضع إدارة المرفق لأحكام الدستور والقانون، وأن تبقى قرارات الإدارة قابلة للطعن أمام قاضٍ محايد لا صلة مؤسسية له بجهة إصدار القرار.

(101) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (13) لسنة 12 ق «دستورية»، جلسة 1992/2/2، ج1/5 «دستورية»، ص165؛ نقلًا عن: الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969-2019)، المجلد الثالث، ص2384؛ وفيه أن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين وفقًا للدستور لا يخولها التدخل في أعمال أسندها الدستور إلى السلطة القضائية وقصرها عليها، وإلا كان ذلك افتئاتًا على عملها وإخلالًا بمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية.

الخاتمة

تناول هذا البحث الإشكالية الدستورية التي يثيرها ما تضمنه قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 8 لسنة 2023 من إسناد اختصاصات ذات طبيعة تنفيذية ولائحية إلى المجلس الأعلى للقضاء، منطلقًا من مبدأ الفصل المرن بين السلطات، مارًّا بحدود الاختصاص المحجوز للقانون وتخوم دعوة البرلمان إلى إصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقوانين، منتهيًا إلى ضبط مدلول الإشراف الوارد في المادة (137) من الدستور وتطبيقه على المادة (85) والمادة (3) من مواد الإصدار. ويمكن إجمال ما انتهى إليه البحث من نتائج، وما يقترحه من توصيات، فيما يأتي:

أولًا: النتائج

1- تبنى الدستور الدائم لدولة قطر، بنص المادة (60) منه، مبدأ الفصل المرن بين السلطات؛ وهو توزيع للوظائف بين سلطات ثلاث مع تعاونها، لا يبيح الخلط بينها ولا نقل الوظائف من سلطة إلى أخرى إلا بنص من الدستور؛ وما جرى عليه الواقع المعاصر من تدرج السلطات لمصلحة السلطة التنفيذية لا يغير من وجوب التزام كل سلطة حدود اختصاصها المرسومة دستورًا.

2- تنظيم السلطة القضائية ومرفقها، وشؤون القضاة، وضماناتهم اختصاص محجوز للقانون بأداته وإجراءاته الدستورية؛ والنص الداعي إلى إصدار القواعد اللائحية المنفذة للقوانين يجب أن يكون واضح الدلالة، ولا يُستخلص منه استثناء من التوزيع الدستوري للاختصاص بغير سند دستوري، ولا يجوز أن ينطوي على تخلٍّ من المشرع عن ولايته المستمدة مباشرة من الدستور، أو على إفراغ القانون من مضمونه.

3- استقلال السلطة القضائية استقلال وظيفي جوهره الفصل في الخصومات وإصدار الأحكام؛ ولا تلازم بينه وبين تولي المجلس الأعلى للقضاء إدارة كل شأن إداري، أو مالي، أو وظيفي يتصل بمرفق المحاكم، ولا تشترط المعايير الدولية لمجالس القضاء شيئًا من ذلك لتحقق الاستقلال.

4- الإشراف الوارد في المادة (137) من الدستور هو محض إشراف وظيفي، مدلوله الرقابة، والتوجيه، والمتابعة المؤسسية لضمان انتظام المرفق القضائي واستقلاله وحسن أداء العدالة؛ ولا يفيد بذاته سلطة التقرير الإداري، أو إصدار اللوائح المنشئة للمراكز القانونية؛ وعجز المادة يأتي عطفًا على صدرها وتفسيرًا

له، فيدور بيانُ القانون لصلاحيات المجلس واختصاصاته في فلك وصف الإشراف لا يتجاوزه.

5- المقابلة بين المادتين (121) و(137) أداة منهجية لازمة، تكشف أن الدستور فرّق في ألفاظه بين الإدارة، والاعتماد، والإصدار، والتعيين من جهة، وبين الإشراف من جهة أخرى؛ فلا تُحمل عبارة الإشراف على معنى تلك الألفاظ إلا بنص واضح في الدستور.

6- المادة (85) من قانون السلطة القضائية مشوبة، في الاتجاه الذي يرجحه البحث، بشبهة مخالفة أحكام الدستور، في حدود ما تجيزه من أن تتضمن لائحة شؤون الموظفين تنظيمًا للمراكز الوظيفية لأعوان القضاة وموظفي المحاكم، من تعيين، وترقية، ونقل، وندب، وتأديب وإنهاء خدمة؛ وذلك من جهة عيب الاختصاص أصلًا، ومن جهة قصور ضمانات الحياد احتياطًا.

7- المادة (3) من مواد الإصدار تثير الشبهة ذاتها إذا حُملت على إطلاقها؛ إذ قد تغطي قرارات تنظيمية ذات أثر إداري، ومالي عام، أو قرارات تمس مراكز وظيفية، وتستدعي إما تفسيرًا مقيدًا يحصر القرارات في النطاق القضائي الداخلي، وإما تعديلًا تشريعيًّا يضبط مجالها.

8- سائر مواضع إسناد الاختصاص في القانون رقم 8 لسنة 2023 تُراجَع وفق قسمة ثلاثية: فما تعلق بالقضاة ومراكزهم، وضماناتهم فالأصل فيه القانون؛ وما تعلق بموظفي المحاكم بوصفهم موظفين عموميين فمحله الإدارة التنفيذية مع دور للمجلس في الاقتراح أو الرأي أو الموافقة؛ وما تعلق بالتسيير اليومي والفني فمحله إشراف المجلس، وتنظيمه الداخلي.

9- الإشكال في مراسيم تعيين القضاة هو في حقيقته وكنهه إشكال تطبيقي لا نصي؛ فنص المادة (36) لا يخالف الدستور من حيث المبدأ، ويستقيم التطبيق بمرور مشروع المرسوم على مجلس الوزراء إعمالًا للبند (1) من المادة (121) من الدستور.

تلتقي النتائج المتقدمة عند سؤالين متلازمين: أولهما، إذا كان اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين مستمدًا من الدستور، ولا يتوقف على نص تشريعي خاص يدعوها إلى ممارسته، فما السند الدستوري الذي أجاز لمجلس الشورى أن يوجه الدعوة الواردة في القانون إلى المجلس الأعلى للقضاء لإصدار هذه اللوائح والقرارات المنفذة له؟ فليست المسألة مجرد تعيين جهة تتولى استكمال التفاصيل،

وإنما مدى جواز إسناد عمل من أعمال التنفيذ إلى جهة حدد الدستور وظيفتها بالإشراف على حسن سير العمل في المحاكم والأجهزة المعاونة لها. ولا تكفي الإحالة إلى النص القانوني الداعي إلى الإصدار جوابًا عن سؤال سابق عليه، هو جواز توجيه هذه الدعوة إلى الجهة التي عيّنها[102].

وثانيهما، إذا كانت دعوة البرلمان لا تنشئ أصل الاختصاص، ولكنها تجعل الهيئة التنفيذية «ملزمة قانونًا بتنفيذ هذه الدعوة وإلا كانت مسئولة أمام البرلمان»، فكيف تتحقق هذه المساءلة إذا تراخى المجلس الأعلى للقضاء في إصدار اللائحة أو امتنع عن إصدارها؟ وبأي سند يُسأل المجلس سياسيًا أمام مجلس الشورى، مع أن المسؤولية السياسية المقررة أمامه لا تلحق المجلس الأعلى للقضاء لمجرد إسناد عمل تنفيذي إليه؟ فوجود واجب قانوني بالإصدار لا ينشئ، من تلقاء نفسه، طريقًا لمساءلة الجهة المدعوة سياسيًا عن عدم الوفاء به[103].

ولا يتجه هذا التساؤل إلى إخضاع القضاء للمساءلة السياسية، بل إلى بيان أثر إسناد عمل تنفيذي إلى جهة لا تخضع لنظام المسؤولية السياسية المقابل له. ومن ثم يتأكد، في الاتجاه الذي يرجحه البحث، وجوب الجمع بين سلامة إسناد الاختصاص وفاعلية المساءلة عن ممارسته؛ فدعوة مجلس الشورى لا تكفي بذاتها سندًا لنقل وظيفة خارج حدود توزيعها الدستوري، كما لا تنشئ للمجلس الأعلى للقضاء مسؤولية سياسية أمامه. وهذه محصلة تعزز المعالجة التشريعية التي يقترحها البحث، برد أدوات التنفيذ إلى جهتها الدستورية مع صون دور المجلس في الإشراف وضمان استقلال القضاء[104].

ثانيًا: التوصيات

1- تعديل المادة (85) من قانون السلطة القضائية، بحيث يستوفي القانون ما حُجز له، وتصدر لائحة شؤون أعوان القضاة وموظفي المحاكم بقرار من مجلس

(102) طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص398-399؛ وانظر تحليل المادتين (121) و(137) من الدستور الدائم لدولة قطر في المبحثين الأول والثالث.

(103) طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص399؛ والعبارة المحصورة بين علامتي التنصيص منقولة حرفيًا. وقارن ما سبق في المبحث الأول من عرض المادة (76) من الدستور الدائم ومذكرته التفسيرية بشأن نطاق الاستجواب، وما جاء في المبحث الثاني عن المسؤولية السياسية أمام مجلس الشورى.

(104) راجع: بشار عبد الهادي، مرجع سابق، ص236–238، في أصل تلازم السلطة والمسؤولية؛ وانظر تطبيق هذا الأصل في المبحث الثاني. والربط بين هذا التأصيل والنصين القطريين من استدلال الدراسة.

الوزراء بناءً على اقتراح المجلس الأعلى للقضاء، على نحو ما كان مقررًا في ظل القانون رقم 10 لسنة 2003، مع استكمال الاعتماد والتصديق والإصدار بحسب الأداة؛ جمعًا بين الولاية التنفيذية لصاحبها، والدور الصائن لاستقلال القضاء وحسن سير العدالة للمجلس.

2- تعديل المادة (3) من مواد الإصدار، أو تفسيرها تفسيرًا مقيدًا، بحصر القرارات التي يصدرها المجلس الأعلى للقضاء في النطاق القضائي الداخلي: أي ما تقتضيه وظيفته الإشرافية من تيسير سير العمل الداخلي في المحاكم، كقواعد سير العمل، وتنظيم الجلسات، وتوزيع القضايا ونحوها، دون ما يمس الهيكل الإداري للمحاكم، أو أوضاع الموظفين الإداريين أو إدارة الموارد البشرية والمالية للمرفق القضائي؛ أما حقوق وواجبات القضاة واستقلالهم فمن صميم ما يُنظّم بالقانون ذاته، لا بقرارات المجلس.

3- إجراء مراجعة تشريعية شاملة لسائر مواضع إسناد الاختصاص الواردة في القانون رقم 8 لسنة 2023 للمجلس الأعلى للقضاء أو لرئيسه، على ضوء القسمة الثلاثية، والمعيار المقترحين في هذا البحث، بما يعيد الاختصاصات التنفيذية العامة إلى السلطة التنفيذية، ويقصر دور المجلس على ضمانات استقلال القضاء، وحسن سير العمل في المحاكم، والأجهزة المعاونة لها.

4- ضبط الممارسة العملية في شأن مراسيم تعيين القضاة، بالنص أو بالتعليمات، على مرور مشروعات هذه المراسيم على مجلس الوزراء قبل رفعها للتصديق والإصدار، إعمالًا لاختصاصه الأصيل في اقتراح مشروعات المراسيم.

وبعد؛ فليس الغرض مما انتهى إليه هذا البحث الانتقاص من مكانة المجلس الأعلى للقضاء، أو المساس بدوره الدستوري في صون استقلال القضاء، وإنما صيانة حدود اختصاص كل سلطة كما رسمها الدستور؛ فاحترام هذه الحدود هو، في حقيقته، احترام لاستقلال القضاء ذاته؛ إذ يقوم هذا الاستقلال وجودًا وعدمًا على قيام مبدأ الفصل بين السلطات.

قائمة المراجع

أولًا: باللغة العربية

1- الكتب

- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
- إدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج3: الدول وأنظمتها، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، 1983.
- ثروت بدوي:
  - القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
  - النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
  - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- حسن عبد الرحيم البوهاشم السيد:
  - الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في دولة قطر: دراسة مقارنة، جامعة قطر، الدوحة، 2026.
  - المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4 مزيدة ومنقحة، جامعة قطر، الدوحة، 2022.
- حمدان محمد الغفيري، مظاهر استقلال وتوازن السلطتين التنفيذية والتشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- حمدي عطية مصطفى عامر، اللوائح الإدارية في النظام الدستوري: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2021.
- رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020.
- سامي عبد الله الدريعي وعبد الرحمن عبد الواحد الرضوان، الثقافة القانونية، ط3، دار العلم للنشر والتوزيع، دولة الكويت، 2015.
- سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007.

- طعيمة الجرف، القانون الإداري: دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1973.
- عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية: تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها – دراسة تحليلية مقارنة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، دولة الكويت، 2005.
- عبد الحميد متولي، الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية، دار المعارف، القاهرة، 1957.
- عبد الرحمن بن حمد بن قاسم آل ثاني، النظام السياسي القطري: دراسة تحليلية في ضوء النظم السياسية، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، 2023.
- عبد العزيز سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995.
- عثمان عبد الملك الصالح:
  - السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، ط2، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، 1977.
  - النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ج1، النظام في إطاره التاريخي وفي إطاره النظري، ط2، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، دولة الكويت، 2003.
- عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون: دراسة دستورية مقارنة بالأنظمة القضائية العربية والعالمية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، 2017.
- اللجنة الدولية للحقوقيين، المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة والمحامين وممثلي النيابة العامة، دليل الممارسين رقم 1، ط1، جنيف، 2007.
- لجنة القانون بمجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1999.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط3، القاهرة، 1998.
- المحكمة الدستورية العليا، جمهورية مصر العربية، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستوري المصري (1969–2019)، المجلدات الأول والثاني والثالث والرابع، الإشراف على الإعداد والمراجعة والتهيئة للطباعة: رجب عبد الحكيم سليم.

- محمد عمار تركمانية غزال، المدخل إلى علم القانون: دراسة تحليلية لنظرية القانون ونظرية الحق في ضوء القانون القطري، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، 2023.
- محمد فوزي لطيف نويجي ومهند مختار نوح وعبد الحفيظ علي الشيمي، القضاء الإداري القطري، ط1، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، 2024.
- محمد الفيلي، دروس في القانون الدستوري، مادة تعليمية إلكترونية، موقع المؤلف، https://alfililaw.com/admin/postimages/6723408c283b6224b8531 1158294b527.pdf
- محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية القوانين، دراسة تطبيقية في مصر، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- مروج هادي الجزائري، استقلال السلطة التشريعية – دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، التعليق على مبادئ بانجلور للسلوك القضائي، مارس 2007.
- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة: عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي، 2013.

2- الرسائل العلمية

- حسن مصطفى البحيري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.
- زياد توفيق العدوان، دور المحكمة الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في الأردن: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمّان، 2017.
- منى السيد محمد عمران، تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2012.

3- البحوث العلمية

- إسراء محمد كاظم، مبدأ حياد القاضي الإداري وأثره في حماية الحقوق والحريات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية،

جامعة ديالى، مج12، ع2، 2023.

- بشار عبد الهادي، نظرية عدم تفويض السلطة تشريعيًا وإداريًا، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س5، ع4، ديسمبر 1981.

ثانيًا: المراجع الأجنبية

A- Books

- Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion No. 10 (2007) on the Council for the Judiciary at the Service of Society, Strasbourg, 2007.
- Venice Commission, Judicial Appointments, Opinion No. CDL-AD. (2007) 028. Venice, 2007.

B- Articles

- Bruce Ackerman, 'The New Separation of Powers,' Harvard Law Review, Vol. 113, No. 3, 2000.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	469
المقدمة	471
المبحث الأول: الإطار الدستوري العام لقانون السلطة القضائية في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات	475
المطلب الأول: تطور الفصل بين السلطات ونشأة الوظيفة اللائحية للسلطة التنفيذية	475
أولا: من الفصل الجامد إلى اتساع الوظيفة اللائحية	475
ثانيًا: أصل الاختصاص اللائحي وأثر دعوة المشرع	477
ثالثًا: تمييز الدعوة إلى إصدار اللائحة عن التفويض التشريعي بمدلوله الخاص	480
رابعًا: اصطلاح الدراسة وتعيين جهة الاختصاص	481
المطلب الثاني: الفصل المرن بين السلطات في الدستور القطري	483
المطلب الثالث: القضاء الدستوري المقارن ومبدأ الفصل بين السلطات	485
المبحث الثاني: الاختصاص المحجوز للقانون وحدود التنظيم التنفيذي لشؤون السلطة القضائية	489
المطلب الأول: القانون بوصفه الأداة الدستورية لتنظيم السلطة القضائية وشؤون القضاة	489
المطلب الثاني: الضوابط الدستورية لإصدار اللوائح والقرارات المنفذة للقانون	491
أولًا: وضوح سند الدعوة إلى الإصدار وحدوده	491

الموضوع	الصفحة
ثانيًا: انحصار وظيفة اللوائح التنفيذية في إتمام القانون	492
ثالثًا: السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع ابتداءً	492
رابعًا: سمو الدستور	494
خامسًا: تمييز ضوابط التنفيذ عن شروط التفويض التشريعي	494
المطلب الثالث: الاستقلال الوظيفي المطلق للقضاء والاستقلال النسبي لإدارته الذاتية	495
المطلب الرابع: معيار مراجعة نصوص إسناد الاختصاص الواردة في قانون السلطة القضائية وتطبيقاته الأولية	497
المبحث الثالث نطاق إشراف المجلس الأعلى للقضاء وتطبيقه على المادتين (85) من القانون و(3) من مواد إصداره	502
المطلب الأول: ضبط مدلول «الإشراف» لغةً واصطلاحًا	502
المطلب الثاني: منهج تفسير النصوص الدستورية والمقابلة بين المادتين (121) و(137)	504
المطلب الثالث: مناقشة الاتجاه الموسِّع في تفسير المادة (137) والرد عليه	506
المطلب الرابع: تطبيق المعيار على المادة (85) والمادة (3) من مواد الإصدار وترتيب أوجه العوار	509
أولًا: معيار التمييز بين تنظيم سير العمل وإنشاء المراكز الوظيفية	509
ثانيًا: تطبيق المعيار على المادة (85)	510
ثالثًا: تطبيق المعيار على المادة (3) من مواد الإصدار	510
رابعًا: خصوصية أعوان القضاء لا تبرر تركيز السلطة	511
خامسًا: ترتيب أوجه العوار؛ الاختصاص أصلًا والحياد احتياطًا	511

الموضوع	الصفحة
سادسًا: التعاون بين السلطات لا يجيز نقل الاختصاصات أو التنازل عنها	513
سابعًا: عودة الاختصاص للسلطة التنفيذية لا ينتقص من استقلال القضاء	515
الخاتمة	516
قائمة المراجع	520

التصوُّر الهيكلي للمحكمة الدستورية في تونس من خلال دستورَي 2014 و2022 في ضوء اختلاف التجارب الدولية(*)



أ. د. توفيق الصادق الغناي
أستاذ القانون العام المشارك
كلية الحقوق، جامعة الملك فيصل
الأحساء – المنطقة الشرقية
المملكة العربية السعودية
taoufik14412020@gmail.com

*

* أستاذ التعليم العالي في القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، والأستاذ المشارك في القانون العام بكلية الحقوق –



د. شادي محمد عرفه حجازي
أستاذ القانون العام المساعد، قسم القانون
كلية إدارة الأعمال
جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز
المدينة الجامعية – الخرج
المملكة العربية السعودية
s.hegazy@psau.edu.sa

*

الدرجات العلمية

* حاصل على درجة الليسانس في الحقوق عام 2004 م، درجة الماجستير عام 2006 م،

الملخص

لا معنى لعلوية الدستور، النص القانوني الأعلى في كل منظومة قانونية، ولا معنى لدولة القانون الجوهرية من دون ضمانات لحماية المنظومة الدستورية داخل الدولة. هذه الضمانات تتراوح وفقًا للتجارب الدولية المتنوعة بين السياسي والقضائي، وضمن هذه الأخيرة تندرج المحاكم الدستورية التي بدأت تعرف انتشارها الواسع في العديد من الدساتير في دول العالم، ومنها حديثًا التجربة الدستورية التونسية، بالنظر إلى ما تؤمنه أصليًا من حماية للمنظومة الدستورية. لكن لا يمكن ضمان هذه الحماية إلا من خلال تصور دستوري جيد لهيكلة المحكمة يكفل لها الاستقلالية الهيكلية والوظيفية وجودة الأداء، ويجنبها – من حيث طبيعتها وتشكيلها ووظائفها – التسييس الذي ينحرف بها عن الأهداف المرجوة منها.

هذه الشروط تراوحت من خلال التجارب الدستورية التونسية، في ظل دستور 2014 ودستور 2022، وعلى ضوء التجارب العالمية المختلفة، بين الاتفاق أو التشابه، والاختلاف، ومرد الاختلافات خاصة تفاوت على مستوى التجربة والمنطلقات، وصدق النوايا، وهو ما

(*) تاريخ تقديم البحث: 14 أبريل 2025 وتاريخ قبوله: 11 سبتمبر 2025

يفترض أن يكون واضحًا من خلال نصوص الدساتير قبل ترجمته عمليًّا. لكن التشابه الأكبر بين دستوري 2014 و2022 في تونس، وللأسف كان تشابهًا سلبيًّا، هو تسييس واضح للمحكمة؛ من خلال قصور في تصور استقلاليتها الهيكلية، وانتهى ذلك إلى رفض إرسائها؛ مما عطَّل العدالة الدستورية، وجعل من التبشير بالمحكمة مجرد شعار، للاستهلاك السياسي، لا قيمة عملية له.

كلمات دالة: علوية الدستور، ومحكمة دستورية، واستقلالية هيكلية، واستقلالية وظيفية.

تابع – أ. د. توفيق الصادق الغناي

جامعة الملك فيصل.

* شغل عدة مناصب أكاديمية وبحثية، منها: نائب عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، ومدير قسم القانون العام بالكلية نفسها، وعضو المجلس العلمي لجامعة الملك فيصل، ورئيس لجنة التطوير وضمان الجودة بكلية الحقوق – جامعة الملك فيصل، وعضو لجنة الترقيات بالكلية نفسها.
* التخصص الدقيق: القانون الإداري والقانون الدستوري.
* مجالات الاهتمام البحثية وتقديم الدورات التدريبية: المبادئ العامة للقانون، والقانون الإداري، والمنازعات الإدارية، والقانون الدستوري، والحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد، والمنافسات والمشتريات الحكومية، وقانون البيئة، وحقوق الإنسان والحريات العامة، والوظيفة العامة، والتنمية المستدامة.
* محكم في عدد من المجلات العلمية العربية، في تونس والجزائر والمملكة العربية السعودية والأردن.
* أشرف على إعداد رسائل ماجستير وأطروحات دكتوراه في القانون العام، وله كتابات علمية متنوعة في مجالات القانون الإداري والقانون الدستوري والقانون البيئي.

تابع – د. شادي محمد عرفه حجازي

ودرجة الدكتوراه في القانون العام – 2011 م – كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية.

الخبرة

* العمل محاضر القانون العام بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية في العام الجامعي 2011 م 2012–م.
* العمل كأستاذ مساعد بقسم القانون – كلية إدارة الأعمال – جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز– المملكة العربية السعودية – من العام الجامعي 2013 حتى العام الجامعي 2027م.
* العمل كمحاضر بالدبلوم العالي للمحاماة– تحت إشراف عمادة خدمة المجتمع – جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز– في العامين الجامعيين (2018/2019).
* العمل كمحاضر البرنامج التدريبي لأعضاء النيابة العامة السعودية الجدد (2020م– 2024م)
* عضو ورئيس في عدد من اللجان الأكاديمية جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز.
* نشر عدد من الأبحاث العلمية باللغتين العربية والانجليزية.

https://scholar.google.com/citations?user=i_2jB0AAAAAJ&hl=ar

* الحصول على العديد من الدورات التدريبية وورش العمل في مجالات علمية مختلفة.

المقدمة

أولًا: موضوع البحث

إن قيمة الدساتير، ومشروعيتها، وعلويتها[1] لا تكتمل إلا بضمان الحماية لها من كل أشكال التجاوزات، ومهما كان مصدرها، بهدف تحقيق العدالة الدستورية التي تعتبر من مقومات دولة القانون[2]، الدولة التي يسود فيها القانون بمختلف مصادره، ومن باب أولى أن يسود فيها الدستور، وفقا لقاعدة هرمية القواعد القانونية، بحيث إن القاعدة القانونية الدنيا تتطابق وتتلاءم بالضرورة مع القاعدة التي تعلوها، حتى نصل إلى الدستور[3]، أعلى النصوص القانونية، وأساسها الذي تبنى عليه في جل الدول.

هذا التطابق والتلاؤم، ليس فقط تطابقًا وتلاؤمًا بين النصوص القانونية الدنيا والدستور، بل وأيضًا تطابقًا وتلاؤمًا بين سلوك المؤسسات السياسية للدولة، وما تضمنه الدستور من قواعد ومبادئ وتوجهات، ذلك أن السلوك السياسي ما هو إلا ترجمة لقراءة معينة للدستور، قد تكون متلائمة ومتطابقة معه، وقد لا تكون كذلك؛ مما يفقدها الشرعية والمشروعية بالقدر الذي يتمتع به الدستور نفسه بمشروعية حقيقية.

وإذا كان الأصل في هذا التطابق والتلاؤم، نصًا وسلوكًا، أن يكون التزامًا ذاتيًا في إطار رقابة ذاتية؛ بحيث إن كل سلطة من سلطات الدولة، من دون استثناء، تتقيد بالدستور طوعيًا، في إطار تجسيد واجباتها القانونية والأخلاقية؛ فهذه الوضعية ليست مؤكَّدة، ومن هنا كانت أهمية تصور آليات قانونية مؤسساتية، لحماية الدستور.

هذه الآليات، تعرفها جل دول العالم، وتنوعت التصورات والتجارب بشأنها، لتعبر في مجملها عن مفهوم العدالة الدستورية، وهو مفهوم مادي، ومفهوم هيكلي[4].

بمعناها المادي، أو الموضوعي؛ فالعدالة الدستورية وظيفة ممنوحة لهيكل يفصل في

(1) عبدالفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1987، ص229 - 235.

(2) الشرف كايس، دور المحكمة الدستورية في تكريس دولة الحق والقانون، مجلة المحكمة الدستورية، مج9، ع2، 2021، ص43 - 70. عياض بن عاشور، دولة القانون: نشأتها، مصيرها، م. ق. ت، 1992، ص2.

S. Belaïd, Justice constitutionnelle et Etat de droit, in la justice constitutionnelle, CERP, 1995, p.113.

(3) الطاهر زواقري ونورة بن بوعبدالله، العدالة الدستورية ضمانة للفصل بين السلطات وتوازنها، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، مج1، ع1، 2014، ص12.

(4) امبارك بوطلحة، العدالة الدستورية بالمغرب في ضوء دستور 2011، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارة، المغرب، 2019، ص89 – 91.

المنازعات المتعلقة بمدى تطابق وتلاؤم التشريعات والممارسات الصادرة عن سلطات الدولة مع الدستور[5]. هذا التعريف الواسع، الذي يلم بكل التجارب العالمية في هذا المجال، يفيد، من ناحية، بأن العدالة الدستورية لا تتحقق فقط، وبالضرورة، بواسطة هيئة متخصصة، فقد تناط بعهدة سلطة سياسية من سلطات الدولة، وهو ما لا يتلاءم – في اعتقادنا – مع فكرة العدالة الدستورية الحقيقية.

ومن ناحية أخرى فإن العدالة الدستورية لا تنحصر في الرقابة على دستورية القوانين، بل هي أشمل من ذلك[6]، فضلًا على أنها تعنى بالنصوص القانونية، وبسلوك السلطات السياسية للدولة، وبعمل هذه السلطات، وقبل ذلك بتشكيلها، وهذه الشمولية التي يكون المحك في خصوصها دائمًا هو الدستور، نعتقد أنها المُعبِر عن المعنى الحقيقي للعدالة الدستورية[7].

أما بالمعنى الهيكلي، أو العضوي، أو الشكلي، فإن العدالة الدستورية ترمز إلى الهيكل المختص بضمانها، بقطع النظر عن مسماه، أكان مجلسًا دستوريًّا، أم محكمة دستورية، أم محكمة عليا، أم غير ذلك. ويُفترَض في هذا الهيكل، من وجهة نظرنا، أن يتمتع بنظام قانوني يمنحه الاستقلالية الهيكلية والوظيفية، والحقيقية، لا الشكلية، تجاه كل سلطات الدولة، خاصة منها السلطات السياسية[8]، المعني الأكبر بالرقابة والمساءلة في إطار تحقيق العدالة الدستورية.

وفي اعتقادنا، فإن المفهوم الهيكلي، الذي سنركز عليه في هذه الدراسة، ينضاف إليه المفهوم المادي الواسع، هو المُعبِّر الأمين عن المعنى الجوهري والتام للعدالة الدستورية في مختلف مظاهرها. في هذا الإطار، وعلى تنوع التجارب الدستورية العالمية، ومنها التجارب التونسية[9]، عادة ما يتم اختزال مختلف التصورات الهيكلية للعدالة الدستورية

(5) Dominique Rousseau et Philippe Blacher, La justice constitutionnelle en Europe, LGDJ, Paris, 2020, pp. 9 – 10.

(6) Ibid, p.12.

(7) هذا ما يبرر أن جل الدساتير التي تنظم وظائف المحاكم الدستورية، أو المجالس الدستورية تسند إليها مهام تتجاوز الرقابة على دستورية القوانين لتكون رقيبًا على مشروعية الانتخابات السياسية، ورقيبًا على استمرارية الدولة في الحالات العادية والاستثنائية، وجهة المحاسبة السياسية عند ارتكاب خرق فادح للدستور: انظر مثلًا المواد من (137) إلى (146) من دستور النمسا، والمادة (223) من دستور البرتغال، والمواد من (190) و(191) و(192) من الدستور الجزائري، والمادة (192) من الدستور المصري، والفصول 66 و79 و80 و84 و85 و88 و120 و123 من دستور تونس لسنة 2014، والفصول 76 و80 و125 و131 من دستور تونس لسنة 2022.

(8) Dominique Rousseau et Philippe Blacher, op.cit., p.9.

(9) توفيق الغناي، حماية الدستور في القانون التونسي، ورد في مجموعة أعمال مهداة إلى الأستاذ محمد رضا بن حماد، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2023، ص241.

في نموذجين، وهو ما نسوقه بحذر؛ لأن الأمور تطورت في جل دول العالم، وتداخلت التجارب والتصورات: النموذج الأمريكي الذي يعتمد على رقابة لامركزية، غير مباشرة، ولاحقة. ونموذج أوروبي، فرنسي في الأساس، يتبنى، في أصله، مقاربة تعتمد على رقابة مركزية، مباشرة، وسابقة[10]، قبل أن يتطور في اتجاه الرقابة اللاحقة أيضًا.

وقد عرفت تونس مختلف هذه التجارب والنماذج؛ حيث تطور الوضع من مبادرات ذاتية للقضاء بمختلف تشكيلاته، إلى مجلس دستوري، ثم محكمة دستورية، على غرار العديد من التجارب العربية وغير العربية، ولكن من دون تطابق حتمي مع نموذج معين بالذات، ومع التنبيه إلى التطورات والتحولات المتعددة خلال تجارب دستورية، عرفتها تونس، هي الأخرى متعددة، ومختلفة أحيانًا جوهريًّا، من حيث منطلقاتها، وأطرها، وأهدافها، ونتائجها.

ثانيًا: أهمية البحث

لقد تميزت التجربة الدستورية التونسية، في بداياتها، أي منذ أول دستور لسنة 1959 بعد الاستقلال[11]، بصمت مطبق فيما يتعلّق بالعدالة الدستورية؛ صمت لايزال يميز بعض الدساتير في العالم[12]، وكان يعني في تونس رفضًا سياسيًّا لإرساء عدالة دستورية حقيقية بتعلة الاهتمام ببناء مؤسسات الدولة الفتية، وتفاديًا أن تكون العدالة الدستورية مُعطِلة لذلك المجهود، ومع الاكتفاء بكون رئيس الجمهورية هو الضامن لاحترام الدستور. واستمر الرفض إلى تاريخ إنشاء مجلس دستوري للجمهورية، على غرار تجارب دستورية مقارنة[13]، ثم التبشير دستوريًّا، من خلال دستور 2014[14]، ثم مع دستور 2022 (الذي ألغى دستور 2014 وحل محله)[15]، بمحكمة دستورية عُهِدت إليها، لأول مرة في التاريخ الدستوري التونسي، مهمة ضمان العدالة الدستورية.

إلا أن الأجواء السياسية غير المستقرة، والحسابات السياسية الضيقة، والتصور الدستوري المعيب، كل هذا، لم يسمح إلى حدِّ اليوم، وبعد مرور سنوات، بإرساء هذه المحكمة فعليًّا وممارستها مهامها. هذا الفشل، القانوني، خاصة السياسي، لإرساء عدالة دستورية، راسخ في التاريخ، ومتكرر؛ مما برر ردود فعل تلقائية، تميزت بالتردد،

(10) Dominique Rousseau et Philippe Blacher, op.cit., p.15.

(11) عرفت تونس أول دستور سنة 1861، ويمكن اعتبار الميثاق الأساسي لسنة 1857 وثيقة دستورية – على الأقل – من حيث المضمون. وبعد الاستقلال تم وضع أول دستور بتاريخ 1959/6/1.

(12) على غرار دساتير المملكة العربية السعودية (النظام الأساسي للحكم)، ليبيا ولبنان.

(13) مثلًا الدستور الفرنسي والدستور الموريتاني.

(14) صدر بتاريخ 2014/1/27.

(15) صدر بتاريخ 2022/6/30.

والتذبذب، وحتى التناقض فيما بينها، وفي ذاتها أحيانًا[16]، ولكن أحيانًا أخرى تميزت بجرأة، تزعمها القضاء العادي، والقضاء الاستئنائي[17]، وخاصة القضاء الإداري[18]، من خلال ما خوله لنفسه من صلاحية الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، وهي رقابة تتميز بضعف جيني، ولا تمثل إلا مظهرًا بسيطًا من استحقاقات العدالة الدستورية. ليتم لاحقًا، وبعد سنوات من التردد الدستوري، وضعف الحلول البديلة، وقطعًا للطريق أمام مبادرات القضاء في تفعيله العدالة الدستورية، ولو عن طريق الدفع، تم إنشاء المجلس الدستوري للجمهورية سنة 1987[19]، بموجب أمر رئاسي[20]، ليتطور تنظيمه بموجب نص تشريعي[21]، قبل أن يُدرَج ضمن دستور 1959 سنة 1995 [22]، وتتالت تطوراته تشريعيًّا ودستوريًّا[23].

إلا أن هذا المجلس، وعلى بعض التطور الذي شهده من حيث تشكيله، وعلى بعض أعماله الإيجابية، وعلى الرغم مما عرفته آراؤه من تطور نظري، من مجرد آراء استشارية، إلى آراء ملزمة لجميع السلطات العمومية[24]، طغت على تشكيله وعلى أعماله الصبغة السياسية، وكانت استقلاليته الهيكلية محدودة بسبب، خاصة، محدودية سلطته التقريرية[25]؛ مما أضعفه هيكليًّا ووظيفيًّا، ولعل كثرة المؤاخذات، بشأن استقلاليته تجاه

(16) توفيق الغناي، حماية الدستور في القانون التونسي، مرجع سابق، ص269 – 282.

(17) المقصود محكمة أمن الدولة قبل أن يتم انهاء وجودها.

(18) L. Tarchouna, le tribunal administratif et la protection de la constitution, in Mélanges offerts au doyen Mustapha Filali, CPU, Tunis, 2010, p.369.

(19) زهير المظفر، المجلس الدستوري، المدرسة الوطنية للإدارة، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1993.

(20) أمر عدد 1414 لسنة 1987، مؤرخ في 16 ديسمبر1987، يتعلق بإحداث المجلس الدستوري للجمهورية.

(21) قانون عدد 39 لسنة 1990 مؤرخ في 18 أبريل 1990، يتعلق بالمجلس الدستوري.

(22) نشير إلى أن دستور 1959 هو أول دستور للجمهورية التونسية، وقد شهد العديد من التعديلات، منها سنة 1995، ولهذا نعتمد مسمى دستور 1959 بالرجوع إلى تاريخ صدور نسخته الأصلية، بقطع النظر عن تواريخ تعديلاته المختلفة والمتباينة في الزمن.

(23) محمد رضا بن حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2019، ص330 – 332. الأزهر بوعوني، تأملات في رقابة دستورية القوانين، مجموعة دراسات لذكرى الحارث مزيودات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1994، ص11. محمد كمال شرف الدين، رقابة دستورية القوانين والحقوق الأساسية، ورد في الذكرى العشرين للمجلس الدستوري، المجلس الدستوري، تونس، 2007، ص4. محمد النيفر، تطور المجلس الدستوري التونسي، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، ع3، صفاقس، سنة 2008، ص139.

(24) الفصل (75) من دستور 1959.

(25) معتز القرقوري، النظام السياسي التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2020، ص324.

الرئيس[26]، كما هي حال مثل هذه المجالس في العديد من التجارب المقارنة[27]، كانت من بين أهم أسباب إنهاء وجوده مباشرة عقب الثورة التونسية سنة 2011[28]، في إطار القطع مع المنظومة السياسية لدستور 1959، ولكن، وهذا من المفارقات، من دون تعويضه ببديل مؤسسي لمدة سنوات[29]، وفي هذه الأثناء اختلفت المواقف من مدى مشروعية وجدوى حق المحكمة الإدارية في سد هذا الفراغ، بخصوص العدالة الدستورية[30].

وبموجب دستور 2014، وقطعًا للطريق أمام المحكمة الإدارية، تم إنشاء هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين[31]؛ لضمان شيء من العدالة الدستورية الوقتية، في انتظار إرساء المحكمة الدستورية التي بشر بها المشرع التأسيسي ضمن الدستور نفسه، ولكنها لم ترَ النور فعليًّا لعدة أسباب سياسية بامتياز.

وبموجب الأمر الرئاسي، المؤرخ في 2021/9/22، تم إلغاء تلك الهيئة الوقتية في إطار إرادة الإطاحة بكل النظام الدستوري الذي أسسه دستور 2014، مقابل إرساء نظام دستوري نظر له المشرع التأسيسي لدستور 2022، في محاكاة لدستور 1959،

(26) H. Ben Mrad, Commentaire du décret instituant le conseil constitutionnel de la République, A.J.T., 1989, pp.91-101

(27) عبدالرحمن بن جيلالي، انتفاء استقلالية المجلس الدستوري الجزائري في ظل التعديل الدستوري الصادر عام 2016، مجلة دراسات وأبحاث، مخبر البحث العلمي والمخطوطات، جامعة الجلفة، الجزائر، مج9، ع28، 2017، ص132. محمد شريف ولد محمد، عن انتفاء استقلالية المجلس الدستوري الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، مج1، ع1، 2019، ص182.

(28) تم حله بموجب المرسوم عدد 14 لسنة 2011، المؤرخ في 23 مارس 2011، يتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية.

(29) حيث إنه، ومنذ تاريخ حل المجلس الدستوري سنة 2011، لم يتم تغييره بهيكل ضامن لحماية الدستور، ووسط هذا الفراغ تدخلت المحكمة الإدارية من خلال قبولها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع، خاصة في القرار عدد 134854 بتاريخ 7 نوفمبر 2013 في قضية سنية بن عمر ضدّ رئيس المجلس الوطني التّأسيسي بصفته رئيس لجنة فرز التّرشّحات لعضوية الهيئة العليا المستقلّة للانتخابات.

(30) محمد النيفر، رقابة القاضي الإداري لدستورية القوانين عن طريق الدفع، ورد في مجموعة دراسات مهداة إلى العميد محمد رضا بن حماد، مركز النشر الجامعي، تونس، 2023، ص459. عصام بن حسن، في مراقبة المحكمة الإدارية لدستورية القوانين عن طريق الدفع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي، الجزائر، مج10، ع2، 2019، ص12 – 35.

(31) بموجب الفصل (148) من دستور 2014، حول هذه الهيئة، انظر: توفيق الغناي، الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، ورد في مجموعة أعمال مهداة إلى الفقيد العميد المنجي طرشونة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2023، ص107. توفيق الغناي، حماية الدستور في القانون التونسي، مرجع سابق، ص282 – 292.

مع الإبقاء على فكرة المحكمة الدستورية، نظريًّا، ولكن مع اختلافات جوهرية مقارنة بتصورها في ظل دستور 2014، ومع استمرار الفشل نفسه في إرساء المحكمة فعليًّا، ودائمًا لأسباب سياسية بامتياز.

يتبيّن مما سبق أن العدالة الدستورية في تونس، وعلى مر السنوات، وتعدد التجارب الدستورية، لم تجد مكانتها الحقيقية والفعلية إلى اليوم، باعتبار أنها تفترض، في اعتقادنا، وجود قضاء دستوري متخصص، يتمتع بكل ضمانات الاستقلالية الهيكلية والشمولية الوظيفية، والمرونة الإجرائية التي تسمح بإصدار أحكام قضائية ذات جودة وفاعلية، من خلال التفسير والتأويل الأمين والسليم، والنزيه، لأحكام الدستور. هذا يعني أن استحقاقات العدالة الدستورية أوسع بكثير من مجرد تصور دستوري نظري لوجود محكمة دستورية؛ فالمهم هو الوجود الفعلي لمحكمة متخصصة، لها القدرة القانونية على أن تكون سلطة مضادة لبقية سلطات الدولة[32]، لا تعطل عملها السياسي المشروع، بل تنتصب مراقبًا لها ومُحكِّمًا بينها[33]؛ فتتصدى بفاعلية لكل محاولات التعدّي على النص الدستوري، والانحراف بالسلطة[34]، نصًّا أو سلوكًا، ومهما كان مصدره، حفاظًا على التوازن الحقيقي بين السلطات، وحماية للحقوق والحريات، ومن خلال كل هذا ترسيخًا لثوابت النظام الديموقراطي، وهذا يفترض، بطبيعة الحال، أن يكون الدستور، وهو المرجع للعدالة الدستورية، دستورًا ديموقراطيًّا، من حيث وضعه[35]، ومضامينه، ذلك أن دستورًا غير ديموقراطي لا يمكن أن يؤسِّس جديًّا وفعليًّا لضمانة من ضمانات النظام الديموقراطي، وهي المحكمة الدستورية.

ثالثًا: أهداف البحث

في هذا السياق، يمكن القول إن للتصوّر الدستوري النظري لهيكلية المحكمة الدستورية[36] أهميّة بالغة، باعتبار أنه يؤثر تأثيرًا مؤكدًا ومباشرًا في الاستقلالية الوظيفية للمحكمة، وفاعلية وجودة عملها، ومدى تحقيق الأهداف المرجوة من وجودها، بل قبل كل هذا، يؤثر في إرسائها على أرض الواقع. ولهذا فدراستنا للتصور الهيكلي

(32) Mauro Cappelletti, Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, Revue internationale de droit comparé, Vol. 33 N°2, Avril-juin, 1981, pp.628 – 635.

(33) مولود بركات، دور المحكمة الدستورية في فض الخلافات الناشئة بين السلطات الدستورية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، مج7، ع1، 2022، ص996 – 1019.

(34) انظر: Mauro Cappelletti, op.cit., pp.628 – 635.

(35) عبدالفتاح عمر، مرجع سابق، ص209 – 211.

(36) توفيق الغناي، حماية الدستور في القانون التونسي، مرجع سابق، ص292 – 302.

الدستوري للمحكمة الدستورية في تونس، وعلى مستوى قانوني نظري، وعلى الرغم من تغييبها إلى اليوم، سوف تمكننا من تقييم الاختيارات الدستورية، أخذًا في الاعتبار ثوابت ومعايير العدالة الدستورية، وتعدد وتنوع التجارب الدستورية في تونس، في ظل تحولات سياسية جوهرية ومختلفة، واختلاف الأطر والتطلعات السياسية بين دستوري 2014 و2022، وتعدد وتنوع التجارب العالمية بخصوص المحاكم الدستورية؛ مما سوف يمكن من تقدير مدى استقلالية وخصوصية التصور التونسي ضمن تعدد التصورات العالمية، ومدى ومضمون وجدية التغيرات التي حصلت بين دستور 1959 ودستور 2014 من جهة، ثم بين هذا الأخير ودستور 2022 من جهة أخرى، ومن خلال كل هذا سوف نقيم مدى جدية تصور المحكمة، وحضور الإرادة الصادقة لإرسائها، ونفتح الباب لاستشراف مدى فاعليتها الوظيفية في حال تم ارساؤها في يوم من الأيام على الشاكلة التي تم تصورها فيها.

رابعًا: إشكالية البحث والمنهجية المعتمدة

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي التقييمي المقارن بين دستور 2014 ودستور 2022، مع الاستئناس بتجارب تونسية سابقة، وبتجارب أجنبية متعددة، في محاولة لتقدير إلى أي مدى نجح المشرع التأسيسي التونسي في تصوره الهيكلي للمحكمة الدستورية، ومدى التواصل والقطيعة على هذا المستوى نفسه بين الدستورين، أخذًا في الاعتبار اختلاف المنطلقات الداخلية، وتعدد واختلاف التجارب العالمية، بخصوص تصور العدالة الدستورية الحقيقية.

في هذا الإطار، وباستقراء دستور 2014، ودستور 2022، نستخلص المزاوجة بين التقارب والتباعد بخصوص طبيعة المحكمة (المبحث الأول)، وتشكيلها (المبحث الثاني)، على أن التصور بين الدستورين يبقى قاصرا على إرساء عدالة دستورية جوهرية، ولعل هذا الاستنتاج الذي سوف نبين مرتكزاته، يؤكد تواصل تردد الإرادة السياسية بهذا الخصوص، ودليل ذلك تواصل فشل إرساء المحكمة بين الدستورين.

المبحث الأول
طبيعة المحكمة

أثبتت التجارب العالمية، في الغالب، عدم قدرة أجهزة الرقابة الدستورية – ذات الطبيعة السياسية، على شاكلة أغلب المجالس الدستورية التي عرفتها بعض الدول، ومنها تونس – على ضمان عدالة دستورية حقيقية. ويعود هذا الفشل إلى عدد من الأسباب، من أهمها ضعف الاستقلالية الهيكلية لهذه المجالس، وتواضع دورها الوظيفي. ولهذا كان من الوجيه إنشاء هيكل دستوري قضائي متخصص، تُكفَل له مقومات الاستقلالية الهيكلية، وتكون حافزًا لفاعليته الوظيفية في تحقيق العدالة الدستورية. على هذا المستوى، نستنتج اتفاقًا كليًّا بين دستور 2014 ودستور 2022، بشأن إنشاء محكمة دستورية ذات صبغة دستورية (المطلب الأول)، مقابل اتفاق جزئي بشأن الطبيعة القضائية لهذه المؤسسة (المطلب الثاني)؛ لنستخلص، هكذا، أن الاتفاق لم يكن شاملًا ومتطابقًا، وأن القطع مع منظومة دستور 2014 بواسطة دستور 2022 لم تكن كلية، وإن كانت الاختلافات مهمة بين الدستورين، كما سنبيِّن تباعًا.

المطلب الأول
اتفاق كلي بشأن الصبغة الدستورية للمحكمة

لأول مرة في تاريخ تونس الدستوري، يُعلَن عن تصور محكمة دستورية متخصصة مكلَّفة بإرساء العدالة الدستورية، وتكون في شكل مؤسسة دستورية منذ نشأتها، بمعنى أن المشرع التأسيسي، وواضع الدستور، وأعلى جهة تشريع داخل الدولة، هو الذي أنشأها بإرادته العليا؛ مما يكسيها بالصبغة الدستورية، على شاكلة بعض التجارب الدستورية المقارنة[37]، وعلى خلاف إيجابي جوهري مع دساتير أخرى، اكتفى ضمنها المشرع التأسيسي، وهذا اختيار غير موفق، بالإحالة – بنص الدستور – على السلطة التشريعية لتصور الجهة المختصة بالعدالة الدستورية[38].

هذه الدسترة، الأصلية بالنسبة إلى المحكمة الدستورية في تونس، وكما كانت بالنسبة إلى الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين[39]، خالفت الدسترة المتأخرة والمصطنعة بالنسبة إلى المجلس الدستوري. لنستنتج هكذا أن دسترة المحكمة الدستورية

(37) مثلًا دساتير النمسا، وألمانيا الاتحادية، والبرتغال، ومصر، والأردن، والإمارات العربية المتحدة، والبحرين، والجزائر، والمغرب.

(38) انظر مثلًا: المادة (85) من دستور سلطنة عمان، والمادة (173) من دستور الكويت، والمادة (140) من دستور قطر.

(39) هذه الهيئة تم إحداثها بموجب الفصل 148 من نص دستور 2014، وضمن باب الأحكام الانتقالية منه.

مثلت مكسبًا ثوريًّا فرضته استحقاقات ثورة 2011، والتي أنتجت بدورها دستور 2014، في إطار القطع مع منظومة ما قبل الثورة، منظومة دستور 1959، حيث وُجد مجلس دستوري، ولهذا لم يكن من المقبول سياسيًّا التخلي عن هذا المكسب الإصلاحي الثوري بموجب دستور 2022، على الرغم من أن هذا الدستور وُضع في سياق تطلعات مشرعه، وهو رئيس الجمهورية[40]، المعلنة والضمنية، نحو القطع مع كامل منظومة دستور 2014 والتي اتهمها – بكل مكوناتها تقريبًا – بالفشل، وبأنها كانت تمثل خطرًا داهمًا مهددا لكيان الدولة في قراءة سياسية لمضمون الفصل (80) من دستور 2014[41].

وبالعودة إلى تجربة المجلس الدستوري، يتبيَّن أنه نشأ سنة 1987، بمقتضى أمر رئاسي، وهو ما يعني أن بقاءه كان رهين إرادة رئيس الجمهورية بمجرد إلغاء ذلك الأمر، وفقًا لمبدأ توازي الإجراءات، وهو ما لم يكن يتطلب إجراءات معقدة تعطله. هذه الوضعية السلبية مثلت أحد أهم الأسس للتشكيك في استقلالية المجلس، ولهذا تم تداركها بتنظيمها لاحقًا بنص تشريعي[42]. هذا، ولئن منحه أكثر استقرارًا، فلم يحصنه تمامًا من إمكان تغيير إرادة المشرع التي حلَّت محل إرادة رئيس الجمهورية شكليًّا، ولم تقطع معها جوهريًّا، من حيث إن الحزب المهيمن على الإرادة التشريعية كان حزب الرئيس؛ ليبقى بذلك المجلس رهين إرادته، ولو عبر نواب موالين له.

وفي مرحلة لاحقة، تم إدراج المجلس الدستوري ضمن نص دستور 1959، بموجب القانون الدستوري، عدد 90 لسنة 1995، ليكتسب أكبر حصانة؛ فضلًا على أن وجوده صار مرتبطًا بإرادة السلطة التأسيسية، ثم تم تطوير تلك الدسترة لتشمل تركيبة المجلس، في إطار تعديل دستوري سنة 2002[43]، وعرض على استفتاء شعبي

(40) لئن صدر دستور 2022 شكليًّا عبر استفتاء تأسيسي، فنعتبر أن المشرع التأسيسي الفعلي للدستور هو رئيس الجمهورية؛ لاعتبارين: الأول، أنه عهد بإعداد المشروع بموجب مرسوم عدد 30 لسنة 2022 مؤرخ في 19 ماي 2022 إلى «الهيئة الوطنية الاستشارية من أجل جمهورية جديدة»، وكان لها فقط دور استشاري، ولما سلم المشروع إلى رئيس الجمهورية أدخل عليه عديد التعديلات الجوهرية مما دفع رئيس اللجنة الأستاذ الصادق بلعيد للتصريح بتبرؤه من المشروع الذي نشره رئيس الجمهورية مؤكدا اختلافه مع المشرع المقترح من اللجنة، ثانيا، أن المشروع عُرِض على استفتاء شعبي تميز بنسبة مشاركة شعبية ضعيفة سبقتها حملات انتقاد ومقاطعة سياسية واسعة احتجاجا على المشروع.

(41) هذا واضح من خلال خطابات رئيس الجمهورية، خاصة عندما أعلن إيقاف العمل بدستور 2014، وبالمجلس التشريعي سنة 2021، بموجب أمر رئاسي عدد 117 لسنة 2021، مؤرخ في 22 سبتمبر 2021، يتعلق بتدابير استثنائية، وتأكد هذا ضمن ديباجة هذا الأمر، ثم ما تخلل خطاباته وتعليقاته في العديد من المناسبات اللاحقة، كلما تعلق الامر بتشخيصه الوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي تمر به الدولة.

(42) قانون عدد 39 لسنة 1990، مؤرخ في 18 أبريل 1990، يتعلق بالمجلس الدستوري.

(43) قانون دستوري عدد 51 لسنة 2002، مؤرخ في 1 يونيو 2002، يتعلق بتنقيح بعض الأحكام من الدستور.

بطموحات سياسية وانتخابية بامتياز لمصلحة رئيس الجمهورية. وعلى الرغم من هذا التطور للمجلس الدستوري – والذي لم يكن في جوهره تعبيرًا عن اقتناع سياسي بجدوى العدالة الدستورية، بقدر ما كان ورقة انتخابية – بقي المجلس محل تشكيك نتيجة طبيعته السياسية، ولضعف ضمانات استقلاليته الهيكلية والوظيفية. هذا الاختيار الاستعراضي، غير الموفق، لم يكن من الممكن القبول به مع دستور 2014 الذي نعت بدستور الثورة، ثم دستور 2022 الذي نعت بدستور تصحيح مسار الثورة، في إطار أوضاع سياسية جديدة حفت بوضع هذين الدستورين.

ومن المفارقات أن شعاراتها السياسية كانت هي ذاتها تقريبًا، وتمحورت – خاصة – حول القطع مع الماضي، ومع الفشل، ومع الاستبداد، ومع الفساد، وإجمالًا حول تحقيق تطلعات الشعب التونسي صاحب الثورة والسيادة. على أن الشعارات السياسية، ومهما لمعت أشكالها، ومهما كانت رنانة لدى من يسمعها، ليست دائمًا ضامنة لصحة التصور القانوني، ولتفعيله على افتراض صحته. ذلك أن التصور الجيد لهيكلة المحكمة الدستورية، والذي يضمن لها الاستقلالية الهيكلية والفاعلية الوظيفية، لا يضمنه إلا دستور ديموقراطي، تبنى من خلاله المشرع التأسيسي منظومة ديموقراطية، من لبناتها مؤسسة ضامنة لعدالة دستورية جوهرية؛ فالمحكمة الدستورية ليست إلا حلقة مهمة ضمن سلسلة مترابطة من حلقات هذه المنظومة الدستورية التي تجمع بين الثقافة والقانون والسلوك.

ولهذا، وعلى اتساع تبني فكرة المحكمة الدستورية في العديد من دول العالم، إلا أن العدالة الدستورية لم تتحقق بالدرجة نفسها في كل تلك الدول، ومرد ذلك إلى التفاوت في مستوى درجة دمقرطة المنظومة السياسية القائمة، ومن خلالها حقيقة صدق الإرادة السياسية في ضمانها. وفي هذا السياق، تستفيد المحكمة الدستورية إيجابيًّا، أو تتأثر سلبيًّا، على مستوى تصورها الهيكلي أولًا، وعلى مستوى تصورها الوظيفي لاحقًا، وعلى مستوى إرسائها فعليًّا في كل الحالات، وفق درجة ديموقراطية الدستور الذي أنشأها، وديموقراطية المنظومة السياسية التي نظر إليها هذا الدستور، وفرضها نصًّا وثقافة وسلوكًا.

هذا الاستنتاج ينسحب على التجارب الدستورية في تونس بخصوص إرساء العدالة الدستورية؛ حيث إنه، وفي ظل منظومة دستور 1959، ومع تعدد التعديلات الدستورية، لم تكن تتوافر ضمانات حقيقية وجوهرية لمنظومة ديموقراطية، فغابت بالتوازي الضمانات الفعلية والفاعلة للعدالة الدستورية، قبل إرساء المجلس الدستوري، وحتى

في وجوده. أما بعد ثورة 2011، والتي فرضت التطلع نحو القطع مع الاستبداد، وإرساء منظومة ديموقراطية، لم يكن في الإمكان القبول بالاستمرار على النهج نفسه لمنظومة دستور 1959، وهذا ما يفسر الاهتمام الدستوري، من خلال دستور 2014، بوجود محكمة دستورية متخصصة؛ من أجل ضمان العدالة الدستورية، بل والاستقرار على الاختيار نفسه، من خلال دستور 2022، على الرغم من أنه مثل، في إطار القطع مع منظومة دستور 2014، تراجعًا نحو دستور 1959، من خلال عدد من المضامين المتعلقة بالنص والمعنى.

إلا أن الثورة، ومع العديد من إيجابياتها، لم تفرض منظومة ديموقراطية حقيقية كاملة العناصر، خاصة على مستوى ترسخ الثقافة الديموقراطية بعد عقود من الجفاف الديموقراطي، وهو ما انعكس سلبيًّا على التصور الهيكلي للمحكمة الدستورية، سواء في ظل دستور 2014، أو في ظل دستور 2022، ولعل الصراع بين مؤسسي الدستورين يعكس جانبًا من فشل الثورة، وضعف الثقافة الديموقراطية، وبالتبعية الفشل على مستوى إرساء عدالة دستورية حقيقية، كما سنبينه تباعًا، وهذا يعود خاصة إلى التردد في إرساء منظومة ديموقراطية حقيقية بكامل عناصرها، ولو مع اختلافات جوهرية على هذا المستوى بين الدستورين، نعتقد أنها، ولو جزئيًّا، لفائدة دستور 2014.

وبقطع النظر عن هذا الاستنتاج السلبي الأول، فدسترة المحكمة الدستورية، تضمن لها الاستقرار والاستمرارية، وتحصنها ضد كل محاولات الإطاحة بها من قبل السلطتين التنفيذية والتشريعية؛ حيث إن ذلك لا يمكن إلا بفعل ثورة تغير المشروعية الدستورية القائمة، على غرار ثورة 2011 في تونس، أو بتعديل دستوري داخل المشروعية الدستورية القائمة، هو من اختصاص سلطة تأسيسية فرعية تعلو بقية سلطات الدولة، ولن يتم ذلك إلا بناء على إجراءات معقدة ومطولة، تحتاج إلى توافقات سياسية يصعب غالبًا تحقيقها[44]، خاصة إذا تعلق الأمر بالعدول عن مكسب دستوري، هو الأول في التاريخ الدستوري التونسي، على غرار المحكمة الدستورية، ورد ضمن دستور جامد[45]، ترجم بعض استحقاقات الثورة التونسية وتطلعات الشعب التونسي، صاحب الثورة، منذ سنوات، وعلى تعاقب التجارب السابقة الضعيفة تصورا ونتائج، نحول إرساء عدالة دستورية حقيقية هي من ضمانات الحقوق والحريات ومن عناوين الأنظمة الديموقراطية.

(44) انظر شروط وإجراءات التعديل، خاصة ضمن الفصلين (143 و144) من دستور 2014، والفصول من (136 و137 و138) من دستور 2022.

(45) عبدالفتاح عمر، مرجع سابق، ص216.

وإلى جانب الاستقرار والاستمرارية، فإن دسترة المحكمة الدستورية تجعلها تتمتع بنفس طبيعة ومكانة كل المؤسسات الدستورية، بما فيها السلطتان التنفيذية والتشريعية المعنيتان بعمل المحكمة، بما يمثل دعامة لاستقلاليتها الهيكلية والوظيفية، ويمنحها سلطة حقيقية وقوية في مواجهة انحرافات تلك المؤسسات السياسية، ومن ذلك انحرافاتها عن مقتضيات الفصل بين السلطات، كما اتُّفق على اعتماده ضمن دستورَيْ 2014 و2022، مع بعض الاختلافات في التصورات والمضامين.

في السياق نفسه، فإن دسترة المحكمة الدستورية، من حيث وجودها كخيار دستوري، وتصورها الهيكلي بموجب نص الدستور، مع بيان العديد من الضوابط الهيكلية ذات العلاقة بهذا التصور، يضمن عدم تعسف المؤسسات السياسية للدولة في تصورها وإرسائها، حتى مع ما لها من تفويض دستوري في ذلك؛ حيث إن ما فُوِضت فيه، في علاقة بتنظيم المحكمة وإرسائها، يجب أن يتطابق ويتلاءم مع التصور الدستوري للمحكمة.

وهذا، ومع اختلافات جوهرية سوف نبينها بين دستور 2014 ودستور 2022، على خلاف الخيار الضعيف الذي تبنته بعض الدساتير المقارنة[46]؛ حيث اكتفى المشرع التأسيسي ضمنها بإحالة مهمة تصور الهيكل المكلف بالعدالة الدستورية إلى السلطة التشريعية، والتي بهذا التفويض الموسع، وفي غياب ضوابط دستورية عليا تلزمها بالتحرك الإيجابي من حيث الشكل والمضمون والزمن، وفي غياب إمكانية دستورية واضحة لمساءلتها عما قد يصدر عنها من سوء تقدير أو تراخٍ في تفعيل التفويض الدستوري، تتمتع بسلطة تقديرية تجعلها تتحكم، ليس فقط في تصور الهيكل، بل في إرسائه أيضًا، ولاحقًا في تعديله وحتى إلغاء وجوده، وغالبًا ما يتم ذلك بدواع سياسية وحسابات شخصية ضيقة، وردود فعل سلبية ضد نفس هذا الهيكل كلَّما فرض سلطته.

ومع هذا الاستنتاج الإيجابي بخصوص دسترة المحكمة الدستورية من خلال دستور 2014 ودستور 2022 في تونس، فنلاحظ أن الضوابط الدستورية تميزت، كما سوف نبينه، بالضعف أحيانا، والنقص أحيانا أخرى، مع اختلافات في المدى والمضامين بين الدستورين، فضلًا على أن الاختلاف بينهما بخصوص الطبيعة القضائية للمحكمة، مما يعني أن الدسترة، ومن خلال الدستورين دائما، لم تكن بالجودة والجدية المطلوبة من حيث المضمون وغلب الجانب الشكلي الاستعراضي فيها على متطلبات جودة التصور للمحكمة، ودائما في اعتقادنا كان هذا مدفوعا بحسابات سياسية، دلت على أهمية المحكمة ولكن على تخوف منها.

(46) كنا ذكرنا مثلًا دساتير سلطنة عمان والكويت وقطر.

المطلب الثاني

اتفاق جزئي بشأن الطبيعة القضائية للمحكمة

أكّد كل من المشرع التأسيسي لدستور 2014، والمشرع التأسيسي لدستور 2022، وصراحة، تباعا، من خلال الفصلين (118 و125)، على الطبيعة القضائية للمحكمة الدستورية، بل اعتمدا نفس العبارة التي، وردت بنفس النص أو في نفس المعنى، في بعض الدساتير المقارنة[47]، وتفيد أن المحكمة الدستورية «هيئة قضائية مستقلة»، وهذا على خلاف دساتير أخرى مقارنة، التزمت الصمت بهذا الخصوص[48]، واكتفت بتسمية محكمة دستورية، ووصف أعضائها بالقضاة، وهي بعض مؤشرات دالة ضمنيًا على الطبيعة القضائية لهذه المؤسسة.

بهذا الاختيار، قطع المشرع التأسيسي التونسي، من خلال الدستورين، مع الطبيعة السياسية للعدالة الدستورية، كما سادت لعقود في تونس من خلال المجلس الدستوري، وقبله من خلال ما نسب لرئيس الجمهورية من سهر على حماية الدستور، وخطا، ظاهريًا، خطوة إيجابية إلى الأمام نحو تدعيم الاستقلالية الهيكلية والوظيفية للمحكمة الدستورية، والتي هي الضرورية لتجسيد بعض استحقاقات العدالة الدستورية في معناها الجوهري.

في السياق ذاته، حصل اتفاق بين الدستورين على اعتماد عبارة «المحكمة الدستورية»، على غرار المعتمد في العديد من الدساتير المقارنة[49]، وعلى خلاف دساتير أخرى عوضتها بتسميات قضائية مختلفة[50]، في حين اكتفت تجارب دستورية أخرى بمؤسسة قضائية موجودة تابعة للقضاء العادي مع تعديل تركيبتها[51]. ونعتقد أن ما تبناه المشرع التأسيسي التونسي، بخصوص إحداث محكمة دستورية متخصصة، بدل الاكتفاء بجهة قضائية عليا عادية أو إدارية، هو الأفضل في إطار تجسيد متطلبات العدالة الدستورية، وهذا على الرغم من الدور الإيجابي الذي أداه القضاء العادي، وخاصة

(47) انظر مثلًا: المادة (191) من دستور مصر، والمادة (58) من الدستور الأردني، والمادة (96) من الدستور الإماراتي، والمادتين (186) و(188) من الدستور الجزائري، والمادة (94) من الدستور الألماني.

(48) مثلًا دساتير إيطاليا، والنمسا، والبحرين، والمغرب، والجزائر.

(49) مثلًا دساتير البرتغال والأردن ومصر والمغرب والجزائر والبحرين.

(50) مثلًا المحكمة الدستورية الاتحادية في دستور ألمانيا، والمحكمة الدستورية العليا في الدستور المصري، والمحكمة الاتحادية العليا في دستور العراق، ودستور الإمارات العربية المتحدة.

(51) على غرار ما ورد في دستور الصومال.

القضاء الإداري، في فترات مختلفة، ومتعددة، من التاريخ التونسي في مجال حماية الدستور[52].

دور القضاء هذا، برغم بعض إيجابياته، ومع بعض سلبياته التي لا يمكن كذلك إنكارها، واختلاف المواقف السياسية منه، بين داعم ورافض، لا يمكن، في اعتقادنا، أن يكون الحل الأمثل والدائم لإرساء عدالة دستورية حقيقية ودائمة؛ لعدة أسباب أهمها افتقارها إلى التخصص الذي تؤمّنه محكمة دستورية متخصصة. هذا الاختيار الدستوري التونسي يمكن تفسيره أيضًا بالقول إن تجربة المجلس الدستوري، وعلى نجاحاتها في قلة قليلة جدًّا من الدول، وعلى بعض إيجابياتها، وكثير من سلبياتها، في التجربة التونسية، كان لها الفضل في تحقّق الوعي لدى المشرع التأسيسي في تونس، بأن العدالة الدستورية لا يمكن أن تكون فعالة، وذات جودة وجدوى، إلا من خلال مؤسسة قضائية متخصصة، تتمتع بما يتمتع به القضاء من ضمانات الاستقلالية الهيكلية والوظيفية، وفي المقابل من الصعب، في تقديرنا، أن تؤمنها جهة سياسية مسيسة بطبيعتها، تخضع للحسابات السياسية، وتسهم في تسييس العدالة الدستورية، بما يجعلها مخترقة وتابعة، ويخرجها عن مقتضيات النزاهة والحياد، وهي من أهم استحقاقات العدالة الدستورية الحقيقية، ومن الخصال الأصيلة لدى القاضي عمومًا، والقاضي الدستوري على وجه الخصوص. ولهذا تعتبر من المعايير والضمانات التوافقية لاستقلالية القضاء، ومنه القضاء الدستوري.

هذه الضمانات، إما أن تستخلص ضمنيًّا من خلال إدراج المحكمة الدستورية ضمن باب السلطة القضائية للدولة، وبالتالي ضمن الباب من الدستور الذي عادة ما يحتوي ضمانات الاستقلالية. أو أن تُدرَج خارج باب السلطة القضائية للدولة، ولكن يتم التصريح دستوريًا أنها تتمتع بالضمانات نفسها التي تتمتع بها تلك السلطة، أو تمكن من ضمانات خاصة بها تؤمن استقلاليتها وفاعليتها، وقد يقع الجمع بين أكثر من خيار ضمن النص الدستوري، كما ورد في بعض الدساتير المقارنة[53]. وفي كل الحالات؛ فاستقلالية المحكمة الدستورية تبقى مرتهنة، خاصة بمضامين وقوة تلك الضمانات الدستورية التي تعبر عن مدى مشروعية الدستور وديموقراطية المنظومة السياسية وصدق الإرادة السياسية، ولا عبرة كثيرًا هنا بالإطار السياسي الثوري، وبالخطاب السياسي الثوري، ما لم تترجمه القوانين والأفعال الملائمة.

(52) منتصر الوردي، في رقابة دستورية القوانين: قراءة نقدية في التجربة التونسية، ورد في مجموعة أعمال مهداة إلى الأستاذ نجيب بلعيد، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2022، ص75.

(53) انظر مثلًا المادة (194) من دستور مصر، والمادة (189) من الدستور الجزائري، والمادة (222) من دستور البرتغال.

وللأسف يبدو أن هذه الخطابات طغت على المعنى الحقيقي للعدالة الدستورية، واستحقاقات الاستقلالية بالنسبة إلى المحكمة الدستورية، كما يستنتج في تونس من خلال الدستورين، ولو مع اختلاف وتفاوت المظاهر؛ ففي ظل دستور 2014، اعتبرت المحكمة الدستورية جزءًا من السلطة القضائية للدولة، على غرار تجارب مقارنة[54]؛ مما يعني، أولًا: أنها تتمتع بصفة السلطة. وثانيًا: أنها تتمتع بما تتمتع به بقية مكونات السلطة القضائية من ضمانات الاستقلالية[55]، على غرار التصريح بذلك في تجارب دستورية مقارنة[56]، وبطبيعة الحال، بقدر قوة وأهمية تلك الضمانات، وشموليتها.

أما بموجب دستور 2022، وبنوع من التراجع عن بعض المكتسبات الإيجابية لدستور 2014، تم إخراج المحكمة الدستورية من باب «الوظيفة القضائية»[57]، وخُصِّص لها – على غرار ما وُجد في بعض الدساتير المقارنة[58]، وبالتماهي مع مختلف مؤسسات الدولة، ليست فقط التنفيذية والتشريعية والقضائية، بل وأيضًا الجماعات المحلية والجهوية، والهيئة العليا المستقلة للانتخابات، والمجلس الأعلى للتربية والتعليم – خُصِّص باب خاص بها[59]. وانتزعت منها ضمنيًّا صفة السلطة، وعُوضت ضمنيًّا بصفة الوظيفة؛ كما فقدت التمتع بالضمانات الدستورية التي خولها الدستور لمكونات الوظيفة القضائية[60]؛ حيث لم ينص المشرع التأسيسي صراحة على تمتعها بها، ولا يمكن في اعتقادنا أن تتمتع بها في وضع المشرع التأسيسي الصامت، على خلاف ما تم التصريح به ضمن بعض الدساتير المقارنة[61].

والغريب أن المشرع التأسيسي نفسه اكتفى – ضمن الفصل (126) من الدستور –

(54) مثلًا وفق المادة (92) من دستور ألمانيا الاتحادية، والمادة (146) من دستور تركيا، والمادة (106) من دستور البحرين.

(55) ذكرت الضمانات في باب السلطة القضائية، ونخص بالذكر الفصول (102 و103 و104 و107 و109).
– سبق أن ورد في الفصل (119) من مسودة دستور 2014، والتي صدرت بتاريخ 2012/12/14 «أعضاء المحكمة الدستورية قضاة، وتسري عليهم أحكام الفصلين (1 و2) من باب السلطة القضائية».

(56) مثلًا المادة (97) من دستور ألمانيا الاتحادية.

(57) ضمن دستور 2022 غيَّر المشرع التأسيسي تسمية السلطة، وبعبارة الوظيفة على غرار الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية.

(58) انظر مثلًا الباب السادس من الدستور البرتغالي، والقسم الأول من الباب السادس، ضمن الدستور الإيطالي، والفصل الرابع من دستور مصر، والباب السادس، والفصل الخامس من الدستور البلجيكي، والفصل الخامس من دستور الأردن، والفصل الأول تحت من الباب الرابع في الدستور الجزائري، والباب الثامن في دستور المغرب.

(59) هو الباب الخامس من الدستور، والذي ورد بعد الباب الرابع المتعلق بالوظيفة القضائية.

(60) الواردة في باب الوظيفة القضائية، ونخص بالذكر ما ورد في الفصول (117 و121 و122).

(61) مثلًا المادة (222) من دستور البرتغال.

بتحجير الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية ومباشرة أيّ وظائف أو مهام أخرى، في حين أحال على السلطة التشريعية، بخصوص تصور بقية الضمانات التي تكفل استقلالية وفاعلية المحكمة[62]، وهو اختيار غير موفَّق في اعتقادنا، وكان يجدر بالمشرع التأسيسي، التصريح بتمتع المحكمة الدستورية بالضمانات نفسها التي خولها المشرع التأسيسي صراحة لمختلف مكونات الوظيفة القضائية، مع إمكان دعمها بضمانات أخرى يمكن أن يتم تصورها دستوريًّا، وهذا الأولى، أو تشريعيًّا في إطار التطابق والتلاؤم مع نص الدستور، حتى لا تُترَك للمؤسسة التشريعية مساحة واسعة جدًّا من الاجتهاد، قد لا تكون موفقة في ظل تركيبة سياسية الأكيد أنه سوف تطغى على تصوراتها ومخرجاتها الحسابات والضغوط السياسية، وقد يكون ذلك بنوع من الدعم لتوجهات رئيس الجمهورية، المشرع التأسيسي الفعلي لنص دستور 2022، خاصة أنهما من بين أهم الجهات المعنية بوظائف المحكمة الدستورية.

هذه الوضعية، التي تعبر عن تخوف واضح من استقلالية وسلطة المحكمة، قد تكون مدخلًا لاختراقها من قبل المؤسستين التشريعية والتنفيذية، وبالتالي إضعاف استقلاليتها الهيكلية، وفاعليتها الوظيفية؛ ما يجعلها عاجزة عن تحقيق العدالة الدستورية الحقيقية في حال تم ارساؤها فعليًّا.

في السياق نفسه، يبدو أن إخراج المحكمة الدستورية من باب الوظيفة القضائية، يفقدها منطقيًّا التمتع باستحقاقات مبدأ الفصل المتوازن بين الوظائف، التنفيذية والتشريعية والقضائية الذي أكده دستور 2022[63]، والذي ينطبق تقليديًّا على السلطات الثلاث للدولة، ولعل هذا ما يفسر التصريح ضمن الفصل 125 من الدستور نفسه أن «المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة»، وهي العبارة ذاتها التي وردت حرفيًّا في الفصل (118) من دستور 2014؛ ما يعني أن المحكمة تستقل عن بقية المؤسسات، ومنها المؤسسات السياسية للدولة، التشريعية والتنفيذية.

ولئن اتفق الدستوران في هذا الخصوص؛ فهناك فارق جوهري مفاده أن عبارة هيئة مستقلة في ظل دستور 2014 تجسد متطلبات مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات، في حين أنها في ظل دستور 2022 تعوض النقص الحاصل على هذا المستوى، نتيجة إخراج المحكمة الدستورية من باب الوظيفة القضائية، وبالتالي من أحد أطر تطبيق هذا المبدأ، وهذا مؤشر إضافي على أن الإرادة السياسية اتجهت، من خلال هذا الدستور،

(62) من خلال صريح الفصل (132).

(63) راجع توطئة الدستور.

نحو إضعافها، مثل إضعاف بقية مؤسسات الدولة، تحت تعلة، غير مقنعة ولا منطقية، مفادها أن السيادة للشعب، أما مؤسسات الدولة فتمارس وظائف وليست لها السلطة.

وتأكيدًا لما سلف، هناك اختلاف جوهري بين الدستورين على مستوى تعريف القضاء وظيفيًا، فوفق الفصل (117) من دستور 2022 اكتفى المشرع التأسيسي بالقول إن «القضاء وظيفة مستقلة يباشرها قضاة لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون»، في حين أن الفصل (102) من دستور 2014 تضمن أن «القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات».

هذا الاختلاف في تعريف القضاء، بين التثمين من خلال دستور 2014، والإضعاف من خلال عبارات عامة غامضة ضمن دستور 2022، ينسحب بالضرورة على المحكمة الدستورية، وعلى مفهومها الوظيفي المرتبط من دون شك بمفهومها الهيكلي، ويندرج ضمن إضعاف مؤسسات الدولة تفعيلًا لشعار السيادة والسلطة ملك للشعب، حتى أنه غير تعبير مبدأ الفصل بين السلطات إلى عبارة «الفصل بين الوظائف التشريعية والتنفيذية والقضائية»، ولكن الغريب في الأمر أن المشرع الدستوري نفسه، ومن خلال الفصل الثالث من الدستور، نص على أن « الشّعب التّونسي هو صاحب السّيادة»، وهي العبارة ذاتها المتداولة في جل دساتير العالم، ومنها دستور تونس لسنة 1959، ودستور تونس لسنة 2014.

وضمن مختلف هذه الدساتير نص المشرع التأسيسي التونسي والأجنبي على أن للدولة ثلاث سلطات لا ثلاث وظائف، ونعتقد أن عبارة السلطة لا تنال من المعنى الأصلي لسيادة الشعب، وأن كل سلطة في إطار نظام تمثيلي، على غرار النظام الذي تبناه دستور 2014 ودستور 2022، تعمل باسم ولحساب وتحت رقابة الشعب، ولكن بالقدر الذي يضمنه الدستور نفسه للشعب نفسه من حقوق وحريات تندرج ضمن عدة آليات للرقابة والمحاسبة الشاملة والفاعلة. ونعتقد أن محكمة دستورية مستقلة ذات سلطة فعلية معقلنة تندرج – لا محالة – ضمن هذه الآليات؛ فالمسألة إذن جوهرية وليست مجرد مسميات شكلية تجسد، في حقيقتها، مجرد شعارات سياسية تندرج ضمن تطلعات القطع مع كامل منظومة دستور 2014 بسلبياتها، ولكن أيضًا بمكاسبها الإيجابية، وإن قلت، أكثر منها تصورات سياسية واضحة ذات جدوى عملية إيجابية. هذا الاختلاف المهم بين الدستورين، بخصوص طبيعة المحكمة، يتطور ليكون اختلافا جوهريًّا على مستوى تشكيلها.

المبحث الثاني

تشكيل المحكمة

إن البحث في مسألة التصور الدستوري التونسي بخصوص تشكيل المحكمة الدستورية، والمقصود من تشكيلها، وتركيبتها وإرساؤها، يرتكز منطقيًا على جملة من المعطيات الموضوعية، أولها: التجارب الأجنبية المتعددة والمختلفة بتعدد واختلاف منطلقاتها، خاصة منها السياسية، في إطار صراع متواصل بين العولمة القانونية، وما تفرضه أحيانًا من محاكاة للتجارب الأجنبية وحتى إسقاطها على الواقع التونسي، وفرض الاستقلالية والخصوصية والذاتية القانونية، وانتهاج سبيل الابتكار الملائم لخصوصيات الإطار التونسي الثقافي والسياسي. ثانيها: التجارب التونسية السابقة لإحداث المحكمة الدستورية سنة 2014، خاصة من خلال تجربة المجلس الدستوري، ثم الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين. ثالثها: فشل إرساء المحكمة الدستورية في ظل دستور 2014. رابعها: الدوافع السياسية التي فرضت وضع دستور 2014، وتلك التي كانت وراء إلغائه ووضع دستور 2022 بديلًا له، وهي دوافع الأكيد أن لها تأثيرًا على طبيعة ومضمون الإرادة السياسية تجاه إرساء عدالة دستورية حقيقية من آلياتها المحكمة الدستورية.

هذه المعطيات، بعضها تم الانطلاق منه، وبعضها تم تجاهله، وهذا سواء من قبل المشرع الدستوري لدستور 2014، أو المشرع الدستوري لدستور 2022، ولكن بدرجات ومضامين متفاوتة بينهما، انتهت إلى نتيجة مفادها اختلاف جوهري، مظهره الأول: مقاربات دستورية متباينة بخصوص تنوع تركيبة المحكمة (المطلب الأول). ومظهره الثاني: اختيارات دستورية متفاوتة الفاعلية بخصوص ضمانات استقلالية أعضاء المحكمة (المطلب الثاني). وفي المجمل، فمختلف التصورات، وإن تباينت، فهي لا تنفي تمامًا شبهات تسييس المحكمة، ولهذا، ومع الاختلافات، كانت النتيجة واحدة، وهي العجز عن إرساء المحكمة الدستورية عمليًا، بعد سنوات من تصورها الدستوري النظري، سواء في ظل دستور 2014، أو دستور 2022، ولو مع فوارق بخصوص صعوبات الإرساء كما سوف نبينه، ولكن مع تشابه على مستوى غياب إرادة سياسية صادقة من جراء التخوف من دور المحكمة الدستورية في فرض عدالة دستورية حقيقية نعيد التأكيد أنها من استحقاقات دولة القانون، دولة الحقوق والحريات في معناها الجوهري.

المطلب الأول

مقاربات دستورية متباينة بخصوص تنوع تركيبة للمحكمة

تتشكل المحكمة الدستورية، وفق الفصل (118) من دستور 2014، من عدد محدد من الأعضاء، على خلاف الاكتفاء بتحديد العدد الأدنى في قلة قليلة من التجارب الدستورية[64]، أو العدد الأقصى في تجارب قليلة أخرى[65]، وهو أيضًا عدد زوجي من الأعضاء، يبلغ اثني عشر عضوًا، في حين أن العدد 9 فقط، وهو عدد فردي، من خلال الفصل (125) من دستور 2022، وفي الحالتين لم يشذ التصور الدستوري التونسي عما هي عليه أغلب التجارب المقارنة؛ حيث تراوحت بين العدد المرتفع والعدد المتوسط والعدد المنخفض للأعضاء، وبين العدد الزوجي والعدد الفردي[66].

والحقيقة أن هناك جدالًا قائمًا بشأن مدى نجاعة العدد الفردي أو العدد الزوجي، والحاجة إلى المفاضلة بينهما؛ خاصة من حيث الفصل بقرار نهائي واضح في حال تساوت الأصوات بين أعضاء المحكمة. وهنا تحضرنا تجربة الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، والتي كانت تتركب من 6 أعضاء بمن فيهم الرئيس، ووجدت نفسها في العديد من المناسبات، نتيجة هذا العدد القليل والزوجي من الأعضاء، أمام عجز عن اتخاذ قرار نهائي فاصل في بعض ما عُرض عليها من خلافات دستورية، فاتُهمت بارتكاب جريمة إنكار عدالة[67]، ومن وراء ذلك اتُهمت بالتحيز لطرف سياسي على حساب طرف آخر، من خلال التعسف في الاستفادة من وضعية استحالة الحسم في بعض الخلافات.

---

(64) انظر مثلًا المادة (58) من الدستور الأردني.

(65) انظر مثلًا وفق المادة (96) من دستور الإمارات العربية المتحدة.

(66) مثلًا وفق المادة (147) من دستور النمسا «تتكون المحكمة الدستورية من رئيس ونائب رئيس واثني عشر عضوًا إضافيًا وستة أعضاء بدلاء»، ووفق المادة (135) من دستور إيطاليا «تتكون المحكمة الدستورية من خمسة عشر قاضيًا»، ووفق المادة (146) من دستور تركيا «تتكون المحكمة الدستورية من خمسة عشر عضوًا»، ووفق المادة (167) من دستور جنوب أفريقيا «تتكون المحكمة الدستورية من رئيس قضاة جنوب أفريقيا، ونائب رئيس القضاة وتسعة قضاة آخرين»، ووفق المادة (186) من الدستور الجزائري «تتشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر عضوًا»، ووفق المادة (130) من الدستور المغربي «تتألف المحكمة الدستورية من اثني عشر عضوا».

(67) توفيق الغناي، الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، مرجع سابق، ص185 – 194. أمين محفوظ، الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين تطبق أحكامًا دستورية غير نافذة، ورد في مساهمة في دراسة الانتقال الديموقراطي في تونس، بمساهمة مؤسسة هانس سايدل، 2016، ص48.

فهل العدد الفردي أفضل؟ أم العدد الزوجي؟ حقيقة لا يمكن الجزم بالمفاضلة بين النوعين؛ لأن اتخاذ القرار، في حالات التساوي، ممكن في الحالتين، بشرط انتقاء طريقة ملائمة للتصويت على القرار، خاصة فيما يتعلق بدور رئيس الجلسة في حالات التساوي، والتجارب مختلفة في هذا الخصوص، فمنها ما يكون فيها للرئيس موقف مُرجِّح، ومنها ما يُتخَذ القرار فيها على أساس الجهة التي صوَّت معها الرئيس في حال التساوي. ولكل اختيار ايجابياته، المتمثلة خاصة في عدم تعطيل عمل المحكمة، وسلبياته خاصة في خرق مبدأ سرية التصويت ومنح الرئيس – وهو شخص وحيد – صلاحية الحسم على حساب مجموعة، وقد يكون منقادًا بدوافع شخصية سياسية.

ولهذا لا يمكن أن نفاضل بين الاختيارين بخصوص التصور الدستوري التونسي في غياب تفاصيل اتخاذ القرار والحلول في حالات التساوي ضمن نص الدستور[68]، والتي يفترض أن تتم من خلال نص تشريعي[69]، يفترض أن يأخذ من خلاله المشرع بعين الاعتبار طبيعة عدد الأعضاء، وعدد الحضور المتمم للنصاب، ويستبق حالات العجز المطلق على اتخاذ القرار؛ بحيث يتصور بصريح النص كل الفرضيات الممكنة، ويضع لها حلولًا دقيقة لا اجتهاد معها، حتى لا يتعطل عمل المحكمة لمجرد تدني النصاب وتساوي الأصوات، وقد لا يكون ذلك عن حسن نية.

وعلى مستوى عدد أعضاء المحكمة الدستورية أيضًا، نعتقد أن بين 12 و9، وهما الاختياران اللذان استقر عليهما المشرع التأسيسي التونسي تباعًا في ظل دستور 2014 ودستور 2022، ومع التذكير بما سلف بخصوص الحلول التي يتعين التدقيق فيها بالنسبة إلى اتخاذ القرارات، ليس هناك فارق مهم وجوهري، وأن العدد المرتفع ارتفاعًا

(68) نصّ دستور 2002، في الفصل (128)، على أن المحكمة تصدر قراراتها بأغلبية ثلثي أعضائها. أما دستور 2014 فقد نصّ في الفصل (121) على أن قرارات المحكمة تصدر بالأغلبية المطلقة للأعضاء، ولم يتعرّض لحالة التساوي في الأصوات، معتمدًا ربما على القانون الأساسي الذي يفترض فيه أن يخوض في هذه المسألة وغيرها من المسائل المتعلقة بعملية التصويت، إلا أن هذا القانون الأساسي (عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 2015/12/3) لم يخض في هذه المسألة. وهنا نشير إلى أن الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، التي كانت تتألف من ستة أعضاء، تعرضت لمشكلات عديدة نتيجة عدم توضيح دستور 2014 طريقة احتساب الأغلبية، خاصّة نتيجة اكتفاء القانون الأساسي المتعلق بالهيئة (عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 2014/4/18) بالنص في الفصل (21) على أن الأغلبية المطلوبة هي الأغلبية المطلقة؛ متناسيًا أو متجاهلًا أن عدد أعضاء الهيئة زوجي. وهذا ما أدخل شيئا من الإرباك على عمل هذه الهيئة الوقتية.

(69) نشير إلى أنه بخصوص تنظيم المحكمة الدستورية في ظل دستور 2014 صدر قانون أساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 ، يتعلق بالمحكمة الدستورية، في حين أن النص التشريعي المنظم للمحكمة الدستورية، في ظل دستور 2022 ، لم يصدر بعد، علما أنه تم تقديم مقترح قانون أساسي عدد 100 لسنة 2025 بتاريخ 2025/7/15 يتعلق بالمحكمة الدستورية إلى مجلس نواب الشعب وقرر مكتب المجلس في جلسته رقم 7 بتاريخ 2026/1/29 إحالة المقترح إلى لجنة التشريع العام.

معقولا محبذ حتى لا يتعطل عمل المحكمة ببعض الغيابات، وحتى يكون عدد الحضور مهمًّا بما يكفل أكثر ثراء للنقاش، ويجنب المحكمة أكثر ما يمكن من سوء التقدير وضعف التعليل، خاصة أنها غالبا ما تكون ملزمة باتخاذ قراراتها في آجال قصيرة، باعتبار أن لهذه القرارات مساسًا بالسير العادي والمنتظم لمؤسسات الدولة[70].

ولعل العدد المرتفع ارتفاعًا معقولًا له أهمية في اعتقادنا. كذلك، كلما تنوعت التركيبة، حيث يكون كفيلًا بضمان تنوع معقول ومتوازن، ولو نسبيًّا، بين مختلف مكونات المحكمة، وهذا على خلاف العدد المنخفض الذي يصعب أن يحقق الهدف نفسه، وهنا تستحضرنا – مرة أخرى – تجربة الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين؛ حيث عيب على تركيبتها غياب بعض التخصصات التي اعتقد البعض أهميتها في سياق اختصاصات تلك الهيئة[71]، ولو أن مسألة التخصصات تبقى رهينة تبنيها بصريح نص الدستور.

على هذا المستوى تحديدا، يبرز الاختلاف الجوهري بين تصورات المشرع التأسيسي لدستور 2014 والمشرع التأسيسي لدستور 2022؛ فالأول فتح باب العضوية لتخصصات وفئات مختلفة، في حين حصرها الثاني في فئة القضاة، وهو اختيار غير دارج في التجارب الدستورية المقارنة، وفضل الفئوية على التنوع، ولكن هناك توافقًا بين الدستورين على عدم التصريح، كما في قلة قليلة من الدساتير المقارنة، بإقصاء صريح لبعض الفئات من عضوية المحكمة[72].

وفي اعتقادنا؛ فالتنوع في تركيبة المحكمة الدستورية، أكثر جدوى على مستوى الفاعلية والجودة الوظيفية، من الفئوية؛ حيث يسمح بتعدد المدارس والأفكار وثراء النقاش، كما أنه يتلاءم مع التنوع داخل نص الدستور نفسه؛ حيث إن المادة الدستورية في علاقة ليست فقط بالقانون الدستوري في معناه التقني الضيق، بل بكل فروع القانون، وبعلوم اجتماعية متعددة لها علاقة بالقانون عموما، والقانون الدستوري على وجه التخصيص.

أما اقتصار تركيبة المحكمة على القضاة فلا نعتقد أنه الاختيار الذي يضمن ما سلف، علاوة على أننا نعتقد أن المحكمة الدستورية، وعلى طبيعتها القضائية المطلوبة لذاتها، لا تتعارض مع الجمع ضمن تركيبتها بين القضاة والخبراء من غير القضاة، خاصة أن

(70) نص الفصل (128) من دستور 2022 على أن المحكمة تصدر «قرارها في أجل 30 يومًا من تاريخ إيداع الطعن». أما دستور 2014 فقد نصّ على أجل خمسة وأربعين يومًا من تاريخ الطعن (الفصل 121).

(71) توفيق الغناي، الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، مرجع سابق، ص127 – 132.

(72) انظر مثلًا المادة (147) من دستور النمسا.

المشرع التأسيسي لدستور 2022 أخرجها من باب الوظيفة القضائية وأفردها بباب خاص بها، ولا نعتقد أن لهذا جدوى مقارنة بتركيبتها الفئوية التي تبناها المشرع التأسيسي نفسه، وحصرها في القضاة.

ومن الملاحظ أن خيار التنوع، على الرغم من إيجابياته، يجب ألا يكون مفتوحًا بطريقة تضعف استقلالية المحكمة وفاعليتها، بل يجب أن يكون معقولًا، وهذا يفترض أولًا: انتقاء فئات تتناغم وتتلاءم مع خصوصيات عمل المحكمة، وفيما بينها، حتى تكون عاملًا مساعدًا لعمل المحكمة، لا عامل تعطيل وإضعاف. ثانيًا: تحديدًا دقيقًا للفئات التي يسمح لها بالوجود ضمن تركيبة المحكمة، منعًا للاختلاف في التفسير والتأويل. وثالثًا: وضع شروط للعضوية تكون هي الأخرى دقيقة وموضوعية ومعقولة.

في مختلف هذه المستويات، اختلفت مقاربات الدساتير المقارنة، وتراوحت، بين الدقة والغموض، والاقتضاب والإسهاب، مع الإحالة في مختلف الحالات على السلطة التشريعية للتوضيح وإتمام النقص[73]، ووفق الحالة؛ فالسلطة التشريعية، كلما وجدت مجالًا أوسع للاجتهاد والتقرير، سوف تتحكم في تشكيل المحكمة الدستورية تحت تأثير طبيعة التوازنات السياسية والطموحات الشخصية التي تقودها وتحيط بها وتؤثر فيها؛ ما يعني فسح المجال نحو تسييس المحكمة واختراقها وإضعاف استقلاليتها، علمًا بأن عمل المحكمة الدستورية، لئن كان قانونيًّا، فهو لا ينفصل مطلقًا عن التأثيرات السياسية[74]، بالنظر إلى طبيعة الدستور نفسه، ولكن يجب ألا تكون هذه التأثيرات مفتعلة افتعالًا بهدف الهيمنة على المحكمة. إن تفادي هذه الوضعية الخطرة يكون بتحمل المشرع التأسيسي المسؤولية بخصوص تحديد فئات أعضاء المحكمة وشروط العضوية بإسهاب وتفصيل ودقة.

في هذا السياق، نصّ الفصل (118) من دستور 2014 على أن المحكمة الدستورية تتكون من «اثني عشر عضوًا من ذوي الكفاءة؛ ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون، والذين لا تقل خبراتهم عن عشرين سنة...»؛ فتركيبة المحكمة متنوعة وجوبًا، مع أفضلية عددية للمختصين في القانون، تفسر بطبيعة عمل المحكمة، فهي جهة قضائية، مهمتها الأصلية قانونية بامتياز، ترتكز على تفسير نص الدستور وتأويله.

(73) انظر مثلًا الدستور المصري، والدستور البحريني، المادة (94) من الدستور الألماني، والمادة (222) من الدستور البرتغالي، والمادة (135) من الدستور الإيطالي، و (147) من الدستور النمساوي، والمادتين (58) و(61) من دستور الأردن، والمادة (186) من دستور الجزائر، والمادتين (130) و(131) من دستور المغرب.

(74) عبدالفتاح عمر، مرجع سابق، ص240.

إلا أن هذه التركيبة التي تبناها المشرع التأسيسي، تفرض ملاحظتين سلبيتين؛ الملاحظة الأولى: تتعلق باختصاص الربع المتبقي؛ حيث لم يصرح بذلك المشرع التأسيسي، وهو ما يترك المجال واسعًا لاجتهاد جهات التعيين بشكل قد يمس من استقلالية المحكمة وجودة عملها، إذا ما ارتكز الاختيار على اعتبارات شخصية وسياسية وأيديولوجية، وكان على المشرع التأسيسي أن يكون دقيقًا بهذا الشأن تلافيًا للاختلافات والتصادمات التي تعيق إرساء المحكمة، وهو ما حصل فعلًا.

أما الملاحظة الثانية فتتعلق بشرط «المختصين في القانون»، والذي، في غموضه غير المقبول، تشابه مع ما ورد في العديد من التجارب الدستورية المقارنة[75]، وبخلاف بعض من التدقيق المحمود الذي تضمنته دساتير أخرى[76]؛ حيث ورد مجملًا، من دون تفصيل دقيق، وهو بذلك يوحي بأنه لا يقصي أي اختصاص قانوني ضمن اختصاصات متعددة ومتنوعة وكثيرة جدًّا. ولكن غياب التدقيق في هذه الصفة للعضوية يمكن أن يؤثر سلبًا على تركيبة المحكمة وجودة عملها؛ فما المقصود بالتخصص؟ هل هو التخصص العام؟ أم التخصص الدقيق؟ وهل هذا ينطبق على كل من يعمل في المجال القانوني، أيًّا كانت درجته العلمية والمركز الوظيفي الذي يشغله؟! وهل يُفترَض أن توجد موازنة بين مختلف التخصصات في مختلف فروع القانون؟ أم أنه لا مانع أن يطغى اختصاص على بقية الاختصاصات، وفرع على بقية الفروع؟

هذه التساؤلات الاستنكارية التي فرضت نفسها، وكانت من أسباب تعطيل إرساء المحكمة، بل والتشكيك فيها قبل إرسائها، ما كانت لتُطرَح لو تحمل المشرع التأسيسي لدستور 2014 المسؤولية، ودقق في معنى التخصص القانوني، كما هي الحال، ولو بوضوح نسبي، في بعض التجارب الدستورية المقارنة[77]، بل وفرض تخصصات لا غنى عنها، على غرار القانون الدستوري والعلوم السياسية، ولكن يبدو أنه فكر في

(75) مثلًا عبارات المسؤولين الإداريين وأساتذة الجامعات المتخصصين في القانون، في المادة (147) من دستور النمسا، وعبارة رجالات القانون في المادة (222) من دستور البرتغال، وعبارة أساتذة القانون في الجامعات في المادة (135) من دستور إيطاليا، وعبارات الشخصيات التي تتمتع بتكوين عالٍ في مجال القانون، وكفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية في المادة (130) من دستور المغرب.

(76) مثلًا عبارة القضاة، وعبارة أساتذة القانون الدستوري اللتان وردتا في المادة (186) من دستور الجزائر، وما ورد في المادة (146) من دستور تركيا «يُشترط لأهلية التعيين كأعضاء في المحكمة الدستورية، فيما يخص أعضاء هيئات التدريس، أن يكونوا حاصلين على لقب أستاذ أو أستاذ مساعد».

(77) وهذا معمول به في كثير من التجارب المقارنة: انظر مثلًا: المادة (147) من دستور النمسا: «يتعين أن يكون الأعضاء والأعضاء البدلاء للمحكمة الدستورية قد أتموا الدراسات القانونية أو دراسات في القانون والعلوم السياسية»، والمادة (186) من دستور الجزائر التي وردت فيها عبارة أساتذة القانون الدستوري.

ضمان أرضية واسعة للترضيات والتوافقات السياسية، التي للأسف بني عليها كامل الدستور، بدافع من إسهاب في التعددية داخل المجلس الوطني التأسيسي، وتخوف كل فئة من بقية الفئات، أكثر مما فكر في استقلالية المحكمة وجودة عملها؛ حيث إن النجاعة والجودة الوظيفية يمكن أن تتأثرا سلبيًا في حال وجود أعضاء، وإن كانت لهم معرفة بالقانون، فليس لديهم التخصص القانوني الذي يسمح لهم بممارسة وظائف المحكمة الدستورية، وهي وظائف لها خصوصياتها التي تتجاوز مجرد المعرفة القانونية، كما لا يمكن منطقيًا أن تستوعب كل المجالات القانونية بالدرجة نفسها من الأهمية، فضلًا على أن عمل المحكمة الدستورية في علاقة خاصة بالقانون الدستوري والعلوم السياسية.

ولعل المشرع التأسيسي لدستور 2014 حاول، ولكن بنظرة قاصرة، تلافي بعض سلبيات هذا الشرط المبهم، من خلال فرض معيارين غامضين، هما: الكفاءة والخبرة، تماهيًا مع المعايير الغامضة التي وردت في بعض الدساتير المقارنة[78]. ولكن هذه الإضافة لا تمثل، في تقديرنا، حلاً حاسمًا للإشكاليات والتساؤلات المطروحة آنفًا، فضلًا على أن شرط الكفاءة – في حد ذاته، والذي عمم على كل أصناف أعضاء المحكمة – يبقى شرطًا غامضًا، ولا يمكن التدقيق فيه، والتوافق بشأنه، وقد يعمد المشرع – من خلال النص التشريعي المنظم للمحكمة، وفي حال تفسيره وتفصيله لهذا المعيار الرئيسي – إلى تبني معايير فرعية مدفوعة برغبات شخصية وتوافقات سياسية على حساب استحقاقات استقلالية المحكمة وجودة عملها.

أما شرط الخبرة، والذي كان حكرًا على المختصين في القانون، ومن دون مبرر مقنع في تقديرنا، وتم ربطه ظاهريًا بمعيار دقيق هو عدد من السنوات[79]، فلا نعتقد أيضًا أنه معيار موضوعي، بل قد يكون حلًا يخفي وراءه إقصاء البعض على خلفيات شخصية وأيديولوجية وسياسية، علاوة على أن عدد السنين، وإن ارتفع، وإن أسهم في تراكم الخبرات وتطور مستوى وجودة العلم والأداء الوظيفي، فهذا ليس قاعدة مطلقة، خاصة مع غموض مفهوم المختصين في القانون، كما سلف بيانه.

وأخيرًا نتساءل: لماذا تم الفصل بين شرطي الخبرة والكفاءة؟ أليست الخبرة من مؤشرات الكفاءة أحيانًا على الأقل؟ وإذا كانت الكفاءة تستوعب الخبرة وتتجاوزها، فلماذا تم التركيز على ربط الخبرة بعدد السنوات، ولم يعمم هذا الشرط على كل أعضاء المحكمة؟ كل هذه التساؤلات الاستنكارية تبين إخفاق المشرع التأسيسي في تصور

(78) انظر مثلًا: المادة (130) من دستور المغرب، ونخص بالذكر معياري التجرد والنزاهة.

(79) وفق الفصل (118) من دستور 2014 «المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركّب من اثني عشر عضوًا من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة».

تركيبة المحكمة الدستورية واستقلاليتها الهيكلية من هذه الزاوية، وتكمن خطورة هذا الإخفاق في أنه يفتح الباب للتقييمات الذاتية، وللتوظيف الأيديولوجي والسياسي؛ وهو الأمر الذي من شأنه تسييس تركيبة المحكمة، أو جزء منها على الأقل، الأكيد أنه يؤثر، بقطع النظر عن وزنه ضمن مجموع الأعضاء، سلبيًا في استقلالية المحكمة وجودة عملها، في حال إرسائها، وهو ما لم يحصل.

وفي نفس سياق استجلاء إخفاقات المشرع التأسيسي لدستور 2014، في علاقة دائمًا بتصور تركيبة المحكمة الدستورية، نعيب عليه عدم تخصيص نسبة دقيقة ومرتفعة للقضاة! وحتى لما منح المجلس الأعلى للقضاء صلاحية المشاركة في اختيار أربعة أعضاء، وعلى فرض أنهم من القضاة، وهذا ليس هناك ما يفرضه قانونيًا، إلا تفكير فئوي من جانب المجلس بحكم طبيعته ومجال نشاطه، خاصة أن المشرع التأسيسي فرض أن يكون ثلاثة الأرباع من المختصين في القانون؛ فهذا الاختيار لا يحسم وجود عدد محدد من القضاة يمثل الأغلبية ضمن مجموع أعضاء المحكمة، والحال أنها جهة قضائية تمارس عملًا قضائيًا، وهذه الطبيعة تقتضي وجود القضاة بالأغلبية ضمن تركيبتها، بل إن هذه الأغلبية التي خالفتها بعض الدساتير المقارنة[80]، تتلاءم مع شرط الكفاءة بالنسبة إلى تركيبة جهة اعتبرها المشرع التأسيسي – صراحة – مؤسسة قضائية.

إن عدم اشتراط عدد من القضاة يمثلون الأغلبية ضمن تركيبة المحكمة الدستورية، مع الأولوية للأعلى درجة وظيفية، يفتح الباب – في اعتقادنا – أمام التجاذبات السياسية بخصوص تشكيل المحكمة، ويدعم النقائص السالف بيانها بخصوص معايير التشكيل، ويؤشر على أن المشرع التأسيسي استبطن إضعاف وجود القضاة ضمن المحكمة، في مقابل الدفع نحو الترضيات السياسية والأيديولوجية التي كانت طاغية داخل السلطتين التنفيذية والتشريعية المعنيتين بتعيين أغلبية الأعضاء.

وفي نفس سياق استجلاء ملامح قصور التصور الدستوري لتركيبة المحكمة الدستورية، في ظل دستور 2014، تجدر الملاحظة أن المشرع التأسيسي لم يصرح بوجوب ضمان تمثيل المرأة في تركيبة المحكمة، والحال وأنها من أهم الشعارات التي أنتجتها ثورة 2011، وترددت ضمن العديد من القوانين، بل وضمن الدستور نفسه في مجالات أخرى، وهذا على خلاف بعض التجارب المقارنة[81].

(80) مثلًا وفق المادة (222) من دستور البرتغال من مجموع 13 عضوًا بالمحكمة الدستورية، 6 فقط يجب أن يكونوا من القضاة، والبقية من رجالات القانون.

(81) وفق المادة (174) من دستور جنوب أفريقيا «يجوز تعيين أي شخص مناسب ومؤهل على نحو ملائم، سواء كان رجلًا أو امرأة موظفًا قضائيًا. ويجب أن يكون الشخص المعين في المحكمة الدستورية من مواطني جنوب أفريقيا. تراعى ضرورة أن تعكس السلطة القضائية على نحو واسع النطاق تشكيلة

ولكننا نعتقد أن هذا الفراغ لا يعتبر سلبيًّا، أولًا؛ لأن اشتراط التناصف مثلًا يمثل – في اعتقادنا – تمييزا سلبيًّا بين الجنسين، ولا يمنح المرأة حقها كاملًا في أن تكون، وفق كفاءتها، ضمن تركيبة المحكمة الدستورية، بقطع النظر عن العدد، الذي قد تتجاوز من خلاله الرجل. وثانيًا: لأن الشروط التي تضمنها الدستور لا تحول دون تولي المرأة عضوية المحكمة، وفي هذا تبقى السلطة التقديرية لجهات التعيين كما حددها الدستور، وإن كنا نحبذ لو صرح المشرع التأسيسي بوجوب تمثيل المرأة في حدود الممكن؛ تلافيًا لأن يتعارض وجودها مع ضعف الثقافة الاجتماعية السائدة، والتي لم تتأقلم بعد بالجدية المطلوبة مع حق المرأة في تولي المهام العامة، ولعل قيادة الأحزاب السياسية، وتجارب ونتائج الانتخابات التشريعية والبلدية بين العامين 2011 و2024 في تونس، تعبر بوضوح عن هذا الاستنتاج.

إن الخلل، متعدد الأوجه، في تصور تركيبة المحكمة الدستورية، في ظل دستور 2014، وبنفس إرادة وهدف القطع مع تلك المنظومة الدستورية، تجاوزه المشرع التأسيسي لدستور 2022، ولكن، بخلل أكبر؛ فعوضًا عن أن يكتفي بفرض نسبة من القضاة ضمن تركيبة المحكمة، مع الإبقاء على تنوعها، والتدقيق فيه بعقلانية، حصر عضوية المحكمة في فئة القضاة فقط، على خلاف أغلب التجارب الدستورية المقارنة، كما تبيَّن من أمثلة سابقة عديدة، وبالتشابه مع قلة قليلة من التجارب المقارنة[82].

فوفقًا للفصل (125) من هذا الدستور، تتركب المحكمة «من تسعة أعضاء، ثلثهم الأوّل من أقدم رؤساء الدّوائر بمحكمة التعقيب[83]، والثلث الثاني من أقدم رؤساء الدوائر التّعقيبية بالمحكمة الإدارية، والثلث الثالث والأخير من أقدم أعضاء محكمة المحاسبات ...».

هذا الاختيار الدستوري، لئن كان يتلاءم مع الطبيعة القضائية للمحكمة الدستورية، ويتميز بالبساطة، والوضوح، والمعايير الموضوعية في تشكيل المحكمة، والثقة في استقلالية القضاء، وبعده عن تأثيرات التجاذبات السياسية؛ من حيث إنه يقصي الجهات السياسية من التدخل المباشر في تشكيل المحكمة، ولئن وازن، على مستوى التمثيل القضائي، بين الجهات القضائية الثلاث في الدولة، القضاء العدلي والقضاء الإداري والقضاء المالي، ولئن ضمن التناغم في العمل بين أعضاء المحكمة على اعتبار تشابه التكوين والخبرة بينهم، فقد أقصى المختصين في القانون من غير القضاة، فضلًا

العرق والجنس في جنوب أفريقيا عند تعيين الموظفين القضائيين».

(82) مثلًا وفق المادة (167) من دستور جنوب أفريقيا «تتكون المحكمة الدستورية من رئيس قضاة جنوب أفريقيا، ونائب رئيس القضاة وتسعة قضاة آخرين».

(83) هذه المحكمة هي أعلى محكمة في هرم القضاء العدلي التونسي.

على المختصين في المجالات الأخرى التي لها علاقة مؤكدة بعمل المحكمة الدستورية، وأطنب في ترسيخ الفئوية داخل هذه المحكمة، وفي هذا تجاهل لخصوصية عملها، وخصوصية النص الدستوري الذي يعتبر المرجع الرئيسي والهدف الأساسي من نشاطها وأهدافها؛ فالقاضي، لئن كان وجوده ضمن تركيبة المحكمة طبيعيًّا وبدهيًّا، فهذا لا يعني أنه بالضرورة الأجدر والأقدر والأكفأ من غيره في مجال تخصص يفترض بطبيعته التنوع، حيث إن المحكمة الدستورية، ليست على شاكلة بقية أنواع المحاكم، فعملها يقتضي التعامل مع نص دستوري بأبعاد، ليست فقط قانونية، بل وأيضًا، فكرية ثقافية، وسياسية، ودينية، واجتماعية، واقتصادية. ولا نعتقد أن القاضي، ومع خبراته وتكوينه، ملم بكل هذه المعارف، وهذا القصور قد يعيق جودة عمل المحكمة، وقوة تعليلها قراراتها، ويضعها موضع التشكيك.

أخيرًا، وفي قراءة لظاهر الأمور، من المهم التأكيد، أن المشرع التأسيسي لدستور 2014، تأثر من حيث تصوره للتركيبة المتنوعة للمحكمة الدستورية، ومن دون اشتراط الأغلبية من القضاة، مما كان سائدًا داخل مؤسسات الدولة من تعددية حزبية مؤثرة، وتوافقات سياسية كانت أحيانًا ضرورية لتجاوز العديد من الأزمات وتحقق العديد من المطالب، في مقابل التصادمات المتعددة مع القضاء، خاصة منه القضاء الإداري الذي تمرد أحيانًا من أجل فرض دوره في حماية الدستور في الفترات التي غاب فيها هيكل مختص بالرقابة على دستورية القوانين[84]؛ فكان تصور تركيبة المحكمة الدستورية مرآة تعكس تلك الوضعية السياسية.

أما المشرع التأسيسي لدستور 2022، وهو، بامتياز، رئيس الجمهورية[85]، انطلق من معطيات مغايرة تمامًا، وإن كانت مرتكزة على مخاوف مشابهة؛ حيث إن دستور 2022 وُضع ضمن منهجية اقتنع بها رئيس الجمهورية، وعليها أسس كامل برنامجه السياسي منطلقًا، في غياب محكمة دستورية، من تأويل شخصي سياسي للفصل (80) من الدستور، معتبرًا أن منظومة دستور 2014، بما فيها من سلطات وأحزاب، مثلت خطرًا داهمًا مهددًا لكيان الدولة، فأزاحها، وتصور دستورًا وبرنامجًا سياسيًّا يرتكز – خاصة على إضعاف سياسي وقانوني للأحزاب السياسية والحساسيات السياسية[86]

(84) توفيق الغناي، حماية الدستور في القانون التونسي، مرجع سابق، ص275 – 282.

(85) على اعتبار أن نص الدستور النهائي الذي عرض على الاستفتاء الشعبي كان نص الرئيس، بالرغم من تشكيله للجنة من الخبراء، طلب منها إعداد مشروع، ولكنه في النهاية فرض مشروعه.

(86) يمكن الارتكاز للاستدلال على هذا خاصة بشأن تهميش دور الأحزاب السياسية ضمن نص الدستور، وتعديل جوهري في القانون الانتخابي، واعتماد الاقتراع على الأفراد بدلًا من اعتماده على الأحزاب، وعدم سعي الرئيس – صراحة – لتكوين حزب سياسي، كما كان بالنسبة إلى رؤساء سابقين، بالإضافة إلى التتبعات الجزائية التي طالت تقريبًا كل قادة الأحزاب السياسية التي ظهرت مع ثورة 2011، ونشطت ضمن منظومة دستور 2014.

التي اتهمها بالفشل طوال وجودها بين 2011 و 2021، خاصة أن رئيس الجمهورية لم يكن، ظاهريًّا على الأقل، ضمن تشكيل حزبي أو سياسي واضح، ولم يدعُ إلى تشكيل حزب، بل صرح في العديد من المناسبات باقتناعه بما أسماها الديموقراطية القاعدية، مما حدا به إلى المراهنة على القضاء؛ لاعتقاده في استقلاليته، وفي دوره في مكافحة الفساد، وأنه مضمون بالنسبة إليه أكثر من غيره، خاصة أنه، أي الرئيس، المعني الأكبر بأعمال المحكمة الدستورية، ولكنه تناسى، أن عمل المحكمة الدستورية، بطبيعته، يفترض تنوع التركيبة ضمانًا للنجاعة الوظيفية، بل وأيضًا أن القضاء قد يغتنم فرصة احتكاره للمحكمة الدستورية للدخول في مساومات سياسية لغاية التمتع بامتيازات، كما قد تكون احتجاجاته على بعض المكاسب الخاصة بالقطاع القضائي مؤثرة على أدائه داخل المحكمة الدستورية، التي – بالمناسبة – قد تُتخَذ رهينة للمساومات الفئوية، علمًا بأن ممثلي القضاء داخل هذه المحكمة هم ممثلو أعلى الجهات القضائية داخل الدولة، وفي كل هذا خطر يهدد استقلالية المحكمة وجودة عملها، وييسر الانحراف بدورها الأصلي، وهو ضمان العدالة الدستورية.

وعلى العموم، وإن اختلفت المنطلقات، بين الدستورين، وإن كانت مجرد اجتهادات تقبل النقاش؛ فالنتائج تشترك في المبالغة في التخوف من عدالة دستورية حقيقية، وفي النظرة القاصرة لهيكلة المحكمة الدستورية، وفي التسييس الواضح لها، وإن لم يُصرَح به، تسييس عطَّل – في اعتقادنا، وفي ظل الدستورين – إرساءها لسنوات، ولايزال، ومن بين محفزاته السلبية أيضًا، إلى جانب ما ذُكِر، اختيارات دستورية متفاوتة الفاعلية بخصوص ضمانات استقلالية أعضاء المحكمة.

المطلب الثاني

اختيارات دستورية متفاوتة الفاعلية بخصوص ضمانات استقلالية أعضاء المحكمة

تتحقق استقلالية أعضاء المحكمة الدستورية، أولًا: بما سلف في العلاقة بفكرة التنوع. وثانيًا: في إطار تكامل حتمي، بتوفير ضمانات موضوعية وذات جدوى وفاعلية حقيقية تعبر عن وجود إرادة حقيقية تدعم استقلالية المحكمة، من خلال دعم استقلالية أعضائها. هذه الضمانات متعددة، ويمكن أن نحوصلها في طريقة اختيار الأعضاء، بمن فيهم رئيس المحكمة ونائبه، وما يتعلق بهم لاحقًا من متطلبات الحصانة والحماية من كل أنواع الضغوط.

على هذا المستوى، من بين أهم أسباب فشل إرساء المحكمة الدستورية بين دستوري 2014 و2022، وبعد مرور سنوات على التنظير لها دستوريًا، حضور البعد السياسي في تصور طريقة اختيار أعضاء المحكمة، والناتج بدوره عن منطلقات وحسابات خاطئة وسياسية بامتياز. في هذا السياق، ومن خلال التجارب الدستورية المقارنة، نتبين أن طرق الاختيار مختلفة[87]، تتراوح بين النموذج الأحادي، والنموذج المختلط. كما أنها تتطلب – كما في أغلب التجارب – تدخل عدة جهات في الدولة[88]، بالتساوي أو بالتفاوت[89]، ومن النادر أن يكون الاختيار قائمًا على احتكار التعيين من قبل جهة واحدة[90]. قد تلزم فقط باستشارة أو مقترح أو توصية أو ترشيح أو مصادقة جهات أخرى[91]. كما تتراوح طرق الاختيار في الدساتير المقارنة، بين التعيين[92] والانتخاب[93]، والنظام المختلط[94]، وبين الاختيار الخارجي، والاختيار الداخلي[95]، وفي كل الحالات مع تحديد شروط[96]، أو التزام الصمت بشأنها، والإحالة في ذلك على السلطة التشريعية[97].

(87) للتعمق انظر: سوجيت شودري ومن معها، المحاكم الدستورية بعد الربيع العربي، آليات التعيين والاستقلال القضائي النسبي، منشورات مركز العمليات الانتقالية الدستورية، المؤسسة الدولية للديموقراطية والانتخابات، 2014، ص30 – 100.

(88) انظر مثلًا المادة (135) من دستور إيطاليا، والمادة (58) من الدستور الأردني، والمادة (186) من دستور الجزائر.

(89) من أمثلة التدخل لعدة جهات بتفاوت، نذكر ما ورد في المادة (146) من دستور تركيا، والمادة (186) من دستور الجزائر، ومن أمثلة تدخل عدة جهات بالتساوي نذكر المادة (135) من الدستور الإيطالي.

(90) مثلًا احتكار غرفتي السلطة التشريعية انتخاب أعضاء المحكمة الدستورية الاتحادية، وفق المادة (94) من الدستور الألماني، واحتكار الرئيس الاتحادي التعيين وفق المادة (147) من دستور النمسا، واحتكار التعيين من قبل الملك وفق المادة (58) من الدستور الأردني، واحتكار التعيين من الرئيس وفق المادة (96) من الدستور الإماراتي، واحتكار التعيين من قبل الملك وفق المادة (106) من دستور البحرين، واحتكار رئيس الجمهورية تعيين قضاة المحكمة الدستورية وفق المادة (174) من دستور جنوب أفريقيا.

(91) انظر مثلًا المادة (147) من دستور النمسا، والمادة (128) من دستور روسيا الاتحادية، والمادة (96) من دستور الإمارات العربية المتحدة، والمادة (193) من دستور مصر، والمادة (130) من دستور المغرب، والمادة (174) من دستور جنوب أفريقيا.

(92) انظر مثلًا المادة (58) من دستور الأردن.

(93) انظر مثلًا المادة (94) من الدستور الألماني.

(94) في هذا المعنى انظر: نضال الوشتاتي، نظام العدالة الدستورية في تونس بعد 2021/7/25، المنظمة العربية للقانون الدستوري، 2023، ص4.
– من أمثلة النظام المختلط نذكر ما ورد في المادة (222) من دستور البرتغال، والمادة (146) من دستور تركيا، والمادة (130) من دستور المغرب، والمادة (186) من دستور الجزائر.

(95) انظر مثلًا المادة (222) من دستور البرتغال.

(96) انظر مثلًا الشروط الواردة في المادة (135) من دستور إيطاليا.

(97) مثلًا المادة (94) من دستور ألمانيا الاتحادية، اكتفى بموجبها المشرع التأسيسي بشرط صفة القاضي بالنسبة إلى بعض الأعضاء، ولم يتعرض لأي شرط آخر.

وفي المجمل، فنظام اختيار أعضاء المحكمة الدستورية يعكس غالبًا طبيعة النظام السياسي في الدولة، ومدى ديموقراطيته، ودرجة قبوله بعدالة دستورية جوهرية، حقيقية وفاعلة. كما يعكس حقيقة التوازنات السياسية داخل المؤسسات السياسية للدولة، والتي تتراوح بين اللون السياسي والفكري الواحد، والتنوع، وبين الأحادية، والتعددية الشكلية، والتعددية المبالغ فيها، والتعددية الحقيقية العقلانية.

وفي كل الأحوال يبدو أن الغالب هو توق الجهة المسيطرة سياسيًّا على الدولة إلى الهيمنة على المحكمة الدستورية؛ لضمان تواصل سيطرتها من خلالها، وهو هدف ينسف استقلالية المحكمة، هيكليًّا ووظيفيًّا، ويجعل من العدالة الدستورية مجرد شكل مفرغ من كل جدوى عملية، فلا ينفع حينئذ مجرد وصف المحكمة بالهيئة، أو حتى بالسلطة القضائية المستقلة، وللأسف هذه الوضعية حفت بالتصور الهيكلي للمحكمة الدستورية في تونس.

فوفق الفصل (118) من دستور 2014 «يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء، أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون». يبدو واضحًا من هذا الفصل أن المشرع التأسيسي حاول، على غرار بعض التجارب المقارنة[98]، أن تكون السلطات الثلاث للدولة (التنفيذية والتشريعية والقضائية) ممثلة بالتساوي، بخصوص المشاركة في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية[99].

هذا الاختيار يُكسِب المحكمة، مبدئيًّا، ونظريًّا على الأقل، مشروعية سياسية واسعة، ويعتبر خطوة إيجابية متطورة غيّرت بعضا من المشهد الذي كان سائدًا قبل الثورة، والمتمثل في تفرّد رئيس الدولة بتعيين أعضاء المجلس الدستوري. وعلى الرغم من التطور الذي عرفه هذا المجلس بداية من سنة 2002، وتنوع الجهات المشتركة في تعيين أعضائه لتشمل ممثلي السلطات الثلاث للدولة، فقد كان اشتراكًا غير متوازن لفائدة رئيس الجمهورية[100] الذي كان في الوقت ذاته رئيس الحزب المهيمن داخل السلطة

(98) على غرار مثلًا ما ورد في المادة (135) من دستور إيطاليا.

(99) كل هذه الجهات هي جهات خارجية، وذلك على عكس بعض التجارب المقارنة التي هي جهات داخلية في عملية الاختيار، ونعني بذلك إمكان اختيار بعض أعضاء المحكمة من قبل الأعضاء الذين سبق اختيارهم من قبل جهات خارجية.

(100) وفق الفصل (75) من دستور 1959 بعد تعديله سنة 2002 «يتركب المجلس الدستوري من تسعة أعضاء من ذوي الخبرة المتميزة وبقطع النظر عن السن، أربعة أعضاء بمن فيهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية وعضوان يعينهما رئيس مجلس النواب، وذلك لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرتين، وثلاثة أعضاء بصفتهم تلك، وهم الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول للمحكمة الإدارية والرئيس الأول لدائرة المحاسبات».

التشريعية التي وإن تميزت بالتعددية في بعض الأوقات[101]، إلا أنها كانت تعددية شكلية، علاوة على أن رئيس الجمهورية كان الجهة المهيمنة على التعيين بالنسبة إلى القضاة، بمن فيهم من هم في المراتب السامية[102]؛ مما لم يمنع التهمة التي كانت توجَّه دائما إلى المجلس على أنه مجلس استشاري لدى رئيس الجمهورية، تابع له، يفتقر إلى الاستقلالية الهيكلية والوظيفية[103].

هذا الاختيار صلب دستور 2014 اختلف أيضًا عن طريقة تعيين أعضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، والتي تزامن تصورها مع المحكمة الدستورية ضمن نفس دستور 2014؛ حيث وزعت المساهمة في تركيبتها بين السلطات الثلاث للدولة آنذاك[104]: المجلس الوطني التأسيسي، ورئيس الجمهورية، ورئيس الحكومة، بحساب عضو من كل جهة، يُضاف إليهم ثلاثة أعضاء يمثلون السلطة القضائية، ويعيَّنون بالصفة، وهم الرؤساء الأول لأعلى الجهات القضائية الثلاث، العدلية والإدارية والمالية، وهو الاختيار الذي فرضه المشهد السياسي آنذاك، والذي بدوره فرضه سياق الثورة، ومثل تجديدا جوهريًّا مقارنة مع كان بالنسبة لتجربة المجلس الدستوري.

إن نظام اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، ضمن دستور 2014، برغم بعض إيجابياته التي تتمحور – خاصة – حول توسيع ضمان التعددية على مستوى تشكيل المحكمة؛ بما يضمن أوسع مجال للنقاش والتفاوض واختيار الأكفأ، كما يضمن للمحكمة أكثر مشروعية وقبول. وفي المقابل يحميها من الرفض، فإنه لا يخلو من سلبيات عديدة، بعضها خطرة، أهمها:

أولًا: انفراد رئيس الجمهورية بتمثيل السلطة التنفيذية على مستوى تعيين أعضاء المحكمة الدستورية، برغم أن دستور 2014، وعلى خلاف ما كان سائدًا في ظل دستور

(101) حول هذا المفهوم انظر: هادي مشعان ربيع، التعددية السياسية وعلاقتها بالتعددية الحزبية، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مخبر القانون الدستوري والحكم الراشد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مج1، ع1، 2017، ص204 – 238.

(102) هذا ما يفهم خاصة من الفصل (66) من دستور 1959 ومما ورد في القانون عدد 29 لسنة 1967، المؤرخ في 14 يوليو 1967 المتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة.

(103) توفيق الغناي، حماية الدستور في القانون التونسي، مرجع سابق، ص256 – 260.

(104) وفق الفصل (148) من دستور 2014 «يحدث المجلس الوطني التأسيسي بقانون أساسي، خلال الأشهر الثلاثة التي تلي ختم الدستور، هيئة وقتية تختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين، وتتكوّن من: الرئيس الأول لمحكمة التعقيب رئيسًا، والرئيس الأول للمحكمة الإدارية عضوًا، والرئيس الأول لدائرة المحاسبات عضوًا، وثلاثة أعضاء من ذوي الاختصاص القانوني يعينهم تباعًا وبالتساوي، بينهم كل من رئيس المجلس الوطني التأسيسي ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة».

1959، تبنى ثنائية السلطة التنفيذية، مع تمكين رئيس الحكومة من مشروعية سياسية واسعة، ومن صلاحيات دستورية ممتدة مقابل التقليص من صلاحيات رئيس الجمهورية، ولعل هذا الاختيار على رئيس الجمهورية ليكون ممثلا السلطة التنفيذية، بمناسبة اختيار بعض أعضاء المحكمة الدستورية، يفسر كون رئيس الحكومة وحكومته الأصل أن ينبثقا، من حيث الوجود، عن إرادة السلطة التشريعية، وهذه الأخيرة لها دور في اختيار بعض أعضاء المحكمة.

ثانيًا: استئثار السلطتين (التنفيذية والتشريعية) مجتمعتين، بالقسم الأكبر من الاختيارات، مقارنة بالسلطة القضائية؛ ما يعني عدم توازن لفائدة جهات سياسية، وعندما نعلم أن كل الجهات المتداخلة في التعيين تتمتع بسلطة تقديرية تكاد تكون مطلقة في غياب معايير اختيار دقيقة وموضوعية، كما سلف بيانه، يكون التخوف من تسييس تركيبة المحكمة الدستورية – من أجل اختراقها وظيفيًّا – مشروعًا، فضلًا على أن من أهم سمات العلاقات التي كانت بين السلطتين التنفيذية والتشريعية هي التجاذبات والتشنجات والحسابات السياسية[105]، والتي كانت واضحة منذ سنة 2011، وتواصلت حتى إلغاء دستور 2014، والأرجح أن تلك السمات تؤثر في عملية اختيار أعضاء المحكمة، خاصة أن السلطتين (التنفيذية والتشريعية) هما المعنيتان مباشرة بمختلف وظائف المحكمة الدستورية.

هذه الوضعية التي تسبب فيها المشرع التأسيسي، وكان في ذلك متأثرًا بالظروف السياسية والتوافقات السياسية التي أحاطت بوضع دستور 2014 وصياغة مضامينه، وبالمشهد السياسي المتشنج السائد آنذاك، والمبني على قلة الثقة بين الأطراف السياسية المختلفة والفاعلة، ضمن المشهد السياسي، كان من شأنها، لو كُتِب للمحكمة أن تتشكل،

(105) هذه الأوصاف كانت واضحة، خاصة بين سنوات 2011 و2021 وحتى اليوم؛ حيث إن كل الخطابات السياسية كانت متشنجة بين مختلف مكونات المشهد السياسي للدولة، خاصة في أثناء اجتماعات المجلس النيابي التي كانت تبث مباشرة عبر القنات التلفزية، وتخللتها تهجمات لفظية وحتى جسدية. كما أن التشنج كان ميزة في الخطابات السياسية لمن هم في السلطة، ولمن هم في المعارضة، مع تبادل التهم بالتسبب في الفشل وعدم الاستقرار، كما نشير إلى عدم الاستقرار الحكومي، وما تسبب فيه من أزمات سياسية، خاصة في السنتين 2012 و2013، ولاحقًا توج هذا المشهد بتأويل رئيس الجمهورية للفصل (80) من دستور 2014 تأويلًا سياسيًّا لا يتطابق قانونيًّا مع النص الدستوري، في ردة فعل سياسية ضد المشهد المتشنج، وبطريقة متشنجة أيضًا، استندت إلى أن التشنج الحاصل مثّل خطرًا مهدِّدًا لكيان الدولة، تلتها العديد من الإجراءات، منها إيقاف العمل بالدستور وبالمجلس النيابي، ثم وضع دستور جديد واجراء انتخابات جديدة، ثم المرور إلى إيقافات ومحاكمات لأغلب منتسبي المشهد السياسي، في ظل دستور 2014، وكل هذه مظاهر للتشنج السياسي الذي عرفته تونس منذ 2011 وإلى اليوم. وبطبيعة الحال كان نتيجة تنافس سياسي وحسابات سياسية وطموحات شخصية ضيقة.

أن تضع الضغط على أعضائها، والذين، ومع، ما قد يسعون إليه من الحرص على الحياد والموضوعية والاستقلالية، يكونون دائمًا متهمين بالولاء السياسي لجهات التعيين، وبالمشاركة في المناورات السياسية، وبالمساهمة في تنفيذ أجندات سياسية لفائدة جهات سياسية، وعلى حساب أخرى، فضلًا على أن عملهم داخل المحكمة الدستورية، بطبيعته في علاقة بالتجاذبات السياسية، على اعتبار طبيعة النص الدستوري المشحون سياسيًّا وأيديولوجيًّا[106].

وبالتالي فالتحييد الكلي لأعضاء المحكمة عن تلك التجاذبات يبدو صعبًا بطبيعته، ولكن يزداد صعوبة بمفعول طريقة اختيار الأعضاء، في البداية، واختراق المحكمة عن طريقهم لاحقًا، من خلال التدخل في وظيفتهم، وهنا تكمن الخطورة الأشد[107]، التي تهدد الاستقلالية الهيكلية والوظيفية للمحكمة، وقد تجعل من العدالة الدستورية شكلًا فارغًا لا جوهر فيه، ولا ينفع في مثل هذه الوضعية وصف المحكمة بصريح نص الدستور، وعلى غرار جل الدساتير في العالم[108]، أنها «هيئة قضائية مستقلة»[109]، لأن أول ضمانات الاستقلالية هو نظام تعيين ملائم وضامن لهذه الاستقلالية، ثم يكون دور بقية الضمانات، وقد كان في الإمكان، في هذا السياق، التفكير مثلا في اختيار أعضاء المحكمة وفقا لأسلوب المناظرة بالملفات، والتي تحسمها جهة مستقلة، بناء على معايير موضوعية يحددها المشرع التأسيسي ضمن نص الدستور.

إن الاختيارات السلبية ضمن دستور 2014، والتي تشمل أيضًا عملية تجديد العضوية، أو سد الشغور داخل المحكمة[110]، كانت أهم عامل عطل إرساء المحكمة الدستورية عمليًّا، بالرغم من أن المشرع التأسيسي فرض إرساءها في أجل محدد ومعقول[111]. وعلى الرغم من صدور القانون الأساسي عدد 50 المؤرخ في 3 ديسمبر

(106) ناجي البكوش، إرساء المحكمة الدستورية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ع22، 2015، ص22.

(107) عصام بن حسن، المحكمة الدستورية، ورد في قراءات في دستور الجمهورية الثانية، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق، مجمع الأطرش للكتاب المختص، صفاقس، 2017، ص286.

(108) على غرار المادة (58) من دستور الأردن، والمادة (185) من دستور الجزائر، والمادة (191) من دستور مصر.

(109) وفق صريح الفصل (118) من دستور 2014.

(110) وفق صريح الفصل (118) من دستور 2014، وتُستثنى من ذلك أول عملية تجديد كما نص عليها الفصل (148) من الدستور نفسه.

(111) وفق الفصل (148) من دستور 2014 «تجرى الانتخابات الرئاسية والتشريعية في مدة بدايتها أربعة أشهر من استكمال إرساء الهيئة العليا المستقلة للانتخابات من دون أن تتجاوز في كل الحالات موفى سنة 2014... يتم في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ الانتخابات التشريعية إرساء المجلس الأعلى للقضاء، وفي أجل أقصاه سنة من هذه الانتخابات إرساء المحكمة الدستورية».

2015، المتعلق بالمحكمة الدستورية، والذي فرض بطريقة غير دستورية ترتيبًا معيبًا لتدخل جهات اختيار أعضاء المحكمة، كما أنه صدر في غياب جهة من تلك الجهات، وهي المجلس الأعلى للقضاء، حيث لم يتم تركيزه إلا في نهاية سنة 2016[112] وخارج الآجال الدستورية أيضًا[113]؛ مما لم يمثل حقيقة مؤشرًا إيجابيًّا على إرادة سياسية صادقة لإرساء المحكمة فعليًّا. ولهذا، فشلت عدة محاولات داخل مجلس نواب الشعب لاختيار بعض أعضاء المحكمة[114]، خاصة أن السلطة التشريعية نفسها، ومع صمت الدستور، فرضت، من خلال نص تشريعي[115]، أن يتمتع كل عضو يختاره المجلس بأغلبية ثلثي الأعضاء[116]، وهي أغلبية عالية، لئن تعبر عن تطلع لتمتع الأعضاء بمشروعية عالية، فلم تكن تتلاءم مع الأجواء السياسية الفسيفسائية والمتشنجة آنذاك، لاعتبارات أيديولوجية وسياسية متناقضة وتنافسية.

ومع فشل المجلس التشريعي لم يتحرك رئيس الجمهورية والمجلس الأعلى للقضاء، من جانبهما، لحلحلة الأزمة، واختيار الأعضاء المكلفين باختيارهم[117]، وهي خطوة كان يمكن، في تقديرنا، أن تكون حلا لتجاوز التعثر، بحيث تحرج المجلس التشريعي، وتدفعه إلى تعاون إيجابي في اتجاه إرساء المحكمة بكامل أعضائها. كما كان في الإمكان أن يفرض المشرع التأسيسي، من خلال نظرة استشرافية دقيقة للمشهد السياسي، تدخل كل الجهات المعنية بالتعيين في الوقت نفسه، وأن يتم إرساء المحكمة بالعدد المتوافر

(112) بعد صدور القانون الأساسي عدد 34 المؤرخ في 2016/4/28 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء.

(113) وردت الآجال ضمن الفصل (148) من دستور 2014.

(114) حيث تمت الدعوة إلى ذلك في 3 مناسبات، من أجل تقديم الترشحات، وتم تنظيم 8 جلسات عامة انتخابية لانتخاب قضاة المحكمة، باءت كل المحاولات بالفشل، ولم يتحصل أي مترشح على الأغلبية المطلوبة باستثناء اختيار عضوة واحدة، وهي السيدة القاضية سلوى الورسغيني، وكان ذلك سنة 2018: انظر حول هذه الأرقام وغيرها الرابط التالي:
https://www.albawsala.com/uploads/documents/rapport-mandat-traduction.pdf

(115) وفق ما ورد في الفصل (11) من القانون الأساسي للمحكمة.

(116) كانت هناك محاولة لتقديم مشروع تنقيح للقانون الأساسي للمحكمة وتعديل الأغلبية المطلوبة ولكنها فشلت.

(117) هذا الموقف استند إلى ما ورد في الفصل (10) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية من أنه «يتم تعيين أعضاء المحكمة الدستورية تباعًا من طرف مجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء ورئيس الجمهورية»، وهو ما يعني أن تدخل الجهات المعنية في اختيار أعضاء المحكمة يكون بالترتيب تطبيقًا لعبارة «تباعًا»، وللترتيب الوارد في هذا الفصل، والذي كان متعارضًا مع منطوق الدستور. وقد كانت هناك محاولة لتنقيح هذا الفصل وحذف عبارة «تباعا» ولكنها فشلت.
وقد يكون السبب أيضًا تخوف رئيس الجمهورية، آنذاك، من تفعيل المجلس النيابي للمساءلة الواردة في الفصل (88) من دستور 2014، والتي تقتضي محاكمة رئيس الجمهورية من قبل المحكمة الدستورية في حال ثبوت ارتكابه مخالفة خرقًا جسيمًا للدستور.

في حال فشلت جهة من الجهات في تعيين ما عُهِد إليها به، وهو ما تبنته بعض الدساتير المقارنة[118].

ولكن تواصل الفشل برغم بعض المحاولات، وتواصل صمت بعض الجهات المعنية بالتعيين، ولعله لم يكن بريئًا، مما عبر – من دون أدنى شك – عن تسييس واضح لعملية تشكيل وإرساء المحكمة، وهو في تقديرنا ما يفسر فشل كامل مسار إرسائها، حتى تاريخ إلغاء دستور 2014 جزئيًّا[119]، ثم كليًّا ونهائيًّا، مع وضع دستور 2022 الذي من بين ما شجع على صدوره، وقبل ذلك على الإجراءات التي مهدت له بزعامة رئيس الجمهورية، غياب محكمة دستورية فاعلة، ويستقيم هنا القول، في اعتقادنا، أن منظومة دستور 2014 أسهمت في الإطاحة بنفسها؛ بفشلها في تصور المحكمة وفشلها في إرسائها.

أمام وضعية العجز عن إرساء المحكمة الدستورية في ظل دستور 2014، وما خلفه ذلك من منع تطبيق أحكام الباب الخاص بالمحكمة؛ حيث إن تطبيقها علق بصريح الدستور على توافر شرط إرساء أول تركيبة للمحكمة[120]، وما نتج أيضًا عن ذلك من صعوبات في علاقة بتطبيق الدستور وتفسيره وتأويله[121]، وبعقلية القطع معه، ومع كامل المنظومة التي أُسِّست عليه، تبنى المشرع التأسيسي لدستور 2022 حلًا مغايرًا بخصوص تعيين أعضاء المحكمة، يتميز، ظاهريًّا ونظريًّا، بالبساطة والوضوح والموضوعية والصرامة، ليتخلى بذلك عما عُرِف في ظل دستور 2014 من سلطة تقديرية تغلب عليها الذاتية والتطلعات الشخصية. فلا أوضح ولا أبسط مما ورد في الفصل (125) من دستور 2002، من أن المحكمة تتركب «من تسعة أعضاء تتمّ تسميتهم بأمر: ثلثهم الأوّل أقدم رؤساء الدّوائر بمحكمة التّعقيب، والثّلث الثّاني أقدم رؤساء الدّوائر التّعقيبيّة أو الاستشاريّة بالمحكمة الإداريّة، والثّلث الثّالث والأخير أقدم أعضاء محكمة المحاسبات...».

من خلال هذا الفصل، لا مجال للسلطة التقديرية، أو الحرية، أو التطلعات الشخصية في اختيار أعضاء المحكمة؛ حيث إن المشرع التأسيسي تولى اختيارهم من خلال فرض التعيين بالصفة الوظيفية، وهي صفة معلومة مسبقًا؛ ليكون تعيينهم بأمر من رئيس

(118) انظر مثلًا المادة (130) من دستور المغرب.

(119) بموجب أمر رئاسي عدد 117 لسنة 2021 مؤرخ في 22 سبتمبر 2021 يتعلق بتدابير استثنائية.

(120) وفق الفصل (148) من دستور 2014 «تدخل أحكام القسم الثاني من الباب الخامس المتعلق بالمحكمة الدستورية، باستثناء الفصل (118)، حيز النفاذ عند استكمال تعيين أعضاء أول تركيبة للمحكمة الدستورية».

(121) انظر: آثار غياب المحكمة الدستورية خلال الدورة التشريعية 2014 – 2019، تقرير صادر عن المنظمة الدولية للتقرير عن الديموقراطية، 2019: متوافر على الرابط التالي:
https://democracyreporting.s3.eu-central-1.amazonaws.com/images/34372020-08-Tunisia-Effets-Abs-CC-Web-Ar.pdf

الجمهورية مجرد شكلية، لا تمكن الرئيس، ظاهريًّا، من أي سلطة تقديرية، كما تم استبعاد كل الجهات السياسية الأخرى وغير السياسية من المساهمة في عملية الاختيار، وهذا على خلاف ما كان يسمح به دستور 2014، وبالتالي تم، ظاهريًّا، القطع مع تسييس تشكيل المحكمة ومع معطلات إرسائها.

ولكن هذا الاستنتاج الذي يفرضه ظاهر النص الدستوري، لا يتطابق مع حقيقة الأمر؛ لأن لرئيس الجمهورية، وهو جهة سياسية بامتياز، وممثل لجهة سياسية واحدة هي السلطة التنفيذية الأحادية، دور حاسم في اكتساب القضاة المعنيين بعضوية المحكمة الدستورية الصفة التي اشترطها المشرع التأسيسي، وهو دور مستمد من الامتيازات التي مُنِحت له بموجب المرسوم عدد 11 لسنة 2022، المؤرّخ في 12 فبراير 2022 [122]، يتعلق بإحداث المجلس الأعلى المؤقت للقضاء[123].

وتتعلق هذه الامتيازات، أولًا: بالتدخل في تركيبة المجلس المؤقت[124]. وثانيًا: بالتدخل في الحركة السنوية للقضاة[125]، وفي كل ما يتعلق بالمسار المهني للقضاة، بما فيه التسمية في الخطط القضائية السامية[126] في مختلف الجهات القضائية العدلية والإدارية والمالية، وإعفاء القضاة من وظائفهم[127]. وتجدر الملاحظة أن مختلف هذه الامتيازات يتمتع في ممارستها رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية واسعة؛ حيث إن المرسوم تضمَّن أحيانًا معايير وضوابط غامضة وغير دقيقة، لا تحد من السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، والتي من خلالها قد يهيمن على تشكيل المحكمة الدستورية بطريقة غير مباشرة، وفي مثل هذه الوضعية لن يكون للوصف الدستوري للمحكمة أنها هيئة مستقلة[128]، ولا لاعتماد تعيين أعضائها بالصفة الوظيفية، أي معنى جوهري.

هذه الامتيازات في علاقة بالمسار المهني للقضاة، في ظل منظومة دستور 2022، تختلف جوهريًّا عما كانت عليه في ظل منظومة دستور 2014؛ حيث إن المشرع التأسيسي لدستور 2014 منح رئيس الجمهورية صلاحية المشاركة في تعيين القضاة

(122) وفق فصله (28) «يُلغى القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أبريل 2016، ويُحلّ المجلس الأعلى للقضاء المنظم بموجب القانون المذكور، وتُحال جميع الملفات والوثائق المتعهد بها إلى المجلس الأعلى المؤقت للقضاء المحدث بمقتضى هذا المرسوم».

(123) كما تم تنقيحه بموجب المرسوم عدد 35 لسنة 2022 المؤرّخ في 1 يونيو 2022 المتعلق بإتمام المرسوم عدد 11 لسنة 2022 المؤرخ في 12 فبراير 2022 المتعلق بإحداث المجلس الأعلى المؤقت للقضاء.

(124) وفق الفصول (3 و4 و5 و6 و7) من المرسوم، عدد 11 لسنة 2022.

(125) وفق الفصول (15 و18 و19 و21 و23) من المرسوم، عدد 11 لسنة 2022.

(126) وفق المادة (19) من المرسوم، عدد 11 لسنة 2022.

(127) وفق الفصلين (20 و22) من المرسوم، عدد 11 لسنة 2022.

(128) وفق صريح الفصل (125) من دستور 2022.

مع المجلس الأعلى للقضاء، ولكن في إطار اختيارات هذا المجلس[129]، في حين أن المشرع التأسيسي لدستور 2022، تعمد تغيير العبارات المستعملة، مقارنة بما كانت عليه في دستور 2014 بهدف[130] منح رئيس الجمهورية صلاحيات أوسع من صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء، فيما يتعلق بالمسار المهني للقضاة[131]، ليكون مشروعًا التخوف من تبعية المحكمة الدستورية لرئيس الجمهورية، كما هي الوضعية في بعض التجارب المقارنة[132]؛ مما يحرمها من مقومات الاستقلالية الهيكلية والوظيفية.

ولكن لنا أن نتساءل، ومع هذه الامتيازات، التي قد يستعملها رئيس الجمهورية، وقد لا يستعملها، وقد يستعملها بموضوعية، وقد يستعملها بقراءة شخصية وتطلعات سياسية ذاتية، ماذا لو لم يعمد الرئيس، لأي سبب من الأسباب، إلى تعيين أعضاء المحكمة الدستورية، وهم موجودون فعلًا، وبالتالي لم يسهم في تفعيل النص الدستوري وإرساء المحكمة الدستورية؟ هذا ما حصل فعلًا بعد مرور سنوات على وضع دستور 2022، وإلى اليوم، ومن دون تفسير واضح وصريح، أو تبرير مقنع، عدا التخوف من العدالة الدستورية الحقيقية، وفي الوقت ذاته من استبطان أهمية المحكمة، وكيف أن فشل إرسائها مهد لرئيس الجمهورية إلغاء منظومة دستور 2014.

الإجابة عن هذا السؤال لم ترد في صريح نص دستور 2022، نتيجة فراغ، يعبر عن ضعف استشرافي، وقد يكون مقصودًا لذاته، وهو ما يسر التمادي في هذه الوضعية غير المقبولة. وقد تدعم الدور السلبي لرئيس الجمهورية في إرساء المحكمة، بما تضمنه الدستور نفسه لفائدة رئيس الجمهورية من حصانة كاملة[133]؛ بحيث لا يمكن تتبعه من أجل خرق جسيم للدستور، ومنه، في اعتقادنا، رفضه إرساء المحكمة مع توافر شروطه،

(129) وفق الفصل (106) من دستور 2014 «يسمى القضاة بأمر رئاسي بناء على رأي مطابق من المجلس الأعلى للقضاء. يسمى القضاة السامون بأمر رئاسي بالتشاور مع رئيس الحكومة، بناء على ترشيح حصري من المجلس الأعلى للقضاء، ويضبط القانون الوظائف القضائية السامية».

(130) يتأكد هذا الاستنتاج بالعلم بأنه تم إلغاء القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أبريل 2016، يتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء وحل محله المرسوم عدد 11 لسنة 2022، بما فيه من امتيازات لفائدة رئيس الجمهورية كما سلف بيانها.

(131) وفق الفصل (120) من دستور 2022 «تسمية القضاة تكون بأمر من رئيس الجمهورية بمقتضى ترشيح من مجلس القضاء الأعلى المعني».

(132) قصاص هنية، حول استقلالية هيئات القضاء الدستوري عن رئيس الدولة في الدساتير المغاربية – الجزائر، تونس، المغرب، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، مج8، ع2، 2020، ص442.

(133) بموجب الفصل (110) من دستور 2022 «يتمتع رئيس الجمهورية بالحصانة طيلة توليه الرئاسة، وتعلق في حقه كافة أجال التقادم والسقوط، ويمكن استئناف الإجراءات بعد انتهاء مهامه».

وهذا خلافًا لإمكان مساءلته، في ظل دستور 2014، من أجل الخرق الجسيم للدستور، وعن طريق المحكمة الدستورية ذاتها[134].

هذا الفراغ الدستوري ضمن دستور 2022 قد يكون شجع رئيس الجمهورية، مع علمه أنه معني بعمل المحكمة، على تبني قراءة سياسية للمشهد السياسي الراهن، وفقًا لتطلعاته الشخصية، وقدر أن إرساء المحكمة في الوقت الحالي، غير ملائم، وقد يعيق برامجه وتطلعاته. وقد كان في الإمكان تجاوز ارتهان إرساء المحكمة بإرادة رئيس الجمهورية بمجرد الإعلان – بصريح نص الدستور – عن إرساء المحكمة بقوة الدستور، في حال رفض رئيس الجمهورية إرساءها في أجل معقول يحدد بنص الدستور.

هذا الصمت يمكن تفسيره بأن رئيس الجمهورية يعتبر الفاعل الأهم في تصور الدستور بما هو عليه من مضامين، ومنها ما تعلق بالمحكمة الدستورية، وبالتالي هو من وضع تصورات تتلاءم مع تطلعاته وتخوفاته السياسية، ولا ننسى أنه استفاد من فشل إرساء المحكمة الدستورية في ظل دستور 2014؛ مما يؤكد تواصل إرادة تسييس المحكمة في مختلف التجارب الدستورية التونسية، على الرغم من تغير الأطر السياسية.

إن الاستقلالية الهيكلية للمحكمة الدستورية، تتجاوز ما يتعلق باختيار الأعضاء؛ حيث تهم أيضًا منصب رئيس المحكمة ونائبه[135]. في هذا السياق، تعددت التجارب المقارنة[136]، وتراوحت بين التعيين – من جهة – خارج المحكمة، وفقًا لضوابط دستورية ملزمة، أو بسلطة تقديرية واسعة[137]، أو الانتخاب من قبل أعضاء المحكمة[138]. هذا الاختيار الثاني هو الذي تم تبنيه من قبل المشرع التأسيسي التونسي، لدستور 2022 [139]، في حين التزم نظيره الصمت بخصوص دستور 2014؛ ليتم اعتماد اختيار مشابه مع اشتراط شرط إضافي، وهو أن يكون رئيس المحكمة من المختصين في القانون بموجب نص القانون الأساسي للمحكمة[140].

(134) الفصل (88) من دستور 2014.

(135) تجدر الملاحظة أن دستور 2022 لم يتضمن ما يفيد باختيار نائب لرئيس المحكمة الدستورية.

(136) عبدالمالك صايش، تعزيز مكانة رئيس المحكمة الدستورية: بين الانتخاب والتداول، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، مج9، ع2، 2024، ص193 – 206.

(137) مثلًا وفق المادة (130) من الدستور المغربي، والمادة (193) من الدستور المصري، والمادة (188) من الدستور الجزائري.

(138) مثلًا وفق المادة (135) من دستور إيطاليا رئيس المحكمة ينتخبه أعضاؤها، ووفق المادة (146) من دستور تركيا «تنتخب المحكمة الدستورية رئيسها ونائبين له».

(139) انظر الفصل (125) من الدستور.

(140) انظر الفصل (16) من القانون الأساسي للمحكمة.

إن طريقة اختيار رئيس المحكمة ونائبه، كما وردت في الدستورين، تعتبر، في اعتقادنا، الحل الأفضل؛ حيث تحمل المسؤولية والجدية للأعضاء والرئيس، ويكون الرئيس مسؤولًا أدبيًّا أمام الأعضاء الذين انتخبوه، ومبدئيًّا، خارج دائرة الصراعات والحسابات والتجاذبات السياسية على الأقل بصفته الرئيس، ما لم يكن الأعضاء منخرطين فيها بإرادتهم المتأثرة بطريقة تعيينهم السالف بيانها.

ولكن ما يلفت الانتباه هو أن المشرع التأسيسي لدستور 2022 فرض أن يتم انتخاب رئيس المحكمة وفقًا لإجراءات يبينها نص تشريعي[141] لم يصدر إلى اليوم، وحتى المبادرة التشريعية في هذا الخصوص، بتاريخ 2025/4/11، تم العدول عنها بعد سحب خمسة نواب إمضاءاتهم على المقترح؛ نظرًا إلى ما أثرته بعض فصول المقترح من نقاشات وخلافات، خاصة ما تعلق بدور المحكمة في إعفاء رئيس الجمهورية من منصبه؛ حيث أثار هذا غضب البعض ممن اعتبروه مخالفًا للدستور، وفيه تجاوز للسقف الدستوري، بل ورفض البعض مناقشته، في حين دعا البعض – من مناصري رئيس الجمهورية – إلى التظاهر مساندةً للرئيس، ورفضا للمقترح[142]؛ ليفشل مقترح القانون الأساسي للمحكمة[143].

هذا التراخي الذي لا يخلو، من خلال ما استعرضناه، من أبعاد سياسية، لا يمكن أن يكون عن جهل بالنص الدستوري، بقدر ما هو انخراط شبه جماعي ضمن توفير أسباب إبطاء إرساء المحكمة، وهذا دائمًا ضمن مسار تسييس إرسائها، والتخوف من وجودها، ومما قد تفرضه من عدالة دستورية، يرى البعض أنها موجهة ضد الرئيس وضد مشروعه.

وسواء بالنسبة إلى الرئيس، أو نائبه، أو بقية أعضاء المحكمة، فاستقلاليتهم الهيكلية ترتبط أيضًا بما يتوافر دستوريًّا من حصانات تضمن الاستمرارية والاستقرار والحماية ضد كل أنواع التهديد والتأثير والتوجيه والاختراق؛ أولاها: مدة العضوية داخل المحكمة، ونظام تجديدها. ووفق نص الفصل 118 من دستور 2014 «يكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات. يجدّد ثلث أعضاء المحكمة الدستورية كلّ ثلاث سنوات». هذا الاختيار، يتشابه مع بعض التجارب المقارنة، ويختلف مع البعض الآخر[144]، كما يختلف جوهريًّا

(141) وفق الفصل (125) من دستور 2022.

(142) حول بعض ردود الأفعال على المقترح انظر الرابط التالي: https://inkyfada.com/ar/2025/04/29/

(143) نص مقترح القانون منشور على الرابط التالي:
https://inkyfada.com/wp-content/uploads/2025/04/

(144) مثلًا وفق المادة (222) من دستور البرتغال «تكون فترة خدمة قاضي المحكمة الدستورية تسع سنوات غير قابلة للتجديد»، وفق المادة (135) من الدستور الإيطالي يعين أعضاء المحكمة الدستورية

عن التصور الدستوري، من خلال دستور 2022؛ حيث «إذا بلغ أحد الأعضاء سنّ الإحالة على التقاعد، يتم تعويضه آليًّا بمن يليه في الأقدمية، على ألاّ تقل مدّة العضوية في كل الحالات عن سنة واحدة»[145]، وهذا يعني أن أعضاء المحكمة الدستورية، وعلى ضوء مضمون دستور 2022، يعينون من دون سقف زمني حتى بلوغ سن التقاعد، على ألا تقل مدة العضوية – في كل الأحوال – عن سنة.

هذا الاختيار من خلال دستور 2022، والذي كان من الممكن التصريح بخصوصه بفقدان العضوية؛ لثبوت العجز الصحي عن أداء المهام التي تقتضيها عضوية المحكمة[146]، يفسر بالاقتصار في تركيبة المحكمة على تعيين قضاة محددين بصفاتهم بنص الدستور، على خلاف التعيين وفقًا لمنطوق دستور 2014، الذي يستند، كما سلف بيانه، إلى العديد من المعايير، وإلى سلطة تقديرية موسعة أُريدت لذاتها.

وفي تقديرنا يجب عند تصور مدة العضوية داخل المحكمة الدستورية، من جهة، ضمان الاستقرار، مصدر الخبرة. ومن جهة ثانية، ضمان التجديد مصدر الإثراء والتطوير، ومواكبة المستجدات في علاقة بعمل المحاكم الدستورية، مع الحرص على ترابط الخبرات المكتسبة والحديثة، بما يدعم الكفاءة. وهذا، من الصعب تصوره بخصوص طريقة التعيين الفئوية من خلال دستور 2022، في حين كان يبدو ممكنًا من خلال تصور المشرع التأسيسي ضمن دستور 2014 للتركيبة المتنوعة للمحكمة.

وإلى جانب الضمانات المتعلقة بمدة العضوية، ترتهن استقلالية المحكمة الدستورية بما يتوافر للأعضاء من حماية تتعلق، أولًا: بعدم التعسف في عزلهم كردة فعل عادة على

لمدة 9 سنوات، ولا يجوز بعد ذلك إعادة تعيينهم، ووفق المادة (147) من دستور تركيا «يُنتخب أعضاء المحكمة الدستورية لفترة اثني عشر عامًا، ولا تجوز إعادة انتخابهم. ويتقاعد أعضاء المحكمة الدستورية عند تجاوزهم سن الخامسة والستين»، ووفق المادة (176) من دستور دولة جنوب أفريقيا «يشغل قاضي المحكمة الدستورية المنصب لمدة 12 عامًا غير قابلة للتجديد، أو حتى يبلغ أو تبلغ من العمر 70 عامًا، أيهما أقرب، إلا في حالة وجود نص في قانون برلماني بتمديد مدة شغل قاضي المحكمة الدستورية للمنصب»، ووفق المادة (130) من الدستور المغربي مدة العضوية في المحكمة الدستورية 9 سنوات غير قابلة للتجديد، ويتم تجديد ثلث الأعضاء كل 3 سنوات، ووفق المادة (58) من دستور الأردن المدة هي 6 سنوات غير قابلة للتجديد، ووفق المادة (188) من دستور الجزائر المدة هي 6 سنوات غير قابلة للتجديد، بمن في ذلك رئيس المحكمة، ويجدد نصف الأعضاء كل ثلاث سنوات، وفق المادة (176) من دستور جنوب أفريقيا «يشغل قاضي المحكمة الدستورية المنصب لمدة 12 عامًا غير قابلة للتجديد، أو حتى يبلغ أو تبلغ من العمر 70 عامًا، أيهما أقرب، إلا في حالة وجود نص في قانون برلماني بتمديد مدة شغل قاضي المحكمة الدستورية للمنصب».

(145) نص الفصل (125) من دستور 2022.

(146) انظر مثلًا في المادة (147) من دستور تركيا.

مواقفهم داخل المحكمة، ويرتبط شديد الارتباط بمدة العضوية الضامنة للاستمرارية والاستقرار والأمان، من أجل عمل جدي ومسؤول. وثانيًا: ضمان واجب التفرغ للعمل داخل المحكمة، وفرض عدم الجمع بين عضوية المحكمة وممارسة أي وظيفة أو مهنة أخرى أو انتماء لا يتلاءم مع عمل واستقلالية المحكمة[147]؛ لتجنب كل وضعيات تعارض المصالح، وكل مداخل التأثير على عمل المحكمة، وهو ما اتفق عليه دستور 2014 ودستور 2022، وهو المعتمد أيضًا في العديد من التجارب المقارنة ولو مع اختلافات في المضامين[148].

ونعتقد أنه يجب أن يشمل أيضًا، وهذا تستوعبه عمومية العبارات الواردة في دستوري 2014 و2022، الانتماء والنشاط السياسي، أو المشاركة في أي نشاط يتعارض مع واجب كتمان السر المهني، وواجب التحفظ، على غرار تقديم الاستشارات ذات العلاقة بعمل المحكمة، أو التعليق على أحكامها بعد صدورها. ثالثًا: منح الاعضاء حقوقًا مالية محفزة ومجزية. رابعًا: ضمان الحماية القانونية الفاعلة لهم من كل أشكال الضغط والتأثير والاعتداء المباشر وغير المباشر، والذي قد يمس حيادهم عند ممارسة مهامهم[149]. وأخيرا: ضمان حصانة وظيفية حمائية للأعضاء، كما وردت في بعض الدساتير المقارنة[150]، ومن دون أن تكون مطلقة، بحيث تضع على عاتقهم المسؤولية والجدية عند ممارسة مهامهم، بما يفترض – في المقابل – النص دستوريًّا على إمكان رفع الحصانة، والمتابعة التأديبية العادلة، وفقدان العضوية، عند انحراف الأعضاء عن واجباتهم، كما نصت على ذلك بعض الدساتير المقارنة[151]، في حين توافق المشرع التأسيسي لدستور 2014 والمشرع التأسيسي لدستور 2022 في تونس على التزام الصمت بهذا الخصوص.

وعلى مختلف هذه المستويات، نتبين أن دستور 2014، وكذلك دستور 2022، كانا

(147) وفق الفصل (119) من دستور 2014، والفصل (126) من دستور 2022.

(148) انظر مثلًا المادة (147) من دستور النمسا، والمادة (94) من دستور ألمانيا الاتحادية، والمادة (135) من دستور إيطاليا.

(149) عبدالسلام براهمي وعمر زرقط، استقلالية المحكمة الدستورية في الجزائر ومتطلبات العدالة الدستورية، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مخبر القانون الدستوري والحكم الراشد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، مج7، ع2، 2024، ص9 و10.

(150) انظر مثلًا المادة (189) من دستور الجزائر.

(151) انظر مثلًا المادة (147) من دستور تركيا، والمادة (147) من دستور النمسا، والمادة (194) من الدستور المصري، والمادة (177) من دستور جنوب أفريقيا.

مقتضبين؛ حيث إن العديد من الضمانات لم يصرح بها المشرع التأسيسي تاركًا المجال لاجتهاد السلطة التشريعية، مما يؤكد الاتفاق بين الدستورين، ولو بأساليب مختلفة، على توفر قرائن على ضعف الإرادة السياسية، وعلى التخوف بخصوص إرساء محكمة دستورية مستقلة تضمن عدالة دستورية حقيقية، لنبقى دائما «في انتظار غودو»[152].

(152) محمد شفيق صرصار، المحكمة الدستورية: في انتظار غودو، ورد في مجموعة دراسات مهداة إلى العميد محمد رضا بن حماد، مركز النشر الجامعي، تونس، 2023، ص308.

الخاتمة

أولًا: النتائج

1- تعتبر العدالة الدستورية، عن طريق محكمة دستورية، من أهم استحقاقات دولة القانون الجوهرية، والنظام الديموقراطي الحقيقي، والضامنة للتوازن بين السلطات، وللتوازن بين السلطة والحرية، ولهذا كانت الاختيار في العديد من دساتير دول العالم.

2- تتحقق هذه الأهداف بشروط متكاملة، أهمها: وجود دستور ديموقراطي، من حيث وضعه، وخاصة مضامينه، وإرساء محكمة دستورية مستقلة وفاعلة تسهر بحياد وموضوعية وحرفية على تفسير وتأويل ديموقراطي لهذا الدستور الديموقراطي.

3- لا يفي مجرد التنظير لمحكمة دستورية، ضمن نص الدستور، بضمان العدالة الدستورية وتحقق أهدافها التي تبررها، فإرساء المحكمة هو المبتغى وهو الوسيلة لتحقق الأهداف.

4- على الرغم من توافق دستورَي 2014 و2022 بشأن خيار محكمة دستورية، والتخلي عن فكرة المجلس الدستوري. وعلى الرغم من بعض الإيجابيات بخصوص التصور الهيكلي للمحكمة، ولعلها أكثر في ظل دستور 2014 منها في ظل دستور 2022، لم يخلُ دستور من سلبيات تتعلق بتصور المحكمة هيكليًا، خاصة في علاقة بتشكيلها وإرسائها، وفي كل هذا تشابه الدستوران مع بعض التجارب المقارنة، واختلفا مع البعض الآخر.

5- حصل توافق بين دستورَيْ 2014 و2022 بشأن نتيجة سلبية، وهي فشل إرساء المحكمة الدستورية؛ مما يعني التوافق أيضًا بشأن قراءة سياسية بامتياز لتصور المحكمة وإرسائها، وهي قراءة عمادها التخوف من محكمة مستقلة ذات سلطة تفرض عدالة دستورية حقيقية على كل سلطات الدولة.

ثانيًا: التوصيات

1- يتعين قبل تصور المحكمة الدستورية الجيدة ضمان دستور ديموقراطي، من حيث وضعه ومضامينه والتطلع من خلال إرادة سياسية – بكل صدق – نحو بناء نظام ديموقراطي حقيقي قوامه الفصل المتوازن بين السلطات، وضمان الحقوق والحريات، واعتماد نظام سياسي تشاركي، وتوفير ضمانات دولة

قانون في معناها الجوهري.

2- لا يمكن بناء نظام ديموقراطي، ومن مرتكزاته محكمة دستورية فاعلة، من دون نشر الوعي الديموقراطي والثقافة الديموقراطية والسلوك الديموقراطي لدى كل الفاعلين السياسيين داخل الدولة، وهذه مسؤولية جماعية تنطلق من المنظومة التربوية إلى المنظومة السياسية، ومن خلالهما داخل المنظومة الاجتماعية، وبمساعدة من الإعلام، من خلال دورات تحسيسية وتوعوية لكل الفئات والشرائح الاجتماعية.

3- من الضروري، عند تصور هيكلة المحكمة الدستورية، التجرد من الانتماءات الفكرية والسياسية، والتركيز على متطلبات استقلالية المحكمة وجودة عملها؛ فالنص الدستوري المؤسِّس والمنظم للمحكمة يجب أن يصاغ بدقة، وبموضوعية، وبصدق النوايا، من دون شخصنة، وبمنأى عن المطامح السياسية الشخصية، ولما لا يكون عملاً تشاركيًّا مع الاستئناس بآراء الخبراء لضمان الدقة في اللفظ والمعنى، وفق استحقاقات علم التشريع[153].

4- من المهم الفصل بين تشكيل المحكمة الدستورية وتدخل جهات سياسية حاكمة، ويتعين اختيار طريقة تعيين موضوعية، وفقًا لمعايير موضوعية محدَّدة دستوريًّا بصورة مسبقة، ومن دون حسابات شخصية وتطلعات فئوية، ولما لا يتم الاختيار على أسلوب المناظرة على الملفات.

5- ترتهن استقلالية المحكمة الدستورية باستقلالية المؤسسة، وهذا يفترض ضمانات دستورية حقيقة وموسعة، تنطلق من الطبيعة القضائية، وتمر عبر العديد من الضمانات الإضافية.

6- تتطلب استقلالية المحكمة الدستورية ضمانات دستورية للقاضي الدستوري، وسلوكًا ديموقراطيًّا حرفيًّا ونزيهًا لهذا القاضي الدستوري نفسه، من منطلق ثقافته الديموقراطية التي يجب أن تندرج مسبقًا ضمن شخصيته، وتُدعم لاحقًا من خلال دورات تدريبية تكوينية توعوية.

7- يتعين وضع ضوابط موضوعية ونظام عادل للمساءلة وللمحاسبة، كلما استغلت المحكمة الدستورية سلطتها وانحرفت عن أصل وظائفها، وهذا منعًا لتعسفها وتعطيلها مؤسسات الدولة، فاستقلاليتها مطلوبة، ولكنها ليست هدفًا في ذاتها.

(153) حول هذا المفهوم انظر: رابحة الغندري، علم التشريع – المبادئ العامة .. أساليب وتقنيات صياغة التشريع، دار الكتاب، تونس، 2025.

قائمة المراجع

أولًا: باللغة العربية

1- الكتب

- زهير المظفر، المجلس الدستوري، المدرسة الوطنية للإدارة، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1993.
- محمد رضا بن حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2019.
- معتز القرقوري، النظام السياسي التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2020.
- نضال الوشتاتي، نظام العدالة الدستورية في تونس بعد 2021/7/25، المنظمة العربية للقانون الدستوري، 2023.
- سوجيت شودري ومن معها، المحاكم الدستورية بعد الربيع العربي، آليات التعيين والاستقلال القضائي النسبي، منشورات مركز العمليات الانتقالية الدستورية، المؤسسة الدولية للديموقراطية والانتخابات، 2014.
- عبدالفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1987.
- رابحة الغندري، علم التشريع، المبادئ العامة، أساليب علم التشريع، دار الكتاب، تونس، 2025.

2- البحوث العلمية

- الأزهر بوعوني، تأملات في رقابة دستورية القوانين، مجموعة دراسات لذكرى الحارث مزيودات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1994.
- امبارك بوطلحة، العدالة الدستورية بالمغرب في ضوء دستور 2011، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارة، المغرب، 2019.
- أمين محفوظ، الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين تطبق أحكامًا دستورية غير نافذة، ورد في مساهمة في دراسة الانتقال الديموقراطي في تونس، بمساهمة مؤسسة هانس سايدل، 2016.

- هادي مشعان ربيع، التعددية السياسية وعلاقتها بالتعددية الحزبية، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مخبر القانون الدستوري والحكم الراشد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مج1، ع1، 2017مج1، ع1، 2017.
- الطاهر زواقري ونورة بن بو عبد الله، العدالة الدستورية ضمانة للفصل بين السلطات وتوازنها، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، مج1، ع1، خنشلة، 2014.
- مولود بركات، دور المحكمة الدستورية في فض الخلافات الناشئة بين السلطات الدستورية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، مج7، ع1، 2022.
- محمد كمال شرف الدين، رقابة دستورية القوانين والحقوق الأساسية، ورد في الذكرى العشرين للمجلس الدستوري، المجلس الدستوري، تونس، 2007.
- محمد النيفر:
  - تطور المجلس الدستوري التونسي، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، صفاقس، تونس، ع3، سنة 2008.
  - رقابة القاضي الإداري لدستورية القوانين عن طريق الدفع، ورد في مجموعة دراسات مهداة إلى العميد محمد رضا بن حماد، مركز النشر الجامعي، تونس، 2023.
- محمد شفيق صرصار، المحكمة الدستورية: في انتظار غودو، ورد في مجموعة دراسات مهداة إلى العميد محمد رضا بن حماد، مركز النشر الجامعي، تونس، 2023.
- محمد شريف ولد محمد، عن انتفاء استقلالية المجلس الدستوري الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، مج1، ع1، 2019.
- منتصر الوردي، في رقابة دستورية القوانين: قراءة نقدية في التجربة التونسية، ورد في مجموعة أعمال مهداة إلى الأستاذ نجيب بلعيد، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2022.

- ناجي البكوش، إرساء المحكمة الدستورية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ع22، 2015.
- عبدالمالك صايش، تعزيز مكانة رئيس المحكمة الدستورية: بين الانتخاب والتداول، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، مج9، ع2، 2024.
- عبدالسلام براهمي وعمر زرقط عمر، استقلالية المحكمة الدستورية في الجزائر ومتطلبات العدالة الدستورية، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مخبر القانون الدستوري والحكم الراشد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مج7، ع2، 2024.
- عبدالرحمن بن جيلالي، انتفاء استقلالية المجلس الدستوري الجزائري في ظل التعديل الدستوري الصادر عام 2016، مجلة دراسات وأبحاث، مخبر البحث العلمي والمخطوطات، جامعة الجلفة، الجزائر، مج9، ع28، 2017.
- عياض بن عاشور، دولة القانون: نشأتها، مصيرها، د.ن، تونس، 1992.
- عصام بن حسن:
  - المحكمة الدستورية، ورد في قراءات في دستور الجمهورية الثانية، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق، مجمع الأطرش للكتاب المختص، صفاقس، تونس، 2017.
  - في مراقبة المحكمة الإدارية لدستورية القوانين عن طريق الدفع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي، الجزائر، مج10، ع2، 2019.
- قصاص هنية، حول استقلالية هيئات القضاء الدستوري عن رئيس الدولة في الدساتير المغاربية – الجزائر، تونس، المغرب، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، مج8، ع2، 2020.
- الشرف كايس، دور المحكمة الدستورية في تكريس دولة الحق والقانون، مجلة المحكمة الدستورية، مج9، ع2، 2021.

- توفيق الغناي:

• العلاقات بين السلطتين التنفيذية والتشريعية على ضوء التعديلات الدستورية في تونس، ورد في مجموعة أعمال مهداة إلى العميد مصطفى الفيلالي، مركز النشر الجامعي، 2010.

• حماية الدستور في القانون التونسي، ورد في مجموعة أعمال مهداة الى الأستاذ محمد رضا بن حماد، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2023.

• الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، ورد في مجموعة أعمال مهداة إلى الفقيد العميد المنجي طرشونة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2023.

ثانيًا: باللغة الفرنسية

1- Ouvrages

- Dominique Rousseau et Philippe Blacher, La justice constitutionnelle en Europe, LGDJ, Paris, 2020.
- S. Belaïd, Justice constitutionnelle et Etat de droit, in la justice constitutionnelle, CERP, Tunis, 1995.

2- Articles

- H. Ben Mrad, Commentaire du décret instituant le conseil constitutionnel de la République, A.J.T., Tunis, 1989.
- L. Tarchouna, le tribunal administratif et la protection de la constitution, in Mélanges offerts au doyen Mustapha Filali, CPU, Tunis, 2010.
- Mauro Cappelletti, Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, Revue internationale de droit comparé, Vol. 33 N°2, Avril-juin 1981.

ثالثًا: المواقع الإلكترونية

- https://www.albawsala.com/uploads/documents/rapport-mandat-traduction.pdf
- https://democracyreporting.s3.eu-central-1.amazonaws.com/images/34372020-08-Tunisia-Effets-Abs-CC-Web-Ar.pdf
- https://inkyfada.com/wp-content/uploads/2025/04/
- https://inkyfada.com/ar/2025/04/29/

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	527
المقدمة	529
المبحث الأول: طبيعة المحكمة	536
المطلب الأول: اتفاق كلي بشأن الصبغة الدستورية للمحكمة	536
المطلب الثاني: اتفاق جزئي بشأن الطبيعة القضائية للمحكمة	541
المبحث الثاني: تشكيل المحكمة	546
المطلب الأول: مقاربات دستورية متباينة بخصوص تنوع تركيبة للمحكمة	547
المطلب الثاني: اختيارات دستورية متفاوتة الفاعلية بخصوص ضمانات استقلالية أعضاء المحكمة	556
الخاتمة	571
قائمة المراجع	573

القانون الواجب التطبيق على الحُلُول القانوني للمؤمن في حوادث المركبات عبر الحدود

دراسة متقابلة للاجتهاد القضائي في فرنسا والأردن(*)

الملخص

تتناول هذه الدراسة إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق في إطار دعوى الحلول القانوني التي تباشرها شركة التأمين ضد المسؤول عن حادث مرور دولي ومؤمنه، وهي من أبرز المسائل تعقيدًا في القانون الدولي الخاص، نظرًا إلى تعدد مصادر الالتزام، وتداخل القوانين الوطنية والدولية في الحوادث العابرة للحدود. ويرتكز الحلول القانوني على انتقال حقوق المتضرر إلى شركة التأمين بعد وفائها بالتعويض، غير أن ممارسة هذا الحق في سياق دولي يثير إشكاليات قانونية تتعلق بتعيين القانون الواجب التطبيق على دعوى المؤمن الدافع للمتضرر في مواجهة المسؤول عن وقوع الضرر ومؤمنه. وقد اعتمدت الدراسة منهجًا مقارنًا ومتقابلًا بين القانون الدولي الخاص الفرنسي، الذي يستند إلى اتفاقية لاهاي للعام 1971، وقواعد «روما 2»، والقانون الأردني الذي يفتقر إلى قواعد إسناد في هذا المجال.

أظهرت الدراسة أن الركون إلى القانون الوطني في الأردن لن يكون حاسمًا في تحقيق الأمن القانوني للمتقاضين في دعوى الحلول القانوني الممارسة أمام المحاكم الأردنية.



أ. د. عبدالله الضمور

أستاذ القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق ـ الجامعة الأردنية

a.aldmour@ju.edu.jo

*

* متخصص في القانون الدولي الخاص والتحكيم الدولي التجاري والاستثماري.
* حاصل على البكالوريوس في الحقوق، والماجسير في قانون الاعمال الدولي من الجامعات الأردنية، ودرجتي الماجستير(القانون الاقتصادي والتنمية – جامعة باريس 5) والدكتوراه (التحكيم في عقود المقاولات والبنى التحتية الدولية من جامعة باريس عام 2009) كما نال إجازة القضاء من المعهد القضائي الأردني عام 2000، وإجازة ممارسة أعمال المحاماة / الأردن عام 2010.
* بدأت مسيرتي المهنية في وزارة العدل الأردنية ككاتب لدى محكمة الدرجة الأولى، وكاتب بالعدل، ثم قاضيًا في محكمة الدرجة الأولى قبل أن ألتحق بالمدرسة الوطنية للقضاء في فرنسا كقاضٍ أجنبي متدرب عام 2003. ومنذ عام 2010، التحقت بالجامعة الأردنية

(*) تاريخ تقديم البحث: 1 مايو 2025 وتاريخ قبوله: 1 سبتمبر 2025

وخلصت إلى أهمية وجود قانون موحد يحكم علاقة المؤمن الحال بحقوق المتضرر في مواجهة المسؤول عن وقوع الضرر ومؤمنه، ليحكم هذا القانون شروط قبول دعوى الحلول القانوني، وتحديد مقدار الحقوق التي تكون محلًا لهذا الرجوع، فضلًا على حكم تقادم دعواه. وأوصت الدراسة بأن يكون القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني هو القانون ذاته الذي يحكم علاقة المتضرر بالمسؤول عن وقوع الضرر؛ مما يؤدي إلى تحقيق الأمن واليقين القانوني للمتخاصمين.

كلمات دالة، الحلول القانوني الدولي، مكان وقوع الحادث، دعوى المتضرر المباشرة، حوادث المركبات عبر الدول، القانون الدولي الخاص الأردني.

للعمل في كلية الحقوق محاضرًا متفرغًا، ثم أستاذًا مساعدًا، ثم أستاذًا مشاركًا وصولًا إلى أستاذ عام 2020 في تخصص القانون الدولي الخاص.

* إلى جانب التدريس الجامعي، فقد شاركت في العديد من اللجان الأكاديمية والإدارية وحاولت الإسهام في تطوير البرامج والمناهج القانونية إيمانًا بأن الإفتخار بالمهن القانونية وجب أن يسبقه فخرًا بجودة التعليم القانوني.
* تركز اهتماماتي البحثية على القانون الدولي الخاص، القانون المقارن، قانون الأعمال الدولي، العقود الدولية، والتحكيم التجاري والاستثماري.
* نشرت أبحاثًا علمية في مجلات محكمة وطنية وعربية ودولية وتكرزت جلها حول موضوعات القانون الدولي الخاص. كما شاركت في مؤتمرات علمية في الأردن، الإمارات، فرنسا، ولبنان. كما شاركت في دورات تدريبية في أهم الجامعات الامريكية والرائده عالمياً.
* إلى جانب عملي الأكاديمي، شاركت كخبير في تقييم العديد من برامج الدراسات الجامعية، والدراسات العليا في الجامعات العربية ضمن أعمال لجان الاعتماد وضمان الجودة أو التحضير لبرامج الاعتماد الدولية. وأحاول الإسهام في تطوير معايير أكاديمية صارمة تعزز التكامل بين التعليم القانوني والممارسة العملية وخدمة التنمية. إن خبرتي الممتدة بين القضاء والبحث الأكاديمي منحتني رؤية متكاملة تجمع بين النظرية والتطبيق، وأسعى من خلالها إلى تعزيز العدالة داخل وخارج أروقه المحاكم، وتطوير الثقافة القانونية، وإثراء المهن القانونية.

المقدمة

أولًا: موضوع الدراسة

يعتبر الحلول القانوني للمؤمِّن من المبادئ الأساسية في قانون التأمين[1]، وحاصل هذا الحق يكمن في نقل جميع الحقوق التي كان يملكها المؤمن له (المتضرر) في مواجهة الغير المسؤول عن وقوع الحادث إلى شركة التأمين، من أجل استعادة ما قد أدته من مدفوعات، قامت بها تجاه هذا المتضرر المستفيد من عقد التأمين، إن كان لها هذا الحق. ومن حيث الأصل، ستُحدَّد هذه المدفوعات وفق مدى الضرر وجسامته، والسقف المحدد في أنظمة التأمين، إن حدده المشرع في قانون التأمين كما هي الحال بشأن التأمين الإلزامي، أو وفق ما ينص عليه عقد التأمين والقانون الواجب التطبيق على أحكامه. وفي المقابل فلن يكون للمؤمِّن (شركة التأمين)، وفق العديد من القواعد القانونية، الحق في ممارسة الحلول إلا بعد تأدية التزامه بتعويض المتضرر، أي في وقت لاحق من وقوع الضرر المؤمن ضده وتعويضه، فلا حلول إلا بعد الوفاء.

وإن بدت هذه المسائل مألوفة في القانون الداخلي، حتى إن تداخلت فيها العديد من القوانين الوطنية، مثل قوانين السير على الطرقات، وقواعد المسؤولية المدنية المُقرَّرة في القانون، وقواعد التأمين باختلاف صورها، وتعاطي القانون الإجرائي للمحكمة مع منازعتها، إلا أنه من غير اليسير التعاطي مع تعقيداتها إذا وقع الحادث الموجب للتعويض في دولة أجنبية، أو انخرط في مشهد وقوعه أكثر من مركبة مؤمّنة لدى مؤمّنين مختلفين، تبعًا لكل دولة سجلت فيها تلك المركبات، أو تعدَّد المسؤولون عن وقوع الحادث، أو وقع الحادث في دولة القاضي، وتسببت فيه مركبة أجنبية مؤمنة في بلد تسجيلها أصلًا، ومُعاد تأمينها من قبل شركة تأمين وطنية، أو مؤمنّة بموجب وثيقة تأمين عابرة للحدود، كما حال اتفاقية بطاقة التأمين الموحدة على سير السيارات عبر البلاد العربية للعام 1975 وتعديلاتها (اتفاقية تونس 1975)، أو غيرها من أدوات القانون الدولي.

ومرد الصعوبة في منازعات هذا النوع من الدعاوى، يعزى إلى تعدد وتشعب العلاقات القانونية، نتيجة اختلاف مصادرها القانونية، واختلاف القانون الواجب التطبيق بخصوص كل منها، خاصة إن كانت هذه العلاقات غير محكومة بقانون وطني

(1) Anna Teresita A. Marcelo, "Legal Subrogation in Insurance: Abandonment of the Vector Shipping Corporation v. American Home Assurance Company Ruling," Ateneo Law Journal, Vol.65, no.1, August 2020, pp.217–242.

واحد[2]؛ فعلاقة المتضرر (المستفيد من عقد التأمين) بالمسؤول عن وقوع الحادث، محكومة بالقانون الواجب التطبيق الذي يحكم المسؤولية غيرالتعاقدية (الفعل الضار). وعلاقة المُؤمِّن والمُؤمَّن له الذي أبرم عقد التأمين، محكومة بموجب النظام القانوني الذي يحكم هذه العلاقة في بلد المُؤمِّن، أو بموجب القانون الذي يحكم عقد التأمين الدولي.

وعلاقة المتضرر بالمُؤمِّن من شركات التأمين التي تمارس أعمال التأمين، أو من يمثلها في الخصومة القضائية من المكاتب الإقليمية الموحدة، قد تكون محكومة بموجب القانون الذي يحكم العلاقة بين المتضرر والمسؤول عن وقوع الضرر، وقد تكون محكومة بموجب القانون الوطني المعين بموجب اتفاقية دولية، فتعطل أحكام القانون الوطني الذي يحكم عقد التأمين ونظامه الوطني. ويتصور كذلك استفادة المتضررين في حوادث المركبات، وشمولهم بأنواع من التأمينات الاجتماعية التي تتولاها صناديق الضمان الاجتماعي أو الهيئات التي تشابهها في دولهم، أو في الدولة التي وقع فيها الحادث.

وفي معرض الرجوع المباشر أو الرجوع بطريق الحلول القانوني لأي من الملتزمين بعضهم على بعض نتيجة الحوادث المرورية التي تقع في دول مختلفة، فإن صعوبة المسألة تقترن بحقيقة أن التأمين على المركبات، وفي أغلب الدول، هو أمر إلزامي ومنظم بموجب القانون الآمر في بلد تسجيل المركبة، ومكان وقوع الحادث، والنتيجة أن عقد التأمين المبرم بين المؤمَّن له وشركة التأمين سيكون محاطًا بضوابط القانون الذي يحكم وينظم هذه العلاقة، فلا يحتج به على المتضرر من الغير، أو على مؤمنه الراغب في ممارسة حق الرجوع بطريق الحلول القانوني.

وإن أضفنا إلى المشهد القانوني مسألة اقتران الرجوع بطريق الحلول القانوني بدعوى المتضرر المباشرة في مواجهة المؤمن، والمقررة بموجب اتفاقية دولية مثل اتفاقية لاهاي للعام 1971، أو قواعد أوروبية مثل «قواعد روما 2»، أو «قواعد وطنية»، فإن وجود قانون ثالث مرشح للتطبيق يحكم علاقة المؤمن بالمتضرر يعد أمرًا متصوَّرًا، بحكم أن القانون الواجب التطبيق على دعوى المتضرر المباشرة[3]، لا يقتصر أثره على الفصل في

(2) Csonor Istvan Nagy, "The Rome Regulation and Traffic Accident: Uniform Conflict Rules with Some Room for Forum Shopping - How So?", Journal of Private International Law, (2010), pp.93-108, available at http://ssrn.com/abstract=1737713, p.2, last accessed: 18/2/2025. Thomas Kadner Graziano, "The Rome Regulation and The Hague Conventions on Traffic Accident and Product Liability - Interaction, conflicts and future perspective", Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR), 2008, pp.425 – 429.

(3) Jenny Papettas, "Direct Actions Against Insurers of Intra-Community Cross-Border Traffic Accidents: Rome II and the Motor Insurance Directives", Journal of Private International Law, Vol.8, no.2, (2012), pp.297–321.

الدعوى موضوعًا، بل في المقام الأول على صحة تقرير اختصاص المحكمة دوليًا بنظر النزاع[4].

وعلى نحو أكثر تبسيطًا، عندما ينفّذ المؤمِّن التزامه بدفع التعويض للمتضرر في حادث مرور دولي، فإن السؤال الذي يثار في هذا الشأن، يكمن في معرفة أي أحوال يملك هذا المؤمِّن بالرجوع بطريق الحلول القانوني على المسؤول عن وقوع الحادث ومؤمنه الآخر.

ثانيًا: مشكلة الدراسة وأهميتها

إن كان القانون الدولي الخاص يأخذ في الاعتبار الحلول القانونية المقررة في القانون الداخلي لأمر الحلول القانوني، فإنه – مع ذلك – يطرح العديد من المسائل القانونية عند الرغبة في ممارسة هذا الحق في إطار علاقة دولية تتعلق بحوادث المركبات عبر الحدود. وعلى نحو أخص، تبرز الإشكاليات الخاصة في مثل هذه المنازعات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى حق المؤمن بالرجوع بطريق الحلول القانوني في مواجهة المسؤول عن وقوع الضرر ومؤمنه. ولعل أهمية تحديد هذا القانون هي التي ستحدد نطاق الحق في الحلول القانوني، ومقبولية دعواه، ومقدار المبالغ التي تكون محلًا للرجوع، فضلًا على القانون الذي يحكم تقادم دعواه.

ثالثًا: هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الصعوبات القانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني التي تقيمها شركة التأمين ضد المسؤول عن حادث مروري دولي ومؤمَّنه. وقد اختير النموذج الفرنسي لكون فرنسا طرفًا في اتفاقية لاهاي للعام 1971، ولتطبيقها قواعد اللائحة الأوروبية «روما 2»، وتفسيراتها الأوروبية الموحدة، مما يجعلها نموذجًا يجمع بين المرجعية الدولية والتشريع الأوروبي.

رابعًا: منهجية الدراسة

تعتمد الدراسة منهجًا استقرائيًا لتحليل تعامل القضاء الفرنسي مع دعوى الحلول في الحوادث المرورية الدولية، التي لاتزال تشهد تطورات وتفسيرات متجددة تسهم في استخلاص مبادئ في القانون الدولي الخاص؛ كي تُعالج النقص في قواعد الإسناد

(4) Vincent Heuzé, "Le droit international privé du contrat d'assurance," in Traité de droit des assurances, T.3 Le contrat d'assurance, sous la direction de J. Bigot, 2ème éd., LGDJ, paris, 2014, N°2550.

الأردنية. وتؤكد الدراسة أهمية الاستفادة من التجربة الأوروبية، خاصة النموذج الفرنسي، في تطويروصناعة القانون الدولي الخاص الأردني، ورفد الممارسين بإسهامات تجمع بين التأصيل النظري والتطبيق العملي.

خامسًا: خطة الدراسة

نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على دعوى حلول المؤمن في القانون الدولي الخاص الفرنسي.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على دعوى حلول المؤمن في القانون الدولي الخاص الأردني.

المبحث الأول
القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني في القانون الدولي الخاص الفرنسي

نتولى في هذا المبحث التعاطي مع تحديد هذا القانون في إطار القانون الدولي الخاص الفرنسي، وسنكرّس العمل على بيان موقف محكمة النقض الفرنسية. ولكون دولة فرنسا من دول الاتحاد الأوروبي، ومصادِقة على اتفاقية لاهاي للعام 1971، بشأن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناجمة عن حوادث المركبات على الطرق، وتسري فيها لوائح الاتحاد الأوروبي، خصوصًا قواعد «روما 2» للعام 2007» المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، والتي دخلت حيّز النفاذ في الاتحاد الأوروبي في العام 2009، فسيكون منهجنا في بحث إشكاليات القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني، عبر بيان موقف هذه القواعد الدولية، وسيكون التركيز منصبًّا على بيان اجتهاد محكمة النقض الفرنسية ومحكمة العدل التابعة للدول الأوروبية.

المطلب الأول
القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني وفق اتفاقية لاهاي للعام 1971 وقواعد «روما 2» المطبقة في دول الاتحاد الأوروبي

يملك المدين الذي يرغب في الرجوع بما دفعه إن كان له هذا الحق، أن يستعمل في مواجهة المسؤول عن الحادث أو ضد مؤمنه، الحقوق التي يملكها المتضرر. وقواعد الاختصاص القضائي هي القواعد ذاتها التي تحكم دعوى المتضرر في مواجهة المسؤول عن الضرر، بحكم أن دعوى الرجوع ضد المسؤول يمكن أن تقام أمام القضاء الذي يملك الاختصاص لنظر دعوى المسؤولية[5].

وإن كانت دعوى الرجوع تقام لدى محكمة في دول الاتحاد الأوروبي، فإن أحكام الرجوع محكومة بالقانون المعين بموجب المادة (20) من قواعد «روما 2» المتعلقة بالقانون

(5) Andrea Bonomi, Accidents de la circulation à l'étranger : Questions choisies de droit international privé, Bern: Stämpfli Editions SA, 2014, p.191.

الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية[6]؛ حيث تتضمن هذه المادة وتحت عنوان المسؤولية المتعددة أنه: إذا كان للدائن حقوق في مواجهة عدة مدينين ملتزمين بالتزام واحد، وقد أدى أحدهم ما وجب عليه كليًّا أو جزئيًّا، فإن حق هذا الأخير في مطالبة المدينين الآخرين، يسري عليه القانون الذي يحكم التزاماته غير التعاقدية في مواجه الدائن. وأما بشأن الحلول القانوني، فإن المادة (19) من قواعد «روما 2»، تتضمن حكمًا مفاده: «أنه عندما تكون للشخص حقوق في مواجهة شخص آخر (المدين)، بموجب التزام غير تعاقدي، ويكون على ثالث التزام بوفاء هذا الالتزام، فإن القانون القانون الواجب التطبيق على التزام الطرف الثالث بتعويض الضرر، سيحدد ما إذا كان يجوز لهذا الطرف أن يمارس الحقوق التي يملكها الدائن تجاه المدين بمقتضى القانون الذي يحكم التزامه، وإلى أي مدى تجوز ممارسة هذه الحقوق».

وبحكم كونها من أهم الأدوات القانونية المقررة في القانون الدولي الخاص، تتضمن اتفاقية لاهاي للعام 1971، النص على تطبيق قانون مكان الحادث، كقانون واجب التطبيق للمسؤولية المدنية للمسؤول عن وقوع الضرر[7]. وتستبعد الاتفاقية من أحكامها فكرة الإحالة في القانون الدولي الخاص، وهي اتفاقية لا تتطلب شرط المعاملة بالمثل، ولا تعين إلا القانون الداخلي لدولة ما، وتسري كذلك بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى المتضرر في مواجهة شركة التأمين (م 9)، وتتضمن العديد من ضوابط الإسناد الجوازية. وتتضمن الاتفاقية تدابير بخصوص الدعوى المباشرة للمتضرر في مواجة مؤمِّن المتسبب بوقوع الحادث.

وفي المقابل، وعلى الرغم من أن المادة (2) من هذه الاتفاقية تنص على عدم تطبيقها على دعاوى الرجوع والحلول للمؤمنين وغيرهم من الجهات التي تتولى دفع التعويض من هيئات أو صناديق للتأمين الاجتماعي أو أي نظام مؤسسي مماثل[8]، فإن محكمة

(6) Cyril Nourissat, "Le champ d'application du règlement 'Rome II'," in Le règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, ed. by S. Corneloup and N. Joubert, LexisNexis, 2008, p.14. Csongor István Nagy, "The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with Some Room for Forum Shopping – How So?" Journal of Private International Law, Vol.6, no.1, (2010), pp.93-108.

(7) لغايات تحديد نطاق تطبيق أحكامها، عرّفت الاتفاقية الحادث المروري في المادة (1)، ولكنها بخصوص الحلول القانوني لم تضع تعريفًا أو بيانًا لهذه المسألة. ومن النظر في التعليقات المفسرة للاتفاقية بخصوص المادة (5-2) من هذه الاتفاقية، يظهر أن مسألة الرجوع في إطار التأمين تشكل معضلة بشأن أحكام الرجوع، وبشكل خاص مسألة الحلول القانوني للمؤمن بحقوق المتضرر ضد المسؤول عن وقوع الضرر، أو رجوع المؤمن له الذي قام بتعويض المتضرر على مؤمنه؛ حيث قرر مؤتمر لاهاي استبعاد المسألة من نطاق تطبيق الاتفاقية بحكم أنها من المسائل التعاقدية.

(8) Art: (2-5) of the convention provides that: "The present Convention shall not apply – to recourse actions and to subrogation in so far as insurance companies are concerned".

النقض الفرنسية قررت، في العام 2023، إعمال هذه الاتفاقية بشأن الحلول القانوني، كما سنبين ذلك.

وقد بدأت أهمية اتفاقية لاهاي 1971 بشأن القانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق، من سعيها إلى توحيد قواعد الإسناد بين الدول المتعاقدة، وحتى مع وجود قواعد «روما 2» في الاتحاد الأوروبي، فهي كونها اتفاقية دولية تحتل مكانة متميزة في القانون الدولي الخاص، وتشكل قواعدها – وفق ما نرى – مصدرًا لاستخلاص مبادئ القانون الدولي الخاص لسد النواقص في قواعد الإسناد، على نحو ما تجري عليه أحكام المادة (25) من القانون المدني الأردني، أو ما يقابلها من التشريعات العربية. وإزاء ذلك، كان من الطبيعي أن تقرر قواعد «روما 2» عدم وجود التزاحم بينها وبين الاتفاقية، على نحو ما تجري عليه المادة (28) من قواعد «روما 2»، التي تنص على عدم تأثير هذه القواعد على تطبيق الاتفاقيات التي تلتزم بها دولة أو أكثر بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية[9].

وتتمثل قيمة هذه الاتفاقية، كما عبرت عن ذلك محكمة النقض الفرنسية في العام 2014[10] بقولها: «إن هذه الاتفاقية لا يقتصر عملها على تعيين القانون الواجب التطبيق لدولة من دول الاتحاد الأوروبي؛ فهي لم تبرم حصرًا بين دول أوروبية، بل صادقت عليها دول أخرى حول العالم، فينبغي اعتبارها اتفاقية دولية بالمعنى القانوني الدولي، بما أنها تُمكِّن من تحديد القانون الواجب التطبيق، حتى لو كان القانون المُعيَّن لدولة من غير دول الاتحاد الأوروبي». ومن الضروري التأكيد أن هذا الموقف قد اتخذته دول أعضاء أخرى في الاتحاد الأوروبي[11].

المطلب الثاني

موقف القضاء الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني على ضوء اتفاقية لاهاي 1971 وقواعد «روما 2»

يبرز القضاء الفرنسي المعاصر جوانب متباينة بشأن التعاطي مع تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني، خصوصًا ما يتعلق بالمصدر القانوني لهذا

(9) Maria Carolina Nita, "The Law Applicable to Cross-Border Traffic Accidents," in International Conference Education and Creativity for a Knowledge-Based Society (2015), pp.257 - 260.

(10) Cass. Civ 1re 30 avril 2014, no 13-11932.

(11) Maria Carolina Nita, "The Law Applicable to Cross-Border Traffic Accidents," in International Conference Education and Creativity for a Knowledge-Based Society, (2015), pp.257–260.

الحلول ونطاقه، وقبوله، وتقادم دعواه. ومنهجنا في هذا المطلب هو تتبع أهم القرارات التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية؛ حيث سنعرض أهم القرارات القضائية التي صدرت في العامين 2014 و2015، ثم نعرض اجتهاد محكمة النقض الفرنسية في العام 2023. وهدفنا في ذلك بيان القانون الواجب التطبيق والصعوبات التي ترافق تحديده، وأثرها في تحقيق التيقن القانوني بشأن القانون الواجب التطبيق، ثم نعرض الموقف الذي تبناه القضاء الأوروبي عبر بيان قرار التفسيرالصادر عن محكمة العدل الأوروبية في العام 2023.

الفرع الأول

موقف القضاء الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني قبل العام 2023

الحق أن الرجوع بطريق الحلول يمثل علاقة قانونية متعددة بين المتضرر والمؤمن الدافع (الشخص الثالث)، وبين هذا الأخير والمسؤول عن وقوع الحادث أو مؤمنه من جهة أخرى، حيث اتجهت محكمة النقض الفرنسية نحو تقرير أن القانون الواجب التطبيق الذي يحدد أساس الرجوع الممارس من قبل الشخص الثالث الذي قام بتعويض المتضرر هو «قانون مكان وقوع الحادث»، بيد أن هذا القانون قد شهد تعاطيًا متباينًا.

فقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن تعاطت مع القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني، بيد أنها جعلته مستثنى من الخضوع لأحكام اتفاقية لاهاي 1971؛ ففي العام 2014 [12]، رفضت محكمة النقض الفرنسية طعنًا قدمته شركة تأمين بشأن دعوى حلول قانوني؛ حيث تضمنت الدعوى مطالبة جهة مؤمنة باسترداد التعويضات المدفوعة لمتضرر استنادًا إلى قانون موناكو (مكان وقوع الحادث). وأكدت المحكمة أن محاكم الموضوع تتمتع بصلاحية تفسير قانون مقاطعة موناكو، مادام لم يتم تحريفه. وأوضحت المحكمة أن المادة (13) من قانون مقاطعة موناكو للعام 1958 تتيح للمؤمن الرجوع بجميع المبالغ التي دفعها للمتضرر.

وبعبارة أخرى، عللت المحكمة قرارها بأن محاكم الموضوع، بما لها من صلاحية

(12) Cass. 1re Civ., 14 sept. 2014, n°13-21339: La Gazette du Palais (Gaz. Pal.) 9 déc. 2014, n° 204n3, p.17, note : Ehrenfeld M.; Les Petites Affiches (LPA) 29 oct.2014, p.5, note: Archer D., (RGDA) 2014, p.558, note: Landel J, Cité par: Sabine Corneloup «Conflits de lois en matière d'indemnisation du dommage assuré», Revue critique de droit international privé, 2016, pp.119-126.

في الاستخلاص القانوني، قد وجدت أن حقوق الشخص الثالث (المؤمن) الذي تولى تعويض المتضرر، كانت حقوقًا متميزة ومستقلة عن حقوق المتضرر، بحكم أنها مستمدة من القانون الخاص الذي يحكم علاقتها مع المتضرر. وقررت – في النهاية – أن القانون الواجب التطبيق على الحلول بحقوق المتضرر إنما هو القانون الذي يحكم النظام القانوني للحلول ذاته، وما يتعلق بمقبوليته، وأن من حق المؤمن الراجع بطريق الحلول أن يطالب بجميع ما دفعه للمتضرر.

والمتفحص لهذا الحكم يلحظ أن هذا الاتجاه يبرز ازدواجية في النظام القانوني في مكان وقوع الحادث، وتبعًا للدعوى وأساسها القانوني، فإن كانت دعوى الرجوع بطريق الحلول تُستمَد من علاقة المتضرر بالمسؤول عن وقوع الحادث، فسيسري قانون مكان وقوع الحادث (القواعد العادية)، وفي المقابل، إن كانت الدعوى تتأسس من علاقة المؤمن الدافع (كالتأمين الاجتماعي)، أو أي مؤمن آخر كان قد دفع للمتضرر، فسيسري القانون الذي يحكم العلاقة بين هذه الجهة والمتضرر.

وفي قرارها الذي مثل تحولًا في الموقف في العام 2015[13]، ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في تاريخ 24 يونيو 2015 في اتجاه آخر. وتتعلق الدعوى بواقعة تتلخص في أن حادثًا مروريًّا وقع لأحد العاملين في أثناء توجهه إلى العمل في موناكو؛ حيث اصطدمت درّاجتة النارية مع مركبة مسجلة ومؤمنة في فرنسا، وجرى تعويضه من قبل الجهة المؤمنة Allianz في موناكو، وهي هيئة للتأمين الاجتماعي (الشخص الثالث الدافع)، بحكم أن هذا الشخص عامل ومؤمن ضد الحوادث والإصابات والتعطل عن العمل. وعلى أثر هذه الواقعة، ودفع مبلغ التأمينات للمتضرر، قامت الجهة الدافعة بممارسة حق الحلول القانوني على المؤمن الفرنسي Matmut للمركبة المتسببة في الحادث بتعويض كامل عن المبالغ المدفوعة.

وللوقوف على جوانب هذا الحكم، فقد سبق لمحكمة اسئتناف إكس – إنبروفانس، في تلك الدعوى، أن قررت أن رجوع الجهة الدافعة (الشخص الثالث) هو خاضع لقانون مقاطعة موناكو، وألزمت الشركة المؤمنة للمركبة بأن تدفع للشخص الثالث الذي مارس الحلول القانوني بحقوق المتضرر، كامل المبالغ التي دفعت من قبله. ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني يجب البحث عن قواعد الإسناد المتعلقة بذلك، ومرد هذه الصعوبة يكمن في أن قرار النقض، تاريخ 24 يونيو 2015، قد تعلق بالحادث الذي وقع في العام 2004، أي قبل دخول قواعد «روما 2 في العام 2007 حيز

(13) Cass. 1re civ., 24 juin 2015, no 13-21468.Charlotte Rochat, "En présence d'un élément d'extranéité, quelle loi définit l'assiette du recours subrogatoire du tiers payeur ?", La Gazette du Palais, Les Petites Affiches, no.113, June 22, 2016), p.18.

التنفيذ في العام 2009 هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن اتفاقية لاهاي للعام 1971، تستثني من أحكامها أحكام الرجوع والحلول القانوني الممارس من قبل المؤمنين، أو من هيئات التأمين الاجتماعي... وغيرها من الهيئات المماثلة[14].

وفي هذا الحكم، قررت محكمة النقض الفرنسية أن قانون مكان وقوع الحادث يحدد الأساس القانوني لرجوع المؤمن الذي قام بتعويض المتضرر. ومع أن المحكمة قد استبعدت الرجوع بطريق الحلول للمؤمن الدافع من نطاق تطبيق اتفاقية لاهاي 1971، بيد أنها – ومع ذلك – ميزت بين وجود الحق في الحلول الخاضع للقانون الذي يحكم الحلول القانوني، وآلية وضع هذا الحق موضع التنفيذ، والواجب خضوعه لقانون موقع الحادث. والجدير بالذكر أن المحكمة قد أسست حكمها على المادة (3) من القانون المدني الفرنسي الذي يتضمن قواعد عامة للقانون الدولي الخاص الفرنسي[15].

وفي هذا الصدد، تبرز منهجية تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني للمؤمِّن الدافع في مواجهة مرتكب الحادث ومؤمِّنه.

فهل يُصار إلى تحديد القانون الواجب التطبيق وفقًا للمنهجية التي تقضي بأن القانون الذي يحكم التزام الجهة المؤمِّنة التي قامت بالدفع للمتضرر، هو الذي يحدد ما إذا كان لهذا المؤمِّن أن يحل محل المتضرر (سائق الدراجة)، ومدى هذا الحلول ونطاقه؟

وعلى ضوء قواعد القانون، والتأمين الاجتماعي، والاجتهاد القضائي قبل العام 2015، تنبغي ملاحظة أن القانون الذي يحكم التزام المؤمن الدافع للمتضرر، سيختلف باختلاف مركزه القانوني؛ فإن تصرف بوصفه مؤمنًا من أشخاص القانون الخاص، فإن القانون الواجب التطبيق على تعويض المتضرر، سيحدد وجود ونطاق الحق في الحلول. وفي المقابل عندما تكون الجهة الدافعة للمتضرر هي هيئة تأمين وطني من أشخاص القانون العام، فإن القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني لن يُحدَد وفق قواعد الإسناد المقررة في القانون الدولي الخاص، بل بموجب قواعد القانون الذي يحكم عمل هذه الجهة[16].

(14) Ibid.

(15) تتعلق المادة (3) من القانون المدني الفرنسي بالتطبيق المكاني للقانون المدني؛ حيث تتضمن تطبيق قواعد البوليس والتأمينات على كل من هو موجود في فرنسا، وإن القوانين المتعلقة بالحالة المدنية والأهلية للأشخاص تُطبَّق على المواطنين الفرنسيين حتى لو كانوا مقيمين خارج فرنسا. أما القوانين المتعلقة بالعقارات والأشياء، فتُطبَّق على الممتلكات الموجودة داخل الأراضي الفرنسية، بغض النظر عن جنسية المالك.

(16) "L'accident de la circulation comportant un facteur d'extranéité : focus sur la subrogation," L'Argus de l'Assurance, January 20, 2016, available at Argus de l'Assurance.

ومن هنا، فقد أوضح حكم النقض، في العام 2015، أن حق الحلول القانوني يُعيَّن وفق قانون موقع الحادث، ومع هذا البيان الذي قدمته المحكمة، فإن نطاق تطبيق كل من القانونين في موقع الحادث يثير العديد من الأسئلة، بحكم أن حاصل قراري النقض للعامين 2014 و2015، يبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق، بالنظر إلى التباين بين القانونين: القانون الذي يحكم عمل المؤمن في علاقته مع المتضرر (المستفيد من بوليصة التأمين في مكان تنفيذ العمل)[17]. وقانون موقع الحادث الذي يحكم التزام المسؤول عن وقوع الحادث بتعويض المتضرر. ولعل الأهمية في هذا التحديد لا تنحصر فقط في مقدار قيم المطالبة المالية للحلول بها من قبل المؤمن الدافع، بل وفي مسائل أخرى على نحو بالغ الأهمية، مثل مقبولية دعوى الحلول، ومقداره، وتقادم الدعوى، وسنتولى – فيما يلي – بيان هذه المسائل على نحو تفصيلي:

أولًا: في مقبولية الدعوى

إن شروط قبول دعوى الحلول تثير النقاش في القانون الداخلي، خصوصًا فيما إذا كان مصدر هذا الحق يكرسه القانون كما في القواعد التي تحكم التأمين الإلزامي للمركبات، أو تكرسه القواعد العامة التي تحكم عقد التأمين. وتتجلى أهمية المسألة في إطار منازعة دولية، في حقيقة أن الحلول القانوني مبدأ يقرره القانون والقضاء في مختلف الدول، إلا أن قوانين الدول قد تتباين في تنظيم أحكامه؛ فعلى سبيل المثال يسمح القانون في فرنسا، وغيرها من الدول، بممارسة حق الحلول القانوني للمؤمن بما أداه للمتضرر، في حين أن أحكامه قد تختلف وفق قانون آخر؛ ففي القانون الإنجليزي يحتفظ المتضرر ببعض الحقوق، حتى بعد تعويضه من قبل المؤمن، كأن يكون له الحق في استرداد المبلغ الزائد عما أدته اليه شركة التأمين بعد أن مارست الحلول، وأقامت الدعوى ضد المسؤول عن الحادث، وقد يحتفظ المتضرر في حقه بشأن المطالبات المتزامنة في أحوال أن تكون الأضرار تتجاوز ما يغطيه التأمين؛ فيكون للمتضرر الرجوع على المتسبب بالحادث للمطالبة بالجزء غير المغطى تأمينيًّا[18].

ومن حيث المبدأ، فإن قبول الدعوى القضائية يقرره قانون المحكمة التي يرفع اليها

(17) وفي هذه القضية والقضايا المشابهة، نلاحظ أن التأمين كان تأمينًا اجتماعيًّا يتعاقد عليه صاحب العمل مع مؤمن لمصلحة عماله، وفق ما ينص عليه القانون، فيكون مكان وقوع الضرر هو مكان تنفيذ عقد العمل. للمزيد من التفصيل حول هذا الاتجاه والحكم القضائي لمحكمة النقض في العام 2013 (غير منشور) انظر تعليق Charlotte Rochat، مرجع سابق.

(18) H.R. Flinn, "Case Comments. Subrogation – Insured Must Be Paid in Full for Loss Before Insurer Is Entitled to Subrogation Against Tortfeasor", Memphis State University Review, Vol.10, (1979), Iss. 161, available at HeinOnline.

النزاع. وقبول الدعوى لدى القضاء الوطني، سيعتمد على توافر شروط ممارسة الدعوى المنصوص عليها في القانون الوطني الذي يحكم عمل المحكمة، خصوصًا ما تعلق بتوافر شرطي الصفة والمصلحة القانونية المتطلبة في مِنْ يقيمها؛ بيد أن الصعوبة في القانون الدولي الخاص، تكمن في حقيقة أن الركون إلى قانون المحكمة الإجرائي، لن يكون هو المُعوّل عليه دائمًا لتقرير القانون الذي يحكم الصفة والمصلحة، والنتيجة أن مقبولية الدعوى، كما يجري عليه العمل إطار التقاضي بشأن المنازعات الوطنية.

وبعبارة أخرى، وعلى نحو أكثر تحديدًا، يُثار التساؤل عما إذا كان قانون المحكمة هو الذي يُطبّق لتقرير ما، إذا كانت المصلحة والصفة من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي، أم أنها تُعد من المسائل الموضوعية التي يحكمها القانون الواجب التطبيق على الحق أو المركز القانوني الذي أنشأها؟

والحق أن هذه الإشكالية لا ترتبط فقط بصعوبات التكييف المعهودة في القانون الدولي الخاص، بل تتصل أيضًا بخصوصية هذا النوع من الدعاوى التأمينية، في إطار القانون الدولي الخاص الأوروبي؛ حيث يُعد تحديد القانون الواجب التطبيق عنصرًا حاسمًا في تقرير الاختصاص القضائي الدولي[19].

وفي هذا السياق، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني، من حيث الموضوع، يُؤخذ بعين الاعتبار عند النظر في مقبولية الدعوى؛ فإذا كان هذا القانون لا يمنح المدعي الحق في ممارسة الدعوى، أو لا يُعترَف له بالصفة القانونية لمباشرتها، فإن قبول الدعوى يصبح متعذرًا.

ثانيًا: في مقدار المطالبات التي تكون محلًّا للحلول القانوني

في الدعوى المعروضة بين المدعية Allianz. والمدعى عليها Matmut، قامت محكمة الاستئناف في إيكس–أون–بروفانس[20]، بالبحث في القانون الذي يحكم عمل المؤمن في مقاطعة موناكو، والنتيجة أنها توصلت إلى تطبيق قانون موناكو الذي يحكم عمل هذه الجهة، وهو القانون رقم 636 تاريخ 11 يناير 1958، والذي يسمح للمؤمن بممارسة الحلول بجميع حقوق المتضرر ضد المسؤول عن وقوع الحادث. وبعبارة أخرى، إن هذا القانون يسمح للمؤمن بأن يطالب باسترداد كامل المبالغ التي دفعت للمتضرر المشمول بالحماية، ومن دون قصر مطالبته على ما يستحق وفق التقدير، إن جرى وفق قواعد القانون العادية التي تحكم تعويض الضرر الذي يلحق بالمتضرر فيما لو أقيمت الدعوى،

(19) See :Art.(19) Rome II Regulation.

(20) Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10e ch., April 10, 2013, n° 11/01365, available at Doctrine.

وتم تقدير التعويض المستحق وفق هذه القواعد. بمعنى أن المادة (13) من قانون مقاطعة موناكو، يقر للمؤمنين مزايا أوسع في معرض تقدير التعويض؛ فهي تشمل التعويضات والمعاشات، وتكاليف المستشفى، والعلاج، والنقل.

ولذلك يقدم هذا القانون نطاقًا أوسع للمطالبات بالمقارنة مع القانون الفرنسي، والذي تحدده المواد (31) و(32) و(33) من «قانون باتنديه للعام 1985 وتعديلاته»[21]. وبعبارة أخرى، وفي القانون الفرنسي، فإن نطاق مطالبات الجهات الدافعة يتم على أساس تعويض كل بند على حدة، مع استبعاد التعويض عن الأضرار ذات الطابع الشخصي، مثل النقل والإقامة، فلا يغطي القانون الفرنسي سوى التكاليف الطبية، وفترة التوقف عن العمل، والعجز الدائم... إلخ. وفي المجمل، فإن الفروق بين القانونين، من ناحية تقدير المبالغ المالية، قد بلغت في هذه الدعوى مبلغ حوالي 126000 يورو (مائة وستة وعشرين ألف يورو).

وعلى ذلك كان التسبيب الذي ساقته محكمة الاستئناف، والمنسجم مع الاجتهاد السابق لمحكمة النقض الفرنسية للعام 2014، يكمن في أن القانون الذي يحكم عمل المؤمن في موناكو، إنما هو قانون خاص، ويسمح بالمطالبة بكامل المبالغ المؤداة إلى المتضرر، وبصرف النظر عن مقدارها الذي يمكن أن يعينه القانون الذي يحكم التزام المسؤول عن وقوع الحادث في مواجهة المتضرر. والنتيجة أن تقرير أن قانون موناكو هو الذي يحكم وجود ونطاق الحلول بحقوق المتضرر في مواجهة المسؤول عن الحادث أو مؤمنه.

ولهذا، كان لا بُدّ لمحكمة النقض الفرنسية أن تنقض قرار محكمة الاستئناف، وأن تقرر أن قانون موقع الحادث هو من يحدد أساس ونطاق رجوع المؤمن الدافع بالمبالغ المالية المدفوعة للمتضرر. والملاحظ أن هذا الحكم للعام 2015 مثل رجوعًا عن حكم محكمة النقض المقرر بتاريخ 24 سبتمبر 2014[22].

ثالثًا: في تقادم دعوى الحلول ومواعيد احتسابه

وإن كان القانون الواجب التطبيق هو المُعوّل عليه في تقرير ممارسة الحق في الرجوع بطريق الحلول في هذا النوع من العلاقات المتعددة، فإن السؤال الأهم هو تحديد القانون الواجب التطبيق على تقادم دعواه. فهل سيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يحكم التزام المؤمن الذي أوفى بالتزامه في الوفاء للمتضرر؟ أم ذلك القانون الذي يحكم

(21) Loi. n° 2006-1640, 21 déc. 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007.

(22) "L'accident de la circulation comportant un facteur d'extranéité," L'Argus de l'Assurance. op.cit.

التزام المتضرر (الدائن) في مواجهة المسؤول عن وقوع الحادث (المدين)، وهو المصدر الأول للالتزام بدفع التعويض؟

الحكم الذي قررته محكمة النقض الفرنسية في تاريخ 10 سبتمبر 2015 يقدم الإجابة بشأن القانون الواجب التطبيق على التقادم؛ حيث قررت محكمة النقض: «أن تقادم دعوى الحلول القانوني، يخضع للقانون الذي يحكم حق الدائن (المتضرر) في مواجهة المسؤول عن الحادث». واعتبرت المحكمة أن لمحاكم الموضوع الحق في تطبيق القانون الفرنسي (مكان الحادث)، وليس القانون الألماني الذي نظم علاقة «المؤمن الدافع» بالمتضرر الذي تلقى التعويض من هذه الجهة[23].

وتتلخص واقعة الدعوى في حادث وقع في فرنسا؛ تسببت فيه مركبة مسجلة ومؤمنة في فرنسا؛ حيث نتج عن الحادث وفاة المتضرر الألماني، وتم تعويض ورثة المتوفى من قبل هيئة التأمين الاجتماعي في ألمانيا. المؤمِّن الفرنسي للمركبة التي تسببت في الحادث قام بدفع المبلغ المُطالَب به من قبل المؤمن الألماني. ثم قام المؤمن الفرنسي – بعد بذلك – بممارسة حقه في الحلول بهذه الحقوق في مواجهة مؤمن يوناني لمقطورة منخرطة في الحادث ذاته. تمسك المؤمن اليوناني بتقادم الدعوى على أساس أن القانون الألماني هو الواجب التطبيق. أكدت محكمة النقض الفرنسية أن مدة التقادم في الحلول القانوني للجهة الألمانية والمؤمنين الذين حلوا مقام المتضرر هي مدة (10) سنوات وفقًا للقانون الفرنسي الواجب التطبيق على الالتزام، بحكم أن الحادث الذي أنشأ هذا الالتزام قد وقع في فرنسا.

ويمثل هذا الحل تطابقًا مع الحكم المقرر في القانون الوطني في فرنسا[24]؛ حيث إن الرجوع بطريق الحلول إنما هو خاضع لتقادم الحق المحال به، وليس للتقادم الذي يحكم العلاقة بين المؤمن والمؤمن له.

وبشأن موعد بدء التقادم في دعوى الحلول القانوني، يطرح التساؤل عن وجوب الأخذ في الاعتبار العلاقة بين المؤمن والمتضرر، أم القانون الذي يحكم عمل المؤمن أو المؤمنين؟

لعل أهمية هذه المسألة تكمن في التفاوت بين تاريخ العلم بالواقعة من قبل المتضرر، وعلم المؤمن بها، فضلًا على تأخر نشوء الحق في الحلول القانوني إلى ما بعد تعويض المتضرر.

(23) Ibid

(24) Civ. 2e, 15 mars 2007, pourvoi n° 06-11.509.

وقد أجابت محكمة النقض الفرنسية عن سؤال مشابه في معرض إعمال المادة (L 211- 12) من قانون التأمين الفرنسي؛ حيث يفرض هذا النص على هيئات التأمين الاجتماعية احترام مدة (4) أشهر لمطالبة شركات التأمين تحت طائلة سقوط الحق. وفي قرارها الصادر بتاريخ 24 سبتمبر 2014[25]، استبعدت محكمة النقض الفرنسية تطبيق القانوني الفرنسي لمصلحة قانون مقاطعة موناكو الواجب التطبيق على حق المتضرر في مواجهة المسؤول عن وقوع الحادث في موناكو، واعتبار أن القانون في موناكو هو الواجب التطبيق على دعوى الحلول؛ ما استتبع رد مجادلة شركة التأمين الفرنسية بسقوط حق صندوق التأمين الاجتماعي في موناكو في مطالبتها، وتقرير أن حقوق الطرف الثالث الدافع (صندوق التأمين الاجتماعي) في موناكو في الرجوع بطريق الحلول على شركة التأمين الفرنسية، إنما يخضع للقانون في موناكو (موقع الحادث)؛ ما يسمح – في النهاية – للطرف الثالث الدافع بالاحتفاظ بحقوقه، على الرغم من تجاوز المهلة الزمنية المحددة في القانون الفرنسي.

والجدير بالذكر أن مسألة حساب بدء التقادم قد أثيرت أمام الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، والتي أصدرت حكمًا في هذا الصدد بتاريخ 2 فبراير 2022[26]. وحقيقة أن السوابق القضائية الفرنسية لم تظهر، حتى ذلك الحين، موقفًا واضحًا بشأن المصلحة التي ينبغي منحها الأولوية، سواء مصلحة المدين أو الدائن؛ ما جعل حساب بدء التقادم على دعوى الحلول القانوني يتباين من حالة إلى أخرى[27].

وفي هذا الصدد، فقد سبق أن قضى أحد الأحكام بأن تقادم دعوى حلول المؤمن لا يجوز أن يبدأ قبل إجراء آخر دفعة مالية للمتضرر[28]. وعلى أي حال، فقد أكدت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض الفرنسية أن المؤمن الذي يُحل في حقوق المتضرر، لا يملك سوى ما كان ممنوحًا للمتضرر نفسه؛ بحيث تصبح دعوى المؤمن ضد المسؤول عن الحادث خاضعة لقواعد التقادم نفسها التي تنطبق على الدعوى المباشرة للمتضرر. وبناءً عليه، فإن موعد حساب بدء تقادم دعوى حلول المؤمن هو ذاته المطبق على دعوى المتضرر الأصلية[29].

(25) Cass.1er Civ. 24 septembre 2014, n°13-21339. Publié au bulletin- www.legifrance.gouv.fr.

(26) Cass.1er Civ.2 février 2022, n° 20-10.855. «La Cour de cassation confirme que le délai de prescription de l'action de l'assureur subrogé est identique à celui de l'action du subrogeant».

(27) Vladimir Rostan d'Ancezune, "Sur la prescription de l'action du tiers subrogé selon la CJUE," Decideurs Juridiques, July 19, 2024, available at Decideurs Juridiques.

(28) Cass. 1er Civ.11 décembre 2014, n° 13-26.416.

(29) Cass. 2e Civ. 3 juin 2021, Avis n° 9004.

الفرع الثاني

موقف القضاء الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني بعد العام 2023 وموقف محكمة العدل الأوروبية

في الواقع، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الحلول القانوني، وتنظيم جميع المسائل المتعلقة بقبول الدعوى، ومقدار التعويضات التي قد يُحكَم بها وتقادمها، قد طرح العديد من التساؤلات عن موقف القضاء الفرنسي من الحوادث المروية للوقائع التي وقعت بعد نفاذ قواعد «روما 2» في العام 2009 من جهة، ومن جهة أخرى حول مكانة اتفاقية لاهاي للعام 1971 في هذا الشأن. ونتولى تاليًا بيان موقف محكمة النقض في العام 2023، ثم نعرض موقف القضاء الأوروبي وفق الحكم الذي صدر في العام 2023 بشأن القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني.

أولًا: موقف محكمة النقض الفرنسية في حكمها في العام 2023

نشير إلى قرار محكمة النقض الفرنسية في العام 2023 الذي أعمل صراحة اتفاقية لاهاي لسنة 1971 حول هذه المسألة المهمة [30]؛ حيث قررت محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الرائد، أنه يستنتج من المادة (2) من اتفاقية لاهاي لسنة 1971، أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام التعاقدي الذي يتعين بموجبه على المؤمن تعويض ضحية حادث مروري هو مستثنى من نطاق تطبيق الاتفاقية. وفي المقابل تسري أحكام الاتفاقية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدي، والذي يجب بموجبه على الشخص المسؤول عن الفعل تعويض الضرر الذي لحق بالمتضرر، أو تعويض المؤمن الذي حل مقام المتضرر في ممارسة حقوقه».

وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن حادثًا مروريًّا قد وقع في إسبانيا، وهي طرف في اتفاقية لاهاي للعام 1971، تعلق بشاحنة تملكها شركة فرنسية كانت تجر مقطورة مملوكة للغير، ومؤمنة لدى شركة Gan للتأمين الفرنسية. اصطدمت الشاحنة في العام 2015 بمحطة غسيل للسيارات في إسبانيا، ونتيجة الحادثة قامت الشركة الإسبانية المالكة للمحطة بمطالبة مؤمنتها شركة Generali الإسبانية، وذلك وفق أحكام عقد التأمين المبرم بينهما. وعلى إثر ذلك جرى الاتفاق بين شركة التأمين الإسبانية وشركة التأمين

(30) Cass.1re civ.,13 avr. 2023, no 22-13449, note: Véronique Legrand, "Loi applicable à l'action de l'assureur contre le responsable d'un accident de la circulation: application de la convention de La Haye du 4 mai 1971," Actu-Juridique, May 10, 2023, available at Actu-Juridique.

الفرنسية على تسوية النزاع، وتمت مصادقة هذا الاتفاق من قبل محكمة إسبانية في العام 2016.

وتضمن الاتفاق أن تقوم شركة التأمين الفرنسية بتحويل الأموال إلى شركة التأمين الإسبانية، مع الاحتفاظ بحقها في الرجوع على مالك المركبة التي تسببت في وقوع الضرر. وبعد مرور أربع سنوات، أي في العام 2020، أقامت شركة التأمين الفرنسية الدعوى ضد مالك المركبة من أجل الحكم لها بملبغ 46 ألف يورو. وهذا المبلغ يمثل المبلغ المدفوع منها للمتضرر ولشركة التأمين الإسبانية. قابل المدعى عليه مالكُ المركبةِ الدعوى بتقديم طلب لردها لمرور الزمان (التقادم)، وفقًا للمادتين (1902) و(1968) من القانون المدني الإسباني، والذي يحدد مدة التقادم بمرور سنة واحدة.

بموجب المادة (3) من اتفاقية لاهاي 1971، فإن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناجمة عن حادث مروري على الطرق البرية هو قانون الدولة التي وقع فيها الحادث، وهو في هذه الدعوى القانون الإسباني. ومع ذلك تمسكت شركة التأمين الفرنسية بمطالبة المتسبب في الحادث، بحكم أنها قد حلت مقام المتضرر في ممارسة حقوقه للمطالبة بالتعويض استنادًا إلى أحكام قانون التأمين الفرنسي، وتمسكت بأن القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق، بحكم أن المادة (2) من اتفاقية لاهاي للعام 1971، تستثني عددًا من المسائل من أحكام سريانها، بما في ذلك أحكام الرجوع والحلول المتعلقة بالمؤمنين م (2-5). ومن هنا ظهرت الإشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى المدعية.

ومع ما تقدم من حجج، فقد قررت محكمة الاستئناف، وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية، تطبيق القانون الإسباني، وتقرير أن دعوى المؤمنة متقادمة بموجب القانون الإسباني الواجب التطبيق على الدعوى.

وفي معرض تحديد القانون الواجب التطبيق، يشير الفقه[31] إلى أنه عند مواجهة علاقة قانونية متعددة الأطراف، فإن الحلول القانوني يسلتزم الأخذ في الاعتبار قيام علاقتين قانونيتين، الأولى: العلاقة القانونية التي تجمع بين المتضرر (الضحية) والمؤمن كشركة التأمين أو أي جهة دافعة. والثانية: العلاقة القانونية بين المتضرر والمتسبب في وقوع الضرر. ومن هنا، فإن منهج تحديد القانون الواجب التطبيق على الحلول يجري، وفق ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية، على النحو التالي:

في المقام الأول: يؤخذ في الاعتبار قيام العلاقة القانونية بين المتضرر والمؤمن؛

(31) Legrand, "Loi applicable à l'action de l'assureur.

ليتسنى تقرير ما إذا كان لهذا الأخير أن يحل مقام المتضرر في ممارسة حقوقه بعد أن قام بتعويضه، وهذا الأمر سابق على ممارسة الحلول من قبل المؤمن في مواجهة المسؤول عن الحادث. وفي المقام الثاني، وبمجرد قيام حق الحلول القانوني لممارسة حقوق المتضرر، فإن المؤمن يكون في نفس موقع المتضرر، بحكم أن آلية الحلول القانوني تتضمن نقل حق المتضرر إلى المؤمن في مواجهة المسؤول عن الحادث، ولا تتضمن إنشاءً لحق جديد. ومادام «الحلول» هو صورة من صور قيام شخص مقام آخر في علاقة قانونية تُمكّن الأول من ممارسة جميع – أو بعض – حقوق الشخص الآخر، والتي آلت اليه؛ فسيكون من المنطق أن المؤمن الذي يرغب في الحلول، وممارسة حقوق المتضرر أن يكون خاضعًا لقواعد الإسناد التي تقررها اتفاقية لاهاي لسنة 1971.

وبالبناء على ما تقدم، سيكون من المتعين تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدي الذي يكون بموجبه مرتكب الحادث أو المتسبب في وقوعه مسؤولًا عن تعويض الضرر الذي لحق بالمتضرر، وهي مسألة بدهية تخضع لأحكام اتفاقية لاهاي للعام 1971، خصوصًا المادة (3) من الاتفاقية التي تحدد أن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية، إنما هو قانون مكان الحادث. أما بشأن التقادم المطبّق على الدعوى، فقد أسست محكمة النقض الفرنسية حكمها على الفقرة (8) من المادة الثامنة من الاتفاقية التي حددت أن القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية، يتناول التقادم وما تعلق به من مدد وحالات الوقف والإنقطاع.

وبالمجمل، فإن الحل المقرر من محكمة النقض الفرنسية في العام 2023 [32]، يمثل أهمية كبرى في وضع مبدأ توجيهي لتحليل العلاقات الثلاثية في معرض الحلول القانوني، ولكنه مع ذلك يشهد على الصعوبات التي تتعلق بالتأمين لحوادث المركبات عبر الحدود. وفي المقابل، فإن ميزة الحكم تكمن في تحقيق التيقن القانوني بشأن معرفة القانون الواجب التطبيق؛ حيث يؤكد الحكم أن القانون الواجب التطبيق على دعوى المؤمن بطريق الحلول القانوني، ينبغي أن يكون هو ذاته القانون الذي يحكم العلاقة بين المتضرر والمسؤول عن الحادث. ويكرس هذا الاتجاه أهمية في تحقيق الأمن والتيقن القانوني بالنسبة إلى المسؤول عن وقوع الضرر إن كانت الدعوى قد أقيمت في مواجهته من قِبل المتضرر أو مؤمنه، أو أي جهة مؤمنه قد دفعت التعويض، وحلت مقام المتضرر لتمارس حقها في الحلول القانوني.

(32) Rostan d’Ancezune, “Sur la prescription de l’action du tiers subrogé.

ثانيًا: موقف محكمة العدل الأوروبية (CJUE)

وفقًا لقرار صدر في 17 مايو 2023 قدمت محكمة العدل الأوروبية[33] توضيحات مهمة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية الذي تعينه قواعد «روما 2»، خصوصًا القانون الذي يحكم تقادم دعوى الطرف الثالث الذي حل محل حقوق شخص متضرر ضد المسؤول عن وقوع الحادث.

وتتعلق واقعة الدعوى بأن متضررًا من الجنسية الفرنسية، في أثناء السباحة على أحد الشواطئ في البرتغال عام 2010، تعرض لإصابة من قبل مروحة قارب مسجل في البرتغال؛ فأقام دعوى مطالبة مالية أمام المحكمة الابتدائية في مدينة ليون الفرنسية ضد صندوق ضمان الضحايا FGTI) (، لتعويضه عن الإصابة التي لحقت به. وتم الاتفاق بين الطرفين على مقدار التعويض عن الضرر، وتم التصديق على الاتفاق من قبل المحكمة، وكانت آخر دفعة تلقاها المتضرر في 7 أبريل 2014.

وفي الشهر الحادي عشر من العام 2016، قام صندوق الـ FGTI بمقاضاة شركة التأمين المؤمنة للمسؤول عن الحادث أمام المحاكم البرتغالية لاسترداد المبالغ المدفوعة للمتضرر، ردت محكمة الدرجة الأولى البرتغالية الدعوى لمرور الزمان (التقادم)؛ تطبيقًا للقانون البرتغالي الذي يحدد مدة التقادم بثلاث (3) سنوات؛ فطعنت الجهة المدعية بالحكم لدى محكمة الاستئناف في لشبونة، متمسكة في طعنها بأن المادة (19) من قواعد «روما 2» تعين القانون الأكثر صلة بالنزاع كونه قانونًا واجب التطبيق، وهو القانون الفرنسي الذي يحدد مدة التقادم بعشر (10) سنوات من تاريخ صدور الحكم من المحاكم الفرنسية.

في هذا السياق، قررت محكمة الاستئناف في لشبونة تعليق الفصل في الدعوى من أجل تقديم سؤال أولي إلى محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي((CJUE عن القانون الواجب التطبيق الذي يحكم دعوى الطرف الثالث الذي حل بحقوق المتضرر ضد مرتكب الحادث، والذي يحدد – على نحو أدق – مدد التقادم لهذه الدعوى؛ فقررت المحكمة الأوروبية، بعد تحليل المادتين (15/1-4) و(19) من قواعد «روما 2»: أن الطرف الذي يمارس الحلول بحقوق المتضرر، لا يملك سوى الحقوق التي كانت للمتضرر. وأن التقادم الذي يطبق على دعوى الطرف الثالث هو ذاته التقادم الذي يسري على علاقة المتضرر بالمسؤول عن وقوع الحادث. وبذلك، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الدولة التي وقع فيها الضرر، وهو القانون البرتغالي، والذي يحدد

(33) CJUE, n° C-264/22, Arrêt (JO) de la Cour, 17 mai 2023. .

القواعد الخاصة بالتقادم المطبقة على دعوى المتضرر في مواجهة مرتكب الحادث.

وإن وضعنا حكم محكمة النقض الفرنسية للعام 2023، في سياق هذا الحكم، بوعي وإدراك أن المحكمة الأوروبية لا تتولى سوى تفسير القواعد الأوروبية، وعلى نحو موحد، فإن استبعاد اتفاقية لاهاي 1971 في الحكم الأوروبي قد يبدو مُبرَّرًا. والحق أنه، وإن كانت المادة (3) من اتفاقية لاهاي للعام 1971 تُعيِّن قانون الدولة التي وقع فيها الحادث، كقانون واجب التطبيق على المسؤولية غير التعاقدية الناشئة عن الحادث المروري، وأن المادة (2) من الاتفاقية لا تسري على رجوع وحلول المؤمنين من شركات تأمين أو هيئات التأمين الاجتماعي، وبالتالي خضوعها لقواعد إسناد أخرى لتنازع القوانين، إلا أن محكمة النقض الفرنسية في حكمها للعام 2023 الذي سبقت الإشاره إليه، قد أوضحت أن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدي الذي بموجبه يكون الشخص المسؤول عن الضرر مُلزمًا بتعويض المتضرر أو المؤمن الذي حل مقامه، لا يُستبعد من نطاق تطبيق الاتفاقية.

وكما بيَّنا، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أنه بمجرد اكتساب حق الحلول بحقوق المتضرر، يكون المؤمن في نفس وضع المتضرر المؤمن له؛ ما يؤدي فعليًّا إلى نقل حق المتضرر في مطالبة المسؤول عن وقوع الحادث إلى المؤمن. وعليه، فإن المنطق الذي تتبناه اتفاقية لاهاي للعام 1971 مشابه للمنطق الذي تتبناه قواعد «روما 2»؛ حيث إن القانون الواجب التطبيق على دعوى المؤمن في دعوى الحلول القانوني، هو القانون ذاته الذي يحكم العلاقة بين المتضرر والمسؤول عن الحادث[34].

وفي الختام نقول: إن غياب التفسير الموحد لأدوات قانونية، مثل اتفاقية لاهاي 1971، بخلاف اللوائح الأوروبية، مثل قواعد «روما 2» التي تُفسر – بشكل موحد من قبل محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي – هو ما سيجعل من أمر تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني أمرًا متجددًا في الفقه والقضاء في القارة الأوروبية، ومرد ذلك يكمن في تعدد ضوابط الإسناد التي تتبناها كل من قواعد «روما 2» واتفاقية لاهاي للعام 1971 بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى المتضرر في مواجهة المسؤول أو المسؤولين عن وقوع الحادث.

فهل سيبقى القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول هو ذاته الذي يحكم العلاقة بين المسؤول عن وقوع الضرر، والمُعيَّن بموجب قاعدة الإسناد الأصلية (مكان وقوع الحادث وتحقق الضررالأولي)، أم ستكون مخرجات الحكم القضائي لدعوى المتضرر،

(34) Ibid.

تبعًا لقواعد القانون الواجب التطبيق التي تحددها ضوابط الإسناد البديلة المقررة في كل من اتفاقية لاهاي 1971 [35]، وقواعد «روما 2» هي من سيحدد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني؟ إن الأمر قد يجعلنا أمام أحكام قضائية جديدة في المستقبل، تغني المشهد القانوني لهذا النوع من العلاقات القانونية المتعددة وتعقيداتها.

(35) للتذكير بضوابط الإسناد الاحتياطية، وفق ما تنص عيه المادة (4) من الاتفاقية، فإن انخرطت مركبة واحدة ومسجلة في بلد غير بلد وقوع الحادث، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد تسجيل المركبة، وهو القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مواجهة المسؤولين عن الحادث من مالك أو سائق أو حائز، وفي مواجهة الضحية التي توجد في مكان الحادث خارج المركبة إن كان مقيمًا في بلد تسجيل المركبة. وإن انخرطت في الحادث أكثر من مركبة فلا تكون هذه التدابير مطبقة إلا إذا كانت جميع المركبات مسجلة في بلد واحد، وبموجب المادة (9) من الاتفاقية، فإن المتضرر يملك الدعوى المباشرة تجاه المؤمن إذا كان القانون الواجب التطبيق بموجب الاتفاقية يجيز ذلك.

المبحث الثاني
القانون الواجب التطبيق على دعوى حلول المؤمن في القانون الدولي الخاص الأردني

إن التعاطي مع تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات ذات الطابع الدولي قد يخلق حالة من عدم القدرة على التنبؤ بخصوص هذا القانون، ما يضع المتقاضين في حالة من عدم التيقن القانوني بشأن النظام القانوني الذي يحكم الحلول القانوني. ولهذا، فإن الركون إلى القانوني الداخلي في تقرير ممارسة الحلول القانوني، وإن كان مألوفًا بشأن الحوادث التي تقع في الأردن، لن يكون حاسمًا في تعيين هذا القانون في المنازعات ذات الصفة الدولية.

ففي المنازعات الوطنية يقيم النظام القانوني في الأردن مكنة للمؤمن في الرجوع المباشر على مالك المركبة وسائقها لاسترداد ما دفع من تعويضات للمتضرر، إن توافرت الحالات التي نص عليها نظام التأمين الإلزامي[36]. وفي المقابل، يقيم القانون المدني، في المادة (926)، للمؤمن مكنة «الحلول القانوني» بالرجوع على مرتكب الحادث من الغير أو الرجوع على مؤمنه.

بيد أن الصعوبة قد تظهر في معرض الحوادث التي تقع خارج الأردن، وتسببت فيها مركبات أردنية، أو حتى بالنسبة إلى المركبات الأجنبية التي تتسبب في الحوادث في الأردن. وسبب ذلك يعزى إلى اختلاف وتعدد قواعد النظام القانوني الذي يحكم صور العلاقات القانونية في منازعات التأمين والحوادث المرورية. ونتيجة لذلك، وعلى ضوء مجموعة من التعديلات القانونية التي تمت في البلاد، في العام 2024، وما يجري عليه القضاء الأردني، فإن الصعوبات القانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني، ستظهر لنا بشكل جلي لتخلق لنا مشهدًا قانونيًا مثيرًا، وربما متناقضًا في أحوال أخرى.

وسيكون منهجنا في هذا المبحث هو تحليل موقف القانون والقضاء الأردني في هذه المنازعات من منظور وطني، وقواعد دولية، وتقييم هذا الموقف في إطار العلاقات الدولية الخاصة في منازعات تأمين الحوادث المرورية.

(36) انظر المادة (16) من نظام التأمين الإلزامي لسنة 2024.

المطلب الأول

الإطار القانوني للقانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانونية في تأمين حوادث المركبات في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية التي يرتبط بها الأردن

لم يتضمن القانون الأردني أحكامًا خاصة بشأن الاختصاص القضائي الدولي، والقانون الواجب التطبيق على الحوادث المروية التي تقع خارج البلاد، فتُرك تنظيم ذلك للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص الأردني؛ الأمر الذي يستلزم الوقوف على بعض الاتفاقيات الدولية التي يرتبط بها الأردن، وبيان موقف القضاء الأردني في إطار تطبيق أحكام القانون المدني، والقواعد التي تحكم تأمين المركبات في قانون تنظيم أعمال التأمين ونظام التأمين الإلزامي.

وإن سلمنا بموقف القضاء الأردني وحاصله، كما عبرت محكمة التمييز الأردنية[37]: «... إن مصدر الحق المُطالَب به في دعوى الحلول محل المؤمن له، مصدره القانون المدني وليس الفعل الضار وقواعد المسؤولية التقصيرية»، فلن يقطع هذا التحديد كل صعوبة في معرض القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني، ليس فقط في إطار المنازعات الدولية، بل وحتى في المنازعات الوطنية.

وللتدليل على ذلك، نقول إن المؤمن الراجع بطريق الحلول القانوني، لا يقتصر على المؤمنين الأردنيين من شركات التأمين الوطنية، بل يشمل المؤمنين الأجانب – إن تعلق الأمر بتعويض المتضرر في مكان وقوع الحادث خارج البلاد – وكان مرتكب الحادث سائقًا أو مالكًا لمركبة مسجلة ومؤمنة في الأردن. ونعتقد أن الاحتجاج في مواجهته بعدم مسؤولية شركة التأمين الأردنية، استنادًا إلى مجادلة مقررة في نظام التأمين الإلزامي وحاصلها: «عدم مسؤولية شركة التأمين عن الضرر الذي يقع نتيجة استعمال المركبة الأردنية خارج الأردن»، لا يصمد في كل أحوال مواجهة المتضرر الدولي الذي يملك – وفق ما نرى – دعوى مباشرة في مواجهة المؤمن الأردني، أو من يقوم مقامه، تطبيقًا لاتفاقية دولية، مثل اتفاقية تونس 1975، أو غيرها من الاتفاقيات التي يرتبط بها الأردن. ولهذا، فإن منهج تعيين القانون الواجب التطبيق يحتل مكانة في القانون الدولي الخاص بشأن منازعات التأمين للحوادث المروية. وهو الأمر الذي يستلزم فحصًا لهذا القانون

(37) تمييز حقوق رقم 2008/3531، هيئة عامة، تاريخ 26 أكتوبر 2009، وتمييز حقوق رقم 2010/78، تاريخ 13 يونيو 2010، هيئة عامة، وتمييز حقوق رقم 2019/3898، تاريخ 10 يوليو 2019.

على ضوء المعايير المقررة في القانون الدولي الخاص؛ لأن بيان هذه المسائل سيحدد لنا من سيملك لاحقًا حق الحلول القانوني في الرجوع على المسؤول عن وقوع الحادث.

وبعبارة أخرى، إن تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني يستلزم فهم العلاقة بين المتضرر والمؤمن الذي قام بتعويضه. ويظهر الواقع القانوني – كما يُستدَل عليه من الأحكام القضائية – أن القضاء الأردني قد ذهب في العديد من أحكامه، وتطبيقًا لاتفاقية تونس 1975 وتعديلاتها، نحو قبول الدعوى المباشرة ضد المكتب الإقليمي الموحد للمطالبات التأمينية نتيجة الحوادث التي تسبب فيها المركبات الأجنبية في الأردن، أو تلك التي تتسبب فيها المركبات الأردنية في الخارج.

ونتولى بيان هذه المسائل، سواء ما يتعلق بالحوادث التي تتسبب فيها المركبات الأجنبية المؤمنة أصلًا في الخارج، نتيجة الحوادث التي تقع في الأردن، أو تلك التي تتعلق بالحوادث التي تقع في الخارج، وتتسبب فيها المركبات الأردنية.

الفرع الأول

الحوادث التي تقع في الأردن وتتسبب فيها مركبة أجنبية مؤمنة في الخارج

سبق للهيئة العامة لمحكمة التمييز الأردنية[38]، وقبل تعديل قانون تنظيم أعمال التأمين في العام 2021 الذي نص صراحة على إنشاء المكتب الموحد[39]، أن قررت صحة اختصام «الاتحاد الأردني لشركات التأمين[40]»، بحكم أن هذا الاتحاد يمثل المكتب الموحد المنصوص علية في اتفاقية تونس 1975.

وقد تعلقت الدعوى بحادث سير وقع في الأردن، تسببت في وقوعه مركبة قطرية مؤمنة لدى شركة قطر للتأمين – المكتب الموحد القطري للتأمين.

وقد فسرت محكمة التمييزأحكام الاتفاقية بقولها: «يستفاد من اتفاقية تونس 1975 وتعديلاتها أن المكتب الموحد يتلقى المطالبات الناجمة عن حوادث السيارات التي تقع في

(38) تمييز حقوق هيئة عامة 2013/1689 تاريخ 9 أبريل 2014.

(39) تنص المادة (94) من قانون تنظيم أعمال التأمين رقم (12) لسنة 2021 على: أ– تنفيذًا لأحكام اتفاقية بطاقة التأمين الموحدة عن سير السيارات عبر البلاد العربية (البطاقة البرتقالية) يُنشأ بموجب أحكام هذا القانون مكتب إقليمي يسمى «المكتب الموحد»، للقيام بالمهام الواردة في تلك الاتفاقية.

(40) أصبح الاتحاد – بموجب قانون تنظيم أعمال التأمين – متميزًا عن المكتب الموحد.

الدولة الكائن فيها هذا المكتب، وأن المؤمن له يلتزم بالاتصال بالمكتب الموحد وتفويضه في اتخاذ كل الإجراءات اللازمة، وبت أي تعويض يُطلَب منه تسديده، وذلك وفقًا لقوانين التأمين الإلزامي المعمول بها في البلد الذي وقع فيه الحادث، وأنه بموجب المادة (4) من هذه الاتفاقية يقوم المكتب باتخاذ كل الإجراءات لصرف التعويضات المستحقة عن الحوادث، والقيام بالإجراءات نحو المقاصة بين المطالبات، وتسوية الحسابات بين المكاتب الإقليمية التي تنشأ في كل دولة عضو، ويسمى بالمكتب الموحد وفقًا للمادة (3) من هذه الاتفاقية».

واعتبرت محكمة التمييز[41] «أنه يستفاد من المادة (1/3) من اتفاقية تونس 1975 وتعديلاتها، والمادة (13) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المكتب الموحد (الإقليمي) بين شركات التامين الوطنية، أن الاتفاقية قد حددت الموطن المختار بالنسبة إلى شركات التأمين في بلد وقوع الحادث؛ فإذا وقع الحادث في الأردن، فإن المكتب الموحد فيها هو «الموطن المختار» للشركة العراقية المؤمنة على السيارة التي اشتركت في وقوع الحادث».

ويظهر الواقع القانوني قيام المتضررين من حوادث المركبات الأجنبية التي تقع في الأردن، بمخاصمة المكتب الإقليمي الموحد في الأردن، واختصام سائق المركبة الأجنبية ومالكها، واختصام شركة التأمين الأجنبية؛ ففي دعوى تعلقت بحادث سير وقع في الأردن، تسببت في وقوعه مركبة كويتية، ومؤمنة لدى شركة رتاج للتأمين التكافلي في دولة الكويت، أقام المتضرر الدعوى ضد سائق المركبة الكويتي الجنسية، وضد «المكتب الموحد»، وضد الشركة المؤمنة الكويتية، ممثلة من قبل الاتحاد الأردني لشركات التأمين (المكتب الموحد)[42].

وفي دعوى تعلقت بحادث سير وقع في الأردن، وتسببت في وقوعه مركبة عراقية، ومؤمنة لدى شركة التأمين الوطنية في جمهورية العراق، أقام المتضرر الدعوى ضد سائق المركبة، ومالكها، وضد كل من شركة التأمين العراقية، وضد الاتحاد الأردني لشركات التأمين (المكتب الموحد). وقررت محكمة البداية الحكم على المدعى عليهم بالتضامن، فطعن كل من شركة التأمين العراقية، والاتحاد الأردني على الحكم استئنافًا، فردت الدعوى عنهما لعدم الخصومة، بيد أن محكمة التمييز فسخت الحكم وأيدت بعد النقض الأول وإلزام المستأنفين بما حكم به عليهما[43].

(41) تمييز حقوق رقم 2005/197، تاريخ 9 أبريل 2014.

(42) تمييز حقوق رقم 2014/669، تاريخ 8 مايو 2014.

(43) تمييز حقوق رقم 2017/1762، تاريخ 12 يوليو 2017.

وإن كان اختصام شركات التأمين الاجنبية ليس أمرًا شائعًا في كل الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الأردنية، وذلك اكتفاءً بمخاصمة المكتب الموحد الذي يقوم، بموجب الالتزام الدولي المقرر وفق الاتفاقية «بتلقي المطالبات الناشئة عن حوادث سببتها سيارات عربية، وتحمل بطاقة تأمين صادرة عن مكتب عربي موحد، ومنظم للاتحاد العام العربي للتأمين، ولاتفاقية المكاتب العربية الموحدة، وأن التعويضات التي تصدر بها أحكام قضائية مكتسبة الدرجة القطعية، يقوم المكتب الإقليمي الأردني الموحد بتسديد هذه التعويضات دون الرجوع إلى المكتب الموحد المصدر، و/ أو الشركة المصدرة للبطاقة البرتقالية»[44]، وهنا يطرح السؤال التالي، في هذا الصدد، وهو ضمانات المؤمنين الأجانب مصدري بطاقة التأمين الموحدة في الاختصام، والتخويل القانوني المقرر بموجب الاتفاقية الدولية للمكتب الموحد لتلقي المطالبات من المتضررين في أماكن وقوع الحوادث، خاصة في أحوال تقصير المكتب الإقليمي في الدفاع عن مصالحهم في الدعاوى المرفوعة في الأردن.

فالمادة (2) من اتفاقية البطاقة الموحدة البرتقالية (تونس 1975) قد تضمنت النص على أن: «يكون تعويض الحوادث الناجمة عن السيارات وفقا للشروط وبالأوضاع التي يقررها التأمين الإجباري في الدول التي يقع فيها الحادث». ونتيجة لسريان قانون مكان الحادث، فإن القانون الأردني يمنح شركة التأمين حق «الرجوع المباشر» على كل من مالك المركبة المؤمنة لديها، وعلى السائق، في حالات عديدة، لاسترداد ما دفعته للمتضرر، ويتضمن كذلك العديد من النصوص التي تعفي المؤمن من مسؤولياته في مواجهة المتضرر؛ فما ضمانات المؤمن الأجنبي في الدفاع عن مصالحه؟

وفي ذلك، نرى أنه على الرغم من سعي المشرع الدولي إلى ضمان تعويض المتضررين وتسهيل ذلك، إلا أنه من المتصور نشوء النزاعات بين المكاتب الإقليمية والمؤمنين عند إجراء التقاص والرجوع على الشركة الأجنبية مصدرة البطاقة بعد تعويض المتضررين في مكان وقوع الحادث؛ فحتى إن تعلق الأمر بتدابير تضمنتها الاتفاقية الدولية، خصوصًا تلك المقررة في المادة (5) التي تلتزم كل من الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية، بأن تحول إلى الدول الأخرى الأعضاء الأموال المستحقة بعد إجراء المقاصة القانونية، وكذلك التعويضات والمصاريف الإدارية المختلفة نتيجة تطبيق هذا النظام، فإن إمكان نشوء الصعوبات عند الاعتراف وتنفيذ الحكم القضائي الأردني في الدولة العربية التي يوجد فيها مقر شركة التأمين مصدرة البطاقة، قائمة إزاء عدم تضمن الاتفاقية قواعد تكفل الأمن القانوني في مثل هذه العلاقات.

(44) تمييز حقوق رقم 2017/1586، تاريخ 1 يونيو 2017.

وصحيح أن المكتب الإقليمي الموحد ليس بمؤمِّن بالمفهوم الفني، وينحصر عمله في ما حددته الاتفاقية الدولية، وأن أي تسوية أو مطالبة مالية لتعويض المتضررين سيتحملها في نهاية الأمر مرتكب الحادث المؤمن ضد مسؤوليته في مواجهة مؤمنه الأجنبي، وفق مبدأ الحلول القانوني، بيد أنه قد يكون من الضروري مراعاة تدابير الحماية المرتبطة بالتقاضي الدولي، ومن هنا تبرز أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني الدولي.

ومن جهة أخرى، يُثار التّساؤل عما إذا كان لهذا المكتب الموحد الأردني الحق في الحلول القانوني مقام المتضرر بعد تعويضه، والرجوع على المتسبب في وقوع الحادث في الدولة التي سُجِلت فيها المركبة؟

وفي ذلك نرى، أن مهام المكتب هي محددة بموجب اتفاقية دولية، وغايته فقط تلقي مطالبات المتضررين والدفع لهم، والقيام بالإجراءات نحو المقاصة بين المطالبات، وتسوية الحسابات بين المكاتب الإقليمية التي تنشأ في كل دولة عضو في الاتفاقية، فلا يكون له الحق في الحلول القانوني، لاختلاف مركزه القانوني عن المؤمن.

وعلى أي حال، نرى أن هذه الاتفاقية الدولية قد كرست ضابط إسناد مهمًا في القانون الدولي الخاص، يكمن في «أن يكون تعويض الحوادث الناجمة عن السيارات وفقًا للشروط، وبالأوضاع، التي يقررها قانون التأمين الإجباري في الدول التي يقع فيها الحادث»، فهي قد جعلت مكان وقوع الحادث هو المعول عليه بخصوص معدلات ونطاق وحدود المبالغ التي تدفع للمتضررين، وهو أمر بالغ الأهمية في تقرير مقدار ونطاق، وتقادم دعوى الحلول القانوني مستقبلًا في مواجهة مرتكب الحادث.

ومن جهة أخرى، فلن يعتد – من وجهة نظرنا – بأي اتفاق بين المكاتب الإقليمية الموحدة لشركات التأمين العربية في مواجهة الغير (المتضرر) الذي يتلقى الحق في التعويض بموجب التدابير المقررة في الاتفاقية الدولية، وعليه يكون النص الوارد في نظام التأمين الإلزامي السابق للعام 2010 حول مراعاة «الاتفاقيات الخاصة»[45]، بغير قيمة في مواجهة المتضررين، وقد أحسن نظام التأمين الإلزامي الجديد للعام 2024 بإلغاء هذه العبارة.

وأخيرًا، يقرر القانون الأردني حق المتضرر في إقامة دعوى المطالبة ضد «صندوق

(45) تنص المادة (4) من نظام التأمين الإلزامي السابق رقم (12) لسنة2010 على أنه «مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة، بما في ذلك الاتفاقيات الخاصة بالتأمين الإلزامي للمركبات، تخضع لأحكام هذا النظام جميع المركبات، بما فيها المركبات غير الأردنية القادمة إلى المملكة أو المارة فيها».

تعويض المتضررين عن الوفاة والإصابات الجسمانية»، وهي مكنة مقررة للمتضررين من حوادث المركبات قد حُددت أحكامها في قانون تنظيم أعمال التأمين الأردني لسنة 2021. حيث تنص المادة (80) على إنشاء صندوق لتعويض المتضررين عن الوفاة، والإصابات الجسمانية، والأضرار المعنوية الناجمة عنها، ومصاريف العلاج الطبي الناشئة عن حوادث المركبات غير المغطاة بتأمين إلزامي، وذلك في الحالتين التاليتين:

1 – عند عدم وجود عقد تأمين ساري المفعول يغطي المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبة.

2 – عند عدم التحقق من هوية المركبة المسببة للضرر، أو عند عدم معرفة مالك تلك المركبة أو سائقها.

والبيِّن من مطالعة أحكام هذا النص، والنظام الخاص لصندوقه[46]، هو تقرير الحماية للمتضررين عن الوفاة، والإصابات الجسدية، والأضرار المعنوية، ومصاريف العلاج، دون الأضرار التي تلحق بالأموال أو بمالك المركبة أو سائقها.

ونحن نرى أن هذه التدابير وجب ألا تتعلق فقط بالمركبات الأردنية، أو بالمالكين أو السائقين الأردنيين، لتشمل المركبات الأجنبية وفق الحالتين المتقدمتين، والحالات التي تنتهي صلاحية تأمينها في الأردن، مع علمنا بأن نظام التأمين الإلزامي الجديد رقم (52) لسنة 2024 قد تضمن في المادة (18) امتدادًا قانونيًّا لعقد التأمين الإلزامي للمركبة الأجنبية، مادامت هي موجودة في الأردن[47]، ولكن قد يتصور عدم معرفة مرتكب الحادث من الأجانب – عند وقوعه – فيكون للمتضرر أن يقيم الدعوى المباشرة في مواجهة الصندوق، فإن عرف المسؤول عن وقوع الحادث في وقت لاحق، فإن من حق الصندوق أن يمارس الحلول القانوني مقام المتضرر في مواجهة هذا المتسبب في الحادث.

وفي شأن قريب من هذا، قررت محكمة التمييز الأردنية، في حكم تعلق بالرجوع على مالك المركبة المتسببة في الحادث: «... وحيث إن المدعي (الصندوق) يقوم بالدور ذاته الذي تقوم به شركات التأمين في تعويض المتضررين، وقد قام بدفع التعويض للمتضرر من الحادث بسبب الإصابة التي تعرض لها، والذي تسبب فيه سائق المركبة المدعى عليه

(46) انظر نظام صندوق تعويض المتضررين من حوادث المركبات غير المغطاة بتأمين إلزامي رقم (62) لسنة 2023.

(47) تنص المادة (18) على أنه: أ – يعتبر عقد التأمين الإلزامي للمركبة غير الأردنية الموجودة داخل المملكة ساري المفعول حكمًا طوال فترة وجودها فيها.

بسبب مخالفة السائق المذكور قانون السير...، وانتهاء عقد تأمين المركبة الذي يغطي المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبة، فإن من حقه الرجوع على السائق بصفته المتسبب ومالك المركبة بالمبلغ الذي دفعه... وذلك لتوافر شروط الحلول القانوني الواردة في المادة (10) من نظام صندوق تعويض المتضررين»[48].

وإن ظهر لدينا أن القانون الأردني يميز بين أحكام الرجوع المباشر على المالك والسائق، وبين الحلول القانوني للمؤمن الدافع في مواجهة مرتكب الحادث أو مؤمنه، ويقرر هذا الحق في الحلول للمؤمن الدافع من شركات التأمين، ومن في حكمها من الصناديق الأردنية، فإن الصعوبة تظهر بمناسبة الحوادث التي تقع في الخارج، وتتسبب في وقوعها المركبات الأردنية، وهو ما سنتولى تبيانه تاليًا.

الفرع الثاني

الحوادث التي تقع خارج الأردن وتتسبب فيها مركبة أردنية مؤمنة أصلًا في الأردن

من المتصور أن يقع الحادث المروري خارج الأردن، ويتسبب في وقوعه مركبة أردنية مؤمنة أصلًا في الأردن، فما الأحكام القانونية التي قد ترتبط بدعوى الحلول القانوني؟

نواجه في هذه الفرضية حالة وقوع الحادث خارج الأردن من قبل مركبة أردنية مؤمنة في الأردن، ويقودها سائق أردني، فمن سيمارس الحق في الحلول القانوني، وفي مواجهة من في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: أن يقع الحادث خارج الأردن، ويجري اختصام المؤمن الأردني والمكتب الإقليمي الموحد في الأردن أمام المحاكم الأردنية.

الحالة الثانية: أن يقع الحادث خارج الأردن، ويحل المؤمن الأجنبي مقام المتضرر في الرجوع على مرتكب الحادث الأردني الجنسية، أو المقيم فيها، وعلى مؤمنه الأردني (شركة تأمين).

وعلى الرغم من وقوع الحادث خارج الأردن، فإن واقع العمل يظهر ممارسة المحاكم الأردنية الاختصاص القضائي في نظر الدعوى المباشرة التي يقيمها المتضرر الأردني

(48) تمييز حقوق رقم: 2024/8554، تاريخ 31 ديسمبر 2024. تنص المادة (10) من النظام على أن: «يحل الصندوق محل المتضرر في مواجهة أي شخص كان لهذا المتضرر حق في مطالبته، وبمقدار المبالغ المدفوعة من قبل الصندوق للمتضرر».

ضد شركة التأمين الأردنية، وضد غيرها من المسؤولين عن الحادث، كالسائق ومالك المركبة الأردنية (المؤمن له في الأردن). ويؤسس فيها الاختصاص القضائي بالنظر إلى موطن المدعى عليهم في الأردن، أو جنسيتهم الأردنية، فضلًا على موطن شركة التأمين الأردنية، وتسجيل المركبة، ونظام التأمين الإلزامي الأردني الذي يقرر المسؤولية التضامنية للمؤمن له وسائق المركبة المتسببة في الحادث عن أي مبالغ تعويض يُحكَم بها، تزيد على حدود مسؤولية شركة التأمين المقررة بمقتضى أحكام نظام التأمين الإلزامي[49].

وفي المقابل، يظهر الواقع العلمي، واعتمادًا على نظام التأمين الإلزامي الأردني، وعلى بعض الأحكام القضائية المفسرة للاتفاقيات الدولية، لجوء شركات التأمين الأردنية، عند مطالبتها بضمان الأضرار التي تقع في الخارج، إلى التمسك بعدم صحة الخصومة في مواجهتها، وذلك اعتمادًا على نظام التأمين الإلزامي الأردني الذي يقصُر التغطية التأمينة على الأضرار التي تسببها المركبات الأردنية نتيجة استعمالها في الإقليم الأردني، دون تلك التي تقع في الخارج.

والسؤال الجوهري في هذا الصدد، إن قبلنا بهذا التفسير لاتفاقية تونس 1975، أو غيرها من الاتفاقيات التي يرتبط بها الأردن، فهل سيقبل الاحتجاج على المؤمن الأجنبي (الحال بحقوق المتضرر)، والذي تولى تعويض الضرر والدفع للمتضرر، سواء بالدفع المباشر، أو بعد المقاصة بين المكاتب الإقليمية، إن أقام الدعوى في مواجهة مرتكب الحادث الأردني ومؤمنه في الأردن؟ وإن لم يحق له أن يختصم شركة التأمين الأردنية، فهل سيبقى له حق اختصام مالك المركبة وسائقها المسؤولَين عن وقوع الضرر وفق القانون الأردني، على الرغم من وقوع الحادث خارج الأردن؟

لننظر في توجهات القضاء الأردني عبر ملاحظة بعض الدعاوى التي رفعت أمام المحاكم من قبل المتضررين.

وفي هذا الإطار، أقام المتضرر الأردني الدعوى أمام المحاكم الأردنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية في مواجهة شركة أردنية ناقلة تملك المركبة الأردنية، وضد سائقها الأردني، وضد شركة التأمين الأردنية المؤمنة للمركبة التي تسببت في حادث سير وقع في الأراضي السعودية. قررت محكمة البداية، ووفق نظام التأمين الإلزامي الأردني، الحكم ضد المالك، والسائق بالتكافل والتضامن وضد شركة التأمين الأردنية المؤمنة للمركبة.

(49) المادة (14/ب) من نظام التأمين الإلزامي لسنة 2024، وهي تقابل المادة (10/ح) من نظام التأمين السابق (2010).

وفي المرحلة الاستئنافية[50]، تمسكت شركة التأمين بعدم صحة الخصومة في مواجهتها، بحكم أن الحادث قد وقع في السعودية، وأن نظام التأمين الإلزامي الأردني قد قصر سريانه على تأمين الحوادث التي تقع في الأردن. وجدت محكمة الاستئناف، وبعد استعراضها المواد (2) و(4) و(5) من اتفاقية تونس للعام 1975 «أن شركة التأمين الأردنية لا تنتصب خصمًا للمتضرر عن الحوادث التي تقع خارج المملكة، وإنما هو المكتب الإقليمي الموحد...، وأن نظام التأمين الإلزامي يقصر التغطية التأمينة على الحوداث التي تقع في الأردن، وعدم شمولها للحوادث الناشئة عن استعمال المركبة خارج الأردن، وفقًا للنص المقرر في نظام التأمين الإلزامي المتضمن: «لا تترتب على شركة التأمين أي مسؤولية بمقتضى أحكام هذا النظام عما يلي: – الضرر الناشئ عن استعمال المركبه خارج حدود المملكة»[51].

وما يلاحظ هو أن هذا الحكم الاستئنافي قد استند إلى مجموعة من القرارات التمييزية الأردنية المتعلقة بالحوادث التي تحدثها المركبات الأجنبية في الأردن، وهو على خلاف الواقعة موضوع النزاع التي تعلقت بحادث مروري وقع خارج الأردن. وفي مرحلة الطعن لدى محكمة التمييز، لم يقدم الخصم طعنًا بخصوص رد الدعوى عن شركة التأمين الأردنية؛ ليتسنى لنا بيان حقيقة الأمر في هذه الدعوى[52].

والحق أن التفسير الاستئنافي المتقدم يخالف ما جرت عليه تفسيرات أخرى للشأن ذاته؛ حيث يُستفَاد من قضاء محكمة التمييز الأردنية[53] «أنه قد أكد أن المادة (2) من اتفاقية تونس للعام 1975، والتي تنص على أن «يكون تعويض الحوادث الناجمة عن السيارات طبقًا للشروط والأوضاع التي يقررها قانون التأمين الإجباري في الدول التي يقع فيها الحادث»، وأن هذه النص متعلق فقط بتحديد القانون الواجب التطبيق، ولا تتعلق أحكامه بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية».

أما علاقة الاختصاص القضائي، وسبب استشهادنا لهذا الحكم، فهو أمر يرتبط بدعوى الحلول القانوني، ذلك أن المؤمن الدافع للمتضرر، أيًا كان، وطنيًا أو أجنبيًا، سيحل بحقوق المتضرر في مواجهة شركة التأمين المؤمنة على مرتكب الحادث، فيرتبط الحلول القانوني ارتباطًا جوهريًا بالدعوى المباشرة التي يملكها المتضرر في مواجهة المؤمن.

(50) الحكم رقم 3369 لسنة 2021، استئناف عمان الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 2021.

(51) المادة (10/ح) نظام التأمين الإلزامي رقم لسنة 2010 السابق، والمادة (9/ح) من نظام التأمين الإلزامي النافذ المفعول لسنة 2024.

(52) تمييز حقوق رقم 2021/7150.

(53) الحكم رقم 1065 لسنة 2002. وانظر تمييز حقوق رقم: 2012/2943.

وعلى أي حال لننظر في أحكام هذه الاتفاقية، والإشارة إلى غيرها من الاتفاقيات الثنائية، وقواعد القانون الأردني التي طرأ عليها العديد من التعديلات، ونرقب بعضًا من تفسيرات القضاء الأردني.

تضمنت المادة (2) من اتفاقية البطاقة الموحدة (البرتقالية)، وهي (اتفاقية تونس للعام 1975 وتعديلاتها) النص على أن «يكون تعويض الحوادث الناجمة عن السيارات طبقا للشروط، وبالأوضاع التي يقررها التأمين الإجباري في الدول التي يقع فيها الحادث». وتضمنت المادة (4) النص على أن «ينشأ في كل دولة عضو في هذه الاتفاقية مكتب إقليمي يسمى المكتب الموحد، ويقوم بما يلي:

1 – إعداد وتنظيم عمليه إصدار بطاقة التأمين الموحدة واعتمادها.

2 – تلقي المطالبات الناشئة عن حوادث السيارات التي تقع في الدولة الكائن فيها المكتب.

وتنفيذًا للاتفاقية الدولية، تعاطى القانون الأردني مع هذا الأمر عبر العديد من المراحل:

– اعتبار الاتحاد الأردني لشركات التأمين هو المكتب الموحد – كما سبق لنا بيانه – وفق اجتهاد الهيئة العامة لمحكمة التمييز[54].

– تضمن نظام المكتب الموحد للتأمين الإلزامي للمركبات الجديد رقم 51 لسنة 2024، الصادرة بموجب قانون تنظيم أعمال التأمين للعام 2021 النص في المادة (3) على أن يتولى المكتب الموحد المهام التالية:

1 – القيام بالمهام المنصوص عليها في اتفاقية بطاقة التأمين الموحدة عن سير السيارات عبر البلاد العربية (البطاقة البرتقالية) لسنة 1975 وتعديلاتها، بما في ذلك ما يلي:

- إعداد وتنظيم عملية إصدار بطاقة التأمين الموحدة واعتمادها.
- تلقي الطلبات الناشئة عن حوادث السيارات التي تقع في المملكة الأردنية الهاشمية.

(54) تمييز حقوق هيئة عامة 2013/1689 تاريخ 9 أبريل 2014. انظر المادة (93) من قانون تنظيم أعمال التأمين رقم 12 لسنة 2021، والتي جعلت من الاتحاد الأردني لشركات التأمين المُنشأ بموجب أحكامه هو الخلف القانوني والواقعي للاتحاد الأردني لشركات التأمين المُؤسَّس بمقتضى قانون تنظيم أعمال التأمين رقم 33 لسنة 1999 وتعديلاته. وتعتبر شركات التأمين وشركات إعادة التأمين جميعها أعضاء في هذا الاتحاد حكمًا.

- اتخاذ الإجراءات اللازمة لصرف التعويضات المستحقة عن الحوادث.
- القيام بالإجراءات اللازمة لإجراء المقاصة بين المطالبات وتسوية الحسابات بين المكاتب الإقليمية العربية.

ومن الواضح، وفق البند الثاني من هذا النص، أن مهام المكتب الموحد في الأردن، قد حُدِّدت في تلقي المطالبات بشأن الحوادث التي تتسبب فيها المركبات، ولكنه قد قصر تلقي المطالبات الناشئة عن حوادث السيارات التي تقع في الأردن، ويستوي في ذلك أن تكون المركبة المتسببة في الحادث مسجلة في الأردن أو كانت أجنبية، بحكم أن المركبة الأجنبية مشمولة بسريان قواعد التأمين الإلزامي وفق الاتفاقية الدولية، ونظام التأمين الإلزامي في الأردن[55]. وفي المقابل لم يجعل من مهام المكتب تلقي المطالبات الناشئة عن حوادث المركبات الأردنية التي تقع في الخارج، وعلى خلاف ما جرى عليه الاجتهاد القضائي في الأردن وتفسيراته للاتفاقية، من تقرير صحة اختصام المكتب الموحد، كما سبق بيانه.

- وتضمن نظام التأمين الإلزامي الجديد رقم 52 لسنة 2024 النص صراحة على أن لا تترتب على شركة التأمين أي مسؤولية بمقتضى أحكام هذا النظام في أي من الحالات التالية:
  - الضرر الناجم عن استعمال المركبة خارج حدود المملكة.
- كما تضمن النظام في المادة (14) أن: «للمتضرر مطالبة شركة التأمين مباشرة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به وفقًا لأحكام هذا النظام والتعليمات الصادرة بمقتضاه، ولا تسري بحقه الدفوع التي يحق لشركة التأمين التمسك بها تجاه المؤمن له».

فيظهر من تتبع التعديلات التشريعية التي طرأت بخصوص أنظمة التأمين ضد حوادث المركبات في الأردن، سعي شركات التأمين في الأردن، الممثلة بالاتحاد العام لشركات التأمين، نحو قصر تغطيتها التأمينية على الحوادث التي تقع في الأردن، من دون أن يجاوزها نحو تغطية الحوادث التي تتسبب فيها المركبات الأردنية في الخارج؛ مما يطرق الحاجة نحو بيان موقف القضاء الأردني في حماية المتضررين نتيجة الحوادث التي تقع خارج الأردن، وتتسبب فيها المركبات الأردنية.

(55) تنص المادة (3) من نظام التأمين الإلزامي رقم 52 لسنة 2024 على أن: – تسري أحكام هذا النظام على جميع المركبات الموجودة في المملكة، بما فيها المركبات غير الأردنية القادمة إلى المملكة أو المارة بها.

ومن جهة أخرى، سعي شركات التأمين نحو تقييد صلاحيات المكتب الموحد في تلقي المطالبات الناشئة عن الحوادث التي تقع في الأردن، من دون أن يجاوزها إلى الحوادث التي تقع خارج الأردن؛ فما الحكم المقرر إزاء الإشكال التي سيقع في معرض التعاطي مع الحوادث التي تقع في الخارج، وتتسبب فيها المركبات الأردنية، وفيما إذا كانت هذه النصوص تخالف الأحكام المقررة في الاتفاقية الدولية، وتدابير حماية المتضررين الأردنيين نتيجة الحوادث التي تقع في الخارج، وعلى نحو ما جرى عليه الاجتهاد القضائي في الأردن وتفسيراته لأحكام الاتفاقية.

والحق أنه قد سبق للقضاء الأردني – في معرض الدعاوى التي تقام بشأن مطالبات التعويض للحوادث التي تقع خارج الأردن، وقبل التعديلات التي جرت في العام 2024 – أن تعاطى مع مثل هذا الشان بموجب تفسيراته للاتفاقية، ولنظام التأمين الإلزامي السابق لعام 2010، والمتضمن ذات الحكم المقرر بشأن «استعمال المركبة خارج الأردن»، ولكن أحكامه تفاوتت بشأن هذه المسألة.

ففي الدعوى التي أُقامها المتضرر (وهو سائق أردني، نتيجة حادث سير تسببت فيه مركبة أردنية خارج البلاد) في مواجهة شركة التأمين الأردنية التي أصدرت بطاقة التأمين الموحدة، أن جادلت شركة التأمين بنصوص المادتين (2) و(4) من اتفاقية تونس 1975، لطلب رد الدعوى في مواجهتها لعدم الاختصاص القضائي الدولي، وأكدت محكمة التمييز الأردنية أنه: «... ولا يرد القول إن مكان وقوع الحادث هو خارج الأردن، وإن بطاقة التأمين البرتقالية ينحصر سريانها خارج حدود الأردن؛ لأن هذا الأمر لا يغير من القاعدة المنصوص عليها، سواء في المادة (36)، أو المادة (43) من قانون أصول المحاكمات المدنية، والتي حددت اختصاص المحاكم الأردنية»[56].

وفي حكم لها قررت محكمة التمييز «أن بطاقة التأمين موضوع الدعوى تصدر وفق اتفاقية بطاقة التأمين الموحدة عن سير المركبات عبر البلاد العربية، وتحديدًا الدول العربية الموقعة على الاتفاقية، ومنها الأردن... وأن الاتفاقية أصبحت نافذة، بحكم القانون، بعد تصديق الأردن عليها، وبالتالي فإن القانون المدني ونظام التأمين الإلزامي لا يسري على الدعوى»[57].

(56) تمييز حقوق رقم 2002/1065، تاريخ 27 يناير 2002. تُعيِّن هذه النصوص الاختصاص القضائي بشأن دعاوى الحقوق الشخصية، والدعاوى المتعلقة بالمنقولات، للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الشخص المؤمن عليه، أو مكان المال المؤمن عليه. وبشأن الدعاوى المتعلقة بطلب التأمين يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الشخص المؤمن عليه، أو مكان المال المؤمن عليه.

(57) تمييز حقوق رقم 2012/2943

ومؤدى هذا التفسير أن المتضرر إنما يستمد حقًا مباشرًا في الدعوى المباشرة بموجب القانون الدولي الذي يوجب أن يعطل أحكام أي عقد، أو نظام، أو قانون وطني يتعارض مع أحكامه. ولا يُردُّ علينا أن المادة (2) من الاتفاقية التي تنص على أن «يكون تعويض الحوادث الناجمة عن السيارات وفقًا للشروط والأوضاع التي يقررها قانون التأمين الإجباري في الدول التي يقع فيها الحادث»، قد قيّد سريان الاتفاقية وفقًا لمتطلبات وتدابير القانون الداخلي من حيث الخصومة والقانون الواجب التطبيق؛ لأننا نعتقد أن تقييد هذا النص بالقانون الداخلي قد ينطوي على إهدار قيمته القانونية، وتجريده من مبرراته في تسهيل تعويض المتضررين عن حوادث المركبات عبر الحدود... وهو فضلًا على ذلك قد فُسِّر من قبل محكمة التمييز[58] بقولها: «إن البطاقة البرتقالية قد وجدت أصلًا لضمان الأضرار خارج حدود المملكة الأردنية الهاشمية»، وإن النص قاصر على «تحديد القانون الواجب التطبيق حين تقدير قيمة التعويض...، ووجب ألا ينزع الاختصاص القضائي من المحاكم الأردنية لتمكين المتضررين من مطالبة شركات التأمين الأردنية أو المكتب الإقليمي الموحد الكائن في الأردن».

وقد يُردُّ علينا بأن المادة (4) من الاتفاقية، والتي تبيِّن مهام المكتب الإقليمي، خاصة في البند (2)، والتي تنص على أن من مهام المكتب الإقليمي «تلقي المطالبات الناشئة عن حوادث السيارات التي تقع في الدولة الكائن فيها المكتب»، يرد علينا بأن الاتفاقية قد قيّدت الاختصاص القضائي للمكتب في الدعاوى التي تتعلق بالمكتب في مكان وقوع الحادث، دون المكتب الذي يقع في الدولة التي سجلت فيها المركبة وجرى التأمين عليها. فنقول إن الاتفاقية لم تنص على إنشاء مكتب وطني، وإنما استخدمت عبارة «المكتب الإقليمي»، وجعلت من مهامه إجراء المقاصة بين المطالبات وتسوية الحسابات بين المكاتب العربية. وهي عمليًا بين المكتب الذي يقع في الدولة التي تسجل فيها المركبة ويجري التأمين عليها، وتصدر فيها بطاقة التأمين الموحد، والمكتب الذي يقع في الدولة التي وقع فيها الحادث، وأصدر أو اعتمد البطاقة التأمينية. فما قيمة هذا النص إن جعلنا من «المكتب» مجرد مكتب وطني تمامًا للمكاتب الوطنية في التأمين الداخلي، ومن غير تقرير التضامم – على الأقل – بين المكاتب الإقليمية العربية.

مؤدى ذلك أننا نتمنى أن يكون للمتضرر الحق في اختيار أيٍّ من المكتبين، وفق خياره، للتقدم بمطالبته إليها، سواء بالتراضي أو عبر الدعوى القضائية التي تحميها؛ لأن المكتب ليس شركة تأمين وطنية مهمتها ممارسة أعمال التأمين، بل هو من يمثل، ويندرج تحت لوائه – في كل دولة – شركات التأمين التي تتولى ممارسة أعمال التأمين؛ فيكون

(58) تمييز حقوق رقم 2010/3193، تاريخ 27 يناير 2011.

للمتضرر أن يطالب أيًّا من المكاتب الإقليمية وشركات التأمين التي أصدرت البطاقة، أو صدرت لمصلحتها، ثم تتولى المكاتب وشركات التأمين الرجوع بينها ووفق القانون الذي يحكم دعواها؛ فالمهم هو حماية المتضرر الذي هو من الغير، والواجب ألا تسري مواجهة أي اتفاقات بين المكاتب أو شركات التأمين الأردنية والعربية.

وعلى أي حال، إن جرى تعويض المتضرر من قبل المؤمن الأجنبي في بلد وقوع الحادث، فإننا نرى أن له الرجوع بطريق الحلول على المسؤول عن وقوع الحادث في الأردن، ويكون القانون الواجب التطبيق هو مكان وقوع الحادث، وتحقق الضرر الأولي؛ ليحكم دعوى الحلول في مواجهة المسؤول عن وقوع الحادث، وإن تمسكت شركة التأمين بعدم مسؤوليتها عن الحوادث التي تقع خارج الأردن؛ فسنكون إزاء مقابلة الاتفاقية الدولية في مواجهة نص في القانون الداخلي، ويسمو فيها القانون الدولي على القانون الوطني، ولا نعتقد بجدوى الاحتجاج بالقانون الأردني لتعطيل أحكام اتفاقية دولية.

والجدير بالذكر القول إن الأردن يرتبط بالاتفاقية العربية لتنظيم نقل الركاب على الطرق بين الدول العربية وعبرها لسنة 2016، حيث تنص المادة (2) من هذه الاتفاقية على سريان أحكامها على نقل الركاب (العام، والخاص، والسياحي) على الطرق انطلاقًا ووصولًا إلى أراضي أي من الأطراف المتعاقدة بوسائل النقل أو مرورًا عبرها.

كما تنص المادة (4) من الاتفاقية ذاتها على إلزام سائقي وسائل النقل بحيازة الوثائق التالية عند قيادتهم مركباتهم في أراضي أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى: «... 3ـ وثيقة تأمين على المركبة تغطي الرحلة من بدايتها وحتى نهايتها، تشمل المسؤولية المدنية تجاه الغير والسائق والركاب، وتكون صادرة من إحدى شركات التأمين المعتمدة في بلد العبور، وبلد الوصول الأطراف في هذه الاتفاقية».

والبين من هذه الاتفاقية أنها تتطلب صدور بطاقة تأمين للمسؤولية المدنية تجاه الغير والسائق والركاب، ولكنها لا تقطع كل إشكال قد يقع نتيجة التفسير بالمقصود بـ «بلد العبور»، وما إذا كان يشمل بلد الانطلاق أم لا؛ فالاتفاقية تحرص على أن تكون وثيقة التأمين معتمدة في بلد العبور وبلد الوصول؛ ما يستتبع تقرير أن تكون المركبة مؤمنة في بلد الانطلاق، حتى إذا دخلت المركبة إقليم دولة عربية أخرى، فإن على سائقها أن يظهر أنها مؤمنة لتغطية الرحلة عبر بلد العبور وفي بلد الوصول، وسواء أكانت وثيقة التأمين صادرة من شركة التأمين في بلد تسجيل المركبة (بلد الانطلاق)، وهنا قد نكون إزاء صدور البطاقة البرتقالية وفق اتفاقية تونسن (1975) وتعديلاتها، أو بموجب صدور وثيقة تأمين ملحقة ببلد تسجيل المركبة لتغطية الرحلة عبر بلد المر، من خلال

إعادة تأمين المركبة في بلد العبور، أو إعادة تأمينها في بلد الوصول، إن كانت المركبة لا تحمل أصلًا بطاقة تأمين برتقالية.

والحق أن تعدد الاتفاقيات الجماعية والثنائية، هو ما يترك فرصًا للاختلاف بين التدابير المقررة بشأن دعاوى المسؤولية، في مواجهة شركات التأمين في بلد تسجيل المركبة الأردنية، إن تسببت المركبة في حادث مروري خارج الأردن، خاصة على نحو ما أوردناه بشأن النصوص المقررة في أنظمة التأمين الإلزامي الأردنية التي تعكس رغبة الشركات الأردنية في قصر تغطيتها التأمينية تجاه الغير والدعاوى التي تحميها على الحوادث التي تقع نتيجة استعمال المركبة في الأردن دون تلك التي تقع خارج الأردن.

ومن وجهة نظرنا، لا نرى تعارضًا بين هذه الاتفاقية واتفاقية البطاقة الموحدة (اتفاقية تونس 1975)؛ فالتغطية التأمينة المقررة بموجب اتفاقية البطاقة الموحدة، حرصت على حماية المتضررين من الغير، من دون أن تتعدى إلى البضائع والأموال؛ فهي الأكثر خصوصية بشأن المتضررين من الغير، وهي ملزمة للدول المتعاقدة. ولعل تفسير بلد العبور المذكور في الاتفاقية العربية لتنظيم نقل الركاب على الطرق بين الدول العربية وعبرها لسنة 2016، لتشمل بلد الانطلاق، يحتل أهمية بارزة.

فبموجب المادة (5) من الاتفاقية ذاتها، والتي تنص على أنه «يجب أن تكون عمليات النقل الخاضعة لأحكام هذه الاتفاقية مغطاة بتأمين من بداية الرحلة حتى نهايتها، على أن يكون صادرًا من إحدى شركات التأمين المعتمدة في دول العبور والوصول»؛ فبموجب هذا النص يجب أن يكون التأمين صادرًا من شركة تأمين، وتكون وثيقة التأمين معتمدة في بلد العبور وبلد الوصول، ولنقُل إن الرحلة كانت بين الأردن ودولة مجاورة جغرافيًا، ومن غير توسط بلد عربي آخر، فلن نكون في هذه الفرضية إلا أمام بلد انطلاق وبلد وصول، ويكون عدم النص صراحة على وجوب صدور وثيقة التأمين في بلد تسجيل المركبة في الاتفاقية مبنيٌ على قرينة أنها مغطاه تأمينيًّا في بلد التسجيل (الانطلاق)؛ ما يجعل من هذه الاتفاقية تقرأ مع اتفاقية البطاقة الموحدة، وتؤكد عليها.

ويرتبط الأردن بالعديد من الاتفاقيات المتعلقة بتنظيم النقل البري للبضائع والركاب[59]، وهي اتفاقيات تحرص على تطبيق القواعد والقوانين الداخلية، وتشترك جميعها في وجوب التغطية التأمينية لمركبات النقل الخاص والسياحي والعمومي ضد الغير والسائق والركاب، ولكنها قد تتفاوت بشأن بعض التفاصيل المتعلقة بجهة إصدار

(59) انظر مثلًا: اتفاقية تنظيم النقل البري الدولي للركاب والبضائع بين الأردن والكويت لسنة 2002، واتفاقية تنظيم عمليات النقل البري على الطرق للركاب والبضائع بين الأردن والسعودية لسنة 2001.

وثيقة التأمين، وما إذا كان يجب صدورها من قبل شركة التأمين في بلد تسجيل المركبة أو في بلد العبور أو الوصول؛ ما يثير صعوبات بشأن المختصمين في الدعاوى، ويضع الاتفاقيات الأخرى موضع التطبيق. والبيِّن من العديد من الاتفاقيات أنها تتطلب صدور وثيقتي تأمين: الأولى لتغطية الضرر الذي يلحق بالغير من غير الركاب في الدولة التي يقع فيها الحادث، والثانية وثيقة تأمين ضد الأضرار التي قد تلحق بركاب المركبة في أثناء الرحلة.

ومن جهة أخرى تشير الاتفاقية الأردنية التركية، إلى وجوب أن تصدر وثيقة تأمين ركاب المركبة في بلد «تسجيل المركبة»[60]، وهو ضابط إسناد مهم من ضوابط الإسناد المقررة دوليًا، كما هي الحال في اتفاقية لاهاي 1971 الدولية، وقواعد «روما 2» في القارة الأوروبية، ويجعل من شركات التأمين الأردنية ملزمة بقبول دعوى المتضرر المباشرة، أو دعوى المؤمن الأجنبي الدافع الذي حل بحقوق المتضرر بعد قيامه بتعويضه.

وحاصل ذلك جميعًا، هو أن دعوى الحلول القانوني الدولية للمؤمن (الدافع) يجب أن تفهم في إطار دعوى المتضرر من الغير في مواجهة المسؤول عن وقوع الحادث، وتبعًا لقانون موقع الحادث من جهة، ومن جهة أخرى في إطار القانون الذي يحكم علاقة مرتكب الحادث مع مؤمنه؛ فإن أقام المتضرر الدعوى في مواجهة شركة التأمين الأردنية التي أمنت على مسؤلية المركبة (ضد الغير)، فإن لشركة التأمين الأردنية الرجوع على مالك المركبة وسائقها وفق نظام التأمين الإلزامي الأردني إن تحققت الحالات المنصوص عليها.

ويصبغ على دعواه وصف دعوى «الرجوع»[61]، ويحكم قانونها بقبول الدعوى، ومقدار الرجوع، وتقادمه. ومع هذا التحديد، فإن قواعد قانون المرور في بلد وقوع الحادث، والحكم الجزائي الأجنبي، وهو معترف به في الأردن[62]، سيضيفان بعدًا آخر في المشهد القانوني. وإن أضفنا إلى هذا كله ما تقرره المادة (2) من اتفاقية تونس 1975، وحاصلها سريان قانون التأمين الإجباري في مكان الحادث على تعويض المتضرر، والمادة (22) من القانون المدني، والتي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، وحاصلها سريان قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام؛ فسنكون ربما أمام حالة استبعاد القانون الأردني كليًا.

(60) انظر المادة (19) من الاتفاقية الأردنية التركية لتنظيم نقل الركاب والبضائع لسنة 1988.

(61) في التمييز بين الرجوع المباشر والحلول، انظر تمييز حقوق رقم 2022/9168، تاريخ 18 يونيو 2023.

(62) انظر تمييز حقوق رقم 2021/1832، تاريخ 10 يوينو 2021.

وفي المقابل، نعتقد أنه إذا قام المتضرر في موقع الحادث (خارج الأردن) بمطالبة مؤمنه (والمفترض أنها شركة تأمين في بلده)، وأدى هذا المؤمن التعويض إلى المتضرر، فإن لهذا المؤمن أن يحل مقام المتضرر بدعوى الحلول القانوني في مواجهة مرتكب الحادث (مركبة أردنية)، وشركة التأمين الأردنية المؤمنة عليها، للمطالبة بما أداه للمتضرر وفقًا للقانون الواجب التطبيق في «مكان وقوع الحادث»، وهو القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية بين المتضرر ومرتكب الحادث، فما لا يصلح الاحتجاج به على المتضرر، لا يصلح الاحتجاج به على المؤمن الحال بحقوقه وفق مبدأ الحلول القانوني الدولي.

وعليه، فلا مناص من تقرير أن موقف القضاء الأردني من تقرير أن مصدر الحلول القانوني، وإن بدا متأثرًا بالتعاطي مع الحلول المقررة وفق المنازعات الوطنية، وحاصله «أن مصدر الحق المُطالَب به في دعوى الحلول محل المؤمن له مصدره القانون المدني، وليس الفعل الضار، وقواعد المسؤولية التقصيرية»، قد لا يصمد في التقاضي الدولي في منازعات الحلول القانوني المستندة إلى اتفاقية دولية، أو قانون أجنبي واجب التطبيق.

ونتولى تاليًا تقييم موقف القضاء الأردني من القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني، وما إذا كان موقفه يتماشى مع معايير الحماية والأمن والتيقن القانوني للمتقاضين.

المطلب الثاني

موقف القضاء الأردني من القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني في ضوء القواعد القانونية الواجبة التطبيق

أمَا وقد ظهر لنا – في المطلب السابق – من يملك الحق في الحلول القانوني ويمارس دعواه، فإننا سنتولى في هذا المطلب تقييم موقف القضاء الأردني من القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني من حيث: المصدر القانوني لممارسة حق الحلول القانوني، والقانون الواجب التطبيق على مقبولية دعواه، ومقدار الحقوق التي يمكن الحلول بها، وتقادم دعواه.

الفرع الأول
في مصدر الحلول القانوني وشرائط قبول دعواه

المتفحص لأحكام القضاء في الأردن، يلمس أن قضاء محكمة التمييز الأردنية قد اتجه، وعلى نحو مستقر، إلى تقرير أن دعوى الحلول القانوني هي محكومة بالمادة (926) من القانون المدني، ومن غير اعتبار للعلاقة القانونية الأصلية التي أنشأت التزام مرتكب الحادث بتعويض الضرر، وسواء قُرِّرت المسؤولية المدنية بموجب إخلال بالتزام تعاقدي[63]، أو بالتزام غير تعاقدي.

وفي ذلك، قررت الهيئة العامة لمحكمة التمييز أنه «... من المستقر قضاءً، بمقتضى المادة (926) من القانون المدني، أن مصدر الحق المُطالَب به في دعوى الحلول محل المؤمن له مصدره القانون المدني، وليس الفعل الضار وقواعد المسؤولية التقصيرية»[64]، أي أن المستفاد من هذا الاتجاه، أن المحكمة تعتبر أن الحلول القانوني إنما هو حق خاص يقرره القانون، ولعل ما يبرر الاستخلاص، على هذا النحو، هو أن محكمة التمييز الأردنية قد أخضعت تقادمه لأحكام التقادم طويل الأجل (15 سنة) كما سنرى تاليًا.

ومع هذا الاستقرار، فقد وجدنا اتجاهًا آخر قد ذهب في قرار تمييزي على نحو مغاير[65]، وهو الاتجاه الذي نؤيده بحق؛ حيث قررت المحكمة، في حكم لها، أن «... المستفاد من المادة (926) من القانون المدني، أن دعوى الحلول هي دعوى قد خوّل القانون بموجبها شركة التأمين أن تحل محل المؤمن له بما دفعته من ضمان عن ضرر في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قِبَل من تسبب في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن. أي أن العلاقة بين المؤمن له ومن تسبب في الضرر هي علاقة ناشئة عن فعل ضار، وأن شركة التأمين، وبموجب مسؤوليتها في عقد التأمين، ملزمة بدفع بدل الأضرار التي لحقت بالمركبة المؤمنة لديها، ولما كان من شروط الحلول أن تكون شركة التأمين قد أوفت بمبلغ الضمان المقدر عن الضرر الذي لحق بمركبة المؤمن له (لا حلول إلا بعد الوفاء[66])، وأن يملك المؤمن له دعوى المسؤولية بمواجهة المتسبب في الضرر، وألا يكون المتسبب في

(63) تمييز حقوق رقم 2018/7269، تاريخ 13 يناير 2019.

(64) سبقت الإشارة إليه. وانظرفي التفرقة بين طلبات الإدخال في الرجوع، وبين الحلول القانوني، قرار الهيئة العامة رقم 2022/4028، تاريخ 24 نوفمبر 2022.

(65) تمييز حقوق رقم 2018/7071، تاريخ 30 ديسمبر 2018.

(66) انظر تمييز حقوق 2011/1483 هيئة عامة، تاريخ 22 سبتمبر 2011.

الضرر من أصول أو فروع المؤمن له، أو من أزواجه أو أصهاره، أو ممن يكونون معه في معيشة واحدة.

ولما كان ذلك، وكان الثابت أن شركة التأمين قد قامت بدفع المبلغ المتفق عليه في العقد، وذلك عن الأضرار التي لحقت بالمركبة المقصودة بالدعوى استنادًا إلى مسؤوليتها العقدية، وبما أن الدعوى التي يملكها المؤمن قِبَل مَنْ تسبب في الضررالذي نجمت عنه المسؤولية تنحصر بمقدار الضرر الفعلي والحقيقي الذي لحق بمركبته، على اعتبار أنها ناشئة عن الفعل الضار، فإن حق شركة التأمين ينحصر في قيمة الضرر الفعلي الذي لحق بالمركبة المؤمنة لديها، وليس بمبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين التكميلي المتفق عليه بينها وبين المؤمن له».

ومن الواضح أن هذا الحكم قد أخذ في اعتباره أن الحلول لا يكون إلا بما يملكه المتضرر في مواجهة المسؤول عن وقوع الضرر من جهة، ومن جهة أخرى الأخذ في الاعتبار حماية المسؤول عن وقوع الحادث، فلا يرجع عليه بأكثر مما يحكم بشأن المسؤولية في التأمين الإلزامي – ضد الغير – في مواجهة المتضرر؛ فيقطع هذا الاتجاه كل فرصة لمحاباة المتضرر من قبل مؤمنه، على حساب المسؤول عن وقوع الحادث ومؤمنه.

ولعل ما عبرت عنة محكمة التمييز في حكم آخر صدر أخيرًا [67]، يؤكد بوضوح ما نسوقه من أن المؤمن لا يحل بأكثر مما يملكة المتضرر، ليس فقط من حيث القيمة، بل في الدعوى وأساسها القانوني، وشروط قبولها، ووسائل دفعها. وفي ذلك تقرر المحكمة أنه «... مما يقتضي ابتداءً إثبات مسؤولية المسؤول عن حصول الضرر، كما أنه يشترط لحلول شركة التأمين محل المتضرر حلولًا قانونيًا لمطالبة المتسبب في الحادث بما دفعته له للمضرور، وفقًا للمادة (926)... أن يملك المؤمن له المضرور دعوى مسؤولية، يرجع بها على الغير المسؤول المتسبب في الحادث؛ بما يعني أن لهذا الأخير دفع الدعوى بالدفوع ذاتها التي له حق إثارتها في مواجهة المتضرر».

وعلى هذا، فإننا نتمنى على الهيئة العامة لمحكمة التمييز الرجوع عن اجتهاد الهيئة العامة السابق، والذي يؤسس المصدر القانوني للحلول القانوني وفق ما سبق بيانه، ليكون مصدر الحلول القانوني هو القانون الذي يحكم علاقة المتضرر بالمسؤول عن وقوع الحادث.

(67) تمييز حقوق رقم 2024/1484، تاريخ 8 أغسطس 2024.

الفرع الثاني

في مقدار الحقوق التي يمكن الحلول بها

ويشير تباين مقدار القيم والمبالغ التي يحل بها المؤمن الدافع على المسؤول عن ارتكاب الضرر وعلى مؤمنه، نقاشًا في القانون الدولي الخاص؛ فهل يحل المؤمن بكامل ما أداه للمتضرر إن تقرر هذا الأمر بموجب الحكم القضائي في دعوى المتضرر المباشرة في مواجهة المؤمن؟ إن كان الأمر يتعلق بحكم قضائي، فقد لا يكون في حاجة، في بعض الأحوال، إلى إعادة التقدير إن كانت التزامات الأطراف محكومة بقانون واحد، مادام التعويض يتوافق مع ما يقرره القانون الذي يحكم التزام المسؤول في مواجهة المتضرر.

بيد أن الصعوبة تكمن في أحوال أن يكون التقدير في بلد وقوع الحادث أعلى من قيمته في موطن المتسبب في وقوع الضرر، أو في موطن مؤمنه، خاصة في الأحوال التي يحدد فيها قانون المؤمن معدل التعويضات بأسقف محددة، ويسمح بالرجوع بالبقية التعويض المقدر على مالك المركبة وسائقها.

ومن هنا، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني، هو العامل الحاسم في هذا الشأن. ومن جهة أخرى وعلى سبيل التدليل، فإن أمر تحديد معدل الفائدة على المبالغ المالية المحال بها، والتي ستعد من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون المحكمة التي تفصل في النزاع، أم ستُعد من المسائل الموضوعية التي يحكمها القانون الواجب على الحق الموضوعي؟ وهي في الواقع لاتزال تثير العديد من الصعوبات في المنازعات الدولية[68]؛ لتشهد على إشكاليات القانون الواجب التطبيق في إطار دعوى الحلول القانوني.

وعلى أي حال، فقد تفاوتت الأحكام القضائية الأردنية بشأن مقدار الحقوق المالية التي يمكن للمؤمن الحال أن يطالب بها في دعوى الحلول القانوني بوجه عام، وفيما إذا كان يستلزم إعادة طرح التقدير في حساب المبالغ المقبوضة من المتضرر؛ فنجد أن بعض الأحكام القضائية قد قررت ألا حاجة إلى إجراء خبرة جديدة لتقدير المطالبة[69]، وأن من حق المؤمن الرجوع بكامل المبلغ الذي أداه للمتضرر وفق البينة التي قدمها[70]. وبعضٌ من الأحكام القضائية، قد ذهبت نحو تقرير وجوب مراجعة المبلغ، بحكم أن دعوى

(68) See: Ugljesa Grusic, "English Court of Appeal Rules on the Rome II Regulation," EAPIL Blog, 2024, available at University College London Publications, last accessed: 18/2/2025.

(69) تمييز حقوق رقم 2024/3470، تاريخ 31 يوليو 2024.

(70) تمييز حقوق رقم 2020/1255، تاريخ 8 يوليو 2020.

الحلول كوسيلة قانونية للمؤمن، لا تعني صحة المطالبة بالمبلغ المدفوع من قبل شركة التأمين حكمًا؛ إذ لا بد من التثبت من توافر كامل شروط الدعوى في مواجهة المتسبب في الضرر، ووسيلة ذلك البحث في طبيعة الحق الذي للمؤمن له في ذمة المتسبب بوقوع الضرر، والدفوع حوله، وتقرير حق المتسبب في وقوع الضرر، أن يثير الدفوع المتعلقة بهذا الحق، والتي يُحتَج بها على المؤمن له فيما لو باشر المؤمن له الدعوى بنفسه[71].

وفي ذلك تقرر محكمة التمييز في حكم لها أنه «... لا بد من إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية بمواجهة المدعى عليها بالتعويض عن الضرر وفقًا لأحكام المادة (256) من القانون المدني من فعل ضار وضرر وعلاقة سببية»[72]. ونجد أن من الأحكام ما كرس صراحةً التأكيد على «الصفة التعويضة» في التأمين، والواجب أن يقيّد بالضرر «الفعلي» الذي لحق بالمتضرر؛ ففي حكم لها[73]، قررت محكمة التمييز «... أن التأمين عن الأضرار المادية تسوده الصفة التعويضية، وهذه الصفة من النظام العام، وتقتضي أن يكون التعويض مساويًا تمامًا للضرر... حيث إن شركة التأمين تحل محل المتضرر، فإنها تكون محكومة بالقاعدة نفسها في دعوى الرجوع، ويجب أن يكون التعويض مساويًا للضرر الفعلي وفقًا لأعدل تقدير».

ثالثًا: في تقادم دعوى الحلول وبدء حسابه

يثير التقادم إشكالية في القانون الدولي الخاص، ومرد ذلك إلى أن تقرير القانون الواجب التطبيق على التقادم هو أمر يتباين في الأنظمة القانونية؛ فمن الدول ما تعتبر التقادم مسقطًا للحق، ومنها ما تعتبره مانعًا من موانع سماع الدعوى، ويمارس بصورة دفع إجرائي يجب التمسك به في مرحلة مبكرة من نظر الدعوى وقبل الدخول في أساسها وسماع بيناتها[74]. وتتباين التشريعات في تنظيم مدد التقادم وحالات وقفه وانقطاعه. وأكثر من ذلك، ووفق القواعد العامة المقررة في القانون الدولي الخاص، يثير التقادم أمام القضاء الوطني مسألة جوهرية في إطار تكييف «التقادم» ذاته، وفيما إذا كان يعتبر من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون المحكمة التي تنظر النزاع[75]، أم يعد مسألة موضوعية تخضع للقانون الموضوعي الذي يحكم الدعوى موضوعًا؟ وهو ما يكشف عنه التكييف في إطار قواعد القانون الدولي الخاص التقليدي.

(71) تمييز حقوق رقم 2021/4586، تاريخ 29 نوفمبر 2021.

(72) تمييز حقوق رقم 2022/7090، تاريخ 6 أبريل 2023.

(73) تمييز حقوق رقم 2023/9535، تاريخ 17 أبريل 2024.

(74) انظر المادة (109) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(75) انظر المادة (23) من القانون المدني الأردني.

وبعبارة أخرى وعلى نحو خاص، يثير التقادم صعوبة ليس فقط بشأن القانون الواجب التطبيق على تكييفه، والذي يخضع – في أغلب الدول – لقانون القاضي أخذًا بنظرية الفقيه هنري بارتن[76]، بل يثير صعوبة حتى في إطار التكييف الداخلي لقانون دولة القاضي، بين اعتباره مسألة موضوعية أو مسألة إجرائية.

ولذلك، وفي إطار المنازعات المتعلقة بالتأمين على المركبات، وتحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني، فإن الركون إلى قانون القاضي لن يكون حاسمًا في تقرير سماع الدعوى إن تمت إثارة التقادم والتمسك به أمام محكمة الموضوع. والأمر لا يختلط علينا في إطار التفرقة بين التمسك بالتقادم وسلوك طريقه الإجرائي، وبين مضمون التقادم من حيث مدده وحالات قطعه ووقفه وأثره القانوني على الحق الموضوعي؛ ففي التقاضي أمام القضاء الوطني تخضع قواعد الإجراءات لقانون المحكمة التي تنظر الدعوى، ويعين قانون المحكمة الإجرائي موعد وإجراءات تقديم طلب لرد الدعوى لعلة التقادم، وواجبات المحكمة إزاء هذا الطلب، خصوصًا إن كانت ستوقف السير في الدعوى، والنظر في هذا الطلب لرد الدعوى، أم ستقرر ضمه إلى ملف الدعوى والسير به ضمن إجراءات الدعوى الأصلية، والفصل فيه بنتيجة الحكم فيها.

وفي هذا المقام تبرز أهمية ضبط القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني الدولي أمام القضاء الأردني. ولعل تقرير مصدر الحلول القانوني هو العامل الحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم التقادم، والذي نرى أنه من مسائل الموضوع وليس الإجراءات. والسبب يكمن في تباين الدعاوى التي تحكم التقادم في معرض التقاضي للمنازعات الناجمة عن الحوادث المروية أمام المحاكم الأردنية؛ فتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)، قد حدد في القانون الأردني، بمرور (3) سنوات (المادة (272) ق. مدني)، والشأن ذاته في دعاوى التأمين في مواجهة المؤمن (3) سنوات (المادة (932) ق. مدني)، وفي تقادم مطالبة صندوق تعويض المتضررين، المشار إليه سابقاً، قد حدد بسنة واحدة، والتقادم في الالتزامات التجارية قد حدد بسقف أعلى مقادرة (10) سنوات، ما لم يعين القانون مهلة أقصر (المادة (58) ق. التجارة). أما التقادم الطويل، فقد حُدِّد أجله في القانون المدني بمرور (15) سنة (المادة 449).

والحق أن اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في اعتبار أن دعوى الحلول القانوني مصدرها القانون المدني، وأنها محكومة بالتقادم الطويل (15 سنة)[77]، يخلق حالة من

(76) انظر المادة (11) من القانون المدني الأردني.

(77) تمييز حقوق رقم 2008/3531 هيئة عامة، تاريخ 26 أكتوبر 2009. وهيئة عامة رقم 2010/78، تاريخ 13 يونيو 2010.

حالات الإخلال بالتوازن بين المتقاضين، ويجعل المسؤول عن وقوع الحادث في مركز أكثر قسوة من مركزه في علاقته مع المتضرر؛ فهل من المقبول أن يكون تقادم دعوى المتضرر في مواجهته بـ (3) سنوات، في حين أن تقادم دعوى المؤمن الحال والراجع عليه أو على مؤمنه، إن كان له مقتضى، يحكم بـ (15) سنة، وهو يمارس دعوى الحلول بحقوق المتضرر بعد أن قام بتعويضه!

أما بشأن ميعاد بدء التقادم، فإن المُعوَّل عليه هو تاريخ الوفاء الكلي للمتضرر بدفع التعويض، فلا رجوع إلا بعد وقوع الضرر، ودفع التعويض[78].

وفي الختام، فإن وجوب إخضاع التقادم لنظام موحد، هو ما سيسهم في تحقيق الأمن القانوني، ويحقق التوازن بين المصالح المتعارضة في مثل هذا النوع من المنازعات المعقدة، وفي سبيل ذلك، لا بد من العودة إلى الأصل، وهو المصدر القانوني للحلول، وقانونه الواجب التطبيق.

(78) تمييز حقوق رقم 2017/4313، هيئة عامة، تاريخ 31 ديسمبر 2017.

الخاتمة

إن صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني تعزى إلى تعدد وتنوع القواعد القانونية التي تحكم المسؤولية، وتعدد أطرافها، وتنوع مصادرها، إضافة إلى تعدد قواعد الإسناد فيها. وإن فعالية القانون الوطني، سواء تلك التي تتعلق بالقواعد العادية أو قواعد التطبيق المباشر، تتقيّد بأحكام وتدابير القانون الدولي الذي تقررها الاتفاقيات الدولية.

وفي معرض تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني، فينبغي أن يخضع الحلول القانوني للقانون الذي يحكم علاقة المتضرر بالمسؤول عن وقوع الضرر في مكان وقوع الحادث وتحقق الضرر الأولي، كما هو مقرر في القارة الأوروبية. ويُعد هذا التوجه مهمًّا لتحقيق التوافق وتعزيز القدرة على التنبؤ بنتائج هذا النوع من المنازعات متعددة الأطراف.

وبما أن الحلول القانوني ليس وسيلة لتحويل الحقوق بشكل يضيف مزيد من المزايا للمؤمن، بل هو آلية لنقل الحقوق وبالمعايير الزمنية والموضوعية نفسها التي كانت تنطبق على المتضرر؛ فمن الواجب ألا يمنح الحلول القانوني للمؤمن الراجع حقوقًا تتجاوز تلك التي كان يتمتع بها المتضرر في علاقته مع مرتكب الحادث، فلا يكتسب المؤمن أكثر مما كان يمكن أن يمتلكه المتضرر في مواجهة مرتكب الحادث؛ فيكون للمدين (مرتكب الحادث) الاستفادة من كل وسائل الدفاع المتاحة له – في علاقته مع المتضرر – في مواجهة المؤمن الراجع عليه بطريق الحلول القانوني.

وفي النتيجة أن المؤمن لن يتمكن من الإفلات من قواعد التقادم الخاصة بدعوى المتضرر الأصلية في مواجهة المسؤول عن وقوع الحادث. وأن من شأن هذا التوجه أن يسهم في الحفاظ على وحدة النظام القانوني، وضمان التوازن بين حقوق المدين (مرتكب الحادث)، والدائن (المتضرر)، والتسريع في تعويض المتضررين.

أولًا: النتائج

1 – إن القضاء الأوروبي، والفرنسي، يعتمد القانون الذي يحكم العلاقة بين المتضرر والمسؤول عن الحادث كقانون واجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني الدولي، مؤكدًا أن دعوى الحلول يجب ألا تمنح المؤمن حقوقًا تجاوز حقوق المتضرر في علاقته مع المسؤول عن وقوع الحادث، سواء من حيث قيمة المطالبات المالية أو مدد تقادمها.

2 – إن اعتبار مصدر الحلول القانوني في القانون الأردني هو «القانون المدني»، وفق المادة (926)، هو موقف منتقد أشد الانتقاد، بحكم أنه يُخضع تقادم دعوى الحلول لقواعد تختلف عن دعوى المسؤولية التقصيرية، وهي المصدر القانوني لالتزام المتسبب في تعويض الضرر؛ ما يضع المسؤول عن وقوع الحادث في دعوى الحلول القانوني في موقف أكثر قسوة، مقارنةً بعلاقته مع المتضرر.

3 – يُعتبر مكان وقوع الحادث، وفقًا لاتفاقية لاهاي للعام 1971، وقواعد «روما 2»، واتفاقية تونس 1975، والقانون المدني الأردني (المادة 23) الضابط الأساسي لتحديد النظام القانوني الذي ينبغي أن يحكم الحلول القانوني، فهو الواجب أن يحدد الأساس القانوني للحق في الحلول، وقبوله، ومقداره، وتقادم دعواه.

4 – تحقق قواعد «روما 2» يقينًا قانونيًّا؛ من خلال تفسيرها الموحد عبر محكمة العدل الأوروبية((CJUE، بينما تبقى اتفاقية لاهاي للعام 1971، والاتفاقيات العربية الأخرى، عرضةً لتفسيرات متباينة في القضاء الوطني في الدول المنظمة لهذه الاتفاقيات.

5 – إن القيود المقررة في نظام التأمين الإلزامي الأردني، بشأن مسؤولية شركة التأمين الأردنية عن استعمال المركبة الأردنية خارج الأردن، قد لا تصمد أمام التدابير القانونية المقررة بموجب الاتفاقيات الدولية التي تحكم دعوى المتضرر المباشرة في مواجهة شركة التأمين الأردنية، وبالنتيجة في مواجهة المؤمن الحال بحقوق المتضرر.

ثانيًا: التوصيات

1 – دعوة القضاء الأردني إلى توحيد الاجتهاد القضائي الذي يحكم العلاقات القانونية الناشئة عن الحوادث المرورية، سواء بالنسبة إلى الحوادث التي تقع داخل الأردن أو خارجه.

كما ندعوه إلى الاستفادة من التدابير المقررة في القضاء الأوروبي والمقارن، باعتبارها من مبادئ القانون الدولي الخاص لسد النقص في قواعد الإسناد الأردنية، على نحو ما تجري عليه المادة (25) من القانون المدني الأردني.

2 – إيمانًا بدور القضاء في التفسير القانوني، وإكمال دور المشرع وفق ديناميكية إيجاد الحلول المُتكيّفة في العمل القضائي، وهي ميزة يتميز بها النظام الأنجلوسكسوني، فإننا نوصي القضاء الأردني بالرجوع عن الاجتهاد

القضائي الذي يجعل مصدر الحلول القانوني مستقلًا عن مصدره الأساسي، وأن يعتمد القانون الذي يحكم العلاقة بين المتضرر والمسؤول عن الحادث كقاعده إسناد بشأن القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني في التقاضي الدولي لحوادث المركبات.

3 – وبالتناوب، وعطفًا على التوصية السابقة، ندعو المشرع الأردني – إن وجد ذلك مناسبًا – وضع قواعد إسناد خاصة بشأن القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني في التأمين الدولي، والاستفادة من القانون الأوروبي بشأن القانون الواجب التطبيق على الحوادث المرورية عبر الطرق.

4 – نوصي بحماية مرتكب الحادث في دعوى الحلول القانوني من أي تسويات ودية بين المتضرر والمؤمن، وأن تجري إعادة تقدير قيمة تعويض الضرر في دعوى الحلول وفق القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية للمسؤول عن الحادث، وبشكل يضمن التوازن بين مصالحه ومصالح المتضرر. ويمكن التفكير في الحل المقرر في المادة (132) من القانون الدولي الخاص السويسري، وحاصلها منح الأطراف إمكان الاتفاق على تعيين قانون القاضي لحكم النزاع.

5 – مطالبة جامعة الدول العربية بتوحيد القواعد القانونية الخاصة بتأمين المسؤولية عن حوادث الطرق، وإنشاء محكمة عربية مختصة لتفسير الاتفاقيات العربية، وإصدار اتفاقيات محدثة تواكب التطورات.

قائمة المراجع

A- En français

- Andrea Bonomi, Accidents de la circulation à l'étranger: Questions choisies de droit international privé. Bern: Stämpfli Editions SA, 2014.
- Charlotte Rochat, «En présence d'un élément d'extranéité, quelle loi définit l'assiette du recours subrogatoire du tiers payeur ?", La Gazette du Palais, Les Petites Affiches, no. 113, (June 22, 2016).
- Cyril Nourissat, «Le champ d'application du règlement 'Rome II'", In Le règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, edited by S. Corneloup and N. Joubert, 14, LexisNexis, 2008.
- M. Ehrenfeld, Les Petites Affiches (LPA), October 29, 2014.
- "L'accident de la circulation comportant un facteur d'extranéité: focus sur la subrogation", L'Argus de l'Assurance, January 20, 2016.
- Legrand, Véronique, «Loi applicable à l'action de l'assureur contre le responsable d'un accident de la circulation: application de la convention de La Haye du 4 mai 1971", Acte-Juridique, May 10, 2023.
- Rostan d'Ancezune, Vladimir, «Sur la prescription de l'action du tiers subrogé selon la CJUE", Decideurs Juridiques, July 19, 2024.
- Sabine Corneloup, Conflits de lois en matière d'indemnisation du dommage assuré, Revue critique de droit international privé, 2016.
- Vincent Heuzé, «Le droit international privé du contrat d'assurance", In Traité de droit des assurances, T.3 Le contrat d'assurance, edited by J. Bigot, 2nd ed. LGDJ, Paris, 2014.

B- In English

- Csongor István Nagy. «The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with Some Room for Forum Shopping – How So?", Journal of Private International Law, Vol.6, No.1, (2010).

- H.R. Flinn. «Case Comments. Subrogation – Insured Must Be Paid in Full for Loss Before Insurer Is Entitled to Subrogation Against Tortfeasor", Memphis State University Review, Vol.10, (1979).
- Jenny Papettas, «Direct Actions Against Insurers of Intra-Community Cross-Border Traffic Accidents: Rome II and the Motor Insurance Directives", Journal of Private International Law, Vol.8, No.2, (2012(.
- Maria Carolina Nita, «The Law Applicable to Cross-Border Traffic Accidents", In International Conference Education and Creativity for a Knowledge-Based Society, 2015.
- Thomas Kadner Graziano, «The Rome Regulation and The Hague Conventions on Traffic Accident and Product Liability - Interaction, conflicts and future perspective, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR), 2008.
- Ugljesa Grusic, «English Court of Appeal Rules on the Rome II Regulation", EAPIL Blog, 2024.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	579
المقدمة	581
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني في القانون الدولي الخاص الفرنسي	585
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني وفق اتفاقية لاهاي للعام 1971 وقواعد «روما 2» المطبقة في دول الاتحاد الأوروبي	585
المطلب الثاني: موقف القضاء الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني على ضوء اتفاقية لاهاي 1971 وقواعد «روما 2»	587
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني قبل العام 2023	588
الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانوني بعد العام 2023 وموقف محكمة العدل الأوروبية	596
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على دعوى حلول المؤمن في القانون الدولي الخاص الأردني	602
المطلب الأول: الإطار القانوني للقانون الواجب التطبيق على دعوى الحلول القانونية في تأمين حوادث المركبات في القانون الأردني والاتفاقيات الدولية التي يرتبط بها الأردن	603
الفرع الأول: الحوادث التي تقع في الأردن وتتسبب فيها مركبة أجنبية مؤمنة في الخارج	604
الفرع الثاني: الحوادث التي تقع خارج الأردن وتتسبب فيها مركبة أردنية مؤمنة أصلًا في الأردن	609

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: موقف القضاء الأردني من القانون الواجب التطبيق على الحلول القانوني في ضوء القواعد القانونية الواجبة التطبيق	619
الفرع الأول: في مصدر الحلول القانوني وشرائط قبول دعواه	620
الفرع الثاني: في مقدار الحقوق التي يمكن الحلول بها	622
الخاتمة	626
قائمة المراجع	629

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

الملخصات العربية للبحوث الإنجليزية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الخامسة عشرة - العدد 1 - العدد التسلسلي 57

جمادى الآخرة - رجب 1448هـ - ديسمبر 2026م

نظام قانوني قديم لسفن جديدة: تعديل طفيف في النظام القانوني الحالي لاستيعاب تشغيل السفن ذاتية القيادة(*)

د. طلال العدواني
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بحث مدى توافق الإطار القانوني الدولي القائم مع التدخلات المستحدثة للذكاء الاصطناعي في تشغيل السفن البحرية السطحية ذاتية القيادة (MASS). تبدأ الدراسة بتعريف وتصنيف هذه السفن، وتحديد الأسس التكنولوجية المرتبطة بها، مع تصنيفها وفقًا لمستويات الاستقلالية المختلفة التي أقرتها المنظمة البحرية الدولية (IMO). وتُشير قواعد «لاهاي» و«لاهاي–فيزبي» إلى أن السفن – سواء كانت مُدارة من بُعد، أو ذاتية القيادة بالكامل – يمكن أن تستوفي معيار «صلاحية الملاحة (seaworthiness)»، من خلال إيلاء العناية الواجبة عند اختيار وصيانة أنظمة ومعدات الذكاء الاصطناعي الموثوقة.

وفي أثناء الرحلة البحرية، تتشابه السفن غير المأهولة وذاتية القيادة مع السفن التي يعمل على متنها طاقم بشري، وذلك لاعتمادها على أنظمة قوية وموثوقة لإدارة الشحنات، تتولى مهمات، مثل: ضبط درجات الحرارة، ومراقبة استقرار السفينة.

وفي الوقت ذاته، تبرز الحاجة إلى وجود أنظمة احتياطية لتعويض غياب الطاقم البشري الذي يتولى، عادةً، أعمال الصيانة أو الإصلاح. ويتمثل التحدي الأكبر الذي تواجهه السفن ذاتية القيادة في خضوعها لتشريعات صُمِّمت – في الأساس – لتنظيم السفن التقليدية التي يديرها البشر. وتُظهر نتائج الدراسة تحولًا جوهريًّا في المسؤولية؛ حيث تنتقل من عاتق مالكي السفن إلى مصممي ومطوري الأنظمة، وذلك في ظل التوسع في استخدام التقنيات ذاتية القيادة؛ لذا ثمة حاجة إلى إجراء تعديلات إضافية على الأطر القانونية القائمة، والتي تعتمد على مبدأ الخطأ في تحديد المسؤولية؛ لتتمكن من معالجة قضايا المسؤولية القانونية بشكل ملائم.

كلمات دالة: الذكاء الاصطناعي، السفن ذاتية القيادة، السفن البحرية السطحية ذاتية القيادة (MASS)، الإطار القانوني، صلاحية الملاحة.

(*) تاريخ تقديم البحث: 24 مارس 2024 وتاريخ قبوله: 18 أبريل 2024

Table of Contents

Subject	Page
Abstract	41
1. Introduction	43
2. AI in relation to autonomous ships	43
2.1 The importance of autonomous ships	46
3. Regulatory challenges under the private maritime law; carriage of goods by sea law	47
3.1 Seaworthiness obligation under the Carriage of Goods by Sea law	47
3.2 The obligation to take reasonable care of the cargo under the carriage of goods by sea law	52
4. The regulatory challenges of public maritime law	54
4.1 Collision liabilities	57
4.2 Shifting of liability	59
4.3 The way forward	60
5. Conclusion	60
Bibliography	62

our%20insights/brave%20new%20world%20container%20transport%20in%202043/brave-new-world-container-transport-in-2043.pdf.

- IMO, International Maritime Organisation, "IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships" (25 May 2018) https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-mass-scoping.aspx.
- IMO: IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships: https://www.maritime-executive.com/article/imo-takes-first-steps-to-address-autonomous-ships.
- International Maritime Organisation, "IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships" (25 May 2018) https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-mass.
- Norwegian Forum for Autonomous Ships (NFAS) "Definitions for Autonomour Merchant Ships", (10 Oct. 2017) https://nfas.autonomous-ship.org/wp-content/uploads/2020/09/autonom-defs.pdf.
- Y. Bain, Yara Birkeland, Leclanche Battery System, Prepares for Commercial Operation, (8th Dec. 2021), cited in https://www.leclanche.com/yara-birkeland-worlds-first-100-electric-and-autonomous-e-container-ship-fully-powered-by-a-leclanche-battery-system-prepares-for-commercial-operation.

- Priftis, Parametric Design and Multi-Objective Optimisation of Container-ships. Ocean Eng. 2018, 156.
- R Veal and M Tsimplis, The Integration of Unmanned Ships into the Lex Maritima [2017] LMCLQ 303.
- Robert Veal, Unmanned Ships and the International Regulatory Framework, Journal of International Maritime Law, Vol. 23, Iss.100, (2017).
- T. Aladwani, Effect of Shipping Standards on Seaworthiness, 3 European Journal of Commercial Contract Law, Vol.3, Iss.2, (2011).
- T. Aladwani:
  - Ship Building Contracts, Gulf Legal Advisor in Lexis Middle East, by Nexis Lexis Publisher, 2020.
  - The Supply of Containers and Seaworthiness- The Rotterdam Rules perspective, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.42, Iss.2, April 2011.
  - Vessel / Maritime Law, Gulf Legal Advisor, LexisNexis Middle East, 2020.
- Christoph A. Thieme, Ingrid Bouwer Utne, and Stein Haugen, evaluates the applicability of existing ship risk models to Marine Autonomous Surface Ships (MASS), Ocean Engineering, Vol.165, (2018).
- V. Mitchell, Should a vessel be faulted for failing to carry radar?, Indiana Law Journal, Vol.41 iss.3, (1966).
- Weigel, The Future is Now: Unmanned Surface Vessels and Their Impact on the Maritime Industry, Benedict's Maritime Bulletin, Vol.15, Iss.4, (2017).

C- Online resources

- A Commercial Reality Check for Autonomous Shipping in (Seatrade Maritime, 2018). Available online: https://www. seatrade-maritime. com/asia/commercial-reality-check-autonomous-shipping-2018.
- C. Fenton, Brave New World? Container Transport in 2043, TT Club/ Mckinsey&Company, cited in https://www.mckinsey.com/~/media/ mckinsey/industries/travel%20logistics%20and%20infrastructure/

Bibliography

A- Books

- B. Custers edt., Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice, Springer, 2022.
- B. Soyer edt., Disruptive technologies, climate change and shipping, Informa law, 2022.
- Center for Cyber Security, Threat Assessment: The Cyber Threat Against Operational Systems on Ships, 1st edn. Danish Defence Intelligence Service, April 2020.
- European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD).
- G. Soares, C. & Teixeira A.P. (Eds.), Maritime Transportation and Harvesting of Sea Resources, Taylor & Francis, 2018.
- L. Elkins et al., The Autonomous Maritime Navigation (AMN) Project: Fields Tests, Autonomous and Cooperative Behaviours, Data Fusion, Sensor, and Vehicles, J. Field Robotics, 2010.
- T. Aladwani, A comparative study of the obligation of due diligence to provide a seaworthy vessel under the Hague/Hague-Visby Rules and the Rotterdam Rules, Giuffre Publisher, 2015.
- Tetley, W. Marine Cargo Claims, 4th edn, Editions Yvon Blais, 2008.
- UNCTAD, Review of Maritime Transport 2018, United Nations, New York, 2018.

B- Journal Articles

- B Eder, Unmanned vessels, challenges ahead, [2019] LMCLQ 47.
- L. Kretschmann, Analyzing the Economic Benefit of Unmanned Autonomous Ships: An Explora-tory Cost-Comparison between an Autonomous and a Conventional Bulk Carrier (Res. Transp. Bus. Manag., 2017).

new protocols and understanding the limitations of the technology. A 'sound system' must have duplicate systems to handle failures, without any human interventions.

By analyzing international conventions, such as UNCLOS, COLREGs, and CLC, the definition of ship or vessel applies to remote and autonomous ships equally. However, some provisions in the above-mentioned conventions were designed without considering the use of artificial intelligence in the development of ships. This poses challenges for the operations of remote and autonomous ships.

It is widely believed that the current legal regimes concerning conventional ships may not be fully applicable to autonomous and remote ships. Therefore, it is necessary to clarify the international legal status of remote or autonomous ships so as to resolve the potential legal issues that may arise while using remote or autonomous ships. The uncertainty surrounding the application of the current regime to remote and autonomous ships gives rise to numerous questions that would need to be resolved through judicial interpretation. It is clear that amendments to the current regime are necessary to ensure a reasonable certainty in the law.

ascribed to more remote parties, perhaps system designers and maintainers. Liability will take a form similar to product liability, signifying significant departure from the present system.

4.3 The way forward

If there are no changes in the law, it can still be applied to an unmanned context, although adjustments would need to be made for STCW training and watchkeeping requirements. The liability regime would also shift since human involvement would be in a different phase of the process. However, or the regulatory system to function effectively, it requires a favorable interpretation by the courts, which is not guaranteed, especially concerning a particularly tortuous interpretation.

Some kind of legislation would therefore be beneficial, even if it is only to provide developers with a reasonable degree of certainty regarding the requirements. The ideal approach for autonomous and remotely controlled vessels is to establish their own set of rules(68). On the other hand, there will be a period of coexistence between manned and unmanned ships, as long as leisure vessels continue to be piloted by humans and are unconstrained, as they are now, as to the freedom they can enjoy in their use of the oceans. It may therefore be more practical to adapt existing regulation to the new situation, as much as possible, and initiate actions to ensure reasonable certainty regarding the law.

5. Conclusion

The shipping industry is entering an innovational phase, with the adoption of AI technology. With respect to the carriage of goods by sea, both remote and autonomous ships can ensure their seaworthiness, without the need for a crew on board, from the moment they leave the loading port until they reach the discharge port. However, operating the systems of remote ships still requires the proficiency of a crew, particularly to handle emergency situations. On the other hand, owners of autonomous ships must be rather proactive by conducting risk assessments in all of the operational aspects of their ships, and selecting a reputable developer to ensure the seaworthiness of the ship.

Taking proper care of the cargo is an ongoing obligation, which may require adjustments in remote cargo handling practices. This includes adopting

(68) Eg, B Eder, Unmanned vessels, challenges ahead, [2019] LMCLQ 47, p.56.

insisting that safe speed actually depends on the peculiar circumstances of each case, e.g. whether the ship is fitted with modern means of navigation(65).

Without the latest machinery being fitted on board autonomous ships, the court might render the autonomous ships at fault for not proceeding at a safe speed as per the COLREGs, due to failure of fitting the latest technology in the market to assist autonomous ships to navigate. Nonetheless, the expectation to carry the latest technological machinery could only be predicated upon a deviation from the standard of correct action supplied by the custom and good seamanship, of which standards are unpredictable(66).

4.2 Shifting of liability

The problems associated with civil liability may be even more significant than those posed by regulation. With increased autonomy, there is a likelihood that the liability will shift away from shipowners, to the makers and designers of systems, for ensuring product liability. The working mechanisms of such a shift are currently not clear, but in the UK, product liability is strict and unlimited. Such a regime will present a significant departure from the current mechanism in place.

The Hague-Visby Rules contain provisions related to fault, such as Articles III (1) and III (2), as previously discussed, (67) along with the so-called nautical fault exception, which shields the carrier from liability for any "[act], neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship". At present, shipowners can be held liable in tort for collisions and other acts of negligence.

These actions are also fault-based, with the primary fault in question being attributed to the master and crew. If robots assume crew roles, the locus of fault will shift away from the ship's operational level, will determine how fault-based actions will function in an unmanned context. However, there is currently no relevant solution to this uncertainty.

What is clear is that as we move towards a greater degree of automation, concepts of fault will be interpreted differently. Any fault is more likely to be

(65) See Skibs A/S Siljestad v. S/S Mathew Luckenbach, 215 F. Supp. 667, 679 (S.D.N.Y. 1963), the judge has stated that "[We] are content to follow the rule obtained by Congress which is the final analysis is a relative one and depends on the peculiar circumstances of each case".

(66) See, V. Mitchell, Should a vessel be faulted for failing to carry radar?, (1966, Vol 41 issu 3) 522, p. 534-535

(67) [1961] AC 807; [1961] 1 Lloyd's Rep 57 (HL).

raise appropriate flags or display appropriate lights, for a vessel not liable to warn ships in close vicinity(64).

The claimant (the carrier of the autonomous ship) must prove exercising due diligence to provide a seaworthy vessel by "equipping" the ship with the mandatory machinery. Nonetheless, related conventions like SOLAS and COLREGs, may require enforced fitting of the required emergency mechanism on board the autonomous ship.

Alternatively, even in the absence of the supporting provisions in the related conventions, the courts may equally apply the approach used in the case of the Eurasian Dream and declare autonomous ships unseaworthy. In the Eurasian Dream, the court held that the ship was unseaworthy for, inter alia, insufficient equipment, i.e. walkie-talkie and fire extinguishers, despite the number and quality of such equipment being in compliance with SOLAS requirements.

It can be argued that without statute or regulations, the carriage of the latest invented machinery mandatorily may not hold the carrier liable for damages caused by a failure to have the latest machinery that is not mandated by regulations. The court only considered the seaworthiness of the ship based on the prevailing industry practice at the time of the voyage.

This implies that ships may not necessarily need to be equipped with latest cutting-edge technology as long as the general practice at the time of the voyage did not adopt it. For example, in the 1960s, while the radar was newly available, it was not necessarily to be fitted in a ship in order to be considered seaworthy, despite its use in collision avoidance. It is safe to say that having regulations requiring ships to carry new equipment on board autonomous ships to compensate for the absence of crew on board or in case of failure of the remote system is a better approach in case of contradictory approaches from different jurisdictions.

Another reason for incorporating new provisions in the regulations is that the courts may change their interpretation of the current regulations, for example, what is the safe speed for autonomous ships under the COLREGs. One court in the past has attempted to overcome the confusion partially by

(64) In a fully networked system, ships would know the status of other ships, and there would be no need for flags or lights, but such a system will be impracticable for the foreseeable future, even if it is possible at all.

In other cases, a more tortuous interpretation would be required, to accommodate ships that are fully autonomous with no crew at all. These ships would struggle to comply with any of the provisions mentioned earlier, unless (in the case of COLREGS) they are also fully network-connected, and hence able to detect the location of other vessels (something we cannot expect to see in the foreseeable future).

However, the provision outlined by the STCW Convention poses a greater challenge(61). It states that, when deciding the composition of the watch on the bridge, factors like "at no time shall the bridge be left unattended"(62), and the officer in charge of the navigational watch shall "in no circumstances leave the bridge until properly relieved" must be taken into account(63). Interpreting such provisions to work in a remote-controlled environment is possible, though making it barely a natural interpretation. Such provisions would surely make full autonomy impossible, however, unless amended.

4.1 Collision liabilities

Addressing other issues while going forward with a higher degree of autonomy is mandatory. There is a general issue under COLREGS regarding the action to be taken if the control or communication with the autonomous ship (and hence control, unless the vessel is autonomous) is lost. The situation will be more complicated if the ship's communication or control with the autonomous ship is lost while in close vicinity with other ships or near to the port or shore.

There is a dispute that an autonomous ship acts as the give-way vessel in a crossing situation where there is a risk of collision, but due to disrupted control or communication, it fails to take action to ensure clarity of the manned stand-on vessel until collision is entirely inevitable. A possible solution to the question as to how will casualty investigation approach a collision between the two ships would be to inquire whether the autonomous vessel is fitted with a certain mechanism that will automatically activate the emergency alarm

(61) International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers 1978, which establishes minimum basic requirements on an international level.

(62) Article 17 of the International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers 1978, establishes minimum basic requirements on an international level.

(63) Article 23 of the International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers 1978, establishes minimum basic requirements on an international level.

If unmanned or autonomous ships are considered within the definition of ships, particularly in terms of general regulatory structure, there are certain provisions that do not make much sense in an unmanned context. This is of course not surprising, since they were originally drafted with a traditional crew in mind. In some cases, the provisions are ambiguous and open to interpretation to make sense.

For example, UNCLOS[55], Article 94 requires every flag state to "take such measures … as are necessary to ensure safety at sea with regard … to … the seaworthiness of ships, manning of ships, labor conditions and the training of crews, … [and] the use of signals, the maintenance of communications and the prevention of collisions"[56]. Measures are required to ensure that "each ship is in the charge of a master and officers who possess appropriate qualifications, in particular in seamanship, navigation, communications, and marine engineering, and that the crew is appropriate in qualification and numbers for the type, size, machinery and equipment of the ship"[57].

While these provisions assume an onboard master and crew, they can still be interpreted to make sense when ships are remotely controlled. Similarly, SOLAS (the Safety of Life at Sea Convention)[58] requires that "all ships shall be sufficiently and efficiently manned" by the carrier[59], the duty to supervise ships complying with such obligation needs to be discharged by the flag state.

COLREGS Rule 5 requires every vessel to "maintain a proper look-out by sight as well as by hearing as well as by all available means appropriate in the prevailing circumstance and conditions so as to make a full appraisal of the situation and of the risk of collision" at all times[60]. These provisions could reasonably be adapted to control vessels remotely, at least with respect to COLREGS if the controller has access to ship cameras and microphones. However, it remains uncertain whether the courts would adopt a beneficent interpretation, thus implicating a case for clarification.

(55) United Nations Convention for the Law of the Sea.

(56) Article 94(3) of the United Nations Convention for the Law of the Sea.

(57) Ibid, Article 94(4)(b).

(58) SOLAS sets minimum safety standards in the construction, equipment, and operation of merchant ships. See T. Aladwani, Ship Building Contracts, (Gulf Legal Advisor in Lexis Middle East, by Nexis Lexis Publisher, 2020), pp.3 & 5.

(59) See above subsection Seaworthiness obligation under the Carriage of goods by sea law.

(60) Rules 5 of the Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 (COLREGS) adoption on 20 Oct 1972; Entry into force on 15 July 1977.

its subsections. It has also been noted that UNCLOS (United Nations Law of the Sea Convention) applies to ships and vessels interchangeably, without providing a precise definition for either(53).

On the contrary, the International Salvage Convention 1989 applies to vessels "or any other property in danger …". A vessel is defined as "any ship or craft, or any structure capable of navigation", but the property is defined as including "any property not permanently and intentionally attached to the shoreline". This definition could potentially include unmanned or autonomous crafts.

If it is determined that unmanned or autonomous vessels do not fall under the definition of ships, a significant portion of Admiralty law would not apply to them. The British Merchant Shipping Act 1995 defines a "ship" under section 313, which includes every description of vessel used in navigation(54), and this definition will certainly apply to anything specified in the 1995 Act, including oil pollution liability, and COLREGS. Whether navigation implies human operatives on board remains unanswered by the cases, so it cannot be ruled out. A major complication arises due to the uncertainty of provisions that were drafted with the assumption of traditional crews on board, which may not be applicable to an entirely different scenario.

(53) R Veal and M Tsimplis, The Integration of Unmanned Ships into the Lex Maritima [2017] LMCLQ 303, 317. It has been stated that unmanned ships (rather than autonomous ships) can be regarded as ships under the UNCLOS. In this, see Robert Veal, Unmanned Ships and the International Regulatory Framework, Journal of International Maritime Law, Vol.23, (2017), pp.100, p.107.

(54) A similar definition stated under Article 1 of Kuwait Law No. 28/1980 provides that «a vessel means, by the provision of this law, any seaworthy structure (object) normally operating or intended to operate in maritime navigation even if not for profit.» The definition embraces two elements for any structure to fall within the definition of a vessel. First, it must be seaworthy. This means that the structure must be fit to withstand the perils of the sea. The standard of seaworthiness, which is determined by the international shipping industry, varies for each vessel depending on the size, type, and navigable water. Second, another main element in considering the vessel›s legal definition is that it be specialized in marine navigation. What is inferred therefore is that a) the present law does not apply to floating objects specialized in river or inland waters and b) that it must be moveable on its own, e.g., self-propelled. Therefore, the legal definition of a vessel does not apply to an object that does not navigate under its own power, e.g., barges or floating cranes. It is arguable that even if a vessel is out of the water and retains the characteristics of a vessel (able to float and capable of use in safe navigation), the legal definition of a vessel still
exists and is only lost when the structure no longer falls within the definition of a vessel. See the definition of the vessel under the Kuwaiti Maritime Law in T. Aladwani, Vessel, (Gulf Legal Advisor in Lexis Middle East, by Nexis Lexis Publisher, 2020), p.3.

In light of the analogy explained above between the role of the crew at sea and port in the care of the cargo, the shipowners would be relieved from the liability in cargo claims. In the case of Klausen & Co A/S v Mediterranean Shipping Co SA[48], a claim was partially dismissed because the court found that the crew even after discovering the changes in the temperature reading of the reefer container, lacked the ability to take remedial action.

This case reveals the court's readiness to exempt shipowners from cargo liability for lack of care of cargo, when the crew's capacity to intervene in cargo care is limited, while the ship is at sea. Nonetheless, there is uncertainty regarding how the court will react; specifically, whether the shipowners will be granted relief while their autonomous ships are at sea and not much can be done to ensure the safety of cargo from fire or instrument failure, especially when mandatory regulations do not mandate carrying spare parts for the required instrument's replacement[49].

4. The regulatory challenges of public maritime law

Much of the English legislation and other jurisdictions on maritime law apply only to ships (or vessels), raising the issue of whether an unmanned or autonomous ship would be considered as a ship or vessel. There are many instances, that demonstrate this issue. For example, Rule 1(a) of the COLREGS applies to "all vessels upon the high seas and in all waters connected therewith navigable by seagoing vessels"[50], and limitation extends to "the owner, charterer, manager or operator of a seagoing ship"[51]; CLC-based liability for oil pollution places liability on "the owner of the ship"[52]; and Admiralty *in rem* jurisdiction under s. 20(2) of the British Senior Courts Act 1981 and chapters 4 and 5 of the Kuwait Maritime Law pertain to ships in nearly all

(48) [2013] EWHC 3254 (Comm).

(49) On the contrary, in a seaworthiness case, The Eurasian Dream [2002] EWHC 118 (Comm); [2002] 1 Lloyd's Rep 719, QB, the shipowner rendered liable for the cargo owner for, inter alia, not having adequate mandatory equipment's as required by the mandatory international regulations, e.g. SOLAS and that the failure of the carrier has no proper system in place to ensure that the crew were able to deal with emergency situation.

(50) Rule 1(a) of the Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 (COLREGS) adoption on 20 Oct 1972; Entry into force on 15 July 1977.

(51) Article 1.2 of the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC Convention), adoption on 19th Nov. 1976; entry into force on 1st Dec. 1986.

(52) Article 1.3 of the International Convention on Civil Liability for Oil Damage (CLC), adoption on 29th Nov 1969; Entry into force on 19th June 1975; being replaced by 1992 Protocol: adoption on 27th Nov 1992; Entry into force on 30th May 1996.

and reliable cargo system should be built for autonomous ships, perhaps with duplicated machinery for a backup, to allow prolonged operation without onboard crew members. The crew members in conventional ships can repair the faulty equipment such as sensors, gas detectors, and valves, and perform scheduled maintenance of the machinery. In order to avoid breach of care of cargo obligation for automated ships, there must be backup machinery, to compensate for the lack of onboard crew.

Regarding the obligations of care for cargo when the ship is at port, there are already various cargo handling tools being used, many of which are high-tech applications. These tools assist autonomous ships in discharging the obligations of care of cargo(44), and performing tasks, like cargo lashing, securing, and tallying(45).

However, the transition to fully automated ports will take considerable time, especially for dock workers and stevedores in less developing countries. The interaction between the automated machinery of the ship and the human involvement at the port may pose challenges when it comes to gathering evidence to determine responsibility for the loss or damage to the cargo.

Currently, there is no regulation, such as SOLAS, requiring the shipowners to install and use Voyage Data Records (VDRs), for casualty investigations(46). Although such transformations of both ports and ships require more ambitious and effective regulations(47). However, the specific requirements for autonomous ships are still being determined, so the changes to the current legal framework seem premature at this stage.

(44) In some terminals, autonomous cranes now move containers from ship to port gate without human intervention. See C. Fenton, P. Storrs-Fox, M. Joerss, S. Saxon & M. Stone, Brave New World? Container Transport in 2043, TT Club/Mckinsey&Company, p. 54, cited in https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/industries/travel%20logistics%20and%20infrastructure/our%20insights/brave%20new%20world%20container%20transport%20in%202043/brave-new-world-container-transport-in-2043.pdf (accessed 16.02.2024).

(45) It was reported that 38 ports are operating 60 automated terminals, including 14 fully automated terminals. See the data in UNCTAD, Review of Maritime Transport 2018 (United Nations, New York, 2018), 78-79;

(46) VDR's record, inter alia, VHF communication, voice recording in the navigational bridge, radar, and electronic charts data.

(47) For example, the website offers a tracking system on ships› location and condition by collecting and analyzing data, even in remote locations on the open ocean. See www.spite.com. Also see www.portplus.be, which provides digital platforms by gathering and transforming data from various sources into useful information that is valuable to all stakeholders involved in port operations.

important for fully autonomous ships,[41] which heavily rely on very advanced remote operational and information technology systems. Furthermore, the uncertainty of operator interference in the event of system failure is a concern, as operators would depend on potentially inaccurate or falsified information due to hacking.

3.2 The obligation to take reasonable care of the cargo under the carriage of goods by sea law

Besides fulfilling the obligation of ensuring a seaworthy ship in alignment with the Hague/Hague-Visby Rules, carriers are also responsible for the proper care of the cargo throughout the entire voyage. This responsibility continues until the cargo is completely unloaded at the discharge port. However, the question on how autonomous ships can effectively take care of the cargo without the presence of crew members still remains under consideration.

The carrier's obligation is to handle, stow, and discharge the cargo with care, and in accordance with a "sound system"[42]. They must exercise due care and possess knowledge about the general industry practices as well as the nature of the cargo[43]. Article IV, r.2 of the Hague/Hague-Visby Rules requires proper execution of the specific duty. The crew on board is responsible for various duties during the sea leg and at the loading/discharging ports.

At sea, their main duty is to ensure the safe arrival of the cargo. Depending on the type of cargo and the type of ship, the crew duties involve monitoring temperature for which the cargo must be kept cool or warm, removing unwanted gases like CO, or humidity, through heating, cooling, and ventilating the cargo. They also need to ensure the stability of the ship which requires to be monitored throughout the voyage due to constant consumption of the fuel, or, perhaps, when encountering adverse weather conditions.

All these operations are considered duties of care specified under cargo obligations and can be performed remotely or by automated systems. A robust

(41) The Center for Cyber Security under the Danish Defence Intelligence Service has stated that ships will likely become the target of a cyber-attack. Center for Cyber Security, Threat Assessment: The Cyber Threat Against Operational Systems on Ships (1st edn. Danish Defence Intelligence Service, April 2020).

(42) The phrase "sound system" had already been used in Viscount Kilmuir LC in GH Renton & Co Ltd v Palmyra Trading Corp. of Panama [1957] AC 149, 166.

(43) Albacora v Westcott & Laurance Line [1966] 2 Lloyd's Rep 53; Volcage Ltd v Cia Sud America de Vapores SA (trading as CSAV) [2016] Q.B. 915.

In other words, the selection of the AI system should be done with due diligence, ensuring its reliability and compatibility with the most advanced AI technology available in the market.

According to the current law, shipowners are not only required to employ reputable third parties, such as shipbuilding companies, to exercise due diligence in making the ship seaworthy, but they also need to verify if the third party has fulfilled its due diligence obligations. This is because the obligation of seaworthiness is non-delegable. If any third-party servant or operator fails to exercise proper skills and care in making the ship seaworthy, the carrier will be held liable for the loss or damage caused due to unseaworthiness.

Hence, the carriers will not be protected from defects or negligence of the competent experts or AI developers employed by them(38). To exercise the necessary due diligence in ensuring an autonomous seaworthy ship, the carrier must ensure that the developer has established a comprehensive risk assessment mechanism, revolving around the potential risks to the AI system. This mechanism should identify and analyze known and foreseeable dangers associated with each risk in the AI system used to operate the ship(39).

In doing so, the carrier can work towards achieving a seaworthy ship by reducing or eliminating risks through predictive and learning machinery, or by implementing appropriate mitigating and control measures, such as human intervention during emergencies for risks that cannot be eliminated(40).

The safety of the AI system against failure and cybercrimes is extremely

(Admlty), I Lloyd's Rep 595 [79]; and on appeal at [59]: «it is well-established that on the aspect of the vessel›s seaworthiness is that she has the appropriate, up-to-date charts on board".

(38) The incompetence of the crew may consist of, inter alia, "disabling want of skill or disabling want of knowledge: or "disabling lack of will on the part of a member of the crew to use such skill and knowledge as he possess": Owners of Cargo Lately Laden on Board the Makedonia v Owners of the Makedonia (The Makedonia) [1962] 1 Lloyd's Rep 316 (QB) 334-335.

(39) The Muncaster Castle, [1961] 1 Lloyd›s Rep 57, at p. 87, Lord Keith of Avonholm stated that «The carrier will have some relief which, weighed in the scales, is not inconsiderable when contrasted with his previous common-law position. He will be protected against latent defects, in the strict sense, in work done on his ship, that is to say, defects not due to any negligent workmanship of repairers or others employed by the repairers and, …., against defects making for unseaworthiness in the ship, however, caused, before it became his ship, if these could not be discovered by him, or competent experts employed by him, by the exercise of due diligence».

(40) T. Mahler, Regulating Artificial General Intelligence, cited as ch. 26 in B. Custers edt., Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice, (Springer, 2022), p.533.

and crew,[32] but not for that of all third parties connected to the ship[33]. In case of an autonomous vessel that does not have a master and crew in the conventional sense, the question remains unclear whether the *Muncaster Castle* responsibility extends to the fault of third parties such as systems designers or producers.

The shipowners are under a duty to mitigate risks,[34] suggesting potential human involvement during an imminent dangerous situation, either through in-house operators or third-party operators. Risk assessments, including those for advanced AI computers, are therefore necessary for shipowners[35] to "assess all identified risks to its ships, personnel and the environment and establish appropriate safeguards"[36].

The consideration arises whether a fully autonomous ship with operators (whether in-house or third party) involved only during imminent danger, is deemed as a "properly manned" vessel to fulfill the obligation laid under Article III, r.(b) of the Hague/Hague-Visby Rules?

The term, properly manned, is included in the Hague/Hague-Visby Rules, to ensure that the crew of the conventional ship is competent in carrying out their duties, such as safe navigation of the ship and secure delivery of cargo at the discharge port. Drawing an analogy from the current case law, owners of fully autonomous ships must ensure that the AI system operating the ship is developed by a reputable developer and the system is up-to-date and well-tested[37].

(32) The CMA CGM Libra [2020] 2 All ER (Comm) 1072 (CA).

(33) Eg, The Kapitan Sakharov [2000] 2 Lloyd's Rep 255; [2000] CLC 933 (CA).

(34) Sea T. Aladwani, A comparative study of the obligation of due diligence to provide a seaworthy vessel under the Hague/Hague-Visby Rules and the Rotterdam Rules, (Giuffre Publisher, 2015), p.145.

(35) European Commission 2021, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, 2021/0106 (COD). Article 9 of the proposed act requires that a risk management system be established and implemented prior to the use of the AI system.

(36) There might be human operators to take over the operation of the ship in case of emergency. These types of emergencies should be determined prior to the maiden voyage of the ship, taking all reasonable measures and potential situations that may be encountered by the ship at sea or at ports. This can be achieved by conducting risk assessment which is required under para. 1.2.2.2 of the mandatory legal instrument, namely, the International Safety Management Code (ISM). It provides a true means of broadcasting future potential risks.

(37) Aliz 1954 v Allianz Elementar Verischerungs AG (The CMA CGM Libra) [2019] EWHC 481

of standards and the incompetence of operators of autonomous ships under Article III, r.1 of the Hague/Hague-Visby Rule.

As stated in Article III, r.1(b) shipowners are required to supply the ships with adequate materials, including machinery, charts, and equipment. If a ship collides or runs aground due to lack of necessary equipment, it would be rendered unseaworthy(30). This principle applies to autonomous ships as well, with reference to the failure to furnish autonomous ships with adequate and advanced surveillance, navigation, or detection equipment to assist the remote operators in understanding the situation and taking action in case of AI machinery failure.

Hence, relying solely on AI equipment to operate the ship without considering the potential hazards of equipment malfunction may result in the carrier being held liable for lack of due diligence to provide a seaworthy autonomous ship. Remote operators must be trained to handle critical situations encountered by autonomous ships that are not generally not faced by conventional ships.

Such training must regard the limitation of the AI, for example, when encountering a conventional ship with incompetent crew that cannot adhere to the international regulations pertaining to ship navigation, or when search and rescue operations require deviation from standard navigation rules. It is essential to establish an international standard, whether through the STCW Convention or a new mandatory international instrument, to train the remote operators to be able to address such types of concerns.

The Hague-Visby Rules stipulates that the carriers are required "before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence" to "[make] the ship seaworthy" and "[properly to] man, equip and supply the ship". In *The Muncaster Castle*(31), the House of Lords held that the fault of independent contractors can be attributed to carriers, especially in the context of the obligation of seaworthiness.

However, shipowners are also held responsible for the default of master

(30) Owners of Cargo Lately Laden on Board the Makedonia v. Owners of the Makedonia (The Makedonia) [1962] 1 Lloyd's Rep. 316: contaminated bunker fuel rendered the vessel unseaworthy.

(31) [1961] AC 807; [1961] 1 Lloyd's Rep 57 (HL).

supply[25] and make the vessel[26] fit in all aspects to face the perils of the sea. Vessels have been deemed unseaworthy for a number of reasons, including defective machinery or navigation equipment[27], incompetent crew and inadequate systems and procedures to respond to incidents[28].

Although many of these cases took place before the advent of AI-powered modern ships, similarities can still be drawn between these old cases related to unseaworthiness and the challenges posed by autonomous ships.

Partially remote-controlled ships require a small number of operators to ensure their safe operation. According to Article III, r.1 of the Hage/Hague-Visby Rule, the shipowners are required to employ trained crew members, whose competence is determined by the STCW Convention. This convention sets the training and certification requirements for the crew on board, enabling them to effectively respond to emergencies such as fires, navigate the ship, and practice good seamanship.

However, for those operating the ship remotely, navigation skills defined by the STCW Convention are essential, while seamanship and emergency response competence are not necessary. This means that remote operators must have a proper understanding of navigation as outlined by the STCW Convention[29]. However, the operators must also have a proper knowledge of the characteristics and limitations of the remotely controlled ships.

Nonetheless, there is currently no legal framework, such as IMO conventions, that specifies the level of knowledge required for remotely controlled ships. Consequently, shipowners cannot be held liable for the lack

during the course of the voyage, rendered the vessel unseaworthy; Haracopos v. Mountain (1934) 49 L1L Rep 267: a defect in the steering gear render the vessel unseaworthy.

(25) A Turtle Offshore SA v. Superior Trading Inc (The A Turtle) [2009] 1 Lloyd's Rep 177: there was a breach of the exercise of due diligence in providing inadequate bunker at the commencement of the voyage, which rendered the tug unseaworthy, however the defendants were protected from liability by an exemption clause

(26) The Toledo [1995] 1 Lloyd's Rep 40: damaged plating and deformation of the bracket rendered the vessel unseaworthy; Southern Sugar & Molasses Co Insurance v. Artemis Maritime Co Insurance [1950] AMC 2054: loose rivets rendered the vessel unseaworthy; Huilever SA v. The Otho [1943] AMC 210: a crack in one of the ship's hull plates rendered the vessel unseaworthy.

(27) Lack of up-to-date charts can render the ship unseaworthy. The Marion [1984] AC 563 (HL).

(28) Campania Sud Americana De Vapores SA v Sinochem Tianjin Import and Export Corporation (The Aconagua) [2009] EWHC 1880 (Comm Ct), [2010] 1 Lloyd's Rep 1 [367].

(29) STCW applies only to seafarers. This might create another challenge to impose an obligation on the part of the autonomous shipowner to adhere to STCW.

Further cybersecurity threats of autonomous ships are highly dependent on software and network connectivity, making them vulnerable to cyberattacks. Hackers could potentially take control of vessels or disrupt its operation[18].

3. Regulatory challenges under the private maritime law; carriage of goods by sea law

3.1 Seaworthiness obligation under the Carriage of Goods by Sea law

Shipowners must comply with numerous requirements from cargo-owners, usually outlined in the contract of carriage or statutory regulations[19]. The application of the Hague/Hague-Visby Rules compels the shipowners to adhere specific guidelines to ensure a seaworthy vessel[20].

This obligation reflects the common law standard of seaworthiness cited in *McFadden v. Blue Star Line*. According to this standard, a vessel "must have that degree of fitness which an ordinary careful and prudent owner would require his vessel to have at the commencement of her voyage having regard to all the probable circumstances of it"[21]. Additionally, under the Hague/Hague-Visby Rules, the shipowners are required to exercise "due diligence"[22] by taking all reasonable measures, according to the industry standards at the time of the omission, to properly man (i.e. with competent crew),[23] equip,[24]

(18) P. Dean, Autonomous systems: Cyber Risks and Seaworthiness, cited as chapter 5 in B. Soyer edt., Disruptive technologies, climate change and shipping, (Informa law, 2022), p.40.

(19) T. Aladwani, Effect of Shipping Standards on Seaworthiness, 3 European Journal of Commercial Contract Law, 3(2), p. 33.

(20) Article III, r.I: ‹The carrier shall be bound before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence to (a) make the ship seaworthy; (b) properly man, equip and supply the ship; (c) Make the holds, refrigerating and cool chambers, and all other parts of the ship in which goods are carried, fit and safe for their reception, carriage, and preservation.›

(21) J. Field in Kopitoffv. Wilson, stated that the shipowner should provide a vessel 'fit to meet and undergo the perils of the sea and other incidental risks which of necessity she must be exposed in the course of the voyage'. Kopitoffv. Wilson (1876) 1 QBD 377 at p.380.

(22) Tetley defined due diligence as a ‹genuine, competent and reasonable effort of the carrier to fulfill the obligations set out in subparagraph (a), (b) and (c) of Art III (1) of the Hague or Hague-Visby Rules›. See Tetley, W. Marine Cargo Claims (4th edn, Editions Yvon Blais 2008), at p.876.

(23) The Roberta (1938) 60 Ll Rep 84: the court held the ship to be unseaworthy because the shipowners employed an engineer who proved to be incompetent. The Eurasian Dream [2002] 1 Lloyd's Rep 719: the master's ignorance of fire hazard, supervise stevedores and particular characteristics of the fire fighting on the ship constitute incompetence consequently rendering the vessel unseaworthy due to improper manning.

(24) Project Asia Line Inc v. Shone (The Pride of Donegal) [2002]1 Lloyd's Rep 659: defects in the generators, which amounted to a real risk that the ship might have been left without power

emergency situation. The question here is: does the current regime effectively align with the use of autonomous ships? If not, what is the possible solution to bridge this regulatory gap? Before attempting to answer these questions, it is sensible to demonstrate the importance or advantage of autonomous ships(13).

2.1 The importance of autonomous ships

Autonomous ships are subject of growing interest, mainly because they offer several significant advantages and illustrate the potential transformation in maritime operations. Operating costs can be significantly reduced. Savings come from lower personnel costs, reduced need for crew accommodations and safety equipment(14), and potential for more efficient route planning and fuel use(15).

The introduction of autonomous ships in navigating implies reduction in the risk to human life by removing the need for a crew on board. This is particularly advantageous in hazardous conditions, such as rough seas, war zones, or areas with high piracy rates(16). It important to mention that autonomous ships are likely to bring environmental benefits by optimizing routes and speeds, reduction in fuel consumption and emissions. Additionally, the absence of a crew means fewer, or no resources are consumed on board. Furter, autonomous ships can be equipped with various sensors to collect data on oceanographic conditions, weather, and other environmental factors, contributing valuable information for scientific research and maritime operations(17).

While autonomous ships offer numerous advantages, they also present several challenges and risks. For example, the technology for autonomous navigation and operation is still developing. Failure in software, hardware, or communication systems can lead to accidents or operational disruption.

(13) A. Priftis, Parametric Design and Multi-Objective Optimisation of Container-ships. Ocean Eng. 2018, 156, 347–357.

(14) T. Santos, Economic Feasibility of an Autonomous Container Ship. Marit. Transp. Harvest. Sea Resour. 2018, 2, 861–870.

(15) A Commercial Reality Check for Autonomous Shipping in 2018 | Seatrade Maritime. 2018. Available online: https://www. seatrade-maritime.com/asia/commercial-reality-check-autonomous-shipping-2018 (last accessed: 1/6/2024).

(16) C. Thieme, Assessing Ship Risk Model Applicability to Marine Autonomous Surface Ships. Ocean Eng. 2018, 165, 140–154.

(17) L. Kretschmann, Analyzing the Economic Benefit of Unmanned Autonomous Ships: An Explora-tory Cost-Comparison between an Autonomous and a Conventional Bulk Carrier. Res. Transp. Bus. Manag. 2017.

posed by all these categories escalate with the rising level of autonomy.

Presently (in early 2024), autonomous vessels are being used, but primarily in definite capacities with restricted navigational ranges[8]. However, the construction of larger autonomous ocean-going vessels s on the horizon[9], as advanced technology becomes more cost-effective than employing human crews[10].

The current regulatory regime designed for human-operated vessels revolves around having a master and crew on board the vessel. It remains uncertain how the present laws would be applicable to autonomous vessels in some cases, and in other cases, current regulations simply would not be effective for autonomous ships. This presents a challenge to conventional liability principles, e.g., vicarious liability, and nuances in negligence which function differently in an autonomous environment. Thus, navigating these legal intricacies thus becomes crucial as the maritime industry embraces a higher degree of autonomy in operating vessels.

The law must therefore govern the interaction between humans and machines, considering the potential for human errors.

This research will focus on remotely controlled ships without seafarers onboard and fully autonomous ships[11]. Both types usually operate without a physical crew on board during their voyage[12]. It raises the possibility that human intervention in the navigation of the ship will take over in case of an

(8) For example, a battery-powered container vessel MV Yara Birkeland is intended to operate autonomously. See, Y. Bain, Yara Birkeland, World's First 100% Electric and Autonomous E-container Ship, Fully Powered by a Leclanche Battery System, Prepares for Commercial Operation, (8th Dec. 2021), cited in https://www.leclanche.com/yara-birkeland-worlds-first-100-electric-and-autonomous-e-container-ship-fully-powered-by-a-leclanche-battery-system-prepares-for-commercial-operation/ (last visited 28/2/2024).

(9) Op. Cit, f.n.6, p.334.

(10) Alan M. Weigel and Sean T. Pribly, The Future is Now: Unmanned Surface Vessels and Their Impact on the Maritime Industry, Benedict's Maritime Bulletin, Vol.15, Iss.4, (2017), p.202.

(11) That is degrees three and four ships. According to the IMO categories of autonomous ships, «degree three» means the MASS is remotely controlled from a remote-control center without a seafarer on board. «Degree four» means the MASS is fully autonomous. International Maritime Organisation, "IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships" (25 May 2018) https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-mass-scoping.aspx (last accessed 14/2/2024).

(12) There could be a hybrid type where the presence of a lesser number of crew members than conventional ships on board will be looking after the cargo and/or doing some maintenance on the machinery on a temporary basis.

The term automation encompasses the use of computerized systems to enable ships to perform certain operations without human intervention. Autonomous ships have been classified on the basis of level of autonomy(4). The IMO has identified the following degrees of autonomy for describing "Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)"(5):

- Ship with automated processes and decision support: Seafarers are on board to operate and control shipboard systems and functions. While some operations may be automated, human intervention remains a key attribute.
- Remotely controlled ship with seafarers on board: The ship is controlled and operated from another location, but seafarers are still present on board. This indicates a certain degree of remote control in conjunction with human presence.
- Remotely controlled ship without seafarers on board: The ship is controlled and operated from another location, without any seafarers on board. This represents a higher degree of remote autonomy.
- Fully autonomous ship: The ship's operating system possesses the capability to make independent decisions and take actions without human involvement. This signifies the highest level of autonomy.

Different classifications might be preferred, each representing a greater or lesser degree of human control, including potential hybrid categories. For instance, "an unmanned craft can be remotely controlled to the area of operation and then set in a fully autonomous mode to perform a survey"(6). A comprehensive definition has been assigned to all categories of the autonomous ships, characterizing them as vessels with a certain level of automation and self-governance without constant human consultation(7). The legal challenges

(4) International Maritime Organisation, "IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships" (25 May 2018) https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-mass-scoping.aspx. (last accessed: 14/2/2024).

(5) IMO: IMO Takes First Steps to Address Autonomous Ships: https://www.maritime-executive.com/article/imo-takes-first-steps-to-address-autonomous-ships; also B Eder, Unmanned Vessels: Challenges Ahead [2019] LMCLQ 47, 49 (Eder also notes the progress made so far).

(6) R Veal and M Tsimplis, The Integration of Unmanned Ships into the Lex Maritima [2017] LMCLQ 303, 306.

(7) Norwegian Forum for Autonomous Ships (NFAS) "Definitions for Autonomour Merchant Ships", (10 Oct. 2017) https://nfas.autonomous-ship.org/wp-content/uploads/2020/09/autonom-defs.pdf, (last accessed 14/2/2024), p.5.

1. Introduction

Some years ago, autonomous vessels were merely a vision of science fiction, which is no longer a fantasy. However, today, autonomous ships, known as Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) have become integral part of marine transportation, including their commercial use. Automation influence is poised to further revolutionize the industry, probably heralding the use of autonomous vessels, or at least initially vessels that are remotely controlled(1).

It is, thus, uncertain if the current regulatory framework can accommodate the use of MASS or whether certain aspects of MASS require amendment as such. One of the most important technological developments in shipping since powered ships replaced sail was the advent of the container evolution(2), which necessitated small changes in some areas in the carriage of goods by sea law(3). This offers a valuable analogy, which can be compared with the potential needs of developing the current legal framework for the use of autonomous ships. In other words, the law will need to adapt to these changes, as indeed will carrying and commercial parties.

This research examines whether the current international regulatory framework can be reconciled with the emerging use of the MASS to respond to artificial intelligence (AI) developments enabling the operation of autonomous ships. This research naturally begins with a comprehensive examination of MASS, including their categories and the underlying technology.

2. AI in relation to autonomous ships

Autonomous ships are characterized by their unique ability to sail with minimal or no human intervention. They can navigate the open sea using their own power and machinery, employing advanced onboard computers that utilize artificial intelligence. These ships can operate either without human control and/or are remotely operated via a wireless means of communication with shore-based controllers.

(1) Remote control vessel means ships are controlled by a computer on the shore. Fully autonomous ships use a combination of sonar, radar, and computer algorithms to complete the scheduled route without any human interaction. See Les Elkins, Drew Sellers et al., The Autonomous Maritime Navigation (AMN) Project: Fields Tests, Autonomous and Cooperative Behaviours, Data Fusion, Sensiors, and Vehicles, (J. Field Robotics, 2010), 27, 790-818. (last accessed: 01/03/2024).

(2) Smart containers will allow instantaneous information about what is happening to cargoes while they are at sea.

(3) T. Aladwani, The Supply of Containers and Seaworthiness- The Rotterdam Rules perspective, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.42, Iss.2, April 2011, p.186.

regulation by the prevailing legislation, which predominantly focuses on typical human-operated ships. The study outcomes highlight an exceptional shift of the onus from shipowners to system designers and developers amidst the heightened engagement of autonomous technologies. In order to adjust fault-based legal frameworks that provide solutions to liability issues, further amendments are required.

Keywords: Artificial Intelligence, autonomous ships, MASS, legal framework, seaworthiness.

of international conventions and selected foreign jurisdictions. His work aims to identify regulatory gaps and develop practical recommendations for legislative and institutional reform.
His principal research interests include Maritime Law, Commercial Law, Marine Insurance, Maritime Liability, Comparative Law, SME Regulation, Financial Law, Maritime Regulation, and Legal Reform.

Old Legal System for New Ships: Minor Update in the Current Legal System to Accommodate the Operation of Autonomous Ships(*)

Abstract

The current investigation aims to ascertain the congruence between the persistent international legal framework and the novel interventions of Artificial Intelligence (AI) in facilitating Maritime Autonomous Surface Ships (MASS). It starts by focusing on defining, and classifying MASS, along with determining its relevant technological predications, thus allocating them a variety of autonomy levels as acknowledged by IMO. The Hague-Hague-Visby Rules specify that either remotely operated or fully autonomous ships can suffice the seaworthiness criterion by ensuring due deliberation in the selection and maintenance of reliable artificial intelligence systems and equipment. While undergoing a voyage, unmanned and autonomous vessels are comparable to crewed ones, owing to their reliance on strong and reliable cargo systems responsible for executing functions like temperature regulation and stability surveillance.

Meanwhile, backup systems are required to offset the absence of the crew that executes maintenance or repairs. The most crucial challenge encountered by autonomous ships relates to their



Dr Talal Al Adwani
Assistant Professor of Commercial Law
Kuwait International Law School
T.aladwani@kilaw.edu.kw

*

Dr Talal Al Adwani is a legal scholar, legal expert and auditor for the International Maritime Organization (IMO), specialising in maritime law, commercial law, and regulatory policy, with particular expertise in the development and modernisation of Kuwait's legal framework. His academic interests focus on the intersection between maritime regulation, commercial activity, liability, insurance, and contemporary legal reform.

His research in maritime law examines vessel registration and ownership, marine insurance, collision liability, salvage, navigation and safety obligations, classification, and the legal regulation of small vessels and floating units. A significant strand of his scholarship considers the development of Kuwaiti maritime legislation through comparative analysis with international and foreign legal frameworks.

Dr Al Adwani's wider research interests include commercial and financial law, particularly the legal environment governing small and medium-sized enterprises (SMEs), access to credit, secured transactions, credit-information systems, and institutional mechanisms supporting enterprise development.

His academic approach combines doctrinal legal research with comparative analysis, examining Kuwaiti legislation in the context

(*) Submission Date: 24 March 2024 & Acceptance Date: 18 April 2024.

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

English Studies and Research

Kuwait International Law School Journal
Volume 15 – Issue 1 – Serial Number 57
Jumada Al-Akhirah – Rajab 1448 AH / December 2026 AD

The Law Applicable to Subrogation in Cross-Border Traffic Accidents: A Private International Law Analysis of Case Law in France and Jordan(*)

Prof Dr Abdallah Aldmour
Professor of Private International Law
Faculty of Law, University of Jordan
a.aldmour@ju.edu.jo

Abstract

This study investigates the legal complexities surrounding subrogation claims in international traffic accidents, focusing on the divergent approaches in French and Jordanian private international law. While French law benefits from established instruments such as the 1971 Hague Convention and the Rome II Regulation, Jordanian law lacks specific conflict of law provisions in this area.

The study argues that exclusive reliance on domestic law in Jordan fails to ensure legal certainty for litigants. It advocates for a unified legal framework that governs the relationships between the subrogating insurer, the liable third party, and the third party's insurer. Such a framework should clearly define the scope of subrogation rights, set criteria for admissibility, and provide harmonized rules on limitation periods. Aligning the law applicable to subrogation actions with the law governing the original tortious relationship would enhance predictability and fairness in cross-border litigation.

Keywords: International subrogation, *Lex loci delicti*, direct action, cross-border traffic accidents, Jordanian Private International Law.

(*) Submission Date: 18 April 2026 & Acceptance Date: 25 August 2026.

comprehensive review of other assignments of competence in the Law against the proposed criterion.

Keywords: Separation of powers, Competence reserved to statute, Supervision, Judicial independence, Institutional impartiality.

Constitutional Limits on the Shura Council's Statutory Direction to Qatar's Supreme Judicial Council to Issue Regulations and Decisions Implementing the Judicial Authority Law(*)

Abdul Rahman bin Hamad bin Qasim Al Thani
Researcher in Public Law
Doha - Qatar

Abstract

This study examines the constitutionality of Article (85) of Qatar's 2023 Judicial Authority Law and Article (3) of its promulgating provisions, which call upon the Supreme Judicial Council to issue the regulation governing judicial auxiliaries and court employees and the decisions necessary to implement the Law. Proceeding from the flexible model of separation of powers adopted by Article (60) of Qatar's Permanent Constitution of 2004, it delineates the domain the Constitution reserves to statute in organizing the judiciary and the affairs of judges, and the constitutional limits on the Shura Council's statutory direction to the Supreme Judicial Council to issue regulations and decisions implementing the Judicial Authority Law.

It construes "supervision" in Article (137) through its linguistic and technical meanings, the interpretation of constitutional provisions as an integrated whole, and a systematic comparison between Articles (121) and (137), drawing on constitutional decisions from Egypt, Lebanon and Jordan, and scholarship in Kuwait, Qatar and Egypt.

The study concludes that supervision of the proper functioning of courts and their auxiliary bodies cannot establish independent legislative, regulatory, or executive power, or general competence to create, modify or terminate legal positions. It finds the two provisions, on balance, open to serious constitutional objection, primarily on the grounds of lack of competence and, in the alternative, on the ground of insufficient safeguards of impartiality.

It recommends legislative reform returning issuance of the employees' regulation to the Council of Ministers upon the Supreme Judicial Council's proposal, confining Article (3) to the internal judicial sphere, and conducting a

(*) Submission Date: 18 April 2026 & Acceptance Date: 25 August 2026.

The Structural Conception of the Constitutional Court in Tunisia under the 2014 and 2022 Constitutions, in Light of Diverse International Experiences(*)

Prof Dr Tawfiq Al Sadiq Al Ghana
Associate Professor of Public Law
College of Law, King Faisal University
KSA
tghannay@kfu.edu.sa

Dr Shady Mohamed Arafa Hijazi
Assistant Professor of Public Law
College of Business Administration,
Prince Abdulaziz University
KSA
s.hegazy@psau.edu.sa

Abstract

The supremacy of the constitution, the highest legal text in any legal system, is meaningless, and the fundamental rule of law is meaningless without guarantees protecting the constitutional system within the state. These guarantees vary according to diverse international experiences, ranging from political to judicial. The latter includes constitutional courts, which have begun to spread widely in many constitutions around the world, including the recent Tunisian constitutional experience, given the inherent protection they provide to the constitutional system. constitutional vision for the court's structure, one that guarantees its structural and functional independence and quality performance, and that protects its nature, composition, and functions from politicization that would deviate from its intended objectives.

These conditions have ranged between consensus and disagreement across Tunisian constitutional experiences, under the 2014 and 2022 constitutions, and in light of various international experiences. These differences stem primarily from disparities in experience, principles, and sincerity of intentions, which should be clearly reflected in constitutional texts before being translated into practice. But the greatest similarity between the 2014 and 2022 Tunisian constitutions, and unfortunately a negative one, is the clear politicization of the court, as demonstrated by a failure to envision its structural independence. This led to the refusal to establish it, which obstructed constitutional justice and rendered the promotion of the court a mere slogan with no practical value.

Keywords: Constitutional supremacy, Constitutional Court, structural independence, functional independence.

(*) Submission Date: 5 January 2026 & Acceptance Date: 11 May 2026

developing more flexible legal and operational approaches. Such strategies are essential to ensuring effective protection of civilians in armed conflict environments characterized by increasing complexity and uncertainty regarding the safeguarding of this vulnerable population.

Keywords: hybrid armed conflicts, civilian protection, civilian objects, cyber operations, International Committee of the Red Cross, accountability.

Challenges to the Protection of Civilians in Hybrid Armed Conflicts: A Comparative Study of International Humanitarian Law and International Human Rights Law(*)

Prof Dr Mukhled I. S. Al Tarawneh
Professor of Public International Law
Police Academy
Police College - Qatar
mekhledtarawneh@yahoo.com

Dr Amid Asim Khasawneh
Associate Professor
of Public International Law
College of Law - Lusail University - Qatar
akhasawneh@lu.edu.qa

Abstract

Hybrid armed conflicts are witnessing rapid transformations in the contemporary operational landscape, wherein conventional combat means are increasingly interwoven with cyber and informational operations, as well as dual-use technologies. This evolving reality generates structural challenges for the protection frameworks established under both International Humanitarian Law (IHL) and International Human Rights Law (IHRL), particularly concerning the safeguarding of civilians and civilian objects from military operations conducted by the parties to the conflict. The intermingling of civilian and military domains, the expanding role of non-state armed groups, and the extension of hostilities into the digital sphere further complicate the application of core IHL principles, foremost among them the principles of distinction, proportionality, and precautions in attack.

This study aims to analyze the extent of interaction between IHL and IHRL in the context of hybrid armed conflicts, focusing on the operational challenges faced by humanitarian actors, primarily the International Committee of the Red Cross (ICRC), when confronting such increasingly prevalent and complex conflicts. These challenges include, inter alia, the difficulty of identifying lawful military objectives, determining the legal status of combatants, and assessing the growing impact of advanced technologies on risks to civilian life and safety.

Through case studies of selected contemporary conflicts and an examination of the ICRC's operational practices, this research underscores the importance of enhancing the integration between the two legal regimes and

(*) Submission Date: 15 March 2026 & Acceptance Date: 19 April 2026.

The study demonstrates that we are faced with two facts: one is encouraging, as this system represents a complete step in form, specifically within the concept of codifying various texts associated with this codification, including those with religious and legal significance. The other is disturbing, as it represents a codification step that is deficient in substance, particularly with regard to the practical aspect of this codification's translation within the secular concept commonly recognized in comparative jurisprudence.

The research confirms that this new and renewed vision presented by the Saudi regulator in the Civil Transactions Law still requires a more comprehensive legislative effort, reconsidering the various shortcomings that marred the adoption of this law in form and content. Furthermore, it is still too early to judge the ability of this law to achieve its desired objectives, both direct and indirect. This requires more constructive analytical work from jurisprudence in explaining and commenting on the provisions of this law, while at the same time requiring a more effective judicial presence in clarifying the practical and applied aspects of its provisions.

It is hoped that the Saudi regulator will address this in cooperation with other legal and active bodies in the Kingdom in the coming days.

Keywords: Saudi Civil Transactions Law, Saudi Legislative System, Codification of Islamic Sharia, Comparative Civil Law, Saudi Civil Constitution, Al-Ahkam Al-Adliya Magazine, Saudi Vision 2030.

Highlights of the Saudi Civil Transactions System "Acknowledgment and Privacy" A Comparative Critical Interpretation(*)

Prof Dr Mohammad Arfan Al Katib
Professor of Civil Law
Ahmed Bin Mohammed Military College
Doha - Qatar
Alkhatibur@yahoo.com

Abstract

Based on a critical comparative jurisprudential study, this research presents the most important and controversial legislative step at the Gulf level in general and Saudi Arabia in particular: the adoption of the Saudi Civil Transactions Law of 2023. While this law consolidates the legislative efforts undertaken by the Kingdom of Saudi Arabia to modernize and update its laws within what is known as the modern legislative policy emanating from the Kingdom's Vision 2030, it represents a turning point in the legislative position on the civil codification process in general, and the legal perspective on the codification of Islamic Sharia provisions in particular, within what can be described as a strategic transformation of the Saudi legislative system.

Based on this prominent legislative transformation and its various repercussions, this research paper, using an in-depth analytical and critical approach, presents a fundamental and analytical legal reading of the implications of the issuance of this law, the appropriateness of this transformation from a comparative law perspective, and its repercussions on the Kingdom's legislative system. We attempt to discern the direction taken by this system, within what can be considered its general framework, through two sub-readings. The first relates to the difficult process of enacting this system, and the qualitative shift it represents in the Saudi legislature's vision for regulating these transactions—even if only formally—from the Shari'a to the secular. The second relates to the core of this system and the uniqueness that can be discerned within it, specifically in the reflection of its identity on the methodology that characterized it.

(*) Submission Date: 2 December 2025 & Acceptance Date: 21 April 2026.

comparative approach to discover gaps of Qatari law, in this area, and to seek solutions for filling those gaps.

The arbitration tribunal's performance of its judicial function requires often to take necessary decisions preserving the rights of litigants or avoiding legal situations that are difficult to remedy, in addition to the decisions issued by the tribunal related to taking temporary measures and carrying out actions revealing the true facts.

This requires addressing the provisions on judicial intervention, whenever necessary, to help ensure the effectiveness of arbitration procedures, by addressing the intervention of the judiciary in taking temporary measures, on the one hand, before reviewing the intervention of the judiciary to compel the implementation of the temporary measures taken by the arbitral tribunal, on the other hand.

Keywords: Arbitral court, Judiciary, Imperium, Provisional measures, Precautionary measures, Summary judgement, Arbitration agreement, Arbitration clause.

Judicial Intervention to Ensure the Effectiveness of Arbitration Proceedings Regarding Interim Measures(*)

Prof Dr Fawzi bin Ahmed Belkanani
Professor of Civil Law
College of Law – Qatar University
fouzibelkani@qu.edu.qa

Abstract

Legal doctrine considers arbitration as private justice regulated by law and allowing to divert some disputes from courts allowing those who are not judges to assume the task of adjudicating those disputes. This is what makes the arbitrator acquire the power to declare a will independent of the will of the litigants, given that he has a mandate to establish a system for exercising the judicial function distinct and independent from the state's judiciary.

Although the prevailing trend of legal doctrine recognizes the dual legal nature of arbitration, in a way that makes arbitration a complex body, since arbitration begins with an agreement, becomes a procedure and ends with a decision or an arbitral award. This is a trend that falls within the first paragraph of Article Seven of the Qatari Arbitration Law No. 2 of 2017.

To avoid affecting the achievement of the desired purpose of arbitration, the Qatari legislator assigned to the judiciary a supportive role to ensure the effectiveness of arbitration procedures. Most legal doctrine believes that the role of the state judiciary is no longer limited to oversight and has now extended to include assisting arbitration. This allows maintaining a balance between the prominent position occupied by both the freedom of the parties that establish the authority of the arbitral tribunal, and the necessary assistance to the state judiciary.

Therefore, this research paper sought to demonstrate the extent to which Qatari arbitration law takes this into account, which required the researcher to follow both the deductive approach and the inductive approach to determine the true role that Qatari law assigns to the judiciary to help ensuring the effectiveness of arbitration procedures, while enhancing both approaches, by a

(*) Submission Date: 22 September 2025 & Acceptance Date: 18 November 2025.

based on their respective levels of control over risks. It further emphasizes the necessity of updating legislation to keep pace with rapid advancements in artificial intelligence - particularly regarding liability for unforeseen errors and the autonomous decisions made by such systems.

Keywords: Informational product, defects in an informational product, manufacturing defect, design defect, warning defect.

The Nature of Information Products and Their Drawbacks(*)

Dr Mohamed Abdullah Ali
Associate Professor of Civil Law
College of Law – Alfujaira University – UAE
mohd.abdullah@uof.ac.ae

Abstract

This research examines the concept of an "informational product" (encompassing computer software and artificial intelligence systems). It analyzes the technical and legal nature of such products, as well as the producer's liability for defects. The study notes that the debate surrounding the classification of software dates back to the 1980s, with legislative bodies and the judiciary offering varying interpretations - ranging from viewing software merely as a set of coded instructions to classifying it as a standalone product or an integral component of computer hardware. As technology has evolved, the need for a more precise classification has grown, particularly with the emergence of artificial intelligence systems.

The research highlights the challenges involved in the legal categorization of software across different jurisdictions, where legal protection is derived from a mix of intellectual property laws, criminal statutes, and judicial precedents. It discusses the new European directive on liability for defective products, which recognizes software as an independent product and establishes the producer's liability for any defects. Furthermore, the study explores the concept of an "informational defect" in comparison to traditional defects found in physical goods, explaining that software may suffer from design flaws, development (creation) errors, or a lack of - or insufficiency in - warnings.

Finally, the research raises fundamental questions regarding the applicability of traditional product liability standards to informational products, specifically concerning the assignment of liability when harm occurs due to an error or malfunction within a software program or an artificial intelligence system. In conclusion, this research proposes adopting the concept of an "informational product," while developing legal frameworks that accommodate its hybrid nature and define the responsibilities of both producers and users

(*) Submission Date: 8 March 2025 & Acceptance Date: 27 April 2025.

The Impact of Climate Change Risks on the Execution of Long-Term Contracts(*)

Dr Nawfal bin Ahmed
College of Sharia and Regulations
Taif University - KSA
nbenahmed.tun@gmail.com

Abstract

Climate change is a global threat that has disrupted weather patterns, raised sea levels, and increased the frequency of climate-related disasters such as hurricanes and floods. This research adopts a descriptive, analytical, and comparative approach to examine its impact on long-term contracts, particularly in agriculture, construction, and transportation. Many contracts in these sectors face delays or suspension due to climate-related disruptions. The study focuses on the legal solutions judges and arbitrators must consider to address these unprecedented challenges while ensuring justice, contractual balance, and compliance with contract law principles. In this context, the following problem can be posed: How can judges uphold both justice and contractual balance in the face of a severe and unpredictable situation using existing legal frameworks? To address this, the research is divided into two sections. The first explores legal remedies, whether in cases of impossibility of performance or excessive hardship for the debtor. The second assesses the effectiveness of these solutions in judicial practice and contractual negotiations.

The study concludes that climate change's profound impact on long-term contracts necessitates urgent legislative intervention, beyond general legal provisions. Special crisis-specific measures are needed to help contracting parties mitigate risks. Additionally, a comprehensive public policy should be developed to reduce climate risks and promote climate justice. At the international level, strengthening global cooperation is crucial. The United Nations must play a more proactive role in supporting member states in combating climate change and its severe consequences.

Keywords: Climate change, contract, contractual liability, objective aspect of the contract, force majeure, the Theory of Emergency Circumstances.

(*) Submission Date: 16 February 2025 & Acceptance Date: 10 July 2025.

Digital Sanctities Between Islamic Sharia and Kuwaiti Laws: Towards Building an Integrated Legislative Framework(*)

Dr Abdullatif Haji Al Awadhi
Associate Professor
Comparative Jurisprudenc
and Policy of Sharia

Dr Suzan Zuhair Al Samman
Associate Professor
Jurisrudence and Principle
of Jurisprudence

College of Sharia and Islamic Studies – Kuwait University

alawadee@yahoo.com

souzan.alsamman@ku.edu.kw

Abstract

This research addresses the topic of digital sanctities, focusing on the protection of digital privacy from the perspective of Islamic Sharia and Kuwaiti law. It highlights the significance of digital sanctities as a fundamental human right in the modern era and emphasizes the role of Islamic Sharia in establishing comprehensive frameworks for the protection of sanctities through its texts and jurisprudential principles. The study also sheds light on Kuwaiti legislation, particularly Law No. 63 of 2015, examining its strengths and shortcomings.

Research Problem: Are Kuwaiti legislations sufficient to protect digital sanctities? What role does Islamic Sharia play in bridging legislative gaps? Objectives: To analyze digital sanctities from a Sharia and legal perspective and propose solutions to address shortcomings in Kuwaiti legislation. Methodology: The research employs a descriptive approach to analyze Sharia texts and laws, an analytical approach to identify legal gaps, and a comparative approach between Sharia and law. Key Findings: Islamic Sharia provides a comprehensive system for protecting digital sanctities based on ethical values and jurisprudential principles. Kuwaiti legislation has laid a solid foundation but requires updates to keep pace with technological advancements such as artificial intelligence.

Conclusions: Protecting digital sanctities necessitates more comprehensive legislation grounded in Sharia values and capable of addressing emerging crimes.

Keywords: Digital sanctities, Sharia, Kuwait, law, artificial intelligence.

(*) Submission Date: 17 January 2025 & Acceptance Date: 10 April 2025.

whether such regimes are capable of achieving a principled balance between the protection of freedom of expression and the safeguarding of competing rights and collective interests, including dignity, privacy, and public order. Methodologically, the study adopts a descriptive-analytical and normative approach, grounded in a critical examination of European legislative instruments and judicial decisions, with the aim of distilling regulatory principles that may contribute to the construction of a coherent, rights-sensitive, and institutionally balanced framework for platform liability in the digital age.

Keywords: Social media, freedom of expression, content regulation, European legislation, Arab legislation, self-regulation, fake news, public order protection, internet governance.

Civil Legal Liability of Social Media Platforms in the Context of Exercising the Right to Freedom of Expression: A Comparative Study of Legislation and Judicial Practice(*)

Dr Anas F. Al Tourah **Dr Latifa W. Al Zamel**
Assistant Professors - Private Law Department - College of Law - Kuwait University
anas.altourah@ku.edu.kw latifalzamel@gmail.com

Abstract

This research engages with the legal framework governing the liability of social media platforms for unlawful content disseminated through their services, situating the analysis within the broader structural transformations produced by the communications and information technology revolution in the contemporary exercise of freedom of expression. The exponential growth of digital platforms has profoundly reconfigured the public sphere, transforming individuals from passive recipients of information into active participants in content creation and dissemination. This shift has given rise to new forms of expression and media practices, most notably citizen journalism, while simultaneously undermining the traditional media's historical monopoly over the production and circulation of news.

Yet the expansion of the digital public sphere has also exposed deep normative and regulatory tensions. The unchecked circulation of disinformation, the normalization of hate speech, incitement to violence, and the systematic erosion of privacy and reputation have rendered social media platforms central sites of rights-based conflicts. These dynamics challenge the classical liberal conception of freedom of expression and compel a reconsideration of the role and responsibility of private digital intermediaries whose governance decisions increasingly shape the contours of public discourse. Consequently, the question of platform liability has evolved from a technical issue of content moderation into a fundamental problem of constitutional and human rights law.

Against this backdrop, the core inquiry of this research concerns the extent to which existing liability regimes imposed on social media platforms conform to international freedom of expression standards, particularly those developed within European human rights jurisprudence. It further interrogates

(*) Submission Date: 31 December 2025 & Acceptance Date: 13 August 2026.

during armed conflicts is rooted in an international framework with diverse sources; however, the effectiveness of this protection is undermined by weak implementation and accountability. It further concludes that certain attacks on educational facilities - or on individuals associated with them - may give rise to international criminal responsibility, provided that the necessary legal criteria are met.

The research recommends strengthening documentation and accountability mechanisms, integrating the protection of education into military training and national legislation, supporting the rehabilitation of damaged educational facilities, and developing alternative, safe educational modalities to ensure the continuity of the learning process during conflicts.

Keywords: armed conflicts, protection of civilians, international criminal responsibility, civilian facilities, international accountability.

The Right to Education and the Protection of Teachers and Educational Institutions Under International Humanitarian Law, with Reference to the Situation in Gaza(*)

Dr Abdulsalam Hussein Al Enezi
Associate Professor & Head of the Public International Law Department
College of Law – Kuwait University
abdulsalam_alanzi@hotmail.com

Abstract

This research examines the legal protection of the right to education during armed conflicts, with a focus on the situation in the Gaza Strip. It analyzes this protection in light of the rules of international humanitarian law, relevant provisions of international human rights law, and international criminal law. The research addresses a central problem: the adequacy of existing international rules in ensuring the continuity of the educational process and protecting teachers, students, and educational facilities from the effects of military operations, as well as the effectiveness of international accountability mechanisms in cases where grave violations of this protection occur.

The research aims to clarify the legal status of the right to education during armed conflict, define the scope of protection afforded to civilians and educational facilities, and analyze various forms of attacks against schools, teachers, and students, along with their impact on the continuity of education. Furthermore, it explores the applicability of international criminal responsibility to acts that target or disrupt the educational process, drawing upon relevant international judicial precedents and practices.

The study employs an analytical approach to examine pertinent international rules and conventions, interpreting the scope of protection they establish. It also utilizes a descriptive approach to outline the impact of armed conflicts on the educational process, incorporating international judicial rulings and practices to delineate the boundaries of responsibility for such violations.

The study focuses on the contemporary situation in the Gaza Strip, serving as a case study for the application of legal norms within a highly complex, real-world context. The research finds that the legal protection of education

(*) Submission Date: 16 April 2026 & Acceptance Date: 10 June 2026.

legislator has not set a clear standard for determining responsibility: provisions are scattered across separate laws without a unifying framework, and its position on the company's own liability has fluctuated between independence and dependency.

The study recommends that the Kuwaiti legislator adopt a unified framework identifying who is responsible within the company, and expressly equate the de facto director with the de jure director in liability, so that no one escapes punishment for lack of a formal appointment.

Keywords: de facto director, corporate compliance, organisational fault, corporate governance, criminal liability of legal persons.

(*) Submission Date: 27 September 2025 & Acceptance Date: 20 January 2026

The Implications of Corporate Social Responsibility for the Criminal Liability of Corporate Representatives under Kuwaiti Law: A Comparative Critical Study(*)

Dr Asmaa Ibrahim Al Fozan
Assistant Professor of Commercial Law
Kuwait International Law School
a.alfouzan@kilaw.edu.kw

Abstract

The role of the company is no longer confined to generating profit; it now extends to obligations toward society and the environment. This expansion raises the question of the sanctions applicable when such obligations are breached, and of who within the company bears responsibility. This research examines that question under Kuwaiti law. A company is a legal entity that cannot act on its own; it operates through those who manage it. Understanding its liability therefore begins with the liability of the director who expresses its will.

The study addresses fundamental questions: who is the representative that bears criminal liability within the company; whether Kuwaiti criminal provisions adequately address breaches of social responsibility; and what constitutes the basis of the company's own liability.

To answer these questions, the research adopts a critical analytical method to examine and evaluate Kuwaiti legislation, alongside a comparative method drawing on the French and British experiences. It thus addresses the concept of social responsibility and approaches to its characterisation, the criminal liability of the company's representative, the Kuwaiti legislator's position on this issue and on corporate compliance, and the shortcomings of this framework.

The research finds that the Kuwaiti legislator has imposed duties of transparency and disclosure on companies and criminalized certain forms of non-compliance, yet has left social responsibility governed, in essence, by non-binding governance guidelines without criminal protection. Liability falls on whoever actually manages the company, regardless of formal title, while the

(*) Submission Date: 21 July 2026 & Acceptance Date: 13 August 2026.

and, consequently, an enhancement of their entitlements. However, Kuwaiti legal scholarship has yet to define the concept of a "monthly wage," which is a prerequisite for determining a worker's daily wage. The study concludes by recommending that the Kuwaiti legislator harmonize the terminology used for "weekly rest"- as stipulated in Article 67 of Labor Law No. 6 of 2010 - with the terminology employed in Article 70 of the same law. Furthermore, it suggests the issuance of a regulation governing mandatory weekly rest to eliminate any ambiguity regarding its proper application.

Keywords: weekly rest, weekend, daily wage, comprehensive wage, basic wage.

The Impact of the Weekly Rest Day on the Rights and Obligations of a Monthly-Paid Employee(*)

Prof Dr Saleh Nasser Al Otaibi
Professor & Head of Private Law Department
Kuwait International Law School
alotaibi@kilaw.edu.kw

Abstract

Labor law is a humanitarian field; it concerns itself with the worker as a human being, thereby establishing a minimum threshold of rights - such as the right to cease work for specific periods to recover from the strain of labor. This study focuses on the employee's right to a weekly rest period, as stipulated in Article 67 of the Kuwaiti Labor Law (Law No. 6 of 2010), which grants the right to a continuous weekly rest period of twenty-four hours - that is, one full day. To provide flexibility for employers, the law does not mandate that this rest day must fall on a Friday. The study employs a descriptive-analytical approach, incorporating a comparative analysis of the labor laws of several jurisdictions.

The significance of this study stems from the variations in how the weekly rest day affects the rights and obligations of a monthly-paid employee. For instance, when calculating an employee's daily wage, it is generally more advantageous to exclude the weekly rest days; conversely, when determining the employee's obligations, it is often more favorable to include them. The study examines the implications of this rest period under the Kuwaiti Labor Law, as well as the labor laws of Egypt, Saudi Arabia, and Oman.

The study concludes with several key findings, most notably: there are effectively two types of weekly rest days - one that is mandatory for the employer and another that is optional. Furthermore, the insufficiency of legislative provisions governing the mandatory rest day has led to an increase in labor disputes between employees and employers. The study also addresses the need for amendments to the legislative provisions concerning weekly rest within the Kuwaiti Labor Law (Law No. 6 of 2010).

The 2010 [Labor Law] resulted in an increase in a worker's daily wage -

(*) Submission Date: 18 February 2026 & Acceptance Date: 8 April 2026.

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

Arabic Studies and Research

Kuwait International Law School Journal
Volume 15 – Issue 1 – Serial Number 57
Jumada Al-Akhirah – Rajab 1448 AH / December 2026 AD

inability to meet the requirements of such innovation, including language proficiency, technological skills, and more extensive reading to achieve greater depth, comparison, and critical analysis. Regrettably, this type of research finds a ready outlet in traditional scholarly venues - whether fee-charging or free of charge - and lacks the incentive to innovate.

It is important to note that this segment of the research community, comprising both established researchers working within traditional approaches and newcomers to the field, has responded in its own way to the technological advances offered by modern applications, particularly artificial intelligence services and products. Research papers, university theses and dissertations, possibly sections of books, as well as working papers and projects, have been found to have been produced using these tools without even being reviewed, supplemented, or checked. Such practices constitute grave infringements of intellectual property rights and clear-cut acts of plagiarism that satisfy all its constituent elements, undermining the principles, rules, and ethics of scholarly research.

At the same time, it is equally important to acknowledge a group of diligent researchers whose work addresses applied and practical topics and employs technological tools and modern methodologies incorporating comparison, critical analysis, depth, statistics, and numerical data. Their research yields precise findings and constructive recommendations. These researchers deserve recognition and appreciation, as they add value to scholarly platforms that seek distinction by offering solutions and original insights into contemporary issues.

In considering how best to address the concerns raised in this editorial, periodic reassessment appears both necessary and warranted for scholarly research communities in the social and legal fields, including their publication venues and platforms, to achieve genuine, substantive development and modernization.

Direct and tangible engagement with society's concerns must also be a paramount priority. This should be accompanied by encouragement for outstanding researchers to undertake forward-looking inquiry and employ modern methodologies and new technological tools, with full awareness of, and respect for, the principles and ethics of scholarly research.

Editorial

Scholarly Research and Its Ethics: A Necessary Reassessment

Prof Dr Badria Abdullah Al Awadi(*)
Editor-in-Chief

First, it must be stated clearly and directly that discussing the crisis engulfing scholarly research - particularly in the social and legal fields - and its implications for the limited scholarly output and weak impact of the Arab and Islamic worlds is by no means an exercise in abstract theorizing. Rather, assessing this field of activity to enhance its effectiveness and contribution to addressing society's various concerns is an entirely practical and realistic undertaking.

Second, the scholarly research community, particularly in the social and legal fields, undoubtedly stands at a crossroads in light of the developments and transformations taking place in contemporary societies. There is little benefit in maintaining its traditional approach, characterized as it is by a tendency towards stagnation and a marked lack of dynamism and engagement with society's concerns and challenges.

Consequently, serious, substantive, objective, purposeful, and focused reassessments are needed.

These reassessments must involve diagnosis, analysis, independent intellectual inquiry, and the formulation of alternatives. In terms of diagnosis, most topics currently addressed in social and legal research are dated, conventional, and repetitive, lacking creativity, original thinking, and innovation. They fail to address new and emerging issues; even when they do, they approach them by applying established solutions and legal rules to these new circumstances.

Moreover, the tools and methodologies used to describe and analyze these issues are limited and inadequate, lacking depth, comparison, and critical examination. Unsurprisingly, such topics, and the tools used to present and discuss them, yield weak findings and recommendations and contribute little of significance.

An analysis of this situation suggests that this type of research shies away from the challenge of addressing new topics that merit investigation through modern tools, including applied and practical methodologies and technological tools that provide statistical data. This reluctance stems from an unwillingness to expend greater effort, a preference for the relative ease of traditional approaches, or an

(*) Emeritus Professor and Former chair of Public International Law Department, Kuwait International Law school, and former Dean of Law College, Kuwait University.

Table of Contents

Subject	Page
Judicial Intervention to Ensure the Effectiveness of Arbitration Proceedings Regarding Interim Measures *Prof Dr Fawzi A. Belkanani*	29
Highlights of the Saudi Civil Transactions System..«Acknowledgment and Privacy»: A Comparative Critical Interpretation *Prof Dr Mohammad A. Al Katib*	31
Challenges to the Protection of Civilians in Hybrid Armed Conflicts: A Comparative Study of International Humanitarian Law and International Human Rights Law *Prof Dr Mukhled I. S. Al Tarawneh* *Dr Amid A. Khasawneh*	33
The Structural Conception of the Constitutional Court in Tunisia under the 2014 and 2022 Constitutions, in Light of Diverse International Experiences *Prof Dr Tawfiq Al Sadiq Al Ghana* *Dr Shady M. A. Hijazi*	35
Constitutional Limits on the Shura Council's Statutory Direction to Qatar's Supreme Judicial Council to Issue Regulations and Decisions Implementing the Judicial Authority Law *Abdul Rahman bin Hamad Al Thani*	36
The Law Applicable to Subrogation in Cross-Border Traffic Accidents: A Private International Law Analysis of Case Law in France and Jordan *Prof Dr Abdallah Aldmour*	38
English Studies & Research	
Old Legal System for New Ships: Minor Update in the Current Legal System to Accommodate the Operation of Autonomous Ships *Dr Talal Al Adwani*	41

Table of Contents:

Subject	Page
Editorial	
Scholarly Research and Its Ethics: A Necessary Reassessment *Prof Dr Badria A. Al Awadi*	13
Arabic Studies & Research	
The Impact of the Weekly Rest Day on the Rights and Obligations of a Monthly-Paid Employee *Prof Dr Saleh N. Al Otaibi*	17
The Implications of Corporate Social Responsibility for the Criminal Liability of Corporate Representatives under Kuwaiti Law: A Comparative Critical Study *Dr Asmaa I. Al Fozan*	19
The Right to Education and the Protection of Teachers and Educational Institutions Under International Humanitarian Law, with Reference to the Situation in Gaza *Dr Abdulsalam H. Al Enezi*	21
Civil Legal Liability of Social Media Platforms in the Context of Exercising the Right to Freedom of Expression: A Comparative Study of Legislation and Judicial Practice *Dr Anas F. Al Tourah* *Dr Latifa W. Al Zamel*	23
Digital Sanctities Between Islamic Sharia and Kuwaiti Laws: Towards Building an Integrated Legislative Framework *Dr Abdullatif H. Al Awadhi* *Dr Suzan Z. Al Samman*	25
The Impact of Climate Change Risks on the Execution of Long-Term Contracts *Dr Nawfal bin Ahmed*	26
The Nature of Information Products and Their Drawbacks *Dr Mohamed A. Ali*	27

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

IMPORTANT ANNOUNCEMENT

New Publication Rules for the Kilaw Journal

"To enhance the journal's role in disseminating and encouraging legal research in Kuwait, the Gulf, the Arab world, and internationally, and as part of the ongoing effort to develop Academic legal research methods to increase its added value and as a contribution to serving the academic and professional legal sectors in particular, and the community in general, and in line with the new research policies of the Kuwait International Law School (the publisher), the journal's editorial board has approved the addition of the following new provisions to its publication rules:"

- The Journal invites researchers to focus their research submitted for publication on studying practical and applied legal issues and problems that directly or indirectly concern the administrative, economic, social, and other related sectors, including the study of specific cases.
- The Journal encourages the adoption of scientific approaches that help in studying this type of issue, including the analytical approach, the critical approach, and the comparative approach. It also encourages authors to choose mechanisms and methods that contribute to the clarity and accuracy of analysis, discussion, and interpretation, including databases, statistics, indicators, and others.
- The Journal invites researchers to submit innovative, grounded, and practical recommendations based on comparative systems. This includes proposals for laws, regulations, guidelines, and other relevant information.
- The Journal gives priority to publication of research of an applied and practical nature, whether from within or outside KILAW.
- Applied and practical research shall be included in the list of research nominated for the annual "Kilaw Journal Award" for the best applied and practical research.

- The book must be outstanding and includes adding new academic interest.
- The reviewer should be a specialist in the academic field of the book.
- should not been already offer for publication in other printing association.
- The reviewer should present adequate summary of contents, with an indication of the most important aspects of excellence and incompetence, no more than (5) pages.
- Journal gives financial reward to present books that mandated by the journal only.

Research and studies should be sent to:
Chief- in-Editor of Kuwait International Law School's Journal though one the following methods:

- **Regular Mail**
  Kuwait-Doha-block 4- building 800005
  P.o. Box: 59062 postal codes: 93151
  Tel:+965 22280222 direct: +965 66305615
  Fax: +965 22280209
- **Email**
  kilawjournal@kilaw.edu.kw
- **Website**
  Fill in the required information through the following link:
- In Arabic: https://goo.gl/JbhQhr
- In English: https://goo.gl/8oSJNo
- And then sending the research and the attached documents (CV, Undertaking and acknowledgment).

7- Receipt date of the research by the Chief Editor, and precedence of research amendments.
8- Research and studies diversify whenever possible.

■ For Comments on Judicial Provisions:

The journal publishes commentary on court provisions, believes in the importance of the views of jurisprudence in analyzing the ruling, mainstreaming, and criticizing it in fact of, linking theory and knowledge, and practical application, with no prejudice to the board and judges who ruled the verdict.

■ For Presenting Thesis Summaries:

Journal Published abstracts of thesis (Masters – PhD) which was approved, and shall be recent, presenting by the author, considers as new academic addition in one of law fields, not exceed (10) pages, bearing in mind that the summary includes the following:

- Introduction to the importance of the thesis.
- A summary of the subject and how to select it, and be within the thesis.
- A summary of the thesis method, prescriptions, its mandates, and its tools.
- Conclusion of what researcher gets of conclusions and recommendations.

■ For Reports of Academic Meetings:

Journal Published academic reports about seminars and conferences that relate to one or more of topics of concern to the journal, which recently took place inside or outside Kuwait, and must take into account:

- The report must cover the activities of the seminar or Conference, focused on presented academic researches , working papers and its results, and the most important recommendations.
- The report should not exceed 5 pages.

■ For Presenting and Review Books:

The journal publishes reviews of recent published books belonging to any field of law and with the following conditions:

9- The research should be accompanied by an abstract in Arabic and English, each of which shall consist of a maximum of 200 words (or one page). It shall include the research objectives, methodology, conclusions and recommendations, and keywords, not exceeding five words (not mentioned in the research), expressing the fields covered by the research, for use in indexing.

10- The research or study may not be published in another academic journal after its approval for publication in the journal of the Kuwait International Law School, except after a written permission from the Editorial Board.

11- Research or studies must be printed, in three copies, or electronic in PDF and Word format, and all versions should be carefully corrected.

12- Research or study original copies shall not be returned after approval by the Editorial Board.

13- The researcher must attach a summary of the biography not exceeding one page.

14- Each researcher shall be given three copies of the published journal with his research with twenty copies of the research.

15- The journal shall have the right to retain all copyrights, both hard copy and electronically, for a period of three years from the date of publication.

B- Special Rules:

1- Customize a list of references at the end of the research or study include the references mentioned in the text, and placed in a separate page , sources and references should organized starting from Arabic references, then foreign references, without numbering.

2- Referred to the margin by serial numbers along research pages or study, and explained by numbers according to its sequence.

3- Published Research and studies arranged according to technical considerations.

4- Publishing priority is according to:

5- Researches from the Faculty members in Kilaw.

6- Researches and studies on Kuwait's laws or compared with Kuwaiti laws.

4- The journal ensures that the research submitted for publication is on realistic cases, through following a mechanism that would accommodate the current changes in terms of objectivity, methodology and formality.

5- The journal encourages comparative legal studies.

6- The journal encourages the submitted researches for publication to follow a method of criticism, analysis, and brainstorm through modern methodology and techniques.

7- All submitted research papers are subject to referral by specialists in the area, and holders of an academic degree that is higher than that of the researcher or equivalent to it (if the researcher is Full Professor).

II- Publication Rules:

■ For Academic Research and Studies:

A- General Rules:

1- Research or study should be unpublished or submitted for publication in another journal.

2- Research or study must not be part of PhD or masters theses, or from published books, unless it has a new value or addition, which shall be approved by the Editorial Board in advance.

3- The subject of the research should be current, original and innovative.

4- The focus in the research should be on the topic without theoretical introductions or unnecessary additions or expansions. The researcher should refer to the references that has already dealt with it when necessary.

5- The researcher should use the critical method in his study and discuss in depth the subject of the research and the problems he raises.

6- The Conclusion of the research should include a statement of the results of the research, and the recommendations to issues or problems in question, and the proposals for future studies.

7- The research or study references should be modern and varied, local and international, Arab and foreign whenever possible, and fully documented.

8- The number of words of the research or study should not exceed fifteen thousand (15000) words, and not exceed the number of (30) pages, A4 size. (Font type: Times new Roman , size 14 - the distance between lines per page: 1.15 - margins: the same font type - size 10 - the distance between lines: 1.0), including abstracts (Arabic, English and references).

Rules for Publication in the KILAW's Journal and its Supplements

Kuwait International Law School's journal is a quarterly academic, legal and reviewed journal, and an academic platform that seeks quality, seriousness and excellence. It accepts research papers in all relevant legal issues of interest to the Journal in Arabic, French and English, in any of the following areas:

1- Research and studies
2- Comments on judicial decisions
3- Thesis abstracts
4- Academic reports on seminars and conferences
5- A presentation of new legal books

In any of the following academic fields, especially

1- Law and its various areas
2- Islamic law and jurisprudence
3- Public finance, economy and economic legislations
4- Social and natural sciences related to law
5- Comparative studies
6- Arabization in any of the previous areas

In accordance with the following rules

I- General Policies for Publication:

1- The School's administration gives great importance to the role of the academic journal in spreading and encouraging the academic research. It seeks to enhance and deepen its role and mission, and constantly review it in order to raise the quality of published researches according to the best international standards and practices, to enhance its impact and influence in its area.

2- The journal seeks, and after the first five years of its establishment, to be an academic, serious and distinct platform, and that the research published in it constitutes an added value which would place it in the ranks of international academic journals, within the framework of a project of innovation in thought and research methodology.

3- The journal is keen to ensure the quality of the research that it accepts for publication, through the application of publishing rules, referral, editorial review, and proofreading before publishing.

Arabic & International Advisory Board

- **Prof Dr Osama AlFouly**
  Professor of Economics and Public Finance
  Former Dean, Faculty of Law, Alexandria University
  Arab Republic of Egypt

- **Prof Dr Ayoub Ben Mansour Ben Ali**
  Professor of Administrative and Constitutional Law
  Institute of Public Administration
  Former member of the Saudi Shura Council
  Riyadh, KSA

- **Dr Saleh Hamed Albarashdi**
  Associate Professor of Commercial Law
  Dean of Faculty of Law, Sultan Qaboos University
  Muscat, Sultanate of Oman

- **Prof Dr John Morison**
  Professor of Law
  School of Law, Queen's University Belfast, UK

- **Prof Dr Roger Burridge**
  Professor of Law
  School of Law, University of Warwick
  Coventry, UK

- **Prof Dr Vincenzo Ferrari**
  Professor of Law
  Former Dean, School of Law, Milan University
  Milan, Italy

- **Prof Dr Habib Qazi**
  Professor of Private Law
  Dean of Faculty of Law, Lebanese University
  Beirut, Lebanon

- **Prof Dr Basem Melhem**
  Professor of Commercial Law
  Dean of Faculty of Law, Jordanian University
  Amman, Hashemite Kingdom of Jordan

Editorial Board

- **Editor - in - Chief**

  Prof Dr Badria A. Al Awadhi

- **Associate Editor-in-chief**

  Dr Ahmad Hamad Al Faresi

- **Editorial Consultant**

  Prof Dr Yousri Elassar

  Prof Dr Seham Al Foraih

  Prof Dr Iqbal Al Mutawa

  Prof Dr Yasser Elserafy

  Prof Dr Magdi Shehab

  Prof Dr Muaath Almulla

  Dr Hamad Alhasawi

- **The Journal Committee**

  Dr Ahmed Al Otaibi

  Dr Farah Yassine

  Dr Fatma Al Bader

  Dr Hamad F. Al-Fahad

Subscription

Price List

- Kuwait: 750 Fils
- Gulf States: • Saudi Arabia: 10SR • Qatar: 10 QR • Emirates: 10 DH
• Bahrain: 1 BD • Oman: 1 OR
- Arab Countries: equivalent to 1$
- Foreign Countries: 3$

Annual Subscription Rates

Type of Subscription	Kuwait	Arab Countries	Foreign Countries	Years of Subscricption
Individuals	3 K.D.	4 K.D.	$ 15	1 Year
Institutions	15 K.D.	15 K.D.	$ 60	
Individuals	5 K.D.	7 K.D.	$ 25	2 Years
Institutions	25 K.D.	25 K.D.	$ 100	
Individuals	7 K.D.	10 K.D.	$ 35	3 Years
Institutions	35 K.D.	35 K.D.	$ 140	
Individuals	9 K.D.	13 K.D.	$ 45	4 Years
Institutions	45 K.D.	45 K.D.	$ 180	

Payment for individual subscription should be paid in advance:

- By cheque drawn on a Kuwaiti bank to Kuwait International Law School.
- Or by bank transfer to Kuwait International Law School:
• Account Number : **012010074824** • Bank name: **Kuwait International Bank**
• IBAN: **KW94KWIB000000000012010074824**

Kuwait – Doha City – Block 4 – Building 800005.
Tel: (+965) 22280222 – Direct: (+965) 22280181 – Fax: (+965) 22280209
Kilawjournal@kilaw.edu.kw www.kilaw.edu.kw

Note: All opinions contained in the research published in this issue of Kilaw Journal express the viewpoint of its authors only, and do not express the opinion of the journal and do not reflect the opinion of the School

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL JOURNAL

Quarterly, Peer-Reviewed Academic Journal Dedicated to Publishing Legal and Sharia Research

The first Issue was Published in March 2013

Kilaw Journal – Volume 15 – Issue 1 – Serial Number 57
Jumada Al-Akhirah – Rajab 1448 AH / December 2026 AD

Full text of the research is available in
Journal.Kilaw.edu.kw

Kilaw Journal & its Articles & Abstracts are indexed in:

- Data base of the US Library of Congress under LC classification: K13 .A4756, on the following link: https://lccn.loc.gov/2018350324
- Database of Islamic and legal sciences ISLAMIC info, Dar Almandumah for Arabic databases: www.mandumah.com

Guidelines for Academic and Objective Participation:

- The conference covers social, legal, economic, and technological aspects, and researchers in these fields are welcome to submit proposals.
- The research proposal should be within the themes and topics of the conference, or be derived from them, and should include new and innovative ideas, and the research should adopt a critical and comparative methodology, and a direct style.
- The research must not have been previously published or presented at another academic conference.
- The research proposal should offer practical solutions to one of the problems presented, or include a practical legal initiative related to the study topic, and must adhere to academic research standards.
- Participants must be faculty members, members of the judiciary, or researchers in the conference's fields.
- The school will cover travel and accommodation expenses for researchers whose papers are accepted.

Participation Procedures and Deadlines:

- Researchers must first submit an abstract of their research proposal, not exceeding five hundred **(500)** words, along with a brief curriculum vitae including a list of their research and publications, before **November 30, 2026.**
- The conference organizing committee will notify researchers whose proposals have been accepted before **December 31, 2026**.
- Participants must adhere to the publication guidelines of the Kilaw Journal and its supplements.
- Full texts of research papers must be submitted before the end of **February 2027**.
- All submitted research papers will be subject to peer review according to the rules of Kilaw Journal, and researchers will be provided with the reviewers' reports to address any feedback they received before **March 20, 2027**.
- Final versions of research papers must be submitted to the conference committee by **April 15, 2027**. Papers will only be considered accepted after approval by the reviewers.
- Accepted research papers will be published in the conference special issue published by the Kilaw Journal. Therefore researchers may not publish their papers submitted to the conference in any other journal or periodical without prior approval from the conference organizers.
- Abstracts and research papers should be sent to the conference email address: **kiac@kilaw.edu.kw**

Formal Guidelines:

- The maximum word count for a research paper is eight thousand (8000) words, and the minimum is five thousand (5000) words.
- The font is Times New Roman. Font size: 14 for Arabic, and 12 for English language submissions. Line spacing: 1.15.
- The footnotes should be in Times New Roman font, font size: 10.

For inquiries and communication:

- **Mr. Fathi Al-Hamdi:** +965 22280183 ext. 487 / Mobile: +965 66305615 - f.hamdi@kilaw.edu.kw
- **Mrs. Maysoun Al-Samad:** +965 22280181 - msamad@kilaw.edu.kw

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

13th ANNUAL CONFERENCE INTERNATIONAL

KILAW'S 13th ANNUAL INTERNATIONAL ACADEMIC CONFERENCE

The Future of State Sovereignty and its Systems in the Digital Age

State of Kuwait, May 4-5, 2027

Call for Papers

Contemporary societies are facing unprecedented transformations in the technological and digital realms, the effects of which have directly impacted how states exercise their sovereignty - both domestically and internationally. A state's power is no longer measured solely by its military, economic, and geographic capabilities, but also by its ability to protect its digital space.

The exercise of sovereignty is no longer confined to physical territory and its land, maritime, and aerial boundaries; rather, it now extends to cyberspace, digital networks, and information systems. This shift necessitates an examination of the associated challenges and the contribution of solutions and insights to address them. Accordingly, the Kuwait International Law School has dedicated its 13th Annual International Academic Conference to discussing this topic under the title: ***"The Future of State Sovereignty and its Systems in the Digital Age: Challenges of AI, Data, Platforms, and Emerging Technologies in the Social, Legal, and Economic Fields"****. In this spirit, KILAW is pleased to invite researchers, experts, and specialists to participate in the conference by presenting papers that address the following themes:*

Key Dates

Abstract Submission	Notification of Accepted Abstracts	Full Paper Submission	Peer Review Process	Final Paper Submission
30/11/2026	31/12/2026	28/2/2027	20/3/2027	15/4/2027

First - The Evolution of the Concept of Sovereignty, Its Scope, and Its Multiple Implications

- Its The Evolution of the Concept of Sovereignty, Its Systems, and Its Implications.
- The Role of Digital Transformation and its Impact on State Systems and Various Institutions.
- The Scope of State Sovereignty Across Borders in Digital Activities.
- International Cooperation in the Field of Artificial Intelligence Regulation.

Second - Challenges of Artificial Intelligence and the Capabilities of the Modern State

- Developments in Artificial Intelligence and Risk Management.
- The Future of Regulatory Frameworks for AI Governance.
- The Use of Artificial Intelligence and Ethical and Social Controls.
- Building National Capabilities in Data Center Autonomy and Cloud Computing.

Third – Cybersecurity in the Digital Space

- The Evolution of the Cybersecurity Concept and the Protection of Critical Infrastructure.
- Cyber and Digital Crimes and Their Impacts – Prevention and Response Methods.
- Privacy Protection and Guarantees of Rights and Freedoms.

Fourth – The Justice System and Digital Platforms

- The role of digital transformation in dispute resolution and the admissibility of evidence.
- The regulation of digital platforms and their various implications.
- The role of major technology companies and their impact in the digital age.

Fifth – The Future of the Gulf Cooperation Council in the Digital Age

- Gulf digital cooperation in formulating common rules and standards and its global impact.
- Protecting Gulf identity, culture, and values in the digital age.
- Key Gulf experiences in localizing artificial intelligence and digital projects.



Kuwait | Doha City | Block 4 | Building 800005 | P.O Box: 59062 - Postal Code 93151 الرمز البريدي – 59062 ص.ب | 800005 قسيمة | 4 قطعة | مدينة الدوحة | الكويت

kilawconference kilaw_conf

KILAW

كلية القانون الكويتية العالمية

KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

13th ANNUAL CONFERENCE INTERNATIONAL

KILAW'S 13th ANNUAL INTERNATIONAL ACADEMIC CONFERENCE

The Future of State Sovereignty and its Systems in the Digital Age

Challenges of AI, Data, Platforms, and Emerging Technologies in the Social, Legal, and Economic Fields

State of Kuwait, May 4-5, 2027

Follow Us On Our Social Media Accounts

kilawconference kilaw_conf

Kiac@kilaw.edu.kw Kilaw.edu.kw

For the 2nd time in 3 years (2024 – 2026)

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL JOURNAL

Ranks among the Top 10 Arab Journals

in Impact and Citations

and is classified in the Highest Category **Q1** for LAW

Among 125 Peer-Reviewed Gulf and Arab Law Journals

★

According to the Eleventh Annual Report of ARCIF, published by e-Marefa





Another Achievement to be proud of
We thank our authors and researchers, peer reviewers
and everyone who contributed to this success in Scholarly Excellence

CERTIFICATE OF ACCREDITATION

This is to certify that

Kuwait International Law School

is accredited by the Quality Assurance Agency for Higher Education (QAA)
for the successful completion of the International Quality Review and meeting the
Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area.

Accreditation valid: 31/01/2024 – 30/01/2029

Vicki Stott, Chief Executive, QAA

KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL JOURNAL

Quarterly, Peer-Reviewed Academic Journal, Dedicated to Publishing Legal & Sharia Studies & Research

KILAW
كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

Volume 15 - Issue 1 - Serial Number 57
Jumada Al Akhirah - Rajab 1448 AH / December 2026 AD

P - ISSN: 2410-2237
E - ISSN: 3079-0220

57

Arabic Studies & Research

- **The Impact of the Weekly Rest Day on the Rights and Obligations of a Monthly-Paid Employee**
  Prof Dr Saleh N. Al Otaibi
  Kuwait International Law School
- **The Implications of Corporate Social Responsibility for the Criminal Liability of Corporate Representatives under Kuwaiti Law: A Comparative Critical Study**
  Dr Asmaa I. Al Fozan
  Kuwait International Law School
- **The Right to Education and the Protection of Teachers and Educational Institutions Under International Humanitarian Law, with Reference to the Situation in Gaza**
  Dr Abdulsalam H. Al Enezi
  College of Law – Kuwait University
- **Civil Legal Liability of Social Media Platforms in the Context of Exercising the Right to Freedom of Expression: A Comparative Study of Legislation and Judicial Practice**
  Dr Anas F. Al Tourah
  Dr Latifa W. Al Zamel
  College of Law - Kuwait University
- **Digital Sanctities Between Islamic Sharia and Kuwaiti Laws: Towards Building an Integrated Legislative Framework**
  Dr Abdullatif H. Al Awadhi
  Dr Suzan Z. Al Samman
  College of Sharia and Islamic Studies
  Kuwait University
- **The Impact of Climate Change Risks on the Execution of Long-Term Contracts**
  Dr Nawfal bin Ahmed
  College of Sharia and Regulations
  Taif University - KSA
- **The Nature of Information Products and Their Drawbacks**
  Dr Mohamed A. Ali
  College of Law – Alfujaira University – UAE
- **Judicial Intervention to Ensure the Effectiveness of Arbitration Proceedings Regarding Interim Measures**
  Prof Dr Fawzi A. Belkanani
  College of Law – Qatar University
- **Highlights of the Saudi Civil Transactions System .. "Acknowledgment and Privacy": A Comparative Critical Interpretation**
  Prof Dr Mohammad A. Al Katib
  Ahmed Bin Mohammed Military College - Doha - Qatar
- **Challenges to the Protection of Civilians in Hybrid Armed Conflicts: A Comparative Study of International Humanitarian Law and International Human Rights Law**
  Prof Dr Mukhled I. S. Al Tarawneh
  Police Academy - Police College - Qatar
  Dr Amid A. Khasawneh
  College of Law - Lusail University - Qatar
- **The Structural Conception of the Constitutional Court in Tunisia under the 2014 and 2022 Constitutions, in Light of Diverse International Experiences**
  Prof Dr Tawfiq Al Sadiq Al Ghana
  College of Law - King Faisal University - KSA
  Dr Shady M. A. Hijazi
  College of Business Administration
  Prince Abdulaziz University - KSA
- **Constitutional Limits on the Shura Council's Statutory Direction to Qatar's Supreme Judicial Council to Issue Regulations and Decisions Implementing the Judicial Authority Law**
  Abdul Rahman bin Hamad Al Thani
  Public Law Researcher - Doha – Qatar
- **The Law Applicable to Subrogation in Cross-Border Traffic Accidents: A Private International Law Analysis of Case Law in France and Jordan**
  Prof Dr Abdallah Aldmour
  Faculty of Law, University of Jordan

English Studies & Research

- **Old Legal System for New Ships: Minor Update in the Current Legal System to Accommodate the Operation of Autonomous Ships**
  Dr Talal Al Adwani
  Kuwait International Law School