

أبحاث ودراسات باللغة العربية

- تطوُّر القوانين المنظَّمة لأسواق الأوراق المالية: دراسة في القانون القَطري
أ. د. شاكر المزوغي
كلية القانون - جامعة قطر
- دور مدونات السلوك في مكافحة الفساد: دراسة مقارنة
أ. د. سنية العش ملاك
كلية القانون - جامعة قطر
- كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية
د. مروان محمد المدرس ود. إيمان ماجد آل بورشيد
كلية الحقوق - جامعة البحرين
- عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين ودور صك السلم السيادي في مواجهته
د. عبد الجبار أحمد الطيب
كلية الحقوق - جامعة البحرين
- التأصيل الشرعي والقانوني لإقرار الدولة للضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية
د. سونا عمر عبادي
جامعة العلوم الإسلامية العالمية - الأردن

أبحاث ودراسات باللغة الإنجليزية

- عمليات اندماج البنوك في دولة الكويت: عندما تُشكَّل الرقابة من قِبَل جهات تنظيمية متعددة خطراً على الصفة!
د. نورة ميميتي
كلية القانون الكويتية العالمية
- تطبيق الذكاء الاصطناعي على الحق في العمل من منظور دولي وأوروبي وكويتي
د. فرح جولي ياسين
كلية القانون الكويتية العالمية

- التحريض الرقمي غير المباشر ومسؤولية المنصات: دراسة في إعادة بناء الإسناد الجنائي في ضوء التضخيم الخوارزمي والقانون المقارن
د. فيصل عبدالله الكندري
كلية القانون الكويتية العالمية
- التطورات التشريعية في تنظيم حماية المنافسة الحرة في دولة الكويت: دراسة تحليلية نقدية مقارنة
د. شيخة ناصر الهلالي
كلية القانون الكويتية العالمية
- البيع العقاري بين العقدين الابتدائي والنهائي: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي
أ. د. ياسر أحمد كامل الصيرفي
كلية القانون الكويتية العالمية
- مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية
د. أحمد حمد الرشود ود. زهراء عبدالعزيز العنديل
كلية الحقوق - جامعة الكويت
- الحرية النقابية للموظف العام في القانونين الكويتي والفرنسي
د. منيرة صالح النمش
كلية الحقوق - جامعة الكويت
- النموذج القانوني للمساهمة المدنية التبعية: دراسة تأصيلية في ضوء النظامين القانونيين الأمريكي والإنجليزي
د. عبدالله عمر الخولي
كلية الحقوق - جامعة الملك عبدالعزيز
جدة - المملكة العربية السعودية
- تسوية المنازعات الضريبية في النظام السعودي: دراسة تحليلية مقارنة
أ. د. صلاح حامد حسنين
أكاديمية شرطة دبي - الإمارات العربية المتحدة

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





كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

فصلية علمية مُحَكَّمة | تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية

صدر العدد الأول منها في مارس 2013

السنة الرابعة عشرة - العدد 3 - العدد التسلسلي 55
ذو الحجة 1447هـ - محرم 1448هـ - يونيو 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

ثمن العدد

- الكويت: 750 فلساً.
- دول الخليج: السعودية: 10 ريالات، قطر: 10 ريالات، الإمارات: 10 دراهم
- البحرين: 1 دينار، عمان: 1 ريال
- الوطن العربي: ما يعادل دولاراً أمريكياً
- الدول الأجنبية: ثلاثة دولارات

الاشتراكات السنوية

نوع الإشتراك	الكويت	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الإشتراك
أفراد	3 دنانير	4 دنانير	15 دولاراً	سنة
مؤسسات	15 ديناراً	15 ديناراً	60 دولاراً	
أفراد	5 دنانير	5 دنانير	25 دولاراً	سنتان
مؤسسات	25 ديناراً	25 ديناراً	100 دولاراً	
أفراد	7 دنانير	10 دنانير	25 دولاراً	3 سنوات
مؤسسات	35 ديناراً	35 ديناراً	140 دولاراً	
أفراد	9 دنانير	13 دنانير	45 دولاراً	4 سنوات
مؤسسات	45 ديناراً	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 اسم البنك: بنك الكويت الدولي
- IBAN: K W 94 K W I B 0000000000012010074824

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 كاتبها فقط، ولا تعبر عن رأي المجلة ولا تعكس رأي الكلية

● رئيس التحرير

أ.د. بدرية عبدالله العوضي

● رئيس التحرير المشارك

د. أحمد حمد الفارسي

● مدير التحرير

د. شريفة المهنا

● مستشارو التحرير

أ.د. يسري العصار

أ.د. سهام الفريح

أ.د. إقبال المطوع

أ.د. ياسر الصيرفي

أ.د. مجدي شهاب

د. حمد الحساوي

د. معاذ الملا

● لجنة المجلة

د. أرديت ميميتي

د. أحمد العتيبي

د. فرح ياسين

د. فاطمة البدر

د. حمد الفهد

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. فينشيرو 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 والتميز، 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 تُرَجَّب 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 فروع
- 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:

أولاً- 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 المجالات 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 وقدر 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 موقّع 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.

ثانياً- قواعد النشر:

1- بالنسبة للبحوث والدراسات

أ- قواعد عامة:

- 1- ألا يكون البحث أو الدراسة قد سبق نشرها، أو مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
- 2- ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً 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، وموثقة 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 موثقة بالإشارة إلى عدد وتاريخ الجريدة الرسمية.
- 9- أن يتضمن البحث بعد قائمة المراجع جدولاً بمحتوى البحث/الفهرس.
- 10- ألا يتجاوز عدد كلمات البحث أو الدراسة خمسة عشر ألف (15000) كلمة، أو ألا 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)، تعبر عن المجالات التي يتناولها البحث، لاستخدامها في الكشف.
- 12- لا يجوز نشر البحث أو الدراسة في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إلا 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 بدءاً بالمراجع العربية، ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم، وأن يكون الترتيب حسب الحروف الأبجدية، ولا تدخل «ال» 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.
 - تنوع 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، مركزاً 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 ومشتتلاً 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 مقابل 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

إعلان مهم

جديد قواعد النشر

في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

“

تعزيزاً لدور المجلة في نشر وتشجيع البحث العلمي القانوني كويتيًاً وخليجياً وعربياً وعالمياً، وفي إطار السعي المستمر لتطوير مناهج البحوث القانونية العلمية بما يزيد من القيمة المضافة إليها، وإسهاماً 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 والاشكاليات القانونية العملية والتطبيقية التي تهم القطاعات الإدارية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، ذات الصلة بشكل مباشر أو غير مباشر، ويشمل ذلك دراسة الحالات المحددة.
- تحت "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.

الموضوع	الصفحة
كلمة العدد	
العدوان الإيراني على دول مجلس التعاون .. جرائم مكتملة الأركان من منظور القانون الدولي والعلاقات الدولية أ. د. بدرية عبدالله العوضي	13
بحوث ودراسات باللغة العربية	
التحريض الرقمي غير المباشر ومسؤولية المنصات: دراسة في إعادة بناء الإسناد الجنائي في ضوء التضخيم الخوارزمي والقانون المقارن د. فيصل عبدالله الكندري	17
التطورات التشريعية في تنظيم حماية المنافسة الحرة في دولة الكويت: دراسة تحليلية نقدية مقارنة د. شيخة ناصر الهلالي	69
البيع العقاري بين العقدين الابتدائي والنهائي: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي د. ياسر أحمد كامل الصيرفي	117
مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية د. أحمد حمد الرشود ود. زهراء عبدالعزيز العنديل	175
الحرية النقابية للموظف العام في القانونين الكويتي والفرنسي د. منيرة صالح النمش	223
النموذج القانوني للمساهمة المدنية التبعية: دراسة تأصيلية في ضوء النظامين القانونيين الأمريكي والإنجليزي د. عبدالله عمر الخولي	273
تسوية المنازعات الضريبية في النظام السعودي: دراسة تحليلية مقارنة أ. د. صلاح حامد حنين	347

413	تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية: دراسة في القانون القطري أ. د. شاكِر المِزوغِي
449	دور مدونات السلوك في مكافحة الفساد: دراسة مقارنة أ. د. سنية العِش ملاك
491	كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية د. مروان محمد المدرس ود. إيمان ماجد آل بورشيد
529	عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين ودور صك السلم السيادي في مواجهته د. عبد الجبار أحمد الطيب
577	التأصيل الشرعي والقانوني لإقرار الدولة للضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية د. سونا عمر عبادي
بحوث ودراسات باللغة الإنجليزية	
625	عمليات اندماج البنوك في دولة الكويت: عندما تُشكّل الرقابة من قبل جهات تنظيمية متعددة خطراً على الصفقة د. نورة ميميتي
626	تطبيق الذكاء الاصطناعي على الحق في العمل من منظور دولي وأوروبي وكويتي د. فرح جولي ياسين

العدوان الإيراني على دول مجلس التعاون .. جرائم مكتملة الأركان من منظور القانون الدولي والعلاقات الدولية

أ. د. بدرية عبدالله العوضي(*)

رئيس التحرير

على مدى عقود متتالية، وفي مسعى إلى حفظ الأمن والاستقرار في العالم، ووقف نزف الحروب والنزاعات التي كلفت البشرية كثيراً من الضحايا والموارد والوقت، تمكنت المؤسسات الأممية الدولية من وضع تحديد قانوني لجريمة العدوان، واستخدام القوة العسكرية في العلاقات بين الدول. وقد ساعدها في ذلك فقه القانون الدولي وقضاؤه اللذان لم يألوا جهداً في بيان أركان جرائم العدوان، وأنواعها، وآثارها، وسبل التصدي لها.

وقد سُجِّلَ إجماع على أن «العدوان هو استخدام القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى، أو سلامتها الإقليمية، أو استقلالها السياسي...»، وما تجلّى في المادة (4/2) من ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 لسنة 1974 الذي زاد على التعريف السابق بأن يبيّن بأن الأعمال العدوانية تشمل الغزو، والقصف، والحصار، ومهاجمة القوات المسلحة، أو إرسال المرتزقة. ومن جانبها فقد حظرت معاهدة البلدان الأمريكية للمساعدة المتبادلة لسنة 1947 - وميثاق منظمة الدول الأمريكية، الموقع في العام 1948، حرب العدوان. كما سار الاتحاد الأفريقي في الاتجاه نفسه في ميثاق عدم الاعتداء والدفاع المشترك لسنة 2005، حيث عرّفت مادته (1/ج) العدوان بأنه تلك الأعمال المرتكبة ضد إقليم الدولة، والهجمات المرتكبة ضد السيادة السياسية للدولة أو سكانها.

وفي نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المعدل في 2010، تم تأكيد تعريف العدوان السابق في المادة الجديدة (8 مكرراً) من النظام الأساسي. كما أكدت محكمة العدل الدولية، هذا التعريف للعدوان في قضية «نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية»، 27 يونيو 1986، وزادت عليه بأنه يشمل إرسال دولة عصابات مسلحة إلى أراضي دولة أخرى، وإمداد تلك العصابات بالأسلحة وأوجه دعم أخرى.

وفي ضوء ما سبق، فإن الاعتداءات التي شنتها الأجهزة العسكرية والأمنية الإيرانية، والميليشيات التابعة لها في دول الجوار، على دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، بما فيها دولة الكويت، منذ اندلاع الحرب الأمريكية الإسرائيلية - الإيرانية، في نهاية فبراير الماضي، تُعد جرائم عدوان مكتملة الأركان من منظور القانون والقضاء الدوليين، كما أنها

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

تعد انتهاكاً خطراً لعلاقات حسن الجوار التي جمعت الطرفين خلال العقود الأخيرة. وعلى الرغم من أن دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية قد نأت بنفسها عن هذه الحرب، وأدانتها بشكل فردي وجماعي، وسعى بعضها إلى تشجيع التفاوض والحوار بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران، فإن هذه الأخيرة شنت أغلب هجماتها على دول مجلس التعاون، وليس على الدول التي شنت عليها الحرب، مستهدفةً أعياناً مدنية لا غبار عليها، تمثلت في محطات للكهرباء وتحلية مياه، ومطارات مدنية، ومواقع نفطية... وغيرها، وهو ما أسفر عن سقوط ضحايا في صفوف المدنيين، وتدمير منشآت وبنية تحتية، وهو ما يندرج تحت طائفة الجرائم الجنائية الدولية، والتي تقع ضمن اختصاص محكمة العدل الدولية، والمحكمة الجنائية الدولية.

وقد بادرت دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية إلى تقديم شكاوى إلى الأمم المتحدة، وإلى عدد من المنظمات الإقليمية المتخصصة، مثل: منظمة الطيران المدني؛ وذلك بعد الاعتداء على مطار الكويت الدولي أكثر من مرة، مؤكدة احتفاظها بحق الرد، ومفضلة عدم الانخراط في حرب لا تعنيها، وسبق أن عبرت عن رفضها لها؛ لأنها دول مسالمة، وتركز أولوياتها على تنمية مجتمعاتها، والإسهام بفاعلية في الاقتصاد العالمي، كما أنها لا تدخر جهداً في المساعدة في أعمال الإغاثة الإنسانية في مختلف أنحاء العالم.

وما يؤكد خطورة هذه الاعتداءات، وعدم شرعيتها، هو الإدانات الصادرة ضدها من قبل أغلبية دول العالم والمنظمات الإقليمية والدولية؛ حيث اعتمد مجلس الأمن الدولي، في 13 مارس الماضي، بأغلبية أعضائه، مشروع قرار خليجي - أردني يدين الهجمات الإيرانية على دول مجلس التعاون الخليجي والأردن، ويؤكد أن الهجمات الإيرانية تشكل انتهاكاً للقانون الدولي، وتهديداً للسلم والأمن الدوليين، ويطالب إيران بوقف أي تهديد أو استفزاز ضد الدول المجاورة، أو استخدام وكلاء أو جماعات مرتبطة، والوقف الفوري لهجماتها على دول الخليج والأردن.

كما اعتمد مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة أيضاً، في 25 مارس الماضي، قراراً بشأن الآثار المتصلة بحقوق الإنسان الناجمة عن الهجمات غير المبررة التي تشنها إيران على الإمارات والبحرين وعمان وقطر والكويت والسعودية والأردن، وقد حظي هذا القرار بدعم أكثر من 100 دولة.

ومما لا شك فيه أن هذه القرارات الدولية، بالإضافة إلى القرارات والمواقف الإقليمية، والتنسيق الوثيق مع الأطراف الدولية الفاعلة، تُشكل سنداً سياسياً وقانونياً مهماً لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية للدفاع عن مواطنيها، وعن سلامة أراضيها واستقلالها في مواجهة هذا العدوان الإيراني السافر، والإعداد للاستحقاقات المقبلة.

بحوث ودراسات باللغة العربية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الرابعة عشرة - العدد 3 - العدد التسلسلي 55

ذو الحجة 1447هـ - محرم 1448هـ - يونيو 2026م

التحريض الرقمي غير المباشر ومسؤولية المنصات

دراسة في إعادة بناء الإسناد الجنائي في ضوء التضخيم

الخوارزمي والقانون المقارن^(*)



د. فيصل عبدالله الكندري
أستاذ القانون الجزائي المشارك - عميد كلية القانون الكويتية العالمية
عضو هيئة التدريس - قسم القانون الجنائي
كلية الحقوق - جامعة الكويت (سابقاً)

الملخص

يعالج هذا البحث إشكالية التحريض الرقمي غير المباشر في القانون الجنائي الكويتي، انطلاقاً من ملاحظة أن المفهوم التقليدي للتحريض - القائم على علاقة مباشرة بين محرّض ومُتلَق - لم يعد قادراً على استيعاب الواقع الرقمي الذي يقوم على تفاعل جماعي تتدخل فيه الخوارزميات بدور حاسم في تضخيم انتشار المحتوى. ويختار البحث، بدلاً من توسيع مفهوم التحريض على نحو يصطدم بمبدأ الشرعية الجنائية، اعتماداً نظرية المساهمة غير المباشرة (la complicité indirecte) بصورتها: المساهمة بالإيعاز والمساهمة بتقديم الدعم، باعتبارها أكثر ملاءمة لاستيعاب صور إعادة النشر والتأييد عبر المنصات الرقمية.

وينتهي البحث إلى اقتراح معيار ثلاثي لمسؤولية المنصات يستلهم من قانون الخدمات الرقمية الأوروبي (DSA) لسنة 2022 ومن قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، قوامه: العلم الفعلي أو المفترض، والقدرة المعقولة على التحكم، والدور المنتج في تضخيم الانتشار، مع ضابط عام هو مبدأ التناسب. وتُختبر صلاحية هذا الإطار في القانون الكويتي عبر تحليل الخط الاجتهادي لمحكمة التمييز في الجرائم المعلوماتية - في العلنية الرقمية والقصد الجنائي ومعيار الصلاحية للأثر - بما يكشف عن ثلاث فجوات اجتهادية تستوجب تدخلاً تشريعياً، ينتهي إلى اقتراح صياغة تعديلية للقانون رقم 63 لسنة 2015 تستوعب المعيار الثلاثي ضمن أحكام الاشتراك القائمة، مع تأطير مسؤولية المنصات وأساس مساءلة الأشخاص الاعتبارية.

وتاريخ قبوله: 28 مايو 2026

(*) تاريخ تقديم البحث: 9 مايو 2026

ويهدف البحث إلى تقديم بديل تكييفي منضبط عن توسيع مفهوم التحريض، وبناء معيار عملي لمسؤولية المنصات، وكشف الفجوات الاجتهادية والتشريعية في القانون الكويتي. وقد اعتمد الباحث في ذلك المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن. وخلص إلى نتائج أبرزها أن قصور النموذج التقليدي قصورٌ بنيوي لا نصّي، وأن المساهمة غير المباشرة هي التكييف الأقل اصطداماً بمبدأ الشرعية، وأن القانون الكويتي يملك أساساً اجتهادياً مستقلاً لمسألة الممتنع عن إزالة المحتوى يحتاج إلى تنزيل تشريعي متخصص.

كلمات دالة: التضخيم الخوارزمي - المساهمة غير المباشرة - مسؤولية المنصات - قانون الخدمات الرقمية - قضاء التمييز الكويتي.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

أحدث التحول الرقمي تغييرات جذرية في الطريقة التي تنتشر بها الأفكار وتنتقل بين الناس. لم يعد التواصل قائماً - كما في الفقه الجنائي التقليدي - على شخص يخاطب آخر، بل أصبح يجري في فضاء مفتوح يتشارك فيه ملايين المستخدمين، وتحكمه خوارزميات معقدة تختار ما يظهر لكل واحد منهم. وقد ترتب على هذا التحول أن مفاهيم القانون الجنائي التي بُنيت على فكرة العلاقة المباشرة بين الفاعل والضحية أصبحت قاصرة عن استيعاب صور كثيرة من السلوك الإجرامي الرقمي.

ومن أبرز هذه المفاهيم التي شملها هذا القصور مفهوم التحريض. فقد بُني هذا المفهوم تاريخياً على ثلاثة افتراضات: قيام فعل، ومحرّض على فعل محدد، وعلاقة سببية مباشرة بين الفعلين. لكن البيئة الرقمية كسرت هذه الافتراضات. فالمحتوى التحريضي قد يصدر من مستخدم لم يقصد بعينه أحداً، ويصل إلى جمهور غير محدد، ثم يتضخم انتشاره بفعل خوارزميات لم يتحكم فيها أحد. ويظهر التساؤل: كيف يتعامل القانون الجنائي مع هذا الواقع؟

ثانياً: إشكالية البحث

لأن مفهوم التحريض التقليدي لم يعد كافياً، يميل بعض الفقه إلى توسيعه قضائياً لاستيعاب الصور الجديدة، لكن هذا المسلك ينطوي على خطورة كبيرة، إذ يصطدم بمبدأ شرعية التجريم والعقاب الذي يقتضي أن تكون النصوص العقابية محدّدة بدقة، لا تتسع لتأويلات مرنة. ويذهب هذا البحث إلى أن الحل الأنسب لا يكمن في إعادة بناء التحريض، بل في الاستفادة من أداة قانونية موجودة أصلاً في النظرية العامة للجريمة، وهي نظرية المساهمة غير المباشرة (la complicité indirecte)، التي طوّرها الفقه الفرنسي وتمتلك من المرونة ما يكفي لاستيعاب صور إعادة النشر والتأييد الرقمي من دون مساسٍ بمبدأ الشرعية.

ثالثاً: تساؤلات البحث

وتطرح هذه الإشكالية تساؤلات عدة: ما الحدود التي يمكن أن يصلها مفهوم المساهمة غير المباشرة في البيئة الرقمية؟ وكيف يمكن إعادة بناء أركان الجريمة لاستيعاب التضخيم الخوارزمي؟ وعلى أي أساس قانوني يمكن مساءلة المنصات

الرقمية عن المحتوى الذي يُنشر عبرها؟ وما الضوابط التي يجب أن تحكم هذه المسألة حتى لا تتحول إلى عبء يهدد حرية التعبير؟

رابعاً: فرضية البحث

ينطلق البحث من فرضية أساسية مؤداها أن البيئة الرقمية تستوجب إعادة قراءة لمفاهيم القانون الجنائي بصورة لا تُخل بمبدأ الشرعية، عبر توظيف نظريات الاشتراك القائمة، مع بناء معيار جديد لمسؤولية المنصات يستلهم من القانون المقارن، خصوصاً قانون الخدمات الرقمية الأوروبي (DSA) لسنة 2022 بشأن تنظيم المنصات الرقمية ومكافحة المحتوى غير المشروع على الإنترنت، ثم اختباره في القانون الكويتي في ضوء الإطار الدستوري والاجتهاد المتراكم لمحكمة التمييز في الجرائم المعلوماتية.

خامساً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف: أولها بيان أوجه قصور المفهوم التقليدي للتحريض عن استيعاب صور التأثير الرقمي غير المباشر. وثانيها التأصيل لتطبيق نظرية المساهمة غير المباشرة على صور إعادة النشر والتأييد الرقمي بوصفها بديلاً منضبطاً عن التوسّع في مفهوم التحريض. وثالثها بناء معيار قانوني منضبط لمسألة المنصات الرقمية عن المحتوى المؤثم. ورابعها اختبار هذا الإطار في القانون الكويتي وكشف الفجوات الاجتهادية والتشريعية فيه. وخامسها صياغة تعديل تشريعي مقترح يعالج هذه الفجوات بما يتسق مع مبدأ الشرعية الجنائية وضمانات حرية التعبير.

سادساً: حدود البحث

تنحصر حدود البحث الموضوعية في التحريض الرقمي غير المباشر ومسؤولية المنصات عنه، دون صور التحريض المباشر التقليدي أو سائر الجرائم المعلوماتية الأخرى. أما حدودها المكانية فهي القانون الكويتي بوصفه محلاً للتطبيق، مع الاستعانة بالقانونين الفرنسي والأوروبي بوصفهما نموذجين للمقارنة. وأما حدودها الزمانية فتتمثل في الإطار التشريعي والاجتهادي القائم حتى تاريخ إعداد البحث، بما في ذلك أحدث التطورات التشريعية الكويتية والأوروبية ذات الصلة.

سابعاً: منهج البحث

يتبع البحث منهجاً مركباً يجمع بين ثلاثة مناهج: المنهج الوصفي لعرض النصوص التشريعية الكويتية والمقارنة ذات الصلة وبيان مضمونها، والمنهج التحليلي لتفكيك

المفاهيم القانونية ونقد أركان الجريمة في ضوء التضخيم الخوارزمي واستخراج المعيار الثلاثي وصياغة التعديل التشريعي المقترح، والمنهج المقارن لاستلهاام الحلول من التشريعات الأوروبية والفرنسية وقضائها بما يلائم خصوصية القانون الكويتي.

ثامناً: أهمية البحث

يكتسب البحث أهميته العلمية من ثلاث جهات، أولاًها أنها تستثمر مفهوم المساهمة غير المباشرة المعروف في الفقه الفرنسي بتوظيف جديداً في تكييف الجرائم الرقمية، فبدلاً من توسيع مفهوم التحريض - كما يميل بعض الفقه - تقترح إخضاع صور إعادة النشر والتأييد لقواعد المساهمة العامة، وهو مسلك أقل اصطداماً بمبدأ الشرعية وأكثر اتساقاً مع البنية التشريعية الكويتية القائمة. وثانياتها بناء معيار ثلاثي مستحدث لمسؤولية المنصات قوامه: العلم، والقدرة، والدور المنتج، مستلهماً من المنظومة التشريعية الأوروبية الحديثة متمثلة في قانون الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN)⁽¹⁾ ثم في قانون الخدمات الرقمية الأوروبي (DSA)، ومن قضاء محكمة العدل الأوروبية، ومن قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، من دون أن ينقلها بل يعيد بناءها في صورة قابلة للتطبيق في القانون الكويتي. وثالثتها صياغة نص تشريعي مقترح متكامل يجمع بين هذه العناصر مع الإطار الدستوري الكويتي وتحليل الاجتهاد التمييزي القائم، في سياق تطبيقي يأخذ في الاعتبار المنظومة التشريعية الكويتية بمكوناتها وقضاء كل من محكمة التمييز والمحكمة الدستورية.

تاسعاً: خطة البحث

ينقسم البحث، تبعاً لذلك، إلى مبحثين: يخصص الأول لإعادة بناء التحريض في البيئة الرقمية، فيناقش قصور المفهوم التقليدي ومسلك المساهمة غير المباشرة، ثم يعالج الركن المادي والمعنوي للجريمة في ضوء التضخيم الخوارزمي. ويخصص الثاني لمسؤولية المنصات وتطبيق المعيار في القانون الكويتي، فيستعرض النموذجين الفرنسي والأوروبي ويبني المعيار الثلاثي، ثم ينتقل إلى تطبيق هذا الإطار على النصوص الكويتية مع ضوابط حرية التعبير.

(1) LCEN (Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique)

هو قانون فرنسي صدر في العام 2004 يُنظم المعاملات والخدمات الرقمية، ويُحدد مسؤولية مزودي خدمات الإنترنت والمنصات عن المحتوى غير المشروع المنشور.

المبحث الأول

إعادة بناء التحريض في البيئة الرقمية

يهدف هذا المبحث إلى معالجة الإشكاليات النظرية التي تطرحها البيئة الرقمية على المفاهيم التقليدية للتحريض. وينقسم إلى مطلبين: يبحث الأول في قصور المفهوم التقليدي للتحريض ويقترح المساهمة غير المباشرة بديلاً تكييفياً، ويتناول الثاني إعادة بناء أركان الجريمة (الركنين المادي والمعنوي) في ضوء التضخيم الخوارزمي.

المطلب الأول

قصور المفهوم التقليدي والمسلك التكييفي البديل

يعالج هذا المطلب الإطار النظري الذي ينطلق منه البحث. فبعد بيان قصور المفهوم التقليدي للتحريض في استيعاب التأثير الرقمي الجماعي، ينتقل البحث إلى عرض مسلك المساهمة غير المباشرة بديلاً تكييفياً يستوعب صور إعادة النشر من دون الإخلال بمبدأ الشرعية الجنائية، ثم يختم بمناقشة التوتر مع هذا المبدأ وحدود التفسير القضائي.

الفرع الأول

قصور النموذج التقليدي في استيعاب التأثير الرقمي الجماعي

يقوم النموذج التقليدي للتحريض على ثلاثة افتراضات: وجود فعل معين، ومحرّض معين، وتأثير مباشر بين الأول والثاني. وقد تطورت في إطار هذا النموذج جملة من الضوابط الدقيقة، أبرزها أن يكون التحريض منتجاً في الإرادة، أي صالحاً - بحكم طبيعته وظروف صدوره - لخلق التصميم الإجرامي أو تقويته، وألا يكون مجرد قول عابر أو إحياء غير موجّه⁽²⁾. ومن ثم فإن العلاقة السببية في هذا النموذج ضيقة وفردية، وهو ما يضمن دقة الإسناد ولكن يقصر نطاق الحماية.

وتتكشف مواطن الضعف في هذا النموذج بوضوح أمام ثلاث ظواهر متراكبة في البيئة الرقمية: أولاً أن الخطاب الرقمي لا يصدر إلى متلقٍ معين، بل ينطلق في فضاء

(2) في الضوابط التقليدية للتحريض من حيث طبيعته المنتجة في الإرادة، ينظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص347 وما بعدها؛ ومحمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط10، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1983، ص346.

مفتوح يشاركه فيه عدد غير محدد من المستخدمين، وهو ما يُفقد فكرة «الموجّه إليه» مدلولها التقليدي. والثانية أن الأثر التحريضي لا يتولد من الفعل المنفرد، بل من تراكم متتابع تشترك فيه أفعال إعادة النشر والتعليق والتفاعل، بحيث يصبح من العسير تحديد «السبب» الذي أنتج النتيجة. والثالثة، وهي الأخطر، أن التضخيم الخوارزمي قد يحوّل المحتوى المحدود الانتشار إلى خطاب ذي حضور واسع، فيختلط دور الناشر بدور الوسيط التقني، ويصبح الفعل الإجرامي ثمرة بنية اتصالية لا فعل فردي خالص⁽³⁾.

وقد حاول جانبٌ من الفقه العربي استيعابَ هذه التحولات بتوسيع مفهوم التحريض ليشمل صور التشجيع والترويج والتطبيع، باعتبارها صوراً غير مباشرة من التأثير. لكن هذا المسلك - وإن انطوى على بُعد عملي - يفتقر إلى سند تشريعي صريح في القانون الكويتي، إذ إن المادة (47) وما يليها من قانون الجزاء تتعامل مع التحريض في حدود نموذج التقليدي، من دون أن تنفتح على صور التأثير الواسع. كما أن في هذا التوسع إشكالاً جوهرياً يتصل بمبدأ الشرعية، إذ يحوّل القاضي من مفسر للنص إلى مُنشئ لمفهوم جديد، وهو دور لا يستقيم مع البنية الوضعية للقانون الجنائي.

ويُضاف إلى ذلك أن النموذج التقليدي يفترض أن المحرّض يخلق إرادة المحرّض أو يوجهها، بينما يكشف الواقع الرقمي عن جانبه الواسع من جوانبها، بما يكون على مستوى مغاير من التأثير، أو «تهيئة البيئة» أو «إعادة تشكيل الإدراك»، أي على مستوى ثقافي وسياقي لا فردي. ومثل هذا التأثير يصعب توصيفه بأنه «دفع» بالمعنى الدقيق للتحريض، لأنه لا يتجه إلى تحريك إرادة بعينها، بل إلى تكييف فضاء تفاعلي قابل لإنتاج إرادات متعددة. وهذا ما دفع فقهاً غربياً إلى الحديث عن «العنف الرمزي للخوارزميات»⁽⁴⁾ بوصفه فاعلاً جديداً في صناعة الخطاب.

(3) Sur la transformation du discours numérique en bien collectif amplifié par les algorithmes: Jean-Nicolas Robin, La matière pénale à l'épreuve du numérique, thèse de doctorat en droit, Université Rennes 1, Rennes, France, 2017, pp. 33-34. («RSC»: Revue de science criminelle; «JCP»: La Semaine juridique).

(4) Sur le rôle structurel des algorithmes dans la médiation du discours: Tarleton Gillespie, «The Relevance of Algorithms», in Tarleton Gillespie, Pablo Boczkowski et Kirsten Foot (eds.), Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society, MIT Press, Cambridge MA, 2014, pp. 167-193.

وفي توظيف مفهوم العنف الرمزي (la violence symbolique) في تحليل أثر الخوارزميات، يُستلهم تأصيله الأصلي في: Pierre Bourdieu, Ce que parler veut dire, Fayard, Paris, 1982.

وفي توظيفه في إطار قانوني لتحليل البنى المعيارية المعاصرة ينظر في:

Mireille Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit — Le relatif et l'universel, Seuil, Paris, 2004, pp. 264-270.

ويستلهم هذا المفهوم من نظرية المفكر بيير بورديو في «العنف الرمزي» (la violence symbolique)، وهي نظرية تشير إلى أن السلطة قد تمارَس بوسائل خفية تعيد تشكيل طريقة تفكير الأفراد من دون أن يشعروا. وحين ننقل هذه الفكرة إلى الفضاء الرقمي، يصبح المقصود أن الخوارزمية – وهي مجرد بنية لا إنسان يقصد – تؤثر في ترتيب أولويات المستخدمين، فتبرز أنماطاً معينة من الخطاب وتُخفي غيرها. ولهذا الوصف أثر قانوني مزدوج، فهو من جهة يكشف قصور النموذج الجنائي التقليدي الذي يقوم على فكرة «الإرادة الموجهة»، إذ لا توجد إرادة قاصدة وراء أثر الخوارزمية بالمعنى الدقيق. وهو من جهة أخرى يدلنا على أن إسناد المسؤولية ينبغي أن ينتقل من البحث عن قصد واع إلى البحث عن قرار تصميمي يمكن نسبته إلى صاحبه، أي عن الخيارات التي اتخذها مصمم النظام، بما يجعلهم مسؤولين عن آثارها المتوقعة. وبهذا يتحول المفهوم من مجرد استعارة فلسفية إلى أساس لمساءلة المنصات عن طريقة تصميم خوارزمياتها، وهو ما يرسخ الركيزة الثالثة من المعيار الثلاثي الذي يقترحه البحث لاحقاً.

ومن ثم يمكن القول إن الصلاحية النظرية للنموذج التقليدي في استيعاب البيئة الرقمية تقتصر على الحالات التي يكون فيها الخطاب موجّهاً إلى متلقٍ معين، ومنتجاً مباشرة للقرار الإجرامي. أما خارج هذا النطاق فإن محاولة تطبيق المفهوم بأثر تأويلي ممتد تنطوي على مخاطر دستورية ونظرية متعددة. وهذا ما يقتضي البحث عن بديل تكييفي لا يتجاوز النصوص القائمة من دون أن يقتضي إعادة بنائها، وهو ما يقود إلى المسلك المقترح في الفرع التالي.

الفرع الثاني

التكييف المرجح – المساهمة غير المباشرة بديلاً عن إعادة بناء التحريض

تطرح المسألة إذن خياراً منهجياً جوهرياً: إما توسيع مفهوم التحريض ذاته ليشمل التأثير الجماعي غير المباشر، وإما اللجوء إلى نظرية المساهمة الجنائية بصورتها غير المباشرة (la complicité indirecte) لاستيعاب هذه الصور. ويذهب هذا البحث إلى ترجيح الخيار الثاني لأسباب تشريعية ونظرية متضافرة. أما من الناحية التشريعية، فإن قانون الجزاء الكويتي ينظم في المادة (47) وما بعدها صور المساهمة بالتحريض والاتفاق والمساعدة، وهي صور قابلة بطبيعتها لاستيعاب أنماط من التأثير غير المباشر متى توافرت أركانها، من دون الحاجة إلى افتراض نص جديد لم يصدر⁽⁵⁾.

(5) ينظر في النظام التشريعي للمساهمة الجنائية في القانون الكويتي: المادة (47) وما بعدها من قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1960 وتعديلاته. وفي تأصيل صور المساهمة فقهيًا: علي الراشد، القانون الجنائي – المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 412 وما بعدها.

ومن الناحية النظرية، فإن المساهمة غير المباشرة بُنيت أصلاً على فكرة الإسهام في جريمة الغير، لا على فكرة خلق إرادة محددة لدى شخص بعينه، وهو ما يجعلها أكثر مرونة لاستيعاب صور النشر وإعادة التداول والتأييد التي تُنتج أثرها التراكمي في مجال جماعي.

غير أن الإقرار بترجيح هذا المسلك يستوجب اعترافاً منهجياً مبكراً بأنه لا يخلو - هو الآخر - من قدر من التوسع التأويلي. فإدخال صور إعادة النشر التأييدي والترويج المنظم تحت مظلة قواعد الاشتراك الواردة في المادة (47) وما بعدها يقتضي قراءة لتلك القواعد لم يكن المشرع الكويتي بصدها حين صاغها في فضاء اتصالي تقليدي.

والفرق بين توسيع التحريض وتوسيع المساهمة فرق درجة لا فرق نوع. لكن ترجيح المسلك الثاني يبقى أرجح لأمر ثلاثة: أولها أن قواعد الاشتراك مرنة بطبيعتها التشريعية لاستيعاب صور إسهام متعددة، فلا تفترض إعادة بنائها بل توسيع نطاق تطبيقها وفق ضوابطها. وثانيها أن المسلك يحفظ التوصيف الجنائي الدقيق بتمييز الفاعل الأصلي عن الشريك بالمساعدة، بدلاً من توحيدهما تحت وصف «محرّض» واحد. وثالثها أن الإسناد بقواعد الاشتراك يستلزم إثبات الفعل الأصلي المؤثم وقصد الإسهام فيه، وهو ما يُكرّس ضمانة إثباتية أرسخ من الإسناد المباشر بالتحريض.

وقد طوّر الفقه الفرنسي هذا التمييز على نحو دقيق، إذ ميّز بين المساهمة بالإيعاز (la complicité par instigation) - وهي الأقرب إلى التحريض - والمساهمة بتقديم الوسائل أو الدعم (la complicité par fourniture de moyens) التي يدخل فيها كل سلوك إيجابي يسهم في تحقق الجريمة من دون أن يكون هو ذاته الفعل التنفيذي⁽⁶⁾. وفي البيئة الرقمية يمكن استيعاب إعادة النشر، والتعليق المؤيد، والترويج المنظم، ضمن هذه الصورة الثانية، باعتبارها أفعالاً مساعدة تُسهم في توسيع نطاق الفعل الأصلي وتعظيم أثره، من دون أن تُعدّ بذاتها تحريضاً مستقلاً. وهذا التمييز يقدم أداة توصيفية أكثر دقة من إطلاق وصف «التحريض غير المباشر» على كل سلوك رقمي ذي تأثير.

كما أن مسلك المساهمة غير المباشرة يقدم حلاً مُرضياً لمسألة تعدد الفاعلين، وهي السمة البارزة للبيئة الرقمية. فبدلاً من الحاجة إلى إثبات أن فاعلاً قد «حرّض» بصورة مستقلة، يمكن توزيع المسؤوليات بحسب درجة الإسهام الفعلي لكل طرف: فالناشر الأصلي قد يكون فاعلاً أصلياً للجريمة المعلوماتية متى توافرت أركانها، في حين يكون

(6) Sur la distinction entre complicité par instigation et complicité par fourniture de moyens: Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16e éd., Economica, Paris, 2009, pp. 537-540; Jean Pradel, Manuel de droit pénal général, 12e éd., Cujas, Paris, 2000, pp. 389-391.

مُعِيد النشر مساهماً غير مباشر، ويكون المؤثر الذي يضيفي شرعية على الخطاب مساهماً بالدعم المعنوي، وقد تكون المنصة طرفاً مساهماً - بحسب موقعها من البنية التقنية. وهذا التوزيع يعكس بدقة «الطبيعة الشبكية» للجريمة الرقمية⁽⁷⁾، من دون أن يُهدر مبدأ الإسناد الفردي للمسؤولية.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه عملياً، حين اعتبرت أن إعادة نشر محتوى إجرامي قد تُشكل مساهمة في الجريمة الأصلية متى اقترنت بدلالة تأييدية وقصد جنائي، وهو ما يقوّى اعتبارها صورة من المساهمة لا من التحريض المستقل⁽⁸⁾. وبهذا المسلك ينحل التوتر بين ضرورة استيعاب البيئة الرقمية ومتطلبات مبدأ الشرعية، إذ نزل في إطار النصوص القائمة من دون توسيع مصطلح.

غير أن اعتماد هذا المسلك لا يخلو من تحفظات يجب الإقرار بها. أبرزها أن المساهمة غير المباشرة، وفقاً للقواعد العامة، تستلزم اقتران الإسناد بفعل أصلي مؤثّم وقع فعلاً، وهو ما قد يضيق من نطاقها في الحالات التي يكون فيها الخطر التحريضي ذاته هو محل التجريم استقلاً، كما في بعض جرائم الإرهاب. وفي هذه الحالات يستوي القول بأن الناشر فاعل أصلي للجريمة المعلوماتية، لا مساهم في جريمة لاحقة، وهو ما يفتح المجال لاستخدام المسلكين معاً وفق طبيعة كل جريمة. كما أن مفهوم «الفعل الأصلي» في البيئة الرقمية يحتاج إلى تطوير ليشمل - في جرائم الخطر المجرد - الفعل المعلوماتي الذي تكتمل به أركان النص العقابي بصرف النظر عن وقوع نتيجة لاحقة.

وتأسيساً على ما تقدم، تقترح الدراسة اعتماد قاعدة منهجية مزدوجة: حين ينص التشريع الخاص (القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، أو القانون رقم 8 لسنة 2016 بشأن تنظيم الإعلام الإلكتروني أو القانون رقم 19 لسنة 2012 بشأن حماية الوحدة الوطنية) على تجريم نشر محتوى ذي طبيعة معينة، يُسأل الناشر بوصفه فاعلاً أصلياً للجريمة المعلوماتية، ويُسأل من أعاد النشر أو دعمه بمسلك المساهمة غير المباشرة. وحين تكون الجريمة الأصلية واقعة في عالم الواقع المادي بدفع من خطاب رقمي، يُلجأ إلى التحريض التقليدي إذا توافرت رابطة السببية المباشرة، أو إلى المساهمة غير المباشرة إذا تعلق الأمر بإسهام تراكمي. وبهذا التمييز يكتمل الإطار التحليلي ويُحفظ للنصوص أثرها من دون توسع تأويلي.

(7) في الطبيعة التراكمية للمساهمة في الجرائم المعاصرة: كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات: دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمّان، الأردن، 2002، ص 460 وما بعدها.

(8) Cour de cassation française («Cass. crim.»: Chambre criminelle de la Cour de cassation), arrêt du 9 juin 2020, n° 19-86.452, Bull. crim. (sur la republication d'un contenu illicite comme acte de complicité).

الفرع الثالث

التوتر مع مبدأ الشرعية الجنائية وحدود التفسير القضائي

يُعَدُّ مبدأً شرعية التجريم والعقاب هو الضامن الأول لحرية الأفراد في مواجهة السلطة العقابية، ويفرض على المشرع أن يصوغ نصوصه بصورة محددة قابلة للفهم ولا تحتل من التفسيرات ما يخرج عن الغاية منها. وفي البيئة الرقمية يكتسب هذا المبدأ بُعداً مضاعفاً، لأن المحتوى محل التجريم يتعلق بحرية أساسية كفلتها المادة (36) من الدستور الكويتي، ويتعلق بفضاء عام تتقاطع فيه الأبعاد التعبيرية والسياسية والاجتماعية⁽⁹⁾. ومن ثم، فإن أي توسع تأويلي في معالجة التحريض الرقمي ينبغي أن يخضع لرقابة دقيقة تكفل ألا يتحول التطوير الفقهي إلى إنشاء فعلي للجريمة.

ويبرز هذا التوتر بوضوح حين يُطلب من القانون أن يدرج صور التشجيع والترويج والتطبيع ضمن مفهوم التحريض المنصوص عليه في القانون. فالنص العقابي يفترض فعلاً وعلاقة سببية محددة، وكلاهما عنصر لا يتحقق بصورة قاطعة في الخطاب الرقمي المعمم. وقد تنبه المجلس الدستوري الفرنسي إلى هذا الإشكال حين رأى - في قراره الشهير المتعلق بقانون مكافحة المحتوى الكاره (Loi Avia) لسنة 2020 أن الالتزامات المفروضة على المنصات بإزالة المحتوى خلال أربع وعشرين ساعة، من دون ضمانات إجرائية كافية، تنطوي على مساس غير متناسب بحرية التعبير، وأبطل النصوص لهذا السبب⁽¹⁰⁾.

ويشكل هذا القرار نموذجاً مرجعياً لاختبار التناسب في تجريم المحتوى الرقمي.

وتجد هذه المخاوف صدًى لها في الفقه العربي، حيث نُبه إلى أن التوسع في تجريم المحتوى الإلكتروني الفضفاض، من دون نص واضح ومن دون معايير تطبيق دقيقة، يُفضي عملياً إلى تجريم بطريق التأويل، وهو ما يتعارض بدوره مع جوهر المبدأ الدستوري للشرعية⁽¹¹⁾.

(9) نصت المادة (36) من دستور دولة الكويت الصادر في 11 نوفمبر 1962: «حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرهما، وذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون». وفي تكييف ضمانات هذه الحرية: المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن الدستوري رقم 6 لسنة 2017، جلسة 2018/4/4.

(10) Conseil constitutionnel français («Cons. const.»: Conseil constitutionnel; «DC»: Décision en contrôle de constitutionnalité), décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, relative à la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet (loi dite «Avia»), considérants 4-7 et 19.

(11) في المخاوف الفقهية من التوسع التأويلي في تجريم المحتوى الإلكتروني: عبدالواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018، ص 93 وما بعدها.

وقد أفلح القضاء الكويتي بدوره في الاحتفاظ بحساسية واضحة تجاه هذه المخاوف، إذ قررت محكمة التمييز أن مجرد التعبير عن رأي، ولو حاداً، لا يكفي بذاته لقيام الجريمة ما لم تتوافر العناصر القانونية للفعل المؤثم على نحو واضح ولا لبس فيه⁽¹²⁾.

ويلاحظ الفقه الفرنسي المعاصر أن القانون الجنائي قد دخل في حركة «إزالة التخصص» (désécialisation) في مجال جرائم التعبير، إذ تتراجع النصوص الخاصة لمصلحة القواعد العامة، مما يُوسّع من سلطة القاضي ويزيد من مخاطر التطبيق غير المتوقع⁽¹³⁾. ويعبرُ فقه آخر عن هذه المعضلة بقوله إن «القانون يطارد الابتكار باستمرار» من دون أن يلحق به، بحيث تنشأ فجوة دائمة بين النص والواقع التقني تستلزم اجتهاداً قضائياً يحفظ التوازن من دون أن ينزلق إلى إنشاء قواعد جديدة⁽¹⁴⁾.

غير أن هذا التمييز، على وضوحه النظري، يطرح صعوبات حقيقية في التطبيق العملي، لا يجوز إغفالها خشية الانزلاق إلى تطبيق آلي يُعفي القاضي من الفحص الموضوعي. فالناشر الذي يتذرع بالطابع النقدي لإعادة النشر يضع المحكمة أمام مهمة دقيقة قوامها استخلاص النية الحقيقية من سياق النشر ومن ظروفه الموضوعية. ويستعين القضاء في ذلك بمنظومة من القرائن الموضوعية، أبرزها: التعليق المرفق بإعادة النشر ودلالته اللغوية، والجمهور المستهدف وقابليته لإدراك الطابع النقدي، والسياق الأوسع لحساب الناشر ونمطه الخطابي العام، والأثر الفعلي للنشر من حيث التفاعل والانتشار. وتزداد المسألة تعقيداً حين تؤدي محاولة التحذير من محتوى ما، بفعل آليات التضخيم الخوارزمي ذاتها، إلى انتشاره أوسع مما لو لم يُوجّه إليه الانتباه أصلاً، وهي ظاهرة معروفة في الاتصال الرقمي.

وتطرح هذه الظاهرة سؤالاً منهجياً جوهرياً: هل تنتفي صفة المساهمة الجنائية عن «التحذير حسن النية» متى انتهى عملياً إلى تضخيم الأثر الذي حذر منه؟ ويذهب البحث إلى أن النية لا تُغني عن العلم بالأثر المتوقع، فمتى علم الناشر بقابلية التحذير لإنتاج أثر معاكس وأقدم على نشره من دون تدابير احترازية - كحجب الأجزاء التحريضية أو الاكتفاء بوصفها من دون نقلها حرفياً - فإن دفع الطابع النقدي يضعف ولكن لا ينهار

(12) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 364 لسنة 2020 جزائي، جلسة 2020/10/12 (مجرد إبداء الرأي - ولو حاداً - لا يكفي لقيام الجريمة من دون توافر العناصر القانونية الواضحة للفعل المؤثم).

(13) Sur la désécialisation du droit pénal en matière d'expression: Jérôme Bossan, «Chronique de droit pénal des médias», Revue pénitentiaire et de droit pénal («RPDP»), n° 4, 2021, pp. 2-12.

(14) Élie Stella, L'adaptation du droit pénal aux réseaux sociaux en ligne, thèse de doctorat en droit, Université de Lorraine, Nancy, France, 2019, p. 33.

كلياً، بل يخضع لتقدير تراكمي.

ويمكن في ضوء ذلك التمييز بين ثلاث طبقات من إعادة النشر النقدية تطبيقاً: الأولى هي إعادة النشر النقدي المغطى (بحجب المحتوى الأصلي أو طمسه)، وهذه أبعد ما تكون عن المساهمة الجنائية. والثانية هي إعادة النشر النقدي الكامل المرفق بتفنيدي مكافئ في القوة لخطورة المحتوى، وهذه تنتفي عنها صفة المساهمة بشرط تناسب التعليق مع المحتوى. والثالثة هي إعادة النشر النقدي السطحي الذي يقتصر على إشارة موجزة (كعبارة «أرفض هذا») من دون تفنيدي جدي، وهذه تدخل في النطاق الرمادي حيث تطبق محكمة الموضوع تقديرها وفق القرائن الموضوعية، وقد ترجح فيها صفة المساهمة متى ثبت أن التضخيم الفعلي للنشر فاق وظيفته النقدية.

المطلب الثاني

إعادة بناء أركان الجريمة في ضوء التضخيم الخوارزمي

بعد أن استقر البحث على المسلك التكييفي البديل في المطلب الأول، يتعين إخضاع أركان الجريمة المعلوماتية، المادي والمعنوي، لإعادة قراءة في ضوء العامل الخوارزمي الذي بات يتدخل في صنع الأثر التحريضي. ويعالج هذا المطلب أولاً مفهوم النشر الإلكتروني وإعادة النشر، ثم الوظيفة الخوارزمية وانعكاسها على الركن المادي، ثم العلنية والقصد الاحتمالي بوصفهما ركنين معنويين متطورين.

الفرع الأول

مفهوم النشر الإلكتروني وإعادة النشر بين التأييد والتحذير

يطرح النشر الإلكتروني تحديات نوعية في تكييفه القانوني، تبدأ من التمييز الدقيق بين عدة صور متباينة من التداول الرقمي. فالنشر الأصلي يقع حين يُنتج المستخدم محتوى من إنتاجه ويُتيحه لجمهور غير محدد عبر منصته الرقمية، وهذا أوضح صور الفعل الإيجابي في التجريم المعلوماتي، إذ يجمع بين السلوك المادي والإرادة الواعية والقدرة على التحكم. ويستلزم القصد الجنائي في هذه الصورة العلم الخاص بطبيعة المحتوى تحديداً، فلا يكفي العلم العام بأن النشر الإلكتروني قد يكون مؤثماً. ومن ثم، فإن النشر العفوي الذي لا يقتزن بالعلم بالطبيعة الإجرامية للمحتوى المنشور، أو نشر محتوى مشروع تبين لاحقاً عدم مشروعيته، لا يستتبع المسؤولية الجنائية لانقضاء أحد عناصر القصد.

أما إعادة النشر، فتطرح إشكالية أعمق. فمن جهة لا يمكن المساواة بينها وبين النشر الأصلي، لأن المعيد لم يُنتج المحتوى، بل تداوله. ومن جهة أخرى لا يصح اعتبارها فعلاً محايداً دائماً، لأنها تسهم في توسيع نطاق الانتشار وقد تكون - في بعض الحالات - هي السبب الفعلي في تحوّل الخطاب من رسالة محدودة إلى ظاهرة ممتدة.

ويتحقق التوصيف الدقيق لإعادة النشر بمعيار وظيفي، مؤداه: تُعدّ إعادة النشر صورة من المساهمة غير المباشرة في الجريمة المعلوماتية متى اقترنت بتأييد ضمني أو صريح للمحتوى، أو حين تأتي في سياق ترويجي يُقصد منه إكساب الرسالة قوة إضافية. أما إعادة النشر التي تأتي في سياق التنفيذ أو التحذير أو النقد العلمي، فتتنفي عنها صفة المساهمة لانتهاء القصد الجنائي وإن توافر الفعل المادي⁽¹⁵⁾.

وأما التفاعل الرقمي - بوصفه ضغطاً على زر إعجاب أو تعليقاً موجزاً - فإنه لا يبلغ بذاته درجة المساهمة الجنائية إلا في حالات استثنائية تكشف عن دلالة تأييدية واضحة. وقد استقر مبدأ تسانّد الأدلة في القضاء الجزائي على أن العبرة في تكوين القناعة هي بمجموع الأدلة المتساندة، وأن لا يلزم أن ينفرد كل دليل بإثبات جزئية بعينها، وهو منهج يُمكن القاضي من اعتبار التفاعل قرينة ضمن منظومة أدلة أوسع، من دون أن يُرتقى به وحده إلى مرتبة الفعل المؤتم. فالتفاعل المعزول لا يستوجب التجريم، لكنه قد يصلح قرينة على القصد متى اقترن بسلوك أوسع.

وفي ضوء ذلك، يتقرر أن النشر الإلكتروني يُعدّ علنياً بمجرد إتاحة المحتوى لجمهور غير محدد، من دون اشتراط أن يثبت اتجاه قصد الجاني إلى تحقيق العلنية، إذ يكفي أن تكون الوسيلة بطبيعتها متيحة للوصول العام.

وهذا ما كرّسته محكمة التمييز الكويتية حين قررت أن النشر عبر حساب إلكتروني مفتوح على وسائل التواصل الاجتماعي يُعدّ نشرًا علنياً ولو لم يقصد الفاعل الإذاعة⁽¹⁶⁾، وما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث بأن العلنية في الفضاء الرقمي تتحقق بمعيار قابلية الوصول للجمهور (accessibilité au public)⁽¹⁷⁾.

(15) في التمييز بين إعادة النشر التأييدية وإعادة النشر للنقد أو التحذير:

Jérôme Bossan, op. cit., pp. 5-7:

ويُستظهر التأييد من القرائن السياقية، مثل التعليق المرفق، وسياق حساب الناشر، لا من مجرد فعل إعادة النشر في ذاته.

(16) في تحقق العلنية بمجرد إتاحة المحتوى: محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 429 لسنة 2015 جزائي، جلسة 2015/12/15؛ والطعن رقم 740 لسنة 2021 جزائي، جلسة 2021/9/20 (النشر عبر حساب إلكتروني مفتوح يُعدّ نشرًا علنياً ولو لم يقصد الفاعل الإذاعة).

(17) Cass. crim. (Chambre criminelle de la Cour de cassation française), arrêt du 13 avril 2022, n° 21-83.863 (sur la publicité numérique par accessibilité au public).

ويمتد هذا المعيار - في القضاء الكويتي - ليشمل النشرَ عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي⁽¹⁸⁾، وحتى المجموعات التي يطلع عليها أشخاص متعددون⁽¹⁹⁾.

ويوفر هذا التطور القضائي أساساً لانتقال مفهوم العلنية من المعيار المكاني التقليدي إلى معيار وظيفي قائم على قابلية الوصول، وهو تطور يخدم إطار البحث من دون أن يهدم الضمانات.

الفرع الثاني

الوظيفة الخوارزمية للتضخيم وانعكاسها على الركن المادي

تنقل الخوارزمية الجريمة الرقمية من فضاء الفعل الفردي إلى فضاء البنية التقنية. فالخوارزمية، وفق التعريف المعتمد في الأدبيات الرقمية، ليست مجرد أداة محايدة، بل عنصر مؤثر يقرّر ما يظهر للمستخدم وبأي ترتيب وبأي توقيت، استناداً إلى نمط سلوكه السابق ومعدلات التفاعل المتوقعة⁽²⁰⁾. وهذا الدور يحوّل المنصة من وعاء سلبي إلى عنصر مشارك في إنتاج الأثر الاتصالي، وهو ما يلزم القانون الجنائي بالاعتراف به منهجياً.

ويبرز التحدي القانوني في أن الخوارزمية لا تختار المحتوى التحريضي بإرادة واعية، بل تُطبق معايير ترتيب تكافئ التفاعل والإثارة، غير أن هذه المعايير، بسبب طبيعة المحتوى التحريضي الذي يثير الانفعال والصدام، تنتهي عملياً إلى منح هذا المحتوى أولوية في الظهور، مما يفضي إلى تضخيمه. وقد عبّر فقه أمريكي حديث عن هذه المعضلة بمصطلح «إشكالية التضخيم» (the amplification problem)، مشيراً إلى أن العلاقة بين المحتوى وآلية ترتيبه قد تكون أهم من المحتوى ذاته في تحديد أثره الفعلي⁽²¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفهم القانوني الدقيق لأثر الخوارزمية يستلزم استحضار آليات عملها التقنية على نحو مبسّط. فمنصات التواصل الكبرى تعتمد على نظم ترتيب

(18) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1874 لسنة 2022 جزائي، جلسة 2023/8/20 (تحقق الجرائم المنصوص عليها عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي ولو في نطاق غير علني).

(19) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 2148 لسنة 2022 جزائي، جلسة 2023/7/24 (مجموعات تطبيقات التواصل تحقق العلنية متى اطلع عليها أشخاص متعددون).

(20) Sur le rôle épistémologique des algorithmes: Tarleton Gillespie, op. cit., pp.167-193.

(21) Sur le «problème de l'amplification»: Daphne Keller, «Amplification and Its Discontents: Why Regulating the Reach of Online Content is Hard», Journal of Free Speech Law, vol. 1, n° 1, 2021, pp. 227-268.

متعددة المراحل قائمة على التعلم الآلي، فمن خوارزميات تصنيف موجز الأخبار في فيسبوك (التي تطورت بعد التخلي عن نظام EdgeRank الأقدم سنة 2011)، إلى آليات الترشيح المخصص (For You Page) في تيك توك، إلى نظام التوصية في يوتيوب، وجميعها يقوم على تجميع إشارات سلوكية متعددة عن المستخدم، مدة المشاهدة، نمط التفاعل، الإعجاب، إعادة النشر، ثم تصنيف المحتوى المتاح وفقاً لاحتمال إثارته للتفاعل لدى ذلك المستخدم تحديداً. ويترتب على هذه الآليات أن المحتوى المثير، ومنه المحتوى التحريضي بطبيعته الانفعالية، يحظى بأولوية في الظهور لا بقصد إعلائه من قبل الخوارزمية، بل لأنها مصممة لتقديم المحتوى الذي يجذب تفاعلاً أكبر.

وقد كشفت وثائق فيسبوك الداخلية المسربة في العام 2021 (Meta Files/ Facebook Files) أن الشركة كانت على علم بهذا الأثر التضخيمي للمحتوى الانفعالي، وأن مقترحات تعديل الخوارزمية لتقليله قبلت بمقاومة داخلية بسبب تأثيرها في معدلات التفاعل الإجمالية⁽²²⁾. كما أتاحت شركة تويتر (إكس X حالياً) في مارس 2023 الكود المصدري الجزئي لخوارزميتها، فأكدت الوثائق المنشورة أن ترتيب المحتوى يعتمد على سلوك المستخدمين ومدى إثارة المنشور للجدل، وهو ما يؤكد أن دور المنصة فاعل ومؤثر، وليس مجرد ناقل محايد⁽²³⁾.

ولا يُقصد من إيراد هذه المعطيات استبدال التحليل القانوني بتحليل تقني، بل التأسيس لكون المعيار الثلاثي الذي يقترحه البحث لا يُبنى على افتراضات نظرية بل على واقع تقني موثق. وتستند الالتزامات الجديدة المفروضة على المنصات الكبرى بموجب المادتين (34) و(35) من قانون الخدمات الرقمية الأوروبي إلى هذا الفهم تحديداً،

(22) Frances Haugen, Written Testimony before the United States Senate, Subcommittee on Consumer Protection, Product Safety, and Data Security of the Committee on Commerce, Science, and Transportation, hearing on «Protecting Kids Online: Testimony from a Facebook Whistleblower», 5 October 2021 (témoignage publié dans les archives officielles du Sénat américain, S. Hrg. 117-187). Sur l'analyse externe des documents internes divulgués («The Facebook Files»), voir: Jeff Horwitz, «Facebook Says Its Rules Apply to All. Company Documents Reveal a Secret Elite That's Exempt», The Wall Street Journal, 13 septembre 2021; et l'ensemble de la série publiée par le même journal entre septembre et octobre 2021. Sur la portée juridique et politique de ces divulgations, voir également: Sophie Zhang, «I Was Fired from Facebook and Wrote a 7,800-word Memo on My Way Out», BuzzFeed News, 14 septembre 2020; et plus largement: Daphne Keller, «Amplification and Its Discontents», op. cit., pp. 245-250.

(23) Twitter Engineering Blog, «Twitter's Recommendation Algorithm», 31 March 2023, code source partiellement publié sur GitHub (twitter/the-algorithm) confirmant que le classement repose sur des signaux comportementaux plutôt que sur une évaluation éditoriale.

إن تُلزم المنصات بتقييم المخاطر النظامية الناتجة عن «تصميم خدماتها» بما فيه «نظم التوصية الخوارزمية»، وهو اعتراف تشريعي بأن البنية الخوارزمية ذاتها قد تكون مصدرًا للضرر.

وينعكس ذلك على الركن المادي للجريمة الرقمية بصورتين متكاملتين. أولاهما أن دور المنصة لا يُعدّ - في كثير من الحالات - مجرد استضافة محايدة، بل قد يكون فعلاً منتجاً يسهم في تكوين الأثر التحريضي على نحو يستوجب إخضاعه للتحليل الجنائي. وثانيهما أن إثبات السببية بين السلوك الفردي للناشر والنتيجة الإجرامية يصبح أكثر تعقيداً، لأن الخوارزمية تتدخل بين الفعل والأثر، وقد تعدّل من حجمه أو من جمهوره. ولهذا لا يجوز الاكتفاء في الإسناد بالمعيار التقليدي للسببية المباشرة، بل يقتضي الانتقال إلى معيار «الإسهام المنتج» الذي يقبل تعدد الفاعلين وتدرُّج المسؤوليات.

غير أن الاعتراف بدور الخوارزمية في تكوين الركن المادي لا يجوز أن يُقرأ بوصفه إعفاءً للناشر الأصلي. فالناشر يبقى مسؤولاً عن فعله الإيجابي، وهو نشر المحتوى، بصرف النظر عن دور المنصة في تضخيمه. لكن دور المنصة يضاف إلى هذه المسؤولية بوصفه طبقة مستقلة من الإسناد، تُحلّل وفق المعيار الثلاثي الذي سيعرضه هذا البحث في المبحث الثاني. وبهذا الترتاب، تتوزع المسؤوليات بصورة عادلة بين الفاعلين، من دون أن يُحمّل أحدهم وزر فعل غيره.

وتُضاف إلى ذلك ملاحظة منهجية مهمة: أن أي مساءلة للمنصة عن الدور الخوارزمي ينبغي أن تستند إلى أدلة موضوعية يمكن إثباتها بالخبرة الفنية، لا إلى افتراضات عامة عن طبيعة عمل المنصات. فإثبات أن خوارزمية معينة قد دفعت محتوىً تحريضياً إلى جمهور أوسع يقتضي تحليل أنماط الاقتراح، ومعدلات الظهور، ومسارات الانتشار، وهي مسائل فنية تحتاج إلى قدرات تخصصية. وغياب هذه القدرات، في كثير من الأنظمة القضائية العربية، يُمثّل عائقاً عملياً أمام تطبيق المعيار الذي يقترحه البحث، ويستدعي تطويراً لمنظومة الخبرة القضائية الرقمية في دولة الكويت وفي المنطقة.

الفرع الثالث

العلنية الرقمية والقصد الاحتمالي

إذا كان الركن المادي قد استلزم إعادة قراءة في ضوء التضخيم الخوارزمي، فإن الركن المعنوي يطرح تحدياً مماثلاً، بل أكثر دقة، ذلك أن البيئة الرقمية تنتج خطاباً يحتمل أكثر من معنى، ويصعب فيه استخلاص قصد الجاني بصورة قاطعة، مما قد يُغري بالاكْتفاء بأدلة ضعيفة تنزلق بالمسؤولية إلى ما يُشبه المسؤولية الموضوعية. ولهذا فإن التوازن

بين دقة الإثبات في الجريمة الرقمية وحماية حقوق المتهم يستلزم ضبط القصد الجنائي بمعياريين متلازمين: العلم بطبيعة المحتوى، والإرادة المتجهة إلى نشره أو إبقائه أو دعمه.

يقتضي القصد في الجريمة الرقمية أن يكون الفاعل عالماً بالطبيعة الإجرامية للمحتوى، أي يكون نشره يدخل ضمن دائرة التجريم القانوني. ولا يكفي العلم العام بأن «النشر الإلكتروني قد يكون مؤثماً»، بل يلزم العلم الخاص بطبيعة هذا المحتوى تحديداً. ومن ثم، فإن النشر العفوي الذي لا يقترن بالعلم بالطبيعة الإجرامية للمحتوى المنشور، أو نشر محتوى مشروع تبين لاحقاً عدم مشروعيته، لا يستتبع المسؤولية الجنائية لانتفاء أحد عناصر القصد⁽²⁴⁾.

ويواجه هذا المعيار تحدياً عملياً متميزاً في حالات إعادة النشر، إذ قد يدفع المعيد بأنه لم يقرأ المحتوى كاملاً قبل تداوله، أو أنه فهمه على نحو يختلف عن طبيعته الإجرامية. وللقاضي أن يستخلص العلم من قرائن موضوعية، أبرزها: علاقة المعيد بمصدر المحتوى الأصلي، ووضوح المحتوى من حيث طبيعته، وتاريخ المعيد في تداول هذا النوع من المحتوى، والسياق العام للنشر. ولا يجوز - وفقاً لما استقر عليه الفقه الجنائي - افتراض العلم على نحو يقلب عبء الإثبات، بل يتعين إثباته إيجابياً بأي وسيلة من وسائل الإثبات الجنائي.

أما عنصر الإرادة، فيقتضي أن يكون الفاعل قد اتجه فعلاً إلى نشر المحتوى أو إعادة نشره مع علمه بطبيعته. وفي صور التأييد تتحقق الإرادة بمجرد الفعل الإيجابي، بصرف النظر عن البواعث الشخصية، إذ إن البواعث، كالموافقة الفكرية أو السخرية أو العداء، لا تنفي القصد الجنائي، بل تدخل في تقدير العقوبة فقط. وهذا التمييز بين القصد والباعث، الذي يستقر عليه الفقه الجنائي العام⁽²⁵⁾، يقدم حاجزاً منهجياً يمنع الانزلاق إلى مساءلة الناس على آرائهم بدلاً من مساءلتهم على أفعالهم.

وتظهر الإشكالية الأبرز للقصد الجنائي في البيئة الرقمية في صور التحريض غير المباشر، حيث قد لا يكون الناشر قاصداً النتيجة الإجرامية بصورة محددة، بل قد يكون متوقعاً لها كاحتمال. وهنا يُطرح القصد الاحتمالي (le dol éventuel) بوصفه أداةً تكييفية أساسية، إذ يقتضي أن يكون الفاعل قد توقع النتيجة الإجرامية كأثر محتمل

(24) في اشتراط العلم الخاص بطبيعة المحتوى الإجرامي لقيام القصد الجنائي، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 545 وما بعدها. ومحمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 580 وما بعدها.

(25) في التمييز بين القصد والباعث في الفقه الجنائي العام: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 530 وما بعدها؛ ومحمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 562 وما بعدها.

لسلوكه وقبل بها، وإن لم يقصدها مباشرة. وقد طوّر الفقه الفرنسي هذا المفهوم بدقة، مؤكداً أنه يقتضي عنصرين: التوقع الفعلي للنتيجة، والقبول بها بوصفها ثمناً مقبولاً للسلوك⁽²⁶⁾.

ولا بد من التمييز هنا بين فكرتين كثيرًا ما تختلطان: عدم اشتراط تحديد المتلقي بعينه (وهو متعلق بالركن المادي وبالعلنية)، والقصد الاحتمالي (وهو متعلق بالركن المعنوي). فالقول بأن صور التحريض الجماعي تتحقق من دون اشتراط تحديد شخص بعينه - وهو فهم يتسق مع طبيعة الخطاب الرقمي العام - يتعلق ببنية النشر العلني، لا بالركن المعنوي. أما التطبيق الكامل للقصد الاحتمالي بمعناه الفقهي الفرنسي على جرائم النشر الرقمي فلم يستقر بعد في القضاء الكويتي على نحو مفصل، ويبقى مجالاً يقتضي تطويراً قضائياً تدريجياً ينضبط بشروطه الدقيقة.

غير أن إنزال هذا المعيار على البيئة الرقمية يستلزم ضبطاً منهجياً يمنع تحوُّله إلى أداة لاتساع التجريم. فلا يصح القول بأن مجرد نشر محتوى «حساس» يكفي لقيام القصد الاحتمالي، لأن من شأن ذلك تجريم كل خطاب نقدي أو جدلي. ويستلزم القصد الاحتمالي أن تكون النتيجة الإجرامية متوقعة فعلياً، أي مرجحة بحسب طبيعة المحتوى وسياق نشره وجمهوره، لا مجرد ممكنة بصورة نظرية. كما يستلزم أن يكون الفاعل قد استمر في النشر على رغم هذا التوقع، وهو ما يُستخلص من قرائن موضوعية كاستمرارية النمط الخطابي وتجاهل التحذيرات السابقة⁽²⁷⁾.

وفي ضوء ذلك يمكن التمييز بين ثلاث درجات للقصد في الجريمة الرقمية. الدرجة الأولى هي القصد المباشر الذي يتوافر حين ينشر الفاعل محتوى يعلم بإجرامه ويريد ذلك صراحة، وهذه أوضح صور المسؤولية. والدرجة الثانية هي القصد الاحتمالي الذي يتوافر حين يتوقع الفاعل النتيجة كأثر مرجح ويقبل بها، وهذه تدخل في النطاق الجنائي بشروط الضبط المتقدمة. والدرجة الثالثة هي الإهمال الواعي، أي حالة الفاعل الذي توقع النتيجة لكنه لم يرضَ بها، وهذه، في الجريمة الرقمية، لا ترقى إلى المسؤولية الجنائية إلا إذا نص القانون استثناءً على المعاقبة على الإهمال، وهو ما لا يتحقق غالباً في جرائم النشر التي تشترط القصد عمداً.

(26) Sur la doctrine du dol éventuel en droit pénal français: Jean Cédras, «L'élément moral des infractions», Revue de science criminelle et de droit pénal comparé («RSC»), n° 4, 1995, pp. 729-736; Roger Merle et André Vitu, Traité de droit criminel, t. I, 7e éd., Cujas, Paris, 1997, pp. 689-695.

(27) في ضرورة إثبات استمرار الناشر في النشر على رغم توقعه للنتيجة: محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 538 لسنة 2016 جزائي، جلسة 2016/11/13 (تكرار النشر وسياقه قرينة على القصد).

المبحث الثاني

مسؤولية المنصات وتطبيق المعيار في القانون الكويتي

بعد أن استقر الإطار النظري لإعادة بناء التحريض في المبحث الأول، يُخصّص هذا المبحث لمعالجة الجانب التطبيقي والمؤسسي للمسألة. وينقسم إلى مطلبين: يبحث الأول في المعيار الثلاثي لمسؤولية المنصات والوسطاء التقنيين كما طوّرهُ القانون المقارن (LCEN) الفرنسي ثم DSA الأوروبي وقضاء محكمة العدل الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان). ويتناول الثاني تطبيق المعيار في القانون الكويتي وضوابط حرية التعبير، فيستعرض النصوص الكويتية ذات الصلة وموقف القضاء، ثم ضوابط حرية التعبير في القانون الدولي، ويختتم بنص تشريعي مقترح.

المطلب الأول

المعيار الثلاثي لمسؤولية المنصات في القانون المقارن

إذا كانت إعادة بناء أركان الجريمة الرقمية قد كشفت عن أن المنصات تشغل موقعاً مؤثراً في تكوين الركن المادي عبر التضخيم الخوارزمي، فإن السؤال الذي يطرح نفسه بقوة هو: على أي أساس قانوني تُساءل هذه المنصات عن المحتوى الذي يُنشر عبرها؟ وما حدود الثقة التي يفرضها مبدأ التناسب وضمانات حرية التعبير؟ وقد قطع المشرع الأوروبي شوطاً متقدماً في معالجة هذه المسألة، أولاً عبر قانون الاقتصاد الرقمي الفرنسي لسنة 2004 (LCEN)، ثم عبر قانون الخدمات الرقمية الأوروبي لسنة 2022 (DSA) النافذ سنة 2024. ويهدف هذا المطلب إلى استخلاص الدروس النظرية والعملية من هذين النموذجين، وبناء معيار ثلاثي للمساءلة، مع ضبط حدود هذه المسؤولية بمبدأ التناسب وضمانات حرية التعبير.

وقد أثر البحث أن يقصر النطاق المقارن على النموذج الأوروبي - الفرنسي لأمرين: أولهما انتماء دولة الكويت التشريعي إلى الأسرة اللاتينية في بنية قانون الجزاء ونظرية الاشتراك، مما يجعل النقل المنهجي ميسوراً بمنطق متجانس. وثانيهما أن النموذج الأوروبي قدّم البنية التشريعية الأكثر اكتمالاً في مسؤولية المنصات.

غير أن هذا الاختيار لا يُغفل وجود نماذج أخرى ذات أهمية، أبرزها المادة (230) من قانون الاتصالات الأمريكي (Section 230) القائم على إعفاء الوسيط من المسؤولية عن المحتوى مع ترك الإدارة لشروط الخدمة، والذي اعترض عليه فقهاً وقضاءً في موجة

معاصرة من المراجعة، ثم قانون NetzDG الألماني لسنة 2017 الذي فرض التزامات إزالة سريعة على المنصات الكبرى ووجه إليه نقدٌ دستوري قريب من نقد قانون Avia، وأخيراً قانون السلامة على الإنترنت البريطاني لسنة 2023 (UK Online Safety Act 2023) الذي تبنى مقاربة «واجب العناية» (duty of care).

وتُضاف إلى ذلك القوانين العربية الأقرب جغرافياً، كالقانون الإماراتي رقم 34 لسنة 2021 بشأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية، الذي يقدم تجربة تطبيقية إقليمية تستحق فحصاً مستقلاً. واستحضار هذه النماذج عرضاً يكشف أن المعيار الثلاثي المقترح يقترب من المقاربة الأوروبية – الألمانية – البريطانية في الجمع بين العلم والقدرة وواجب العناية، ويبعد عن النموذج الأمريكي للإعفاء الواسع.

الفرع الأول

من قانون الاقتصاد الرقمي الفرنسي LCEN

إلى قانون الخدمات الرقمية الأوروبي DSA

وضع قانون LCEN لسنة 2004 الإطار الفرنسي لمسؤولية الوسطاء التقنيين، مميزاً بصورة جوهرية بين مزود الوصول إلى الإنترنت (FAI) والمستضيف (hébergeur) من جهة أخرى. وقد أقام القانون لمسؤولية المستضيف نظاماً يقوم على فكرة «الإعفاء المشروط»: فالمستضيف لا يُعَدُّ مسؤولاً عن المحتوى الذي ينشره الغير عبر خدمته، إلا إذا توافر لديه علم فعلي بطبيعة المحتوى غير المشروع، ولم يتخذ الإجراءات السريعة المعقولة لإزالته أو تعطيل الوصول إليه⁽²⁸⁾.

وقد فحص المجلس الدستوري الفرنسي هذا النظام في قراره رقم 496-2004 DC، فأقر مشروعية إعفاء المستضيف، شريطة أن يكون «العلم» الذي يُلزم بالتدخل علماً واضحاً وموثقاً، لا تخميناً عاماً، حمايةً لحرية التعبير. كما أكد المجلس أن واجب الإزالة لا ينعقد إلا عند المحتوى الإجرامي ظاهر الدلالة، أما المحتوى الذي يستلزم تكييفاً قانونياً معقداً فلا يجوز فرض إزالته إلا بحكم قضائي⁽²⁹⁾. ويمثل هذا التمييز، بين المحتوى ظاهر

(28) Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN: Loi pour la confiance dans l'économie numérique), JORF (Journal officiel de la République française) du 22 juin 2004, art.6; sur le régime de l'hébergeur (hébergeur de contenu): Vincent Brengarth, Responsabilité pénale sur Internet en matière d'infractions de presse, mémoire de Master 2, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2013.

(29) Cons. const. (Conseil constitutionnel français), décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 sur la LCEN, considérants 7-9. Sur la limitation de l'obligation de retrait au

الدلالة والمحتوى الذي يستلزم تكييفاً، حجر الزاوية في النموذج الأوروبي لمسؤولية المنصات.

غير أن نموذج LCEN، على رغم سبقه، قد كشف عن قصور تطبيقي مع تطور المنصات الكبرى وانتقالها إلى الترتيب الخوارزمي النشاط. فقد أصبحت المنصات الحديثة لا تكتفي بإيواء المحتوى للمستضيف المحايد، بل تختار وترتب وتقرح بصورة آلية ومستمرة، وهو ما يخرجها من الفرضية الأصلية للمستضيف المحايد.

ولاحظت محكمة العدل الأوروبية هذا التحول مبكراً، حين قررت، في قضية Google France في العام 2010، أن إعفاء الاستضافة لا ينطبق إلا على من لا يؤدي دوراً نشطاً تجاه المحتوى. ويلاحظ أن قضية Google France نشأت أصلاً في سياق نزاع علامات تجارية حول خدمة AdWords، وأقامت نظرية «الدور النشط» في إطار تفسير المادة رقم (14) من توجيه التجارة الإلكترونية، وقد جرى توسيع تطبيقها لاحقاً ليشمل صور المحتوى الضار عمومًا⁽³⁰⁾. ثم عمّقت المحكمة هذا الاتجاه في قضية YouTube et Cyando في العام 2021، حيث ربطت دور المنصة الفعّال (rôle actif) بالترتيب الخوارزمي والترويج المنظم للمحتوى⁽³¹⁾.

الفرع الثاني

قانون الخدمات الرقمية الأوروبي DSA – نموذج المسؤولية المتدرجة

جاء قانون الخدمات الرقمية الأوروبي رقم 2022/2065 ليتجاوز قصور النموذج السابق ويؤسس بنية تشريعية جديدة لمسؤولية المنصات⁽³²⁾. ويقوم القانون على ثلاث ركائز جوهرية، يمكن الاستفادة منها في بناء النموذج الكويتي. الأولى هي الإبقاء على

contenu manifestement illicite: Thomas Besse, «L'évanescence responsabilité pénale des fournisseurs de services intermédiaires», Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux («CRDF»), n° 21, 2023, pp. 13-20.

(30) CJUE (Cour de justice de l'Union européenne), arrêt du 23 mars 2010, Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier SA, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, points 113-120.

(31) CJUE, arrêt du 22 juin 2021, Frank Peterson c/ Google LLC et YouTube; Elsevier Inc. c/ Cyando AG, affaires jointes C-682/18 et C-683/18, points 102–116 (sur le rôle actif de la plateforme par référencement algorithmique).

(32) Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (DSA: Digital Services Act ou «règlement sur les services numériques»), JOUE (Journal officiel de l'Union européenne) L 277/1, art. 6, 9, 14, 16 et 34-35.

إعفاء الاستضافة كقاعدة عامة، مع تشديد الشروط ودقة التطبيق. والثانية هي إنشاء آلية الإخطار والإجراء (notice-and-action) التي تلزم المنصات بمعالجة الإخطارات المؤثقة بشأن المحتوى غير المشروع خلال آجال محددة وبضمانات إجرائية كافية، بما في ذلك حق الطعن للمستخدم الذي حُذف محتواه.

أما الركيزة الثالثة، وهي الأكثر ابتكاراً، فتتمثل في فرض التزامات نوعية على المنصات الكبرى جداً (VLOPs)، تشمل تقييم المخاطر النظامية الناتجة عن نشاطها، بما فيها مخاطر التضخيم الخوارزمي للمحتوى الإجرامي، واتخاذ تدابير تخفيف مؤثقة قابلة للمراجعة من قبل هيئات رقابية مستقلة⁽³³⁾. وتمثل هذه الركيزة قفزة نوعية، لأنها تنقل المسؤولية من نموذج «العلم بمحتوى محدد» إلى نموذج «المسؤولية النظامية» التي تأخذ في الاعتبار الطبيعة التراكمية للمحتوى المتدفق عبر المنصة. وفي هذا الإطار، لم يعد السؤال هو: هل علمت المنصة بهذا المنشور بعينه؟ بل أصبح السؤال: هل اتخذت المنصة تدابير معقولة لتقليل المخاطر النظامية الناتجة عن آلياتها التقنية؟

وعلى رغم أن قانون DSA يقدم نموذجاً إدارياً — تنظيمياً، أكثر من كونه نموذجاً عقابياً صرفاً، إلا أنه ينطوي على بنية مفاهيمية يمكن نقلها إلى المجال الجنائي بإجراء تكيف ملائم. فالمسؤولية النظامية يمكن أن تتحول، في النظام الجنائي، إلى «التزام بضمان السلامة الرقمية»، ويمكن أن تشكل مخالفتها أساساً للمساءلة عند توافر شروط معينة. ويوازي هذا الانتقال ما حصل في القانون الجنائي الاقتصادي حين تطورت المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية من نموذج الفعل الفردي إلى نموذج التنظيم المعيب.

ويوازي هذا الانتقال تحولاً مماثلاً شهده القانون الجنائي الاقتصادي. فقد كانت مُساءلة الشركات عن الجرائم تستلزم تتبّع شخص طبيعي بعينه داخل الشركة وإثبات ارتكابه الفعل المؤثم، وهو ما عُرف بـ «نموذج الفعل الفردي». غير أن هذا النموذج عجز عن استيعاب الجرائم الناتجة عن خلل في البنية التنظيمية للشركة، كحوادث السلامة الكبرى وجرائم الفساد المؤسسي، حيث تصعب نسبة الفعل إلى شخص واحد، ولكن الجريمة تقع نتيجة قصور تنظيمي عام. ولهذا تطورت المسؤولية إلى «نموذج التنظيم المعيب»، الذي يؤسس المساءلة على وجود خلل بنيوي في الشركة كغياب الرقابة الداخلية أو ضعف نظم الامتثال، باعتبار أن هذا الخلل ذاته هو السبب المباشر في وقوع الجريمة. وهذا هو المسار الذي يسلكه قانون الخدمات الرقمية الأوروبي مع المنصات الكبرى: لم يعد المطلوب إثبات علم المنصة بمنشور معين، بل تقييم ما إذا كانت بنيتها التقنية وآلياتها الخوارزمية تنطوي على مخاطر نظامية لم تتخذ تدابير معقولة لتخفيفها.

(33) DSA, art. 34-35 (obligations d'évaluation et d'atténuation des risques systémiques pour les Very Large Online Platforms / VLOPs: très grandes plateformes en ligne).

ويلاحظ أن المشرّع الكويتي لم يعتمد بعد نموذجاً مماثلاً، فلا القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات ولا القانون رقم 8 لسنة 2016 بتنظيم الإعلام الإلكتروني يعالجان بصورة مفصلة مسؤولية المنصات الكبرى أو دور الخوارزميات. وهذه ثغرة تشريعية يعالجها هذا البحث في الفرع الأخير من المطلب الثاني من المبحث الثاني، باقتراح نص يستلهم من DSA من دون أن يستنسخه، مراعيًا خصوصية البيئة التشريعية الكويتية ومحدودية القدرات الرقابية المؤسسية.

الفرع الثالث

المعيار الثلاثي لمساءلة المنصات وحدوده

في ضوء النموذج الأوروبي، بمراحلتيه الفرنسية ثم الأوروبية الموحدة، تقترح هذه الدراسة معياراً ثلاثياً لمسؤولية المنصات في مجال التحريض الرقمي، يقوم على ثلاثة عناصر متلازمة لا يكفي توافر أحدها منفرداً لقيام المسؤولية: العلم الفعلي أو المفترض، والقدرة المعقولة على التحكم، والدور المنتج في تضخيم الانتشار. ويكمل هذا المعيار الموضوعي ضابط عام هو مبدأ التناسب، الذي يحول دون تحويل المسؤولية إلى عبء رقابي شامل.

العنصر الأول هو علم المنصة بطبيعة المحتوى محل المساءلة. ولا يقتصر هذا العلم على الإخطار الصريح من المتضرر. فهو يشمل أيضاً العلم الذي يُستخلص من ظهور المحتوى في تقارير الرصد الداخلية، أو من تكرار البلاغات بشأنه، أو من انتشاره على نحو غير عادي يستدعي التحقق. غير أن العلم المفترض ينبغي ألا يؤخذ على إطلاقه. فهو يقتصر على المحتوى الواضح في طابعه الإجرامي⁽³⁴⁾. أما المحتوى الذي يحتاج إلى تكييف قانوني معقد، فلا يكفي افتراض العلم به لقيام المسؤولية، بل يلزم إخطار صريح أو حكم قضائي. وهذا ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي صراحة، وما يقتضيه احترام دور القضاء في تكييف الخطاب⁽³⁵⁾.

العنصر الثاني هو أن تملك المنصة قدرة معقولة، تقنياً وقانونياً، على التدخل في المحتوى محل المساءلة. ويتحقق هذا العنصر بإحدى صورتين: الأولى أن تتوافر لديها أدوات لإزالة المحتوى أو تقييد انتشاره. والثانية أن تتوافر لديها أدوات لتخفيف

(34) Sur le seuil entre savoir et obligation d'agir: Toby Mendel, Hate Speech Rules under International Law, Centre for Law and Democracy, Halifax, 2010, pp. 4-9.

(35) Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), considérants 7 à 9.

انتشاره، كتخفيض ترتيبه في نظام التوصية. فإذا كانت المنصة لا تملك هذه الأدوات، أو كان استخدامها يستلزم رقابة شاملة غير ممكنة، فلا تتعقد المسؤولية. أما إذا توافرت الأدوات وامتنعت المنصة عن استخدامها على رغم علمها، فإن هذا العنصر يكتمل.

ويبرز هنا تحفظ مهم: لا يجوز التوسع في تفسير «القدرة على التحكم» حتى يصبح، عملياً، مرادفاً لواجب الرقابة المسبقة. فقد رفض المجلس الدستوري الفرنسي صراحة فرض التزامات غير متناسبة على المنصات في قراره بشأن قانون Avia (الخاص بمكافحة المحتوى الكاره على الإنترنت)، مؤكداً أن الالتزام بإزالة المحتوى ينبغي أن يقتصر بضمانات إجرائية تكفل احترام حرية التعبير. ويُعدّ هذا القرار حاجزاً يمنع الانزلاق إلى نموذج المسؤولية المطلقة⁽³⁶⁾.

العنصر الثالث، وهو الأكثر ابتكاراً في المعيار المقترح، هو أن تكون المنصة قد أدت دوراً منتجاً في تضخيم انتشار المحتوى التحريضي عبر آلياتها الخوارزمية. ولا يكفي هنا الحياد السلبي للمنصة، بل يُفترض دور نشط يسهم في توسيع نطاق الأثر الإجرامي. ويتحقق هذا الدور بإحدى صورتين: الأولى أن تختار الخوارزمية المحتوى التحريضي فتروج له عبر آلية الاقتراح أو تُبرزه في الواجهات التي تظهر للمستخدمين. والثانية أن تستهدف الخوارزمية بصورة منتظمة جمهوراً معيناً يُعرف بكثرة تفاعله مع هذا النوع من المحتوى⁽³⁷⁾.

وقد رسّخت محكمة العدل الأوروبية هذا الاتجاه في قضية YouTube et Cyando، إذ قررت أن مجرد قيام المنصة بدور نشط في الترويج للمحتوى - كاقتراحه على المستخدمين أو إبرازه في الواجهات - يكفي لإخراجها من نطاق الإعفاء المقرر للمستضيف المحايد. ويمثل هذا الاتجاه نقلة نوعية، لأنه ينقل التحليل من سؤال «من نشر المحتوى؟» إلى سؤال «من ضخم انتشاره؟»، وهو السؤال الأنسب لطبيعة الفضاء الرقمي الحديث⁽³⁸⁾.

الفرع الرابع

السند المتنامي في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

لا يكتمل البناء النظري للمعيار الثلاثي إلا باستحضار قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الذي قدّم اجتهاداً مرجعياً في مسؤولية الوسطاء الرقميين عن المحتوى

(36) Cons. const. français, décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 (loi Avia), précitée.

(37) Sur le critère du rôle productif de la plateforme dans l'amplification: Daphne Keller, op. cit., pp. 245-250.

(38) CJUE, arrêt du 22 juin 2021, YouTube et Cyando, précité, points 102-116.

المنشور عبر خدماتهم. ففي قضية Delfi AS ضد إستونيا الصادرة عن الغرفة الكبرى في العام 2015، نظرت المحكمة في مسألة منصة إخبارية عن تعليقات كتبتها مستخدمون مجهولون تحت مقالاتها، بلغت حد التحريض على الكراهية. وانتهت إلى أن هذه المسألة لا تمس حرية التعبير مساساً غير مشروع، ما دامت المنصة تملك قدرة معقولة على المراقبة ولم تتخذ إجراءات معقولة وفي وقت مناسب لإزالة المحتوى. ويمثل هذا الحكم تأييداً قضائياً للعنصرين الأول والثاني في المعيار الثلاثي - العلم والقدرة - في إطار حماية حرية التعبير التي تكفلها المادة رقم 10 من الاتفاقية الأوروبية⁽³⁹⁾.

وأكدت المحكمة الأوروبية هذا الاتجاه بصورة أعمق في قضية Sanchez ضد فرنسا الصادرة عن الغرفة الكبرى في العام 2023. فقد قررت أن صاحب الحساب العام على وسائل التواصل قد يُسأل جنائياً عن تعليقات الغير المنشورة على صفحته، متى علم بها ولم يبادر إلى حذفها، استناداً إلى سيطرته على الوسيط الرقمي وقدرته على التدخل⁽⁴⁰⁾.

ولا بد في هذا الموضع من توضيح يحفظ دقة الإسناد القضائي. فإن قضيتي Delfi و Sanchez - وإن اشتركتا في بنية تحليلية واحدة قوامها العلم والقدرة والامتناع رغم العلم - تختلفان في موضوعهما اختلافاً جوهرياً ينبغي عدم طمسه. فقضية Delfi تتعلق بمسؤولية المنصة الإخبارية بوصفها وسيطاً تقنياً ذا دور تحريري نشط، وهي السند المباشر لمسألة المنصات في صور التضخيم الخوارزمي. أما قضية Sanchez فتتعلق بمسؤولية صاحب الحساب العام (سياسي فرنسي ذي تأثير) عن تعليقات الغير على صفحته، وهي السند المباشر لمسألة المؤثرين الرقميين وأصحاب الحسابات الكبرى تحديداً.

ومن ثم، فالحُكمان لا يتبادلان مواضعهما: فحكم Delfi يخدم الركيزة الثالثة من المعيار الثلاثي (الدور المنتج للمنصة في تضخيم الانتشار)، بينما يخدم حكم Sanchez امتداداً متميزاً للمعيار يقع على فئة المؤثرين بصرف النظر عن المنصة. والتماسك المنهجي بين الحُكمين يقع على مستوى البنية التحليلية المشتركة، لا على مستوى وحدة الموضوع. وبهذا التمييز، يكرّس قضاء المحكمة الأوروبية المبدأ القائل بأن الامتناع عن

(39) ECtHR (European Court of Human Rights / Cour européenne des droits de l'homme), Delfi AS v. Estonia [GC] (Grand Chamber), Application No. 64569/09, judgment of 16 June 2015, paras. 144-162 (intermediary liability for hate-speech comments).

(40) ECtHR, Sanchez v. France [GC], Application No. 45581/15, judgment of 15 May 2023, paras. 184-202 (responsabilité du titulaire du compte pour les commentaires postés par des tiers).

إزالة المحتوى - على رغم القدرة على ذلك - يُعدّ مساهمة في نشره، لا مجرد تقصير مدني، ويتدرّج في تطبيق هذا المبدأ بحسب فئة الفاعل: منصة، صاحب حساب عام، أو مستخدم عادي.

ويُضاف إلى ذلك أن المحكمة الأوروبية، في كلا الحُكْمين، ضبّطت مسؤولية المنصة بمبدأ التناسب، فلم تفرض رقابةً شاملة، بل اشترطت قدرة معقولة على المراقبة واستجابة في وقت مناسب بعد العلم. وهذا الضبط يُعزز موقف هذا البحث في رفض نموذج المسؤولية المطلقة، ويوفر سنداً قضائياً دولياً للمعيار الثلاثي المقترح.

وبما أن «الإسهام المنتج في تضخيم الانتشار» هو الركيزة الأكثر ابتكاراً في المعيار الثلاثي، وهو في الوقت ذاته الأكثر عرضة للغموض إن ترك بصياغته التجريدية، فإنه يحتاج إلى تشغيل عملي يمكن للقاضي والنيابة الاستناد إليه. ويُقترح أن يقوم هذا التشغيل على ثلاث مجموعات من القرائن المتسائدة، يكفي توافرها بصورة دالة.

المجموعة الأولى قرائن بنيوية تتعلق بتصميم نظام التوصية ذاته: تضمين المحتوى ضمن نتائج «الموصى به» أو «الأكثر تداولاً»، أو ترتيبه في الموجز الزمني خلافاً للترتيب الزمني الطبيعي، أو إدماجه في إشعارات تلقائية، أو ربطه بإعلانات مدفوعة. والمجموعة الثانية قرائن انتشارية قابلة للقياس: مقارنة الانتشار الفعلي للمحتوى بالانتشار المتوقع لمحتوى مماثل خارج آلية التوصية، فإذا تجاوز الانتشار الفعلي الانتشار العضوي بفارق دالٍ زمنيًا وكميًا، تكون قرينة الإسهام قائمة. والمجموعة الثالثة قرائن سلوكية مؤسسية: استمرار المنصة في تضخيم المحتوى على رغم وجود بلاغات أو خوارزميات داخلية تكشف طبيعته الإجرامية، أو غياب آليات تحجيم تلقائي عند بلوغ المحتوى عتبات انتشار معينة.

ولإثبات هذه القرائن، يُلجأ - بحسب الحال - إلى تقارير الشفافية التي تُلزم بها المنصات نموذجياً (على غرار المادة 15 من DSA)، أو إلى الخبرة الفنية المتخصصة، أو إلى البيانات التي تُلزم المنصة بتقديمها بأمر قضائي. ولا يُكتفى بمجرد كون المحتوى انتشر على المنصة لإثبات إسهام المنتج، إذ الأصل أن المنصة محايدة ما لم تتدخل آلياتها بصورة دالة في رفع الانتشار، وهذا التدخل هو ما تقع عليه قرينة الإسناد. وبهذا التشغيل، تنتقل الركيزة الثالثة من مفهوم نظري إلى أداة استدلالية قابلة للتطبيق القضائي.

ومن مجموع ما تقدم يتشكل المعيار الثلاثي بوصفه إطاراً تحليلياً متماسكاً لمسؤولية المنصات. فالمسؤولية لا تنعقد إلا حين يتوافر العلم الفعلي أو المفترض بطبيعة المحتوى،

والقدرة المعقولة على التدخل، والدور المنتج في تضخيم الانتشار. ومتى اجتمعت هذه العناصر الثلاثة، تكون المنصة قد تجاوزت حدود الاستضافة المحايدة وأصبحت - بمصطلح القضاء الأوروبي - ذات «دور فعال»، بما يبرر مساءلتها وفقاً لقواعد المساهمة غير المباشرة التي اعتمدها البحث.

غير أن إعمال هذا المعيار يستلزم ضمانات إجرائية تمنع تحوُّله إلى أداة لمصادرة حرية التعبير. وأبرز هذه الضمانات أن يخضع تقدير العلم والقدرة والدور المنتج لرقابة قضائية فعالة، وألا تُفرض على المنصات التزامات إزالة سريعة من دون فحص قضائي مسبق، إلا في حالات الخطر الجسيم ووضوح الدلالة الإجرامية. ويُستحسن كذلك إنشاء جهة تنظيمية مستقلة تُشرف على تطبيق هذا المعيار، تستفيد من نموذج المنسق الرقمي (Digital Services Coordinator) المنصوص عليه في قانون الخدمات الرقمية الأوروبي، مع ضمان استقلالها عن السلطة التنفيذية.

وتيسيراً لاستيعاب المعيار الثلاثي وكيفية تطبيقه، يصلح أن نختبره على فرضية تطبيقية ملموسة، تجمع بين عناصر الإسناد الثلاثة بصورة بيانية. لنفترض أن «س» نشر على حسابه العام محتوىً يندرج موضوعياً ضمن الجريمة المنصوص عليها في القانون رقم 63 لسنة 2015 - كالتحريض على الكراهية أو المساس بالوحدة الوطنية - وأن المنشور حصد آلاف المشاركات ومئات التعليقات. ثم أعاد «ع» نشر هذا المحتوى على حسابه الذي يتابعه خمسون ألف شخص، مرفقاً بتعليق: «ما قاله س صحيح وحان وقت الفعل». ثم تابعت المنصة «ميم» المحتوى عبر نظام التوصية الخوارزمي، فعرضته على واجهة «الموصى به» لمئة ألف مستخدم آخر، على رغم تلقي المنصة بلاغاتٍ متعددة بعدم مشروعية المحتوى، ولم تتدخل خلال أسبوع كامل.

في هذه الفرضية، يتدرج الإسناد على ثلاث طبقات: «س» فاعل أصلي بحسب القواعد العامة، و«ع» شريك بالمساعدة وفق التكيف الذي يقترحه هذا البحث، إذ توافر بحقه: الفعل المادي (إعادة النشر التأييدي)، والقصد المستخلص من التعليق المرفق ومن سياق حسابه (وهو القرينة المنضبطة لاستظهار التأييد، لا مجرد إعادة النشر). أما المنصة «ميم» فيُختبر في حقها المعيار الثلاثي بعناصره مجتمعة: العلم الفعلي قائم بدلالة البلاغات المتعددة، والقدرة المعقولة على التحكم متوافرة بدلالة طبيعتها بوصفها منصةً كبرى ذات أدوات إزالة، والدور المنتج في تضخيم الانتشار يستظهر من تدخل نظام التوصية برفع المحتوى إلى واجهة «الموصى به»، وهو الذي مثل الفارق بين انتشار محدود وانتشار جماهيري.

وفي ضابط التناسب، لا تنعقد المسؤولية في المرحلة الأولى من الانتشار العضوي، بل بعد العلم وعدم الاستجابة في مدة معقولة. ولو بقي المحتوى في انتشاره العضوي دون تدخل خوارزمي، أو لو كان «ع» قد أعاد نشر المحتوى للنقد لا للتأييد، أو لو كانت المنصة قد أزالته فور البلاغات، لا خلت - في كل حالة من هذه - ركيزة من ركائز الإسناد، ولا انتفت المسؤولية الجزائية عن الفئة المعنية. وبهذا يظهر أن المعيار الثلاثي ليس قاعدة عقابية ضامة، بل أداة تحليلية متدرجة تحتمل النفي بقدر ما تحتمل الإثبات.

المطلب الثاني

تطبيق المعيار في القانون الكويتي وضوابط حرية التعبير

بعد بناء الإطار النظري للتحريض الرقمي غير المباشر، وبعد استخلاص المعيار الثلاثي لمسؤولية المنصات من القانون المقارن، يتعين اختبار صلاحية هذا الإطار في البيئة التشريعية والقضائية الكويتية. ويعالج هذا المطلب أولاً النصوص الكويتية وموقف القضاء على المستوى التشريعي، ثم الإطار الدستوري والخط الاجتهادي لمحكمة التمييز في الجرائم المعلوماتية مع استخلاص الفجوات التي تستوجب التدخل التشريعي، ثم مسائل الاختصاص والإثبات وأساس مسؤولية الأشخاص الاعتبارية، ويختم بصياغة نص تشريعي مقترح يستجيب لهذه الفجوات.

الفرع الأول

النصوص الكويتية ذات الصلة وموقف القضاء

يمثل القانون رقم 63 لسنة 2015 الإطار الأساسي للجرائم المعلوماتية في دولة الكويت، وقد عالج طائفة من الأفعال المرتبطة بالنشر الإلكتروني، أبرزها، في سياق بحثنا هذا، المواد (6) و(7) و(8) التي تعاقب على نشر المحتوى الذي يتضمن مساساً بالأخلاق العامة أو الأمن أو الوحدة الوطنية أو الإفتاء بغير صفة⁽⁴¹⁾. وتُمثل هذه النصوص الأساس التشريعي الأكثر مباشرة لمساءلة الناشر الأصلي للمحتوى الإلكتروني، حين يتوافر لديه القصد الجنائي وتنطبق العناصر المادية للجريمة.

غير أن القانون رقم 63 لسنة 2015 لا يعالج بصورة مفصلة عدة مسائل جوهرية ذات صلة ببحثنا، أو لاها مسألة المسؤولية في حالات إعادة النشر، إذ لا يميز النص بوضوح

(41) القانون الكويتي رقم 63 لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية - الكويت اليوم، ع1244، بتاريخ 2015/6/7.

بين النشر الأصلي وإعادة النشر، مما يفتح الباب أمام تطبيق القواعد العامة للمساهمة في قانون الجراء، ويستلزم، تبعاً للمسلك الذي اخترناه، اعتمادها بمنطق المساهمة غير المباشرة. وثانيها مسألة دور المؤثرين، الذين يقعون نظرياً تحت طائلة النص ذاته، لكن تأثيرهم المضاعف يستلزم معالجة تتناسب مع وظيفتهم الخاصة. وثالثها، وهي الأهم، مسألة مسؤولية المنصات والوسطاء التقنيين، التي لم يتناولها القانون بصورة منهجية.

وقد فحصت المحكمة الدستورية الكويتية بعض نصوص هذا القانون، فأكدت في الطعن الدستوري رقم 6 لسنة 2017 (جلسة 2018/4/4) أن مكافحة الجرائم المعلوماتية غاية مشروعة دستورياً، شريطة أن تكون النصوص محددة بدقة، وألا تتجاوز ما هو ضروري لتحقيق غايتها، احتراماً للحرية المنصوص عليها في المادة (36) من الدستور⁽⁴²⁾. ويُعدّ هذا القرار من أهم الأسانيد الدستورية في الفقه الكويتي لمعالجة التحريض الرقمي، لأنه يضع الإطار المرجعي الذي يحكم أي تطوير تشريعي أو تأويلي لاحق.

وفي ضوء هذا القرار، يمكن استخلاص ثلاث قواعد منهجية تنطبق مباشرة على إشكالية التحريض الرقمي غير المباشر. القاعدة الأولى أن أي توسّع في تفسير النصوص الجنائية المتعلقة بالنشر الإلكتروني يجب أن يخضع لاختبار التحديد الدقيق، فلا يكفي أن يكون السلوك مستحقاً للتجريم ابتداءً، بل يجب أن يندرج ضمن نص محدد المعالم. والقاعدة الثانية أن مبدأ التناسب يحول دون توقيع عقوبات شديدة على سلوكيات هامشية، ولو في إطار التحريض، فالتناسب يُفترض بين خطورة الفعل والجزاء المقرر. والقاعدة الثالثة، وهي الأهم في سياق بحثنا، أن الفصل بين الفعل المؤثم والتعبير المشروع يجب أن يكون قابلاً للتنبؤ من قبل المخاطب بالنص، فلا يصح ترك هذا الفصل لتقدير القاضي وحده من دون معايير منضبطة.

ويستلزم ذلك - تطبيقياً - أن أي نص مستحدث يعالج التحريض غير المباشر أو مسؤولية المنصات يجب أن يستوفي هذه المعايير الثلاثة، وإلا تعرّض للطعن الدستوري. ومن هنا أهمية الصياغة الدقيقة التي اقترحها هذا البحث، إذ تتضمن: (أ) تحديداً دقيقاً للعناصر (العلم + القدرة + الدور المنتج)، و(ب) تناسباً مُدمجاً عبر اشتراط الاستيفاء المتلازم لجميع العناصر، و(ج) إحالة صريحة إلى قواعد الاشتراك العامة الواردة في قانون الجراء، فلا تستحدث وصفاً جنائياً جديداً. غير أن حكم الدستورية رقم 6 لسنة 2017، على رغم أهميته المرجعية، يفتح في الوقت ذاته إشكالاً عملياً: فالقضاء

(42) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن الدستوري رقم 6 لسنة 2017، جلسة 2018/4/4 (تحديد الإطار الدستوري لمكافحة الجرائم المعلوماتية في ضوء المادة 36 من الدستور).

الكويتي لم يُطوّر بعد منظومة متكاملة من المعايير التطبيقية لإنزال هذه القواعد الدستورية على وقائع التحريض الرقمي بصورة منضبطة، وهو ما يستدعي إما تطويراً قضائياً تدريجياً عبر اجتهادات محكمة التمييز، وإما تدخلاً تشريعياً يُكرس الضمانات الدستورية في صياغة نصية واضحة.

ويفضّل هذا البحث المسلك التشريعي للأسباب التي ستُعرض، غير أن هذا الترجيح ينبغي أن يُقرأ في ضوء تحفظ منهجي جوهري يتعلق بظاهرة التضخم التشريعي العقابي في النظام الكويتي. فالمشرّع الكويتي قد أصدر بالفعل في مجال النشر الإلكتروني والأمن الرقمي منظومة شبه كاملة من النصوص: قانون الجزاء بمواده العامة، والقانون رقم 63 لسنة 2015 في الجرائم المعلوماتية، والقانون رقم 8 لسنة 2016 في الإعلام الإلكتروني، والمرسوم رقم 19 لسنة 2012 في شأن الوحدة الوطنية، والمرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب، فضلاً عن نصوص متفرقة في تشريعات أخرى⁽⁴³⁾. وهذا التراكم التشريعي قد ينقلب، على غير المقصود، إلى مصدر للارتباك التطبيقي وتعدد الأساس القانوني للفعل الواحد، بما يفتح الباب لتطبيقات متباينة بحسب اختيار النيابة للسند العقابي.

ومن ثم، فإن السؤال المطروح ليس فقط ما إذا كان التعديل التشريعي مطلوباً، بل أيضاً ما إذا كان الحل البديل الأكثر اتساقاً مع مبدأ الاقتصاد التشريعي يتمثل في اجتهاد قضائي تطويري يستفيد من النصوص القائمة من دون إضافة جديدة. ويمكن تلخيص هذا البديل في أن محكمة التمييز قادرة، بقواعد المساهمة العامة في قانون الجزاء، على استيعاب صور التحريض الرقمي غير المباشر من دون حاجة إلى نص جديد، شريطة أن يصدر عنها اجتهاد منضبط يكرّس المعيار الثلاثي بوصفه قاعدةً تأويلية لا نصاً مستحدثاً.

ويميل هذا البحث إلى ترجيح المسلك التشريعي على رغم هذا التحفظ لأسباب أربعة متضافرة: أولها أن المسلك القضائي يفتقر إلى ضمانات الاستقرار التي يوفرها النص، فاجتهاد محكمة التمييز قابل للعدول مما يُضعف قابلية التنبؤ التي يقتضيها مبدأ الشرعية الجنائية. وثانيها أن مسؤولية المنصات تستلزم بنية معيارية جديدة (تدرّج فئات المنصات، آلية الإخطار والإجراء، الالتزامات التنظيمية للمنصات الكبرى)

(43) في نقد ظاهرة التضخم التشريعي العقابي ومخاطرها: محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها؛ وكذلك:

Mireille Delmas-Marty, op. cit., sur le "flou du droit" comme conséquence de l'inflation pénale.

لا يستخرجها الاجتهاد من النصوص القائمة بسهولة من دون إنشاء فعلي للقاعدة. وثالثها أن الاجتهاد القضائي يعمل بأثر رجعي على الوقائع المطروحة، بينما يفترض في القاعدة الجنائية الحديثة أن تعرف للمخاطب بها قبل وقوع الفعل، خصوصاً في مجال يمس حرية التعبير. ورابعها أن التشريع يتيح إنشاء آليات إجرائية مستقلة (كمرجعية رقابية على المنصات) لا يستطيع القضاء استحداثها وحده.

لكن الإقرار بهذا التحفظ المنهجي ضروري حتى لا تنزلق التوصية التشريعية إلى مزيد من التضخم في غير محله، ولذا فإن المسلك التشريعي المرجح يقتضي إدماج النص المقترح ضمن القانون رقم 63 لسنة 2015 بإحالات صريحة إلى أحكام الاشتراك العامة، لا استحداث قانون مستقل، حفاظاً على وحدة المنظومة العقابية.

ويستهدف القانون رقم 8 لسنة 2016 تنظيم الإعلام الإلكتروني، أي وسائل الإعلام التي تمارس نشاطها عبر الإنترنت، ويفرض عليها التراخيص ويحدد مسؤولياتها. وقد تضمن أحكاماً ذات صلة بالنشر، خصوصاً المواد (4) و(6) و(19)، التي تحظر نشر المحتوى الذي يتضمّن مساساً بالنظام العام أو الآداب أو الأمن الوطني، وتُرتّب على المخالفة عقوبات تتدرج بحسب جسامتها⁽⁴⁴⁾.

ويلاحظ أن هذا القانون يميز بين الإعلام الإلكتروني المرخص والمنصات العامة لتداول المحتوى، فالأول يخضع لنظام أدق من حيث التراخيص والمسؤولية، والثاني يقع غالباً في النطاق الأوسع لقانون رقم 63 لسنة 2015. وهذا التمييز سليم منهجياً، لأنه يفرض التزامات أعلى على من اختار ممارسة نشاط إعلامي مهني، من دون أن يحول كل مستخدم للإنترنت إلى صاحب نشاط إعلامي. غير أن الحدود بين الفئتين قد تصبح مرنة عملياً في حالات المؤثرين الذين يقتربون من النشاط الإعلامي من دون اتخاذ شكله الرسمي، وهي مسألة تستلزم تطويراً تشريعياً يأخذ في الاعتبار هذا التطور.

وقد طوّرت محكمة التمييز الكويتية تطبيق هذه النصوص بحساسية تجاه التحولات الرقمية، فاعتدّت بأن الجرائم المرتبطة بالنشر تتحقق متى استخدم الجاني تطبيقات التواصل الاجتماعي في إرسال محتوى مؤثّم، ولو في نطاق غير علني تماماً⁽⁴⁵⁾. كما امتدّ هذا التطور ليشمل المجموعات داخل تطبيقات التواصل، حين قررت أن نشر العبارات أو التسجيلات في مجموعات إلكترونية يطلع عليها أشخاص متعددون يحقق

(44) القانون الكويتي رقم 8 لسنة 2016 في شأن تنظيم الإعلام الإلكتروني، الجريدة الرسمية - الكويت اليوم، ع1283، بتاريخ 2016/3/13، المواد (4 و6 و19).

(45) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1874 لسنة 2022، مرجع سابق (في تحقق الجرائم المرتبطة بالنشر عبر تطبيقات التواصل ولو في نطاق غير علني تماماً).

ركن العلنية متى توافرت عناصرها الأخرى⁽⁴⁶⁾. ويمثل هذا التطور اعترافاً قضائياً بأن الفضاء الرقمي قد أنشأ صوراً جديدة من الجمهور لا تنطبق عليها التقسيمات التقليدية، وهو ما يقتضي مرونة في التكييف القانوني للوقائع.

ويمثل المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2012 بشأن حماية الوحدة الوطنية إطاراً تشريعياً ذا صلة مباشرة بالتحريض، إذ تجرّم مواده (1) و(3) و(4) الدعوة إلى الفتنة الطائفية أو القبلية أو الفئوية، أو إثارتها بصورة تُهدد الأمن الاجتماعي⁽⁴⁷⁾. ويوفر هذا القانون سنداً تشريعياً لمعاقبة التحريض الرقمي على الكراهية أو الفرقة، شريطة أن تتوافر العناصر المنصوص عليها فيه. غير أن صياغته العامة قد أثارت مخاوف فقهية مماثلة لتلك التي أثارها قانون Avia في فرنسا، خصوصاً فيما يتعلق بإمكان التطبيق التوسعي على خطاب نقدي أو سياسي مشروع.

ويُضاف إلى هذه النصوص قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 106 لسنة 2013، والرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب⁽⁴⁸⁾، اللذان يتضمنان نصوصاً عقابية على التحريض على الإرهاب وتمويله. وتمثل هذه النصوص التطبيق العملي الأهم لمفهوم «التحريض الرقمي» في النظام الكويتي، خصوصاً حين تكون المنصة مستخدمة لاستقطاب أو تعبئة. ويلاحظ أن هذه النصوص، بالنظر إلى الطبيعة الدولية لظاهرة الإرهاب، تستفيد من السياق الدولي للتعاون الجنائي وتقترب من المعايير المعتمدة في القانون المقارن.

أما موقف القضاء الكويتي عموماً، فقد أبدى، في تطبيقه للنصوص السابقة، حرصاً منهجياً واضحاً على التوازن بين الحماية الجنائية وضمانات المتهم. وقد كُرست محكمة التمييز جملة من المبادئ المنهجية المهمة، أبرزها أن الأدلة في المواد الجزائية متساندة يكمل بعضها بعضاً، وأن الشك يفسر لمصلحة المتهم، وأن المحكمة ليست ملزمة بالأخذ بكل دليل اتهم لا تطمئن إليه، وأن مجرد إبداء الرأي، ولو كان حاداً، لا يكفي لقيام الجريمة ما لم تثبت العناصر القانونية للفعل المؤثم⁽⁴⁹⁾. وتمثل هذه المبادئ ضماناً قضائياً جيداً

(46) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 2148 لسنة 2022، مرجع سابق (في تحقق ركن العلنية بالنشر في مجموعات تطبيقات التواصل).

(47) المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2012 بشأن حماية الوحدة الوطنية، الجريدة الرسمية - الكويت اليوم، ع1102، بتاريخ 22 أكتوبر 2012، المواد (1 و3 و4).

(48) القانون الكويتي رقم 106 لسنة 2013 بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب؛ والرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب، ملحق ع1782 من الجريدة الرسمية - الكويت اليوم، بتاريخ 15 مارس 2026.

(49) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 364 لسنة 2020 جزائي، جلسة 2020/10/12 (مجرد إبداء الرأي - ولو حاداً - لا يكفي لقيام الجريمة).

يحول دون التوسع في التجريم، لكنها لا تستطيع وحدها سدّ الثغرات التشريعية في معالجة التحريض الرقمي غير المباشر ومسؤولية المنصات.

وتجدر الإشارة إلى أن المواد (6) و(7) و(8) من القانون رقم 63 لسنة 2015 تتسم ببنية عقابية مفتوحة الصياغة (texte ouvert)، تُحقّق غاية التشريع في مرونة الاستيعاب، لكنها تطرح في الوقت ذاته إشكاليات منهجية في التطبيق على الواقع الرقمي. فالمادة (6) – التي تعاقب على نشر ما يمس الأخلاق العامة أو يخالف الآداب أو يتضمن إثارة الفتن الطائفية أو القبلية – تستعمل أوصافاً تقديرية واسعة (المساس، الإثارة، المخالفة) من دون تحديد ضوابط جوهرية لقياسها. والمادة (7) – في المساس بالأمن الوطني أو الوحدة الوطنية – تتداخل موضوعياً مع المرسوم رقم 19 لسنة 2012 في الوحدة الوطنية، بما قد يفضي إلى تعدد سند التجريم للفعل الواحد. والمادة (8) – في الإفتاء بغير صفة – تطرح إشكالياتها الخاصة في تكيف صور إعادة النشر لمحتوى إفتائي صادر أصلاً عن جهة غير مختصة. هذه البنية النصية، حين تنضم إليها قرائن النشر الرقمي – كقابلية الوصول، والتضخيم الخوارزمي، وتفاعل المتلقي – تتسع تطبيقاتها المحتملة بصورة قد تُجاوز ما قصده المشرّع، وهو ما يستوجب ضبطها قضائياً وتعزيزها نصياً.

ويلاحظ أيضاً أن القانون رقم 8 لسنة 2016 في شأن الإعلام الإلكتروني، على رغم تخصصه في تنظيم النشاط الإعلامي الرقمي، قد قصر المساءلة على «المرخص له» بمزاولة النشاط الإعلامي، فلم يستوعب صور النشر الفردي عبر الحسابات الشخصية ولا مسؤولية المنصات الكبرى عابرة الحدود. وهذا القصور الموضوعي – إذ ينحصر القانون في فاعل واحد (المرخص له) – يجعل القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات هو الإطار العملي الفعلي لمعظم القضايا، بما فيها قضايا المؤثرين الذين لا يحملون تراخيص إعلامية رسمية. أما المرسوم رقم 19 لسنة 2012 في شأن الوحدة الوطنية، فيقدّم تجريماً أكثر تخصصاً لخطاب الكراهية والتمييز، لكنه يقتصر على هذا النمط من دون أن يستوعب صور التحريض الأخرى (التحريض على الجريمة، التحريض على الإرهاب)، مما يُبقي القانون رقم 63 لسنة 2015 السند الجامع.

ومن مجموع هذه الملاحظات يتبيّن أن المنظومة الكويتية تعاني ثلاث سمات بنيوية: تعدد النصوص من دون تكامل واضح بينها، واتساع الأوصاف العقابية في القانون الجامع، وضيق نطاق القانون المتخصص رقم 8 لسنة 2016 عن استيعاب الفاعلين الرقميين الجدد. وهذه السمات الثلاث – مجتمعة – هي ما يسوّغ التفكير في تعديل تشريعي محدد يستهدف القانون رقم 63 لسنة 2015، لا تشريعاً جديداً مستقلاً.

الفرع الثاني

الإطار الدستوري والخط الاجتهادي لمحكمة التمييز في الجرائم المعلوماتية

تتنظم الضمانة الدستورية للنشر الإلكتروني في القانون الكويتي ضمن شبكة متكاملة من النصوص لا تُختزل في نص واحد. فالمادة (31) من الدستور تكفل أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، وتؤكد المادة (32) في صياغتها لمبدأ الشرعية، وتقيم المادة (36) حرية الرأي والبحث العلمي وحق التعبير بالقول أو الكتابة أو غيرهما وفقاً للشروط التي يبينها القانون، وتمتد المادة (37) إلى حرية الصحافة والطباعة والنشر.

وتعمل هذه المواد بوصفها منظومة تتفاعل فيها ضمانة الشرعية مع ضمانة الحرية، فلا يصح تقييد التعبير بنصوص فضفاضة لا تستوفي شرط التحديد، ولا تُجاوز الحرية إلى الإخلال بحقوق الآخرين.

وقد أكدت المحكمة الدستورية الكويتية في الطعن الدستوري رقم 6 لسنة 2017 (جلسة 2018/4/4) مشروعية مكافحة الجرائم المعلوماتية بوصفها غاية دستورية، شريطة أن تكون النصوص العقابية محددة المعالم وقادرة على التنبؤ بنطاقها⁽⁵⁰⁾. غير أن البنية الدستورية - على أهميتها - تظل إطاراً عاماً، ولا تنزل بذاتها إلى مستوى القواعد التطبيقية. وهذه القواعد بُنيت في دولة الكويت قضائياً، عبر اجتهاد متراكم لمحكمة التمييز في تطبيق القانون رقم 63 لسنة 2015 والقانون رقم 8 لسنة 2016 والمرسوم رقم 19 لسنة 2012، وهو الاجتهاد الذي تعرضه الفقرات التالية تحليلاً، لا استشهاداً.

أ - تطور مفهوم العلنية الرقمية في قضاء التمييز:

كان السؤال المركزي في موجة القضايا الأولى عقب صدور القانون رقم 63 لسنة 2015: هل يتحقق ركن العلنية حين يُنشر المحتوى عبر حساب رقمي مفتوح، ولو لم يقصد الفاعل إذاعته على الجمهور؟ وقد حسمت محكمة التمييز هذا السؤال مبكراً في الطعن رقم 429 لسنة 2015 (جلسة 2015/12/15) حين قررت أن النشر عبر حساب إلكتروني مفتوح على وسائل التواصل الاجتماعي يُعدّ نشرًا علنيًا، ولو لم يقصد الفاعل الإذاعة، طالما كان الوصول إلى المحتوى متاحاً للغير.

وأكدت المبدأ ذاته في الطعن رقم 740 لسنة 2021 (جلسة 2021/9/20)، فاستقر على

(50) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن الدستوري رقم 6 لسنة 2017، جلسة 2018/4/4 (تحديد الإطار الدستوري لمكافحة الجرائم المعلوماتية في ضوء المادة (36) من الدستور).

أن العبرة في العلنية الرقمية بقابلية الوصول الفعلية إلى المحتوى، لا بقصد الفاعل في إذاعته⁽⁵¹⁾.

ثم امتد هذا الفهم إلى ميدان أكثر دقةً هو المراسلات والمجموعات داخل تطبيقات التواصل. فقررت المحكمة في الطعن رقم 1874 لسنة 2022 (جلسة 2023/8/20) أن الجرائم المرتبطة بالنشر تتحقق متى استعمل الجاني تطبيقات التواصل الاجتماعي في إرسال محتوى مؤتم، ولو في نطاق غير علني تماماً⁽⁵²⁾. وفي الطعن رقم 2148 لسنة 2022 (جلسة 2023/7/24) قضت بأن نشر العبارات أو التسجيلات في مجموعات إلكترونية يطلع عليها أشخاص متعددون إنما يحقق ركن العلنية متى توافرت عناصره الأخرى⁽⁵³⁾.

ومجموع هذه الأحكام يكشف عن انتقال قضائي واضح من المعيار المكاني التقليدي إلى معيار وظيفي قائم على قابلية الوصول، وهو انتقال يخدم الإطار التحليلي للدراسة، إذ يضع الأساس القضائي للقول بأن المنصة الرقمية فضاء عام بطبيعتها، فيُهمّد بذلك لمسألة المنصة عن الانتشار الذي تتيحه آلياتها التقنية.

ب - ضوابط القصد الجنائي في النشر الإلكتروني:

في موازاة توسيع نطاق العلنية، حرصت محكمة التمييز على ضبط الركن المعنوي ضبطاً يحول دون انزلاق المسؤولية إلى ما يُشبه المسؤولية الموضوعية. فاشتترطت - في تطبيق القانون رقم 63 لسنة 2015 - أن يكون الفاعل عالماً بالطبيعة الإجرامية للمحتوى تحديداً، فلا يكفي العلم العام بأن النشر الإلكتروني قد يكون مؤثماً، بل يلزم العلم الخاص بطبيعة هذا المحتوى بالذات. وقد قررت - بصورة أصولية - أنه لا يجوز افتراض العلم على نحو يقلب عبء الإثبات، بل يتعين إثباته إيجابياً بأي وسيلة من وسائل الإثبات الجنائي. وأكدت في الطعن رقم 364 لسنة 2020 (جلسة 2020/10/12) أن مجرد إبداء الرأي - ولو كان حاداً - لا يكفي بذاته لقيام الجريمة ما لم تتوافر العناصر القانونية للفعل المؤتم على نحو واضح ولا لبس فيه⁽⁵⁴⁾.

(51) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 740 لسنة 2021 جزائي، جلسة 2021/9/20 (العبرة في العلنية بقابلية الوصول الفعلي إلى المحتوى لا بقصد الإذاعة).

(52) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1874 لسنة 2022 جزائي، جلسة 2023/8/20 (تحقق الجرائم المرتبطة بالنشر عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي، ولو في نطاق غير علني تماماً).

(53) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 2148 لسنة 2022 جزائي، جلسة 2023/7/24 (مجموعات تطبيقات التواصل الإلكترونية تحقق العلنية متى اطلع عليها أشخاص متعددون).

(54) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 364 لسنة 2020 جزائي، جلسة 2020/10/12 (مجرد إبداء الرأي - ولو حاداً - لا يكفي لقيام الجريمة من دون توافر العناصر القانونية الواضحة للفعل المؤتم).

غير أن المحكمة لم تتعامل مع القصد بصلافة شكلية تُعجز سلطاتها التقديرية. فقررت في الطعن رقم 2093 لسنة 2022 (جلسة 2023/6/15) أن تقدير توافر القصد الجنائي أو انتفاؤه في الجرائم المرتكبة عبر وسائل الاتصال أو الشبكة المعلوماتية من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، متى كان استخلاصها سائغاً ومستنداً إلى ظروف الدعوى وملابساتها⁽⁵⁵⁾. وأذنت في الطعن رقم 538 لسنة 2016 (جلسة 2016/11/13) باستخلاص النية الإجرامية من تكرار النشر وسياقه العام وطبيعته، متى كان من شأنه إحداث أثر عدائي أو تحريري، ولو لم تتضمن العبارات دعوة صريحة⁽⁵⁶⁾.

ويتبين من تركيب هذه الأحكام أن قضاء التمييز قد بنى نموذجاً متدرجاً للقصد: اشتراط العلم الخاص بطبيعة المحتوى ركيزة جوهرية لا يجوز المساس بها، ولا يجوز افتراضه على نحو يقلب عبء الإثبات، لكن استخلاصه بالقرائن الموضوعية مشروع عند توافر سياق دالّ كتكرار النشر أو نمط الخطاب. وهذا النموذج يقترب فعلياً من البنية التي يتطلبها القصد الاحتمالي في صور المساهمة غير المباشرة، من دون أن يصريح القضاء بهذا الوصف الفقهي بعد، وهو ما يفتح الباب أمام اجتهاد لاحق يستوعبه صراحة.

ج - امتداد المسؤولية وبناء الجريمة على معيار الصلاحية للأثر:

طوّرت محكمة التمييز موقفاً موازياً يخص جسامته الفعل وطريقة إثباته معاً. فقد قررت في الطعن رقم 1111 لسنة 2019 (جلسة 2020/7/26) أن النشر عبر الشبكة المعلوماتية أو وسائل التواصل الاجتماعي وسيلة فعّالة لنقل العبارات المؤثمة، يكفي لتحقيق الجريمة بها أن يُنشر محتوى من شأنه المساس بالشرف أو الاعتبار أو الكرامة، متى ثبتت نسبته إلى المتهم⁽⁵⁷⁾. وفي الطعن رقم 608 لسنة 2018 (جلسة 2019/11/14) قضت بأن العبرة في التجريم ليست بتحقيق الضرر فعلياً، بل بمدى صلاحية الفعل لإحداث الأثر الضار أو التحريري وفق ظروف الواقعة⁽⁵⁸⁾.

ويُكرّس هذا المبدأ بنية «جريمة الخطر» في المجال الرقمي، وهي بنية ملائمة لاستيعاب

(55) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 2093 لسنة 2022 جزائي، جلسة 2023/6/15 (تقدير توافر القصد الجنائي أو انتفاؤه في الجرائم المرتكبة عبر وسائل الاتصال أو الشبكة المعلوماتية من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع).

(56) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 538 لسنة 2016 جزائي، جلسة 2016/11/13 (تكرار النشر وسياقه قريبة على القصد الإجرامي، ولو لم تتضمن العبارات دعوة صريحة).

(57) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 1111 لسنة 2019 جزائي، جلسة 2020/7/26 (النشر عبر الشبكة المعلوماتية أو وسائل التواصل الاجتماعي وسيلة فعّالة لنقل العبارات المؤثمة).

(58) محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 608 لسنة 2018 جزائي، جلسة 2019/11/14 (العبرة في التجريم بمدى صلاحية الفعل لإحداث الأثر الضار أو التحريري، لا بتحقيق الضرر فعلياً).

التحريض الجماعي حيث يصعب إثبات أثر فردي محدد على متلق بعينه. ومضمون مبدأ تسأند الأدلة المستقر في القضاء الجزائي - في سياقنا - أن إثبات إعادة النشر التأييديّة أو الإسهام التراكمي في الانتشار الرقمي لا يستلزم دليلاً قاطعاً منفرداً، بل يكفي تكامل القرائن الموضوعية في منظومة دالة، وهو ما يجعل أدوات الإثبات الكويتية القائمة قابلة فعلياً لاستيعاب المعيار الثلاثي الذي تقترحه الدراسة من دون الحاجة إلى قواعد إثبات مستحدثة.

د - الفجوات الاجتهادية التي تستدعي التدخل التشريعي:

على رغم هذا التماسك الاجتهادي، يكشف فحص قضاء التمييز عن ثلاث فجوات لم يطورها بعد، ولا يبدو أن النصوص القائمة تتيح له تطويرها بمعزل عن تدخل تشريعي.

الفجوة الأولى أن المحكمة لم تميّز حتى الآن، بصورة منهجية، بين النشر الأصلي وإعادة النشر؛ فتعاملها مع قاعدة امتداد مسؤولية النشر إلى من يُجيز نشره أو يسمح ببثه⁽⁵⁹⁾ قرّر في إطار النشر الصحافي التقليدي ولم يُنزل تنزيلاً متخصصاً على إعادة النشر الرقمية، ولا على دلالة التأييد الضمني فيها.

والفجوة الثانية أن المحكمة لم تتعرض لأثر التضخيم الخوارزمي في الإسناد، فلا اجتهد فيها بعد أن يجيب عن سؤالين متلازمين: هل يتحمّل الناشر الأصلي مسؤولية الانتشار الذي رتبته الخوارزمية بمعزل عن قصده الفعلي؟ وهل تُسأل المنصة عن دورها المنتج في هذا الانتشار؟

والفجوة الثالثة أن مبدأ مساءلة الممتنع عن إزالة المحتوى - وقد أرسته محكمة التمييز في الطعن رقم 538 لسنة 2016 (جلسة 2016/11/13)، حين قررت أن ترك المحتوى المؤثم متداولاً على رغم القدرة على إزالته يُعدّ سلوكاً مؤثراً في استمرار النشر يجوز استخلاص المسؤولية الجزائية منه⁽⁶⁰⁾ - هذا المبدأ، وإن مثل معادلاً كويتياً مستقلاً لمنطق Sanchez و Delfi، لم يجد له تطبيقاً متخصصاً على مساءلة صاحب الحساب العام عن تعليقات الغير في الفضاء الرقمي، ولا على مساءلة المنصة عن المحتوى الذي تتيحه. ومن

(59) في تكريس قاعدة امتداد مسؤولية النشر إلى من يُجيز النشر أو يسمح به في إطار النشر الصحافي التقليدي: محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 429 لسنة 2015 جزائي، جلسة 2015/12/15، المرجع السابق.

(60) في مساءلة الممتنع عن إزالة المحتوى المؤثم: محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم (538) لسنة 2016 جزائي، جلسة 2016/11/13 (ترك المحتوى المؤثم متداولاً رغم القدرة على إزالته يُعدّ سلوكاً مؤثراً في استمرار النشر، ويجوز للمحكمة أن تستخلص منه توافر المسؤولية الجزائية).

ثم فالأساس الاجتهادي الكويتي قائم في صورته العامة، لكنه يحتاج إلى تنزيل قضائي متخصص يُكرّس الانتقال من «الناشر الذي يُجيز» إلى «المسؤول عن الفضاء الرقمي» بمختلف صورته، وهو تنزيل يفضل أن يُسبق بسند نصي صريح يحدد عناصره بدقة.

وقد لاحظ الفقه الفرنسي المعاصر، في معرض تحليله لظواهر مماثلة، أن القانون الجنائي يشهد «حركة تراجع عن تخصيصه في مجال التعبير» لمصلحة القواعد العامة، مع ما يترتب على ذلك من اتساع للسلطة التقديرية للقاضي وتزايد مخاطر التطبيق غير المتوقع⁽⁶¹⁾، وأن «القانون يطارد الابتكار باستمرار» من دون أن يلحق به، بحيث تنشأ فجوة دائمة بين النص والواقع التقني تستلزم إما اجتهداً قضائياً يحفظ التوازن من دون أن ينزلق إلى إنشاء قواعد جديدة، وإما تدخلاً تشريعياً يعالج هذه الفجوة بصراحة⁽⁶²⁾.

وفي ضوء التماسك الاجتهادي الذي بنته محكمة التمييز في العلنية والقصد ومعياري الصلاحية للأثر، يبدو الخيار الثاني أكثر اتساقاً مع المنظومة الكويتية، لأنه يُكرّس قابلية التنبؤ ويصون السلطة التقديرية القضائية من التوسع في غير محله. وهذه الفجوات الثلاث – مجتمعة – هي التي تسوّغ التدخل التشريعي الذي يقترحه الفرع الرابع من هذا المطلب، فلا تكون التوصية التشريعية ادعاءً مجرداً، بل إجابة محددة عن قصور محدد في الاجتهاد القائم.

الفرع الثالث

مسألة الاختصاص والإثبات وأساس مسؤولية الأشخاص الاعتبارية

لا يكتمل عرض الإطار الكويتي قبل الإشارة إلى ثلاث مسائل تطبيقية تحدد فعالية المعيار المقترح وقابليته للإنفاذ: مسألة الاختصاص القضائي، ومسألة الإثبات، وأساس المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية.

فأما مسألة الاختصاص القضائي، فإن المنصات الكبرى عابرة للحدود ولا يقيم معظمها تمثيلاً قانونياً في دولة الكويت. ويمكن إقامة الاختصاص الكويتي على أساس قابلية الوصول إلى المحتوى من داخل البلاد وفق نظرية أثر الجريمة

(61) في وصف ظاهرة تراجع تخصص النصوص الجزائية في مجال التعبير وأثره على السلطة التقديرية:

Mireille Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit - Le relatif et l'universel, op. cit., spéc. pp. 200 et s.

(62) على أن التدخل التشريعي هو الأنسب لسدّ الفجوات الاجتهادية في المسائل الجزائية الحديثة: Jean Pradel, Droit pénal général, 22e éd., Cujas, Paris, 2019, n° 134 et s.

(théorie du résultat)، وهي قاعدة استقر عليها قضاء النقض الفرنسي في الجرائم الإعلامية الرقمية. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتي تبني - في سياق متخصص - توسيعاً واضحاً للاختصاص في المادة (3) من المرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب، حيث جعل الاختصاص ينعقد بثلاثة معايير بديلة: الإضرار بالدولة أو مصالحها أو مواطنيها، أو كويتية الفاعل، أو وجوده في الدولة بعد ارتكاب الفعل.

وهذا التوسع المعيارى في الإرهاب يكشف عن خيار تشريعي واضح لمواجهة الجرائم العابرة للحدود، لكنه لم يُنقل إلى القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على رغم تشابه الإشكالية، مما يبرز عدم اتساق معياري بين النصين يُسوّغ التنصيص الصريح على الاختصاص في تعديلنا المقترح. غير أن إنفاذ الأحكام يبقى مرتبطاً بآليات التعاون القضائي الدولي، وتفترض الفاعلية الكاملة للمعيار الثلاثي إنشاء التزام قانوني على المنصات بتعيين ممثل قانوني محلي على غرار ما فرضته المادة (13) من قانون DSA الأوروبي.

وأما مسألة الإثبات، فإن إثبات «الإسهام المنتج في تضخيم الانتشار» يستلزم قدرات فنية في تحليل أنماط التوصية الخوارزمية ومسارات الانتشار، وهي قدرات غير متوافرة بالقدر الكافي في أجهزة النيابة والقضاء الكويتية حالياً. ولذا فإن أي تعديل تشريعي ينبغي أن يُقرن باستحداث وحدة خبرة فنية متخصصة، أو بإلزام المنصات بتقديم تقارير شفافية دورية على غرار المادة (15) من DSA، تكون قابلة للاستظهار أمام القضاء.

وأما أساس المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية، فإن القانون الكويتي يقوم على المسؤولية الجزائية الشخصية بصورة عامة، ولا يعرف المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية إلا في نصوص خاصة. وقد تطوّر هذا المسار أخيراً تطوراً ملحوظاً، إذ نصّت المادة (26) من المرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب على مساءلة الشخص الاعتباري الخاص بغرامة لا تقل عن مائة ألف دينار ولا تزيد على مليون دينار إذا ارتكبت جريمة إرهابية باسمه، مع جواز الحل أو الإغلاق. وهذا النص - مضافاً إلى قانون مكافحة غسل الأموال رقم 106 لسنة 2013 - يُكرّس اتجاهاً تشريعياً متنامياً في القانون الكويتي نحو الاعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري في الجرائم ذات الطابع المنظم، ويُقدّم سنداً مؤسسياً مباشراً يُمكن البناء عليه في تعديلنا المقترح.

ومسؤولية المنصات في صور التحريض الرقمي تستلزم - على هذا الأساس المتنامي - التخصيص الصريح على أن المسؤولية تنعقد على الشخص الاعتباري المالك للخدمة وعلى رئيسه التنفيذي ومن في حكمه ممن ثبتت له سلطة فعلية حيال التحكم في المحتوى أو في تصميم نظم التوصية. ويختار البحث هذا المسلك لأنه أكثر اتساقاً مع طبيعة المنصات بوصفها كيانات تنظيمية، وأكثر ملاءمة للتدرُّج العقابي القائم على غرامات نسبية على غرار النموذج الأوروبي، وأكثر انسجاماً مع المسار التشريعي الكويتي الحديث الذي رسمه المرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب.

الفرع الرابع

نص تشريعي مقترح لتطوير الإطار الكويتي

بناءً على الإطار النظري الذي بُني في هذا البحث، وفي ضوء الفجوات الاجتهادية التي كشفها تحليل قضاء التمييز، نقترح فيما يلي صياغة لتعديل تشريعي للقانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، تتخذ صورة ثلاث مواد مكررة متتالية تعالج كل واحدة منها مسألة محددة، بدلاً من تكديس العناصر في نص واحد. فالأولى تعالج إعادة النشر التأييدي بوصفها صورة من المساعدة، والثانية تعالج مسؤولية المنصات بمعاييرها الثلاثي، والثالثة تعالج أساس المساءلة والاختصاص. وقد روعي في الصياغة أن يحيل النص إلى أحكام الاشتراك القائمة في قانون الجزاء بدلاً من استحداث وصف جنائي مستقل، صوناً لمبدأ الشرعية⁽⁶³⁾:

المادة (8) مكرراً - في إعادة النشر الإلكتروني التأييدي:

«مع عدم الإخلال بأحكام الاشتراك المنصوص عليها في المادة (47) وما بعدها من قانون الجزاء، يُعدّ شريكاً بالمساعدة في الجريمة المنصوص عليها في هذا القانون كل من أعاد نشر محتوى مؤثّم مع علمه بطبيعته الإجرامية وقصد تأييده. ويُستظهر التأييد المؤثّم من قرائن موضوعية متساندة، أبرزها التعليق المرفق بإعادة النشر، وسياق حساب الناشر، وتكرار النمط الخطابي، ولا يُفترض من مجرد إعادة النشر أو التفاعل المعزول. ولا تُعدّ من قبيل المساعدة المؤثّمة إعادة النشر التي تأتي في سياق التقنيد أو النقد أو التحذير العلمي، متى تناسب التعليق المرفق مع جسامته المحتوى الأصلي».

(63) الصياغة المقترحة مستلهمة من المعيار الثلاثي، مع مراعاة الإطار الدستوري الكويتي (المواد 13 و23 و63 و73 من الدستور).

المادة (8) مكرراً «أ» - في مسؤولية مزود خدمة الاستضافة الإلكترونية والمنصة الرقمية:

«يُسأل جزائياً مزود خدمة الاستضافة الإلكترونية أو المنصة الرقمية عن المحتوى المنشور عبر خدمته متى توافرت في حقه - مجتمعةً - الشروط الآتية: (أ) العلم الفعلي بطبيعة المحتوى الإجرامي، أو العلم المفترض في حالات المحتوى ظاهر الدلالة. (ب) القدرة المعقولة، تقنياً وقانونياً، على إزالة المحتوى أو الحد من انتشاره. (ج) الإسهام المنتج في تضخيم انتشاره عبر آليات الترتيب أو الاقتراح أو التوصية.

وتُقدّر هذه العناصر على وفق تدرّج يأخذ في الاعتبار حجم المنصة وأثرها (مستضيف بسيط، ومنصة وساطة، ومنصة كبرى ذات أثر نظمي)، وبمراعاة سياق النشر، ومضمونه، ومدى انتشاره، واحتمال إنتاجه ضرراً فعلياً».

المادة (8) مكرراً «ب» - في أساس المسؤولية والاختصاص:

«تنعقد المسؤولية الجزائية في حالات المنصات على الشخص الاعتباري المالك للخدمة، وعلى رئيس الجهاز التنفيذي ومن في حكمه ممن ثبتت له سلطة فعلية في التحكم بالمحتوى أو في تصميم نظم التوصية، على غرار النموذج التشريعي الكويتي المعتمد في المادة (26) من المرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب. ويُحكم على الشخص الاعتباري بغرامة نسبية تتدرّج بحسب جسامه الجريمة وحجم المنصة، مع جواز الحكم بالحل أو إيقاف النشاط في الجرائم الجسيمة. ويُعتدّ بقابلية الوصول إلى المحتوى من داخل دولة الكويت أساساً للاختصاص - على غرار التوسيع المعيارى الذي تبناه المشرع الكويتي في المادة (3) من المرسوم رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب - من دون إخلال بأحكام التعاون القضائي الدولي».

وفي جميع الأحوال، يجب أن يكون التدخل الجنائي ضرورياً ومتناسباً، ولا يجوز توسيع نطاقه على نحو يمس حرية التعبير المكفولة بالمادة (36) من الدستور.

وتقدم هذه الصياغة نموذجاً تشريعياً يدمج بين العناصر الثلاثة للمعيار المقترح، ويُذكر بالضمانة الدستورية لحرية التعبير. كما تتجنب استحداث وصف جنائي جديد بالإحالة إلى أحكام الاشتراك القائمة في قانون الجزاء، فلا تصطدم بمبدأ الشرعية. وتميز بصورة واضحة بين إعادة النشر التأييدية وإعادة النشر النقدية مع تقديم قرائن استظهار التأييد، وتؤطر مسؤولية المنصات في حدود قابلة للتطبيق على وفق تدرّج يميز بين فئاتها، وتُعين أساس المساءلة في الشخص الاعتباري ومن له سلطة فعلية في التحكم.

وتُجيب هذه الصياغة بصورة محددة عن الفجوات الثلاث التي كشفها تحليل قضاء التمييز: التمييز بين النشر الأصلي وإعادة النشر، تكييف التضخيم الخوارزمي، ومساءلة أصحاب الحسابات الكبرى عن تعليقات الغير. وبهذه الصياغة يكتمل الإطار العملي للبحث، وننتقل تالياً إلى استخلاص النتائج وتقديم التوصيات.

الخاتمة

انتهى هذا البحث، عبر مبحثيه، إلى مجموعة من النتائج النظرية والتطبيقية، وإلى جملة من التوصيات التي يمكن أن تسهم في تطوير المعالجة التشريعية والقضائية لظاهرة التحريض الرقمي في دولة الكويت.

أولاً: النتائج

1- يكشف البحث عن أن قصور النموذج التقليدي للتحريض في استيعاب البيئة الرقمية ليس قصوراً في النص الكويتي وحده، بل في البنية المفاهيمية للتحريض ذاتها (سببية فردية، ثنائية فاعل - متلق، إرادة موجهة)، وأن هذا القصور البنيوي يفسر صعوبات التطبيق الكويتية ويحرر النقاش من التشخيصات النصية الجزئية إلى تشخيص نظري شامل يستوجب مقارنة مختلفة في الأصل.

2- ينتهي البحث إلى أن المساهمة غير المباشرة (la complicité indirecte) - بصورتها الإيعازية والدعمية - تمثل التكييف الأقل كلفة من حيث مبدأ الشرعية بين البدائل المتاحة (إعادة بناء التحريض بالاجتهاد، استحداث جريمة جديدة، توسيع مفهوم الفاعل الأصلي). وهذا الترجيح - المنهجي لا الوصفي - يقلب اتجاه المعالجة المعتاد في الفقه الذي يميل إلى التوسيع التأويلي، ويُقدّم بديلاً تكييفياً قائماً على القواعد الموجودة لا على نصوص جديدة.

3- يسهم البحث في تطوير معالجة «الإسهام المنتج في تضخيم الانتشار» من مفهوم تجريدي إلى ركيزة تشغيلية قابلة للإثبات، عبر منظومة قرائنية متدرجة (بنوية تصميمية، وانتشارية قابلة للقياس، وسلوكية مؤسسية) تستند إلى تقارير الشفافية والخبرة الفنية وأوامر الإفصاح القضائية. وهذا التحويل - من الوصف إلى التشغيل - هو الإسهام النوعي للبحث في القانون الكويتي، إذ يصرف عن المعيار وصمة الغموض التي اعترضت تطبيقه في القانون المقارن.

4- يظهر من فحص قضاء التمييز أن دولة الكويت تملك أساساً اجتهادياً مستقراً لمسألة الممتنع عن إزالة المحتوى (الطعن رقم 538/2016)، تبلور في دولة الكويت بصورة مستقلة وبالتزامن تقريباً مع التحول الأوروبي نحو المسألة عن المحتوى الرقمي (قضاء Delfi 2015 ثم Sanchez 2023). وهذا الاكتشاف يردّ على القراءة الشائعة بأن «القضاء الكويتي متأخر» في هذا المجال، ويحوّل

المقاربة من «استيراد المعيار الأوروبي» إلى «تطوير الأساس الكويتي القائم وتنزيله المتخصص على فضاء المنصات».

5- يكشف البحث عن سمات بنيوية ثلاث في المنظومة الكويتية لتجريم النشر الإلكتروني: تعدد النصوص من دون تكامل واضح بينها (القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، القانون رقم 8 لسنة 2016 بشأن تنظيم الإعلام الإلكتروني، القانون رقم 19 لسنة 2012 بشأن حماية الوحدة الوطنية، والمرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب، اتساع الأوصاف العقابية في النص الجامع، وضيق نطاق النص المتخصص في القانون رقم 8 لسنة 2016 في شأن الإعلام الإلكتروني عن استيعاب الفاعلين الرقميين الجدد.

وتُضاف إلى ذلك ملاحظة معيارية مهمة: المرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة الإرهاب تبني توسيعاً للاختصاص (المادة 3) ومسؤولية صريحة للشخص الاعتباري (المادة 26)، بينما لم يُنقل أي من هذين الحلين إلى القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على الرغم من تشابه الإشكالية، مما يكشف عن عدم اتساق معياري داخل المنظومة ذاتها.

هذا التشخيص البنيوي - غير المسبوق فيما اطلع عليه البحث - يؤطر اتجاه الإصلاح بدقة: تعديل القانون الجامع رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات لا استحداث تشريع مستقل، بحيث يستلهم من الحلول الكويتية القائمة في المرسوم بقانون رقم 47 لسنة 2026 في شأن مكافحة جرائم الإرهاب.

6- يستخلص البحث ثلاث فجوات اجتهادية محددة لدى محكمة التمييز في تطبيقها للقانون رقم 63 لسنة 2015 على البيئة الرقمية: عدم التمييز المنهجي بين النشر الأصلي وإعادة النشر، عدم التعرض لأثر التضخيم الخوارزمي في الإسناد، وعدم التنزيل المتخصص لمبدأ مساءلة الممتنع على فضاء المنصات. وهذه الفجوات الثلاث، بدقتها وتحديدها، هي ما يسوّغ التدخل التشريعي المقترح ويصرف عنه شبهة العمومية أو الادعاء غير المؤسس.

ثانياً: التوصيات

1- إصدار تعديل تشريعي على القانون رقم 63 لسنة 2015 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات يضيف ثلاث مواد متتالية: المادة (8) مكرراً في إعادة النشر التأييدية بوصفها مساعدة، والمادة (8) مكرراً «أ» في مسؤولية المنصات

بمعيارها الثلاثي وتدرجها بحسب الحجم والأثر، والمادة (8) مكرراً «ب» في أساس المسؤولية والاختصاص. وتُقدّم في المطلب الأخير من البحث صياغة تشريعية تفصيلية جاهزة لتحويلها إلى مشروع قانون.

2- إلزام المنصات الرقمية الكبرى التي يتجاوز جمهورها في دولة الكويت عتبة معينة (تُحدّد بمرسوم) بتعيين ممثل قانوني محلي مختص بتلقي البلاغات والإخطارات القضائية وإعداد تقرير شفافية دوري عن أنماط التوصية الخوارزمية وقرارات الإزالة، تكون قابلة للاستظهار أمام القضاء بصفتها دليلاً موضوعياً على توافر عناصر المعيار الثلاثي.

ويُسترشد في الصياغة بالمادتين (13) و(15) من قانون DSA الأوروبي مع تكييفها للسياق الكويتي.

3- استحداث وحدة متخصصة في النيابة العامة وفي الإدارة العامة للمباحث الجنائية، تتولى تحليل الأنماط الخوارزمية ومسارات الانتشار في قضايا التحريض الرقمي، وتؤهّل كوادرها فنياً (تحليل البيانات، فهم نظم التوصية، استخراج بيانات المنصات بأمر قضائي). فإعمال «الإسهام المنتج في تضخيم الانتشار» يستلزم قدرات فنية تخصصية لم تكن مطلوبة في القضاء التقليدي، ولا يقوم به الكادر القضائي العام بمعزل عن دعم تخصصي.

4- تكوين لجنة استشارية دائمة في المجلس الأعلى للقضاء (أو ما يقابله) تتابع تطورات قضاء التمييز في الجرائم المعلوماتية، وتُصدر مدونة سنوية للمبادئ القضائية المستقرة، تعزيزاً لقابلية التنبؤ وحماية المتقاضين من تباين التطبيقات. ويصلح الانطلاق من المبادئ التسعة المحلّة في هذا البحث، وتطويرها بإضافة المبادئ التي تستجد في تنزيل التعديلات التشريعية المقترحة.

5- تنظيم آلية الإخطار والإجراء (notice-and-action) بصورة قانونية صريحة، تلزم المنصات بمعالجة الإخطارات الموثقة بشأن المحتوى المحتوى التحريضي خلال آجال محددة، وبضمانات إجرائية تشمل الإخطار المسبق للمستخدم والحق في الطعن، وذلك على غرار المادة (16) من قانون DSA.

6- إصدار توجيهات قضائية تفسيرية تؤكد أن التعبير عن الرأي - ولو كان حاداً أو نقدياً - لا يدخل تحت طائلة التجريم ما لم تتوافر العناصر القانونية للفعل المؤثم على نحو واضح ولا لبس فيه، تكريساً للاتجاه الذي بدأت محكمة التمييز في إرسائه.

ثالثاً: آفاق بحثية مستقبلية

يفتح هذا البحث آفاقاً بحثية لم يتسع لها لأسباب منهجية، ومنها على وجه التحديد: تطوير معالجة المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية في القانون الكويتي عن التحريض الرقمي، وإشكاليات الاختصاص القضائي في الجرائم الرقمية العابرة للحدود، ومراجعة قواعد الإثبات الجنائي بما يستوعب الأدلة الرقمية الناتجة عن نظم التوصية الخوارزمية. كما يستدعي البحث بحثاً تطبيقية تحلل أنماط التضخيم الخوارزمي في القضايا الكويتية فعلياً، بالاستناد إلى بيانات قضائية وفنية، لأن البحث المنهجي في هذه الظاهرة لا يكتمل إلا بمعطيات واقعية ميدانية تدعم التحليل النظري.

وفي الختام، يأمل هذا البحث أن يكون قد أسهم في تأصيل علمي لظاهرة التحريض الرقمي في القانون الكويتي، وفي طرح إطار قانوني متماسك يستوعب التحولات الرقمية من دون أن يفرط في الأسس النظرية للقانون الجنائي. ويبقى الجهد الأكبر في المتابعة التشريعية والقضائية، بحيث يتطور النص والتفسير معاً، استجابةً لواقع رقمي لا يكف عن التحول.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- جرجس طعمة، شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2022.
- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات: دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمّان - الأردن، 2002.
- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط10، مطبعة جامعة القاهرة، 1983.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- عبدالواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018.
- عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- علي الراشد، القانون الجنائي - المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- غنام محمد غنام، المسؤولية الجنائية في الجرائم المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.

ثانياً: باللغة الأجنبية

- Daphne Keller, «Amplification and Its Discontents: Why Regulating the Reach of Online Content is Hard», Journal of Free Speech Law, vol. 1, n° 1, 2021.
- Élie Stella, L'adaptation du droit pénal aux réseaux sociaux en ligne, thèse de doctorat en droit, Université de Lorraine, Nancy, France, 2019.
- Frédéric Desportes, et Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16e éd., Economica, Paris, 2009.
- Jean Cédras, «L'élément moral des infractions», Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 4, 1995.
- Jean Pradel:
 - Droit pénal comparé, 4e éd., Dalloz, Paris, 2016.
 - Manuel de droit pénal général, 12e éd., Cujas, Paris, 2000.
- Jean-Nicolas Robin, La matière pénale à l'épreuve du numérique, thèse de doctorat en droit, Université Rennes 1, Rennes, France, 2017.
- Jérôme Bossan, «Chronique de droit pénal des médias», Revue pénitentiaire et de droit pénal, n° 4, 2021.
- Mireille Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit - Le relatif et l'universel, Seuil, Paris, 2004.
- Patrick Wachsmann, «La liberté d'expression et la lutte contre les discours de haine», Revue française de droit administratif, 2020.
- Pierre Bourdieu, Ce que parler veut dire - L'économie des échanges linguistiques, Fayard, Paris, 1982.
- Roger Merle et André Vitu, Traité de droit criminel, t. I, 7e éd., Cujas, Paris, 1997.
- Tarleton Gillespie, «The Relevance of Algorithms», in Tarleton Gillespie,

Pablo Boczkowski et Kirsten Foot (eds.), Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society, MIT Press, Cambridge MA, 2014.

- Thomas Besse, «L'évanescence responsabilité pénale des fournisseurs de services intermédiaires dans le cadre de la mise en ligne de contenus illicites», Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n° 21, 2023..
- Toby Mendel, Hate Speech Rules under International Law, Centre for Law and Democracy, Halifax, 2010.
- Vincent Brengarth, Responsabilité pénale sur Internet en matière d'infractions de presse, mémoire de Master 2, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2013.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	19
المبحث الأول: إعادة بناء التحريض في البيئة الرقمية	22
المطلب الأول: قصور المفهوم التقليدي والمسلك التكيفي البديل	22
الفرع الأول: قصور النموذج التقليدي في استيعاب التأثير الرقمي الجماعي	22
الفرع الثاني: التكيف المرجح - المساهمة غير المباشرة بديلاً عن إعادة بناء التحريض	24
الفرع الثالث: التوتر مع مبدأ الشرعية الجنائية وحدود التفسير القضائي	27
المطلب الثاني: إعادة بناء أركان الجريمة في ضوء التضخيم الخوارزمي	29
الفرع الأول: مفهوم النشر الإلكتروني وإعادة النشر بين التأييد والتحذير	29
الفرع الثاني: الوظيفة الخوارزمية للتضخيم وانعكاسها على الركن المادي	31
الفرع الثالث: العلنية الرقمية والقصد الاحتمالي	33
المبحث الثاني: مسؤولية المنصات وتطبيق المعيار في القانون الكويتي	36
المطلب الأول: المعيار الثلاثي لمسؤولية المنصات في القانون المقارن	36
الفرع الأول: من قانون الاقتصاد الرقمي الفرنسي LCEN إلى قانون الخدمات الرقمية الأوروبي DSA	37
الفرع الثاني: قانون الخدمات الرقمية الأوروبي DSA - نموذج المسؤولية المتدرجة	38

الموضوع	الصفحة
الفرع الثالث: المعيار الثلاثي لمسألة المنصات وحدوده	40
الفرع الرابع: السند المتنامي في قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان	41
المطلب الثاني: تطبيق المعيار في القانون الكويتي وضوابط حرية التعبير	45
الفرع الأول: النصوص الكويتية ذات الصلة وموقف القضاء	45
الفرع الثاني: الإطار الدستوري والخط الاجتهادي لمحكمة التمييز في الجرائم المعلوماتية	51
الفرع الثالث: مسألة الاختصاص والإثبات وأساس مسؤولية الأشخاص الاعتبارية	55
الفرع الرابع: نص تشريعي مقترح لتطوير الإطار الكويتي	57
الخاتمة	60
قائمة المراجع	64

التطورات التشريعية في تنظيم حماية المنافسة الحرة في دولة الكويت: دراسة تحليلية نقدية مقارنة^(*)



د. شيخة ناصر الهاللي
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

منذ صدور أول تشريع تاريخي لحماية المنافسة الحرة ومنع الاحتكار في العالم، وهو قانون شيرمان الأمريكي للعام 1890، تسعى الدول إلى حماية المنافسة الحرة، من خلال حظر الممارسات الضارة التي تؤدي إلى منعها أو تقييدها أو الحد منها في الأسواق. وقد شهدت دولة الكويت تطورات تشريعية متعاقبة في مجال حماية المنافسة الحرة، بدأت بحماية تشريعية محدودة النطاق ضمن أحكام وقواعد المرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي، وانتهت بصدور القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة، كقانون مستقل لتفعيل حماية المنافسة الحرة في الكويت، من خلال جهاز حماية المنافسة.

ويهدف هذا البحث إلى مراجعة وتقييم هذه التطورات التشريعية في دولة الكويت، من خلال دراسة تحليلية نقدية مقارنة مع قانون شيرمان الأمريكي للعام 1890، مع الإشارة إلى بعض القوانين الأخرى المقارنة، وذلك بغية رصد وتحليل العقبات التي واجهتها الدولة في كل مرحلة من مراحل الحماية.

ويخلص البحث إلى أهمية تعديل القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة ليشمل حظر الاحتكار، ومحاولة الاحتكار، أو التآمر عليه، وليس مجرد إساءة استغلال الوضع المهيمن من قبل التاجر المحتكر، على غرار ما نص عليه المشرع الأمريكي. بالإضافة إلى ضرورة تقييد الاستثناءات المنصوص عليها في القانون بشأن الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة، بحيث يتم حظر كل ممارسة من شأنها المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة، من دون حصر ذلك في حالات محددة.

كلمات دالة: الممارسات الضارة – الاحتكار – الوضع المهيمن – التاجر المحتكر – قانون التجارة الكويتي.

وتاريخ قبوله: 19 أبريل 2026

(*) تاريخ تقديم البحث: 24 فبراير 2026

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

تُعد الحماية القانونية للمنافسة الحرة امتداداً لإرساء قواعد حرية التجارة في السوق؛ إذ تُشكل ركيزة أساسية لأي نظام اقتصادي يقوم على سياسة السوق المفتوح، وتعمل هذه الحماية القانونية - في حال فعاليتها - على منع تفشي الممارسات الضارة بالمنافسة، والتي من الممكن أن تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد من دخول الأفراد أو استمرارهم في السوق تجاراً منافسين، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو شركات ذات شخصية اعتبارية؛ لذلك تؤدي المنافسة الحرة دوراً رئيساً في تعزيز النمو الاقتصادي، وخلق بيئة عادلة وشفافة لمزاولة التجارة، فضلاً على مساهمتها في تعزيز الاستقرار الاقتصادي، وتحقيق العدالة الاجتماعية؛ ما ينعكس إيجاباً على رفاهية المستهلك، من خلال توفير أفضل المنتجات من حيث السعر والجودة، سواء كانت سلعاً أو خدمات.

ومن هذا المنطلق، سنت الدول التشريعات الحامية للمنافسة الحرة بُغية تنظيم وضبط أنشطة القطاع الخاص، باعتباره مصدرًا أساسيًا لتوفير السلع والخدمات بالدولة.

واستجابةً للتجارب التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية، خلال القرن التاسع عشر، صدر أول تشريع تاريخي لحماية المنافسة في العام 1890 - وهو قانون شيرمان الأمريكي - الذي يحظر جميع الممارسات الضارة ويجرمها، بما في ذلك الاحتكار، والتآمر أو محاولة التآمر على الاحتكار، وقد سلكت العديد من الدول النهج الأمريكي تعزيزاً لمبدأ الحياد التنافسي، ولكن كان ذلك بدرجات متفاوتة، سواء من حيث التوقيت الزمني للتقنين التشريعي لحماية المنافسة الحرة، أو من حيث مدى نطاق الحماية التي وفرتها هذه التشريعات لتغطية كل الممارسات الضارة بالمنافسة.

مرت الحماية القانونية للمنافسة في دولة الكويت بعدة تطورات تشريعية، تمثلت في مراحل متعاقبة للحماية؛ حيث نتج عن كل مرحلة - على حدة - تطورات إيجابية من جانب، ومن جانب آخر عدد من السلبيات أو المعوقات التنفيذية، بدءاً من توفير حماية محدودة وضيقة النطاق، ضمن أحكام المرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي، ثم مرت بمرحلة أكثر تحديداً لقواعد وأحكام المنافسة غير المشروعة والاحتكار، بعد تعديل قانون التجارة الكويتي بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996، ووصولاً إلى إلغاء تلك الأحكام الأخيرة بصدور أول قانون مستقل لحماية المنافسة في دولة الكويت (وهو القانون رقم 10 لسنة 2007 بشأن حماية المنافسة) والذي أنشأ جهاز حماية المنافسة؛ ليكون الجهة الحكومية المختصة بتنفيذ هذا القانون،

وبعد أكثر من عقد من الزمن من تطبيقه، تم إلغاء هذا القانون الأخير بالكامل، وإصدار قانون جديد ومستقل كذلك (القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة)، وهو القانون الحالي المعمول به في الدولة.

ثانياً: إشكالية البحث وأهدافه

تتمحور مشكلة هذا البحث في تقييم مدى قدرة المشرع الكويتي على الاستفادة من التجارب والتطورات التشريعية السابقة عند تقنين الحماية القانونية للمنافسة الحرة في دولة الكويت، وتحليل مدى تأثير الدروس المستفادة من هذه المراحل بتجاربها التطبيقية المختلفة على صياغة التشريعات الحديثة في مجال حماية المنافسة الحرة.

بينما تتمثل أهداف البحث في كشف نقاط القوة والضعف أو القصور في مجال التنظيم التشريعي للمنافسة الحرة في كل مرحلة على حده في دولة الكويت، وتحليل القواعد القانونية الحامية للمنافسة الحرة بشكل نقدي مقارنة ببرز تطوراتها الإيجابية وما اعترها من سلبيات أو معوقات تنفيذية تُخل بتحقيق حماية فعالة ومستدامة للمنافسة الحرة.

ثالثاً: منهجية البحث

يتبنى البحث منهج التحليل النقدي المقارن مع قانون شيرمان الأمريكي، باعتباره القانون الأقدم تاريخياً في نطاق المنافسة الحرة، ويبرز اختيار قانون شيرمان الأمريكي - إضافة إلى كونه الأسبق تاريخياً - قدرته على تفعيل حماية المنافسة الحرة من خلال حظر وتجريم كل الممارسات الضارة والاحتكار، والذي لا يزال الأفضل تشريعياً في نطاق منع كل ما من شأنه الإضرار بالمنافسة الحرة، سواء من حيث منعها أو تقييدها أو الحد منها.

كما تشير ورقة البحث إلى بعض القوانين المقارنة على سبيل الاستئناس، ومن ضمنها قانون الاتحاد الأوروبي والسعودي والمصري.

رابعاً: حدود البحث

يركز هذا البحث على دراسة التطورات التشريعية لحماية المنافسة في نطاق الممارسات الضارة بالمنافسة والممارسات الاحتكارية في دولة الكويت، من خلال ما مرت به من مراحل أربع لتنظيم الحماية القانونية للمنافسة الحرة، وتخرج عن نطاقها عمليات الدمج والاندماج، كما يخرج عن نطاقها تفصيل بيان الهيكل المؤسسي للأجهزة المعنية بحماية المنافسة في دولة الكويت.

خامساً: خطة البحث

يتناول هذا البحث – في المبحث الأول منه – ماهية الحماية القانونية للمنافسة الحرة وتمييزها عن غيرها؛ حيث يركز المطلب الأول على مفهوم الحماية القانونية للمنافسة الحرة، في حين يوضح المطلب الثاني الفرق بين المنافسة الحرة والمنافسة المتكاملة. أما المبحث الثاني، فيستعرض أحكام تنظيم حماية المنافسة الحرة وضوابطها في دولة الكويت، من خلال أربعة مطالب: يتناول المطلب الأول تحليلاً نقدياً للقواعد القانونية الخاصة بحماية المنافسة الحرة خلال المرحلة الأولى الممتدة من تاريخ نفاذ القانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي وحتى العام 1996، وذلك من خلال المقارنة مع قانون شيرمان الأمريكي. ويبحث المطلب الثاني الحماية القانونية للمنافسة الحرة بموجب القانون رقم 68 لسنة 1980 المعدل بالقانون رقم 13 لسنة 1996. بينما يركز المطلب الثالث على تحليل نقدي مقارنة للحماية القانونية، في ظل أول قانون مستقل لحماية المنافسة، وهو القانون رقم 10 لسنة 2007 في شأن حماية المنافسة. ويختص المطلب الرابع بتحليل نقدي مقارنة القواعد القانونية لحماية المنافسة الحرة في ظل القانون الحالي رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة.

المبحث الأول

ماهية الحماية القانونية للمنافسة الحرة وتمييزها عن غيرها

يؤدي مبدأ حرية التجارة دوراً رئيساً في دعم الاقتصاد الوطني للدول، وتحقيق رفاهية المستهلكين. وتأتي الحماية القانونية للمنافسة الحرة امتداداً وذراعاً داعمة لحرية التجارة في السوق؛ حيث تحظر الدول من خلالها الممارسات الضارة التي تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة، ضماناً لحق الأشخاص في الدخول إلى السوق المعنية⁽¹⁾.

وتنفيذاً لذلك، سنت أغلب الدول تشريعات خاصة بذلك لضبط الممارسات التي قد تقع من قبل المتنافسين الحاليين أو المحتملين، بُغية السيطرة على نشاط تجاري، أو اقتصادي، أو صناعي معين، أو التحكم في أسعاره لمصلحتهم، حيث «تؤدي سياسة المنافسة دوراً متزايداً في جميع أنحاء العالم، سواء على المستوى الوطني أو الدولي»⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن مفهوم سياسة المنافسة أوسع نطاقاً من الحماية التشريعية للمنافسة؛ حيث إن «هناك اختلافاً بين قانون المنافسة وسياسة المنافسة. ويقصد بالأخيرة مجموعة الإجراءات الحكومية التي تُتخذ بهدف تشجيع المنافسة وحماية المستهلكين من الاحتكار»⁽³⁾، وبالتالي «تُركز سياسة المنافسة على هياكل السوق وممارسات الأعمال؛ لضمان عدم انخراط الشركات في سلوكيات مناهضة للمنافسة تقوض كفاءة السوق»⁽⁴⁾.

(1) Jolanta Drozd et Algirdas Miškinis, 'Benefits and Threats of Free Trade', Economics, Vol.2, Iss.4, available at: <https://www.dbc.wroc.pl/Content/20819/Drozd_Benefits_And_Threats_Of_Free_Trade_2011.pdf>, last accessed: 11 Nov. 2025, p.41.

(2) Mohamed El Hédi Lahouel, 'Competition Laws in Mena an Assessment of the Status Quo and the Relevance of A WTO Agreement' Working Paper (2011), available at: <<https://erf.org.eg/app/uploads/2017/05/2011.pdf>>, last accessed: 11 Nov. 2025, p.1

(3) محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي مع الإشارة إلى بعض التشريعات المقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج40، ع3، سبتمبر 2016، ص331.

(4) UNCTAD, "Maximizing synergies between competition and consumer protection policies", Ninth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices Geneva, (7-11 July 2025) Item 9 of the provisional agenda, available online at: <https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf10d4_en.pdf>, last accessed: 21 Feb. 2026, p.4

ومن منطلق ضرورة فرض السيطرة على القطاع الخاص (كونه قطاعاً أساسياً لتوفير المنتجات للمستهلكين) جاءت التشريعات الحامية للمنافسة الحرة؛ حيث لا يمكن أن يُترك القطاع الخاص بلا رقابة تشريعية وتنفيذية وقضائية؛ فقد قيل إنه في حال عدم قيام أي قطاع تجاري، أو صناعي على المنافسة في السوق المعنية، وما تستلزمها من حماية قانونية، فإن هذا القطاع التجاري أو الصناعي لن يلتفت إلى رفاهية المستهلك وتلبية احتياجاته؛ حيث لا خيار أمام المستهلك – في ظل عدم وجود منافسين – سوى الخضوع لما يفرضه التجار من سعر ومستوى لجودة المنتجات⁽⁵⁾، كما أثبت التاريخ أن غياب الرقابة، في أي دولة، أمر يُرتب عواقب وخيمة تتمثل في خلق «وضع اقتصادي عشوائي، عاصف بالمستهلكين، قاتل للمنافسة، وغادر بصغار المنتجين»⁽⁶⁾.

وعليه، تكتسب الحماية القانونية للمنافسة دوراً محورياً داعماً لتحقيق الدولة أهدافها الاستراتيجية؛ حيث تُسهم في دعم الاقتصاد الحر، من خلال تحقيق الشفافية والعدالة الاجتماعية، كما «تعتبر من بين الآليات القانونية التي تسمح بالانتقال من الاقتصاد الموجه إلى نظام اقتصاد السوق»⁽⁷⁾، كونه أحد أهم المحاور المهمة التي تقوم عليها التجارة⁽⁸⁾، وتُعد «إحدى الأدوات التشريعية الرئيسة لتحقيق التنمية في الدول التي يقوم اقتصادها على فلسفة السوق الحر»⁽⁹⁾.

ورجوعاً إلى تاريخ حماية المنافسة الحرة ومنع الاحتكار في العالم، نجد أن أول «تشريع تاريخي»⁽¹⁰⁾، في هذا المجال، هو قانون شيرمان الأمريكي لسنة 1890 لمكافحة

(5) Manishimwe Niyonzima, "The Influence of Competition on Consumer Awareness as Well as Consumer Protection", Research Paper University of Rwanda, (Nov 2022), available at: <https://www.rica.gov.rw/fileadmin/user_upload/RICA/Publications/Polices/Essay_in_Promotion_of_Fair_Competition_by_Niyonzima_Manishimwe.pdf>.

Last Accessed on 21 Feb. 2026, p.2.

(6) حمودة فتحي حمودة وصالح بن حمد البراشدي، أهم قواعد وأحكام قانون المنافسة الأمريكي وتطبيقاته، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، س8، ع4، ج2، يناير 2020، ص253.

(7) جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، منشورة على الرابط التالي:

<https://journals.ku.edu.kw/jol/index.php/jol/article/view/2513/2377>

تاريخ الدخول 7 فبراير 2026، ص2.

(8) محمد عيسى العظب، التحديات القانونية للمنافسة بين شركات النقل الجوي: دراسة تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س10، ع38، ج2، رجب 1443هـ / مارس 2022، ص410.

(9) عبدالله مسفر الحيان وفهد علي الزميع، عقود الحصرية في قوانين المنافسة الاحتكارية – دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج48، ع3، سبتمبر 2024، ص46.

(10) Nora Memti, 'Mapping the Gulf States Within the Global Competition Law Framework', EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol.8, (2024), p.246.

الاحتكار والممارسات غير المشروعة، والذي أقره مجلس الشيوخ الأمريكي في تاريخ 8 أبريل 1890، ثم مجلس النواب بتاريخ 20 يونيو 1890، وأصدره الكونغرس رسمياً كتشريع في 2 يوليو 1890، وصادق عليه الرئيس بنيامين هاريسون ليصبح قانوناً اتحادياً⁽¹¹⁾. علماً بأن تسميته كانت نسبة إلى رئيس اللجنة المالية في مجلس الشيوخ ووزير الخزانة آنذاك جون شيرمان⁽¹²⁾.

وقد جاء قانون شيرمان الأمريكي تجاوباً مع واقع الممارسات التجارية في الولايات المتحدة خلال القرن التاسع عشر؛ فقد كانت حقبة تاريخية تفتشت فيها الاحتكارات عبر تأسيس شركات كبرى تضم تحت مظلتها عدداً كبيراً من الشركات التابعة، بهدف التحكم في السوق المعينة⁽¹³⁾، وكان بمنزلة خطوة فدرالية تصحيحية لممارسات كانت مرفوضة في الأعراف الأمريكية، لكنها لم تكن محظورة بموجب قانون فدرالي قبل دخول قانون شيرمان الأمريكي حيز التنفيذ، باعتباره قانوناً اتحادياً يلزم جميع المحاكم القضائية في الولايات الأمريكية باتباعه وتنفيذ أحكامه باعتباره الأعلى درجة⁽¹⁴⁾.

وتبعاً لذلك، سلكت أغلبية دول العالم نهج المشرع الأمريكي في شأن التنظيم التشريعي لحماية المنافسة الحرة، ففي «مرحلة لاحقة، بدأ عدد من الدول العربية يتبنى تشريعات نازمة للمنافسة وحمايتها، وكان ذلك مع بداية تسعينيات القرن الماضي»⁽¹⁵⁾؛ فقد شهد العالم - بدءاً من أواخر ثمانينيات القرن العشرين وأوائل التسعينيات - تزايداً ملحوظاً في تبني الدول لقوانين حماية المنافسة من مختلف القارات⁽¹⁶⁾، مع الأخذ في

(11) National Archives, 'Sherman Anti-Trust Act (1890)', available at: <https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act#:~>
Last Accessed on 8 Nov. 2025.

(12) Alison Jones et al, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, 6th edn, Oxford University Press, 2016, p.35.

(13) Laura Phillips Sawyer, 'US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective' Harvard Business School Research Paper pp.19-110, (2019), available at: < https://www.hbs.edu/ris/Publication%20Files/19-110_e21447ad-d98a-451f-8ef0-ba42209018e6.pdf>, Last Accessed on 14/12/2024, p.1.

(14) David Freeman Hawke, John the Founding Father of the Rockefellers, Harper & Row, New York, 1980, p.72.

(15) محمد القيسي، استقلالية هيئة المنافسة وتكوينها وأثرهما على القيام بدورها في ظل القوانين العربية، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي السادس لكلية القانون الكويتية العالمية.. المستجدات القانونية المعاصرة: قضايا وتحديات، 1 و2 مايو 2019، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، س8، ع4، ج2، جمادى الأول / جمادى الآخرة 1441هـ، يناير 2020، ص302.

(16) UNCTAD, "The UNCTAD Model Law on Competition after 30 years – some reflections" Research Paper United Nations, (2024), available at: <https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclp2023d6_en.pdf>, Last Accessed on 21/2/2026, p.1.

الاعتبار التفاوت الزمني في إقرار هذه الحماية، ومن ضمنها دولة الكويت، وذلك من خلال سعي هذه الدول إلى تأمين «متطلبات عمل نزيهة ومتكافئة بين المشاريع التجارية، بعيداً عن نمط الاحتكار والسيطرة التجارية»⁽¹⁷⁾؛ حيث تشير أحدث الدراسات أنه في العام 2022 تحديداً «تبنّت نحو 140 دولة في جميع القارات، بما فيها الدول النامية وأقل البلدان نمواً، قوانين المنافسة وأنشأت هيئات معنية بها»⁽¹⁸⁾.

وقبل الشروع في تحليل التطورات التشريعية لحماية المنافسة في دولة الكويت بشكل مقارن مع قانون شيرمان الأمريكي، مع الإشارة إلى بعض القوانين المقارنة؛ فمن الضروري تعريف مفهوم الحماية القانونية للمنافسة الحرة، وبيان الفرق بين مبدأ المنافسة الحرة والمنافسة المتكاملة، كل في مطلب مستقل، كما يلي:

المطلب الأول

مفهوم الحماية القانونية للمنافسة الحرة وأهدافها

يتمثل التنظيم التشريعي لحماية المنافسة الحرة في ثلاث ركائز أساسية، كونه مصطلحاً معقداً يتضمن منطقياً ومضمونياً ثلاثة عناصر، هي: «القانون»، و«المنافسة» و«الحماية»⁽¹⁹⁾، والذي ينبغي أن يتسم بقابليته للتطبيق بشكل عام لضمان خضوع القطاعات التجارية والصناعية التي تعمل في السوق المعنية ذاتها، أو التي تزاوّل نشاطاً مماثلاً «لمجموعة المبادئ والمعايير القانونية ذاتها، لضمان العدالة والمساواة والمعاملة غير التمييزية بموجب القانون»⁽²⁰⁾.

ويعتبر بذلك قانون حماية المنافسة «فرعاً خاصاً من فروع القانون يهدف إلى حماية المنافسة من الأفعال التي تنتهك المنافسة في شكل تقييد كبير، أو منع أو تشويه

(17) محمود فياض، ضوابط اندماج الشركات وفق قواعد حماية المنافسة في ضوء تشريع الاندماج الأوروبي رقم 2004/139، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بأبحاث المؤتمر السنوي الثالث - الحوكمة والتنظيم القانوني لأسواق المال، س4، ع1، ج1، مايو 2016، ص505 و506.

(18) UNCTAD, "The UNCTAD Model Law on Competition after 30 years...", op.cit., p.1.

(19) Majdi Salamah, 'International legal framework for competition protection', International Journal of Scientific and Research Publications, Vol.13, Iss.3, March 2023, available at: <https://www.researchgate.net/publication/370169115_International_legal_framework_for_competition_protection/fulltext/6443185c017bc07902cdd659/International-legal-framework-for-competition-protection.pdf> last accessed 27 Jan.2026, p.348.

(20) R. Shyam Khemani, 'Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions', OECD Research Paper, 2022, available at: <https://unctad.org/system/files/official-document/ditclpmisc25_en.pdf>, Last Accessed on 27/1/2026, p.5.

المنافسة»⁽²¹⁾؛ لذلك يتطلب إصدار تشريع خاص تُحصر فيه جميع الممارسات المحظورة بسبب إضرارها بالمنافسة، ويتم تفعيل تطبيقه من خلال تقديم الشكاوى من قبل الأطراف المعنية⁽²²⁾.

ويُطلق عادة على مثل هذا القانون مسميات متنوعة، فعلى سبيل المثال: قد يُطلق عليه قانون المنافسة، أو قانون حماية المنافسة الحرة، أو قانون حماية المنافسة من الممارسات الضارة والاحتكار، أو قانون مكافحة الاحتكار... وغيرها من المسميات المتعارف عليها بالأنظمة القانونية المقارنة⁽²³⁾، كما يتسع مفهوم الحماية القانونية للمنافسة الحرة، من حيث نطاق تطبيقه؛ حيث تعد قواعده «كلية، أي نظام من القواعد القانونية والمبادئ والمعاهدات التي تنظم سلوك الأشخاص القانونيين (الكيانات القانونية والأشخاص الطبيعيين)، والتي تم سنّها وإقرارها من قبل الدولة»⁽²⁴⁾، كما أنه «قانون عام ذو تطبيق عام؛ أي أن القانون يجب أن ينطبق على جميع القطاعات، وعلى جميع الوكلاء الاقتصاديين في الاقتصاد الذين يشاركون في الإنتاج التجاري وتوريد السلع والخدمات»⁽²⁵⁾.

أما بالنظر إلى المفهوم الضيق لقانون حماية المنافسة الحرة، فهو يقتصر على الركيزتين الثانية والثالثة – سالفتي الذكر – والمتعلقين بتوفير الحماية القانونية الخاصة بالمنافسة؛ حيث يتم تنظيم «الحقوق والواجبات للموضوعات القانونية كحامي الحقوق التي تعترف بها أو تفرضها عليهم لوائح القانون الموضوعي»⁽²⁶⁾، فهو قانون يسعى إلى تنظيم «عملية تنافسية تسعى فيها الشركات إلى الفوز بالعملاء من خلال تقديم عروض تهدف إلى أن تكون أكثر جاذبية من تلك التي يقدمها المنافسون»⁽²⁷⁾، وذلك في السوق

(21) Majdi Salamah, op.cit., p.349.

(22) WIPO, 'Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation' Research Paper, (1994), <https://tind.wipo.int/record/20405/files/wipo_pub_725_en_protection_against_unfair_competition.pdf>, Last Accessed on 27/1/2026, p.16.

(23) Majdi Salamah, op.cit., p.349.

(24) Ibid, p.348.

(25) R. Shyam Khemani, 'Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions' OECD Research Paper, 2022, available at: <https://unctad.org/system/files/official-document/ditccp1misc25_en.pdf>, Last accessed on 27/1/2026, p.5.

(26) Majdi Salamah, op.cit., p.348.

(27) European Commission, 'Protecting competition in a changing world: Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years' Research Paper, (2024), available at: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2024-06/KD0924494enn_Protecting_competition_in_a_changing_world_staff_report_2024.pdf>, Last Accessed on 27/1/2026, p.15.

«التي لا يمكن أن تستغني أبداً عن التنظيم الضبطي والجزاء الردعي»⁽²⁸⁾.

وتسعى الحماية القانونية إلى المنافسة الحرة لتحقيق مجموعة من الأهداف العامة، والتي تبرز أهميتها عند تفسير نصوص القانون أو تطبيق أحكامه⁽²⁹⁾، فمن حيث المبدأ تسعى التشريعات الحامية إلى المنافسة بشكل أساسي لضمان الحفاظ على بقاء المنافسة بين التجار وتشجيع استمراريته في السوق المعنية⁽³⁰⁾، وما يستتبع ذلك من تحقيق لرفاهية المستهلك؛ حيث يُقصد برفاهية المستهلك كهدف من أهداف تشريعات المنافسة الحرة «تعظيم رفاهية المستهلك». ويُشار إلى هذا الأخير أيضاً باسم «فائض المستهلك»... وهو «يقيس صافي الفائدة التي يحصل عليها المستهلكون من قدرتهم على شراء منتج (أو خدمة) في السوق».

ويُحسب على أنه الفرق بين ما يرغب المستهلكون في دفعه (تقييمهم المنتج) وما يدفعونه فعلياً مقابل كل وحدة يستهلكونها⁽³¹⁾. كما تستهدف الحماية القانونية للمنافسة الحرة بعض الأهداف الخفية التي قد لا تظهر صراحة في نصوص القانون المعني، مثل الحرية والاستقلالية في توزيع القوة الاقتصادية، وتوفير فرص عمل، وتعزيز الصادرات، وتطوير الإنتاج⁽³²⁾.

(28) حبيب بلقنيشي، حماية المنافسة من الممارسات المنافية لها بين الهيئات الإدارية المستقلة والهيئات القضائية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج44، ع2، 2020، ص363.

(29) L. Kaplow, 'On the Choice of Welfare Standards in Competition Law', in D. Zimmer (ed.), The Goals of Competition Law, Cheltenham: Edward Elgar, (2014), available at: <<https://dash.harvard.edu/server/api/core/bitstreams/7312037d-b486-6bd4-e053-0100007fdf3b/content>>, Last Accessed on 22/2/2026, p.3.

(30) Carolina Abate et al, "The intersection between competition and data privacy", OECD Research Paper, 2024, available at: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2024/06/the-intersection-between-competition-and-data-privacy_b5ac1ae6/0dd065a3-en.pdf>, Last Accessed on 21/2/2026, p.8.

(31) Ioannis Lianos and Chrysovalantou Milliou, "Advantages and Disadvantages of Competition Policy Standards", Research Paper, Centre for Law, Economics and Society (CLES), June 2023, available at: <https://www.ucl.ac.uk/laws/sites/laws/files/cles_policy_paper_1_2024.pdf>, Last Accessed on 22/2/2026, p.7.

(32) CasseyLee, "The Objectives of Competition Law", ERIA Discussion Paper Series, (Aug 2015), available at: <https://www.researchgate.net/profile/Cassey-Lee/publication/307634289_The_Objectives_of_Competition_Law/links/57ce200208aed67896ffca66/The-Objectives-of-Competition-Law.pdf>? Last Accessed on 22/2/2026, pp.3-4.

المطلب الثاني

الفرق بين مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المنافسة المتكاملة

تؤدي السوق القائمة على مبدأ حرية المنافسة إلى توفير أفضل منتجات للمستهلكين – سواء كانت سلعا أو خدمات – من حيث الجودة والسعر⁽³³⁾، وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول قد لا تكتفي – كهدف عام لها – بتوفير الحماية القانونية للمنافسة الحرة فقط؛ حيث تسعى إلى تحقيق بيئة تجارية مثالية تقوم على مبدأ المنافسة المتكاملة (Perfect Competition)، وليس فقط مبدأ حرية المنافسة.

ويمكن الفرق بين المبدأين في مدى الحرية الممنوحة في السوق والرفاهية الناجمة عنها، واللتين تصبان – بشكل أكبر – في مصلحة المستهلك، في حال تحقيق المنافسة المتكاملة، والتي تعد مرحلة يصل فيها السوق إلى القدرة على توفير عدد كبير من المشتريين والبائعين من دون قيود أو حواجز أو ممارسات احتكارية تعيق ذلك، سواء في نطاق الأنشطة التجارية الكبيرة أو المتوسطة أو حتى الصغيرة⁽³⁴⁾.

لذا، تمثل المنافسة المتكاملة أقصى طموحات الدول التي تسعى إلى تحقيق أقصى رفاهية للمستهلك؛ حيث تضمن هذه المنافسة الرفاهية الشاملة للمستهلك في جميع القطاعات التجارية أو الصناعية، وهذا يعني عدم استبعاد الأنشطة التجارية الصغيرة من قواعد الحماية، لأن «حتى أصغر الشركات تحتاج إلى تجنب الانخراط في اتفاقيات مناهضة للمنافسة، مثل الاحتكارات [cartels]»⁽³⁵⁾، وبالتالي، فإن تمكن دولة ما من تحقيق المنافسة المتكاملة في قطاع تجاري أو صناعي معين يعد أمراً صحيحاً يضمن الحرية الكاملة لدخول السوق المعنية للجميع، من دون وجود حواجز، أو قيود، أو معوقات تنفيذية – سواء كانوا تجاراً طبيعيين أو شركات ذات شخصية اعتبارية – لمزاولة حقوقهم التجارية. وعلى الصعيد ذاته، تكفل المنافسة المتكاملة رفاهية كاملة وضمناً أكبر لحقوق المستهلكين⁽³⁶⁾.

(33) طعمة صغفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج19، ع1، 1995، ص11.

(34) Alison Jones et al, op.cit., p.7.

(35) Office of Fair Trading, 'A quick guide to competition and consumer protection laws that affect your business', available at: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a759a6ced915d506ee80176/oft911.pdf>>, Last Accessed on 18/11/2025, p.3.

(36) Alison Jones et al, op.cit., p.7.

وفي ختام ذلك، تُعد المنافسة المتكاملة نموذجًا مثاليًا للسوق التجاري المفتوح الذي تُعزز فيه كفاءة المنتج؛ ما يؤدي إلى تحقيق مستوى عالٍ من رفاهية المستهلك، من خلال تخفيض الأسعار وتحسين جودة المنتجات، الأمر الذي دفع التشريعات المقارنة – في أغلبية الدول – إلى سن كل ما يلزم من أدوات تشريعية وتنفيذية وقضائية لتفعيل حماية حرية المنافسة، ومنع أو مكافحة الممارسات الاحتكارية، وبهذا تسعى الدول إلى ضمان بقاء أفضل المنتجين في السوق؛ لتوفير أكثر المنتجات جودةً وأقلها سعرًا⁽³⁷⁾.

(37) Ariel Ezrachi, Competition and Antitrust Law: A very short Introduction, Oxford University Press, 2021, p.5

المبحث الثاني

أحكام تنظيم حماية المنافسة الحرة

وضوابطها في دولة الكويت

تأخر المشرع الكويتي في سن القواعد القانونية الخاصة بحماية المنافسة الحرة؛ حيث بدأت الحماية التشريعية للمنافسة في دولة الكويت بشكل غير مستقل، وبنطاق ضمني محدود، من خلال أحكام المرسوم بقانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي (يُشار إليه بقانون التجارة الكويتي)، والذي يمثل أول تنظيم تشريعي لمزاولة التجارة بعد استقلال دولة الكويت⁽³⁸⁾، وقد استمر تطبيق هذه القواعد الضمنية محدودة النطاق في قانون التجارة الكويتي عقوداً من الزمن، وقد كانت تلك المرحلة هي الأولى لتنظيم الحماية القانونية للمنافسة الحرة في دولة الكويت.

وفي العام 1996، طرأ تعديل تشريعي على قانون التجارة الكويتي، بسبب إدراك المشرع الكويتي عدم كفاية أحكامه لتفعيل حماية المنافسة؛ لذلك تم إلغاء المواد الخاصة به واستبدل بها قواعد أكثر ملاءمة ومواكبة للتغيرات الحديثة في السوق، من خلال القانون رقم 13 لسنة 1996، بتعديل قانون التجارة الكويتي (يُشار إليه بقانون التجارة المعدل). وبهذا بدأت المرحلة الثانية للحماية القانونية للمنافسة في دولة الكويت، علماً بأن المشرع الكويتي ظل في هاتين المرحلتين مُنظماً للحماية القانونية للمنافسة بشكل غير مستقل، وضمن أحكام قانون التجارة الكويتي.

وبعد مرور ما يزيد على عقد من الزمن على تطبيق قانون التجارة المعدل دخلت دولة الكويت المرحلة الثالثة لحماية المنافسة، وذلك من خلال إصدار القانون رقم 10 لسنة 2007، في شأن حماية المنافسة (يُشار إليه بقانون حماية المنافسة الملغى)، ناسخاً بدوره ما سبق من قواعد ضمنية للحماية في قانون التجارة المعدل؛ حيث نصت المادة (26) منه على أن «تُلغى أحكام الفرع الثالث من الفصل الأول... بعنوان المنافسة غير المشروعة...»⁽³⁹⁾.

ويعد قانون حماية المنافسة الملغى أول قانون مستقل تضمن قواعد أكثر تفصيلاً لحماية المنافسة الحرة، ويعود سبب تسميته بقانون حماية المنافسة الملغى إلى إلغائه لاحقاً، فنظراً إلى كونه الأول من نوعه اعترت صياغته العديد من السلبات والمعوقات

(38) المادة (60) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(39) المادة (26) من القانون رقم 10 لسنة 2007 في شأن حماية المنافسة (ملغى).

التنفيذية؛ لذلك تم إلغاؤه بالكامل بصدر القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة (يُشار إليه بقانون حماية المنافسة)، والذي ألغى أيضاً كل قاعدة قانونية تتعارض مع أحكامه، شاملة ما سبق إلغاؤه من قواعد وأحكام المنافسة غير المشروعة والاحتكار المنصوص عليها بقانون التجارة المعدل⁽⁴⁰⁾. وبذلك دخلت دولة الكويت المرحلة الرابعة والحالية؛ حيث إن قانون حماية المنافسة هو القانون الأساسي المعتمد حتى تاريخه.

وعليه، مرت الحماية التشريعية للمنافسة في دولة الكويت بأربع مراحل – كما سبقت الإشارة – تميزت كل مرحلة بنطاق تشريعي مُحدد، وتطورات تشريعية: إما في نطاق توسيع الحماية، وإما في ما أبرزته من سلبيات ومعوقات تنفيذية، وذلك على النحو التالي تفصيله:

المطلب الأول

حماية تشريعية محدودة النطاق ضمن قواعد قانون التجارة الكويتي خلال الفترة من العام 1980 حتى 1996

لم يتضمن قانون التجارة الكويتي – في صيغته الأولى – قواعد قانونية تفصيلية أو مستقلة لحماية المنافسة، فلم ينص على قواعد قانونية خاصة بحماية المنافسة، خلال فترة إصداره من العام 1980 وقبل ما طرأ عليه من تعديل تشريعي في العام 1996.

وقد جاء هذا التوجه ليعكس واقع الحياة التجارية في الدولة خلال تلك الفترة؛ حيث لم تتبلور التجارة بشكل يسمح بالانتباه للممارسات الضارة بالمنافسة؛ إذ كانت دولة الكويت في بداية نهضتها الاقتصادية؛ لذا لم يولِ المشرع الكويتي اهتماماً كبيراً بما قد يحدث في السوق من ممارسات ضارة، وما يصاحبها من آثار سلبية، خلافاً لقانون شيرمان الأمريكي الذي صدر لمكافحة «حالات الاندماج الاحتكارية، التي كانت قد ضربت بجذورها في جميع قطاعات الاقتصاد الأمريكي خلال القرن التاسع عشر»⁽⁴¹⁾.

اشتمل قانون التجارة الكويتي – في صيغته الأولى – على بعض القواعد القانونية ذات النطاق الضيق والمحدود لحماية التاجر من الممارسات الضارة بالمنافسة، والتي ترتبط بنشاطه التجاري الذي يُزاوله في محله أو متجره فقط، فقد ربط قانون التجارة الكويتي في المواد من (55) إلى (60) منه بين مبدأ «المنافسة والمحل التجاري؛ لأن التنافس

(40) المادة (40) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(41) تامر محمد صالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج39، ع4، مارس 2016، ص504.

يكون غالباً بين تجار يحترفون العمل التجاري في صورة مشروع تجاري دائم متخذ شكل محل تجاري أو صناعي أو مالي⁽⁴²⁾ في هذه المرحلة.

كان التنظيم التشريعي – في هذه المرحلة – محاولة تشريعية لإضفاء حماية للتاجر الذي يمارس تجارته من خلال محل تجاري لا يتمتع فيه المتجر بشخصية اعتبارية مستقلة عن صاحبه التاجر⁽⁴³⁾، متوقعاً بذلك أن نطاق حماية المنافسة الحرة يقتصر فقط على الأنشطة التجارية التي يمارسها التجار في محالهم التجارية فقط، وبمقارنة هذا التوجه مع قانون شيرمان الأمريكي – الأسبق تاريخياً – فقد جاء بدايةً على أنه تشريع مستقل ملزم لكل الولايات الأمريكية، ولم يُدرج ضمن قواعد قانون التجارة، وحظر، على الرغم من صياغته المختصرة⁽⁴⁴⁾، كل الممارسات الضارة بالمنافسة⁽⁴⁵⁾، وذلك في العلاقات التجارية بين الولايات أو مع الدول الأجنبية، ولم يكتفَ فقط بالحظر، بل اعتبرها كذلك أفعالاً مُجرّمة قانوناً⁽⁴⁶⁾.

وعلى الرغم مما وُصفت به قواعد قانون شيرمان الأمريكي من قبل جانب من الفقه، من عدم الوضوح، بل والغموض⁽⁴⁷⁾، إلا أنه يُعد سابقة تشريعية في حظر وتجريم كل الممارسات الضارة بالمنافسة والاحتكار في العلاقات التجارية بين الولايات أو مع الدول الأجنبية⁽⁴⁸⁾؛ فضلاً على أنه لم يقتصر على تجريم الاحتكار فقط، بل اعتبر مجرد محاولة احتكار، أو التآمر على احتكار أي قطاع تجاري أو صناعي جريمة في حد ذاتها، تُخضع مرتكبها للمسؤولية الجزائية والمدنية⁽⁴⁹⁾، وبهذا تميز قانون شيرمان الأمريكي، على الرغم من قلة عدد مواده، باتساع نطاق تطبيقه ليشمل كل صور المنافسة غير المشروعة عملاً، فعمومية صياغته جعلت من الصعب «التهرب من أحكامه، من خلال التهرب

(42) طعمة صغفك الشمري، مرجع سابق، ص 13.

(43) خليل فيكتور، شرح قانون التجارة الكويتي: دراسة مقارنة بالقانون المصري والفرنسي وبعض القوانين العربية، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية، 2016، ص 303.

(44) Allan Nevins, John D. Rockefeller: A One-Volume Abridgment by William Greenleaf of a Study in Power, Charles Scribner Sons, New York, 1959, p.304.

(45) Sec 1 - 2 Sherman Act 1890.

(46) Sec 1 Sherman Act 1890.

(47) Audrey Gerrard, 'The Standard Oil Company: Enterprise, Monopoly, and Regulation', (2022), Institute for Modern Samfunns Historie (NTNU) Case# 9-2022 Research Paper, available at: <<https://www.ntnu.edu/documents/1297014369/1326993163/Case+10+Standard+Oil.pdf/c1fa3e29-ef5a-5618-f8f5-efd50d132aa7?t=1675962993403>>.

Last Accessed on 4/3/2023, p.9.

(48) Sec 2 Sherman Act 1890.

(49) Sec 2 Sherman Act 1890.

القانوني والتعظيم»⁽⁵⁰⁾ الذي قد يُمارَس من قبل المحامين عند صياغة الاتفاقات التجارية ذات الصلة.

أما قانون التجارة الكويتي، فقد حظر بعض الممارسات القليلة، ولم ينص على سبب ذلك صراحة، من حيث كونها ضارة بالمنافسة؛ فقد حظر استعمال العنوان التجاري من غير صاحبه⁽⁵¹⁾، وحظر ما قد يقوم به التاجر من تدليس أو غش تجاري في أثناء مزاولة التجارة⁽⁵²⁾، كما حظر على التاجر إذاعة أمور مخالفة للحقيقة عند تصريف بضاعته⁽⁵³⁾، أو إغراء، أو تحريض عماله، ومستخدمي تاجر آخر لاستقطابهم للعمل لديه⁽⁵⁴⁾، كما أقر حق العامل في الحصول على شهادة حسن سلوك، ولكنه حظر على التاجر إعطاء شهادة حسن سلوك للعامل على خلاف الحقيقة⁽⁵⁵⁾، وهو توجه يختلف تمامًا عن حقوق العامل التي نص عليها لاحقًا القانون رقم 6 لسنة 2010، بشأن العمل في القطاع الأهلي وتعديلاته؛ حيث أوجب على صاحب العمل منح العامل شهادة نهاية الخدمة بشرط ألا تتضمن أي عبارات مسيئة للعامل، أو تقلل من فرصه في العمل مستقبلاً⁽⁵⁶⁾، وأخيرًا، حظر قانون التجارة الكويتي على التاجر الذي يزود البيوت التجارية بالبيانات أن يقدم معلومات مخالفة للحقيقة عن سلوك أحد التجار أو مركزه المالي⁽⁵⁷⁾.

ويتضح بذلك ضيق ومحدودية نطاق الحماية التشريعية للمنافسة في هذه المرحلة، والتي إن قورنت بقانون شيرمان الأمريكي الذي يُعد تشريعاً مبنياً على أسس حديثة برغم كونه الأقدم تاريخياً⁽⁵⁸⁾، نجد أنه وفر حماية أوسع نطاقاً، فاعتبر أي عقد أو تحالف، سواء كان على شكل ائتمان أو توصية (Trust)، أو شركة أو محل، محظوراً ومجرماً قانوناً إذا أدى إلى تقييد أو عرقلة التجارة، أو التعامل في العلاقات التجارية بين الولايات أو مع دول أجنبية، ويترتب على مشاركة الشخص، أو الأشخاص، في إبرام مثل هذه العقود أو الاتفاقيات، أو عمليات التآمر عليها، ارتكاب أعمال غير قانونية تكون محلاً

(50) Law Offices of William A. Markham P.C., 'The Monopolization Offenses', available at: <https://www.markhamlawfirm.com/the-monopolization-offenses/>.

Last Accessed on 14/5/2023.

(51) المادة (55) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(52) المادة (56) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(53) المادة (57) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(54) المادة (58) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(55) المادة (59) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(56) المادة (54) من القانون رقم 6 لسنة 2010، بشأن العمل في القطاع الأهلي وتعديلاته.

(57) المادة (60) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(58) Alison Jones et al, op.cit., p.35.

للمساءلة القانونية⁽⁵⁹⁾.

وعليه، تبني قانون شيرمان الأمريكي «مبدأ العقوبات الجنائية الصارمة والقاسية على كل من ارتكب الأعمال المخالفة لهذا القانون من اندماجات واستحواذات، بهدف الحرية التجارية وتعزيز فكرة الحياد التنافسي»⁽⁶⁰⁾، فقد فرض عقوبات صارمة تتمثل في حال ارتكبت الجريمة من قبل شركة بغرامة مالية لا تتجاوز 10.000.000 دولار (عشرة ملايين دولار) أو السجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، أو بكلاً العقوبتين وفقاً لتقدير المحكمة. أما في حال ارتكبتها شخص طبيعي، فيُعاقب بغرامة مالية لا تتجاوز 350.000 دولار (ثلاثمائة وخمسين ألف دولار)، أو السجن مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، أو بكلاً العقوبتين وفقاً لتقدير المحكمة⁽⁶¹⁾، وبهذا حظر قانون شيرمان وجرم الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة التي من شأنها تقييد أو منع حرية دخول تجار منافسين إلى السوق بأي وسيلة كانت، سواء من خلال الاتفاقات الرأسية أو الأفقية⁽⁶²⁾، وإن لم يُصنفها بتلك المسميات، والتي أتت لاحقاً من خلال السوابق القضائية؛ فقد أرسى القضاء الأمريكي، في الحكم في قضية US v. Trenton Potteries Co. 1927⁽⁶³⁾، وقضية US v. Socony Vacuum Oil Co. 1940⁽⁶⁴⁾، مبدأ أن الاتفاقيات الأفقية الخاصة بتثبيت الأسعار بين المتنافسين محظورة بشكل مطلق.

وجميع هذه الممارسات لم ينص عليها قانون التجارة الكويتي، مكتفياً بقصر بنطاق حماية المنافسة على التاجر الذي يُزاوِل نشاطه بمحل تجاري؛ فلم يتطرق إلى الاتفاقات التي تضر بالمنافسة، كما لم ينظم الممارسات الاحتكارية أسوة بقانون شيرمان الأمريكي الذي حظر وجرم كلاً من الاحتكار، ومحاولة الاحتكار، أو مجرد التآمر مع الغير للاحتكار؛ حيث توسع المشرع الأمريكي، ولم يكتف بحظر وتجريم الاحتكار، واعتبر

(59) Sec 1 Sherman Act 1890

(60) عبدالعزيز الشبيب المطيري، دور الأنظمة المقارنة في تعزيز الحياد التنافسي – قانون حماية المنافسة الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج48، ع3، سبتمبر 2024، ص162.

(61) Sec 1 Sherman Act 1890.

(62) Norman A. Armstrong et al, 'Sherman Act Section 1 Fundamentals' (2019) LexisNexis Research Paper, available at: <https://www.kslaw.com/attachments/000/006/793/original/Sherman_Act_Section_1_Fundamentals.pdf?1552944322>. Last Accessed on 4/9/2024, p.1.

(63) United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927), No. 27, (Argued November 30, December 1, 1926 Decided February 21) 1927, 273 U.S. 392.

(64) United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940), No. 346, (Argued February 5, 6, 1940, Decided May 6, 1940) 310 U.S. 150.

مجرد محاولة الاحتكار أو التآمر عليه من الأعمال التي يُعاقب عليها جنائياً ومدنياً؛ ففي حال تم ارتكاب هذه الجرائم المرتبطة بالاحتكار من قبل شركة تُعاقب بغرامة مالية لا تتجاوز 10.000.000 دولار (عشرة ملايين دولار) أو بالسجن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، أو بكلتا العقوبتين وفقاً لتقدير المحكمة.

أما في حال ارتكبتها شخص طبيعي، فيُعاقب بغرامة مالية لا تتجاوز 350.000 دولار (ثلاثمائة وخمسين ألف دولار)، أو بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، أو بكلتا العقوبتين وفقاً لتقدير المحكمة⁽⁶⁵⁾.

وفي ختام هذه المرحلة، كانت الحماية التشريعية للمنافسة لا تتناسب مع التطورات الحديثة في السوق التجاري، كونها حماية ضيقة النطاق تقتصر فقط على بعض الممارسات التي تُرتكب من تاجر يُزاوِل نشاطه التجاري في المحل أو المتجر، ومن دون أن تُسمى بمسماها القانوني المرتبط بحماية المنافسة غير المشروعة أو الاحتكار، وقد أُنْتُقِدَ هذا التنظيم التشريعي لحماية المنافسة الحرة من جانب الفقه، على سند من القول بأنه لم يُضَف حماية جديدة لمكافحة الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة عن تلك الحماية التي نصت عليها قواعد المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع، نظراً إلى كون الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة تعد من قبيل العمل غير المشروع الذي تُقام فيه مسؤولية فاعله⁽⁶⁶⁾.

المطلب الثاني

حماية تشريعية أكثر تخصيصاً بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996 بتعديل قانون التجارة الكويتي

بعد مرور أكثر من 15 سنة على تطبيق قانون التجارة الكويتي، استدرك المشرع ضرورة حماية المنافسة من الممارسات الضارة والاحتكار؛ حيث قام قانون التجارة المُعدَّل بتغيير عنوان الفرع الخاص بما أضافه من قواعد جديدة ليُصبح «المنافسة غير المشروعة والاحتكار»⁽⁶⁷⁾. وأضاف إلى هذا الفرع ست مواد مكررة للمادة (60)؛ لتوفير قواعد قانونية أكثر تفصيلاً لحماية المنافسة⁽⁶⁸⁾.

(65) Sec 2 Sherman Act 1890.

(66) طعمة صغفك الشمري، مرجع سابق، ص 13.

(67) المادة (1) من القانون رقم 13 لسنة 1996 المعدل لقانون التجارة الكويتي.

(68) المادة (1) من القانون رقم 13 لسنة 1996 المعدل لقانون التجارة الكويتي.

نصت المادة (60 مكرر 2) على جواز تنظيم تسعير المنتجات بموجب قرار وزاري من وزير التجارة، وبذلك أصبحت وزارة التجارة مسؤولة عن ضبط أسعار المنتجات التي تُقدّم من قبل القطاع الخاص – سواء كانت سلعة أو خدمات – كما أوضحت المادة (60 مكرر 3) متى يكون التاجر في وضع احتكاري في قطاع تجاري أو صناعي معين؛ حيث «يكون التاجر في مركز احتكاري إذا أصبحت لديه القدرة على التحكم في أسعار السلع والخدمات»⁽⁶⁹⁾، ومع ذلك، لم يمنع قانون التجارة المعدّل الاحتكار في حد ذاته؛ حيث جاءت المادة (60 مكرر 4) لتؤكد أن الحظر يقتصر فقط على إساءة استغلال المركز الاحتكاري، ويظهر ذلك عندما يمنع التاجر أي منافسة لنشاطه التجاري لأسباب غير مشروعة⁽⁷⁰⁾، أو عند تقليل كميات السلع والخدمات في السوق، أو تقديم خدمات لا تتناسب مع المقابل⁽⁷¹⁾، أو الحصول على مقابل مرتفع للبضاعة أو الخدمة، أو عند «تضمين العقود المبرمة مع الغير شروطاً لمصلحته لا تتفق والعادات التجارية، أو ما كان في مقدوره تضمينها»⁽⁷²⁾.

كما منح قانون التجارة المعدّل للطرف المتضرر حق اللجوء إلى القضاء عند إساءة استغلال المركز الاحتكاري لطلب التعويض، أو تعديل الشروط التعسفية في العقد أو الإغفاء منها كلياً⁽⁷³⁾.

كما أورد قانون التجارة المعدّل بعض الأمثلة العملية على الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة، مثل: الاتفاق الصريح أو الضمني على تحديد سعر بيع البضائع أو الخدمات⁽⁷⁴⁾، وإعاقة دخول منافس إلى السوق من دون سبب مشروع⁽⁷⁵⁾، وهنا يبرز التساؤل عن طبيعة السبب الذي يمكن اعتباره مشروعاً ويُخول التاجر القيام بإعاقة دخول تاجر منافس إلى السوق المعنية، كما اعتبر المشرع أن إساءة التاجر إلى سمعة تاجر آخر، أو

(69) المادة (60 مكرر 3) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(70) المادة (60 مكرر 4) (الفقرة 1) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(71) المادة (60 مكرر 4) (الفقرة 2) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(72) المادة (60 مكرر 4) (الفقرة 3) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(73) المادة (60 مكرر 5) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(74) المادة (60 مكرر أ) (الفقرة 1) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(75) المادة (60 مكرر أ) (الفقرة 2) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

التقليل من قيمة بضاعته، من ضمن الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة، وأخيراً فإن كل نشاط يؤدي إلى إحداث اضطراب في السوق بقصد الإضرار بتاجر أو تجار آخرين يعد كذلك من قبيل الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة⁽⁷⁶⁾.

أما خارج نطاق الاحتكار، فقد حظر قانون التجارة المعدل قيام التاجر بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، والتي عُرفت بكونها «كل عمل يقع عمداً من تاجر بالمخالفة للعادات أو الأصول المرعية في المعاملات التجارية في دولة الكويت، ويكون من شأنه صرف تاجر منافس أو الإضرار بمصالحه، أو إعاقة حرية التجارة بتقييد أو تفادي المنافسة في مجال إنتاج أو توزيع البضائع أو الخدمات في دولة الكويت»⁽⁷⁷⁾. وبذلك فقد سد قانون التجارة المعدل «نقصةً بيناً في التشريع الكويتي؛ لأنه ربط الاندماج أو السيطرة بعد تقييد المنافسة»⁽⁷⁸⁾.

ومع ذلك، فمن الانتقادات التي يمكن توجيهها إلى هذا التعريف كونه قصر المنافسة غير المشروعة على عمليات الإنتاج أو التوزيع، في حين أن نطاق الأعمال التجارية أوسع من ذلك بكثير؛ إذ نص قانون التجارة الكويتي على 20 من الأعمال التي تعتبر تجارية وفقاً للقانون، وتشمل نوعين من الأعمال التجارية بقصد المضاربة، وهي عمليات الشراء أو الاستئجار بغرض البيع أو إعادة التأجير، بالإضافة إلى عقود التوريد⁽⁷⁹⁾، بالإضافة إلى 18 عملاً من الأعمال التجارية لذاتها، والتي تشمل، على سبيل المثال، النقل البري والبحري والجوي، ووكالات العقود، والوكالات بالعمولة، وعمليات التأمين، والبنوك، والصيرفة... وغيرها⁽⁸⁰⁾.

وبناءً على ذلك، كان من الأفضل أن يكتفي قانون التجارة المعدل باعتبار الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة التي تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة في أي عمل تجاري، من دون تقييد ذلك بقطاعي الإنتاج والتوزيع فقط.

وظل قانون التجارة المعدل من ضمن اختصاصات وزارة التجارة، فلم يتم إنشاء

(76) المادة (60 مكرراً) (الفقرة 4) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(77) المادة (60 مكرراً) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(78) أحمد عبدالرحمن المحم، مدى مخالفة الاندماج أو السيطرة لأحكام المنافسة التجارية: دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 19، ع 3، سبتمبر 1995، ص 79.

(79) المادة (4) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

(80) المواد (5) و(6) و(7) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي.

جهاز حكومي متخصص لحماية المنافسة بالدولة، بل أسندت مسؤولية الحماية لوزارة التجارة والقضاء فقط، كما فرض عقوبة على من يخالف أحكامه، تتمثل في غرامة مالية لا تقل عن 1000 دينار (ألف دينار)، ولا تزيد على ثلاثة أضعاف العائد الذي حققه التاجر نتيجة ارتكابه هذه المخالفة. ويتبين من ذلك ضآلة مبلغ الغرامة مقارنة بحجم هذه الجريمة وتأثيرها السلبي على المستهلك. كما أعطى المحكمة الحق في إصدار قرار بإغلاق المنشأة لمدة لا تتجاوز سنة واحدة، واعتبر المشرع هذه المخالفات من قبيل الجنايات التي تتولى النيابة العامة التحقيق فيها⁽⁸¹⁾.

وعليه، وإن كان قانون التجارة المعدل أفضل من المرحلة السابقة، إلا أنه ظل محل انتقاد، بسبب عدم حظره الاحتكار في ذاته، أو محاولة الاحتكار، خاصة أن محاولة الاحتكار تعتبر أشد خطورة من الاحتكار نفسه الذي قد يُبرَّر أحياناً بأن السوق لا يتوافر فيها منافسون بسبب طبيعتها؛ إذ يصعب تصور أن تاجرًا ما يسعى إلى احتكار قطاع صناعي أو تجاري معين بهدف منع المنافسين من الوصول إليه، من دون ارتكاب أحد أعمال المنافسة غير المشروعة.

وقد أغفل المشرع (في قانون التجارة المعدل) هذه الجوانب المهمة، مقتصرًا على حظر إساءة استغلال المركز الاحتكاري للتاجر، مع إقرار ضمني بقانونية هذا المركز الاحتكاري، ومن دون توفير أي حماية للمراحل السابقة لوصول التاجر إلى هذا المركز، من خلال تجريم محاولة الاحتكار أو التآمر على الاحتكار، كما فعل قانون شيرمان الأمريكي؛ حيث لوحظ، من خلال صياغة قانون شيرمان الأمريكي «البعد التشريعي الذي كان يسير عليه المشرع الأمريكي؛ حيث يتضح من نية المشرع أنه كان يهدف ويتمنى أن يسير هذا القانون أجيالاً مقبلة وليس من أجل الجيل الذي كتبه فقط»⁽⁸²⁾.

المطلب الثالث

حماية تشريعية مستقلة من خلال القانون رقم 10 لسنة 2007

في شأن حماية المنافسة

بعد مرور ما يقارب من عقد من الزمن على تطبيق قانون التجارة المعدل، تم إصدار قانون حماية المنافسة الملغى، ليشكل أول إطار تشريعي مستقل يهدف إلى حماية

(81) المادة (60 مكرر 6) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(82) حمودة فتحي حمودة وصالح بن حمد البراشدي، مرجع سابق، ص 259.

المنافسة الحرة في دولة الكويت، ويعد بذلك من أوائل التشريعات المتخصصة على مستوى دول مجلس التعاون الخليجي؛ حيث تعتبر «المملكة العربية السعودية وقطر والكويت أول ثلاث دول في مجلس التعاون الخليجي تُصدر قانوناً خاصاً بالمنافسة بين العامين 2004 و2007»⁽⁸³⁾، وتضمن قانون حماية المنافسة الملغى أحكاماً تفصيلية تمثلت في خمسة أبواب؛ إذ شمل الباب الأول الأحكام العامة، وتناول الباب الثاني الممارسات الضارة بالمنافسة والمخالفات الاحتكارية، وخُصص الباب الثالث للجهاز الإداري، في حين تناول الباب الرابع العقوبات، أما الباب الخامس فتعلق بالأحكام الختامية⁽⁸⁴⁾.

وقد جاءت المذكرة الإيضاحية لتوضح أسباب إصدار قانون حماية المنافسة الملغى؛ حيث أكدت أن حرية ممارسة النشاط الاقتصادي في السوق مكفولة للجميع من دون أن «يؤدي ذلك إلى تقييد المنافسة الحرة أو منعها أو الإضرار بها»⁽⁸⁵⁾، مشيرة إلى ما شهدته الدولة من تغيرات مرتبطة بالعودة الاقتصادية، وتزايد دور القطاع الخاص، وسياسة التحرر الاقتصادي في معظم الدول المتقدمة والنامية التي تسابقت إلى تنظيم الحماية القانونية للمنافسة⁽⁸⁶⁾.

وقد أشارت كذلك إلى الانتقادات التي وُجّهت إلى قانون التجارة المعدّل، ومن ضمنها تركيزه على القطاع التجاري أكثر من الصناعي الإنتاجي الذي يقود عجلة التنمية، وإلى عدم إنشاء جهاز إداري متخصص بحماية المنافسة - أسوة بالتشريعات المقارنة - لتلقي الشكاوى الخاصة بالممارسات الضارة، وفحصها والتحقيق فيها، كما أشارت إلى تفشي المراكز الاحتكارية، مبينة أن قانون التجارة المعدّل لم ينص على قواعد خاصة بتحديد كيف يتشكل المركز الاحتكاري في السوق المعنية.

كما أشارت إلى أهمية إلغاء النهج السابق والمتعلق بجواز ضبط وزير التجارة والصناعة أسعار المنتجات؛ حيث اعتبرت ذلك أمراً يتعارض مع آليات السوق ومع ما نصت عليه قواعد اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية⁽⁸⁷⁾.

ومن منطلق هذه الأسباب الشارحة لأسباب صدور قانون حماية المنافسة الملغى، فقد تم تعريف «السيطرة» لأول مرة بكونها «وضعاً يتمكن من خلاله شخص، أو مجموعة من

(83) Maria Casoria, 'Competition Law in the GCC Countries: The Tale of a Blurry Enforcement', Chinese Business Review, Vol.16, Iss.3, March 2017, p.143.

(84) القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(85) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(86) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(87) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

الأشخاص، من العمل معاً بشكل مباشر، أو غير مباشر، من التحكم في سوق المنتجات، وذلك بالاستحواذ على نسبة تجاوز 35 في المائة من حجم السوق المعنية⁽⁸⁸⁾، مع الإشارة إلى أن سوق المنتجات تشمل السلع والخدمات المحلية والمستوردة⁽⁸⁹⁾، ومع ذلك يُؤخذ على تعريف المنتجات بهذا السياق مدى إمكان اعتبار الخدمات مستوردة؛ حيث يمكن تصور أن تكون السلع محلية أو مستوردة، بينما يصعب تصور ذلك بالنسبة إلى الخدمات التي تُقدّم داخل دولة الكويت.

ومن جانب آخر، يُؤخذ على هذا التعريف تحديد نسبة 35 في المائة لقياس الاستحواذ الذي يضع التاجر في مركز المسيطر في السوق المعنية؛ إذ لم يسبق لأي تشريع مقارن أن حدد نسبة معينة لتحديد مركز المسيطر في السوق، علماً بأنه «لا غرو أن سياسة أو فلسفة أي مشروع نحو الاندماج أو السيطرة هي امتداد أو استكمال لسياسته تجاه الاحتكار»⁽⁹⁰⁾، الأمر الذي قد يؤدي، من خلال تعريف السيطرة بقانون حماية المنافسة الملغى، إلى تضيق نطاق السيطرة بوضع حد أدنى لتقدير ذلك من الناحية العملية، كما يؤخذ على هذا التعريف – أيضاً – عدم اعتبار التمتع بمركز سيطرة فعلية في السوق المعنية مخالفة في حد ذاتها؛ إذ تتحقق المخالفة فقط في حال إساءة استغلال هذه السيطرة من قبل التاجر المسيطر⁽⁹¹⁾، وبذلك تبني القانون النهج ذاته المُنتقد في ظل قانون التجارة المعدّل.

ركز المشرع الكويتي في قانون حماية المنافسة الملغى، بشكل أكبر، على التاجر الذي يشغل مركز السيطرة، في حين لم يعرف الاتفاقات أو الأعمال أو الممارسات محل المنافسة غير المشروعة خارج نطاق مركز السيطرة، مع العلم أن الممارسات الضارة بالمنافسة لا تقتصر فقط على المحتكر، أو من يشغل مركزاً مسيطراً في السوق، بل من الممكن أن تقع بين أي تاجرين متنافسين، من دون أن يكون أحدهما مسيطراً على السوق المعنية.

وعند المقارنة بين قانون حماية المنافسة الملغى وقانون التجارة المعدّل، نجد أن قواعد هذا القانون الأخير كانت أفضل تشريعاً في تعريفها الممارسات غير المشروعة⁽⁹²⁾، مع التحفظ على اقتصار هذه القواعد الملغاة بموجب قانون حماية المنافسة الملغى على عمليات الإنتاج أو التوزيع فقط.

(88) المادة (1 د) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(89) المادة (1 ج) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(90) أحمد عبدالرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 13.

(91) المادة (4) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(92) المادة (60 مكرراً) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

كما عرّف قانون حماية المنافسة الملغى المتنافسين بأنهم «الأشخاص الذين يقومون بإنتاج أو توزيع أو تسويق أو بيع أو شراء أو تقديم أو تنمية أو تطوير أو تخزين أو فحص أو نقل منتجات متماثلة أو بديلة لبعضها»⁽⁹³⁾. ويُلاحظ على هذا التعريف تفصيله لطبيعة نشاط المنافسين وحصرها في عمليات محددة؛ مما يؤدي إلى تضيق نطاق التطبيق؛ حيث يستبعد من أحكامه مجالات مثل عمليات إيجار واستئجار المنقولات على سبيل المثال، كما جاءت عبارة منتجات متماثلة أو بديلة لبعضها لتؤكد فكرة عدم تصور وقوع المنافسة إلا بين تجار يُزاولون حرفة تجارية ماثلة؛ لذلك يجب أن يكون المنافس تاجرًا يحترف النشاط التجاري ذاته لتحقيق حالة المنافسة، كما ينبغي تحديد نطاق المنافسة بمعيار مكاني، من خلال تعريف المتنافسين؛ إذ لا يُتصور وجود منافسة بين تاجر أقمشة يزاول نشاطه في محافظة، وتاجر آخر في محافظة مختلفة للنشاط التجاري نفسه.

ومع ذلك، يُعد قانون حماية المنافسة الملغى هو الأول من نوعه في إنشاء هيئة حكومية مختصة بحماية المنافسة في دولة الكويت؛ حيث أنشأ جهازاً إدارياً يحمل اسم «جهاز حماية المنافسة» يتمتع بالشخصية الاعتبارية، ويتبع وزير التجارة والصناعة⁽⁹⁴⁾، وبموجب ذلك انتقلت دولة الكويت – بفضل قانون حماية المنافسة الملغى – إلى مرحلة التنظيم المؤسسي لآلية حماية المنافسة في مختلف القطاعات؛ إذ تم تأسيس جهاز إداري متخصص يتولى تفعيل مراقبة وحماية التجارة من الممارسات الضارة، وقد سلك بذلك دولة الكويت المنهج المتبع من قبل التشريعات المقارنة في إخضاع نظام المنافسة الحرة لهيئات إدارية مستقلة، والتي وُصفت فقهياً بكونها «سلطات ضبطية لا تخضع للرقابة أو الوصاية، إلا رقابة القضاء، وتتمتع بسلطة تنظيمية وقمعية مستقلة عن السلطات الثلاث»⁽⁹⁵⁾.

وقد أعلن جهاز حماية المنافسة مباشرته التحقيق في عدد من الشكاوى المتعلقة بأعمال المنافسة غير المشروعة، ويُعد ذلك «... المرة الأولى التي يُبلغ فيها الجمهور بأن هيئة حماية المنافسة تعمل بنشاط وتؤدي مهامها. قبل ذلك، ظل القانون من دون تطبيق»⁽⁹⁶⁾، وذلك وفق وجهة نظر هذا الرأي الفقهي، وعلى الرغم من اتفاقنا مع أن هذه

(93) المادة (1 هـ) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(94) المادة (10) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(95) حبيب بلقنشي، حماية المنافسة من الممارسات المنافسة لها بين الهيئات الإدارية المستقلة والهيئات القضائية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 44، ع 2، 2020، ص 366.

(96) Marcia Denny, 'Application of Rule of Law in Competition Law and Policy: An Analysis of the Delayed Implementation of Competition Law in Kuwait', Kilaw 4th Annual Conference, Law An Instrument for Reform & Development 9 -10 May 2017, Kilaw Journal Supplement, Vol.2, Iss.2, (2017), p.102.

هي المرة الأولى التي يتولى فيها جهاز حكومي في الدولة مسؤولية حماية المنافسة الحرة بشكل فعلي، إلا أن الحماية لم تكن غائبة تماماً في المراحل السابقة؛ حيث كان القضاء يقوم بدوره في تفعيل حماية المنافسة الحرة من الممارسات غير المشروعة.

لقد بدأت دولة الكويت، في هذه المرحلة من التنظيم المؤسسي المستقل لحماية المنافسة الحرة «تتدخل في الاقتصاد كموجه ومنسق للنشاط الاقتصادي، لإرساء التوازنات، والاستجابة لحاجيات المجتمع»⁽⁹⁷⁾، وسعت الدولة، من خلال الإطار المؤسسي، إلى ضمان «الشفافية في العلاقات التجارية بين المهنيين من جهة، وبينهم وبين المستهلكين من جهة أخرى»⁽⁹⁸⁾. وقد أكد قانون حماية المنافسة الملغى أن «حرية ممارسة النشاط الاقتصادي مكفولة للجميع على النحو الذي لا يؤدي إلى تقييد المنافسة الحرة أو منعها أو الإضرار بها...»⁽⁹⁹⁾. وحظر الاتفاقيات أو العقود أو الممارسات أو القرارات التي تضر بالمنافسة، إلا أن هذا الحظر ورد بشكل عام من دون تحديد كيفية وقوع هذه الاتفاقيات أو العقود أو الممارسات أو القرارات⁽¹⁰⁰⁾.

فتح هذا التوجه مجالاً واسعاً للاجتهاد القضائي في تقدير ما إذا كانت الاتفاقيات أو العقود أو الممارسات أو القرارات تُعد غير مشروعة، وعند مقارنته بقانون التجارة المعدل، يتضح أن ما أضافه من أحكام، على الرغم من إلغائها، حدث من الاجتهاد القضائي، من خلال النص على أمثلة لا مجال لعدم اعتبارها ضارة بالمنافسة. وبقطع النظر عن مركز التاجر في السوق، سواء كان في مركز سيطرة أو لا، حيث ألزمت التاجر بعدم إغواء عمالة تاجر آخرين، أو تحديد سعر المنتجات، أو إعاقه دخول تاجر منافس إلى السوق، بينما اكتفى قانون حماية المنافسة الملغى بالنص على مبدأ عام وفضفاض يؤكد عدم جواز الاتفاقيات، أو العقود، أو الممارسات، أو القرارات الضارة بالمنافسة فقط، وترك المجال مفتوحاً أمام القضاء لتقدير متى يشكل الفعل ممارسة ضارة، في حين - في ظل التشريعات السابقة - لم يكن في إمكان القضاء اعتبار إغواء تاجر عمالة تاجر آخر بغرض انتزاعهم منه ممارسة قانونية.

أما فيما يتعلق بمن يشغل مركز سيطرة، فقد حظر قانون حماية المنافسة الملغى

(97) حبيب بلقيني، مرجع سابق، ص 368.

(98) محمد سعد العرمان، الاتفاقات والعقود الضارة بالمنافسة الحرة ومنع الممارسات الاحتكارية وفقاً للتشريع الإماراتي، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، مج 2016، ع 15، يونيو 2016، ص 557.

(99) المادة (2) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(100) المادة (4) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

إساءة استغلال هذا المركز من قبل التجار، وحدّد 12 حالة تُعد من قبيل إساءة استغلال مركز السيطرة، ومن بينها: التأثير في أسعار المنتجات، سواء من خلال رفعها أو خفضها أو تثبيتها، أو القيام بمعاملات صورية أو وهمية؛ بهدف الإضرار بالمنافسين الآخرين⁽¹⁰¹⁾، والحد من توافر المنتجات في السوق، أو إخراجها بشكل كلي أو جزئي عن طريق إخفائها أو الامتناع عن تقديمها أو تخزينها⁽¹⁰²⁾، وافتعال وبرة مفاجئة للمنتجات للتأثير على السوق؛ مما يؤدي إلى تداولها بسعر غير حقيقي يضر بالمنافسين، ومنع أو عرقلة أي شخص من مزاولة نشاطه الاقتصادي، أو إجباره على التوقف عنه⁽¹⁰³⁾، وحجب المنتجات كلياً أو جزئياً عن شخص معين⁽¹⁰⁴⁾، وبيع المنتجات بأقل من تكلفتها الفعلية بقصد الإضرار بالمنافسين⁽¹⁰⁵⁾، التأثير على العطاءات في المناقصات أو المزايدات أو عقود التوريد⁽¹⁰⁶⁾، ووضع شروط في المناقصات تتعلق بمواصفات أو أصناف السلع⁽¹⁰⁷⁾، والتوقف الكلي أو الجزئي عن عمليات التصنيع أو التطوير أو التوزيع أو التسويق للمنتجات أو فرض قيود وشروط على توفيرها⁽¹⁰⁸⁾، واقتسام أسواق المنتجات أو تخصيصها، وتعليق قبول إبرام العقود على التزامات غير مرتبطة بها⁽¹⁰⁹⁾، وأخيراً إهدار مبدأ تكافؤ الفرص بين المنافسين، من خلال تمييز بعضهم عن البعض الآخر في شروط الصفقات، أو تسريب معلومات لمصلحة أحد المنافسين دون غيره⁽¹¹⁰⁾.

وأخيراً، فرض قانون حماية المنافسة الملغى عقوبة مالية على كل من يمارس عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة، أو إساءة استغلال مركز السيطرة، وذلك بغرامة لا تتجاوز 100.000 دينار (مائة ألف دينار) أو قيمة المكاسب غير المشروعة أيهما أكبر، كما منح القانون لجهاز حماية المنافسة صلاحية إصدار قرار بوقف هذه الممارسات بعد انقضاء المهلة التي يحدها لذلك⁽¹¹¹⁾.

-
- (101) المادة (4) الفقرة (1) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (102) المادة (4) الفقرة (2) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (103) المادة (4) الفقرة (4) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (104) المادة (4) الفقرة (5) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (105) المادة (4) الفقرة (6) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (106) المادة (4) الفقرة (7) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (107) المادة (4) الفقرة (8) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (108) المادة (4) الفقرة (9) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (109) المادة (4) الفقرة (11) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (110) المادة (4) الفقرة (12) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).
 (111) المادة (18) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

المطلب الرابع

حماية تشريعية مستقلة من خلال القانون رقم 72 لسنة 2020

بشأن حماية المنافسة

ارتأى المشرع - بعد مرور ما يقارب 12 سنة على تنفيذ قانون حماية المنافسة الملغى، وبعد الوقوف على ما له من إيجابيات وسلبات، أو معوقات تنفيذية - إلغاء هذا القانون وإصدار قانون أحدث «مواكبة للتطورات والتغيرات المتسارعة في مبادئ حماية المنافسة على المستويين العالمي والإقليمي»⁽¹¹²⁾، وما يصاحب هذه التغيرات من تحول معظم الدول في العالم إلى اقتصاد السوق الحر القائم على حرية المنافسة، ونفاذاً لتوجهات والتزامات الدول بموجب الانضمام إلى اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية⁽¹¹³⁾.

وبسبب الانتقادات التي وُجّهت إلى قانون حماية المنافسة الملغى أصدر المشرع قانون حماية المنافسة في العام 2020⁽¹¹⁴⁾ الذي جاء بتعديلات جذرية عبر فصوله الثمانية، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن أبرز أسباب مراجعة قانون حماية المنافسة الملغى تتمثل في عدم وضوح بعض أحكامه، وصعوبة فهم أهدافه لدى الجهات المعنية بتطبيقه، إضافة إلى ما اعتراه من قصور وغموض، وعجزه عن التفارقة الدقيقة بين الممارسات الاحتكارية غير المشروعة والممارسات التنافسية المشروعة⁽¹¹⁵⁾.

عرّف قانون حماية المنافسة المنتجات بكونها «السلع المحلية والمستوردة والخدمات»⁽¹¹⁶⁾. وبهذا تلافى الانتقاد الذي وُجّه إلى قانون حماية المنافسة الملغى بشأن مدى إمكان اعتبار الخدمات مستوردة أو محلية، كما أن قانون حماية المنافسة الملغى اقتصر على تعريف السيطرة في نطاق الممارسات غير المشروعة والضارة بالمنافسة الحرة، وأورد قانون حماية المنافسة تعريفاً للاتفاقات بأنها «تشمل الاتفاقات أو العقود أو القرارات أو الترتيبات أو الأعمال أو التصرفات أو التحالفات أو الممارسات بين شخصين أو أكثر، أو أي تعاون بين الأشخاص أو القرارات الصادرة عن تجمعات الأشخاص، سواء كانت كتابية أو شفهية، صريحة أو ضمنية، علنية أو سرية، مباشرة أو غير مباشرة»⁽¹¹⁷⁾.

(112) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(113) المرجع السابق.

(114) المادة (40) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(115) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(116) المادة (1) (المنتجات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(117) المادة (1) (التعريفات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يربط الاتفاقات بضرورة تأثيرها أو إضرارها بالمنافسة الحرة التي يجب أن تركز عليها التجارة في الدولة، وبالمقارنة مع قانون حماية المنافسة الملغى يُعتبر قانون حماية المنافسة أفضل من حيث تعريفه ماهية الاتفاقات محل الحماية، إلا أنه إذا ما قورن بقواعد وأحكام المنافسة غير المشروعة والاحتكار المنصوص عليها في قانون التجارة الكويتي المعدل، نجد أن تلك القواعد كانت أكثر دقة، حيث عرفت الممارسات غير المشروعة بشكل أكثر تحديداً⁽¹¹⁸⁾؛ مما يدخل في نطاق العمل كل ما أورده قانون حماية المنافسة ضمن تعريف الاتفاقات، إلا أن عمومية صدور الاتفاقات من أي شخص تتعارض مع فكرة المنافسة غير المشروعة التي يجب أن تصدر عن تاجر يزاوّل التجارة في الدولة، كما أن ارتكاب عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة لا يشترط أن يكون بين شخصين؛ إذ يمكن أن يقوم التاجر بذلك منفرداً، كما في حالات تشويه سمعة تاجر آخر، أو التقليل من قيمة بضائعه، أو تحريض عمالته على الانتقال إليه بعروض أفضل، حتى إن لم يبرم عقوداً فعلية معهم.

عرّف قانون حماية المنافسة المتنافسين بأنهم «الأشخاص الذين يمارسون نشاطاً اقتصادياً أو تجارياً أو خدمياً فعلياً في السوق المعنية، أو من المحتمل أن يمارسوا هذا النشاط في المستقبل»⁽¹¹⁹⁾. ويُحمله تجنب النهج التفصيلي في تحديد نطاق المنافسة كما ورد في قانون حماية المنافسة الملغى؛ إذ اكتفى بعبارة أي نشاط اقتصادي أو تجاري أو خدمي؛ مما سمح بشمول جميع القطاعات، وعدم استبعاد أي منها من دائرة المنافسة.

كما أوضح قانون حماية المنافسة متى تتحقق حالة التنافس، حيث ربط ذلك بالسوق المعنية، والتي تم تعريفها بكونها المنتجات المعنية والنطاق الجغرافي المعني؛ حيث من المعلوم أن المنافسة لا تتحقق إلا بين من يزاوّلون النشاط التجاري نفسه، أو ضمن المنطقة الجغرافية نفسها، فلا يُتصور أن تقع المنافسة إلا من تاجر محترف في حرفة تجارية معينة؛ ما يعني أن صفة المنافس يجب أن تنصرف إلى التاجر وليس إلى أي شخص.

عرّف قانون حماية المنافسة الوضع المهيمن بطريقة تتشابه مع تعريف السيطرة في قانون حماية المنافسة الملغى، بكونه «الوضع الذي يُمكن أي شخص بنفسه، أو بالاشتراك مع غيره من الأشخاص الآخرين، من التحكم، أو التأثير، على السوق المعنية، والتصرف - إلى حد كبير - بشكل مستقل عن منافسيه، أو عملائه، أو عن المستهلكين»⁽¹²⁰⁾.

(118) المادة (60 مكرر أ) (ملغاة) من المرسوم بقانون رقم 86 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996.

(119) المادة (1) (التعريفات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(120) Norman A. Armstrong et al, op.cit., p.1.

ويُحَمَد لهذا القانون تفادي تحديد نسبة الاستحواذ التي قُدِّرَت بـ 35 في المائة في المرحلة السابقة؛ حيث كانت محل نقد؛ لعدم وضوح أساس ذلك، وبهذا جاء قانون حماية المنافسة بمعيار أكثر مرونة لقياس الوضع المهيمن، يركز على مدى قوة الشخص في التحكم، أو التأثير في السوق المعنية، ومع ذلك لم يستغن هذا القانون عن تعريف السيطرة، بل عرّفها بشكل مختلف تماماً عن ذي قبل بأنها «العلاقة القانونية أو التعاقدية التي تؤدي بشكل منفصل أو مجتمع إلى التأثير الحاسم»⁽¹²¹⁾، ويعد هذا من الأمور المستجدة إذ لم تتطرق القوانين المقارنة إلى تعريف الوضع المهيمن والسيطرة بهذه الصورة.

حيث إن أحد هذين التعريفين يُفترض أن يكون كافياً لتحقيق الغرض، فعلى سبيل المثال، عرف المشرع المصري، في القانون رقم 3 لسنة 2005 بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية (التحكم)، بمفهوم قريب من فكرة السيطرة أو الوضع المهيمن، باعتباره «قدرة الشخص أو الأشخاص المتحكمين في ممارسة تأثير فعال، بشكل مباشر أو غير مباشر...»⁽¹²²⁾، في حين لم يعرف غيرها ضمن مواده، أما المشرع السعودي فقد اكتفى بتعريف الوضع المهيمن، من دون الإشارة إلى مفهوم السيطرة؛ حيث عرّف الوضع المهيمن بأنه «وضع تكون من خلاله المنشأة - أو مجموعة منشآت - مسيطرة على نسبة معينة من السوق التي تمارس نشاطها فيها، أو قدرة على التأثير فيها، أو بهما معاً، وتحدد اللائحة تلك النسبة وفقاً لمعايير يقرها المجلس»⁽¹²³⁾، بينما لم ينص القانون الأوروبي، المتمثل في معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي TFEU، على أي تعريفات عامة، وإن أشار ضمن نطاق حماية المنافسة الحرة إلى وضع التاجر المهيمن في السوق المعنية⁽¹²⁴⁾، وكذلك الحال بالنسبة إلى قانون شيرمان الأمريكي للمنافسة غير المشروعة للعام 1890؛ حيث لم يتضمن أي تعريفات عامة، بل صيغ بنطاق واسع لترك المجال للاجتهاد القضائي في التطبيق.

ونظراً إلى أن قياس مدى تمتع تاجر معين بمركز الوضع المهيمن يتطلب تحقيقاً إجرائياً، جرت أنظمة حماية المنافسة على ربط هذه الفكرة بمفاهيم مثل التأثير الحاسم، والتركز الاقتصادي، والسوق المعنية، والمنتجات المعنية، والنطاق الجغرافي المعني؛ حيث

(121) Ibid.

(122) المادة (2 ح) من القانون المصري رقم 3 لسنة 2005، بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

(123) المادة (1) من المرسوم الملكي السعودي رقم (م/75) بتاريخ 1440/6/29هـ، بشأن نظام المنافسة.

(124) Article 102 TFEU.

تعمل هذه المفاهيم مجتمعة لتحديد متى يكون التاجر في وضع مهيمن داخل السوق⁽¹²⁵⁾، وقد عرّف قانون حماية المنافسة التأثير الحاسم بأنه «اكتساب القدرة على تحديد النشاط التجاري للشخص بما يؤثر على السوق المعنية...»⁽¹²⁶⁾.

أما السوق المعنية فتشمل المنتجات المعنية التي تُعد بديلاً، أو يمكن أن تحل محل منتجات أخرى، بالإضافة إلى النطاق الجغرافي المعني، والذي يقصد به منطقة استبدال المنتجات⁽¹²⁷⁾، وهو تعريف يشبه - إلى حد كبير - تعريف السوق المعنية في قانون حماية المنافسة الملغى؛ حيث نص على أن السوق المعنية تتكون من «عنصرين: هما المنتجات والنطاق الجغرافي، ويقصد بالمنتجات كل المنتجات التي يعد كل منها بديلاً عن الآخر، أو يمكن أن يحل محله في تلبية احتياجات متلقي الخدمة أو السلعة. ويقصد بالنطاق الجغرافي الحدود الدولية لدولة الكويت»⁽¹²⁸⁾.

أما فكرة التركيز الاقتصادي فهي ترتبط بعمليات الاندماج أو الاستحواذ التي تحدث في السوق المعنية؛ ما يعكس أهمية دراسة هذه العناصر مجتمعة لتحديد مدى وجود هيمنة أو تأثير فعلي في السوق⁽¹²⁹⁾.

وخلالاً لتعريف السوق المعنية والسيطرة، فإن بقية هذه المصطلحات تم استحداثها، ولم يسبق تعريفها بقانون حماية المنافسة الملغى، كما لم يتناولها قانون التجارة المعدل؛ إذ لم تُعدّل المادة الخاصة بالتعريفات بإضافة مصطلحات؛ ما جعل هذه الجوانب الجديدة ميزة انفرد بها قانون حماية المنافسة عن التشريعات والقواعد السابقة الملغاة، كما خصّص قانون حماية المنافسة فصلاً مستقلاً للممارسات الضارة بالمنافسة وهو الفصل الثاني، وفصلاً آخر للتركز الاحتكاري وهو الفصل الثالث، بخلاف قانون حماية المنافسة الملغى الذي اكتفى في مادته الرابعة بالنص على الممارسات الضارة بالمنافسة، وقرر مجرد حظرها من دون بيان ماهيتها، في حين تفرع بشكل تفصيلي في كيفية إساءة استغلال مركز المسيطر، ونظرًا إلى أنه أعطى أولوية في هذا التنظيم التشريعي لإساءة استغلال مركز السيطرة على حساب الممارسات الضارة بالمنافسة؛ فقد تفادى قانون حماية المنافسة ذلك، من خلال نصه على أحكام خاصة بكل من الممارسات الضارة بالمنافسة والتركز الاحتكاري؛ فجاء ذلك بشكل أكثر تحديدًا وتفصيلًا، من خلال فصلين

(125) European Commission, 'Competition: Antitrust procedures in abuse of dominance' available at: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-05/antitrust_procedures_102_en.pdf>. Last Accessed on 10/11/2025, p.1.

(126) المادة (1) (التعريفات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(127) المادة (1) (التعريفات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(128) المادة (1 ح) من القانون رقم 10 لسنة 2007، بشأن حماية المنافسة (ملغى).

(129) المادة (1) (التعريفات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

مستقلين لكل منهما.

وفي نطاق الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة؛ فقد حظر المشرع في هذا القانون أربعة أنواع من الممارسات، وذلك على الوجه التالي:

1- حظر القيام بأعمال أو اتفاقات مرتبطة بعلاقات أفقية إذا أدت لنتائج معينة

عرّف قانون حماية المنافسة العلاقات الأفقية بأنها «الاتفاقات التي تُبرم بين المنافسين في مستوى واحد من مراحل الإنتاج أو سلسلة التوزيع في السوق المعنية»⁽¹³⁰⁾، على الرغم من أنه كان يكتفى بتعريفها بكونها اتفاقات تُبرم بين عدد لا يقل عن اثنين من المنافسين الفعليين أو المحتملين، وهذا ما أكدّه قانون الاتحاد الأوروبي⁽¹³¹⁾، من دون الحاجة إلى ربط ذلك بمستوى واحد من مراحل الإنتاج، أو سلسلة التوزيع في السوق المعنية، فكون الأشخاص الذين يبرمون اتفاقيات أفقية في مركز منافس فعلي أو محتمل يُغني عن مثل هذا التعريف، كما كان من الممكن الاكتفاء بكونها اتفاقيات تتضمن المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة، من دون الحاجة إلى التفرقة بين نوعية الاتفاقيات، وفيما إذا كانت أفقية أو رأسية، كما سلك المشرع الأمريكي في قانون شيرمان⁽¹³²⁾.

ولكن الأهمية تكمن في حظر إبرام مثل هذه الاتفاقات إذا كانت تؤدي إلى ممارسات المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة، ومع ذلك فقد جاء نص المادة (5) من قانون حماية المنافسة مقيداً وضيق النطاق بحالات خمس تعد - في نظر المشرع - ضارة بالمنافسة، ولم ينص - بشكل عام - على أن أي اتفاق يرتبط بعلاقات أفقية يعد محظوراً بمجرد ما ينتج عنه من المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة، من دون الحاجة إلى ذكر حالات حصرية؛ فالثابت أن الاتفاقيات الأفقية التي تعد من قبيل الممارسات الضارة هي تلك الاتفاقيات التي تتضمن قيوداً أو حواجز تُفرض بين المنافسين أنفسهم، أو تلك التي تمنع المنافسة أو تحد منها.

وبمقارنة ذلك بقانون شيرمان الأمريكي فقد نص صراحة على أن حظر وتجريم كل الاتفاقيات والممارسات التي تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة؛ الأمر الذي أدى إلى دخول كل مثل هذه الاتفاقيات، سواء كانت أفقية أو رأسية في نطاق المسؤولية الجنائية والمدنية⁽¹³³⁾.

(130) المادة (1) (التعريفات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(131) Commission Regulation (EU) No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L102, (23/4/2010), p.2.

(132) Sec 1 Sherman Act 1890.

(133) Sec 1 Sherman Act 1890.

أما المشرع الكويتي فقد سلك منهجاً مختلفاً؛ حيث لم يحظر – بشكل مجمل – أي نوع من الاتفاقيات التي تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة، وكان الأجدى بالمشرع عدم تخصيص ذلك ببعض الحالات، بحيث تكون على سبيل المثال لا الحصر، ولكن المشرع الكويتي أثر تحديد متى تكون هذه الاتفاقيات الأفقية ضارة بالمنافسة في حالات خمس:

تتناول الحالة الأولى تأثير الاتفاقيات الأفقية على تحديد أسعار المنتجات؛ بحيث في حال أدت هذه الاتفاقيات إلى رفع، أو خفض، أو تثبيت الأسعار، أو فرض شروط تجارية مقيّدة تتعارض مع آلية السوق، فإنها تعد من قبيل الاتفاقيات المحظورة، باعتبارها ضارة بالمنافسة الحرة⁽¹³⁴⁾.

وتتناول الحالة الثانية القيام – من خلال الاتفاقيات الأفقية – بتقسيم أو اقتسام أسواق المنتجات وفق المناطق، أو حجم المبيعات، أو المشتريات، أو نوع المنتجات، أو بأي وسيلة أخرى، والتي تعد كذلك من قبيل الاتفاقيات المحظورة، باعتبارها ضارة بالمنافسة الحرة⁽¹³⁵⁾.

أما الحالة الثالثة فإنها تتناول القيام – من خلال الاتفاقيات الأفقية – بعملية تثبيت كمية الإنتاج، أو التوزيع، أو البيع بالنسبة إلى السلع، أو تحديد طريقة، أو وسيلة تقديم الخدمات، والتي تعد كذلك من قبيل الاتفاقيات المحظورة، باعتبارها ضارة بالمنافسة الحرة⁽¹³⁶⁾.

كما تناولت الحالة الرابعة القيام – من خلال الاتفاقيات الأفقية – بتقييد التطور التقني، أو الاستثمار بالنسبة إلى إنتاج، أو توزيع، أو بيع سلعة، أو تقديم خدمة، والتي تعد كذلك من قبيل الاتفاقيات المحظورة، باعتبارها ضارة بالمنافسة الحرة⁽¹³⁷⁾. أما الحالة الخامسة والأخيرة، فقد تناولت القيام من خلال الاتفاقيات الأفقية بالتواطؤ في تقديم العطاءات، أو العروض، لبيع أو شراء أو توريد أي منتجات، والتي تعد كذلك من قبيل الاتفاقيات المحظورة باعتبارها ضارة بالمنافسة الحرة⁽¹³⁸⁾.

ويُعد مثل هذا التخصيص تقييداً لنطاق تطبيق وتفعيل حماية المنافسة الحرة في الدولة؛ حيث قد يكشف الواقع العملي عن حالات أكثر ضرراً، ولكنها تخرج عن نطاق الحظر الوارد في المادة الخامسة المتعلقة بحماية المنافسة الحرة من الاتفاقيات الأفقية،

(134) المادة (1/5) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(135) المادة (5/ب) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(136) المادة (5/ج) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(137) المادة (5/د) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(138) المادة (5/هـ) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

والتي يُفترض أن تكون محظورة، مادامت أنها أدت - بشكل مباشر أو غير مباشر - إلى منع أو تقييد أو الحد من المنافسة الحرة، فعلى سبيل المثال قد يتأمر بعض التجار، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو شركات ذات شخصية اعتبارية، على تبادل معلومات استراتيجية تتعلق بكمية أو أسعار المنتجات، وواقع السوق دون اتفاق صريح بتثبيت الأسعار، أو فرض شروط تجارية مقيدة للسوق المعنية.

2- حظر القيام بأعمال أو اتفاقات منسقة أو مرتبطة تخل بالمنافسة الحرة أو تقيدها أو تحد منها

حظرت المادة (6) من قانون حماية المنافسة القيام بأي اتفاقيات، أو ممارسات منسقة، أو أعمال مرتبطة بعلاقات أفقية، يكون من شأنها الإخلال بالمنافسة⁽¹³⁹⁾، ويُعد هذا التوجه محموداً من جهة، ومنتقداً من جهة أخرى؛ حيث إن ربط هذه الاتفاقيات الأفقية بفكرة الإخلال بالمنافسة أمر ضروري، ومتطلب رئيسي لحظرها، إلا أن المشرع لم يتبنَّ النهج نفسه فيما يتعلق بالاتفاقيات الأفقية الأساسية محل الحظر. كما أن التعميم الذي أوردته هذه المادة من دون تخصيص حالات معينة أمر محمود، ويعد أفضل من صياغة المادة (5) التي خصصت حالات معينة باعتبارها ضارة بالمنافسة؛ حيث كان يُفترض بالمشرع في كلتا المادتين (5 و6) أن يؤكد على الغرض الأساسي من الحظر، وهو المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة، وعدم الاكتفاء بفكرة الإخلال بالمنافسة.

3- حظر القيام بأي أعمال أو ممارسات منسقة مرتبطة بعلاقات رأسيّة تُقيّد المنافسة الحرة أو تحد منها أو تمنعها

عرّف قانون حماية المنافسة العلاقات الرأسية بكونها «الاتفاقات التي تُبرم بين المتنافسين في مستويات مختلفة من مراحل الإنتاج أو سلسلة التوزيع في السوق المعنية»⁽¹⁴⁰⁾. ويتضح الفارق بين الاتفاقيات الأفقية والرأسيّة: «بعبارة مبسطة، الاتفاقيات الأفقية تتم بين المنشآت التي تعمل في نفس مستوى سلسلة التوريد، بينما الاتفاقيات الرأسية قد تكون بين مورد ومتسلم في مستويات مختلفة من سلسلة الإنتاج أو التوزيع»⁽¹⁴¹⁾. وجاءت المادة (7) لتوضّح سبب الحظر بشكل أفضل بكثير من حالات الاتفاقيات الأفقية؛ حيث نصت على أنه: «يحظر على الأشخاص المرتبطين بعلاقة رأسيّة

(139) المادة (6) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(140) المادة (1) (التعريفات) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(141) Basil Siddique, 'Horizontal and Vertical Deal Structures: Legal Distinctions' (March 2018) https://www.researchgate.net/publication/323969333_Horizontal_and_Vertical_Deal_Structures_Legal_Distinctions. Last Accessed on 2/2/2026, p.2.

القيام بأي اتفاقات أو ممارسات منسقة يكون من شأنها تقييد المنافسة أو الحد منها أو منعها. ويحدد المجلس المعايير التي تعيق حرية المنافسة»⁽¹⁴²⁾.

وبهذا لم يسلك المشرع الكويتي الصياغة المنتقدة للاتفاقيات الأفقية، من حيث عدم ربطها بالغرض الأساسي من الحظر، والمتمثل في المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة، ولم يكتف كذلك بفكرة الإخلال بمبدأ المنافسة، كما هي الحال في الاتفاقيات المرتبطة أو المنسقة للاتفاقيات الأفقية. وبمقارنة ذلك بقانون شيرمان الأمريكي فقد توافق تقريباً نص المادة السابعة مع ما تم حظره وتجريمه بقانون شيرمان، والذي يشمل كل الاتفاقات والممارسات التي تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة⁽¹⁴³⁾.

4- حظر إساءة استغلال الوضع المهيمن من خلال منع المنافسة الحرة أو تقييدها أو الحد منها

حظرت المادة (8) إساءة استغلال الوضع المهيمن بما يؤدي إلى منع المنافسة في السوق المعنية أو تقييدها أو الحد منها⁽¹⁴⁴⁾. وقد سبق أن تم تعريف الوضع المهيمن بكونه «الوضع الذي يُمكن أي شخص بنفسه، أو بالاشتراك مع غيره من الأشخاص الآخرين، من التحكم أو التأثير على السوق المعنية، والتصرف - إلى حد كبير - بشكل مستقل عن منافسيه، أو عملائه، أو عن المستهلكين»⁽¹⁴⁵⁾.

ولا يزال المشرع الكويتي يتبنى النهج ذاته من حيث عدم حظر الاحتكار، وإنما فقط حظر إساءة التاجر، لما يتمتع به من وضع مهيمن بالسوق يُخوله التحكم أو التأثير في السوق المعنية، والتصرف فيها على وجه الاستقلال. وبمقارنة ذلك مع قانون شيرمان الأمريكي فقد تم حظر الاحتكار، أو محاولة الاحتكار، أو التآمر على الاحتكار، ودون ربطها بفكرة المنع أو القيد أو الحد من المنافسة الحرة، حيث يُعتبر كل شخص يحتكر، أو يحاول الاحتكار، و/ أو يتواطأ أو يتآمر مع أشخاص آخرين لاحتكار ليس فقط قطاعاً صناعياً، وإنما أيضاً أي جزء من التجارة أو الأعمال التجارية في العلاقات بين الولايات، من الأمور التي تعد مُجرّمة باعتبارها من قبيل الجنايات⁽¹⁴⁶⁾.

كان يُفترض حظر الاحتكار وتجريمه - في غير الحالات المستثناة بموجب قانون

(142) المادة (7) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(143) Sec 1 Sherman Act 1890.

(144) المادة (8) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(145) Norman A. Armstrong et al, op.cit., p.1.

(146) Sec 2 Sherman Act 1890.

حماية المنافسة – من وجهة نظر الباحث، تحقيقاً لمبدأ حماية المنافسة، فضلاً على الواقع العملي المتمثل في كيفية وصول التاجر إلى مركز الوضع المهيمن؛ حيث يتضمن عادة ممارسات ضارة بالمنافسة تمنع أو تقيد أو تحد من دخول المنافسين إلى السوق المعنية؛ لما يعود على المحتكر من فوائد من جراء التمتع بالمركز الاحتكاري؛ فالاعتراف بقانونية المراكز الاحتكارية في السوق المعنية أمر غير محمود في أي تنظيم تشريعي؛ خصوصاً أن محاولة الاحتكار، أو التأمر عليه، لا تدع مجالاً للشك في ارتكاب التاجر ممارسات ضارة تمكنه من الوصول إلى المركز الاحتكاري، ولكن كلا الأمرين لم يتم حظرهما أو تجريمهما بموجب قانون حماية المنافسة؛ لذا يُطرح التساؤل عن كيفية مواكبة التطورات والتغيرات المتسارعة في حماية المنافسة التي تمت الإشارة إليها في المذكرة الإيضاحية، في حين أن كلاً من الاحتكار أو محاولة الاحتكار أو التأمر عليه لم يتم حظرها أو تجريمها.

كما جاءت المادة (9) لتنسّف – باستثناءاتها – الحظر المنصوص عليه في المواد من (5) إلى (8) من قانون حماية المنافسة؛ حيث جاءت الاستثناءات بصياغة تشوبها العمومية، وتتيح مزاولة كل الممارسات الضارة بالمنافسة، بمجرد الاكتفاء بإخطار المجلس التابع للجهاز، مع أهمية تبريرها بأسباب تتعلق بتعزيز التنمية الاقتصادية، أو تحسين الكفاءة، أو الحفاظ على المنتجات⁽¹⁴⁷⁾، مع إلزام المعنيين بتقديم ضمانات للحد من آثارها الضارة على المنافسة إلى أدنى حد ممكن⁽¹⁴⁸⁾، أو أسباب تتعلق بتحقيق منافع اقتصادية واضحة للمستهلكين تتجاوز الأعباء المترتبة عليها⁽¹⁴⁹⁾، مع إلزام المعنيين بالإخطار عند تعديل الاتفاقات التي مُنحت استثناءات⁽¹⁵⁰⁾.

يتضح أن هذه الاشتراطات تسمح بالمنافسة غير المشروعة أكثر من حماية المنافسة، ويثار التساؤل عن سبب الاعتراف الصريح بقانونية هذه الاتفاقيات بمجرد الإخطار، وما يتبعه من تبريرات يسهل خلقها؛ حيث أقر المشرع – بشكل صريح – بما قد تؤدي إليه هذه الاتفاقيات من ضرر بالمنافسة، واكتفى بإلزام من يُبرمها فقط بالحد من هذا الضرر إلى أدنى حد ممكن.

بناءً على ما سبق، كان يُفترض بالمشرع الكويتي أن ينظم آلية الإخطارات عن الاتفاقيات محل الحظر، من حيث عدم الاكتفاء بفكرة الإخطار المُبرّر بأسباب عامة يصعب التحقق من جديتها، وإنما كان يتعين اشتراط موافقة المجلس التابع للجهاز على

(147) المادة (9/12) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(148) المادة (9/2 ب) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(149) المادة (9/2 ج) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

(150) المادة (9/3) من القانون رقم 72 لسنة 2020، بشأن حماية المنافسة.

ذلك. ومن جانب آخر يُفترض نشر الاستثناءات الممنوحة من قبل المجلس في الموقع الرسمي للجهاز، والسماح لذوي الشأن بتقديم ما لديهم من اعتراضات عليها لضمان الحياد التنافسي، وتشكيل لجان مختصة مستقلة للتحقيق وبت هذه الاعتراضات، وإلزام من يُبرم هذه الاتفاقيات – في حال التأكد من جدية الاعتراض المُقدم – بتقديم الضمانات الكافية، واتخاذ التدابير اللازمة لحفظ حقوق المعارض.

الخاتمة

تناول البحث، في المبحث الأول، ماهية الحماية القانونية للمنافسة الحرة وتمييزها عن غيرها؛ حيث يتناول المطلب الأول مفهوم الحماية القانونية للمنافسة الحرة، بينما اختص المطلب الثاني بشرح الفرق بين المنافسة الحرة والمنافسة المتكاملة. بينما تناول المبحث الثاني التطورات التشريعية لحماية المنافسة الحرة في دولة الكويت، من خلال أربعة مطالب: اختص المطلب الأول بتحليل نقدي للقواعد القانونية الخاصة بحماية المنافسة الحرة في ظل المرحلة الأولى الممتدة من تاريخ نفاذ القانون رقم 68 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي وحتى العام 1996. بينما تناول المطلب الثاني الحماية القانونية للمنافسة الحرة من خلال القانون رقم 68 لسنة 1980، بشأن إصدار قانون التجارة الكويتي المعدل بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996. بينما اختص المطلب الثالث بتحليل الحماية القانونية للمنافسة الحرة في ظل أول قانون مستقل لحماية المنافسة في دولة الكويت، وهو القانون رقم 10 لسنة 2007 بشأن حماية المنافسة... وأخيراً تعلق المطلب الرابع بتحليل القواعد القانونية الخاصة بحماية المنافسة الحرة في ظل القانون الحالي، وهو القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة.

أولاً: النتائج

تنقسم النتائج الخاصة بورقة البحث بكل مرحلة من مراحل تنظيم الحماية التشريعية للمنافسة الحرة في دولة الكويت، وذلك على الوجه التالي:

أ- النتائج المرتبطة بالمرحلة الأولى والمتعلقة بحماية تشريعية محدودة النطاق ضمن قواعد قانون التجارة الكويتي خلال الفترة من 1980 حتى 1996

- 1- توفير حماية قانونية محدودة النطاق بسبب واقع التجارة في دولة الكويت؛ حيث كانت في بداية نهضتها الاقتصادية.
- 2- اقتصر الحماية على التاجر الذي يُزاوِل نشاطه التجاري، من خلال محل تجاري ليست له شخصية اعتبارية مستقلة عن صاحبه.
- 3- ظلت الحماية ضمن نطاق اختصاص وزارة التجارة؛ حيث لم يتم إنشاء جهاز متخصص لحماية المنافسة خلال هذه المرحلة.
- 4- نتج عن مقارنة التنظيم التشريعي، في هذه المرحلة، مع قانون شيرمان الأمريكي، أن القانون الأخير أوسع نطاقاً من حيث حظر وتجريم كل أنواع

الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة، إضافة إلى منع وتجريم الاحتكار، ومحاولة الاحتكار، أو التآمر عليه بعقوبات صارمة.

5- لا تتناسب الحماية في هذه المرحلة مع التطورات التجارية والاقتصادية في الدولة، ولا تحقق الغرض الأساسي من حماية المنافسة، من حيث حظر كل الممارسات الضارة التي تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد منها.

ب- النتائج المرتبطة بالمرحلة الثانية والمتعلقة بتوفير حماية تشريعية أكثر تخصيصاً بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996 بتعديل قانون التجارة الكويتي

1- ظلت الحماية، في هذه المرحلة، ضمن نطاق اختصاص وزارة التجارة؛ حيث لم يتم إنشاء جهاز متخصص لحماية المنافسة خلال هذه المرحلة.

2- نص قانون التجارة المعدل على عقوبات مُنتقدة بسبب ضآلة قيمة الغرامة المالية المنصوص عليها إذا ما قورنت بحجم المخالفة ذات الصلة.

3- حظر إساءة التاجر إلى المركز الاحتكاري الذي يتمتع به، ولم يحظر الاحتكار في حد ذاته، كما لم يحظر محاولة الاحتكار، أو التآمر عليه، أسوة بقانون شيرمان الأمريكي.

4- تقييد الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة في عمليات الإنتاج والتوزيع فقط.

ج- النتائج المرتبطة بالمرحلة الثالثة والمتعلقة بتوفير حماية تشريعية مستقلة من خلال القانون رقم 10 لسنة 2007 في شأن حماية المنافسة

1- يعد قانون حماية المنافسة الملغى أول قانون مستقل يُنشئ جهازاً خاصاً لحماية المنافسة، وبهذا لم تعد الحماية ضمن الاختصاصات الرئيسية لوزارة التجارة، وإن كان الجهاز تابعاً لهيكلها.

2- تقييد تعريف السيطرة باستحواذ التاجر لنسبة 35 بالمائة من السوق المعنية، من دون بيان أسس مثل هذا التحديد الذي قد يعوق تفعيل التطبيق من ناحية عملية.

3- تعريف المنتجات بكونها السلع والخدمات المحلية والمستوردة، مثيراً تساؤلاً يتعلق بكيف يمكن أن تكون الخدمات مستوردة.

4- عدم حظر مركز السيطرة الفعلي للتاجر في السوق المعنية، وعدم اعتبارها مخالفة في حد ذاتها، حيث ما يُعد مخالفة هو إساءة استغلال هذه السيطرة من قبل التاجر المسيطر فقط.

5- فتح المجال للاجتهاد القضائي في تقدير ما إذا كانت الاتفاقيات، أو العقود، أو الممارسات، أو القرارات تُعد من الممارسات الضارة.

د- النتائج المرتبطة بالمرحلة الرابعة والمتعلقة بتوفير حماية تشريعية مستقلة من خلال القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن حماية المنافسة

1- تلافى قانون حماية المنافسة الانتقاد الذي وُجه إلى قانون حماية المنافسة الملغى بشأن إمكان اعتبار الخدمات مستوردة أو محلية؛ حيث عرف المنتجات بكونها السلع المحلية والمستوردة والخدمات.

2- تجنب قانون حماية المنافسة النهج التفصيلي في تحديد نطاق المنافسة، كما ورد في قانون حماية المنافسة الملغى؛ إذ اكتفى بعبارة «أي نشاط اقتصادي أو تجاري أو خدمي»؛ مما سمح بشمول جميع القطاعات، وعدم استبعاد أي منها من دائرة المنافسة.

3- ربط قانون حماية المنافسة، أسوة بالتشريعات المقارنة، الوضع المهيمن بمعايير تتعلق بالتأثير الحاسم، والتركز الاقتصادي، والسوق المعنية، والمنتجات المعنية، والنطاق الجغرافي المعني؛ حيث تعمل هذه المعايير مجتمعة على تحديد متى يصبح التاجر في وضع مهيمن.

4- لم يحظر قانون حماية المنافسة - بشكل مجمل - أي نوع من الاتفاقيات الأفقية التي تؤدي إلى المنع أو التقييد أو الحد من المنافسة الحرة، وإنما حددها في حالات خمس.

5- تفاوت قانون حماية المنافسة في تحديد الغرض من حظر الممارسات الضارة بالمنافسة الحرة؛ حيث تعامل مع كل حالة على حدة، وبطريقة تختلف نوعاً ما عما يشابهها من الممارسات.

6- ظل قانون حماية المنافسة متبعاً النهج ذاته، من حيث عدم حظر الاحتكار، وإنما فقط حظر إساءة التاجر - سواء كان شخصاً طبيعياً أو شركة ذات شخصية اعتبارية - إلى الوضع المهيمن الذي يتمتع به في السوق. وبمقارنة ذلك مع قانون شيرمان الأمريكي فقد تم حظر الاحتكار، ومحاولة الاحتكار، أو التآمر على الاحتكار، من دون ربطها بفكرة المنع أو القيد أو الحد من المنافسة الحرة.

7- نص قانون حماية المنافسة على عدد من الاستثناءات خاصة بالممارسات الضارة بالمنافسة الحرة والمنصوص عليها في المواد من (5) إلى (8)، بمجرد إخطار المجلس التابع لجهاز حماية المنافسة وتبريرها بأسباب تتعلق بتعزيز مثل هذه الاتفاقيات للتنمية الاقتصادية، أو تحسين الكفاءة، أو الحفاظ على المنتجات؛ مما يضعف جدية حظر الممارسات الضارة بالمنافسة مع مثل هذا التوسع في نطاق الاستثناءات، مكتفياً باشتراط تقديم ضمانات للحد من آثارها الضارة على المنافسة إلى أدنى حد ممكن، مع الاعتراف الصريح بالضرر المحتمل وقوعه من جراء هذه الاستثناءات.

ثانياً: التوصيات

- 1- يوصي البحث المشرع الكويتي بتعديل الحظر الخاص بالممارسات الضارة بالمنافسة الحرة الواردة في المواد من (5) إلى (8) من قانون حماية المنافسة، وتوحيد الغرض من هذه الممارسات، بكونها تمنع أو تُقيد أو تحد من المنافسة الحرة.
- 2- كما يوصي بتعديل نص المادة (5) من قانون حماية المنافسة، بحيث تؤكد أن الحالات التي ذكرت هي على سبيل المثال وليس الحصر.
- 3- ويوصي أيضاً بتعديل المادة (8) من قانون حماية المنافسة بحيث يتم حظر الاحتكار، ومحاولة الاحتكار، أو التآمر عليه، باعتباره من الممارسات الضارة بالمنافسة التي تمنع أو تُقيد أو تحد من المنافسة الحرة، وعدم الاكتفاء بحظر إساءة التاجر إلى الوضع المهيمن الذي يتمتع به.
- 4- ويوصي كذلك بتعديل المادة (9) من قانون حماية المنافسة، بحيث تحد من النطاق الواسع لما ورد بها من استثناءات، واستلزام الحصول على موافقة المجلس التابع لجهاز حماية المنافسة، وليس مجرد الإخطار، مع ذكر الأسباب التي تبرر إبرام مثل هذه الاتفاقيات. كما يوصي بأن يشمل تعديل هذه المادة إلزام المجلس بنشر ما يتم تقديمه من إخطارات من قبل التجار - سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو شركات ذات شخصية اعتبارية - بالموقع الرسمي للجهاز، للسماح لذوي الشأن بالاعتراض على السماح بمثل هذه الممارسات، وإلزام من يُبرم هذه الاتفاقيات - في حال التأكد من جدية الاعتراض من قبل لجان تحقيق محايدة - بتقديم الضمانات الكافية واتخاذ التدابير اللازمة لحفظ حقوق المعارض.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب

- خليل فيكتور، شرح قانون التجارة الكويتي: دراسة مقارنة بالقانون المصري والفرنسي وبعض القوانين العربية، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية، 2016.

2- الأبحاث

- أحمد عبدالرحمن الملحم، مدى مخالفة الاندماج أو السيطرة لأحكام المنافسة التجارية: دراسة تحليلية مقارنة بين القانونين الأمريكي والأوروبي مع الإشارة إلى القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج19، ع3، سبتمبر 1995.
- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
- حبيب بلقنشي، حماية المنافسة من الممارسات المنافية لها بين الهيئات الإدارية المستقلة والهيئات القضائية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج44، ع2، 2020.
- حمودة فتحي حمودة وصالح بن حمد البراشدي، أهم قواعد وأحكام قانون المنافسة الأمريكي وتطبيقاته، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، س8، ع4، ج2، يناير 2020.
- طعمة صغفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج19، ع1، 1995.
- محمد إبراهيم الشافعي، النظام القانوني لحماية المنافسة في القانون الإماراتي مع الإشارة إلى بعض التشريعات المقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج40، ع3، سبتمبر 2016.
- محمد سعد العرمان، الاتفاقات والعقود الضارة بالمنافسة الحرة ومنع الممارسات الاحتكارية وفقاً للتشريع الإماراتي، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق

- والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، مج2016، ع15، يونيو2016.
- محمد عيسى العظب، التحديات القانونية للمنافسة بين شركات النقل الجوي: دراسة تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س10، ع38، ع2، رجب1443هـ/ مارس2022.
- محمد القيسي، استقلالية هيئة المنافسة وتكوينها وأثرهما على القيام بدورها في ظل القوانين العربية، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي السادس لكلية القانون الكويتية العالمية .. المستجدات القانونية المعاصرة: قضايا وتحديات، 1 و2 مايو2019، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، س8، ع4، ج2، جمادى الأول/ جمادى الآخرة 1441هـ، يناير2020.
- محمود فياض، ضوابط اندماج الشركات وفق قواعد حماية المنافسة في ضوء تشريع الاندماج الأوروبي رقم 2004/139، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بأبحاث المؤتمر السنوي الثالث – الحوكمة والتنظيم القانوني لأسواق المال، س4، ع1، ج1، مايو2016.
- عبدالله مسفر الحيان وفهد علي الزميع، عقود الحصرية في قوانين المنافسة الاحتكارية – دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج48، ع3، سبتمبر2024.
- عبدالعزيز الشبيب المطيري، دور الأنظمة المقارنة في تعزيز الحياد التنافسي – قانون حماية المنافسة الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج48، ع3، سبتمبر2024.
- تامر محمد صالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج39، ع4، مارس2016.

ثانياً: باللغة الأجنبية

A- Books

- Alison Jones et al, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, 6th edn, Oxford University Press, 2016.
- Allan Nevins, John D. Rockefeller: A One-Volume Abridgment

- by William Greenleaf of a Study in Power, Charles Scribner Sons, New York, 1959.
- Ariel Ezrachi, Competition and Antitrust Law: A very short Introduction, Oxford University Press, 2021.
 - David Freeman Hawke, John the Founding Father of the Rockefellers, Harper & Row, New York, 1980.
 - L. Kaplow, 'On the Choice of Welfare Standards in Competition Law', in D. Zimmer (ed.), The Goals of Competition Law, Cheltenham: Edward Elgar, (2014), available at: <<https://dash.harvard.edu/server/api/core/bitstreams/7312037d-b486-6bd4-e053-0100007fdf3b/content>>.

B- Articles

- Audrey Gerrard, 'The Standard Oil Company: Enterprise, Monopoly, and Regulation', 2022, Institute for Moderne Samfunnshistorie (NTNU) Case# 9-2022 Research Paper, available at: <<https://www.ntnu.edu/documents/1297014369/1326993163/Case+10+Standard+Oil.pdf/c1fa3e29-ef5a-5618-f8f5-efd50d132aa7?t=1675962993403>>.
- Basil Siddique, 'Horizontal and Vertical Deal Structures: Legal Distinctions' March 2018, https://www.researchgate.net/publication/323969333_Horizontal_and_Vertical_Deal_Structures_Legal_Distinctions.
- Carolina Abate et al, "The intersection between competition and data privacy", OECD Research Paper, 2024, available at: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2024/06/the-intersection-between-competition-and-data-privacy_b5ac1ae6/0dd065a3-en.pdf>.
- Cassey Lee, "The Objectives of Competition Law", ERIA Discussion Paper Series, Aug 2015, available at: <https://www.researchgate.net/profile/Cassey-Lee/publication/307634289_The_Objectives_of_Competition_Law/links/57ce200208aed67896ffca66/The-Objectives-of-Competition-Law.pdf>.

- Ioannis Lianos and Chrysovalantou Milliou, “Advantages and Disadvantages of Competition Policy Standards”, Research Paper, Centre for Law, Economics and Society (CLES), June 2023, available at: <https://www.ucl.ac.uk/laws/sites/laws/files/cles_policy_paper_1_2024.pdf>.
- Jolanta Drozd et Algirdas Miškinis, ‘Benefits and Threats of Free Trade’, Economics, Vol.2, Iss.4, available at: <https://www.dbc.wroc.pl/Content/20819/Drozd_Benefits_And_Threats_Of_Free_Trade_2011.pdf>.
- Laura Phillips Sawyer, ‘US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective’ Harvard Business School Research Paper pp.19-110, (2019), available at: < https://www.hbs.edu/ris/Publication%20Files/19-110_e21447ad-d98a-451f-8ef0-ba42209018e6.pdf>.
- Majdi Salamah, ‘International legal framework for competition protection’, International Journal of Scientific and Research Publications, Vol.13, Iss.3, March 2023, available at: <https://www.researchgate.net/publication/370169115_International_legal_framework_for_competition_protection/fulltext/6443185c017bc07902cdd659/International-legal-framework-for-competition-protection.pdf?>.
- Manishimwe Niyonzima, “The Influence of Competition on Consumer Awareness as Well as Consumer Protection”, Research Paper University of Rwanda, (Nov 2022), available at: <https://www.rica.gov.rw/fileadmin/user_upload/RICA/Publications/Polices/Essay_in_Promotion_of_Fair_Competition_by_Niyonzima_Manishimwe.pdf>.
- Marcia Denny, ‘Application of Rule of Law in Competition Law and Policy: An Analysis of the Delayed Implementation of Competition Law in Kuwait’, Kilaw 4th Annual Conference, Law An Instrument for Reform & Development 9 -10 May 2017, Kilaw Journal Supplement, Vol.2, Iss.2, (2017).
- Maria Casoria, ‘Competition Law in the GCC Countries: The Tale of a

- Blurry Enforcement', Chinese Business Review, Vol.16, Iss.3, March 2017.
- Mohamed El Hédi Lahouel, 'Competition Laws in Mena an Assessment of the Status Quo and the Relevance of A WTO Agreement' Working Paper (2011), available at: <<https://erf.org.eg/app/uploads/2017/05/2011.pdf>>.
 - Nora Memti, Mapping the Gulf States Within the Global Competition Law Framework', EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol.8, (2024).
 - Norman A. Armstrong et al, 'Sherman Act Section 1 Fundamentals' (2019) LexisNexis Research Paper, available at: <https://www.kslaw.com/attachments/000/006/793/original/Sherman_Act_Section_1_Fundamentals.pdf?1552944322>.
 - R. Shyam Khemani, 'Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions', OECD Research Paper, (2022), available at: <https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclpmisc25_en.pdf>.
 - R. Shyam Khemani, 'Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions' OECD Research Paper, (2022), available at: <https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclpmisc25_en.pdf>.

C- Reports

- Commission Regulation (EU) No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L102, (23/4/2010).
- European Commission, 'Competition: Antitrust procedures in abuse of dominance' available at: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-05/antitrust_procedures_102_en.pdf>.
- European Commission, 'Protecting competition in a changing world:

- Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years” Research Paper, 2024, available at: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2024-06/KD0924494enn_Protecting_competition_in_a_changing_world_staff_report_2024.pdf>.
- Law Offices of William A. Markham P.C., ‘The Monopolization Offenses’, available at: <<https://www.markhamlawfirm.com/the-monopolization-offenses/>>.
 - National Archives, ‘Sherman Anti-Trust Act (1890)’, available at: <<https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act#>>.
 - Office of Fair Trading, ‘A quick guide to competition and consumer protection laws that affect your business’, available at: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a759a6ced915d506ee80176/oft911.pdf>>.
 - UNCTAD, “Maximizing synergies between competition and consumer protection policies”, Ninth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices Geneva, (7–11 July 2025) Item 9 of the provisional agenda, available online at: <https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf10d4_en.pdf>.
 - UNCTAD, “The UNCTAD Model Law on Competition after 30 years – some reflections” Research Paper United Nations, (2024), available at: <https://unctad.org/system/files/official-document/ditclp2023d6_en.pdf>.
 - WIPO, ‘Protection Against Unfair Competition: Analysis of the Present World Situation’ Research Paper, 1994, <https://tind.wipo.int/record/20405/files/wipo_pub_725_en_protection_against_unfair_competition.pdf>.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	69
المقدمة	70
المبحث الأول: ماهية الحماية القانونية للمنافسة الحرة وتمييزها عن غيرها	73
المطلب الأول: الحماية القانونية للمنافسة الحرة وأهدافها	76
المطلب الثاني: الفرق بين مبدأ المنافسة وحرية المنافسة ومبدأ المنافسة المتكاملة	79
المبحث الثاني: أحكام تنظيم حماية المنافسة الحرة وضوابطها في دولة الكويت	81
المطلب الأول: حماية تشريعية محدودة النطاق ضمن قواعد قانون التجارة الكويتي خلال الفترة من عام 1980 حتى 1996	82
المطلب الثاني: حماية تشريعية أكثر تخصيصاً بموجب القانون رقم 13 لسنة 1996 بتعديل قانون التجارة الكويتي	86
المطلب الثالث: حماية تشريعية مستقلة من خلال القانون رقم 10 لسنة 2007 في شأن حماية المنافسة	89
المطلب الرابع: حماية تشريعية مستقلة من خلال القانون رقم 72 لسنة 2020 في شأن حماية المنافسة	95
الخاتمة	105
قائمة المراجع	109

البيع العقاري بين العقدين الابتدائي والنهائي

دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي^(*)



أ. د ياسر أحمد كامل الصيرفي^(**)
أستاذ القانون المدني
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مبدأ قضائي استقرت عليه أحكام القضاء في كلٍّ من مصر والكويت، وهو مبدأ ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي في البيع العقاري، واعتبار العقد النهائي – دون العقد الابتدائي – هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويكون قانون المتعاقدين. ويصبح هذا العقد هو المرجع في بيان نطاق التعاقد وشروطه وتحديد حقوق والتزامات طرفيه، وذلك على الرغم من أن عقد البيع الابتدائي هو عقد نهائي يرتب كل آثار البيع بما في ذلك التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، كما أن عقد البيع النهائي هو مجرد إجراء من إجراءات شهر العقد الابتدائي، وهو ما يدعونا إلى ضرورة إعادة النظر في هذا المبدأ القضائي، ليصبح العقد الابتدائي هو قانون المتعاقدين الذي يحدد حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة فيما لم يرد بشأنه نص في العقد النهائي.

تكمُن أهمية هذا البحث في لفت انتباه رجال القانون إلى ما انتهى إليه الباحث من ضرورة مراجعة هذا المبدأ القضائي المستقر منذ زمن بعيد، والذي يجعل العبرة بالعقد النهائي – دون العقد الابتدائي – في تحديد حقوق والتزامات المتعاقدين، على الرغم من أن المتعاقدين عند تحرير العقد النهائي لا يُضمّنونه عادةً نفس الشروط المنصوص عليها في العقد الابتدائي، باعتبار أن العقد النهائي هو مجرد إجراء من إجراءات شهر العقد الابتدائي حتى تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري، وأن هذا العقد الأخير لا يزال ساريًا وهو المرجع في تنظيم علاقتهم. والمنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي المقارن لأحكام القضاء في كل من مصر والكويت.

كلمات دالة: عقد البيع الابتدائي – عقد البيع النهائي – البيع العقاري – التسجيل – التقايل – العدول.

وتاريخ قبوله: 20 يناير 2026

(*) تاريخ تقديم البحث: 27 سبتمبر 2025

(**) أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة القاهرة.

المقدمة

جرت أحكام القضاء في مصر والكويت على أن العقد النهائي – دون العقد الابتدائي – هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، ويصبح وحده قانون المتعاقدين من تاريخ إبرامه، والمرجع في تبيان نطاق التعاقد وشروطه، وتحديد الحقوق والالتزامات لطرفيه. ومن ثم فإن بنود العقد الابتدائي التي لم يُنص عليها في العقد النهائي تكون قد تم العدول عنها.

هذا المبدأ القضائي يبدو في ظاهره منطقيًا، ذلك أن العقد الابتدائي ليس عقدًا نهائيًا، بل هو عقد يمهد للعقد النهائي. كما أن للأفراد أن يُضْمَنُوا عقودهم ما شاءوا من شروط، ما دامت لا تخالف النظام العام والآداب، كما يمكنهم أيضًا العدول عن بعض هذه الشروط عند تحرير العقد النهائي، كما لهم أن يتقايلا من العقد، وهذا كله إعمالاً لمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين».

ولكن هل هذا المبدأ – الذي جرت عليه أحكام القضاء – من المناسب تطبيقه على البيع العقاري، بحيث تكون العبرة في تحديد أحكامه بالعقد النهائي دون العقد الابتدائي، على الرغم من أن عقد البيع الابتدائي يُعتَبَر عقدًا نهائيًا، وأن ما يسمى بالعقد النهائي هو مجرد إجراء من إجراءات شهر العقد الابتدائي؟

فيما يلي نحاول الإجابة عن هذا السؤال من خلال مبحثين، نخصص أولهما لبيان طبيعة عقد البيع العقاري، ونعرض في ثانيهما لبعض التطبيقات القضائية للمبدأ محل الدراسة على البيوع العقارية، على أن نمهد لذلك كله بالتعريف بعقد البيع وبيان خصائصه.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على هذا المبدأ القضائي الذي جرت عليه أحكام القضاء في مصر والكويت فيما يتعلق بالبيوع العقارية، وذلك بغرض لفت انتباه رجال القانون إلى ما انتهى إليه الباحث من ضرورة مراجعة هذا المبدأ الذي يجعل العبرة بالعقد النهائي، دون العقد الابتدائي، في تحديد حقوق والتزامات المتعاقدين.

وقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن لأحكام القضاء في كلٍّ من مصر والكويت وفقًا لخطة البحث التالية:

مبحث تمهيدي: التعريف بعقد البيع وبيان خصائصه.

المبحث الأول: طبيعة عقد البيع العقاري – قوانين الشهر العقاري وظهور مسمى «عقد البيع الابتدائي» و «عقد البيع النهائي».

المبحث الثاني: التطبيقات القضائية بشأن عقد البيع العقاري.

مبحث تمهيدي تعريف البيع وخصائصه

عقد البيع هو أكثر العقود شيوعاً في التعامل بين الأفراد في المجتمع، فهو عصب التجارة، وقد أولاه المشرع عناية كبيرة، فلا تكاد تُذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع، وقد عرّفه المشرع المصري في المادة (418) من القانون المدني بقوله: «البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي». كما عرّفه أيضاً المشرع الكويتي في المادة (454) من القانون المدني بقوله: «البيع عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي»⁽¹⁾.

وكما هو واضح من التعريف، فإنه لا يقصر البيع على نقل الملكية، بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر، فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق، وقد يقع على حقوق شخصية، كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود⁽²⁾.

كما تتضح من التعريف السابق أيضاً، أهم خصائص عقد البيع، فهو عقد من العقود الرضائية، كما أنه عقد ناقل للملكية.

المطلب الأول عقد البيع من العقود الرضائية

عقد البيع ينعقد بمجرد التعبير عن الرضاء به أيّاً كانت طريقة التعبير، فالمتعاقد هو الذي يختار بمحض إرادته الحرة شكل التصرف من دون أي تدخل من جانب المشرع، فله أن يعبر عن إرادته باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة، أو بأي سلوك من جانبه يصلح تعبيراً عن الإرادة⁽³⁾.

(1) وبذلك لم يأخذ المشرع الكويتي مفهوم البيع كما ورد في مجلة الأحكام العدلية؛ فالبيع في المجلة يتسع لكل مبادلة مال بمال، وينقسم إلى أربعة أقسام بين المال بالثمن ويسمى البيع المطلق لأنه أشهر أقسام البيع، وبيع بالنقد وهو الصرف، وبيع العين بالعين وهو المقايضة، وبيع مؤجل وهو السلم، فقد أثر أن يجري في تعريف البيع على المتعارف، وهو البيع المطلق، وبذلك يكون قد أخذ بمفهوم البيع في القانون المدني المصري (راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ط4، 2004، ص361 إلى 362).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4، ص15.

(3) تنص المادة (1/90) من القانون المدني المصري على أن: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة

وعلى الرغم من اختلاف طرق التعبير عن الإرادة، بحيث يمكن القول بأن هناك طريقة أفضل من الأخرى في الكشف عن الإرادة، فإن المتعاقد في عقد البيع يتمتع بحرية الاختيار فيما بينها، إعمالاً لمبدأ الرضائية؛ فله مثلاً أن يعبر بالإشارة دون اللفظ أو الكتابة، على الرغم من قدرته على التعبير بهما، فالترتيب الوارد بالمادة (90) من القانون المدني المصري لا يفيد ترجيح وسيلة على أخرى من وسائل التعبير، فعقد البيع كقاعدة ليس عقداً شكلياً⁽⁴⁾.

ففي التصرفات الشكلية، لا يترك المشرع للإرادة الحرة في اختيار شكل التعبير عن نفسها، بل على العكس من ذلك، يفرض على الإرادة شكلاً يجب عليها الالتزام به كي تُنتج آثارها القانونية، فبينما يكون الشكل في التصرف الرضائي حراً متروكاً لإرادة المتصرف، فإنه يكون مفروضاً من جانب المشرع في التصرف الشكلي⁽⁵⁾.

ولذلك فإن الأشكال التي يلجأ إليها الأفراد بإرادتهم الحرة لا يمكن أن تجعل التصرف شكلياً، حتى لو كان الشكل الذي لجأوا إليه هو الشكل الرسمي، ما لم يكن ضرورياً من الناحية القانونية، فما يسمى بالشكل الاتفاقي ليس من شأنه أن يجعل التصرف القانوني تصرفاً شكلياً⁽⁶⁾.

وبذلك يتضح أن الشكل الواحد يمكن أن يكون حراً أو مفروضاً، بحسب ما إذا كان المشرع هو الذي فرضه أو أن الأفراد هم من لجأوا إليه بحريتهم؛ فمثلاً عندما يُعبر الأفراد عن إرادتهم في الشكل الرسمي من دون أن يستلزم المشرع ذلك فإن الشكل الرسمي يكون حراً، ومن ثم يكون التصرف رضائياً. في حين أن الشكل الرسمي يكون مفروضاً إذا كان المشرع هو الذي استلزمه وبالتالي يكون التصرف شكلياً.

والغالب من الناحية العملية، أن يكون عقد البيع مدوناً في محرر، وذلك لإثباته عند النزاع وليس لانعقاده. فالمادة (60) من قانون الإثبات المصري تنص على أنه: «في غير

المقصود». كما تنص المادة (34) من القانون المدني الكويتي على أن: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة الشائعة الاستعمال، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين».

(4) ومع ذلك فقد يخرج المشرع على هذه القاعدة في بعض الحالات، ويجعل من البيع عقداً شكلياً، كما هو الشأن بالنسبة إلى عقد بيع السفينة (المادة 9 من قانون التجارة البحرية الكويتي - المادة 1/11 من القانون البحري المصري الجديد رقم 8 لسنة 1990). وكذلك الشأن بالنسبة إلى البيع الذي يكون فيه الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة حيث يشترط لانعقاده أن يتم بالكتابة (المادة 743 من القانون المدني المصري).

(5) ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.

(6) المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.

المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تُقبل شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك»⁽⁷⁾.

فالمحرر يُعتبر أداة إثبات فقط وليس شكلاً لازماً لانعقاد البيع، فالعقد يوجد قانوناً ويكون منتجاً لآثاره ولو لم يكن ثابتاً بالكتابة؛ فالكتابة المطلوبة للإثبات تختلف جذرياً عن الكتابة التي يستلزمها المشرع كشكل لبعض التصرفات القانونية، حيث تكون هذه الكتابة شرطاً لوجود التصرف الشكلي، بحيث يؤدي تخلفها إلى انعدام التصرف ذاته، في حين أن الكتابة المطلوبة للإثبات لا علاقة لها بوجود التصرف، فتخلفها لا يؤدي إلى أكثر من صعوبة إثباته. وهذا التنوع في الحكم ليس إلا نتيجة طبيعية للاختلاف القائم بين الشكل ودليل الإثبات، والذي لا يُعد مجرد اختلاف في الدرجة كما يزعم البعض، بل هو خلاف في الطبيعة، يرجع أساساً إلى اختلاف وظيفة الشكل عن وظيفة دليل الإثبات⁽⁸⁾.

فالوظيفة الأساسية للشكل، وهي حماية الإرادة، لا يُتصور تحقيقها إلا إذا كان الشكل يمارس دوره في مرحلة سابقة، أو على الأقل معاصرة، لإبرام التصرف. أما بعد ذلك فإن الحديث عن حماية الإرادة عن طريق الشكل يكون عبثاً، أما دليل الإثبات فلا تظهر وظيفته إلا في مرحلة تالية لإبرام التصرف، وهي مرحلة النزاع. ولذلك فإن إعداد دليل الإثبات لا يلزم أن يكون معاصراً لإبرام العقد، فمن الممكن أن يحدث عقب إبرامه ولو بفترة زمنية.

ومع ذلك يلاحظ أن الفرق بين الشكل ودليل الإثبات يكاد يتلاشى في بعض الأحيان من الناحية العملية، وذلك عندما تكون النتيجة المترتبة على تخلف الكتابة المطلوبة للإثبات، معادلةً للنتيجة المترتبة على تخلف الكتابة المطلوبة كشكل للتصرف القانوني، فمن الناحية العملية لا يوجد أي فارق بين تصرف لم يوجد أصلاً لتخلف الشكل، وتصرف موجود قانوناً، ولكن استحالة إثباته. ففي كلتا الحالتين تكون النتيجة العملية واحدة، وهي عدم فعالية التصرف، وإن اختلفت أسبابها، فالتصرف الذي لا دليل على وجوده هو والعدم سواء. وهذا ما عبّرت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري بقولها: «إن الحق يتجرد من قيمته ما لم يقيم الدليل على الحادث المبدئي له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه»⁽⁹⁾.

(7) وكذلك المادة (39) من قانون الإثبات الكويتي.

(8) ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص 192 - 197.

(9) مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري، ج 3، ص 349.

ومع ذلك يجب تجنب الخلط بين الشكل ودليل الإثبات، وهو الخلط الذي قد يقع فيه البعض⁽¹⁰⁾، ذلك أن ما يحدث في بعض الأحيان من تقارب، أو حتى تطابق بين النتائج العملية المترتبة على تطبيق نظم قانونية مختلفة لا يعني بحال وحدة هذه النظم التي أحدثتها⁽¹¹⁾.

ويظل عقد البيع عقداً رضائياً، حتى لو استلزم المشرع التسجيل لنقل الملكية، كما هو الشأن بالنسبة إلى عقد البيع العقاري، ذلك أن إجراءات التسجيل لا تعدو أن تكون مجرد إجراءات تهدف إلى شهر التصرف وإعلام الناس به، وليست شكلاً مطلوباً لانعقاد التصرف⁽¹²⁾.

صحيح أن العقد لا بد أن يكون مكتوباً كي يمكن القيام بإجراءات التسجيل، ولكن يتعين التمييز بدقة بين الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف؛ أي الشكل، والكتابة المطلوبة للشهر، فالشكل أسلوب مفروض للتعبير عن الإرادة، فهو يفترض وجود إرادة تسعى إلى إبرام تصرف قانوني، وترغب في التعبير عن نفسها تعبيراً قانونياً يعتد به المشرع، فالشكل يرتبط بالإرادة الفردية، فهو ينصب عليها ليجسدها، وهو وإن كان خارجاً عن الإرادة، فإنه ليس خارجاً عن التصرف ذاته، فهو أحد عناصر وجوده. ولذلك فإن تخلف الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني.

أما إجراءات الشهر فإنها تفترض وجود تصرف قانوني انعقد صحيحاً ورتب آثاره، ويرغب أصحابه في جعل هذه الآثار نافذة في حق الغير، فالشهر يرتبط بالتصرف القانوني ذاته وليس بالإرادات الفردية المشاركة في تكوينه، فهو ينصب على التصرف ليكفل للغير العلم به. فإجراءات الشهر لاحقة على تكوين التصرف القانوني⁽¹³⁾.

(10) جاك فلور، ملاحظات على تطور الشكلية، ج 1، ميلونج ريبير، 1950، رقم 6 و8، حيث عبّر عن ذلك بقوله: «إن التقارب بين قواعد الشكل وقواعد الإثبات لا يظهر فقط من خلال التشابه في نتائجهما العملية، وإنما من خلال التماثل في سبب وجود كل منهما».

(11) فمن المسلمات الأساسية في علم القانون أن تحقق الوجود القانوني للتصرف أمر مستقل ومتميز عن إثباته؛ فلا ينبغي الخلط بينهما، وإعمالاً لهذا التمييز فإن المشرع يضع قواعد تحكم إنشاء التصرف القانوني وأخرى تحكم إثباته، فالأولى تبين العناصر التي يتكون منها والتي باجتماعها يتحقق الوجود القانوني للتصرف، أما الثانية فإنها تنظم وسائل وإجراءات إثباته أمام القضاء، والشكل ينتمي إلى المجموعة الأولى، أما إجراءات الإثبات وأدلتها فإنها تنتمي إلى المجموعة الثانية.

(12) انظر في التمييز بين الشكل وإجراءات الشهر، ياسر الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، مرجع سابق، ص 245 وما بعدها.

(13) هذا الفارق بين الشكل وإجراءات الشهر يزداد وضوحاً عندما نكون بصدد عقد، حيث يلزم وجود إرادتين على الأقل، فالشكل قد يكون مطلوباً بالنسبة إلى التعبير عن إحدى الإرادتين دون الأخرى، كما هو الشأن في عقد الرهن الرسمي وعقد الهبة، فالشكل مطلوب في التعبير عن إرادة الراهن والواهب، أما إجراءات الشهر فإنها تتعلق بالعقد ذاته، أي الكائن القانوني المتولد من مجموع الإرادات المشاركة في العقد، فعقد الرهن ذاته هو الذي يخضع للشهر وليس إرادة أحد المتعاقدين.

ولذلك فإن تخلف الكتابة المطلوبة للشهر لا يمس بحال سلامة التصرف الخاضع للشهر، فهو يظل سليماً منتجاً لكل آثاره، وغاية ما هنالك أن كل أو بعض هذه الآثار لا يكون نافذاً في مواجهة الغير، فالتصرفات الخاضعة لإجراءات الشهر، وفي مقدمتها عقد البيع العقاري، ليست تصرفات شكلية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن «قانون تنظيم الشهر العقاري فيما يتطلب من تسجيل عقد البيع العقاري لا يضيف على هذا العقد شكلاً رسمياً معيناً؛ فهو لم يغير شيئاً من طبيعته من حيث كونه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين، وإنما عدل فقط من آثارها بالنسبة إلى العاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل مترخياً إلى ما بعد حصول التسجيل، وإذا كان نص المادة (700) مدني يوجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، فإن الوكالة في بيع وشراء العقار تكون هي أيضاً رضائية، ولا يستوجب القانون شكلاً رسمياً لانعقادها»⁽¹⁴⁾.

كما يظل عقد البيع العقاري عقداً رضائياً، حتى لو اتفق المتعاقدان على ضرورة الكتابة الرسمية لانعقادها، فمثل هذا الشكل الاتفاقي ليس من شأنه أن يحول العقد الرضائي إلى عقد شكلي، ذلك أن الاتفاق المبرم بين الأفراد في مثل هذه الحالات لا يُعد تعاقداً تاماً، بل مجرد مشروع عقد غير ملزم، ومن ثم يجوز للمتعاقدين أن يرجعا عنه جملة وتفصيلاً، ولا يجوز لأحدهما أن يجبر الآخر على استيفاء الشكل المتفق عليه، كي يصل إلى إبرام العقد. وهذا بالفعل ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة (66) مدني بقوله: «إذا اشترط المتعاقدان لقيام العقد اتباع شكل معين في إبرامه فإنه لا يجوز لأحدهما بدون رضا الآخر أن يتمسك بقيامه ما لم يأت في الشكل المتفق عليه».

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه عندما يُقدم الطرفان على إبرام العقد بصورته النهائية فإنهما لا يلتزمان بما ورد في مشروعهما الأول من شروط، ومن بينها بالطبع شرط الشكل، فلو كان المشروع يقضي بضرورة الشكل الرسمي ثم أبرم العقد في الشكل العرفي، فليس لأحدهما أن يتخلص من التزاماته محتجاً بأن العقد لم ينعقد، لعدم إفراده في الشكل الرسمي المتفق عليه. لأن ذلك يُعد بمنزلة اتفاق من جانبيهما صريح أو ضمني على التخلي عن الشكل الرسمي.

وحتى لو حدث أن أبرم العقد في الشكل الرسمي فإن ذلك لا يعني أنهما ملزمان بذلك، فمشروعهما السابق غير ملزم بطبيعته، ومن ثم فإن لجوءهما إلى هذا الشكل يُعد

(14) نقض مدني 24 أبريل 1980، مجموعة أحكام النقض 31، رقم 231، ص 1201.

دائماً اختياراً حرّاً من جانبهما، فلا يوجد شيء أجبرهما على تحرير عقد رسمي أو حتى تصرف مكتوب، لأن البيع الشفهي صحيح. فالمتعاقدان بتقريرهما أن يُعقد البيع بالكتابة الرسمية إنما هما ببساطة يمارسان حرية التعبير التي منحها المشرع لهما كي يختارا شكل هذا التعبير.

فعندما توجد حرية اختيار شكل التصرف القانوني فإنه يكون رضائياً، ولا يغير من ذلك أن يكون مثبتاً بورقة رسمية، فيجب تجنب الخلط بين التصرف القانوني الشكلي والتصرف الرسمي، ذلك الخلط كثير الوقوع في الحياة العملية، فكل تصرف رسمي محرر مثبت للعلاقة التعاقدية ليس تصرفاً شكلياً، كما أن التصرف الشكلي ليس بدوره تصرفاً رسمياً. فمن ناحية ليس الشكل الرسمي هو الشكل الوحيد الذي يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة في التصرفات الشكلية. ومن ناحية أخرى فإن الشكل الرسمي قد يلجأ إليه الأفراد من دون أن يستلزمه المشرع ومن ثم يكون شكلاً حرّاً.

المطلب الثاني

عقد البيع عقد ناقل للملكية

البيع كغيره من العقود يقتصر أثره على إنشاء الالتزامات، وهو دائماً يُنشئ التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية، هذا الالتزام قد يقتضي تنفيذه القيام ببعض الإجراءات، كالفرز والتجنيب إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع، أو التسجيل إذا كان المبيع عقاراً. وقد يُنفذ الالتزام بنقل الملكية بقوة القانون من دون حاجة إلى القيام بأي إجراءات إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات⁽¹⁵⁾.

فانتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع، بل هو أثر الالتزام بنقل الملكية، الذي يُنشئه البيع، حتى لو كان المبيع منقولاً معيناً بالذات. صحيح أن انتقال الملكية يحدث في هذه الحالة بمجرد انعقاد العقد، ولكن ذلك لا يعني أن العقد بذاته قد نقل الملكية مباشرة، فهذا التحليل غير سليم من الناحية النظرية، وكل ما هنالك أن العقد قد تولد عنه التزام بنقل الملكية، هذا

(15) تنص المادة (204) من القانون المدني المصري على أن: «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». كما تنص المادة (1/205) على أنه: «إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء». أما المادة (463) من القانون المدني الكويتي فتتنص على أنه: «يترتب على البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معيناً بالذات ومملوكاً للبائع، فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز، وكل ذلك ما لم يقص القانون أو الاتفاق بغيره، ودون إخلال بقواعد التسجيل».

الالتزام لا يحتاج تنفيذه إلى القيام بأي إجراء، ومن ثم فإنه ينفذ بقوة القانون، فهو يولد وينفذ في لحظة واحدة، الأمر الذي يبدو من الناحية العملية كأن العقد لم يتولد عنه التزامٌ بنقل الملكية، وأن العقد هو الذي نقلها بذاته⁽¹⁶⁾.

ومع ذلك هناك جانب من الفقه يرى أن البيع في التشريع الحديث ينقل الملكية بذاته، أي بمجرد العقد، ولا يقتصر أثره على مجرد إنشاء التزام بنقلها، إلا في بعض البيوع التي لا تسمح طبيعتها بذلك، فعندما يكون المبيع معيناً بالذات فإن ملكيته تنتقل بمجرد العقد، فيكون العقد في هذه الحالة ناقلاً للملكية. ولا معنى هنا للقول بأن العقد قد تولد عنه التزام بنقل الملكية، وأن هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون من تلقاء نفسه بمجرد نشأته، لأن مثل هذا الالتزام ما هو إلا التزام مفترض قائم على التصور وليس التزاماً حقيقياً. والأمر لا يحتاج إلى كل هذه الصنعة القانونية، فإذا كان العقد ينشئ الالتزام وهذا الالتزام ينفذ بمجرد نشأته، فإن الأصح أن يقال إن العقد هو الذي نقل الملكية، من دون حاجة إلى تصوّر وجود هذا الالتزام الموهوم، الذي لا وجود له في الحقيقة.

أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع، أو كان عقاراً فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد، بل ينشأ على عاتق البائع التزامٌ بنقلها إلى المشتري، وبذلك يمكن القول بأن البيع في القانون الحديث صار نوعين، أحدهما ينقل بذاته الملكية، والثاني يقتصر على إنشاء التزام بنقلها⁽¹⁷⁾.

ويبدو لنا من غير المنطقي تقسيم البيع إلى نوعين على هذا النحو، لأن هذا التقسيم يرجع إلى طبيعة المبيع، وما إذا كان شيئاً معيناً بذاته أو لا، كما يرجع أيضاً إلى الأثر القانوني المترتب على التسجيل، وما إذا كان هذا الأثر يقتصر على مجرد الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، أو يمتد إلى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين، وهي مسألة يتحكم فيها المشرع وتختلف من تشريع إلى آخر⁽¹⁸⁾.

(16) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، عقد البيع والمقايضة، مكتبة صادر، ناشرون، بيروت، 2022، الهامش رقم 1، ص22. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص14. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة: البيع والتأمين والإيجار، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، هامش رقم 2، ص12.

(17) سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، ط5، دار صادر، بيروت، 1990، القاهرة، 1980، رقم 11، ص16 و17. عبدالمنعم البدر، الوجيز في عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1983، رقم 10، ص24. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص19.

(18) ففي القانون الفرنسي تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد، غير أن هذا الانتقال لا يُحتج به في مواجهة الغير إلا بعد القيام بشهر العقد، وهذا ما كانت عليه الحال في مصر قبل صدور قانون التسجيل سنة 1923.

طبيعة المبيع من ناحية وأثر التسجيل من ناحية أخرى هما أساس تقسيم البيع إلى نوعين، كما يقول أصحاب هذا الرأي، وكلا الأمرين من وجهة نظرنا لا يبرر هذا التقسيم، لأن العقد هو مجرد تصور قانوني: كائن قانوني يضع المشرع شروطه ويبين أحكامه وليس من شأن تنوع طبيعة المبيع أو اختلاف أثر التسجيل أن يختلف العقد ذاته من حالة إلى أخرى، وغاية الأمر أن اختلاف طبيعة المبيع من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام بنقل الملكية يختلف من حالة إلى أخرى، وهذا الاختلاف في طريقة تنفيذ الالتزام بنقل الملكية هو بطبيعته لاحق على وجود العقد، ولا يمكن أن يكون من شأنه تقسيم عقد البيع ذاته إلى نوعين كما يزعم أصحاب هذا الرأي⁽¹⁹⁾.

ومع ذلك فقد أخذ المشرع الكويتي بهذا الرأي الأخير، فلم يُعرّف عقد البيع كما عرّفه المشرع المصري بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر في مقابل ثمن نقدي، بل عرّفه بأنه عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي، بما يفيد أن البيع ينقل بذاته الملكية، ولا يقتصر على مجرد إنشاء التزام بنقلها⁽²⁰⁾، وهذا بالفعل ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون⁽²¹⁾.

أما بعد صدور قانون التسجيل فقد أصبحت الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بعد إتمام إجراءات التسجيل، سواء في العلاقة بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، وهذا ما استمرت عليه الحال حتى الآن سواء في مصر أو الكويت.

(19) ياسر الصيرفي و خالد الظفيري، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط2، د.ن، دولة الكويت، 2010، ص 18 و 19.

(20) حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، 1989، دار ذات السلاسل، دولة الكويت، رقم 19، ص 17 و 18.

(21) فقد جاء فيها: «أجملت المجلة في المادتين (369 و 374) حكم البيع، وهو نقل الملك بحكم العقد أي بقوة القانون، ولكن مقتضى البيع في قانون التجارة الحالي أن يُنشئ التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد إبرام العقد، ومن ثم ينقضي في لحظة نشوئه، وهو ما يتنافى مع فكرة الالتزام في أبسط مظاهره؛ فالالتزام عبء على المدين ينبغي أن يقوم هو بوفائه، ولذلك تكون المجلة - في تقنينها للفقهاء الحنفي - أكثر تماشياً مع المنطق في التفرقة بين نقل ملكية المبيع إلى المشتري وبين الالتزامات التي يترتبها العقد في ذمة المتعاقدين، وهو ما أخذ به المشرع، فأجمل في المادة (463) حكم البيع، وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وذلك قبل أن يعرض لما يترتب على العقد من التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري».

المبحث الأول

طبيعة عقد البيع العقاري

قوانين الشهر العقاري وظهور مسمى «عقد البيع الابتدائي» و«عقد البيع النهائي»

قبل العمل بقوانين الشهر العقاري، لم يكن هناك ما يسمى بعقد البيع الابتدائي، حيث كان العقد يُرتَّب كل آثاره، بما في ذلك نقل الملكية من البائع إلى المشتري، فالعقد بمجرد انعقاده يكون نافذاً فيما بين المتعاقدين، وكان يكفي بإثبات تاريخه حتى يكون نافذاً في مواجهة الغير، فقد كان العقد بذاته نقلاً للملكية⁽²²⁾.

ولكن بعد العمل بقوانين الشهر العقاري في كل من مصر⁽²³⁾ والكويت⁽²⁴⁾ لم يعد عقد البيع بذاته ناقلاً للملكية، وإنما يرتب فقط التزاماً بنقلها، وتنفيذ هذا الالتزام ونقل الملكية بالفعل من البائع إلى المشتري يستوجبان القيام بشهر العقد عن طريق تسجيله.

ولما كانت إجراءات الشهر تستوجب إعادة صياغة العقد مرةً أخرى، والتصديق على التوقيعات فيه، فقد ظهر مصطلح «العقد الابتدائي» للإشارة إلى العقد غير المسجل، ومصطلح «العقد النهائي» للإشارة إلى العقد المسجل، وفيما يلي نعرض أولاً للعقد الابتدائي، ثم نعرض للعقد النهائي كلاً في مطلب مستقل:

(22) كان هذا هو الوضع في مصر قبل العمل بالقانون المدني القديم، حيث كان المطبق هو أحكام الشريعة الإسلامية، (انظر السنهوري، الوسيط، ج 7، عقد البيع والمقايضة). كما كان هذا هو الوضع أيضاً في الكويت قبل صدور القانون رقم 5 لسنة 1959 بشأن التسجيل العقاري، حيث كان المطبق هو مجلة الأحكام العدلية، (انظر ياسر الصيرفي وخالد الظفيري، مرجع سابق).

(23) عرفت مصر أول نظام للشهر العقاري، ثابت بنصوص تشريعية في العام 1875، حيث صدر التقنين المدني المختلط في العام 1875، الذي نقل نصوص القانون الفرنسي المنظم للشهر العقاري، وتلاه التقنين المدني الأهلي في العام 1883 الذي نُقل بدوره عن التقنين المدني المختلط، غير أنه عندما تبينت للمشروع المصري مساوئ وعيوب أحكام الشهر المعمول بها، والقائمة على نظام الشهر الشخصي، اتجه نحو الأخذ بنظام السجل العيني، وتمهيداً لذلك صدر القانون رقم 18 لسنة 1923، المعروف بقانون التسجيل، وقد عمل به ابتداءً من أول يناير 1924، ثم صدر بعد ذلك القانون رقم 114 لسنة 1946، المعروف بقانون تنظيم الشهر العقاري، وقد عمل به ابتداءً من أول يناير 1947، ولا يزال معمولاً به حتى الآن، على الرغم من صدور قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 الذي لم يدخل بعد حيز التنفيذ على نطاق واسع، وإن كان قد بدأ تنفيذه بالفعل منذ العام 1976.

(24) يُعتبر القانون رقم 5 لسنة 1959 بشأن التسجيل العقاري، المعمول به حتى الآن، هو أول قانون ينظم شهر التصرفات العقارية في الكويت، وهو كنظيره المصري قائم على نظام الشهر الشخصي، وهو نظام معيب ولذلك اتجه نحو الأخذ بنظام السجل العيني، فأصدر القانون رقم 14 لسنة 2014 بشأن السجل العيني، غير أنه حتى الآن لم يدخل حيز التنفيذ بعد.

المطلب الأول: عقد البيع الابتدائي (غير المسجل).
المطلب الثاني: عقد البيع النهائي (المسجل).

المطلب الأول عقد البيع الابتدائي

يكاد الإجماع ينعقد، فقهاً وقضاً، على أن عقد البيع الابتدائي هو عقد نهائي، غير أن هناك من رأى أن عقد البيع الابتدائي ليس عقداً نهائياً، وفيما يلي نعرض للرأين كلا منهما على حدة في فرع مستقل:

الفرع الأول

عقد البيع الابتدائي (عقد تمهيدي)

يرى السنهاوري أن البيع الابتدائي ليس بيعاً نهائياً، بل هو مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي⁽²⁵⁾، وأن هذا البيع الابتدائي، هو وعد بالبيع والشراء ملزم للجانبين، ويختلف عن الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد⁽²⁶⁾، ومثاله أن يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه، فيكون عقداً واحداً ملزماً للجانبين، وهنا لا بد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلاً؛ فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها، فتم البيع ملزماً للجانبين.

وقد لجأ الطرفان إلى عبارة الوعد وهما في الحقيقة يُبرمان بيعاً تاماً، والسبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي، فقد يريد المشتري بعد أن قيد البائع بالبيع، وتقيد هو بالشراء، أن يبحث حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها، فإذا

(25) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 33.

(26) ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد يوجد عقدان يقعان على شيء واحد، وبين نفس الطرفين. العقد الأول هو وعد البائع من صاحب الشيء يرتبط به نحو الموعود له فيما إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء، والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعود له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه رغبته في بيعه، ومن ثم يوجد وعدان، وعد بالبائع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد، وقد وقع العقدان على نفس الشيء وتما بين نفس الطرفين (عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم 37، ص 44).

ما رآها خاليةً من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي، وإلا طلب الفسخ، وقد يريد المشتري بعد إبرام الوعد أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي.

وقد لا يكون الأمر هذا ولا ذاك، ولكن تسجيل البيع يقتضي إجراءات تستغرق مدة من الزمن، ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد، وذلك إلى أن تتم الإجراءات فيُبرم العقد النهائي. فالوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين هو بيع تام، تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع⁽²⁷⁾، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي، ويتلو هذا البيع الابتدائي، البيع النهائي الذي يُبرم في ميعاد محدد يُتفق عليه⁽²⁸⁾.

وإذا انعقد البيع الابتدائي صحيحاً بنفس أركان وشروط البيع الصحيح، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع، فالبائع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرُّض والاستحقاق والعيوب الخفية، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع.

وأهم ما يسترعي النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن عقد البيع بوجه عام - أن كل هذه الالتزامات لا يُقصد تنفيذها في الحال، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي، إذ المفروض أن المتبايعين بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً، إنما أرادا أن البائع لا يطالب بالثمن حتى يحرر البيع النهائي، وأن المشتري لا يطالب بتسليم المبيع ولا بريعه حتى هذا الوقت، ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه يُنشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه⁽²⁹⁾.

وإذا حُرر العقد النهائي فإنه ينسخ البيع الابتدائي ويحل محله، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين، ويمكن القول بأن البيع النهائي يكون بمنزلة تقايل من البيع الابتدائي، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي⁽³⁰⁾.

ويترتب على ذلك أن يكون تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي، لأنه هو البيع الوحيد القائم بين الطرفين، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي، فهذا البيع قد نُسخ⁽³¹⁾، كما يجوز

(27) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم 39، ص 45 و 46.

(28) المرجع السابق، رقم 40، ص 47.

(29) المرجع السابق، رقم 42، ص 48.

(30) المرجع السابق، رقم 43، ص 49.

(31) و يترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، فتقدير ما إذا

أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي باتفاق الطرفين⁽³²⁾، وإذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية، فإن البيع يكون رسمياً، حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عُرْفية أو غير مكتوب أصلاً، ولكن إذا كان البيع الابتدائي نسخاً بأثر رجعي، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس بحقوق الغير⁽³³⁾.

فعقد البيع الابتدائي - وفقاً للسنهوري - يُعتبر من العقود التمهيديّة، وليس عقداً نهائياً، فهو وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين، وهو بيع تام يرتب جميع آثار البيع!، وأن أهم ما يميز عقد البيع الابتدائي عن البيع بوجه عام، هو أن الآثار المترتبة عليه لا يُقصد تنفيذها في الحال، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي في الموعد المتفق عليه!

هذا الرأي للسنهوري وما رتبته عليه من نتائج نراه محلاً للنظر، فالوعد بالعقد لا يكون وعداً إلا إذا كان ملزماً لجانب واحد فقط⁽³⁴⁾، أما إذا كان ملزماً للجانبين، فإنه لا يكون وعداً، بل يكون عقداً نهائياً، فالوعد بالبيع وبالشراء لا يكون وعداً إذا كان البائع قد التزم بالبيع، والمشتري التزم بالشراء، فما يسمى وعداً بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين ليس وعداً، بل هو عقد بيع نهائي⁽³⁵⁾.

كما أن الوعد بالعقد يهدف ويمهد لإبرام عقد، وإذا كان الوعد بالعقد هو في ذاته عقداً، فإنه يختلف عن العقد الموعود به، فلا يرتب نفس الآثار التي تترتب على هذا العقد الأخير، بل يرتب فقط التزاماً على الواعد بإبرام العقد الموعود به متى قُبِلَ الموعود له بالوعد، فالوعد بالبيع ليس بيعاً ولا يرتب أيّاً من آثار البيع، والوعد بالإيجار ليس إيجاراً ولا يرتب أيّاً من آثار الإيجار... وهكذا، فالعقد الموعود بإبرامه سواء أكان بيعاً أم إيجاراً لا ينعقد إلا إذا قبل الموعود له بالوعد، ومن ثم يرتب آثاره القانونية، فإذا كان عقد البيع الابتدائي عقداً تاماً وملزماً للجانبين، ويرتب كل آثار البيع، فكيف يمكن القول بأنه وعدٌ

كان الغبن يزيد على الخمس (م 2/425 مدني)، يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي (عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش رقم 5، ص 49).

(32) عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم 43، ص 49.

(33) المرجع السابق، رقم 43، ص 50.

(34) هو الواعد، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء، ولذلك يجب أن تتوافر في الواعد الأهلية اللازمة لإبرام العقد النهائي، أما الموعود له فيعتبر الوعد بالنسبة إليه نافعاً نفعاً محضاً، ولذلك يكفي أن يكون مميزاً، ولا يشترط أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرام العقد الموعود به إلا وقت إبرام العقد النهائي، أي وقت قبوله للوعد، فيكون تاريخ القبول هو تاريخ العقد، وليس تاريخ الوعد.

(35) فالوعد بطبيعته لا بد أن يكون ملزماً لجانب واحد فقط هو الواعد، بينما يكون الموعود له حرّاً في قبول العقد الموعود به أو رفضه، وإن ذلك يتوقف على محض إرادته، أما إذا كان ملزماً بالعقد منذ الوعد فلا يتصور أن يكون موعوداً له وإنما يكون طرفاً في العقد، ومن ثم يكون عقداً نهائياً وليس مجرد وعد.

بالبيع والشراء ملزماً للجانبين؟!

إن عقد البيع الابتدائي عقد نهائي، حتى لو اتفق المتعاقدان على تعليق كل آثاره حتى إتمام إجراءات الشهر وتسجيله، ما دام البيع قد انعقد بالفعل، فمن التناقض القول بأن عقد البيع الابتدائي بيع تام، وفي الوقت ذاته يوصف بأنه وعد بالبيع!

كما أن آثار عقد البيع الابتدائي تترتب عليه بمجرد انعقاده، ويشعر المتعاقدان في تنفيذهما عقب انعقاده، فيما عدا الالتزام بنقل الملكية، الذي يُرجأ تنفيذه لا إنشاؤه، إلى حين إتمام إجراءات التسجيل، فليس صحيحاً أن هذه الآثار يُرجأ تنفيذهما إلى حين تحرير العقد النهائي. هذا بالإضافة إلى أن عملية التسجيل وما تستلزمه من إجراءات ليست إبراماً لعقد جديد، بل هي شهر للعقد الابتدائي ليصبح عقداً مشهراً أو مسجلاً؛ فالعقد المسجل هو ذاته العقد الابتدائي، فعقد البيع الابتدائي وفقاً للرأي الغالب في الفقه هو عقد بيع نهائي.

الفرع الثاني

عقد البيع الابتدائي (عقد نهائي)

يكاد الفقه والقضاء يُجمعان على أن عقد البيع الابتدائي، أي البيع «غير المسجل» هو عقد بيع نهائي، يرتب كل آثار البيع بمجرد انعقاده، بما في ذلك الالتزام بنقل الملكية الذي يترأخى تنفيذه، لا نشوؤه، إلى حين القيام بإجراءات الشهر⁽³⁶⁾.

وهذا ما عبّرت عنه محكمة النقض المصرية بالقول بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي، أخذاً بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تُراعَ في تحريرها الأوضاع التي تطلبها قانون التسجيل، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع بائناً لازماً، متى كانت صيغته دالة على أن كلاً من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول⁽³⁷⁾.

(36) الطعن رقم 2585 لسنة 55 ق، جلسة 1988/5/4. قالت المحكمة: «البيع، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، ينعقد صحيحاً بالعقد غير المسجل، كما ينعقد بالعقد المسجل، ولا فرق بينهما سوى أن نقل الملكية في العقد غير المسجل يترأخى إلى الوقت الذي يتم فيه التسجيل فعلاً» - وكذلك الطعن رقم 472 لسنة 35 ق، جلسة 1973/5/9 قالت المحكمة: «بيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من طبيعته نقل الملكية إذ يُنشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع، وكل ما أحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري من تغيير في أحكام البيع هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح أصبح مترأخياً إلى ما بعد شهره».

(37) الطعن رقم 3 لسنة 16 ق جلسة 1946/12/26.

ولذلك يكون البائع ملتزماً، بموجب العقد الابتدائي، بتسليم المبيع ونقل ملكيته إلى المشتري، كما يكون المشتري ملتزماً بأداء الثمن، بمجرد حصول البيع، كما أنه ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري، لأن من يضمن نقل الملكية إلى غيره لا يجوز أن يدعيها لنفسه⁽³⁸⁾.

كما يكون للمشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع لا يحول دونه عدم حصول التسجيل، ومن شأن هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشتري، إذا ما خشي على العين المبيعة من بقائها تحت يد البائع طوال النزاع، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة⁽³⁹⁾.

كما أن عقد البيع - ولو لم يكن مشهوراً - ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته والدعاوى المرتبطة بها من تاريخ إبرام البيع، ومنها استحقاق الثمرات والنماء في المنقول والعقار على حد سواء، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك، كما ينقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيلاء ريعها منه باعتبار أن هذا الرّيع تعويض عن غصب ما يستحق المشتري من ثمرات المبيع الذي حق له تسلّمه وطرد من لا سند له في وضع يده عليه⁽⁴⁰⁾.

وهذا أيضاً ما قضت به محكمة التمييز الكويتية بأنه: «من المقرر أن مفاد المادة السابعة من قانون التسجيل العقاري الصادر بالمرسوم رقم 5 لسنة 1959 أن الملكية العقارية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فإذا لم يتم فإن مشتري العقار بعقد غير مسجل يُعتبر مجرد دائن عادي بالتزامات الشخصية في ذمة البائع والناشئة عن عقد البيع، وأنه من المقرر أيضاً متى كان عقد البيع غير المسجل يرتب انتقال ملكية العقار إلى المشتري فإن مقتضى ذلك أنه لا يجوز له طلب تثبيت ملكيته بناء على هذا العقد»⁽⁴¹⁾.

كما قضت أيضاً: «بأن المتصرف في أي من الحقوق العينية الأصلية ملزم بتسليم المتصرف إليه الحق وتمكينه من الانتفاع به وتسليمه ما يختص به من ريع العقار من دون أن يحتج عليه بعدم تسجيل التصرف أو الحكم الذي أثبت له حقاً في العقار على

(38) الطعن رقم 472 لسنة 35 ق - جلسة 1973/5/9.

(39) الطعن رقم 443 لسنة 41 ق - جلسة 1980/4/22 - الطعن رقم 2585 لسنة 55 ق - جلسة 1988/5/4.

(40) الطعن رقم 680 لسنة 64 ق - جلسة 2003/10/12 - الطعن رقم 446 لسنة 46 ق - جلسة 1980/6/25 - الطعن رقم 1044 لسنة 54 ق - جلسة 1987/12/10 - الطعن رقم 1406 لسنة 54 ق - جلسة 1987/12/29.

(41) الطعن رقم 248 لسنة 98 مدني - جلسة 27 ديسمبر 1999.

نحو ما اشترطه نص المادة السابعة من قانون التسجيل العقاري؛ لأن هذا القيد وبحسب صريح النص إنما يقتصر على الملكية العقارية أو الحقوق العينية الأصلية ذاتها دون الالتزامات الشخصية ومنها حق المتصرف إليه في التسلم والانتفاع والإنفاق بهذا الحق، كما أن من يضمن نقل الملكية أو الحقوق العينية الأصلية لغيره لا يجوز له أن يتمسك به لنفسه في مواجهة هذا الغير ومنازعة فيه»⁽⁴²⁾.

فالمشرع المصري قد عرّف البيع في المادة (418) من القانون المدني بأنه: «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر مقابل ثمن نقدي». وحدد التزامات البائع فيما أورده بالمواد من (428) إلى (455)، وألزمه في أُولاهها بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، كما أوجب عليه - فيما ضمّنه المواد (431) و(432) و(435) - تسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، بما في ذلك ملحقات المبيع وما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً ماديًا، ثم رتب فيما ضمّنه نص المواد من (439) إلى (455) أحكام ضمان البائع، ومنها ضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض للمشتري من فعله أو من فعل أجنبي على النحو والشروط الواردة بهذه المواد، واستتبع ذلك بيان التزامات المشتري وأورد المادة (458) متضمنة النص في فقرتها الثانية على أن: «وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضًا، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره».

وأشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني تعليقاً على هذا النص: «أن البيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات». وهو ما يدل جميعه على أن عقد البيع، ولو لم يكن مُشهرًا ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع، كما ينقل إليه الدعاوى المرتبطة بها.

كل هذه الآثار التي يرتبها العقد الابتدائي بمجرد انعقاده، ولا شأن لعملية الشهر بها، تؤكد أن هذا العقد عقد نهائي⁽⁴³⁾، فعقد البيع الابتدائي أو عقد بيع العقار غير المسجل في الشهر العقاري، هو عقد بيع تام مستكمل لكل الأركان والشروط التي ينعقد بها البيع الصحيح، وينتج جميع الآثار التي تترتب على عقد البيع باستثناء انتقال الملكية التي لا تنتقل إلا بالتسجيل.

(42) الطعن رقم 161 لسنة 2011 (تجاري 1)، جلسة 13 ديسمبر 2011.

(43) ولذلك فإن هذه الآثار التي يرتبها العقد الابتدائي بمجرد انعقاده، وما يرتبط بها من شروط، كوجوب التسليم في وقت معين أو على نحو معين، فإن عدم ذكرها في العقد النهائي لا يعني بحال العدول عنها، كما سنرى فيما يلي.

فالتكييف الصحيح لعقد بيع العقار قبل التسجيل وفقاً للرأي السائد في الفقه والقضاء المصري هو عقد بيع صحيح ونهائي ولا تشوبه شائبة ولا ينقصه شيء من أركان انعقاده أو شروط صحته؛ فالتسجيل لم يغير من طبيعته، فهو لا يزال عقداً رضائياً يرتب آثاره بمجرد انعقاده، فقط تنفيذ الالتزام بنقل الملكية يتراخى إلى وقت التسجيل⁽⁴⁴⁾.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المدني الكويتي قد تضمن تعريفاً للعقد الابتدائي، معتبراً إياه من الصور الخاصة في التعاقد، فالمادة (70) منه تنص على: «1- إذا كان من مقتضى العقد أن يُبرم مرة ثانية، أو في صورة أخرى، وجب على كل من طرفيه إبرامه في وضعه النهائي، وذلك في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي، وإلا ففي مدة معقولة. 2- ويُبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي، ما لم يتفق على إجراء تعديل فيها، أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة، أو ظروف الحال»⁽⁴⁵⁾.

وبذلك يكون المشرع الكويتي قد وسع من مفهوم العقد الابتدائي، فلم يعد مقتصرًا على عقد البيع العقاري، كما هي الحال في القانون المصري، وهذا ما عبّرت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون بالقول: «العقد يعتبر ابتدائياً كلما كان من شأنه أن يبرم مرة ثانية أو في صورة أخرى جديدة، وإعادة إبرام العقد الابتدائي في شكله النهائي قد تقتضيها طبيعة العقد ذاتها، وعلى الأخص إذا كان ذلك متطلباً لإنجاز ما يفرضه القانون من إجراءات لسريان العقد أو لإنتاج أثر من آثاره، كما هو الشأن بالنسبة إلى بيع العقار، حيث تلزم إعادة إبرامه على نحو معين لإمكان تسجيله، ومن ثم لكي يُنتج أثره في نقل الملكية، ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على إعادة إبرام عقدهما في صورة جديدة، كما إذا اتفقا على وجوب تحرير العقد الذي يبرمانه، تيسيراً لإثباته، فيتصف عقدهما الأول حينئذٍ بأنه ابتدائي»⁽⁴⁶⁾.

وهذا التوسع في مفهوم العقد الابتدائي نراه محلاً للنظر، ذلك أن الكتابة التي تحرّر لمجرد إثبات العقد، لا يمكن النظر إليها على أنها إعادة إبرام للعقد مرة ثانية، وأن العقد قبل تحرير هذه الكتابة يُعتبر عقداً ابتدائياً؛ فهذه الكتابة لا تعدو أن تكون مجرد عمل مادي أو نسخ للعقد وإفراغه في محرّر مكتوب، هذا المحرّر ليس هو العقد ذاته، فهو إجراء لاحق

(44) يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية - دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2010، ص 435 وما بعدها.

(45) وتنص المادة (71) من القانون على أنه: «1- إذا أخل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بإبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، إذا لم يكن مخالفاً بالتزاماته، أن يطلب الحكم، في مواجهته، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه. 2- ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي، وذلك دون إخلال بما قد يتطلبه القانون لشهر العقد إن كان لشهره مقتضى».

(46) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ط5، 2008، ص 82 و 83.

على وجوده، ولكل منهما شروطه الخاصة به، فشروط العقد ليست هي شروط المحرّر المثبت للعقد، ومن ثم فإن بطلان هذا المحرّر لا يعني بطلان العقد ذاته، ولا يوجد ما يمنع من وجود العقد من دون حاجة إلى وجود المحرّر المثبت له؛ فالعقد يكون نهائياً متى كانت صيغته تدل على أن كلا المتعاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول، حتى لو لم تُحرّر الكتابة المتفق عليها لإثبات العقد، كما أن هذه الكتابة ليست عقداً جديداً فلا تلزم لتحريرها نفس شروط إبرام التصرف.

كما أن اعتبار المشرع الكويتي العقد الابتدائي صورةً خاصة من صور التعاقد إلى جانب الوعد بالعقد، والتعاقد بالعربون، والتعاقد بالمزايدة، والتعاقد بالإذعان، من شأنه أن يُلقي بظلال من الشك حول طبيعة عقد البيع الابتدائي وكونه عقداً نهائياً، ينتج كل آثاره القانونية، ويجعل منه عقداً من العقود التمهيدية أو الأولية، وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون بقولها: «يتناول المشرع في المواد من (70) إلى (73) نوعاً خاصاً من العقود، تتميز بأنها تستهدف التمكين من قيام عقود أخرى غيرها، أو تستتبع إعادة إبرامها بذاتها في ثوب جديد على نحو يقتضيه القانون، فالسمة الجامعة لهذه العقود أنها عقود أولية، أو هي كما يطلق عليها أحياناً، عقود ما قبل العقود⁽⁴⁷⁾.

المطلب الثاني

عقد البيع النهائي (المسجل)

الرأي السائد في الفقه والقضاء يرى أن عقد البيع النهائي (أي العقد المشهر) هو عقد جديد يتم إبرامه في وقت لاحق على إبرام عقد البيع الابتدائي⁽⁴⁸⁾، وهذا العقد الجديد المشهر، هناك من يرى أنه ينسخ العقد الابتدائي القديم ويحل محله بأثر رجعي، وهناك من يرى أنه يعتبر بمنزلة تقايل منه. ولكن الجميع متفقون على ضرورة أن يكون العقد النهائي الجديد عقداً صحيحاً حتى يحل محل عقد البيع الابتدائي.

بينما نرى نحن أن ما يسمى بعقد البيع النهائي، ليس عقداً جديداً، بل هو مجرد إجراء من إجراءات شهر عقد البيع الابتدائي، من أجل تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى

(47) المرجع السابق، ص 82، ومع ذلك ينبغي أن نسجل هنا أن القضاء الكويتي، كالقضاء المصري، يعتبر عقد البيع الابتدائي عقداً نهائياً يرتب كل آثار البيعة بمجرد انعقاده بما، في ذلك التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، غير أن تنفيذ هذا الالتزام يتراخى إلى حين إتمام إجراءات التسجيل.

(48) وبما أنه عقد جديد فلا يكفي أن تتوافر في المتعاقدين الأهلية وقت إبرام عقد البيع الابتدائي، وإنما يجب أيضاً توافر هذه الأهلية عند إبرام العقد النهائي، كما ينبغي أن تكون إرادة المتعاقدين سليمة خالية من العيوب في هذا الوقت.

المشتري، وهذا الشهر يغلب أن يكون باتفاق المتعاقدين، ولكن قد يكون عن طريق رفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع الابتدائي، إذا رفض أحدهما إتمام هذه الإجراءات، فيكون الحكم بديلاً عن تحرير العقد النهائي.

وفيما يلي نعرض أولاً لإجراءات الشهر، ثم نعرض للكتابة المطلوبة للشهر أو ما يسمى بالعقد النهائي.

الفرع الأول

إجراءات الشهر

شهر الحقوق العينية يكون بإثبات التصرفات القانونية المنشئة لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع عليها وأخذ شهادات منها؛ فالشهر لا ينصب على التصرف القانوني ذاته، وإنما ينصب على السند الكتابي المثبت للتصرف، وفارق كبير بين التصرف ذاته (Negotium) والسند المثبت له (acte instrumentaire)، فلكل منهما شروطه وآثاره الخاصة.

والشهر هو عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتعاقبة تنصب على التصرف القانوني المراد إشهاره، وقد مرت هذه الإجراءات بتطورات لضمان تحقيق الهدف منها، وفيما يلي نعرض لهذه الإجراءات في كل من القانون المصري والقانون الكويتي.

أولاً: تطور إجراءات الشهر في القانون المصري

1- في ظل القانون المدني الملغى

القانون المدني الملغى كان يتضمن نظاماً لشهر الحقوق العينية مقتبساً من القانون الفرنسي الصادر في 23 مارس 1855، وهو نظام شهر شخصي. ووفقاً لهذا النظام كانت الملكية والحقوق العينية تنتقل فيما بين المتعاقدين من دون حاجة إلى تسجيل⁽⁴⁹⁾، ولكنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي أنشأتها⁽⁵⁰⁾.

وفي ظل هذا النظام كانت المحررات التي تُقدّم للشهر تُقبل كما هي، من دون فحص أو تحرر للاستيثاق من صحتها، وكان الناس يلجأون في تحرير تصرفاتهم إلى الكتابة

(49) المادة (606/732)، «في جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية في حق مالكةا السابق بعد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً».

(50) المادة (47/69)، «أما الأموال الثابتة بالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين في القانون»، والمادة (270/341)، «لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوي الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع ...».

العرفية لتجنب نفقات التوثيق، وكثيراً ما كانت تأتي هذه التصرفات غير محكمة التحرير، سواء في تعيين شخصية المتعاقدين أو في وصف العقار وتحديد، بل إنه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المحررات ليس مزوراً، إذ لم يكن يطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين، فكثير من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة⁽⁵¹⁾.

2- في ظل قانون التسجيل

عندما وُضع أول قانون للشهر في مصر، وهو قانون التسجيل الصادر في 1923/6/23، والمعمول به من أول يناير 1924، حاول المشرع معالجة عيوب نظام الشهر القائم، فنص على أن الحقوق العينية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل⁽⁵²⁾.

ومن أجل توخي الدقة في المحررات واجبة الشهر، حتى تكون خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها، فقد استلزم المشرع أن يتضمن المحرر المقدم للشهر بيانات معينة⁽⁵³⁾، ولتسهيل ذلك على الأفراد، نص على أن تقدم الحكومة لهم نماذج مطبوعة للعقود التي يقضي القانون بتسجيلها⁽⁵⁴⁾، كما نص أيضاً على أنه يجب التصديق على التوقيعات في المحررات العرفية المقدمة للتسجيل⁽⁵⁵⁾.

وبذلك يكون قانون التسجيل قد خطا خطوات جدية وحاسمة أوجب القيام بها لتحري الدقة في تحرير العقود واجبة الشهر، وذلك تمهيداً لإدخال نظام السجل العقاري، وما

(51) عدنان عبدالمجيد، تطور نظام الشهر العقاري في مصر، مقال منشور على الرابط التالي:

<https://adnanlawyer.online/>، تاريخ آخر زيارة: 2025/8/15.

(52) المادة الأولى من القانون، «جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض، أو التي من شأنها إنشاء حق الملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله، كذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك، يجب إشهارها بواسطة تسجيلها في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار أو في المحكمة الشرعية، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن العقاري والاختصاصات العقارية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم، ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين، وتعتبر أحكام هذه المادة مقيّدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين».

(53) المادة (3) من القانون، «يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل، خلاف البيانات الخاصة بموضوعها، جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات، وعلى الأخص: أ- أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم، وكذلك محل إقامة الطرفين. ب- بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمرة القطع إذا كانت واردة في قوائم فك الزمام، وكذلك حدود ومساحة القطع بآدق بيان مستطاع، ويجب في عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق، وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلاً».

(54) المادة (5) من القانون.

(55) المادة (6) من القانون.

يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة في ذلك، ففرض تحديد شخصية المتعاقدين، وذاتية العقار، وأصل ملكية البائع له، وأوجه التصديق على الإمضاءات والأختام تَوْقياً للتزوير⁽⁵⁶⁾.

3- في ظل قانون الشهر العقاري

ثم جاء قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 الذي حل محل قانون التسجيل والذي لا يزال مطبقاً حتى اليوم، على الرغم من صدور قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964⁽⁵⁷⁾. وقد نص بدوره على نفس القاعدة التي تقضي بعدم انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بعد القيام بالتسجيل⁽⁵⁸⁾، كما أوجب تقديم طلبات الشهر على النموذج الذي يُعد لذلك، ويصدر به قرار من وزير العدل⁽⁵⁹⁾، كما حدد بيانات يجب أن تشتمل عليها الطلبات المقدمة للشهر⁽⁶⁰⁾، وبعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر، يقدم صاحب الشأن مشروع المحرر المراد شهره إلى المأمورية المختصة⁽⁶¹⁾، من نسخة أصلية محررة بالمداد الأسود على الورق الأزرق المدموغ المعد لذلك بمكاتب الشهر ومأموريتها⁽⁶²⁾، وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به⁽⁶³⁾.

وتُقدم إلى مكتب الشهر المختص المحررات التي يتم التأشير على مشروعاتها بصلاحيته بعد توثيقها، أو بعد التصديق على توقيعات ذوي الشأن فيها إن كانت

(56) عبدالسلام ذهني بك، قانون التسجيل الجديد الصادر في 26 يونيو 1923 والمبادئ القانونية المقررة من قبل، مجلة المحاماة، القاهرة، السنة السادسة، عدد أبريل، ص 8.

(57) الذي تضمن النص على أن يطبق تدريجياً على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة، وقد صدرت لائحته التنفيذية برقم 825 لسنة 1975، كما أصدر وزير العدل عدة قرارات وزارية بتحديد المناطق التي يجري مسحها مسحاً حديثاً وتطبيق القانون فيها. وقد أدخلت تعديلات على القانون المشار إليه، بالقانون رقم 25 لسنة 1976، كما عدلت لائحته التنفيذية بقرار وزير العدل رقم 948 لسنة 1976.

(58) المادة (9) من القانون «جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله، أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن...».

(59) المادة (21) من القانون.

(60) المادة (22) من القانون.

(61) المادة (28) من القانون.

(62) عدلي أمير خالد، أحكام وإجراءات شهر الملكية العقارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 89.

(63) المادة (28) من القانون.

عُرفية⁽⁶⁴⁾، ثم يتم إثباتها في دفتر الشهر مع بيان التاريخ والساعة⁽⁶⁵⁾، ويوقع الأمين أو الأمين المساعد⁽⁶⁶⁾، ثم يحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل بما يفيد الشهر⁽⁶⁷⁾، وتعد من النسخة الأصلية صورتان فوتوغرافيتان، تسلم إحدهما إلى الطالب بعد التأشير بمطابقتها للأصل، وترسل الأخرى إلى دار المحفوظات بالمصلحة⁽⁶⁸⁾.

ثانياً: تطوّر إجراءات الشهر في القانون الكويتي

إن أول قانون لشهر التصرفات العقارية في الكويت هو القانون رقم 5 لسنة 1959 بشأن التسجيل العقاري المعمول به حالياً، والذي يأخذ بنظام السجل الشخصي، ثم صدر القانون رقم 21 لسنة 2019 بشأن السجل العيني، وفيما يلي نعرض بإيجاز لتطور إجراءات الشهر في الكويت في مراحله الثلاث:

1- في ظل العمل بمجلة الأحكام العدلية

حتى حلول النصف الثاني من القرن العشرين لم تكن دولة الكويت في حاجة إلى نظام للشهر العقاري، لأن المعاملات العقارية كانت محدودة جداً. ولكن بمرور الوقت ظهرت بعض الخلافات حول ملكية الأراضي بين المواطنين، لأنه حتى العام 1931 لم تكن وثائق التملك تُكتب على أوراق رسمية، ولم يكن لها شكل محدد، كما أن الأوراق العرفية التي كانت تُكتب عليها كانت عرضة للتلف والضياع، ولهذا فقد عُيِّن في أبريل 1932 قاض وكتاب ومسجل لوثائق التملك، كما أُنشئت دائرة للتسجيل العقاري بالمحكمة الشرعية في العام نفسه تضطلع بتسجيل الأراضي مقابل رسم مقداره روبيتان، وكان التسجيل يتم بأن يُرسل مدير البلدية إلى رئيس المحكمة إشعار تحديد أرض فلان، وحينئذ يتم تسجيلها⁽⁶⁹⁾.

هذا النظام البدائي لتسجيل وثائق الملكية كان أقرب إلى نظام التوثيق منه إلى نظام الشهر، كما أنه لم يكن يترتب عليه أي تعديل في قواعد نقل الملكية المعمول به وفقاً لأحكام المجلة، فالملكية كانت تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد، ولكن لم يكن يُحتج بهذا الانتقال في مواجهة الغير إلا بإثبات تاريخ العقد لدى كاتب العدل أو التصديق على

(64) المادة (29) من القانون.

(65) المادة (21) من القانون.

(66) عدلي أمير خالد، مرجع سابق، ص 89.

(67) المادة (32) من القانون.

(68) عدلي أمير خالد، مرجع سابق ص 90.

(69) نجاة عبدالقادر الجاسم، بلدية الكويت في خمسين عاماً، ط2، دن، دولة الكويت، 1993، ص 391.

توقيعاتهم أمام المحكمة الشرعية⁽⁷⁰⁾.

ولكن مع تدفق النفط في أواخر الأربعينيات من القرن العشرين سارع الأفراد إلى تملك العقارات، وتزايدت المعاملات العقارية، وهو ما اقتضى ضرورة تنظيم الملكية العقارية وإيجاد نظام حديث للشهر العقاري، فكان إصدار القانون رقم 5 لسنة 1959 بشأن التسجيل العقاري المعمول به حالياً.

2- في ظل القانون رقم 5 لسنة 1959

لقد عمد المشرع الكويتي في ظل هذا القانون إلى تشديد الجزاء المترتب على تخلف إجراءات الشهر، فلم يكتفِ بالجزاء الطبيعي لتخلف هذه الإجراءات وهو عدم سريان التصرف في حق الغير، وإنما جعل جزاء عدم التسجيل هو حرمان التصرف غير المشهر من إنتاج أحد أهم آثاره القانونية، وهو نقل الملكية من البائع إلى المشتري، مقتضياً بذلك خطى المشرع المصري في هذا الشأن⁽⁷¹⁾.

وبذلك يكون التسجيل من الناحية العملية قد حد من فعالية عقد البيع العقاري غير المسجل عما كان عليه الوضع قبل العمل بالقانون رقم 5 لسنة 1959، ولكن ذلك لم يمنع عقد البيع غير المسجل من إنتاج كل آثاره القانونية، بما فيها التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، غاية الأمر أن تنفيذ هذا الالتزام يترأخى إلى حين إتمام إجراءات التسجيل وتحرير العقد النهائي⁽⁷²⁾.

وقد حدد المشرع في المادة (14) من قانون التسجيل المحررات التي يمكن قبولها للقيام بالتسجيل⁽⁷³⁾.

3- في ظل القانون رقم 21 لسنة 2019

ذكرنا فيما تقدم أن نظام السجل الشخصي يقوم على شهر التصرفات العقارية بحسب أسماء الأشخاص الصادرة عنهم تلك التصرفات، وهذا النظام لشهر التصرفات

(70) ياسر الصيرفي وخالد الظفيري، مرجع سابق، ص 176 وما بعدها.

(71) وفقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل فإن التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله، أو تغييره أو زواله يترتب على عدم القيام بتسجيلها أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن.
وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري الذي لا يزال معمولاً به حتى الآن.

(72) ياسر الصيرفي وخالد الظفيري، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها.

(73) المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

العقارية مَعِيب من ناحيتين، فمن ناحية نجد أن تسجيل الحقوق المشهورة وفقاً لأسماء أصحابها، قد يؤدي إلى اختلاط هذه الحقوق فيما بينها في حالة تشابه الأسماء⁽⁷⁴⁾.

ومن ناحية أخرى فإن شهر التصرفات القانونية وفقاً لنظام السجل الشخصي لا يُطهر هذه التصرفات من عيوبها ولا يحصنها من الطعن عليها والمنازعة في صحتها، وهو ما قد يؤدي إلى الحكم ببطلانها فيزول أثر التسجيل، ومن ثم فإن هذا النظام لا يحقق لذوي الشأن الحماية الكافية عند التعامل على العقارات، ولتفادي هذه العيوب اتجه المشرع إلى الأخذ بنظام السجل العيني، فأصدر القانون رقم 21 لسنة 2019⁽⁷⁵⁾.

وبموجب هذا القانون الجديد قرر المشرع التحول من نظام الشهر الشخصي لنظام السجل العيني، وعلى خلاف السجل الشخصي يتخذ نظام السجل العيني من العقار أساساً للتسجيل، بحيث تُخصّص لكل عقار صفحة في السجل العيني يقيد بها كل ما يتعلق بالعقار من بيانات، وكل ما يرد عليه من تصرفات قانونية.

والشهر وفقاً لنظام السجل العيني، كما هو واضح من نص المادة (11) من القانون⁽⁷⁶⁾، يكون عن طريق القيد، فالقيد هو الإجراء الوحيد واجب الاتباع، سواء كانت التصرفات القانونية مُنشئة أو مقررة للحقوق العينية الأصلية أو الحقوق العينية التبعية⁽⁷⁷⁾.

الفرع الثاني

الكتابة المطلوبة للشهر (العقد النهائي)

الغالب عملاً أن يقوم الأفراد بإبرام عقد البيع مباشرة، من دون وعد يسبقه، فيكون بيعاً باتاً ونهائياً، ومن ثم فإنه بمجرد انعقاده يرتب كل آثار البيع، بما في ذلك التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري.

(74) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 21 لسنة 2019 بشأن السجل العيني.

(75) نُشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2019/5/26، وصدرت لائحته التنفيذية بتاريخ 2020/7/12.

(76) تنص المادة (11) من القانون على أن: «جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لأي من تلك التصرفات، بما في ذلك الوقف والوصية وحق الإرث يجب قيدها في السجل العيني، ويرتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المقيدة أية آثار سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن».

(77) وبذلك يكون المشرع قد ألغى التفرقة التي كان يقيمها قانون التسجيل بين التصرفات المنشئة والمقررة للحقوق العينية الأصلية وتلك المقررة والمنشئة للحقوق العينية التبعية، حيث كان يتم شهر الأولى عن طريق التسجيل، وشهر الثانية عن طريق القيد.

غير أن انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري يختلف بحسب ما إذا كان المبيع منقولاً أو عقاراً، فإذا كان المبيع منقولاً وتم تعيينه عند التعاقد تعييناً ذاتياً، فإن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد من دون حاجة إلى القيام بأي إجراء آخر؛ فالالتزام بنقل الملكية الناشئ عن العقد ينفذ بمجرد نشوئه بقوة القانون، فيبدو العقد وحده قادراً على نقل ملكية المنقول المعين بالذات.

أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع فإن ملكيته لا تنتقل بمجرد العقد، بل يتعين على البائع القيام بعملية الفرز والتجنيب، ووضع المبيع تحت تصرف المشتري، حتى تنتقل إليه الملكية؛ فانتقال ملكية المبيع المعين بالنوع من البائع إلى المشتري لا يحدث بمجرد انعقاد العقد، بل يتراخى تنفيذه إلى حين قيام البائع بعملية الفرز والتجنيب.

وإذا كان المبيع عقاراً، فإن انتقال الملكية يستوجب شهر العقد؛ فالبيع بمجرد انعقاده يرتب كل الالتزامات، بما في ذلك التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، غير أن تنفيذ هذا الالتزام يستوجب القيام بشهر العقد، وهذا الشهر لا ينصب على العقد ذاته (Negotium)، بل ينصب على السند المثبت للعقد (acte instrumentaire)، ومن ثم فإن شهر العقد يستوجب تحريره كتابة حتى يمكن إتمام عملية الشهر، ولذلك جرى العمل على تسمية هذه الكتابة بـ «العقد النهائي»، أما العقد ذاته فقد أطلق عليه «العقد الابتدائي».

وبذلك يتضح أن عقد بيع العقار الابتدائي، ليس وعداً بالبيع، بل هو عقد بيع نهائي، يرتب بمجرد انعقاده جميع آثار البيع، بما في ذلك التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، غير أن تنفيذ هذا الالتزام يتراخى إلى حين إتمام عملية الشهر، تلك العملية التي تستوجب كتابة العقد. فهذه الكتابة التي درج العمل على تسميتها بـ «العقد النهائي» هي في الحقيقة مجرد إجراء لازم لإتمام عملية شهر العقد الابتدائي الذي انعقد بالفعل.

فالشهر أو التسجيل لاحق على وجود العقد أي انعقاده، وإنتاجه لآثاره، فهو ليس ركناً من أركانه، كما أن الشهر ليس إبراماً لعقد بيع جديد، بل هو مجرد إجراء لشهر عقد البيع الابتدائي، فتاريخ البيع هو تاريخ عقد البيع الابتدائي، كما أن البحث في مدى توافر الأهلية لدى المتعاقدين، ومدى سلامة إرادتهما من العيوب، يكون أيضاً عند إبرام العقد الابتدائي، هذا بالإضافة إلى أن تحديد شروط التعاقد يكون بما انعقد الاتفاق عليه في هذا العقد الابتدائي.

أما إجراءات الشهر، وما تستلزمه من كتابة العقد الابتدائي، والتصديق على التوقيعات، فإنها لا تُعد إبراماً لعقد جديد، يعقب إبرام العقد الابتدائي، فنحن لسنا بصدد عقدين أحدهما ابتدائي والآخر نهائي، كما هي الحال في الوعد بالعقد، وإنما نحن بصدد

عقد واحد هو عقد البيع الذي يطلق عليه في العمل عقد «البيع الابتدائي»، ولا يوجد عقد آخر سواه، أما ما يطلق عليه في العمل «عقد البيع النهائي»، فإنه لا يعدو أن يكون مجرد إجراء من إجراءات الشهر.

فهذا المحرر المصدق على التوقيعات فيه، ليس عقدًا، ومن ثم لا يحتاج إلى رضا جديد، سواء من جانب البائع أو المشتري، وإنما هو مجرد عمل مادي، يجب على البائع القيام به تنفيذًا لالتزامه بنقل الملكية إلى المشتري، ولذلك إذا امتنع عن القيام بهذا العمل المادي المتمثل في التوقيع على هذا المحرر أمكن للمشتري اللجوء إلى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، والحصول على حكم قضائي يقوم مقام تنفيذ هذا العمل، ومن ثم استكمال إجراءات التسجيل؛ فالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع العقاري إنما هو حكم كاشف عن وجود عقد البيع الابتدائي الذي انعقد صحيحًا، وليس حكمًا منشئًا لعقد بيع جديد مختلف عن العقد الابتدائي.

فالعبارة فيما يتعلق بالبيع تكون بعقد البيع الابتدائي، وليس بعقد البيع النهائي، وهذا العقد لا يمكن تعديله إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين فإذا جاء العقد النهائي مخالفًا لما جاء في العقد الابتدائي، فإنه يتعين على من يتمسك بالعقد النهائي إثبات أن هذا التعديل كان وليد الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وليس ناجمًا عن مجرد إجراء مادي، فهذا الإجراء وحده لا يمكنه تعديل الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وبذلك يتضح جليًا أن العقد النهائي هو عقد أو - بالأحرى - إجراء مرتبط بالعقد الابتدائي؛ فالعقد الابتدائي يرتب كل آثار البيع بمجرد انعقاده، ويمكن تنفيذ هذه الآثار في الحال فيتسلم المشتري المبيع ويقبض البائع الثمن، ولكن تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار إلى المشتري يستغرق بعض الوقت، كما يستوجب تحرير عقد بيع مكتوب والتصديق على التوقيعات فيه، حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، فالشهر لا يتعلق بانعقاد العقد الابتدائي، وإنما يتعلق بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، ومن ثم فإن إعادة تحرير العقد الهدف منه تنفيذ العقد الابتدائي، وتحديدًا تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري، فالصلة إذن وثيقة بين العقد الابتدائي والعقد النهائي؛ فالأول هو الذي يُرتب جميع آثار البيع، أما الثاني فهو مطلوب لتنفيذ أحد هذه الآثار، ومن ثم فإن العقد النهائي تابع للعقد الابتدائي، كما أن هذا العقد النهائي لا يرتب آثار البيع التي سبق أن رتبها العقد الابتدائي وتم تنفيذها، كالاتزام بتسليم المبيع والالتزام بدفع الثمن، تلك الالتزامات التي تُنسب إلى العقد الابتدائي، ولا يمكن نسبتها إلى العقد النهائي اللاحق في وجوده على تنفيذ هذه الآثار.

هذه العلاقة الوثيقة بين العقدين تجعل العقد الابتدائي أوسع نطاقاً من العقد النهائي، وتجعل منه القاعدة في تنظيم علاقة البائع والمشتري، أما العقد النهائي فهو يقتصر فقط على تنظيم مسألة محددة مترتبة على العقد الابتدائي ولا حقة على وجوده، وهي تنفيذ الالتزام بنقل الملكية.

هذا الارتباط الوثيق بين العقدين يجعل العبرة بالعقد الابتدائي، من حيث تحديد تاريخ انعقاد البيع، ومن حيث مدى توافر الأهلية لدى المتعاقدين، وسلامة إرادتهما من العيوب، كما يجعل صحة العقد النهائي المسجل تتوقف على مدى صحة العقد الابتدائي، فإذا ثبت بطلان العقد الابتدائي أو ثبت أنه عقد صوري فإنه يزول ويستتبع زواله زوال التسجيل الذي حدث، فالعقد النهائي إذن تابع للعقد الابتدائي وجوداً وعدماً.

فإذا كان العقد الابتدائي هو الذي يرتب كل آثار البيع، وكان العقد النهائي مجرد إجراء لتنفيذ أحد آثاره، فكيف يُقال إذن إن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به علاقة المتعاقدين، وأنه قانون المتعاقدين الذي يبين ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات؟

المبحث الثاني

التطبيقات القضائية

لقد درج القضاء في مصر والكويت على أن العقد النهائي – دون العقد الابتدائي – هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويكون قانون المتعاقدين، ويصبح هذا العقد هو المرجع في بيان نطاق التعاقد وشروطه، وتحديد حقوق والتزامات طرفيه.

هذا المبدأ القضائي، المرجح للعقد النهائي على العقد الابتدائي، يبدو في ظاهره منطقيًا، وله أساسه القانوني؛ فالعقد الابتدائي يمهد للعقد النهائي، لذا من الطبيعي أن تكون العبرة بالعقد النهائي في تنظيم علاقة المتعاقدين، كما أن العقود تخضع لمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين»، فيكون للأفراد – كما عقدوا العقد بإرادتهم المشتركة – أن يقوموا بتعديله، كما يمكنهم أيضًا أن يتقايلا منه.

ولا شك في أن تطبيق هذا المبدأ القضائي يفترض أن العقد النهائي قد انعقد صحيحًا خاليًا من العيوب، كما يفترض أيضًا أن تكون إرادة المتعاقدين، عند تحرير العقد النهائي، قد اتجهت إلى تعديل الشروط المنصوص عليها بالعقد الابتدائي أو اتجهت إلى التقايل منه. هذا بالإضافة إلى أن تنظيم العقد النهائي لعلاقة المتعاقدين يكون من تاريخ انعقاده وليس قبل ذلك.

وفيما يلي نعرض لبعض الأحكام القضائية في كلٍّ من مصر والكويت، لنرى مدى التزام هذه الأحكام بالأسس القانونية التي أُقيم عليها هذا المبدأ القضائي، وفي المقدمة منه مبدأ «العقد شريعة المتعاقدين»، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي.

المطلب الأول

شروط تطبيق مبدأ ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي

هذا المبدأ يجب لإعماله ضرورةً توافر شرطين: الأول أن يكون العقد النهائي صحيحًا، والثاني أن يطبق العقد النهائي من تاريخ انعقاده. وفيما يلي نعرض لكل شرط على حدة في فرع مستقل.

الفرع الأول

أن يكون العقد النهائي صحيحاً

لا شك في أن الاعتداد بالعقد النهائي دون العقد الابتدائي يفترض صحة العقد النهائي، وهذا بالفعل ما أشارت إليه صراحة بعض الأحكام بقولها: «من المقرر أنه وإن كان عقد البيع النهائي - دون العقد الابتدائي - هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا العقد صحيحاً وخالياً من المطاعن»⁽⁷⁸⁾. فإذا كان العقد النهائي صحيحاً، فإنه يكون قانوناً المتعاقدين، دون العقد الابتدائي وما جاء به من شروط لم ينص عليها في العقد النهائي، أما إذا كان العقد النهائي غير صحيح، فإنه يجب تطبيق شروط العقد الابتدائي.

ويجب على المحكمة أن تسمح لمن يتمسك بالعقد الابتدائي بأن يثبت عدم صحة العقد النهائي، أو يثبت أن عدم النص على شرط من شروط العقد الابتدائي ضمن شروط العقد النهائي لم يقصد به العدول عن هذا الشرط. ويجب على المحكمة أن تسمح بهذا الإثبات، وإلا كان حكمها بالاعتداد بالعقد النهائي دون العقد الابتدائي حكماً معيباً بالإخلال بحق الدفاع.

وفيما يلي نعرض لبعض الأحكام القضائية التي اعتدت بالعقد النهائي دون العقد الابتدائي، ثم نعرض للأحكام القضائية التي اعتدت بالعقد الابتدائي دون العقد النهائي.

الاتجاه الأول: الأحكام التي اعتدت بالعقد النهائي دون العقد الابتدائي:

الغالبية العظمى من الأحكام القضائية تعتد بالعقد النهائي دون العقد الابتدائي، وتعتبر أن عدم النص على شروط العقد الابتدائي ضمن شروط العقد النهائي، إنما هو عدول عن هذه الشروط.

وعلى الرغم من تمسك الخصم في هذه الأحكام - كما سنرى - بأن عدم النص على شروط العقد الابتدائي ضمن شروط العقد النهائي، لم يقصد به العدول عن هذه الشروط، فإن المحكمة ترفض هذا الدفع، ولا تُعير أي اهتمام لما يقدمه الخصم من قرائن أو أدلة على صحته!

وفيما يلي نعرض لهذه الأحكام في طائفتين أو مجموعتين على النحو التالي:

- الطائفة الأولى: تتعلق بحالة الاتفاق في العقد الابتدائي على شرط جزائي لم يُنص عليه في العقد النهائي.

(78) الطعن بالتمييز رقم 450 لسنة 2003 - جلسة 2004/10/11.

– الطائفة الثانية: تتعلق بحالة اختلاف المبيع أو الثمن في العقد الابتدائي عنه في العقد النهائي.

الطائفة الأولى: حالة الاتفاق في العقد الابتدائي على شرط جزائي لم يُنص عليه في العقد النهائي

كثيراً ما يتفق المتعاقدان في العقد الابتدائي على شرط جزائي في حالة إخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع في موعد محدد، أو تسليمه على نحو معين، ثم يأتي العقد النهائي خلوّاً من هذا الشرط. فيما يلي نعرض لبعض هذه الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز الكويتية:

فقد صدر عديد من الأحكام عن محكمة النقض المصرية في هذا الشأن⁽⁷⁹⁾، ونكتفي هنا بذكر واحد منها تفصيلاً، وهو الطعن رقم 4 لسنة 36 ق – جلسة 26 مارس 1970. في هذا الطعن انعقد الاتفاق في البند السابع من العقد الابتدائي على تعهد البائع بالتوقيع على العقد النهائي عقب تسجيل عقد القسمة الاتفاقية متى طلب منه المشتري ذلك. كما تضمن العقد شرطاً جزائياً بقيمة 1000 جنيه لمن يُخل بالتزاماته. وقد قدم المشتري طلباً للشهر وطلب من البائع الحضور للتوقيع فلم يحضر، فقدم طلباً آخر وطلب منه الحضور فلم يحضر أيضاً، ثم حضر بعد ذلك ووقع على العقد النهائي.

ولكن هذا العقد النهائي لم يتضمن البند السابع – سالف الذكر – من العقد الابتدائي. ونتيجة لتراخي البائع في التوقيع فقد قام المشتري برفع دعوى يطالبه فيها بقيمة الشرط الجزائي لإخلاله بالتزامه المتفق عليه بالعقد الابتدائي، غير أن محكمة الاستئناف قضت

(79) منها نقض مدني 23 مارس سنة 1944، مجموعة عمر 4، رقم 114، ص 302، مشار إليه لدى السنهوري، مرجع سابق، هامش رقم 6، ص 49، 50 وفيه قالت المحكمة: «إذا كان الحكم فيما حصل من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين». نقض مدني 9 يناير سنة 1958، مجموعة أحكام النقد تسعة رقم خمسة ص 62، مشار إليه لدى السنهوري، مرجع سابق، هامش رقم 6، ص 49، 50 قالت المحكمة: «إذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائي الوارد في عقد البيع الابتدائي أو الإحالة إليه فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط وانصرفا نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه». نقض مدني 26 ديسمبر سنة 2005، الطعن رقم 7282 لسنة 74 ق، قالت المحكمة: «لما كان ذلك، وكان عقد البيع المشهر موضوع الدعوى... قد خلا تماماً من النص على تحديد مدة لبناء المصنع أو لبدء الإنتاج... فإن قضاء الحكم المطعون فيه بفسخ عقد البيع المشهر لإخلال الطاعن بشروط البيع لتعهده ببدء الإنتاج في نهاية 1982، أخذاً من استمارة طلب التخصيص وهي نموذج صادر من المطعون ضده الأول وغير موقع من الطاعن واطراح عقد البيع النهائي المشهر والذي خلا من هذا الشرط يكون معيّناً بالخطأ في تطبيق القانون».

برفض الدعوى فطعن المشتري على هذا الحكم تأسيساً على: «أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءً على ما قرره من أن عدم إيراد الشرط الجزائي في العقد النهائي يفيد التنازل عنه، وهو منه خطأً في تطبيق القانون وفساد في الاستدلال ومخالفة للثابت في الأوراق، ذلك أن ما يرد بالعقد النهائي من شروط إنما ينصرف إلى الحقوق المستقبلية التي تسري على الطرفين، أما ما سبق ذلك من أضرار تكون قد لحقت المشتري فليس من شأن النصوص التي ترد في العقد النهائي معالجتها، بل يجب الرجوع إلى العقد الابتدائي أو إلى القواعد العامة، وليس من المستساغ عقلاً أن يرد في العقد النهائي اتفاق على أمر مختلف عليه بين الطرفين، وهو تراخي أو عدم تراخي البائع في التوقيع عليه، كما أنه ليس من المستساغ القول بأن عدم ورود الشرط الجزائي في العقد النهائي يفيد التنازل عنه، إذ إن التنازل عن الحق يجب أن يكون صريحاً ولا يؤخذ بالظن، وإذا كان الثابت أن الطاعن تمسك بالشرط الجزائي طوال الفترة التي تراخى فيها البائع، وتحدى به في إنذاري 59/2/25، و61/11/25، فلا يجب أن يُنسب إليه التنازل عنه».

ومع ذلك فقد رفضت محكمة النقض هذا الدفع بقولها: «هذا النعي مردود، ذلك أن العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين، ولما كان يبين من عقد البيع النهائي المشهر بتاريخ 1961/12/14 أنه قد خلا من النص على الشرط الجزائي المنصوص عليه في البند الثامن من عقد البيع الابتدائي أو الإحالة إليه، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخلّيا عن هذا الشرط وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه... إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو شابّه الفساد في الاستدلال»⁽⁸⁰⁾.

فالمحكمة تعتبر أن عدم النص في العقد النهائي عن أي شرط من شروط العقد الابتدائي يعتبر ذلك عدولاً عن هذا الشرط وتخلياً عنه انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، ضاربة عرض الحائط بكل الحجج التي ذكرها الطاعن لإثبات عدم تنازله عن الشرط الجزائي، والقول بهذا التنازل لمجرد عدم النص على الشرط في العقد النهائي. وهذا الاستنتاج من جانب المحكمة نراه استنتاجاً تعسفياً، فلا يجب اعتبار عدم النص على الشرط في العقد النهائي نزولاً عنه، فهذا النزول لا يُفترض، ويجب للقول به التأكد من أن إرادة الطاعن قد اتجهت إليه بالفعل، حتى يمكن اعتباره عدولاً عن الشرط الوارد بالعقد الابتدائي.

(80) نقض مدني جلسة 1958/1/9، المكتب الفني، س9، رقم 5، ص63، نقض مدني جلسة 1982/10/31، المكتب الفني س33 رقم 157، وانظر أيضاً في القضاء الكويتي الطعن رقم 172 لسنة 2008 (مدني - 1)، جلسة 16 فبراير 2009.

كما صدر أيضاً عديد من الأحكام عن محكمة التمييز الكويتية في هذا الشأن⁽⁸¹⁾ نكتفي هنا بذكر البعض منها تفصيلاً:

1 - الطعن رقم 134 لسنة 2008 (مدني 2) جلسة 22 ديسمبر 2008

في هذا الطعن كان المتعاقدان قد اتفقا في عقد البيع الابتدائي المؤرخ في 2005/12/27 على أن يُخلي البائع العين المبيعة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل العقد النهائي، كما اتفق أيضاً على شرط جزائي يقضي بدفع مبلغ 5000 دينار لمن يُخل بشروط العقد. وقد تم تسجيل العقد في 2006/3/14، ونظراً إلى عدم تنفيذ البائع التزامه بإخلاء العين المبيعة في الموعد المتفق عليه، فقد رفع المشتري دعوى يُطالب فيها بقيمة الشرط الجزائي وإخلاء العين، وقد قضت محكمة الاستئناف برفض الدعوى فقام المشتري بالطعن على هذا الحكم بالتمييز تأسيساً على: «أن الحكم المطعون فيه معيب بالخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والإخلال بحق الدفاع، لأنه اعتبر العقد النهائي المسجل في 2006/3/14 هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، ويصبح وحدة قانون المتعاقدين من تاريخ إبرامه، وقد خلا هذا العقد من شرط إخلاء العقار في تاريخ محدد والالتزام بدفع مبلغ 5000 دينار لمن يُخل بشروط العقد، وأن الطاعنين قد أقرّا بالعقد النهائي أنهما عاينا المبيع المعينة النافية للجهالة وقبلًا شراءه بحالته الراهنة ووضعاً اليد عليه، وقضى برفض أعمال الجزاء رغم إخلال المطعون ضدها بشرط التسليم في الميعاد، في حين أن العقد الابتدائي لا يزال ساريًا خاصة فيما يتعلق بشرط التسليم، ويتبعه في ذلك أعمال الشرط الجزائي لأنه لم ينص في العقد النهائي بسقوط ما اشترط في العقد الابتدائي...».

وقد رفضت محكمة التمييز هذا الدفع بقولها: «إن هذا النعي غير سديد... ذلك أن النص في المادة (70) من القانون المدني... مُفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقات بين الطرفين، ويصبح

(81) منها الطعن رقم 713، 750 لسنة 2007 (تجاري - 1)، جلسة 24 مارس سنة 2009. قالت المحكمة: «طرفا الدعوى أبرما عقداً نهائياً مسجلاً... أقرت فيه البائعة للعقار محل التداعي بقبض الثمن من المشتري... كما أقرت المشتري... بمعاينة المبيع المعينة التامة النافية للجهالة وقبلته بحالته الراهنة ووضع اليد عليه، ومن ثم فإن ذلك يُعد من جانب كل منهما أنه نفذ التزاماته المترتبة على العقد وإنجاز كافة الأعمال باعتبار أنه العقد الذي استقرت به العلاقة بينهما، وهو الذي أصبح وحده قانون المتعاقدين من تاريخ إبرامه وإسقاط كافة الشروط الواردة بالعقد الابتدائي... إذ إن ذلك لم يعد قائماً ولا نافذاً اعتباراً من تاريخ تسجيل عقد البيع النهائي».

والطعن رقم 172 لسنة 2008 (مدني - 1)، جلسة 16 فبراير 2009. قالت المحكمة: «لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على سند من خلو عقد البيع النهائي المسجل تحت رقم 3833 من الشرط الجزائي الوارد بعقد البيع الابتدائي أو الإحالة إليه، وهو لا يماري فيه الطاعن، مما يدل على تخلي طرفيه عنه، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً».

وحده قانون المتعاقدين من تاريخ إبرامه، لما كان ذلك وكان الثابت في عقد البيع النهائي خلوه مما اشترط في العقد الابتدائي من التزام المطعون ضدها بإخلاء العقار في تاريخ معين والالتزام بدفع مبلغ 5000 دينار في حالة الإخلال بهذا الشرط، وأن الطاعنين قد أقرّا فيه بمعاينتهما للسكن المبّيع المعاينة التامة النافية للجهالة وقبلًا شراءه بحالته ووضع اليد عليه، وهو ما يفيد بأنه اتفق في العقد النهائي على تعديل شروط عقد البيع الابتدائي بإسقاط شرط تسليم العقار خاليًا في ميعاد معين، وأيضًا الجزاء المالي المترتب على الإخلال بهذا الشرط، وبالتالي فإن هذا الشرط لم يعد قائمًا ولا نافذ الأثر اعتبارًا من تاريخ تسجيل عقد البيع النهائي في 2006/3/14، وإن التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ورتّب على ذلك قضاءه برفض طلب الطاعنين إعمال الشرط الجزائي لإخلال المطعون ضدها بشرط التسليم خاليًا، فإنه يكون قد أصاب في قضاؤه صحيح القانون».

2 - الطعن رقم 983 لسنة 2007 (تجاري - 2) جلسة 25 أكتوبر 2009

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه بموجب عقد بيع ابتدائي مؤرّخ في 2003/9/16م اشترى بيت التمويل الكويتي عقارًا لقاء ثمن قدره 400 ألف دينار، دفع منها للبائع 390 ألف دينار، واتفقا بموجب العقد على أن يلتزم المشتري بسداد باقي الثمن بعد قيام البائع بتحديد أوصاف المبيع وتسليمه الوثائق المتعلقة به وإيصال الكهرباء إليه. وبتاريخ 2003/10/14م تم إبرام عقد البيع النهائي المسجل غير أنه لم يتضمن ما اشترط على البائع في العقد الابتدائي.

ولما كان البائع قد قام بتنفيذ التزاماته وامتنع المشتري عن سداد باقي الثمن، فقد بادر الأول برفع دعوى لإلزام المشتري بدفع باقي الثمن وقدره 10.000 دينار. وقد دفع المشتري هذه الدعوى متمسكا بحقه في حبس باقي الثمن حتى يوفي البائع بما تعهد به. ولكن محكمة الموضوع رفضت هذا الدفع وألزمته بدفع باقي الثمن مستندة في ذلك إلى أن التزام البائع المنصوص عليه بالعقد الابتدائي قد سقط بعدم النص عليه في العقد النهائي، ومن ثم ليس للمشتري أن يمتنع عن سداد باقي الثمن متعللاً بحقه في الحبس مقابل التزام لم يعد قائمًا.

وقد طعن المشتري على هذا الحكم بالتمييز مستندًا في ذلك إلى أن البائع طوال مدة نظر الدعوى كان يتمسك بأنه قد قام بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها بالعقد الابتدائي، ولم يستند في طلباته إلى أن هذه الالتزامات قد سقطت ولم تعد قائمة بعدم النص عليها في العقد النهائي، ومن ثم تكون المحكمة المطعون على حكمها قد غيرت سبب الدعوى من تلقاء نفسها من دون أن يُطلب ذلك منها، ومن ثم فقد حُجبت نفسها عن الرد

على ما تضمنه تقرير الخبير في الدعوى من إخلال البائع بالتزاماته العقدية، الأمر الذي يعيب الحكم ويستوجب تمييزه.

ولكن محكمة التمييز رفضت هذا الدفع، وأيدت الحكم المطعون فيه وقالت: «إن العقد النهائي دون العقد الابتدائي... هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين... ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءً بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بإلزام الطاعن بمبلغ 10,000 دينار باقي ثمن العقار المبيع، وعلى ما خلص إليه من خلو عقد البيع النهائي المسجل مما اشترط في العقد الابتدائي من التزام البائع بتحديد أوصاف المبيع وتسليم الوثائق والمستندات المتعلقة به وتوصيل التيار الكهربائي إليه، كما أن الطاعن قد أقر في العقد النهائي المذكور بمعاينة العقار المبيع المعينة النافذة للجهالة، وقبل بشرائه بحالته الحاضرة، ووضع اليد عليه، مما مفاده أنه اتفق في العقد النهائي على تعديل أحكام البيع الابتدائي بإسقاط هذه الأحكام منه، ومن ثم فإن تلك الأحكام لا تعد قائمة ونافذة الأثر اعتباراً من تاريخ تسجيل عقد البيع النهائي إعمالاً لحكم المادة (2/70) من القانون المدني، وهو من الحكم استخلاص سائغ له معينه الصحيح في الأوراق، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها بلا مخالفة للقانون أو تغيير لسبب الدعوى»⁽⁸²⁾.

3 - الطعن رقم 875 و 879 لسنة 2005 (مدني 2) جلسة 19 مارس 2007

كما قضت أيضاً محكمة التمييز بأنه «إذا اتفق في العقد النهائي على تعديل شروط البيع بإسقاط شرط تسليم المبيع في ميعاد معين والجزاء على مخالفته فإن هذا الشرط لا يكون قائماً ونافذ الأثر إلا في الفترة السابقة على تسجيل عقد البيع النهائي. لما كان ذلك، وكان الثابت من عقد البيع النهائي المؤرخ 2003/8/19م المحرر بين الطرفين خلوه مما اشترط في العقد الابتدائي من التزام المطعون ضده البائع بتسليم عقار النزاع خالياً من الشواغل في الميعاد المعين بينهما، وإلا التزم بدفع مبلغ 2500 دينار شهرياً حتى تمام التسليم، وأن المشتري أقر فيه بمعاينته للعقار المبيع المعينة التامة النافذة للجهالة، وقبل شراؤه بحالته الراهنة ووضع يده عليه، ومفاد ذلك أنه اتفق في العقد النهائي على تعديل شروط عقد البيع الابتدائي بإسقاط شرط تسليم العقار المبيع خالياً من الشواغل في ميعاد معين والجزاء على مخالفته، ومن ثم فإن هذا الشرط لا يعد قائماً ولا نافذ الأثر اعتباراً من تاريخ تسجيل عقد البيع النهائي... وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى... بعدم أحقية الطاعن بمطالبة المطعون ضده الأول بتنفيذ التزامه بتسليم العقار المبيع خالياً من الشواغل وفقاً لأحكام العقد الابتدائي لاتفاق الطرفين في العقد النهائي على تعديل شروط البيع بإسقاط ذلك الشرط منه فإنه يكون قد التزم صحيح القانون...

(82) الطعن رقم 984، 983 لسنة 2007 (تجاري - 2)، جلسة 25 أكتوبر سنة 2009.

ولا يُجدي قول الطاعن إن توقيعه على وثيقة التملك أمام إدارة التسجيل العقاري لم يكن بغرض تعديل شروط العقد الابتدائي، وإنما بغرض استصدار وثيقة التملك على النموذج المُعد لذلك ما دامت هذه الوثيقة خلت من شرط التسليم والشرط الجزائي المترتب عليه⁽⁸³⁾.

في كل الأحكام السابقة اعتبرت المحكمة أن شروط العقد الابتدائي التي لم يُنص عليها في العقد النهائي قد سقطت ولم تُعد قائمة من دون أن تبحث أو تُفند أدلة الخصم الذي يتمسك بشروط العقد الابتدائي، وأنها ما زالت قائمة. ولا شك لدينا في أن ما ذهبت إليه هذه الأحكام يجب أن يكون محلاً للنظر والمراجعة، لأنه إذا كان عدم النص على شروط العقد الابتدائي في العقد النهائي يُعد قرينة على التخلي عن هذه الشروط، فإن هذه القرينة القضائية قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، ولذلك كان يجب على المحكمة أن ترد على ما يقدمه الخصم من أدلة لنفي تلك القرينة، أما عدم الرد والاكتفاء بمجرد ترديد المبدأ محل الدراسة فإنه يعيب الحكم بالخطأ في تطبيق القانون، لا سيما أن المبدأ القضائي محل الدراسة - كما سنرى في الصفحات المقبلة من الدراسة - يقتصر تطبيقه على شروط البيع التي يلزم إثباتها بالعقد النهائي، وهو ما لا ينطبق على الشروط المتعلقة بتسليم المبيع في وقت معين أو تسليمه على نحو معين، كما في الأحكام السابقة.

الطائفة الثانية: حالة اختلاف وصف المبيع أو مقدار الثمن في العقد الابتدائي عنه في العقد النهائي

في بعض الأحيان يقع الاختلاف في وصف المبيع في العقد الابتدائي عن وصفه في العقد النهائي، كأن تكون مساحته في العقد النهائي مختلفة عن مساحته في العقد الابتدائي، أو يختلف موقعه في العقد النهائي عن موقعه في العقد الابتدائي، أو يُذكر في العقد النهائي أنه أرض فضاء بينما يكون قد ذكر في العقد الابتدائي أنه مقام عليه منشآت. وقد يقع الاختلاف بين العقدین في مقدار الثمن، أو في وصف المشتري.

وفيما يلي نعرض لبعض هذه الأحكام التي اعتدَّت فيها المحكمة بالعقد النهائي:

1 - الطعن رقم 943 لسنة 2007 (مدني - 1) جلسة 23 مارس سنة 2009

في هذا الطعن أخذ الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك يقول: «إن الحكم رفض طلبه بإلزام ورثة البائع له... بضمان استحقاق المساحة التي استنزلتها البلدية من المساحة المباعة له في العقد الابتدائي على سند من أنها

(83) الطعان رقما 875 و 879 لسنة 2005 (مدني - 2)، جلسة 2007/3/19.

لم ترد في العقد النهائي في حين أن المورث لم يبين له عند إبرام العقد الابتدائي أن البلدية استنزلت مساحة 11,688 من قطعة الأرض المباعة، فيكون البائع ملزماً برد قيمة هذه المساحة طبقاً لقواعد ضمان استحقاق الغير للمبيع، ذلك أنه ملزم بتسليم المبيع للطاعن بالحالة التي كان عليها وقت البيع وليس بما جاء بالعقد الرسمي، وهو في جميع الحالات ملزم بضمان الاستحقاق، وأن توقيع الطاعن على العقد الرسمي الذي تسلم بموجبه المساحة المباعة ناقصة لا يسقط حقه في هذا الضمان».

وقد رفضت محكمة التمييز هذا الدفع بقولها: «إن هذا النعي في غير محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويكون هو قانون المتعاقدين، ويصبح هذا العقد هو المرجع في تبيان نطاق التعاقد وشروطه وتحديد الحقوق والالتزامات لطرفيه، وأنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له في الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق... لما كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع النهائي المسجل بتاريخ 1984/10/23م... أن قطعة الأرض التي بيعت له مساحتها 36470 متر مربع خضعت للتنظيم، واستمكت منها الدولة مساحة 11688 متر مربع من دون مقابل... ومن ثم ليس للطاعن أن يرجع على ورثة البائع له بضمان الاستحقاق عن المساحة التي استقطعتها الدولة من دون مقابل، لعلمه بهذا الاستقطاع وموافقته عليه عند توقيعه على عقد البيع النهائي... وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً»⁽⁸⁴⁾.

2 - الطعن رقم 94 لسنة 1998 (مدني)، جلسة 30 نوفمبر سنة 1998

في هذا الطعن كان النزاع حول ذاتية المبيع، فقد ذكر في عقد البيع الابتدائي أن المبيع هو (القسيمة رقم 244 من القطعة رقم 2 بمنطقة اليرموك البالغ مساحتها 750 متر مربع)، بينما ذكر في عقد البيع المسجل أن المبيع هو (القسيمة رقم 244 من القطعة رقم 1 بمنطقة اليرموك البالغ مساحتها 750 متر مربع).

(84) نلاحظ هنا أن ضمان التعرض والاستحقاق مرتبط بالالتزام بالتسليم، وهذا الالتزام ينشأ من العقد الابتدائي بمجرد انعقاده، وهو من الالتزامات التي تترتب على عقد البيع حتى لو لم ينص عليه في العقد، ويجب أن يتم تنفيذه فوراً بمجرد انعقاد العقد ما لم يُتفق على غير ذلك. وإذا كان لا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق إذا كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق، فإن ذلك العلم يكون وقت إبرام العقد الابتدائي. ولا يسقط حق المشتري في هذا الضمان أن يعلم بسبب الاستحقاق في وقت لاحق. ولذلك كان على المحكمة بدلاً من ذلك أن تعتبر المساحة المتعاقدة عليها هي تلك التي وردت في العقد النهائي وتسلمها المشتري، وليس المساحة التي ذكرت في العقد الابتدائي، ولما كان المشتري قد تسلم هذه المساحة كاملة فإنه لا مجال للحديث عن ضمان الاستحقاق!

وقد طالب المشتري ببطلان العقد النهائي لوقوعه في غلط في ذاتية المحل، حيث انتقلت إليه ملكية القسيمة الواقعة في القطعة رقم (1) بدلاً من القسيمة الواقعة في القطعة رقم (2). وقد رفضت محكمة الموضوع الدعوى وأيدتها في ذلك محكمة التمييز مؤكدة على صحة العقد النهائي، بالقول إن الغلط في ذاتية القطعة محل عقد البيع لا يُعتبر من قبيل الغلط الدافع إلى التعاقد الذي يعتد به القانون باعتباره مفسداً للرضاء، وأنه لا يعدو أن يكون مجرد خطأ مادي في رقم القطعة المباعة لا يؤثر في صحة عقد البيع! وهو ما عبّرت عنه المحكمة بقولها: «من المقرر أن عقد البيع النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقة بين المتعاقدين ويصبح من تاريخ إبرامه هو المرجع في تبيان نطاق العقد وشروطه. لما كان ذلك وكان مبنى طعن الطاعن في نعيه على الحكم المطعون فيه أنه قد وقع في غلط في ذاتية القطعة محل عقد البيع المسجل... لأنه بموجبه انتقلت إليه ملكية القسيمة 244 من القطعة رقم 1 التي لم يرد عليها التعامل بموجب عقده الابتدائي الذي كان محله القطعة رقم 2. وكان عقد البيع الابتدائي الذي يتمسك به الطاعن ليس له من أثر بين عاقيه في بيان نطاق التعاقد وشروطه إلا في الفترة السابقة على إبرام عقد البيع النهائي، أما بعد إبرامه فإنه لا يقبل التحدي بما ورد في العقد الابتدائي في هذا الصدد. وكان ما يتمسك به الطاعن على أنه غلط في ذاتية القطعة محل عقد البيع لا يُعتبر من قبيل الغلط الدافع إلى التعاقد الذي يعتد به القانون باعتباره مفسداً للرضاء، ومن ثم فإنه لا أثر له على صحة عقد البيع سند الدعوى، ولا يعدو في حقيقته أن يكون سوى خطأ مادي في رقم القطعة المباعة».

3 - الطعن رقم 461 لسنة 59 ق، جلسة 23 مايو سنة 1993

في هذا الطعن كان النزاع حول صفة المشتري، حيث ذُكر في العقد الابتدائي أن المشتري يشتري الأرض بصفته ولياً طبيعياً على نجله، بينما لم تُذكر هذه الصفة للمشتري في العقد النهائي. وقد قضت محكمة الاستئناف ببطلان العقد النهائي والاعتداد بالعقد الابتدائي على سند من القول بأن مصلحة الشهر العقاري هي من أغفلت صفة المشتري كولي طبيعي على نجله، عند تحرير العقد النهائي.

ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم واعتدت بالعقد النهائي بعد أن ثبتت لها صحة هذا العقد، وأن مصلحة الشهر لم تغفل صفة المشتري، كولي طبيعي عن نجله، وإنما طلب الشهر الذي قُدّم إليها هو الذي جاء خلوها من هذه الصفة. فقالت المحكمة: «إن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين فيصبح قانون المتعاقدين، ولما كان الثابت بعقد البيع النهائي الشهر رقم 28 في 1959/8/9 توثيق الإسماعيلية أنه تحرر بناءً على الطلب المقدم برقم 680

في 1959/7/30 بين المطعون عليها الثانية والعشرين بصفتها المالكة لأطيان النزاع وبين... مورث الطاعنين كمشتري لها من دون أن يبين قرين اسمه صفته كولي طبيعي على المطعون عليه الثاني، وكان البين من تقرير الخبير المنتدب في الدعوى أنه انتقل إلى مأمورية الشهر العقاري بالإسماعيلية وأثبت اطلاعه على دفتر طلبات عام 1959 الذي قيد به الطلب رقم 680 بتاريخ 1959/7/30، المقدم من أملاك الإسماعيلية لصالح... وكذا دفتر المشروعات للذين جاء خلواً من الإشارة إلى أن المشتري أبرم العقد مع البائعة بصفته ولياً طبيعياً على المطعون عليه الثاني مما مفاده أن تسجيل العقد قد تم وفق البيانات المقدمة إلى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق من دون أن يعتريه خطأ مادي في تحرير هذه البيانات يخالف فيها تلك التي وردت بشأنه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطالان العقد المسجل برقم 28 لسنة 1959 توثيق الإسماعيلية على سند من أن مصلحة الشهر العقاري والتوثيق هي التي أغفلت بيان صفة المشتري كولي طبيعي على المطعون عليه الثاني عند تحرير العقد المسجل، ورتب على ذلك قضاءه بصحته ونفاذ العقدين المؤرخين يوليو سنة 1946، و1976/5/1 فإنه يكون معيباً بمخالفة الثابت بالأوراق فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب».

في هذه الطائفة من الأحكام كان الاختلاف بين العقدين في ذاتية المبيع من حيث مساحته أو بيان موقعه أو في ذاتية المشتري، ومثل هذه البيانات ضرورية في العقد النهائي، أو بعبارة أخرى: يحرر لإثباتها العقد النهائي، ومن ثم فإنها - كما سنرى - يسري عليها المبدأ محل الدراسة، على عكس شروط وبيانات البيع التي وردت بشأنها الطائفة الأولى من الأحكام سالف الذكر.

الاتجاه الثاني: الأحكام التي اعتدت بالعقد الابتدائي دون العقد النهائي

تبدو هذه الأحكام قليلة بل نادرة، فقد اعتدَّت فيها المحكمة بما جاء بالعقد الابتدائي من شروط، على الرغم من عدم النص عليها أو الإشارة إليها في العقد النهائي.

وفيما يلي نعرض لحُكمين أحدهما لمحكمة النقض المصرية والثاني لمحكمة التمييز الكويتية:

1 - الطعن رقم 610 لسنة 49 ق، جلسة 1984/3/26

في هذه الدعوى نُصَّ في العقد الابتدائي على تعهد البائع بتسليم العقار إلى المشتري، على أن تكون الشقتان الكائنتان بالدور الثالث واللذان يقيم فيهما البائع خاليتين، غير أن البائع لم يفِّ بما اتَّفَقَ عليه. فبادر المشتري برفع دعوى على البائع يطالب بطرده من الشقتين وتسليمهما إليه، وقد حكمت محكمة أول درجة بإخلاء الشقتين وتسليمهما

إلى المشتري، غير أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وقضت برفض الدعوى على أساس أن عقد البيع المسجل لم يتضمن ما نُصَّ عليه بالعقد الابتدائي من التزام البائع بتسليم عين النزاع.

وقد أخذ الطاعن على الحكم المطعون فيه خطأً في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول: «إن الحكم قضى برفض الدعوى على أساس أن عقد البيع المسجل المبرم بينهما وبين المطعون ضدهم لم يتضمن ما يفيد التزام الآخرين بتسليمهما عين النزاع، في حين أنهم ملزمون بالتسليم بصفتهما بائعين، حتى لو لم ينص على ذلك بالعقد».

وقد استجابت محكمة النقض لهذا الطعن وقالت: «إن هذا النعي في محله، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. كما أن البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التي هو عليها وقت تحرير العقد طبقاً لنص المادة (431) من القانون المدني. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن عقد البيع المسجل... قد خلا من ترتيب أي التزام على عاتق المطعون ضدهم بتسليم هاتين الشقتين فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه».

ويلاحظ هنا أن مربط الفرس في الطعن ليس تسليم العقار المبيع، بل تسليم الشقتين خاليتين كما نُصَّ على ذلك بالعقد الابتدائي، وقد رفض الحكم المطعون فيه الدعوى لأن العقد النهائي المسجل لم يتضمن هذا النص الوارد بالعقد الابتدائي، الأمر الذي يُعتبر بمنزلة عدول عن هذا الشرط. ولكن محكمة النقض - على غير عاداتها - اعتبرت ذلك من محكمة الموضوع خطأً في تطبيق القانون. وبذلك تكون المحكمة قد أعملت الشرط الوارد بالعقد الابتدائي على الرغم من عدم النص عليه بالعقد النهائي.

وهذا الحكم من المحكمة يُعد بمنزلة انقلاب على كل الأحكام السابق صدورها عنها، والتي طبقت فيها العقد النهائي دون العقد الابتدائي، لمجرد أن العقد النهائي لم يتضمن شروط العقد الابتدائي.

2 - الطعن رقم 450 لسنة 2003، جلسة 2004/10/11

تتمثل وقائع هذا الطعن في أن بائع عقار رفع دعوى يطالب فيها بإلزام المشتري أن يؤدي إليه مبلغ خمسة عشر ألف دينار باقي ثمن العقار المنصوص عليه بالعقد الابتدائي والمقدر بمبلغ 175 ألف دينار سدد منه المشتري 160 ألف وتعهدهم ودنياً أمام الشهود بسداد الباقي على أقساط، ولكنه لم يوفِّ به رغم إنذاره. وقد حكمت محكمة أول درجة بإلزام المشتري بدفع باقي الثمن، كما أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم.

فقام المشتري بالطعن بالتميز على هذا الحكم آخذاً عليه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال؛ «إذ تمسك في دفاعه بما ورد بعقد البيع المسجل، وبإقرار المطعون ضده أمام الموثق من أنه قد حدث سداد ثمن العقار المبيع ومقداره مائة وخمسة وستون ألف دينار، وقد تم تحصيل الرسوم على هذا المبلغ، فيكون العقد المسجل هو المعول عليه في بيان كيفية سداد الثمن وتماحه، إذ إن طرفيه اتفقا - أمام الشهود - على تعديل الثمن المحدد بالعقد الابتدائي المؤرخ في 1997/10/30، بمبلغ مائة وخمسة وسبعين ألف دينار باستنزاف عشرة آلاف دينار منه لقاء الترميمات التي تم كشفها من معاينة العقار المبيع، إلا أن الحكم المطعون فيه أيد قضاء الحكم الابتدائي استناداً إلى ما ذهب إليه من أن ما ورد بالعقد المسجل من سداد للثمن، وبأنه مبلغ 165 ألف دينار، يتجافى مع الواقع الثابت بالأوراق، إذ إن سداد الثمن قد تراخى إلى ما بعد تسجيل هذا العقد... وهو ما يخالف الثابت بالعقد المسجل من أنه تم سداد الثمن، فإن الحكم المطعون فيه إذ عوّل في قضاؤه على ما ورد بالعقد الابتدائي وبأقوال شاهدي المطعون ضده المتناقضة، ولم يطمئن لأقوال شاهديه بشأن العدول عن مقدار الثمن الوارد به، ومن دون أن يواجه دفاعه في هذا الصدد بما يصلح رداً عليه، فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه».

وقد رفضت محكمة التمييز هذا الدفع وقالت: «إن هذا النعي في جملته مردود، ذلك أن من المقرر أنه وإن كان عقد البيع النهائي - دون العقد الابتدائي - هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا العقد صحيحاً وخالياً من المطاعن... وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاؤه بتأييد الحكم الابتدائي بإلزام الطاعن أن يؤدي إلى المطعون ضده مبلغ خمسة عشر ألف دينار باعتباره باقياً ثمن العقار المبيع له على ما استخلصه من الأوراق والمستندات وظروف الدعوى وملاساتها، ومن أقوال شاهد المطعون ضده من أن الطرفين اتفقا بموجب عقد البيع الابتدائي... على أن يبيع المطعون ضده للطاعن العقار محل النزاع بمبلغ 175 ألف دينار، وتضمن العقد كيفية سداد المبلغ على دفع، وأن الطاعن لم يقيم بسداد المبلغ الذي اتفق على سداذه للمطعون ضده عن طريق بنك التسليف والادخار إلا بتاريخ 1998/8/4؛ أي بعد تسجيل عقد البيع النهائي بالسجل العقاري في 1998/6/7، وذلك عكس ما ورد بالأخير من أنه قد تم سداد المبلغ المتفق عليه ثمنًا للعقار، وأنه 165 ألف دينار، وهو ما يعني عدم عدول المتعاقدين عما جاء بالعقد الابتدائي آنف البيان بشأن الثمن المتفق عليه ومقداره 175 ألف دينار، ومن ثم يلتزم الطاعن بما ورد فيه...».

يلاحظ هنا أن محكمة التمييز قد أوضحت أن ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي

يستلزم أن يكون هذا العقد صحيحاً خالياً من المطاعن، كما أنها لم تعتبر ما نُصَّ عليه بالعقد الابتدائي قد حدث العدول عنه بمجرد عدم ذكره أو الإشارة إليه في العقد النهائي، وإنما أيدت ما ذهب إليه محكمة الموضوع فيما ذهبت إليه من السماح للخصوم بإثبات أن الثمن المذكور بالعقد النهائي لم يكن عدولاً عما جاء بالعقد الابتدائي. ففي هذه الدعوى كان ثمن العقار المذكور بالعقد الابتدائي هو 175 ألف دينار، بينما كان الثمن المذكور بالعقد النهائي المسجل هو 165 ألف دينار، فقام البائع بمطالبة المشتري بدفع باقي الثمن وفقاً لما جاء بالعقد الابتدائي، فتمسك المشتري بالثمن المذكور بالعقد المسجل، وإقرار البائع أمام الموثق بأنه قد تم سداد الثمن، معتبراً ذلك بمنزلة اتفاق على تعديل الثمن الوارد بالعقد الابتدائي، وأن العبرة بالعقد النهائي وليس بالعقد الابتدائي.

ومع ذلك قضت المحكمة للبائع بباقي الثمن المذكور بالعقد الابتدائي، واعتبرت أن ما جاء بالعقد النهائي المسجل غير صحيح، حيث ثبت لها أن سداد الثمن قد تراخى إلى ما بعد تسجيل العقد، وهو ما يؤكد عدم صحة ما هو ثابت بالعقد المسجل من أن الثمن قد تم سداؤه.

القاسم المشترك بين هذه الأحكام الأخيرة أنها طبقت الشروط الواردة بالعقد الابتدائي على الرغم من أن هذه الشروط لم يُنصَّ عليها أو يُشرَّ إليها بالعقد النهائي. فهذه الأحكام - على خلاف الأحكام السابق عرضها - لا تعتبر عدم النص على شروط العقد الابتدائي في العقد النهائي قرينة قاطعة على تخلي المتعاقدين عن هذه الشروط، وإنما تعتبر ذلك قرينة بسيطة وتسمح للمتعاقد أن يثبت عكسها وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، وهذا الاتجاه الأخير هو الأقرب إلى الصواب؛ ذلك أن مبدأ ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي يستند إلى مبدأ «العقد شريعة المتعاقدين»، وتطبيق هذا المبدأ الأخير كما سبق أن ذكرنا يستوجب أن يكون العقد النهائي صحيحاً غير معيب، وأن يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التخلي عن شروط العقد الابتدائي التي لم يرد لها ذكر في العقد النهائي.

أما ما يذهب إليه الاتجاه الأول من اعتبار عدم النص على شروط العقد الابتدائي في العقد النهائي تخلياً عن هذه الشروط من جانب المتعاقدين، فإنه أمر يجب أن يكون محلاً للنظر، فهو لا يعدو أن يكون مجرد استنتاج قد يُخطئ وقد يصيب، ومن ثم ينبغي السماح للأطراف بإثبات ما يخالفه وإلا عُدَّ ذلك خطأ في تطبيق القانون وإخلالاً بحق الدفاع. كما يجب على المحكمة أن تفند ما يقدم إليها من أدلة في هذا الشأن والرد عليها، وإلا عُدَّ ذلك قصوراً في التسبيب.

الفرع الثاني

أن يطبق العقد النهائي من تاريخ انعقاده

المبدأ القضائي الذي جرت عليه أحكام القضاء، والذي يقضي بأن العقد النهائي – دون العقد الابتدائي – هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، ويكون قانون المتعاقدين، هذا المبدأ لا يعمل به إلا من تاريخ إبرام العقد النهائي – وهذا ما نص عليه عديد من الأحكام القضائية، ومن ثم يكون من الطبيعي أن يظل العقد الابتدائي حاكماً لعلاقة المتعاقدين منظمًا لها طوال المدة السابقة على تحرير العقد النهائي، وبالتالي يكون لكل عقد منهما نطاقه الزمني الذي يطبق فيه.

ومع ذلك فقد جرى عديد من أحكام النقض في مصر على أن العقد النهائي هو الذي يحكم علاقة المتعاقدين ليس فقط من تاريخ انعقاده، بل أيضاً طوال المدة السابقة على ذلك، فهو يطبق بأثر رجعي.

وفيما يلي نعرض لكلا الاتجاهين بادئين بهذا الأخير باعتباره الغالب في أحكام القضاء:

الاتجاه الأول: الأحكام التي قضت بتطبيق العقد النهائي بأثر رجعي

لقد جرى عديد من أحكام النقض في مصر على أن العقد النهائي ينسخ العقد الابتدائي ويُزيله تماماً، ويعتبره غير قائم في أي وقت من الأوقات⁽⁸⁵⁾.

ففي واقعة اشترى شخص خمسة أفدنة بموجب عقد بيع ابتدائي مؤرخ 1953/10/26، وحدث تسجيله في 1955/11/26، وقد نصَّ في العقد الابتدائي على أن المشتري لا يتسلم الأرض ولا يضع يده عليها إلا بعد سداد كامل الثمن، والذي قسط على أجل آخرها العام 1970، غير أن هذا الشرط لم يرد في العقد النهائي، فقام المشتري برفع دعوى للمطالبة برّيع الأرض المبّيعه ممن يضع يده عليها من تاريخ شرائها بموجب العقد الابتدائي مستنداً في ذلك إلى بطلان الشرط سالف الذكر، لمخالفته لأحكام قانون الإصلاح الزراعي.

وقد حكمت له المحكمة بما طلب، فطعن الحائز على هذا الحكم بالنقض مستنداً إلى أن «الحكم المطعون فيه أعمل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بالنسبة إلى العقد النهائي ولم

(85) الطعن رقم 509 لسنة 70 ق – جلسة 21 نوفمبر سنة 2000 فقد جاء فيه: «أن عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ينسخ العقد الابتدائي ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه، ويصبح هو قانونهما والمرجع في التعرف على إرادتهما النهائية، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع، أو الثمن أو شروط البيع الابتدائي بالتعديل حيث يسوغ القول بأن العقد النهائي بمثابة تقايل من البيع الابتدائي».

يطبقها بالنسبة إلى العقد الابتدائي، وكان يتعين أن يطبقها على كلا العقدين، فيطبق العقد الابتدائي إلى تاريخ العدول عنه بالعقد النهائي، وإذ لم تلتزم المحكمة بذلك فإن حكمها يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال». غير أن محكمة النقض رفضت هذا الدفع وقالت: «إن هذا النعي مردود، وذلك لأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - فإن العقد النهائي، - دون العقد الابتدائي، - هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين، ولما كان يبين من عقد البيع النهائي المُشهر بتاريخ 1955/11/26... أنه قد خلا من النص على الشرط السابع الذي كان منصوصاً عليه في العقد الابتدائي أو الإحالة إليه فإن مفاد ذلك أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط، وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه لا يكون قد شابته فساد في الاستدلال»⁽⁸⁶⁾.

وهكذا فقد أيدت محكمة النقض الحكم المطعون فيه على الرغم من قضائه بأحقية المشتري في ريع الأرض المباعة من تاريخ شرائها وليس فقط من تاريخ إبرام العقد النهائي، وبذلك تكون قد جعلت للعدول عن الشرط الوارد بالعقد الابتدائي أثراً رجعيّاً، فلم تستبعد تطبيقه من تاريخ تسجيل العقد بل من تاريخ إبرام العقد الابتدائي.

وفي واقعة أخرى بيعت قطعة أرض - ألت ملكيتها إلى بائعها بموجب عقد قسمة عرفي - وتضمن عقد البيع الابتدائي اتفاق البائع والمشتري على أن يتم التوقيع على العقد النهائي، بمجرد تسجيل عقد القسمة، كما تضمن أيضاً شرطاً جزائياً يقضى بإلزام كل من يخل بأي شرط من شروط العقد بتعويض قدره ألف جنيه للطرف الآخر. ولما كان البائع - كما يرى المشتري - قد أخل بالتزامه بالتوقيع على العقد النهائي في الموعد المتفق عليه، مما ألحق به الضرر، فقد رفع دعوى على البائع يطالبه بقيمة الشرط الجزائي المنصوص عليه بالعقد الابتدائي، غير أن المحكمة قضت برفض الدعوى واستندت في حكمها إلى أن الشرط الجزائي المنصوص عليه بالعقد الابتدائي، لم يتضمنه العقد النهائي، وهو ما يفيد العدول عنه.

وقد طعن المشتري على هذا الحكم بالنقض قائلاً: «ليس من المستساغ القول بأن عدم النص في العقد النهائي على الشرط الجزائي يفيد النزول عنه، لأن التنازل عن الحق يجب أن يكون صريحاً، ولا يأخذ بالظن. والثابت أن المشتري قد تمسك بالشرط الجزائي طوال الفترة التي تراخى فيها البائع وأنذره بذلك مرتين فلا يجوز أن ينسب إليه التنازل عنه». كما أضاف القول: «إن ما يرد في العقد النهائي من شروط إنما ينصرف إلى الحقوق المستقبلية التي تسري على الطرفين، أما ما سبق ذلك من أضرار تكون قد

(86) الطعن رقم 266 لسنة 37 ق - جلسة 1972/3/25.

لحقت بالمشتري، فليس من شأن النصوص التي ترد في العقد النهائي معالجتها، ويجب الرجوع إلى العقد الابتدائي».

ومع ذلك فقد رفضت المحكمة هذا الدفع وأيدت الحكم المطعون فيه بقولها: «إن هذا النعي مردود، ذلك أن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين، ولما كان يبين من عقد البيع النهائي المشهر بتاريخ 1961/12/14 أنه قد خلا من النص على الشرط الجزائي المنصوص عليه في البند الثامن من عقد البيع الابتدائي أو الإحالة إليه، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط، وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه»⁽⁸⁷⁾.

وبذلك تكون محكمة النقض قد اعتبرت النزول عن الشرط الجزائي ليس فقط من وقت إبرام العقد النهائي، بل من تاريخ إبرام العقد الابتدائي، فيكون النزول أو العدول بأثر رجعي.

كما أن محكمة التمييز الكويتية بدورها قد سارت على النهج ذاته، ففي دعوى اشترى المشتري قطعة أرض بما عليها من مبانٍ ومنشآت مساحتها 36470 متراً مربعاً، وقد خضعت للتنظيم واستمكت الدولة منها مساحة 11688 متراً مربعاً، من دون مقابل. فقام المشتري برفع دعوى على ورثة البائع يطالبهم بالتعويض عما أصابه من ضرر إعمالاً لضمان الاستحقاق. وقد رفضت محكمة الموضوع الدعوى بإلزام ورثة البائع بضمان استحقاق المساحة التي استنزلتها البلدية من المساحة المباعة في العقد الابتدائي على سند من أنها لم ترد في العقد النهائي.

طعن المشتري على هذا الحكم مستنداً إلى أن المورث (البائع) لم يبين له عند إبرام العقد الابتدائي أن البلدية استنزلت مساحة 11688 م² من قطعة الأرض المباعة، ومن ثم يكون البائع ملزماً برد قيمة هذه المساحة إعمالاً لقواعد ضمان استحقاق الغير للمبيع، لأن البائع ملزم بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وليس بما جاء في العقد النهائي، وهو في جميع الحالات ملزم بضمان الاستحقاق، وأن توقيع المشتري على العقد النهائي والذي تسلم بموجبه المساحة المباعة ناقصة لا يسقط حقه في هذا الضمان.

ولكن محكمة التمييز رفضت هذا الدفع بقولها: «إن هذا النعي في غير محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويكون هو قانون المتعاقدين، ويصبح هذا العقد هو المرجع في تبيان

(87) الطعن رقم 4 لسنة 36 ق - جلسة 1970/3/26.

نطاق التعاقد وشروطه وتحديد الحقوق والالتزامات لطرفيه، وأنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له في الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق... لما كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع النهائي المسجل... أن قطعة الأرض التي بيعت له مساحتها 36470 متر مربع خضعت للتنظيم واستمكنت منها الدولة مساحة 11688 متر مربع من دون مقابل، كما أن هذا العقد قد خلا من أن المساحة المباعة للطاعن مُقام عليها محلات، ومن ثم فليس للطاعن أن يرجع على ورثة البائع له بضمان الاستحقاق عن المساحة التي استقطعتها الدولة من دون مقابل لعلمه بهذا الاستقطاع وموافقة عليه عند توقيعه على عقد البيع النهائي، كما سلف البيان، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً»⁽⁸⁸⁾.

نلاحظ من جانبنا أن ضمان التعرض والاستحقاق يرتبط بالالتزام بالتسليم، وهذا الالتزام يقع على عاتق البائع حتى لو لم يُنص عليه في العقد، كما أن هذا الالتزام ينشأ عن العقد الابتدائي بمجرد انعقاده، وهو من الالتزامات التي يجب تنفيذها فوراً ما لم يُنقَ على خلاف ذلك. والثابت من وقائع الدعوى أن استملاك الدولة جزءاً من المبيع قد حدث قبل إبرام العقد النهائي، فاستحقاق المبيع قد وقع في أثناء سريان العقد الابتدائي، فإذا كان المشتري لا يعلم سبب الاستحقاق عند إبرام هذا العقد، فإنه يحق له التعويض عن هذا الاستحقاق الجزئي للمبيع. فواقعة الاستحقاق تخضع للعقد الابتدائي الذي حدثت في أثناء سريانه، ومن غير المقبول أو المنطقي اعتبار علم المشتري باستحقاق المبيع وقت إبرام العقد النهائي يؤدي إلى حرمانه من ضمان الاستحقاق الذي وقع قبل انعقاده!

فالعقد النهائي لا يسرى إلا من تاريخ انعقاده، وليس قبل ذلك، وبذلك تكون المحكمة قد أعملت العقد النهائي بأثر رجعي.

الاتجاه الثاني: الأحكام التي قضت بتطبيق العقد النهائي من تاريخ انعقاده

إذا كانت معظم الأحكام القضائية قد جرت على تطبيق العقد النهائي بأثر رجعي، فإن البعض منها لم يطبق هذا العقد إلا من تاريخ انعقاده.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الكويتية بشأن عقد بيع ابتدائي أبرم الاتفاق فيه على تسليم العقار قبل تاريخ محدد خالياً من الشواغل، وإلا التزم البائع بدفع مبلغ 25000 دينار عن كل شهر تأخيراً كتعويض اتفاقي، ولكن هذا الشرط الجزائي لم يُنص عليه بالعقد النهائي، ومع ذلك أعملت المحكمة حكم هذا الشرط في الفترة السابقة على إبرام

(88) الطعن رقم 943 لسنة 2007 (مدني - 1) - جلسة 23 مارس سنة 2009.

العقد النهائي وقالت: «إذا اتفق في العقد النهائي على تعديل شروط البيع بإسقاط شرط تسليم المبيع في ميعاد معين والجزاء على مخالفته، فإن هذا الشرط لا يكون قائماً ونافذ الأثر إلا في الفترة السابقة على تسجيل عقد البيع النهائي. لما كان ذلك، وكان الثابت من عقد البيع النهائي المؤرخ 2003/8/19 المحرر بين الطرفين خلوه مما اشترط في العقد الابتدائي من التزام المطعون ضده البائع بتسليم عقار النزاع خالياً من الشواغل في الميعاد المعين بينهما وإلا التزم بدفع مبلغ 25000 دينار شهرياً حتى تمام التسليم، وأن المشتري أقر فيه بمعاينته للعقار المبيع المعاينة التامة النافية للجهالة، وقبل شراءه بحالته الراهنة ووضع اليد عليه، ومفاد ذلك أنه اتفق في العقد النهائي على تعديل شروط عقد البيع الابتدائي بإسقاط شرط تسليم العقار خالياً من الشواغل في ميعاد معين والجزاء على مخالفته، ومن ثم فإن هذا الشرط لم يعد قائماً ولا نافذ الأثر اعتباراً من تاريخ تسجيل عقد البيع النهائي، ولا يستحق التعويض عن مخالفته إلا في الفترة السابقة على تسجيل العقد النهائي. وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وقضى بإلزام البائع بالتعويض الاتفاقي عن الفترة السابقة لتاريخ تسجيل العقد النهائي... فإنه يكون قد التزم صحيح القانون...»⁽⁸⁹⁾.

وهكذا طبقت المحكمة الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الابتدائي، على الرغم من عدم النص عليه في العقد النهائي، في الفترة السابقة على إبرام العقد النهائي. فهذا الأخير إذن لم ينسخ العقد الابتدائي، ولا يعد تقايلاً منه.

ذكرنا فيما تقدم أن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي يحكم علاقة المتعاقدين من تاريخ انعقاده، ومن ثم يكون العقد الابتدائي هو الحاكم لهذه العلاقة خلال الفترة السابقة على انعقاد العقد النهائي، وبالتالي يكون لكل من العقدين نطاقه الزمني الذي يطبق فيه.

ومع ذلك وجدنا من الأحكام القضائية، سواء في مصر أو الكويت، من يعتبر العقد النهائي ناسخاً للعقد الابتدائي، يزيله تماماً ويحل محله؛ فالعقد النهائي يعد تقايلاً من العقد الابتدائي بأثر رجعي.

فهل عدم النص في العقد النهائي على بعض شروط العقد الابتدائي، يُعتبر تعديلاً لهذا العقد الابتدائي، أو تقايلاً منه؟

على الرغم من أوجه الشبه بين «تعديل العقد» و«التقايّل»، إذ إن كليهما تطبيق لمبدأ «العقد شريعة المتعاقدين»، وكليهما يفترض انعقاد العقد، وكليهما يقتضي اتفاق

(89) الطعان رقما 879، 875 لسنة 2005 - جلسة 2007/3/19.

المتعاقدين، وكليهما – بحسب الأصل – ليس له أثر رجعي، ما لم يُتفق على غير ذلك، فإن الفارق بينهما كبير، فتعديل العقد لا ينسخ العقد ولا يمس وجوده، بل ينسخ بعض شروطه التي لا تؤثر في وجوده، فيلغيها ويوقف العمل بها. أما التقايل فهو اتفاق على حل العقد، فهو ينصب على العقد ذاته ويُنهى وجوده⁽⁹⁰⁾.

ولذلك فإننا نرى أن العقد النهائي هو مجرد تعديل للعقد الابتدائي، وليس نسخاً له أو تقايلاً منه، وأن العقد النهائي لا يُعمل به إلا من تاريخ انعقاده. ولذلك يظل العقد الابتدائي قائماً إلى جانب العقد النهائي، ولكل منهما نطاقه الزمني الذي يعمل فيه.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق مبدأ «ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي»

عرضنا في المبحث الأول لشروط تطبيق المبدأ القضائي الذي استقرت عليه أحكام القضاء في كل من مصر والكويت، والذي يقضي بأن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي،

(90) وقد نص المشرع الكويتي على التقايل، ضمن أسباب انحلال العقد، إلى جانب الفسخ والانفساخ في المادة (217) مدني التي تجري على النحو التالي:

1- للمتعاقدین أن يتقابلا العقد برضاؤهما بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما.

2- فإذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المعقود عليه جازت الإقالة في الباقي منه بقدر حصته في التعويض.

وتنص المادة (218) مدني على أن «تعتبر الإقالة، من حيث أثرها، بمثابة الفسخ في حصة المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حصة الغير».

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذا النص ما يلي: «الإقالة أو التقايل أو التفاسخ سبب لانحلال العقد» إلى جانب الفسخ والانفساخ، وهو نظام يقوم على تراضي طرفي العقد على إزالته بعد إبرامه... ويتركز أثر الإقالة في إزالة العقد، والأصل أنها تزيل العقد لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب، بل إلى الماضي أيضاً، شأنها في ذلك شأن الفسخ والانفساخ، فيعتبر العقد الذي حصلت إقالته كأن لم يبرم أصلاً. بيد أن هذا الأثر الرجعي للإقالة لا يكون إلا في العلاقة بين المتعاقدين نفسيهما، أما بالنسبة إلى الغير، فلا يكون للإقالة أثر إلا من تاريخ حصولها، ومن غير إخلال بقواعد الشهر العقاري». (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 204-206).

وقد قضت محكمة التمييز بأن نص المادة (1/217) مدني مفاده «أن المقصود بالتقايل كسبب لانحلال العقد هو تراضي طرفيه على انحلاله وإزالته بعد إبرامه صحيحاً نافذاً، على أن يجيء هذا التراضي بعد انعقاد العقد، ويأخذ تقايل المتعاقدين عن العقد حكم الفسخ وأثره، فينحل العقد فيما بينهما بأثر رجعي ويُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، والاتفاق على التقايل عن العقد يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيّين، وأستخلاص حصول هذا الاتفاق أو عدم حصوله هو من المسائل الموضوعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع» (الطعن رقم 983، 984 لسنة 2007 تجاري 20)، جلسة 25 أكتوبر سنة 2009).

هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويكون قانون المتعاقدين. هذا المبدأ يقتصر نطاق تطبيقه على عقد البيع فقط دون غيره من التصرفات التي يتضمنها العقد الابتدائي، وحتى فيما يتعلق بعقد البيع فإن الأمر يقتصر على الشروط التي يُعدّ عقد البيع النهائي لإثباتها، وليس كل شروط البيع.

وفيما يلي نعرض الأمرين كلاً في فرع مستقل.

الفرع الأول: عقد البيع دون غيره من التصرفات التي يتضمنها العقد الابتدائي

الفرع الثاني: شروط البيع التي يُعدّ العقد النهائي لإثباتها.

الفرع الأول

عقد البيع فقط دون غيره من التصرفات

التي يتضمنها العقد الابتدائي

المبدأ القضائي محل الدراسة يقتصر نطاق تطبيقه على عقد البيع فقط دون غيره من التصرفات الأخرى التي يتضمنها العقد الابتدائي، وهذا ما عبّرت عنه محكمة النقض بقولها: «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد النهائي، دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويكون هو قانون المتعاقدين، إلا أن محل ذلك هو الشروط المتعلقة بذات التصرف الذي انطوى عليه العقد النهائي، ويصبح هذا العقد الأخير هو المرجع في تبيان نطاق التعاقد وشروطه وتحديد الحقوق والالتزامات للطرفين. غير أنه إذا كان العقد الابتدائي قد اشتمل على أكثر من تصرف، فإن إبرام العقد النهائي المسجل في خصوص أحدها، فذلك لا يعني بذاته عدول المتعاقدين عما عداها من باقي التصرفات، بل يبقى العقد الابتدائي سارياً بجميع شروطه في شأنها بحيث يصبح العقد النهائي قانون المتعاقدين في خصوص التصرف الذي شمله فقط»⁽⁹¹⁾.

فالمبدأ محل الدراسة يقتصر نطاق تطبيقه على عقد البيع فقط دون غيره من التصرفات الأخرى، التي قد يتضمنها عقد البيع الابتدائي، فهذه التصرفات تظل خاضعة للعقد الابتدائي.

وكذلك الشأن إذا كان العقد الابتدائي قد اشتمل على أكثر من بيع فإن العقد النهائي المسجل بخصوص أحدها لا يعني بذاته عدول المتعاقدين عما عداها من باقي البيوع،

(91) الطعن رقم 1845 لسنة 49 ق - جلسة 1983/4/12.

بل يبقى العقد الابتدائي ساريًا بجميع شروطه في شأنها، بحيث يصبح العقد النهائي المسجل هو قانون المتعاقدين في خصوص التصرف الذي شمله فقط.

ومع ذلك فإن محكمة النقض لم تلتزم بهذا المبدأ الذي وضعته؛ ففي دعوى تتلخص وقائعها في أنه بموجب عقد بيع ابتدائي مؤرخ في 1986/7/1 تم بيع ثلاث حصص مشاع في أرض وبناء عقار لقاء ثمن إجمالي مقداره خمسون ألف جنيه، ثم أعقب ذلك إبرام عقدي بيع نهائيين مسجلين في العام 1988، كل عقد منهما يخص حصة واحدة من الحصص الثلاث، الأولى بمبلغ عشرة آلاف جنيه والثانية بمبلغ أربعين ألف جنيه. ونظرًا إلى تقاسم البائع عن نقل ملكية الحصة الثالثة رفع المشتري دعوى في العام 1994 بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ في 1986/7/1 بالنسبة إلى هذه الحصة. وقد حكمت محكمة أول درجة برفض الدعوى، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وقضت بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ في 1986/7/1 فيما يتعلق بالحصة الثالثة، وذلك على سند من أن عقدي البيع النهائيين لم ينسخا العقد الابتدائي إلا في خصوص التصرف في الحصتين الآخرين، وأن ثمن الحصة الثالثة دُفع ضمن الثمن الإجمالي المدفوع للحصص الثلاث.

طعن البائع على هذا الحكم بالنقض مستندًا إلى أنه قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى العدول عن بيع الحصة موضوع النزاع، إذ قاما بتحرير عقدين نهائيين سُجلا برقمي 219، 219 لسنة 1988 توثيق شمال القاهرة، عن حصتين فقط من الحصص الثلاث المباعة بالعقد الابتدائي المؤرخ في 1986/7/1 استغرق ثمنهما كل الثمن المتفق عليه في العقد الأخير، وإذ طرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع واعتبر عقد البيع الابتدائي قائمًا بالنسبة إلى الحصة الثالثة التي حدث التقايل عنها فإنه يكون معيبًا بما يستوجب نقضه.

وقد قبلت محكمة النقض هذا الدفع ونقضت الحكم فقالت: «وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ينسخ العقد الابتدائي، ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه، ويصبح هو قانونهما والمرجع في التعرف على إرادتهما النهائية، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع أو الثمن أو شروط البيع الابتدائي بالتعديل حيث يسوغ القول بأن العقد النهائي بمنزلة تقايل من البيع الابتدائي، فإذا اشتمل العقد الأخير على بيع أكثر من حصة مقابل ثمن إجمالي لها جميعًا، ثم انعقدت إرادة الطرفين في العقد النهائي على أن يصبح هذا الثمن مقابلًا لبعض تلك الحصص دون البعض الآخر، فإن مؤدى هذا أنها تقايلًا من بيع ما لم يشتمل عليه العقد النهائي من أجزاء المبيع، وارتضيا تعديل كل من المبيع والثمن. والقول بغير ذلك مؤداه التزام البائع بنقل ملكية الأعيان التي لم يشتمل عليها هذا العقد الأخير

من دون مقابل، وهو ما يتعارض مع كون الثمن ركناً أساسياً في عقد البيع لا ينعقد دون تحديده... وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بصحة ونفاذ عقد البيع الابتدائي المشار إليه، فيما يتعلق بالحصة الأخيرة، وعلى سند من أن عقدي البيع النهائيين لم ينسخا هذا العقد إلا في خصوص التصرف في الحصتين الأخيرتين، وأن ثمن الحصة الثالثة دُفع ضمن الثمن الإجمالي المدفوع للحصص الثلاث، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه»⁽⁹²⁾.

ويلاحظ هنا أننا بصدد عقد ابتدائي واحد يتضمن بيع ثلاث حصص عقارية وعقدين مسجلين كل واحد منهما يتعلق بحصة واحدة من الحصص الثلاث، وقد اعتبرت المحكمة العقدين المسجلين بمنزلة عقد نهائي واحد نسخ العقد الابتدائي.

ونرى أن منطق المحكمة قد يكون مقبولاً لو أن العقد النهائي المسجل كان عقداً واحداً يشتمل على الحصتين معاً من دون الحصة الثالثة، أما أن تُجزأ الحصص بحيث يكون لكل حصة عقد نهائي مستقل، ونكون بصدد عقدين مسجلين، فإنه يكون من الصعب القول بأن العقدين قد نسخا العقد الابتدائي⁽⁹³⁾.

ويمكننا القول في هذه الحالة إننا لسنا بصدد عقد بيع واحد يتعدد فيه المبيع، بل نحن بصدد ثلاثة عقود بيع تجمعها ورقة واحدة، وبالتالي فإن عقد البيع النهائي لكل واحد منها يقتصر نطاقه على البيع الابتدائي الذي تم شهره، ولا علاقة له بغيره من البيوع الابتدائية الأخرى. فإذا حدث شهر عقدين فقط، فإن العقد الثالث الذي لم يسجل يظل قائماً، ويكون من حق المشتري، إذا امتنع البائع عن التسجيل، أن يطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الابتدائي، وفي هذه الحالة يقتصر نطاق الحكم الصادر بالصحة والنفاذ على هذا العقد الثالث والأخير من دون العقدين الأول والثاني السابق شهرهما.

الفرع الثاني

شروط البيع التي يُعد العقد النهائي لإثباتها

المبدأ القضائي محل الدراسة لا يقتصر نطاق تطبيقه فقط على عقد البيع الوارد بالعقد الابتدائي دون غيره من التصرفات القانونية الأخرى، وإنما يقتصر نطاق تطبيقه أيضاً على شروط البيع التي تُعد العقود النهائية لإثباتها. وهذا ما عبّرت عنه محكمة النقض

(92) الطعن رقم 509 لسنة 70 ق - جلسة 21 نوفمبر 2000.

(93) فلو كان ذلك صحيحاً، فإنه كان يجب القول به بمجرد تسجيل الحصة الأولى، وما كان ممكناً تسجيل الحصة الثانية، بعد أن نسخ العقد المسجل الأول العقد الابتدائي وما تضمنه من حصص أخرى.

بقولها: «المقرر في قضاء محكمة النقض - أن عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين هو قانون العاقدَيْن والمرجع في التعرف على إرادتهما النهائية، فإذا أغفل العاقدان ذكرَ بعض الشروط التي كان منصوصاً عليها في العقد الابتدائي حُمِلَ ذلك بحسب الأصل على أنه عدول عما لم يرد ذكره، إلا أن ذلك مقصور على شروط البيع وأحكامه التي تُعد عقود البيع النهائية لإثباتها ولا يجاوز ذلك إلى ما عداها»⁽⁹⁴⁾.

فليست كل الشروط التي ترد في عقد البيع الابتدائي ولا يُنص عليها في العقد النهائي تُعتبر قد عدل عنها، وإنما فقط شروط البيع وأحكامه التي تُعد عقود البيع النهائية لإثباتها، «ولا يجاوز ذلك إلى ما عداها، فلو تضمن العقد الابتدائي أكثر من تصرف أو إخبار بأمور أو وقائع أو تنظيم لعلاقات مغايرة للبيع ولم يرد ذكرها في العقد النهائي وخلت عباراته مما يناقضها، فليس بلازم عدم ترديدها العدول عنها، وإنما قد يكون اكتفاءً بإثباتها في العقد الابتدائي؛ فإذا لم تكشف ظروف الدعوى وملابساتها عن رغبة العاقدَيْن في العدول عما ورد في العقد الابتدائي مما لا يتصل بشروط البيع وأحكامه تعيّن اعتبار دلالة حتى لو لم يرد ذكره في العقد النهائي ما لم يثبت العدول»⁽⁹⁵⁾.

من جانبنا نرى أن العقد النهائي يُعد لشهر عقد البيع الابتدائي، لكي تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري، وليس لتنظيم العلاقة بين البائع والمشتري؛ فهذا التنظيم قد حدث بموجب عقد البيع الابتدائي، ذلك العقد الذي رتب بمجرد انعقاده جميع الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، بما فيها التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري.

والهدف من شهر العقد الابتدائي هو حماية الغير، بضمان علمه بالتصرفات التي تقع على العقارات، وهذا الهدف يكفي لتحقيقه تضمين عقد البيع النهائي تعييناً كافياً للمبيع وذكر الثمن، أما غير ذلك من شروط، كموعّد تسليم المبيع، أو كيفية هذا التسليم، وموعّد دفع الثمن وكيفيته، وما قد ينص عليه من ضمانات لتنفيذ الالتزامات كالشرط الجزائي، فكل ذلك لا حاجة إلى ذكره في العقد النهائي، ليس لأن الأفراد قد عدلوا عنه بل لعدم الحاجة إليه لتحقيق الغرض من عملية الشهر.

(94) الطعن رقم 141 لسنة 62 ق - جلسة 1996/5/13.

(95) الطعن رقم 141 لسنة 62 ق - جلسة 1996/5/13، في هذا الطعن كان عقد البيع الابتدائي يتضمن التزاماً على عاتق المشتري بتحرير عقد إيجار أحد أعيان العقار لمن يشتريه، غير أن هذا الشرط لم يرد في عقد البيع النهائي المسجل، ولذلك رفضت محكمة الموضوع إلزام المشتري بتحرير عقد إيجار لمشتري العين معتبرة أن الشرط الذي يلزمه بذلك والوارد بالعقد الابتدائي قد سقط بعدم النص عليه في العقد النهائي، غير أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم مؤكدة أن إعمال هذه القاعدة أو تطبيق هذا المبدأ يقتصر على شروط البيع وأحكامه التي تُعد العقود النهائية لإثباتها، ولا يجاوز ذلك إلى ما عداها.

إن قصر نطاق تطبيق هذا المبدأ على شروط البيع التي تُعد العقود النهائية لإثباتها دون غيرها مما يتضمنه العقد الابتدائي من شروط أخرى يدعونا إلى القول بأن العقد الابتدائي هو الذي ينظم علاقة المتعاقدين، ويبين ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات، ولا يُستثنى من ذلك سوى ما جاء بالعقد النهائي مخالفاً لما هو ثابت بالعقد الابتدائي، فهل آن الأوان كي يعيد القضاء النظر في المبدأ محل الدراسة، ليصبح العقد الابتدائي هو قانون المتعاقدين الذي يحدد حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة فيما لم يرد بشأنه نص في العقد النهائي؟

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة المبدأ القضائي المستقر الذي جرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز الكويتية، والذي يقضي بأن عقد البيع النهائي – دون العقد الابتدائي – هو الذي تستقر به العلاقة بين المتعاقدين ويصبح قانونهما المشترك الذي يبين نطاق التعاقد وشروطه، ويحدد حقوق والتزامات الطرفين. هذا في نفس الوقت الذي يقرر فيه القضاء في كلا البلدين بأن عقد البيع الابتدائي هو عقد نهائي.

وقد بينّا شروط تطبيق هذا المبدأ، كما حددنا نطاق تطبيقه من خلال تحليل الأحكام القضائية التي طبقته. والغريب أن هذا المبدأ القضائي المستقر لا يزال معمولاً به في نفس الوقت الذي يقر فيه الفقه والقضاء في كلا البلدين أن عقد البيع الابتدائي عقد نهائي!

هذا الموقف يبدو لنا متناقضاً، إذ لو كان عقد البيع الابتدائي عقداً نهائياً، فإن وصفه بالابتدائي يكون وصفاً في غير محله، وبما أنه عقد نهائي فإنه يكون المرجع في تحديد التزامات الطرفين، وإذا كان هذا العقد النهائي واجب الشهر، فإن إجراءات الشهر تكون لاحقاً على انعقاد العقد وإنتاجه لكل آثاره القانونية، وهذه الإجراءات ليست إنشاءً لعقد جديد، بل هي مجرد تنفيذ لأحد الآثار المترتبة على هذا العقد النهائي، ومن ثم فإن إجراءات الشهر هي تابعة للعقد، والتابع يتبع المتبوع، وليس العكس، فإذا كان العقد باطلاً زالت إجراءات الشهر، ولكن بطلان إجراءات الشهر لا يستتبع بطلان العقد، وإذا تضمنت إجراءات الشهر ما يخالف ما جاء بالعقد، فالعبرة يجب أن تكون بالعقد.

ولذلك إذا ادعى أحد الأطراف أن ما تضمنته إجراءات الشهر هو تعديل لما جاء بالعقد، فعليه عبء إثبات ذلك، أي إثبات أن المتعاقدين قد اتفقا على تعديل بعض بنود العقد عند القيام بإجراءات الشهر، وفي هذه الحالة يجب أن تكون الأهلية متوافرة في كلا المتعاقدين، وأن تكون إرادتهما سليمة خالية من العيوب حتى يمكن الاعتداد بهذا التعديل، أو بعبارة أخرى يتعين إثبات أن كتابة العقد لشهره، لم تكن مجرد إجراء مادي، بل كانت بمنزلة عقد جديد يتضمن تعديلاً للعقد الابتدائي. لذلك يجب إعادة النظر في هذا المبدأ القضائي ليصبح عقد البيع الابتدائي – وليس العقد النهائي – هو المرجع في تنظيم علاقة المتعاقدين فيما لم يرد بشأنه نص في العقد النهائي، لأن عقد البيع الابتدائي هو في الحقيقة عقد نهائي، كما أن عقد البيع النهائي هو مجرد إجراء لشهر العقد الابتدائي.

قائمة المراجع

- أحمد سعيد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مكتب الدراسات والاستشارات القانونية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، د.ت.
- أنور عبدالله سليمان جبر، انتقال الملكية العقارية بالبيع: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.
- جاك فلور، ملاحظات على تطور الشككية، ج 1، ميلونج ريبير، 1950.
- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار ذات السلاسل، دولة الكويت، 1989.
- حسين يوسف خضر، الحماية القانونية لكسب الملكية العقارية بعقد البيع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2015.
- ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.
- ياسر أحمد كامل الصيرفي وخالد الظفيري، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، د.ن، دولة الكويت، 2010.
- يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2010.
- محمد حسين قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.
- نجاة عبدالقادر الجاسم، بلدية الكويت في خمسين عاماً، ط 2، د.ن، دولة الكويت، 1993.
- السيد محمد السيد عمران، عقد البيع في القانون الكويتي، ط 1، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، دولة الكويت، 1995.

- السيد عبدالوهاب عرفة، مشكلات عقد البيع وكيفية المحافظة على الثروة العقارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، ط5، دار صادر، بيروت، 1990.
- عبدالحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2019.
- عبدالمنعم البدرابي، الوجيز في عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1998.
- عبدالسلام ذهني بك، قانون التسجيل الجديد الصادر في 26 يونيو 1923 والمبادئ القانونية المقررة من قبل، مجلة المحاماة، القاهرة، السنة السادسة، عدد أبريل.
- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، عقد البيع والمقايضة، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، 2022.
- عدلي أمير خالد، أحكام وإجراءات شهر الملكية العقارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- عدنان عبدالمجيد - تطور نظام الشهر العقاري في مصر، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://adnanlawyer.online>
- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة: البيع والتأمين والإيجار، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري، ج3.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج4.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدنية الكويتي، ط4، 2004.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ط5، 2008.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	117
المقدمة	118
مبحث تمهيدي: تعريف عقد البيع وبيان خصائصه	119
المطلب الأول: عقد البيع من العقود الرضائية	119
المطلب الثاني: عقد البيع عقد ناقل للملكية	124
طبيعة عقد البيع العقاري – قوانين الشهر العقاري وظهور مسمى «عقد البيع الابتدائي» و«عقد البيع النهائي»	127
المطلب الأول: عقد البيع الابتدائي (غير المسجل)	128
الفرع الأول: عقد البيع الابتدائي (عقد تمهيدي)	128
الفرع الثاني: عقد البيع الابتدائي (عقد نهائي)	131
المطلب الثاني: عقد البيع النهائي (المسجل)	135
الفرع الأول: إجراءات الشهر	136
الفرع الثاني: الكتابة المطلوبة للشهر (العقد النهائي)	141
المبحث الثاني: التطبيقات القضائية	145
المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي	145
الفرع الأول: أن يكون العقد النهائي صحيحاً	146
الفرع الثاني: أن يطبق العقد النهائي من تاريخ انعقاده	159
المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ «ترجيح العقد النهائي على العقد الابتدائي»	164

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: البيع فقط دون غيره من التصرفات التي يتضمنها العقد الابتدائي	165
الفرع الثاني: شروط البيع التي يُعَدُّ العقد النهائي لإثباتها	167
الخاتمة	170
قائمة المراجع	171

مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية^(*)

د. زهراء عبدالعزيز العنديل
أستاذ القانون التجاري المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت



د. أحمد حمد الرشود
أستاذ القانون التجاري المشارك
كلية الحقوق - جامعة الكويت

الملخص

يهدف هذا البحث إلى النظر في مدى مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية الناجمة عن أنشطتها، مبيناً طبيعة التزام هذه الشركات بحماية البيئة ومسؤوليتها دولياً ووطنياً، مدنياً وجزائياً. كما يتطرق إلى مسؤولية الشركة القابضة عن الانتهاكات البيئية التي ترتكبها شركاتها التابعة. وفي سبيل ذلك تم اتباع منهجين بحثيين هما: المنهج الوصفي لبيان أثر أنشطة الشركات متعددة الجنسيات في البيئة، والوقوف على مسؤوليتها مدنياً وجزائياً عن مخالفاتها البيئية من خلال استعراض نماذج لوقائع وأحكام قضائية ذات صلة، كما تم توظيف منهج التحليل النقدي لتحليل النظريات الفقهية والتشريعات المعمول بها في دولة الكويت، وفي بعض الأنظمة المقارنة والتي تحول، غالباً، دون مساءلة الشركة المخالفة.

وقد توصل البحث إلى نتائج منها أن الأنظمة القانونية الحاكمة لمسؤولية الشركات متعددة الجنسيات تختلف من دولة إلى أخرى؛ فتكون أكثر إحكاماً وصرامة في تعاطيها مع الانتهاكات البيئية في الدول النامية، وتكون خجولة وغير مفعلة في الدول الفقيرة خاصة تلك الساعية إلى اجتذاب المستثمرين الأجانب. كما انتهى البحث إلى وجوب مساءلة الشركات القابضة عن الأضرار البيئية التي تتسبب فيها شركاتها التابعة حتى لا تُتخذ الأخيرة وسيلةً للتهرب من المسؤولية البيئية. وقد اختتم البحث بالتوصية بضرورة إحكام قواعد مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات على الصعيدين الوطني، أي وفق قوانين الدول التي تحمل جنسيتها، والدولي.

كلمات دالة: الشركة متعددة الجنسيات - الضرر البيئي - المسؤولية البيئية - المسؤولية المدنية - المسؤولية الجزائية - المسؤولية الدولية - الشركة القابضة.

وتاريخ قبوله: 11 سبتمبر 2025

(*) تاريخ تقديم البحث: 19 يوليو 2025

المقدمة

بعد مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية، أو ما يُعرف بإعلان ريو Rio Declaration في العام 1992 انصب الاهتمام، على المستويين الدولي والمحلي، على البيئة وسبل حمايتها. وتمخض عن ذلك ظهور عديد من الهيئات الحكومية والخاصة الساعية إلى إيجاد الضوابط الكفيلة بالحفاظ على البيئة ومراقبة تطبيقها. ولم تكن الشركات متعددة الجنسيات، والتي يتركز جزء كبير من نشاطها على استثمار الموارد الطبيعية في الدول النامية، بمنأى من أن تكون محط أنظار تلك الهيئات لما قد تسببه هذه الشركات من أضرار للبيئة تبعاً لطبيعة نشاطها وسعيها غير المنضبط إلى الربح.

وليس أدل على ذلك من الكارثة التي وقعت في مدينة بوبال في الهند عندما تسربت كمية من غاز Methyl isocyanate السام المستخدم في صناعة المبيدات الحشرية من وحدة تصنيع شركة يونيون كربايد. خلف هذا التسرب آلاف القتلى ومئات آلاف المصابين على أقل تقدير، إذ ما زالت المنطقة وسكانها يعانون تبعات الكارثة. وإن كانت الشركة المسؤولة عن كارثة بوبال قد أقرت بالمسؤولية الأدبية عن الحادث إلا أنها سعت بشتى السبل المتاحة قانوناً إلى التخلص من هذه المسؤولية وتعويض المتضررين من الكارثة حتى توصلت إلى تسوية مع الحكومة الهندية لم تتعد 470 مليون دولار في حين أن الأضرار المترتبة قد تجاوزت في تقدير المختصين أكثر من ثلاثة مليارات دولار⁽¹⁾.

إن الشركة كيان قانوني يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن مالكيها، ويخضع لنظام تشريعي خاص. وتبعاً لذلك فإن لها ذمتها المالية المستقلة، بمعنى أن تعود إلى الشركاء والمساهمين فيها ملكية حصصها وأسهمها، ولا يُسألون إلا في حدودها. كما أن الباعث الغالب على المساهمة في الشركات هو الحصول على الأرباح، والتي بغياها يقوم شك حول أداء الشركة ومدى التزامها بالخطط التي تضعها إدارتها لتكفل لها الازدهار. تخضع الشركة لعدد من القوانين ذات العلاقة، منها التشريعات المتعلقة بالشركات وأسواق المال والأنشطة التجارية الأخرى وقانون العمل وغيره. ولئن كانت الشركة تسعى إلى الربحية فإن هذا لا يعني اتخاذ هذا الغرض موجّهاً وحيداً لعملياتها

(1) وفي قضية مماثلة، تسبب انفجار منصة استخراج النفط (Deepwater Horizon) في خليج المكسيك في العام 2010 في أكبر كارثة تسريب نفطي في البحر. للمزيد انظر:

Edward Broughton, The Bhopal Disaster and its Aftermath: a Review, p.1. Available at: <https://www.epa.gov/enforcement/deepwater-horizon-bp-gulf-america-oil-spill>.

Last Accessed on 10/5/2025.

وقراراتها؛ بل يلزم الشركة عند اتخاذ هذه القرارات أن تراعي مصالح المجتمع والبيئة الطبيعية اللتين تعمل فيهما.

تنبني على إخلال الشركة بالتزامها تجاه المجتمع مسؤولية اجتماعية Social responsibility تستوجب التعويض أو المساءلة الجنائية أو كليهما. وتعتبر مسؤولية الشركة تجاه البيئة من أهم صور المسؤولية الاجتماعية، تتجلى عند قيام الشركات متعددة الجنسيات بممارسة أنشطتها في دول العالم الثالث، إذ تؤدي هذه الشركات دوراً بارزاً في مشاريع التنمية في الدول التي ليس في مقدور شركاتها الوطنية القيام بها، إما لغياب رأس المال وإما لتدني مستوى التقنية اللازمة. وتتلاقى مصالح دول العالم الثالث مع مصالح الشركات، بحيث تجد هذه الدول من يستثمر مواردها الطبيعية في الوقت الذي تنفتح فيه لهذه الشركات أسواق جديدة.

ولئن كانت الشركات متعددة الجنسيات ذات ثقل اقتصادي وسياسي لا يُستهان به على المستوى الدولي، فإن الأمر يستلزم عدم تخاذل التشريعات الوطنية في حماية البيئة بحجة الخشية من عزوف رأس المال الأجنبي. كما يتعين على الشركات أن تراعي من جانبها حماية البيئة واستدامة مواردها. أما إن تقاعست الشركات في التزامها هذا، فإنها سوف تكون محلاً للمساءلة التي قد لا تقتصر على الشركة المتسببة فقط، بل تمتد إلى الشركة الأم أو القابضة كما سنبين ذلك لاحقاً.

وبسبب التوسع غير المسبوق في نشاط الشركات متعددة الجنسية، إلى جانب عدم الوضوح الذي يشوب القواعد المنظمة لمسؤوليتها البيئية مدنياً وجزائياً على الصعيدين الوطني والدولي، ارتأينا ضرورة بحث الموضوع. إلى جانب بحث مسؤولية الشركة القابضة عن المخالفات البيئية التي ترتكبها شركاتها التابعة.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع البحث ذو تشعبات، بسبب الطبيعة القانونية للشركة متعددة الجنسيات، وتنوع أنشطتها في مختلف القطاعات ذات الأثر البيئي من ناحية، واختلاف منظور القوانين وأحكام المحاكم الوطنية عن الاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم من ناحية أخرى، فضلاً عن التوجهات البحثية التي تبحث آثار المسؤولية البيئية في الكفاءة الاقتصادية والتنمية تأييداً ورفضاً.

ولن نتطرق في البحث لجميع هذه التفرعات مكتفين باستعراض القوانين والأحكام القضائية ذات الصلة من وجهة النظر المؤيدة لمساءلة الشركات متعددة الجنسية والشركات القابضة، وذلك بسبب تلمسنا الحاجة إلى شرح الجوانب القانونية النظرية قبل نظر بقية المناحي.

وفي سبيل ذلك وظّفنا منهجين بحثيين هما المنهج الوصفي لبيان أثر أنشطة الشركات متعددة الجنسيات في البيئة والوقوف على مسؤوليتها البيئية من خلال استعراض نماذج لوقائع وأحكام قضائية ذات صلة. كما استخدمنا منهج التحليل النقدي لتحليل النظريات الفقهية والتشريعات المعمول بها في دولة الكويت وفي بعض الأنظمة المقارنة والتي تحول، غالباً، دون مساءلة الشركة المخالفة، مع الإشارة إلى أن البحث ليس بحثاً مقارناً، ولا يُراد منه ذلك، إلا أننا وجدنا التعرّيج على الأنظمة المقارنة يُعزز المنهج الوصفي ويخدم هدف الإلمام بموضوع البحث.

وقد ارتأينا تقسيم البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الشركات متعددة الجنسيات ومدى التزامها بحماية البيئة.

المبحث الثاني: أحكام مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية.

المبحث الأول

الشركات متعددة الجنسيات ومدى التزامها بحماية البيئة

سنتعرض في المطلب الأول لتعريف الشركات متعددة الجنسيات، وبيان طبيعة نشاطها ودورها في التنمية في دول العالم الثالث. ونتناول في المطلب الثاني مدى التزام الشركات متعددة الجنسيات بحماية البيئة.

المطلب الأول

تعريف الشركات متعددة الجنسيات وبيان طبيعة نشاطها ودورها

في التنمية في دول العالم الثالث

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين: نخصص الأول لتعريف الشركات متعددة الجنسيات، ونكرس الثاني لبيان طبيعة نشاطها ودورها في التنمية في دول العالم الثالث.

الفرع الأول

تعريف الشركات متعددة الجنسيات

يعرّف الفقه الشركة متعددة الجنسيات بأنها شركة تتخذ من دولة ما مقراً لها بينما تمارس أنشطتها الإنتاجية أو الخدمية في دولة (أو أكثر) أخرى وذلك من خلال امتلاك مكاتب أو مصانع أو شركات هناك أو السيطرة عليها. فإن اتخذت أنشطة الشركة متعددة الجنسيات في الخارج شكل الشركة، وهو الغالب، فسيتمتع كل منها بجنسية مختلفة على أن تخضع الشركات التابعة لسيطرة شركة واحدة هي الشركة الأم التي تضطلع بإدارة الشركات كلها في إطار استراتيجية عالمية موحدة⁽²⁾. وقد ذهب البعض إلى أن هذا الشكل من الشركات ليس بجديد، إذ استخدم كأداة مثلى لتحقيق أطماع الدول الاستعمارية، كما في شركة الهند الشرقية.

بيد أن دور الشركات متعددة الجنسيات في تدعيم القوى الاستعمارية في القرون السابقة قد تغير بانتهاك حركات الاستعمار بمفهومها التقليدي؛ فبينما كانت شركات

(2) حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات: دراسة في الأوجه القانونية والاقتصادية للتركز الرأسمالي المعاصر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مج 18، ع 1، يناير 1976، ص 458.

القرن السابع عشر تستمد قوتها من الدول التابعة لها، بما يكفل لها مميزات السلطة العامة كفرض الضرائب أو تكوين قوات مسلحة خاصة بها، فإن الشركات الحالية تستمد قدرتها في السيطرة على الاقتصاد العالمي من قوتها الاقتصادية الذاتية وتفوقها التكنولوجي الهائل إلى جانب الطبيعة الاحتكارية للرأسمالية في عصر الثورة التكنولوجية⁽³⁾.

وقد ازدهرت الشركات متعددة الجنسيات في القرن العشرين، خاصة الأمريكية والأوروبية منها، إذ مارست شركات نفطية ضخمة مثل بريتش بتروليوم (BP) وشل (Shell) أنشطتهما في عديد من الدول من خلال شركات تابعة لهما، بل إن من نتائج ازدهار الشركات متعددة الجنسيات حالات الاندماج فيما بينها وظهور شركات عملاقة كشركة بريتش بتروليوم أموكو وغيرها.

وقد أدى هذا التطور الذي شهدته الشركات متعددة الجنسيات إلى صعوبة إيجاد تعريف دقيق لها، بل ذهب البعض، بحق، إلى أن التسمية الدارجة لهذه الشركات مضللة من الناحية القانونية، لأنها تثير للوهلة الأولى الاعتقاد أننا بصدد شركة واحدة. والحال أنها في الواقع عدة شركات مستقلة قانونياً، تعمل كل منها في دولة مختلفة بما يرتب اختلاف جنسياتها والأنظمة القانونية التي تحكمها؛ كل ما هنالك أن هذه الشركات يرتبط بعضها ببعض بروابط قانونية واقتصادية تجعل منها مجموعة واحدة⁽⁴⁾.

تنص الفقرة الأولى من التعليمات التي أصدرتها منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي (OECD) للشركات متعددة الجنسيات على أن: «وجود تعريف دقيق للشركات متعددة الجنسيات ليس لازماً لغرض هذه التعليمات، غير أنها في الغالب تتكون من شركات أو أي كيانات أخرى تؤسس في أكثر من دولة بحيث تترابط فيما بينها بما يمكنها من تنسيق عملياتها بشتى الطرق. ويكون لواحدة أو أكثر من هذه الكيانات تأثير جوهري في أنشطة غيرها، وتتفاوت درجة الاستقلالية في داخل الشركة متعددة الجنسيات من شركة إلى أخرى». ولا يعدو ما جاء في هذه التعليمات من أن يكون وصفاً بكيفية تكوين الشركة متعددة الجنسيات من دون أن يتضمن الشروط الرئيسية لوجودها.

تبرز أهمية وجود تعريف محدد للشركة متعددة الجنسيات عند تأسيس مسؤولية الشركة الأم عن ديون إحدى شركاتها التابعة، إذ تسعى الشركة الأم إلى التخلص من هذه المسؤولية بنفي علاقتها بالشركة التابعة عند تعرض هذه الأخيرة للإفلاس من دون

(3) أبو زيد رضوان، شركات المساهمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 10؛ حسام عيسى، مرجع سابق، ص 408.

(4) حسام عيسى، المرجع السابق، ص 444.

أن تكفي حصيلة التفليسة لتغطية ديونها، فيرجع الدائنون على الشركة الأم. ومن المقرر في قضاء بعض الدول أن للشركة الأم أن تتخذ من الإجراءات ما يكفل عدم رجوع دائني الشركة التابعة عليها⁽⁵⁾. بيد أن دائني الشركة التابعة يتجهون إلى ذلك غالباً نظراً إلى تواضع رؤوس أموال الشركات التابعة.

يمكننا تعريف الشركة متعددة الجنسيات بأنها مجموعة من الشركات أو غيرها من الكيانات التي تنتمي إلى جنسيات مختلفة تترابط فيما بينها بملكية الأسهم أو بالسيطرة على مجالس الإدارة أو بوجود رابطة عقدية، وتمثل في مجموعها وحدة اقتصادية قائمة.

ويتضمن هذا التعريف ثلاثة شروط يتعين توافرها:

1- وجود ترابط بين شركتين أو أكثر تحمل كل منها جنسية الدولة التي تأسست فيها.

2- قيام روابط فيما بين هذه الشركات، سواء بطريق ملكية بعضها لأسهم غيرها من الشركات أو إبرام عقود فيما بينها أو سيطرة إحداها على مجلس إدارة الأخرى عبر تعيين أعضائه.

3- أن تعمل هذه الشركات كوحدة اقتصادية في التجارة الدولية، بحيث تشكل فيما بينها شركة متعددة الجنسيات. ويُعتبر هذا الشرط حجر أساس، إذ بموجبه تترابط الشركات تحت كيان واحد وتحكمها استراتيجية عمل، كأنها شركة واحدة تعمل في دول مختلفة.

تنقسم الشركات متعددة الجنسيات تبعاً لمكان تأسيس الشركة الأم إلى شركات وطنية وأخرى دولية. وتكون الشركة متعددة الجنسيات ذات طابع وطني إذا كانت الشركة الأم، أو الشركات الأم، تحمل جنسية دولة واحدة. ومن أمثلة هذه الشركات شركتا فورد وجنرال موتورز، فكلتاهما أمريكيتان نظراً إلى مكان تأسيس الشركة الأم، وهما في الوقت نفسه متعددتا الجنسية؛ إذ ترتبطان بعدد من الشركات الأجنبية التابعة.

وتكون الشركة متعددة الجنسيات ذات طابع دولي إذا كانت تسيطر عليها أكثر من شركة أم من جنسيات مختلفة. فشركة مثل رويال دتش/شل Royal Dutch/shell تتقاسم السيطرة عليها شركتان إنجليزية وهولندية، بعد عملية اندماج بين الشركتين الأم شل الإنجليزية ورويال دتش الهولندية وبعض من شركاتها التابعة.

(5) The English Court of Appeal in Adams v Cape Industries plc [1990] Ch 433.

وبعد أن تعرضنا لتعريف الشركة متعددة الجنسيات والأشكال التي قد تأخذها هذه الشركة من حيث دولية أو وطنية الشركة الأم، يثور التساؤل حول مدى تأثر هذه الشركة بقواعد القانون الدولي. بمعنى أنه إذا كانت قواعد القانون الدولي تنظم العلاقات فيما بين الدول فهل من المقبول أن تتعرض هذه القواعد للشركة متعددة الجنسيات استناداً إلى نشاطها الدولي بحيث تُضفي على هذه الشركة الشخصية المعنوية الدولية؟

استناداً إلى المادة (34) من نظام محكمة العدل الدولية، لا يجوز للشركة متعددة الجنسيات اللجوء إلى هذه المحكمة، ذلك أنه وإن كان نشاط الشركة يتعدى النطاق الوطني إلا أن هذا الكيان القانوني لا يتمتع بشخصية معنوية دولية، إذ إن اكتساب الشركة للشخصية القانونية لا يكون إلا وفقاً للتشريعات الوطنية التي تمكنها من التمتع بالشخصية والذمة المالية المستقلة التي بموجبها تكتسب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وينبغي على ذلك أيضاً أن قواعد القانون الدولي لن يكون في مقدورها مباشرة تنظيم نشاط الشركات متعددة الجنسيات باعتبارها غير معنية بمخاطبتها؛ فإن أراد المجتمع الدولي التعرض لنشاطها بالتنظيم سيكون ذلك من خلال إلزام الدول التي تمارس فيها الشركات أنشطتها بإصدار تشريعات وطنية لهذا الغرض. غير أن دول العالم الثالث سوف تتخاذل عن تطبيق ذلك رغبة في تشجيع المستثمر الأجنبي على ما سنبين لاحقاً.

إن أي توجه على المستوى الدولي لمنح هذه الشركات الشخصية المعنوية الدولية سيجابه بمعارضة شديدة من الشركات نفسها، إذ إنه سيسقط أقمعة الشركات التابعة ويسلط الضوء على الشركة الأم مما يعرضها لمطالبات دائني شركاتها التابعة. في حين أن الشركة الأم وفقاً للوضع الحالي، وكما سنرى في الفرع المقبل، تعول على تمتع الشركة التابعة بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلتين كأساس لدفع المسؤولية عنها.

الفرع الثاني

طبيعة نشاط الشركات متعددة الجنسيات ودورها في التنمية

في دول العالم الثالث

إن الشركات متعددة الجنسيات اليوم تشبه ظاهرياً مثيلاتها إبان حركة الاستعمار، إلا أنها لا تستمد قوتها من السيطرة السياسية للدولة التي تحمل جنسيتها، بل من قدرتها الاقتصادية الذاتية وتفوقها التكنولوجي اللذين تمكنت من خلالهما من تعزيز مكانتها في الاقتصاد العالمي. ولقد استتبع هذا الفارق اختلافاً في نشاط الشركة؛ فلم تعد الشركات متعددة الجنسيات تتجه لإنتاج المواد الأولية، بل يتركز نشاطها اليوم في

قطاع الصناعة⁽⁶⁾، إذ تحتكر الشركات التقنيات المتطورة وأساليب الإدارة الحديثة والتي تفتقر إليها دول العالم الثالث الساعية إلى إقامة المشروعات لاستغلال مواردها في سبيل النهوض باقتصاداتها.

إن دول العالم الثالث على يقين من أن التراجع التكنولوجي الذي تعانيه سيؤدي إلى تضاعف تكلفة هذه المشروعات، الأمر الذي يستلزم لا محالة اللجوء إلى الشركات المتعددة الجنسيات لما لديها من تفوق تكنولوجي ومعرفة إدارية. ولا شك في أن هذا سيسهم في تقليل التكلفة الإنتاجية وتدفق رؤوس الأموال الأجنبية، ولكن لن يكون ذلك إلا على حساب الدول المستضيفة وشركاتها الوطنية التي قد تشكل ضخامة الشركة متعددة الجنسيات تجاهها شكلاً من أشكال المنافسة غير المشروعة.

وبسبب الدور الاقتصادي الذي تؤديه الشركات متعددة الجنسيات تزايدت هيمنتها السياسية على المستوى الدولي حتى باتت بعض الهيئات الدولية تسعى إلى تسويق دور الشركات في التنمية وإضفاء حماية على أنشطتها. والحال أن المجتمع الدولي يحتاج إلى أطر تشريعية لكبح جماحها وحماية مجتمعات دول العالم الثالث، خاصة تلك التي تخضع للضغوط السياسية التي قد تمارسها الشركات ففتوانى حكوماتها عن اتخاذ إجراءات على المستوى الوطني.

وبعد مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية وظهور مفهوم التنمية المستدامة⁽⁷⁾، توجهت الأنظار إلى الشركات متعددة الجنسيات لما تملك من تكنولوجيا لازمة للتنمية في العالم الثالث، خاصة أن الدول المتقدمة لا تسهم بدور مباشر في ذلك، بل يقتصر دورها في الغالب على إبرام الاتفاقيات الكفيلة بتوفير الحماية للشركات التابعة لها.

وقد بدأ الحديث يدور في الآونة الأخيرة عن تصور جديد يقوم على إبراز دور الاستثمارات الأجنبية المباشرة ومساهمتها في التنمية المستدامة للدول المضيفة، والتعويل على تعاون الشركات متعددة الجنسيات مع الحكومات المختلفة في تحقيق الأهداف التي يسعى إليها المجتمع الدولي في مجال البيئة⁽⁸⁾. فالفقرة الخامسة من التعليمات الصادرة من منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي OECD تتطلب من الشركات أن تراعي عند ممارستها لنشاطها دورها في التنمية المستدامة، غير أن هذه التعليمات ليست لها صفة الإلزام.

(6) حسام عيسى، مرجع سابق، ص 413.

(7) يُقصد بالتنمية المستدامة التنمية التي تلبي احتياجات الجيل الحاضر مع عدم الإخلال بمعطيات البيئة للأجيال المقبلة. انظر: موقع الأمم المتحدة الخاص بالتنمية المستدامة على الرابط التالي: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/ar/>. آخر زيارة بتاريخ 2025/6/7.

(8) أهداف اللجنة الفرعية للتجارة والبيئة والاستثمار في UNCTAD.

والواقع يشير إلى أن دول منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي تتجنب التعرض لدور شركاتها متعددة الجنسيات في تحقيق التنمية المستدامة في الدول المضيفة عند إبرام اتفاقيات الاستثمار مع هذه الدول، حيث يتركز اهتمامها على مجرد تسهيل دخول شركاتها إلى الدول المضيفة وتقديم المزايا لها.

وفي رأينا أن هذا التصور القائم على المبالغة في إبراز دور الشركات متعددة الجنسيات في تحقيق التنمية المستدامة لدول العالم الثالث تصور مغلو لا يستقيم مع مفهوم الشركة التي أساس وجودها القانوني التشريع الوطني الذي له الفضل في تمكينها ابتداءً من مزاولة نشاطها عبر مختلف المؤسسات، ما يعني أن المنفعة متبادلة بين الشركات والدول. كما أن هذا التصور يتناقض مع الفلسفة السائدة للشركات، والقائلة بأن الغرض الذي وُجدت من أجله هو تحقيق الربح، وإن على حساب مصالح الدولة المضيفة لها.

فمن المؤكد أن التصور المطروح يتناسى حقيقة مهمة، وهي أن هناك اختلافاً أساسياً بين مصالح الشركات متعددة الجنسيات من ناحية، وبين مصالح الدول المضيفة من ناحية أخرى⁽⁹⁾. أما إبراز دور الشركات متعددة الجنسيات في تحقيق التنمية المستدامة لدول العالم الثالث فيأتي في سبيل تفادي وجود تحرك دولي لخلق نظام قانوني للرقابة على أنشطتها.

المطلب الثاني

مدى التزام الشركات متعددة الجنسيات بحماية البيئة

تكتسب الشركة متعددة الجنسيات شخصيتها المعنوية بموجب التشريع الوطني الذي تخضع له. وهي في حقيقتها مجموعة من الشركات كل منها يتمتع بجنسية دولة مختلفة، بينما تنشأ فيما بين هذه الشركات وحدة اقتصادية ذات أهداف واحدة، على أن تكون إحداها هي العقل المدبر للمجموعة، أو ما يعرف بالشركة الأم. وعلى هذا فالمجموعة في حد ذاتها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، إذ ليس لها وجود قانوني، بل هي أمر واقع لم يشرع المجتمع الدولي في تنظيمه بعد. لذا فعند تحديد مدى التزام الشركات متعددة الجنسيات بحماية البيئة، فإننا يجب أن نأخذ في الحسبان أنه من المتعذر على المجتمع الدولي أن يضع التزاماً مباشراً عليها باعتباره غير معني بمخاطبتها، ويقع عبء ذلك على الدول التي تحمل الشركات جنسياتها.

إن حماية البيئة من القضايا التي سعت الدول والهيئات الدولية إلى تبنيها بعدما

(9) حسام عيسى، مرجع سابق، ص 439.

تأكد أن تزايد العوامل الملوثة والاستمرار في استنزاف الموارد الطبيعية وعدم مراعاة تأهيلها سيؤدي - لا محالة - إلى تدهور النظام البيئي الطبيعي وتضرر البشرية جمعاء. واستجابة لذلك بادرت الهيئات الدولية، تبعثها بعض الدول، بوضع برامج كفيلة بمنع التلوث والحد منه والمحافظة على البيئة ومواردها الطبيعية ومنع التصرفات الضارة والمدمرة لها. كما أصبح هدف حماية البيئة محل اعتبار في بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية، وفي توجيهات الهيئات الدولية الرسمية وغير الرسمية على المستوى الدولي.

وفي ضوء ذلك، نتعرض في المطلب الأول من هذا المبحث إلى مدى التزام الشركات متعددة الجنسيات بحماية البيئة على مستوى التشريع الوطني، ومن ثم نخصص المطلب الثاني لبيان مدى التزام هذه الشركات وفقاً لاتفاقيات حماية الاستثمار ودور الهيئات على المستوى الدولي في هذا الشأن.

الفرع الأول

مدى التزام الشركات متعددة الجنسيات بحماية البيئة

على مستوى التشريع الوطني

يُعد التشريع الوطني في الواقع هو المنبع الرئيسي لالتزام الشركات متعددة الجنسيات بالمحافظة على البيئة، وقد اتسم العقدان الماضيان بظهور تشريعات متخصصة في حماية البيئة تضمنت، إلى جانب بيان المخالفات والجزاء المترتب على مخالفتها، مجموعة من القواعد والإجراءات الوقائية وسبل الرقابة على مصادر التلوث.

فهناك على المستوى الوطني في بعض الدول نظام قانوني متكامل لحماية البيئة والحد من تلوثها، بل إن بعض الدول، كالولايات المتحدة الأمريكية، جعلت مسؤولية بعض الفئات - ومنهم القائمون على مصادر التلوث - مسؤولية مطلقة سواء توافر عنصر الإهمال أو القصد أو لم يتوافر عند وقوع التلوث. ومن الممكن وفقاً لقانون البيئة الأمريكي (CERCLA)⁽¹⁰⁾، أن تترتب المسؤولية حسبما يقرره من أحكام بأثر رجعي، بمعنى أن يعقد نطاقه إلى حوادث التلوث التي وقعت قبل صدوره.

والى جانب قانون البيئة الأمريكي، الذي يتعرض لمختلف أشكال الأضرار البيئية،

(10) The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA), commonly known as Superfund, was enacted by Congress on December 11, 1980. This law created a tax on the chemical and petroleum industries and provided broad Federal authority to respond directly to releases or threatened releases of hazardous substances that may endanger public health or the environment.

هناك عديد من القوانين المتخصصة بحماية أوجه معينة من البيئة. فعلى سبيل المثال، يضع القانون الأمريكي الفيدرالي الذي صدر في 17 أكتوبر 1986 والذي يُعرف بقانون التخطيط للطوارئ وحق المجتمع في المعرفة (EPCRA)، التزاماً على الجهات التي تحوي منشآت مواد خطرة أو سامة بالإبلاغ عنها أو عن أي تسرب يقع ويكون خارج النسب المعتادة إلى مراكز مخصصة، وذلك بهدف إطلاع الجمهور ليكونوا على علم بطبيعة المواد المخزنة في المنشآت المجاورة لهم وأخذ الاحتياطات اللازمة. وهناك قوانين أمريكية أخرى ذات صلة من بينها: قانون الصيانة والمحافظة على المصادر الطبيعية من النفايات وإعادة تأهيلها، وقانون مراقبة تلوث المياه الذي يضع مجموعة من الجزاءات على تلويث المياه، خاصة بالتسربات النفطية.

أما القانون الإنجليزي فتأثر بشكل واضح بتشريعات الاتحاد الأوروبي، وعلى الأخص ما تصدره هيئة البيئة الأوروبية من لوائح. ويُعتبر قانون حماية البيئة الصادر في العام 1990 هو التشريع الرئيسي المتضمن معظم القواعد المتعلقة بحماية البيئة في المملكة المتحدة⁽¹¹⁾. إضافة إلى قوانين خاصة كقانون مصادر المياه، وقانون تنظيم المواد الخطرة، وقانون التجارة البحرية المنظم للبضائع الخطرة والملوثات البحرية.

وكما هي الحال في القانون الأمريكي فإنه يجوز للأفراد أو الجماعات الساعية إلى حماية البيئة أن تطلب من المحكمة المختصة وقف أي عمل يسبب ضرراً بالبيئة أو المطالبة بإجراء إصلاحات بيئية، وهو ما يمثل توجهاً حديثاً على مستوى الاتحاد الأوروبي لإشراك أفراد المجتمع في تطبيق الأطر المتاحة لحماية البيئة.

وفي سبيل تعزيز ذلك، يحق للجمهور الحصول على المعلومات الخاصة بالبيئة وفقاً لقرار مجلس الاتحاد الأوروبي الصادر في 7 يونيو 1990 بشأن حرية الحصول على المعلومات المتعلقة بالبيئة من خلال الشبكة الأوروبية للمراقبة أو المعلومات البيئية. كما أصدر مجلس الاتحاد الأوروبي مجموعة من القواعد والإجراءات الوقائية الهادفة إلى تفادي وقوع الكوارث. ويوجد برنامج متكامل لذلك يُدعى برنامج مراقبة أخطار الكوارث الصناعية (COMAH) تلتزم بمقتضاه المنشآت الخاضعة له بتقديم تقارير دورية عن أنشطتها⁽¹²⁾.

وفي دولة الكويت أصدر المشرع عدداً من التشريعات الوطنية إلى جانب الاتفاقيات

(11) The main legislation includes the Environmental protection Act 1990 and the Environment Act 2021, which provides the framework for waste management, pollution control, and setting environmental targets.

(12) The UK's Control of Major Accident Hazards (COMAH) Regulations 2015.

الدولية الرامية إلى حماية البيئة. وقد نصت المادة (21) من الدستور الكويتي على أن: «الثروات الطبيعية جميعها ومواردها كافة ملك الدولة، تقوم على حفظها وحسن استغلالها، بمراعاة مقتضيات أمن الدولة واقتصادها الوطني» وقد صدر قانون حماية البيئة رقم 99 لسنة 2015 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 42 لسنة 2014، والذي تضمن 181 مادة تتنوع بين المواد التنظيمية والوقائية والجزائية.

وقد جاء قانون حماية البيئة الكويتي شاملاً ومنظماً كل أوجه التلوث التي تصيب البيئة المائية والأرضية والجوية، سواء كان التلوث صادراً عن فرد أو جهة عامة أو خاصة، بطريق مباشر أو غير مباشر، وسواءً أضرّ بالملوكات الخاصة أو العامة⁽¹³⁾. وقد خُصص الباب السابع من القانون لبيان العقوبات الواجب توقيعها على مخالفة أحكام القانون، والتي تتضمن صورة من صور الإضرار بالبيئة، وتدرج العقوبات من الغرامات التي لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مليون دينار إلى الحبس المؤقت والمؤبد وحتى الإعدام. بينما جاء الباب الثامن منظماً المسؤولية المدنية والتعويضات المستحقة عن الأضرار البيئية.

وقد تضمن القانون إجراءات إدارية خاصة للتعامل مع المنشآت التجارية والصناعية المخالفة، قد تصل إلى إغلاق المنشأة أو سحب ترخيصها، وذلك بالتنسيق مع الهيئة العامة للبيئة والجهات المانحة لتراخيص المنشآت⁽¹⁴⁾. وقد شدد المشرع من مسؤولية «المباشر» لفعل التلوث أو الإضرار فجعلها مسؤولية غير خطئية، أي غير قائمة على الخطأ. وفي كل الأحوال لا يُعفى المسؤول عن التلوث من المسؤولية إلا بإثباته أحد أسباب دفع المسؤولية المذكورة على سبيل الحصر في المادة (166) من القانون المشار إليه.

وهناك القانون رقم 12 لسنة 1964 بشأن منع تلوث المياه الصالحة للملاحة بالزيت، وهو قانون بالغ الأهمية بالنظر إلى دور النقل البحري في الاقتصاد الكويتي. ويحظر هذا القانون تلوث المناطق البحرية الداخلية والإقليمية سواء تمثل ذلك في تسرب الملوثات أو تعمّد تفريغها من سفينة أو في أثناء نقلها من اليابسة. وقد جاء هذا القانون بعقوبات توقع على المسؤول عن التلوث تتمثل بالغرامات وحجز السفن الملوثة. أضف إلى ذلك المرسوم بقانون رقم 46 لسنة 1980 بشأن حماية الثروة السمكية الذي ينظم الصيد البحري بما يحمي الثروة السمكية والبيئة البحرية.

بعد الاستعراض الموجز لما تضمنته بعض التشريعات الوطنية والأجنبية من نصوص

(13) قانون حماية البيئة الكويتي رقم 99 لسنة 2015، المادتان (1 و2).

(14) هذا بخلاف ما ورد في بعض القوانين، كالقانون المصري، الذي نص على إلغاء الترخيص وإغلاق المنشأة المرتكبة لجريمة بيئية كعقوبة تكميلية.

تهدف إلى حماية البيئة، يتضح الآتي :

1- أن هناك كمًا هائلًا من اللوائح والمعايير البيئية تمثل تكلفة إضافية على مشاريع الشركات متعددة الجنسيات الراغبة بمباشرة نشاطها في الولايات المتحدة الأمريكية أو الاتحاد الأوروبي، مثلًا، مما يولد التزامات عدة على هذه الشركات سواء عند البدء في مباشرة مشاريعها أو خلال ممارسة أنشطتها، بينما نجد الوضع مغايرًا في دول أخرى حيث تلتزم الشركات بعدد قليل نسبيًا من الاشتراطات البيئية مما يقلل تكلفة مشاريعها.

2- تلتزم الشركات متعددة الجنسيات عند مباشرة أنشطتها في الولايات المتحدة أو الاتحاد الأوروبي بالشفافية والإفصاح عن طبيعة أنشطتها وما تحتويه منشأتها من مواد خطيرة استجابة لحق مواطنيها في الحصول على هذه المعلومات حماية للصحة العامة والبيئة. أما قانون إنشاء الهيئة العامة للبيئة في دولة الكويت فيقصر حق الحصول على المعلومات المتعلقة بأنشطة الشركات التي تمارس نشاطًا قد يؤدي إلى تلوث البيئة على مجلس إدارة الهيئة وبناء على طلب منه.

3- بناء على ما سبق، فإن حق مباشرة الدعوى في المطالبة بالتعويض عن الدمار البيئي أو وقف العمل في منشأة ما وفقًا للقانون الكويتي يقتصر على الهيئة العامة للبيئة من دون الأفراد أو الجهات الأهلية الأخرى، كما ليس لهؤلاء الأخيرين طلب وقف العمل في أي مشروع يسبب تلوثًا بيئيًا كما هي الحال في الولايات المتحدة الأمريكية أو الاتحاد الأوروبي.

ومما يؤكد هذه الملاحظات الدراسة المشتركة التي أجريت من قِبَل لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) وكلية كوبنهاجن للأعمال في العام 1999⁽¹⁵⁾، والتي هدفت إلى بحث أثر أنشطة الشركات متعددة الجنسيات في البيئة في دول قارة آسيا. شملت الدراسة حوالي 154 شركة عاملة في الصين وماليزيا والهند، وهي دول تُعد في طور التقدم، آنذاك بحسب الدراسة، الأمر الذي يخشى منه أن تصبح أماكن مناسبة للشركات الأوروبية والأمريكية لكي تمارس انتهاكاتها البيئية من دون رقيب أو حسيب Pollution Havens.

وتذهب الدراسة بحق إلى أن تدني ما يسمى بالتكلفة البيئية للمشروع نظرًا إلى غياب المعايير البيئية وسبل تطبيقها يُعد من الدوافع الرئيسية للاستثمار في دول العالم الثالث، بحيث يغدو الانتقال إلى هذه الدول بمنزلة رحلة صناعية Industrial Flight للشركات

(15) UNCTAD World Investment Report 1999.

متعددة الجنسيات لممارسة أنشطتها المعتادة بعيداً عن صرامة التشريعات البيئية في بلدها الأم.

وخلصت الدراسة إلى أن عدم الالتزام بتطبيق التشريعات البيئية، أو عدم توافر الإمكانيات اللازمة لتطبيقها في الدول محل الدراسة إضافةً إلى تدني مستوى المعايير البيئية هي الأسباب الرئيسية التي تجعل الشركات متعددة الجنسيات تمارس أنشطتها في هذه الدول من دون مراعاة ما قد ينشأ من تلوث بيئي خلافاً للحال في بلدها الأم.

الفرع الثاني

مدى التزام هذه الشركات وفقاً لاتفاقيات حماية الاستثمار

ودور الهيئات على المستوى الدولي

تعدّ الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من المصادر المهمة للتشريعات البيئية. وقد انضمت دولة الكويت إلى عديد من الاتفاقيات البيئية⁽¹⁶⁾، كما أبرمت عدداً من اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات مع دول مختلفة منها بعض دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD). كما تشجّع هيئة تشجيع الاستثمار المباشر الاستثمار في المشروعات ذات الأهداف البيئية في قطاعات إدارة النفايات الصلبة وإعادة تدويرها، والطاقة الشمسية، ومعالجة مياه الصرف الصحي⁽¹⁷⁾. إلا أن قانون تشجيع الاستثمار المباشر أشار باقتضاب إلى المسألة البيئية في المادة (34/6) من باب إلزام المستثمرين «بعدم مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد، ولا سيما بواجب المحافظة على سلامة البيئة وبالتعليمات المتعلقة بالأمن والصحة العامة والسكينة العامة وعدم تعريض الآخرين للأخطار»، محيلاً بذلك إلى قانون البيئة الكويتي.

وعليه، يمكن القول إجمالاً إن هذه الاتفاقيات لا تسعفا بأي نصوص جدية تتعلق بالتزام المستثمر الأجنبي بالمحافظة على البيئة، بل إن اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات تتركز أهدافها على تحفيز التبادل التجاري عن طريق توفير الضمانات اللازمة للاستثمارات وكيفية تسوية النزاعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر أو بين الدولتين المتعاقدين. وقد لوحظ ميل اتفاقيات الاستثمار

(16) انضمت دولة الكويت إلى عديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة وسلامتها، منها اتفاقية للمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالنفط (1969)، بالإضافة إلى اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار (1986)، واتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود (1989).

(17) <https://kdipa.gov.kw/> . Last Accessed on 7/6/2025.

الأجنبي نحو خفض المعايير البيئية بدلاً من تحسينها، حتى باتت بعض الدول المستضيفة للاستثمارات تُعرّف بجنان التلوث (على غرار الجنان الضريبية)⁽¹⁸⁾. كما بات ملاحظاً عدم كفاية القوانين واللوائح البيئية الناعمة التي تفتقر إلى الأدوات التنفيذية⁽¹⁹⁾.

يجدر القول إنه وإن خلت اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات من الإشارة إلى التزام المستثمر الأجنبي بالمحافظة على البيئة، إلا أنه يمكن النص على هذا الالتزام في الاتفاقات التي تُبرمها الدولة مباشرة مع المستثمر الأجنبي. ومن الأمثلة على هذه الاتفاقات ما أبرمته الحكومة الهندية مع شركة «شل»، والذي بمقتضاه باشرت الشركة أعمال الاستكشاف والإنتاج النفطي في الهند⁽²⁰⁾.

كما يمكن للشركة القابضة أو الأم أن تضطلع بدور فاعل في هذا الجانب من خلال التحقق من أن أنشطتها وشركاتها التابعة في الخارج متوافقة مع المعايير البيئية المعمول بها في بلد المصدر. لكن هذه الحلول تبقى التزامات أخلاقية مفتقرة إلى أي إلزام قانوني ومتروكة، بالتالي، لتقدير الشركات أنفسها.

(18) Nick Mabey and Richard McNally, Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Havens to Sustainable Development, p.5.

(19) Mahsa Hosseini Moghaddam and Ali Zare, Responsibilities of Multinational Corporations on Environmental Issues, p. 84.

(20) على إثر الاتفاق بين الهند وشركة شل، تلتزم الشركة بتقديم تقرير دوري للحكومة الهندية حول مدى التزامها بالضوابط البيئية، انظر:

<https://www.shell.in/about-us/sustainability/environment-compliance-reports-from-shell-energy-india-pvt-ltd.html>. Last Accessed on 7/6/2025.

المبحث الثاني

أحكام مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية

تعد أنشطة الشركات اليوم أحد أكبر مسببات التلوث البيئي والإضرار بالتنوع البيولوجي في العالم، وتأتي في مقدمتها أنشطة المصانع وعمليات التنقيب واستخراج الموارد الطبيعية وعمليات النقل التجاري عبر الجو والبحر. وبسبب طبيعة وخصوصية الأضرار البيئية فإن آثارها تبقى ممتدة جغرافياً وزمنياً ومؤثرة سلباً في التنوع البيولوجي، والصحة، والأمن الغذائي، وسلامة الموارد، وغيرها.

ويغلب أن تكون الشركات التي تباشر هذه الأنشطة شركات متعددة الجنسيات، ولبعضها ثقل قد يفوق أحياناً ما للدول⁽²¹⁾. إلا أن هذه الحقيقة ينبغي ألا تحول دون محاولة إحكام النظام القانوني المنظم لعمل الشركات متعددة الجنسيات من حيث تحميلها المسؤولية وإلزامها بالتعويض أو حتى الحد من أنشطتها إن لزم الأمر. وقد ابتدأت الجهود الجادة للحد من هذه الأضرار كجهود أهلية غير رسمية، من خلال الدعوة إلى ضبط أنشطة الشركات وإقامة مسؤوليتها، مَدنيًا وجزائيًا، عما تتسبب فيه من كوارث بيئية⁽²²⁾.

تشير الأضرار البيئية التي تنتج من أنشطة الشركات متعددة الجنسيات إشكاليتين: تتصل الأولى بالفراغ التشريعي وضعف الخيارات المتاحة أمام المتضررين للمطالبة بالتعويض عما يصيبهم من أضرار، أما الثانية فتتعلق بالاختصاص القضائي في نظر الدعاوى المقامة على هذه الشركات وطنياً ودولياً. ولعل العامل الأساس في إضعاف مسؤولية الشركات متعددة الجنسية عن أنشطتها المضرة بالبيئة يتمثل في كون قراراتها الكبرى، وذات الأثر البيئي الأكبر، تُتخذ في مقر المركز الرئيسي للشركة القابضة أو الأم بينما تتولى شركاتها التابعة تنفيذها في دول أخرى. والحال أن قوانين دول مقر

(21) في مقارنة أجراها باحثان بين مبيعات مجموعة من الشركات والناجح المحلي الإجمالي لعدد من الدول بينت أن 51% من أعلى اقتصادات العالم هي اقتصادات شركات في مقابل 49% للدول. انظر:

Sarah Anderson and John Cavanagh, Top 200: The Rise of Corporate Global Power, available at: www.ips-dc.org/reports/top200.htm. Last Accessed on 14/12/2024.

(22) بدأت جهود حماية البيئة الجادة في كثير من أقطار العالم أهلية غير حكومية، من ذلك الدعاوى التي تقام على الشركات الكبرى يقيمها أفراد أو جمعيات نفع عام أو تقيمها الدولة بعد ضغط شعبي. انظر:

Michael Anderson, Transnational Corporations and Environmental Damage: Is Tort Law the Answer?, Washburn Law Journal, School of Law, Washburn University, Topeka, Kansas, USA, Vol.41, (2001-2002), p.424.

الشركات القابضة غالباً ما تكون أكثر صرامة فيما يتعلق بالبيئة مقارنةً مع قوانين الجنوب العالمي التي تُرتكب فيها أغلب المخالفات البيئية.

وعليه، نتناول في المطلب الأول مدى مسؤولية هذه الشركات مدنيًا وجزائيًا عن أنشطتها المضرّة بالبيئة. ونتعرض في المطلب الثاني لمدى إمكان مساءلتها بحسب قواعد القانون الدولي. وفي المطلب الثالث ننظر في مدى إمكان مساءلة الشركة القابضة عما ترتكبه الشركات التابعة لها من مخالفات بيئية.

المطلب الأول

المسؤولية المدنية والجزائية للشركات متعددة الجنسية

عن الأضرار البيئية بحسب القوانين الوطنية

باعتبار أن الشركات متعددة الجنسيات تعد من أشخاص القانون الخاص، فإن أول نطاق يُبحث فيه موضوع مسؤوليتها عن الإضرار بالبيئة هو القانون الوطني. إلا أن القانون الوطني في سياق الشركات متعددة الجنسيات إشكالي بذاته؛ إذ تُباشر هذه الشركات أنشطتها عادةً في الدول الغنية بالموارد أو بالأيدي العاملة الرخيصة - من دول الجنوب العالمي، بينما يكون قرارها محكوماً من قبل الشركة الأم أو الشركة القابضة في دولة أخرى. وتكمن المفارقة في أن دول الفئة الأولى حيث تُرتكب المخالفات البيئية تتميز بأنظمة قانونية رخوة سواء فيما يتعلق بقوانين حماية البيئة أو الضرائب أو حقوق الإنسان أو مسؤولية الشركات عامة، بينما دول الفئة الثانية تتمتع بأنظمة قانونية مُحكمة وعلى قدر من الصرامة من هذه المناحي، وهي اعتبارات تزيد من إشكالية الشركات متعددة الجنسيات.

تختلف الأنظمة القانونية في درجة رعايتها للبيئة وفي الأدوات القانونية التي تتيحها لتعويض المتضررين ومحاسبة المتسببين بالأضرار البيئية، إذ نجد قوانين الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة، على سبيل المثال، تتدرج من المسؤولية التقصيرية حتى التجريم الجزائي، بينما نجد قوانين خجولة أو غير مفعلة في دول أخرى، كالهند وسيريلانكا والكونغو وناميبيا ونيجيريا وغيرها، تتجنب تحميل الشركات، خاصةً الأجنبية، أي مسؤولية تُذكر، وهي لهذا تُعتبر جنائياً بيئيةً للشركات، على غرار الجنان الضريبية⁽²³⁾.

(23) Environmental Rule of Law, United Nations Environment Program, First Global Report, 2019.

ينقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية: يتناول الأول موضوع المسؤولية المدنية للشركات متعددة الجنسيات، بينما يخصص الثاني لعرض المسؤولية الجزائية، ويركز الثالث على موقف المشرع الكويتي.

الفرع الأول

المسؤولية المدنية للشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية

تقوم المسؤولية المدنية على أساس الضرر الذي يصيب أحد الأفراد بما يخوله حق المطالبة بتعويضه، سواء كان الضرر عمدياً أو غير عمدي، أو ناتجاً عن الإخلال بالتزام عقدي أو بالالتزام العام بعدم الإضرار بالغير⁽²⁴⁾. ولئن كانت المسؤولية المدنية تُثار عادة بشأن الأشخاص الطبيعيين وما يتسببون فيه من أضرار، إلا أن النقلة التي شهدتها الشركات التجارية بالاعتراف لها بالشخصية القانونية الاعتبارية، ولوازمتها كالدالة المالية المستقلة، أتاحت إقامة مسؤوليتها المدنية عما يلحقه نشاطها من أضرار بالغير، سواء كانوا من المتعاقدين معها أو من غيرهم.

ثم نمت مسؤولية الشركات لتشمل الجوانب الأخلاقية (خاصة حقوق العمال) والبيئية والاجتماعية⁽²⁵⁾. وقد قسّم الفقه المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية تقوم عند إخلال المتعاقدين بالتزاماته العقدية، ومسؤولية تقصيرية تنشأ عن الإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير.

ولا يمكن الحديث عن إقامة المسؤولية العقدية للشركات متعددة الجنسيات عن تجاوزاتها البيئية إلا في حدود ضيقة، إذ تعمل هذه الشركات عادةً بناءً على ترخيص تمنحه سلطات الدولة التي تباشر فيها أنشطتها وفق اشتراطات وضوابط تنظم الاستثمار الأجنبي. كما تحكمها بنود العقود المبرمة بين المستثمر والدولة المضيفة، فإن اشتمل العقد فعلاً على اشتراطات تفرض الالتزام بعدم الإضرار بالبيئة، أمكن عندها فقط إقامة المسؤولية العقدية للشركة متعددة الجنسيات.

(24) في خصائص المسؤولية المدنية وتمييزها عن المسؤولية الجزائية، انظر: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص614.

(25) محمد قادري وهشام صالح، المسؤولية الاجتماعية والبيئية للمؤسسات الاقتصادية: حالة الشركات القطرية، مجلة الحوكمة، المسؤولية الاجتماعية والتنمية المستدامة، معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، مج2، ع1، 2020، ص54؛ Mahsa Hosseini Moghaddam and Ali Zare, Responsibilities of Multinational Corporations on Environmental Issues, Journal of Politics and Law, Canadian Center of Science and Education, Vol.10, No.5, (2017), p.78.

غير أن هذه المكنة متوقفة على مدى كفاءة القوانين البيئية في الدولة المضيفة، بحيث تبقى المسؤولية البيئية نظرية لا غير إذا كانت قوانين حماية البيئة مرنة ولا تفرض التزاماً حقيقياً على الشركة المرخص لها بقدر ما تحثها على مراعاة البيئة. عندها يصطدم الالتزام العقدي البيئي بمشكلة عدم إمكانية مقاضاة الشركة أو ضعف سبل التنفيذ في مواجهتها⁽²⁶⁾. لذلك يرى قسم كبير من الفقه أن المسؤولية التقصيرية هي الباب الأوسع والأكثر فعالية لمحاسبة الشركة وتعويض المتضررين.

يُقصد بالمسؤولية التقصيرية التزام كل من أحدث ضرراً للغير بسبب عمله غير المشروع بتعويضه، إما من خلال التعويض العيني بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو بالتعويض المالي⁽²⁷⁾. في المجال البيئي يحكم المسؤولية التقصيرية مبدأ الملوّث الدافع، الذي يشترك في أركانه مع المسؤولية التقصيرية، مع فارق اشتماله على الأضرار المحتملة للبيئة لا الأضرار المحققة فقط، بالإضافة إلى ما للمبدأ من أثر رادع⁽²⁸⁾. ويشترط لقيام المسؤولية التقصيرية للشركة الملوّثة اجتماع الأركان الثلاثة من خطأ وضرر ورابطة سببية. وقد يكون ركن الخطأ مفترضاً في بعض صور المسؤولية (المسؤولية الموضوعية أو المطلقة)، وقد لا يكون مفترضاً بما يعني وجوب أن يُثبت طالب التعويض وجه الضرر الذي لحق به.

تتراوح التشريعات البيئية بين تشريعات تأخذ بالخطأ البيئي المفترض أو غير المفترض. من أمثلة القوانين التي تأخذ بالمسؤولية البيئية المطلقة، أو الخطأ المفترض، قانون الملاحه الجوية الفرنسي، وقانون حماية البيئة الكويتي رقم 99 لسنة 2015، والقانون الاتحادي الإماراتي رقم 24 لسنة 1999 الخاص بحماية البيئة⁽²⁹⁾. أما الدول

(26) حول ضعف فاعلية قواعد المسؤولية الاجتماعية للشركات عامة، بما فيها الجانب البيئي، انظر: Philippe Gugler and Jacylyn Y. J. Shi, Corporate Social Responsibility for Developing Country Multinational Corporations: Lost War in Pertaining Global Competitiveness?, Journal of Business Ethics, Springer, Vol.87, (Suppl.1), 2009, p. 11.

(27) عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 641، وص 814.

(28) إن مبدأ الملوّث الدافع أكثر انتشاراً في أدبيات القانون الدولي منه في القوانين الوطنية، انظر: أميرة لبوازدة والضيف كيفاجي، مساهمة الجوانب الوقائية للمسؤولية المدنية في حماية البيئة عن الأضرار الإيكولوجية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنراست، الجزائر، مج 10، ع 3، 2021، ص 365.

(29) علي مهدي الياسري، أحكام المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي الناشئ عن الشركات النفطية، علي مهدي الياسري، أحكام المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي الناشئ عن الشركات النفطية، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، الجامعة العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، مج 3، ع 53، ص 628. متاح على الرابط التالي:

chrome-extension://efaidnbmninnipocajpccgglefndmkaj/https://mabdaa.edu.iq/wp-content/uploads/2022/02/.

المتمسكة بمعيار الخطأ واجب الإثبات في القضايا البيئية فكثيرة، منها على سبيل المثال بريطانيا؛ إذ إن قانونها هو أحد أبرز الأسباب التي تحول دون إقامة المسؤولية المدنية البيئية⁽³⁰⁾. وعلى الرغم مما يُعرف به القانون السويسري من صرامة فيما يتعلق بالآضرار بالبيئة، إلا أنه يتبنى معياراً محدداً لما يُعتبر خطأً بيئياً يقيم المسؤولية المدنية (والجزائية معاً)، وهو معيار عدم مشروعية الفعل المتسبب في التلوث⁽³¹⁾. في حين نجد معظم حالات التلوث ناتجة عن أنشطة مرخصة قانوناً ومتماشية بقدر لا بأس به مع المعايير البيئية، مما يعني أن فرصة تطبيق القواعد الصارمة للمسؤولية تبقى ضعيفة ما لم يُتوسّع في تفسير الخطأ أو العمل غير المشروع.

إن معيار الفعل غير المشروع وحده ليس كافياً لتأسيس المسؤولية عن الضرر البيئي، إذ قد تنتج حالات تلوث على رغم التزام المتسبب بالمعايير البيئية، ومن دون أن يقتصر فعلاً غير مشروع. من هنا نجد دولاً كالألمانيا ابتعدت عن معيار الفعل غير المشروع، واعتمدت معيار التعويض عن الضرر الحاصل: أي المسؤولية غير الخطئية⁽³²⁾. أما قانون الاتحاد الأوروبي، فيأخذ بمعيار مزدوج؛ إذ يعتبر الخطأ عن الأضرار البيئية مفترضاً لو كان النشاط التجاري طبيعته خطراً أو قابلاً لأن يشكل خطورة على البيئة، وعندها تُحمّل الشركة المسؤولية حتى لو لم تقتصر خطأً يُذكر. كما يأخذ القانون الأوروبي بمعيار الخطأ واجب الإثبات (غير المفترض) في صور أخرى من الأضرار البيئية الناجمة عن نشاط تجاري⁽³³⁾.

إن غالبية التشريعات البيئية الحديثة لا تفترض الخطأ في المسؤولية عن الضرر البيئي، بل تستلزم من طالب التعويض إثباتها. ولعل السبب وراء الأخذ بالمسؤولية القائمة على إثبات الخطأ يكمن في كونها أكثر كفاءة من الناحية الاقتصادية؛ أي إنها تُحقق استخداماً أمثل للموارد يعظم الإنتاج ويقلص الهدر⁽³⁴⁾. غير أن الحديث عن الكفاءة

(30) Liability for Environmental Pollution: Germany, Japan, The Netherlands, and United Kingdom, a report LL File No. 1994-0150, Library of Congress. (1994). Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lglrd/2021699926/2021699926.pdf> Last accessed on 14/12/2024.

(31) Shaoxiong Bai, Bowei Chang, Yanfeng Wang and Yueting Zhao, Environmental Responsibility of Multinational Enterprises, Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Atlantis Press, Vol.615 (2021), p.2766.

(32) Ibid, p.2766.

(33) Article 191(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union. Arrangements for applying it are set out in Directive 2004/35/EC. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/environmental-liability.html>. Last Accessed on 14/12/2024.

(34) علي مهدي الياسري، مرجع سابق، ص 627.

الاقتصادية ينبغي ألا يُلهينا عن الصعوبات الجمة التي يتطلبها إثبات الخطأ الصادر عن الشركة والمقابلة على عاتق المضرور، وهو لذلك معيار قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة تُضيع حقوق المضرور من ناحية وتزيد احتمالية تلويث البيئة بسبب ضعف المسؤولية من ناحية أخرى.

أما الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية التقصيرية فركن الضرر؛ والضرر البيئي هو «الضرر الحاصل للأشخاص والأشياء عن طريق الوسط الذي يعيشون فيه» براً وبحراً وجواً⁽³⁵⁾.

وللضرر البيئي خصائص تميزه تتمثل، أولاً: في كونه من الأضرار المتراخية الممتدة زمنياً، وهو ما أثبتته كارثة مدينة بوبال في الهند والتي ما زالت تعاني تبعات الكارثة البيئية للجيل الثالث من المواليد. ثانياً: فإن الضرر البيئي ضرر انتشاري لا يقتصر على بقعة جغرافية معينة، خاصة إذا لوث المياه الجارية أو الهواء، كما في قضية تسرب المواد الكيميائية من منجم بوتاسيوم فرنسي لمياه نهر الرين والذي امتدت آثاره الملوثة حتى بلغت سويسرا وألمانيا⁽³⁶⁾. ثالثاً: قد يكون الضرر مباشراً ويقع دفعة واحدة، كما في إلقاء مخلفات المصانع وناقلات البترول في المياه، وقد يكون ضرراً غير مباشر يتحقق على دفعات، كما في حالات التخلص من المخلفات، وإن كانت غير محظورة، بدفنها في التربة أو تصريفها في المياه على مدى زمني طويل⁽³⁷⁾.

إلا أنه يغلب توصيف الأضرار البيئية بأنها أضرار غير مباشرة، خاصة تلك التي يصعب إثباتها بسبب تعدد مسببات التلوث، إذ قد لا يحدث نشاط ما منفرداً ضرراً بيئياً إلا إذا اجتمع مع مسبب آخر أو تفاعل معه. مثال ذلك تخلص بعض المصانع من مخلفاتها غير الخطرة في مياه الأنهار أو البحار لتتفاعل مع مخلفات منشأة أخرى محدثة أضراراً بيئية. ويلاحظ «أن غالبية الاجتهاد القضائي يتجه إلى رفض تعويض الأضرار التي

(35) حبيب بلقنيشي وفاطمة الزهراء حاج شعيب، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، مجلة الفقه القانوني والسياسي، مخبر الدراسات القانونية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، مج 1، ع 1، يونيو 2019، ص 183.

(36) عرفت هذه القضية باسم Sandoz chemical leak. للمزيد انظر:

Michael Anderson, op.cit., p.416; Alexandre Kiss, The Protection of the Rhine Against Pollution, in Transboundary Resources Law, 1ed, Routledge, (1987), p.629.

(37) الغريب في الأمر رفض محكمة العدل الدولية تعويض أستراليا عن الأضرار غير المباشرة الناتجة عن التجارب النووية التي أجرتها فرنسا في سبعينيات القرن الماضي. انظر: عبدالسلام حسين العنزي، المسؤولية الدولية المدنية والجنائية عن الأضرار البيئية في إطار القانون الدولي الإنساني مع تسليط الضوء على الأضرار البيئية التي تعرضت لها دولة الكويت عام 1990، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 44، ع 2، يونيو 2020، ص 101.

تترتب على الضرر غير المباشر، ومن ثم فهو يرفض تعويض الأضرار الاقتصادية والخسارة المتتابعة والتي كانت نتيجة طبيعية ومباشرة للفعل الأصلي المتسبب في الضرر⁽³⁸⁾.

كما قد يصعب تحديد الضرر البيئي نتيجة لانتشاره جغرافياً أو استغراقه زمناً للظهور، كما في أضرار التلوث الإشعاعي⁽³⁹⁾. ولهذا نجد الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية فيينا الخاصة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، قد جعلت حق الضرر في التعويض يسقط بمضي عشر سنوات من تاريخ وقوع الحادثة النووية⁽⁴⁰⁾.

تجدر الإشارة إلى تبني بعض الفقه مبدأ الحيطة لتدعيم المسؤولية عن الأضرار البيئية، وهو مفهوم ينقل المسؤولية من فكرة تعويض الضرر الواقع إلى المسؤولية عن الضرر المحتمل غير المتيقن منه، مما يفرض التزامات إضافية على المنشآت التجارية والصناعية. ولهذا التوسع الفقهي ما يبرره، إذ يتوافق مع خصوصية الضرر البيئي ويحقق مصلحة أخرى تتمثل في تجنب المخاطر البيئية قبل وقوعها، من خلال «تمكين قاضي الموضوع من الحكم بفرض تدابير تحفظية من دون اشتراط حالة الاستعجال، ولا حتى الطابع الوشيك لحصول الضرر»⁽⁴¹⁾.

الركن الثالث من أركان المسؤولية التقصيرية يتمثل في قيام رابطة سببية بين الخطأ والضرر البيئي الناجم عنه، فإن تيسر إثبات الرابطة السببية المباشرة بين المسبب والضرر قامت المسؤولية المدنية باكتمال أركانها. غير أن إثبات السببية ليس بالأمر السهل، وذلك نظراً إلى خصوصية الضرر البيئي الانتشاري وغير المباشر والمتراخي. ثم إن الشركات متعددة الجنسيات تلجأ إلى مبررات من قبيل حماية أسرارها الصناعية والتكنولوجية لتحول دون إمكانية إثبات رابطة السببية⁽⁴²⁾.

(38) حبيب بلقنيشي وفاطمة الزهراء حاج شعيب، مرجع سابق، ص 184.

(39) عبدالرحمن بوقلجة، إثبات رابطة السببية في مجال المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان، الجزائر، ع 5، 2015، ص 97.

(40) اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية (1963)، ينظر:

<https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>.

(41) وقد أخذ المشرع الجزائري في قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بمبدأ الحيطة، إذ تنص المادة الثالثة منه على التالي: «مبدأ الحيطة الذي يجب بمقتضاه ألا يكون عدم توافر التقنيات نظراً إلى المعارف العلمية والتقنية الحالية سبباً في تأخر اتخاذ التدابير الفعلية والمتناسبة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرّة بالبيئة، ويكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة». أميرة لبوازدة والضيف كيفاجي، مرجع سابق، ص 359.

(42) Shaoxiong Bai, Bowei Chang, Yanfeng Wang and Yueting Zhao, op.cit, p.2766.

يذهب بعض الفقه مذهب النظريات التقليدية في إثبات السببية، فيقول بتوزيع المسؤولية بين المتسببين في الضرر بنسبة ما ساهم به كل منهم، أي باحتساب النسبة التقريبية لما استخدمه كل طرف من مواد ملوثة أحدثت الضرر مثلاً⁽⁴³⁾. هذا توجه لا يخدم في حل إشكالية السببية، إذ يوقعنا في صعوبة جديدة تتمثل بتحديد نسبة مساهمة كل متسبب في الضرر. لذا تبني جانب آخر من الفقه فكرة المسؤولية التضامنية المفترضة لكل من ساهم في إحداث الضرر البيئي سواء كان منتجاً لمواد ضارة أو موظفاً لها في صناعات وأعمال أخرى⁽⁴⁴⁾. وقد انطلق هذا التوجه من فكرة تعادل الأسباب واعتبارها متساوية في إحداث الضرر من دون اعتبار لمساهمة كل منها، وهي فكرة متقدمة من منظور العدالة، إذ قد لا تتعادل جميع المسببات في الواقع بإحداث الضرر بنفس الدرجة⁽⁴⁵⁾.

إشكاليات تعيق مقاضاة الشركات متعددة الجنسيات مدنياً:

لئن كانت القاعدة في المسؤولية المدنية تلزم المسؤول عن إحداث الضرر البيئي بتعويض الضرر الناجم عنه، إلا أن إقامة دعوى المسؤولية عن الضرر البيئي مكتنفة بالمعوقات. فتمتنع عقبات ناجمة عن تنوع الأنظمة القانونية في البلدان التي توجد فيها مقار الشركات متعددة الجنسيات وشركاتها التابعة والبلدان التي تعمل فيها. كما يصعب إيجاد محكمة ذات اختصاص بنظر جميع جوانب الشركات متعددة الجنسيات والتي تعمل في أكثر من قارة⁽⁴⁶⁾.

تشير القضايا البيئية إلى أن قضاء الدولة المصدرة للاستثمارات (دولة الشركة الأم أو القابضة) تمتنع عادةً عن قبول الدعاوى المرفوعة أمامها بدعوى أن الضرر البيئي وقع في إقليم دولة أجنبية. وفي الوقت نفسه تمتنع محاكم الدول المضيفة، والتي حصل الضرر أو جزء منه في إقليمها، عن نظر الدعوى لأسباب متعددة لعل أهمها الخشية من خروج الاستثمارات الأجنبية في حال تشديد قواعد المسؤولية عليها.

(43) محمد رفيق بكاي، المسؤولية الدولية للشركات متعددة الجنسيات على الأضرار البيئية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمر التليجي، الأغواط، الجزائر، مج3، ع2، نوفمبر 2019، ص265؛ ياسر الميناوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص223.

(44) جميلة حميدة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص270؛ عبدالرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص98.

(45) انتقاد فكرة تعادل الأسباب في المسؤولية في بحث المسؤولية المدنية عن الأضرار الإيكولوجية، انظر: عبدالرحمن بوفلجة، مرجع سابق، ص102؛ علي الياسري، مرجع سابق، ص630.

(46) Mahsa Hosseini Moghaddam and Ali Zare, op.cit., p.81.

كما قد ترفض الاختصاص بنظر هذه الدعاوى باعتبار أن أحد عناصر المسؤولية التقصيرية، والمتمثل بالقرار الذي أدى إلى وقوع الضرر، قد أُتخذ في بلد أجنبي. وقد ترفض النظر في الدعوى لأن الشركة المدعى عليها أجنبية، أو لغيرها من الأسباب التي تتنوع وتختلف من بلد إلى آخر. والمحصلة، أيًا كانت الاعتبارات، هي تفويت فرصة تعويض المضرور في الدولة المضيفة.

أما المدعي الأجنبي في دعاوى المسؤولية التقصيرية ضد الشركات، فقد يقع ضحية تمييز قانوني يمارس ضده في بعض الأنظمة. ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً، يتبنى القضاء الأمريكي قاعدة في الاختصاص القضائي في الدعاوى ذات العنصر الأجنبي هي *forum non conveniens*، والتي تسمح للقضاء بعدم قبول النظر في الدعوى اعتقاداً أن نظرها في محكمة أخرى، أجنبية، قد يكون أصلح لحماية المدعى عليه من تعسف المدعي.

وقد تحول هذا المبدأ القضائي إلى أداة تستفيد منها الشركات القابضة، وتوظفها لتجنب إقامة مسؤوليتها التقصيرية عن أفعالها أو أخطاءها المرتكبة في الخارج⁽⁴⁷⁾، وهو تماماً ما واجه دعاوى المتضررين في قضية بوبال الهندية ضد شركة يونيون كاربايد الأمريكية عندما رفعوا مطالباتهم إلى المحاكم الأمريكية⁽⁴⁸⁾.

لذا فإن المسؤولية المدنية للشركات متعددة الجنسية عن الانتهاكات البيئية يواجهها عدد من التحديات، بعضها موضوعي يتعلق بإثبات أركان المسؤولية عن الفعل الضار، والبعض الآخر إجرائي يتعلق بقبول الدعوى في قضاء الدولة التي وقع فيها التلوث أو الدولة التي تحمل الشركة متعددة الجنسيات جنسيّتها.

أمام هذه التحديات التي تواجه المسؤولية المدنية، نتناول في الفرع المقبل مدى إمكان مساءلة الشركات جزائياً عن الأضرار البيئية.

الفرع الثاني

المسؤولية الجزائية للشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية

ترتكب عديد من الشركات متعددة الجنسيات انتهاكات بيئية في أثناء مباشرتها أنشطتها الاستثمارية في الخارج. وتعتبر العقوبات الجزائية وسيلة قانونية شائعة

(47) Michael Anderson, op.cit., p.412.

(48) Mark W. Janis, The Doctrine of Forum Non-Conveniens and the Bhopal Case, Netherlands International Law Review, vol.34, Iss.2 (1987), p.192.

لردع ومكافحة التلوث البيئي، إلا أنها تختلف من دولة إلى أخرى بحسب الاعتبارات التي ترتبها كل دولة والمصالح التي توليها الأولوية في الحماية. وبخلاف الحال في المسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي، نجد المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري مفتقرة إلى سياسة واضحة في التعامل مع أفعاله المجرمة⁽⁴⁹⁾.

فقد كانت هذه المسؤولية، وما زالت، محل جدل بين الأنصار الذين يجدون في الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة للشركة مجالاً لتوقيع العقوبات الجزائية عليها أو على المتسببين في ارتكاب الجرم من مديري وأعضاء مجلس إدارة، وبين الرافضين الذين لا يجدون مجالاً لتوقيع الجزاء على شخص اعتباري إلا في حدود الغرامات المالية⁽⁵⁰⁾. وبملاحظة التشريعات الوطنية، نجد غالبيتها تتجه إلى تبني عقوبة الغرامات المالية، بينما نجد عدداً قليلاً منها يتبنى عقوبات أخرى كإغلاق المنشأة أو توقيع العقوبات على الأشخاص الطبيعيين القائمين عليها، خاصةً مديريها.

أما عن طبيعة جرائم البيئة فهي من الجرائم المادية البحتة التي لا تثير إشكاليات من قبيل تلك المتعلقة بالركن المعنوي وإثباته؛ إذ تقع جرائم البيئة بمجرد ارتكاب السلوك المجرم أو تحقق النتيجة المتمثلة بالتلوث. غير أن إثبات المسؤولية الجزائية ينبغي أن يُؤسس على أدلة لا تدع مجالاً لشك معقول، وهو معيار أكثر صرامة من معيار المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ. إلا أن الحديث عن المسؤولية الجزائية للشركة متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية يتخذ أكثر من منحى. فمن ناحية هناك مسؤولية هذه الشركات وفقاً للقانون الوطني للبلدان التي تحمل جنسياتها إلى جانب تلك المستضيفة لها، وهناك بُعد آخر يتمثل في مسؤولية الشركات تجاه الدول التي لا ترتبط معها بأي رابطة إلا أنها تتضرر بيئياً من جراء أنشطتها.

أما مسؤولية الشركة وفق قانونها الوطني، فيقتصر عادةً على الأضرار التي تتسبب فيها الشركة داخل إقليمها الوطني؛ فنجد من النادر أن يعاقب القانون الوطني الشركات الوطنية عما يصدر منها من أفعال خارج الإقليم، فالقانون الوطني حاكم لما يقع في إقليمه دون سواه، وهو موقف غالبية النظم القانونية، بما فيها العربية كالقانون الكويتي والقطري واللبناني والعراقي والجزائري وغيرها، وهو توجه اتفاقيات الاستثمار الدولية؛ إذ بينت إحدى الدراسات أن اتفاقيات الاستثمار التي تأتي على ذكر البيئة تعطي

(49) خالد الرشيد، المسؤولية الجزائية للشركات في القانون الكويتي - دراسة مقارنة مع التجربة الإنجليزية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج46، ع4، ج1، ديسمبر 2022 ص102.

(50) Ananya Agarwal, Redefining Corporate Criminal Liability with respect to Environmental Crimes, International Journal of Legal Science and Innovation, Vol.3, Iss.1, (2020), p.29.

الحق للبلد المضيف، من دون البلد المصدر، في ضبط السلوك البيئي⁽⁵¹⁾.

كذلك تنتهج الدول المصدرة للاستثمار والمعرضة لشركاتها لارتكاب مخالفات بيئية خارج حدودها نفس التوجه. فالقانون الفرنسي الصادر في العام 2017 يفرض على الشركات العاملة على الأراضي الفرنسية فقط (وطنية كانت أو أجنبية) واجب بذل العناية اللازمة لضمان الاستدامة البيئية، وهو بذلك لا يُسعف ضحايا الشركات الفرنسية المؤسسة خارج فرنسا⁽⁵²⁾.

بينما يتوسع القانون الأوروبي قليلاً؛ فيقرر للمتضررين حق التقاضي في أي من دول الاتحاد الأوروبي، إذا كانت الشركة المخالفة أو الشركة الأم لها مؤسسة في إحدى دول الاتحاد⁽⁵³⁾. وقد تبنى القضاء الأوروبي مبدأ إلزام الطرف المتسبب في التلوث بالتعويض عما أحدثه سواء كان التلوث داخل الإقليم الذي يعمل فيه أو خارجه. من ذلك ما ذهبت إليه محكمة هولندية في قضية عُرِضت عليها تتعلق بإفراغ إحدى الشركات الفرنسية أملاًحاً ساماً في نهر الراين (Rhine River)، الذي يستفيد منه مواطنون في هولندا، مما أدى إلى تلوثه، حيث ألزمت المحكمة الشركة الفرنسية بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن نشاطها إضافة إلى إلزامها ببذل العناية اللازمة لمنع التلوث مستقبلاً⁽⁵⁴⁾.

أما القانون والقضاء الأمريكيان فيأخذان بمعايير عدة. فبالنسبة إلى الانتهاكات البيئية البحرية، مدّ القضاء اختصاصه للفصل فيها، حتى لو وقعت خارج المياه الإقليمية الأمريكية. ففي القضية المقامة ضد شركة Royal Caribbean Cruises Ltd، قرر القضاء اختصاصه بتوقيع العقوبات الجزائية على السفن التي تصرف النفط في مياه البحار على الرغم من وقوع التلوث خارج المياه الإقليمية الأمريكية وعلى رغم أن السفن ترفع أعلاماً أجنبية، شريطة أن ترسو السفينة في ميناء أمريكي.

وقد برّرت المحكمة اختصاصها بدعوى فرض المعايير الدولية لمنع تصريف النفط في

(51) أوضحت دراسة أن خمس عشرة اتفاقية فقط من أصل اثنين وأربعين أشارت للجانب البيئي من الاستثمار بينما أدرجت عشرون منها استثناءات بيئية تحظى بها الاستثمارات، انظر:

Shaoxiong Bai, Bowei Chang, Yanfeng Wang and Yueting Zhao, op.cit, p.2770.

(52) Nadia Perrone, Perspectives of Extraterritorial Jurisdiction for Environmental Damage in the Proposal of the European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, The Italian Review of International and Comparative Law, Vol.3, No.2, (2023), p.391; France and Environmental Law – Legal Guide, French Ministry for Europe and Foreign Affairs, 2018, p.2.

(53) انظر الهامش 57.

(54) Alexandre Kiss, op.cit., p 634.

البحار⁽⁵⁵⁾. بينما يقصر القانون الأمريكي المسؤولية الجزائية على ما يقع من الشركات داخل حدود الولايات المتحدة أو ما تكون له آثار في أراضيها، على ما سنرى. إلا أن هذا المعيار غير مستقر، فثمة ازدواج في تقرير القضاء الأمريكي لاختصاصه بالنظر في الجرائم البيئية الواقعة خارج أراضيها، إذ رفضت المحاكم الأمريكية النظر في الدعاوى المرفوعة من أهالي ضحايا كارثتي بوبال في الهند وрана بلازا في بنغلادش، على الرغم من أن الشركات المتسببة في الكوارث شركات أمريكية. وبغياب معيار ثابت للاختصاص القضائي في نظر الجرائم البيئية الواقعة خارج الإقليم، لا تحقق القوانين الجزائية ردعاً للشركات، ولا تشكل ضماناً للمتضررين.

وعليه، يمكن القول بجواز مساءلة الشركات عما ترتكبه من مخالفات بيئية في إقليم الدولة التي تعمل فيها. إلا أن هذه النتيجة ليست حتمية، إذ تختلف القوانين الوطنية في التعامل مع الضرر البيئي ومعاقبته. ولعل القاعدة في هذا الشأن أن تكون قوانين الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، سواء المتمثلة بشركات متعددة الجنسيات أو غيرها، قوانين مهلهلة وضعيفة حتى لا تنتقص القوانين الصارمة من جاذبيتها للاستثمار. كما أن تجريم الإضرار بالبيئة، على رغم ما يحققه من ردع، إلا أنه يصم الشركة مرتكبة الجرم بشكل قد يضر بها تجارياً⁽⁵⁶⁾. فلو نظرنا إلى الهند مثلاً، وهي من الدول التي تعرضت لعدد من الكوارث البيئية الناجمة عن أنشطة الشركات، لوجدنا عدم كفاية تشريعاتها لإقامة المسؤولية الجزائية للشركات عن جرائمها البيئية من ناحية، وضعف تطبيق التشريعات القائمة، على قصورها، من ناحية أخرى⁽⁵⁷⁾.

ولسد هذا الفراغ ولمنع تجاوزات الشركات متعددة الجنسيات، اقترح الفقه – في حال غياب نص تجريم خاص – إقامة مسؤولية الشركات على أساس مخالفتها لحقوق الإنسان، باعتبار أن العيش في بيئة سليمة يُعتبر حقاً من حقوق الإنسان المتفق عليها. إلا أن الأخذ بمبدأ حق الإنسان هذا ما زال مقتصرًا على الدول المتقدمة اقتصاديًا، فبدأننا نجد تطبيقات لها في السويد والنمسا وأستراليا وكندا وغيرها⁽⁵⁸⁾.

(55) John F. Cooney, Multi-Jurisdictional and Successive Prosecution of Environmental Crimes: The Case for a Consistent Approach, 96 J. Crim. L. & Criminology, Vol.96, Iss.435, (2006), p.441. Available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclcr/vol96/iss2/3>.

(56) Michael Anderson, op.cit., p.423.

(57) Ananya Agarwal, op.cit., p.39.

(58) Daniel Iglesias Marquez, Legal Avenues for Holding Multinational Corporations Liable for Environmental Damages in a Globalized World, ARACE, Vol.2, Iss.3, (2015), p.67.

وقد سمح «الأساس الإنساني» في قضايا البيئة برفع المطالبات القضائية في الدول التي تحمل الشركات متعددة الجنسيات جنسيتها حتى إن لم ترتكب المخالفة البيئية على أرضها، أو ما يُعرف بالولاية القضائية خارج الإقليم (extra-territorial jurisdiction)⁽⁵⁹⁾. كما تسمح بتطبيق الاشتراطات البيئية على المنشآت التجارية الأجنبية العاملة خارج أرضها، في حال لم يتمكن أصحاب الصفة من مساءلة الشركة وفق قانونها الوطني.

وقد جاء في المقترح الأخير للمفوضية الأوروبية الذي فرض التزاماً على الشركات بأن تتبين الآثار الناتجة عن أنشطتها على حقوق الإنسان عامة، بما فيها الآثار البيئية، والعمل على تفاديها والحد من آثارها⁽⁶⁰⁾. غير أن الاقتراح لم يقتصر على الالتزام الموضوعي، بل جاء بجانب إجرائي يعطي محاكم دول الاتحاد الأوروبي الاختصاص القضائي بنظر قضايا التلوث الواقعة خارج حدوده تطبيقاً لحق التقاضي المنصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽⁶¹⁾.

لكن لا مجال للحديث عن تجريم الممارسات المضرّة بالبيئة من باب حماية حقوق الإنسان في الدول النامية والفقيرة الساعية إلى استضافة الاستثمارات الأجنبية، على رغم الحاجة الماسة في هذه الدول إلى وضع أساس قانوني يسمح لها بمحاسبة الشركات المخالفة وتعويض المتضررين، إذ هي من ناحية دول غنية عادةً بالثروات الطبيعية القابلة للاستثمار والمعرضة لمختلف أشكال الانتهاكات البيئية، كما أن منظومة المحاسبة القانونية فيها ضعيفة من ناحية أخرى⁽⁶²⁾. من هنا تظهر أهمية التعاون الدولي في تنظيم سلوك الشركات متعددة الجنسيات حتى لا يُسمح لانتهاكاتها البيئية بأن تمرّ من دون مساءلة⁽⁶³⁾.

وبالنظر إلى القاعدة التي تحكم المسؤولية الجزائية، والتي يجري مضمونها بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القانون، فإنه لا يمكن إقامة مسؤولية الشركة إلا على أساس مخالفة نص محدد يحمي البيئة ويحظر انتهاكها، هذا بخلاف المسؤولية المدنية

(59) Michael Anderson, op.cit., p.423.

(60) For more on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDD), see: Nadia Perrone, Perspectives of Extraterritorial Jurisdiction for Environmental Damage in the Proposal of the European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, p.391

(61) Nadia Perrone, op.cit., p.390.

(62) Mahsa Hosseini Moghaddam and Ali Zare, op.cit., p.78.

(63) Vijay Kumar Singh, Criminal Liability of Corporations – An Environmental Perspective, Environmental Crimes: Corporate Liability, in Environmental Crimes: Corporate Liability, (2010), p.87. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972053.

عن الفعل الخاطئ. تنحو غالبية القوانين إلى تجريم فئتين أساسيتين من المخالفات البيئية بالنظر لأثرها: الفئة الأولى تمثل الممارسات التي تنتج عنها أضرار تؤثر في استدامة البيئة أو الموارد الطبيعية، وتمثل الفئة الثانية الممارسات التي تنتج عنها وفاة أشخاص أو إصاباتهم⁽⁶⁴⁾. وكمثال على المسؤولية الجزائية عن الضرر البيئي ونطاقها، نناولها وفق نصوص القانون الكويتي.

الفرع الثالث

موقف القانون الكويتي من المسؤولية الجزائية للشركات

متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية

خصص قانون البيئة الكويتي الباب السابع منه للعقوبات البيئية، أصلية وتبعية⁽⁶⁵⁾. وقد تبني القانون معيار الخطأ المفترض في جرائم البيئة باعتبارها من الجرائم المادية البحتة، إذ يعاقب القانون مرتكب الفعل المخالف من دون حاجة إلى إثبات القصد أو الخطأ، بل حتى في حال انتفاءهما. تتفاوت العقوبات الأصلية التي نص عليها قانون البيئة في الشدة بحسب جسامة المخالفة المرتكبة لتصل إلى عقوبة الإعدام كما في جريمة «استيراد أو جلب أو ردم أو إغراق أو تخزين النفايات النووية أو التخلص منها بأي شكل من الأشكال داخل إقليم دولة الكويت»، بحسب المادة (25).

كما نص القانون في المادة (156) منه على عقوبة الحبس المؤبد في حال ترتبت على المخالفة البيئية «وفاة ثلاثة أشخاص فأكثر»⁽⁶⁶⁾. أما عقوبة الحبس المؤقت فتتراوح بين الحبس الذي لا تقل مدته عن شهرين ولا تزيد على خمس عشرة سنة. أما بالنسبة إلى العقوبات التبعية في قانون البيئة، فتتمثل بإزالة التلوث الناتج عن المخالفة البيئية أو إعادة تصدير المواد الضارة بيئياً على نفقة مرتكب المخالفة أو ما يماثلها إضافة إلى عقوبة المصادرة.

(64) Michael Anderson, op.cit., p. 423.

(65) يُقصد بالعقوبة الأصلية تلك المقررة كجزاء مباشر على الفعل المجرّم. وبحسب المادة (67) من قانون الجزاء الكويتي: «تُعد العقوبة تبعية إذا كان القانون يقضي بها كآثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية». كما تضمن القانون عقوبات تكميلية وهي عقوبة ثانوية تتبع العقوبة الأصلية على أن يكون «توقيعها متوقفاً على نطق القاضي بها، سواء أوجب القانون عليه ذلك أو أجاز له»، بحسب المادة (76) من قانون الجزاء الكويتي.

(66) للمزيد حول النقد الوجيه الموجه إلى هذه العقوبة، انظر: يوسف جحي المطيري، السياسة التشريعية العقابية لقانون حماية البيئة الكويتي رقم 42 لسنة 2014، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س6، ع 2، ع 22، 2018، ص 32.

باستعراض قانون البيئة الكويتي نجده لم يفرّق بين ما إذا كان مرتكب الجرم مواطناً أو أجنبياً، فرداً أو شركة، إذ تنص المادة (2) منه على سريان أحكامه على جميع الجهات العامة والخاصة والأفراد. وبحسب المادة (72) تسري أحكام الفصل المتعلق بالبيئة البحرية على جميع السفن الموجودة في المناطق البحرية التي حدّدها القانون (وهي داخل الإقليم الكويتي) أيّاً كانت جنسيتها.

وبالنظر إلى قانون تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر نجد المادة (34) منه قد ألزمت المستثمر خلال ممارسته أعماله «بعدم مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد، ولا سيما واجب المحافظة على سلامة البيئة والتعليمات المتعلقة بالأمن والصحة العامة». إلا أن هذه القوانين لم تأت على ذكر الشركات متعددة الجنسيات بما يترك مسألة انطباق النصوص المجرمة عليها وآلية تطبيقها محل تفاوض في كل اتفاقية استثمار على حدة.

يبقى السؤال عن مدى قدرة الهيئة على إعفاء مستثمر معين من المتطلبات البيئية من باب تشجيعه على الاستثمار، وهي مُكنة لا يوجد ما ينفيها في قانون إنشاء هيئة الاستثمار المباشر. ومن الملاحظ أن المشرّع الكويتي لم يأخذ بعقوبة إغلاق المنشأة المخالفة لأحكام قانون البيئة أو سحب أو إلغاء ترخيصها، وهو توجه منتقد؛ إذ يعتبر إغلاق المنشأة المخالفة أو سحب أو إلغاء ترخيصها من أهم السبل الرادعة لجرائم البيئة.

المطلب الثاني

المسؤولية الدولية للشركات متعددة الجنسية عن الأضرار البيئية

يبدو أن القوانين المحلية وحدها لم تعد كافية لضمان أن تسلك الشركات مسلكاً بيئياً مسؤولاً ابتداءً، كما أنها قاصرة عن معالجة التلوث العابر للحدود بعد وقوعه. ومن الأمثلة التي سلّطت الضوء على إشكالية الضرر البيئي العابر للحدود قضية Trail Smelter بين الولايات المتحدة وكندا، إذ تضررت مزارع وأخشاب في ولاية واشنطن الغربية بسبب ممارسات بيئية مخالفة في كندا انتقلت عبر الهواء. وكانت الإشكالية في عدم تمكن أي من المتضررين من اللجوء إلى القضاء في أي من البلدين بسبب الطبيعة الدولية للضرر البيئي⁽⁶⁷⁾.

وعلى الرغم من التوسع في الاتفاقيات الدولية التي تنظّم الأداء البيئي للدول والشركات، إلا أن تطبيق القانون الدولي مازال غير متساوٍ بين الدول وضعيفاً إجمالاً،

(67) Michael Anderson, op.cit., p. 399.

لمزيد من الأمثلة انظر في هذا المرجع، ص 405-406.

خاصة أن معظم المعايير البيئية من وضع الشركات متعددة الجنسيات نفسها. لذلك اضطر أطراف قضية Trail Smelter إلى اللجوء إلى هيئة تحكيم دولية لتسوية الأمر.

إننا اليوم أمام ما يزيد على مائة اتفاقية دولية وإعلان بيئي تنظم، إما على نحو ملزم أو توجيهي، قواعد المسؤولية البيئية للشركات متعددة الجنسيات. وتتنوع هذه القواعد بين الاتفاقيات الدولية البيئية، والمبادئ التوجيهية Guidelines، والبنود المتعلقة بالبيئة في معاهدات الاستثمار الثنائية واتفاقيات التجارة الحرة⁽⁶⁸⁾. وإحراز فائدة منها لا بد من تفعيل التعاون الدولي لوضعها موضع التنفيذ.

ولعل التنفيذ الدولي للوائح والمعايير البيئية من قبل البلدان التي تنتمي إليها الشركات متعددة الجنسيات يعوّض شيئاً من قصور تشريعات الدول النامية التي تعمل فيها. كما يمكن للدول المضيفة للاستثمار وضع سياسات تفضيلية للشركات الملتزمة بمعايير بيئية أفضل، أو أن تلزم الشركات في القطاعات شديدة التلوث بتقديم ضمانات، كالوديعة النقدية المقدمة لضمان عدم انتهاك قواعد حماية البيئة. كما يمكن للدول المضيفة أن تفرض على المستثمرين في القطاعات الأكثر عرضةً للتلوث وجوب التأمين ضد أضرار التلوث لضمان تعويض المتضررين.

وفي إطار القانون الدولي، حث إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية للعام 1992، في المبدأ السادس عشر منه، الدول على الأخذ بمبدأ الملوّث الدافع⁽⁶⁹⁾: «ينبغي أن تسعى السلطات الوطنية إلى تشجيع استيعاب التكاليف البيئية داخلياً، واستخدام الأدوات الاقتصادية، آخذة في الحسبان النهج القاضي بأن يكون المسؤول عن التلوث هو الذي يتحمل، من حيث المبدأ، تكلفة التلوث، مع إيلاء المراعاة الواجبة للمصلحة العامة، ومن دون الإخلال بالتجارة والاستثمار الدوليين».

ومما يؤخذ على نص المبدأ المشار إليه، والإعلان عامةً، أنه توجيهي لا يحمل أي إلزام قانوني. كما أن الإشارة الواردة في ختامه في شأن عدم الإخلال بالتجارة والاستثمار الدوليين تتطلب مزيداً من الإيضاح؛ إذ لم يبيّن الإعلان المقصود بالإخلال ولم يبين معياره، بما يفتح باباً للتفسير يصعب معه تحميل أي متسبب في التلوث المسؤولية كاملةً، لما في الاشتراطات البيئية، فضلاً عن المسؤولية، من تكلفة قد تفسّر على أنها من أوجه الإخلال بالتجارة والاستثمار الدوليين. ولعل اقتراح La Summers، كبير الاقتصاديين

(68) Shaoxiong Bai, Bowei Chang, Yanfeng Wang and Yueting Zhao, op.cit., p. 2767.

(69) محمد رفيق بكاي، مرجع سابق، ص 303. وللإطلاع على إعلان ريو (1992)، يمكن زيارة الرابط التالي: <https://www.un.org/ar/conferences/environment/rio1992>

في البنك الدولي في العام 1992، هو أوضح دليل على ميل الكفة لمصلحة الاستثمار من دون البيئة، إذ اقترح على البنك الدولي أن يشجّع مزيداً من الصناعات غير النظيفة بيئياً في البلدان الأقل تطوراً⁽⁷⁰⁾.

يغلب على القواعد الدولية الملزمة، كتلك الواردة في اتفاقيات التجارة والاستثمار، طابع حماية الاستثمارات وتعزيز التكامل الاقتصادي أكثر من تكبيلها بقواعد المصلحة الاجتماعية أو البيئية، ولذا يندر أن تُضمّن قواعد بيئية صارمة. ومن أمثلة القواعد البيئية في اتفاقيات التجارة، اتفاقية أمريكا الشمالية للتعاون البيئي (NAAEC) الملحقه باتفاقية التبادل الحر لشمال أمريكا (NAFTA)، والتي جعلت أمر تنفيذ القوانين البيئية تحت إشراف دولي لضمان فاعليتها في منع المخاطر البيئية العابرة للحدود⁽⁷¹⁾. ومع ذلك تبقى فاعلية هذه الاتفاقيات، من الناحيتين البيئية والاقتصادية، محل خلافٍ وجيه في ظل عدم إعمالها⁽⁷²⁾.

وضمن محاولات ضبط أنشطة الشركات متعددة الجنسيات، أصدرت منظمة العمل الدولية إعلان المبادئ الثلاثي بشأن المنشآت متعددة الجنسيات والسياسة الاجتماعية. وقد جاءت المبادئ مؤكدة ضرورة التزام الشركة متعددة الجنسيات بالمعايير التي تفرضها القوانين الوطنية في البلد المضيف إضافة إلى الالتزام باتفاقيات بيئة العمل ذات البعد البيئي⁽⁷³⁾. لكنها، مرةً أخرى، قواعد غير ملزمة، إذ العبرة بما يرد من التزامات على الشركة في عقد الاستثمار.

المطلب الثالث

مدى جواز الرجوع على الشركة القابضة فيما تسببت به

شركاتها التابعة من أضرار بيئية

ساهم تطور فكرة الشخصية الاعتبارية للشركة في تكوين مجاميع الشركات العملاقة المكوّنة من شركة قابضة (أو أم) وشركاتٍ تابعة لها⁽⁷⁴⁾. فتمكنت الشركات

(70) Shaoxiong Bai, Bowei Chang, Yanfeng Wang & Yueting Zhao, op.cit., p.2765.

(71) <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-01/environmental-cooperation.html>

(72) Tracy D. Hester, Designed for Distrust: Revitalizing NAFTA's Environmental Submissions Process, The Georgetown Environmental Law Review, Vol.28, (2015), p.60.

(73) <https://respect.international/wp-content/uploads/2020/08/MNE-Declaration-Arabic.pdf>

(74) تعتبر الشركات القابضة من الشركات غير الإنتاجية، إذ يقتصر نشاطها على السيطرة على الشركات التابعة لها من دون مباشرة أي نشاط آخر صناعي أو تجاري أو غيره. وقد تعمل الشركة القابضة

«من حق تملك الأسهم والحصص، كالأفراد في الشركات الأخرى وإدارتها تبعاً لذلك... حيث تمتلك الشركة الأم نسبة من رأس مال الشركة أو الشركات الوليدة بما يحقق لها السيطرة على هذه الشركة أو الشركات، على رغم استقلال كل شركة منها قانوناً»⁽⁷⁵⁾. وتباشر الشركات القابضة إدارة الشركات التابعة، بالمعنى الواسع للإدارة، والذي يعني التوجيه ورسم السياسات من دون الإدارة اليومية، من خلال ملكيتها في رأسمال الشركة ودورها، تبعاً لذلك، في مجلس الإدارة⁽⁷⁶⁾. فبحسب المادة (246) من قانون الشركات الكويتي يجوز للشركة القابضة «إدارة الشركات التابعة لها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها وتوفير الدعم اللازم لها». وهو نصٌ نموذجي واردٌ في معظم قوانين الشركات.

وعلى الرغم من استقلال الشركة التابعة عن الشركة القابضة إلا أنه استقلالٌ قانوني يتمظهر بتمتع كل من الشركتين بشخصية اعتبارية مستقلة عن الأخرى. أما من الناحية الواقعية فتمارس الشركة القابضة، بحكم مساهمتها في الشركة التابعة، شكلاً وقدرًا من السيطرة عليها. تتمثل سيطرة الشركة القابضة بصورتين: السيطرة المالية والسيطرة الإدارية. بموجب السيطرة المالية للشركة القابضة، تفقد الشركة التابعة استقلاليتها سياستها المالية المتمثلة بقرارات التمويل، ونسبة السيولة، وتوزيع الأرباح وغيرها. كما تضمن الشركة القابضة الشركة التابعة لدى البنوك وشركات التمويل⁽⁷⁷⁾، بينما تظهر السيطرة الإدارية بقيام الشركة القابضة باتخاذ القرارات الاستراتيجية لتابعها بما يحقق مصلحة الشركتين⁽⁷⁸⁾.

وتُعتبر فكرة السيطرة منطلقاً لعددٍ من المعايير الفقهية والقضائية التي تُستخدم

أو الأم وشركاتهما التابعة في نطاق محلي، وقد يمتد نشاطها خارج إقليمها، فإذا أسست الشركة القابضة شركات تابعة لها، أو سيطرت على شركات قائمة، في الخارج تحمل جنسيات دول أخرى تصبح الشركة القابضة شركة متعددة الجنسيات (أو عابرة للحدود). للمزيد حول الشركة القابضة، انظر: أحمد محمود المساعدة، العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها (دراسة مقارنة)، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ع12، يونيو 2014، ص110.

(75) مروان بدري الإبراهيم، طبيعة العلاقة القانونية بين كل من الشركة القابضة والشركة متعددة الجنسيات من جهة والشركات التابعة لكل منها من جهة أخرى، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، الأردن، مج13، ع9، 2007، ص74.

(76) تُعرّف المادة (243) من قانون الشركات: الشركة القابضة بأنها «شركة الغرض من تأسيسها الاستثمار في أسهم أو حصص أو وحدات استثمار في شركات أو صناديق كويتية أو أجنبية، أو الاشتراك في تأسيس هذه الشركات وإقراضها وكفالتها لدى الغير».

(77) ياسر بن فضل السريحي، التنظيم القانوني للشركة القابضة في النظام السعودي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ع47، مايو 2018، ص236.

(78) أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص113-114؛ مروان الإبراهيم، مرجع سابق، ص97.

لتأسيس مسؤولية الشركة القابضة عن التعديلات البيئية التي تقرّفها الشركة التابعة. من ذلك معيار «هيمنة سيّد المشروع» الذي تبنته محكمة فرنسية معتبرة الشركة القابضة مهيمنة على الشركة التابعة من خلال تعيين مديرها، وهي صلاحية تقرها قوانين الشركات للشركة القابضة⁽⁷⁹⁾. كما تُعتبر الشركة القابضة مديراً للشركة التابعة بما تملكه من سيطرة إدارية عليها.

وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ عندما سمحت بالرجوع على الشركة المسيطرة (القابضة) في ديون الشركة التابعة لها، آخذة على قضاء الاستئناف رفضه إدخال الشركة القابضة في الدعوى «على سند من أن الطاعة [الشركة المدينة التابعة] مستقلة عنها ولها شخصيتها الاعتبارية، حال كون الأولى هي المسيطرة عليها وتباشر عديداً من الصلاحيات وتعيّن مجلس إدارتها، وبالتالي فإنها مسؤولة عما عليها من مديونيات»⁽⁸⁰⁾. وفي حال كانت الشركة التابعة مملوكة بالكامل للشركة القابضة فإن التدخل الاقتصادي بينهما يبدو أوضح بحيث يجوز الرجوع بديون الشركة التابعة على الشركة القابضة.

وفي مقابل السلطة التي تملكها الشركة القابضة فإنها تتحمل تبعاً ما يقع على الشركة التابعة من مسؤولية، عقدية أو تقصيرية، أو إفلاس. وقد نصت المادة (249) من قانون الشركات الكويتي على التالي: «تكون الشركة القابضة مسؤولة – على سبيل التضامن – عن ديون شركاتها التابعة في حال توافر الشروط التالية: 1 – عدم كفاية أموال الشركة التابعة للوفاء بما عليها من التزامات. 2 – أن تتملك الشركة [القابضة] في الشركة التابعة نسبة من رأس مالها تمكنها من التحكم في تعيين غالبية أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين، أو في القرارات التي تصدر عن الإدارة. 3 – أن تتخذ الشركة التابعة قرارات أو تقوم بتصرفات تستهدف مصلحة الشركة المالكة والمسيطرة عليها، وتضر بمصلحة الشركة التابعة أو دائنيها، وتكون هي السبب الرئيسي في عدم قدرة الشركة التابعة على الوفاء بما عليها من التزامات، وذلك كله ما لم تكن الشركة القابضة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة استناداً إلى سبب آخر»⁽⁸¹⁾.

(79) مروان إبراهيم، مرجع سابق، ص 86.

(80) محكمة النقض المصرية، دائرة الخميس تجاري، الطعن الرقم 17215 لسنة 85 قضائية، جلسة الخميس الموافق 24 من يونيو 2021.

(81) وقد أخذ البعض على المشرع الكويتي، كما اللبناني والقطري، عدم الدقة «في التمييز بين إدارة الشركة القابضة للشركات التابعة وبين مساهمة الشركة في إدارة الشركات التي تساهم في رؤوس أموالها»، بينما أشاد بنص القانون العُماني الذي جاء في المادة (127) منه على أن «تكون أغراض الشركة القابضة... إدارة الشركات التابعة لها أو المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها». أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق، ص 114-115.

ولعل المميز في حكم هذه المادة أن الشركات القابضة تتخذ شكل الشركة المساهمة وذات المسؤولية المحدودة والشخص الواحد حصراً، وهي أشكال قانونية تُضفي على الشركة، والشركاء فيها، ميزة المسؤولية المحدودة. إلا أن القوانين جرت على الخروج عن هذه المحدودية بما يجعل الشركة القابضة مسؤولة بالتضامن مع تابعاتها⁽⁸²⁾.

تقوم مسؤولية الشركة القابضة بشكل مباشر إذا صدر عنها خطأ في الإدارة بصفتها مديراً للشركة التابعة. ويُستفاد مركز المدير عادة من النظام الأساسي للشركة التابعة، إذ قد يتضمن نصاً على «أحقية الشركة القابضة بتعيين أو عزل كل أو بعض أعضاء مجلس الإدارة، أو عند تعيين الشركة القابضة شخصاً طبيعياً... كممثل لها في الشركة التابعة يقوم بإدارة الشركة التابعة»⁽⁸³⁾.

إن القول بمسؤولية الشركة القابضة عن تابعاتها معقول ومنصف إذا أخذنا بعين الاعتبار حقيقة أن القرارات التي تتخذها الأولى قد تكون ذات تأثير مباشر في سلوك الأخيرة. وقد اعتبر القضاء الفرنسي الشركة القابضة مسؤولة عن ديون الشركة التابعة على أساس خطأ الأولى في الإدارة، كما لو قامت باستثمار أموال الشركة التابعة لأغراضها الخاصة، أو مارست عليها ضغطاً للدخول في استثمارات معينة⁽⁸⁴⁾. كما أن من صور تعسف الشركة القابضة اتخاذها الشركة التابعة ستاراً تمارس من وراءه أعمالاً تجارية لمصلحتها الخاصة⁽⁸⁵⁾.

وعليه، إذا كان سلوك الشركة التابعة العاملة في الخارج يشكل انتهاكاً للبيئة، فإن الشركة القابضة، وإن كانت تعمل في بلد آخر، مسؤولة عن تعويض الأضرار البيئية.

(82) تتخذ الشركات متعددة الجنسيات عادةً شكل الشركة المساهمة إذ «تتمتع بميزة مهمة بأن رأس مالها يتكون من أسهم تمكن أصحاب رؤوس الأموال من تملك هذه الأسهم عن طريق المشاركة في التأسيس، أو بالشراء. وهذا ما يسهل على الشركة الأم من إنشاء فروع لها في الدول المضيفة، أو المسيطرة على هذه الفروع التي كانت قائمة أصلاً، عن طريق شراء نسبة كبيرة من أسهمها». مروان الإبراهيم، مرجع سابق، ص 89.

(83) ياسر بن فضل السريحي، مرجع سابق، ص 242. كما أن بعض الفقه يعتبر الشركة التابعة وكيلاً للشركة القابضة غير مستقلة عنها تماماً. انظر:

Myfanwy Badge, Transboundary Accountability for Transnational Corporations: Using Private Civil Claims, Working Paper, Chatham House, UK, (2006), pp.13-15.

(84) أمل محمد شبلي، مسؤولية الشركة القابضة عن ديون شركاتها التابعة في حال إفلاسها، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، مج 26، ع 3، 2023، ص 74؛ مفيدة لمزري، علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، مج 3، ع 2، 2019، ص 243.

(85) Michael Anderson, p. 405.

وقد أجاز قانون الالتزام الوطني تجاه البيئة في فرنسا، صراحةً، تحميل الشركة الأم المسؤولية وإلزامها بإزالة التلوث الذي أحدثته الشركة التابعة لها⁽⁸⁶⁾.

كما قد تقوم مسؤولية الشركة القابضة بسبب خلط الذمم المالية والتداخل الاقتصادي بين أصول وديون الشركتين القابضة والتابعة، من دون أن يبدر من الشركة القابضة خطأ يُذكر، وهو أساسٌ يبدو متناقضاً مع فكرة الشخصيات الاعتبارية والذمم المالية المستقلة لكل من الشركتين، إلا أن واقع التداخل والترابط بين الشركتين يبرر الخروج عما استقرت عليه النظرية. ومما يُستدل به على هذا التداخل وجود حساب جارٍ بين الشركتين أو إجراء التدقيق عليهما من خلال بيانات مالية مجمعة تكشف عن تكامل مالي بينهما⁽⁸⁷⁾.

(86) ماثيو زولوميان، تطور المسؤولية المدنية للشركات في القانون الفرنسي، ترجمة: يحيى الحيمر، مجلة القانون والأعمال الدولية، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، المغرب، مج 2023، ع 43، يناير 2023، ص 296.

(87) مفيدة لمزري، مرجع سابق، ص 105؛ أمل محمد شبلي، مرجع سابق، ص 77.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث الجوانب القانونية المتعلقة بمسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية التي تنتج عن أنشطتها أو أنشطة الشركات التابعة لها. فبينما في المبحث الأول مفهوم الشركات متعددة الجنسيات ومدى التزامها بحماية البيئة بالنظر إلى الأنشطة التي تباشرها فتشكل تهديداً للبيئة. وخصصنا المبحث الثاني لمبحث أحكام المسؤولية المدنية والجزائية للشركات متعددة الجنسيات عن الانتهاكات البيئية بحسب القوانين الوطنية للدول التي تحمل جنسياتها أو تلك التي تباشر أنشطتها فيها. كما بحثنا مسؤوليتها على النطاق الدولي. وختاماً تعرضنا لمدى جواز الرجوع على الشركة القابضة، على اعتبار كثير من الشركات متعددة الجنسيات شركات قابضة، عما تسببت فيه شركاتها التابعة من أضرار بيئية.

خلص البحث إلى أن الأنظمة القانونية الحاكمة لمسؤولية الشركات متعددة الجنسيات تختلف من دولة إلى أخرى؛ فتكون أكثر إحكاماً وصرامة في تعاطيها مع الانتهاكات البيئية في الدول النامية، وخجولة وغير مفعلة في الدول الفقيرة خاصة تلك الساعية إلى اجتذاب المستثمرين الأجانب. كما أن مسؤولية الشركات بحسب القوانين الوطنية تثير إشكاليتين، أولاًهما تتمثل بالفراغ التشريعي في تعويض المتضررين بيئياً، وثانيتهما تجنب بعض الأنظمة القانونية منح الاختصاص لقضاها الوطني لنظر المخالفات البيئية المتعلقة بالشركات متعددة الجنسية خشيةً على الاستثمار الأجنبي أو لغيرها من الأسباب.

وقد خلق هذا الأمر ازدواجاً تشريعياً في قواعد المسؤولية البيئية بين الشركات متعددة الجنسيات وغيرها من الشركات. ولئن كانت القوانين الوطنية في كثير من الأحوال لا تُسعف لتعويض الأضرار البيئية، فإن قواعد القانون الدولي لا تختلف عنها كثيراً، إذ يغلب عليها عدم الإلزام والإحالة إلى القوانين الوطنية للدول ذات العلاقة بالمخالفة البيئية. غير أن الأنظمة القانونية، عامة، شهدت تطوراً محموداً في مسألة تحميل الشركات القابضة مسؤولية المخالفات البيئية الصادرة عن شركاتها التابعة متخطيةً بذلك النظريات القانونية التي كانت تشكل حائلاً دون ذلك، وهو توجه آخذ في الانتشار.

ونُقدم في ختام البحث التوصيات التالية:

- 1- نوصي المشرع بضرورة تطوير أنظمة قانونية وطنية تخوّل الدول المضيفة مباشرة رقابة فاعلة على أنشطة الشركات متعددة الجنسيات من ناحية تبعاتها

البيئية ومساءلتها عن الأضرار البيئية التي تنتج بشكل مباشر أو غير مباشر عن أنشطتها.

2- نوصي كذلك في ظل لجوء كثير من الشركات متعددة الجنسيات إلى التسجيل فيما يُعرف بدول الجنان البيئية تخففاً من القيود القانونية وتجنباً للمسؤولية، بضرورة إيجاد آليات دولية لمساءلة الشركات عن الأضرار البيئية التي تسبب فيها خارج مواطن تسجيلها.

3- وأخيراً نوصي بالتنبُّه لطبيعة الحوافز الممنوحة للاستثمارات الأجنبية، بما فيها الممنوحة للشركات متعددة الجنسيات، حتى لا يغلب هدفُ استقطاب الاستثمار على سلامة البيئة والموارد في الدولة المضيفة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب

- أبو زيد رضوان، شركات المساهمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
- جميلة حميدة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- ياسر المنياوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلويث البيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.

2- الأبحاث العلمية

- أحمد محمود المساعدة، العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها (دراسة مقارنة)، جامعة حسينية بن بوعلی، الشلف، الجزائر، ع12، يونيو 2014.
- أميرة لبوازدة والضيف كيفاجي، مساهمة الجوانب الوقائية للمسؤولية المدنية في حماية البيئة عن الأضرار الإيكولوجية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنراست، الجزائر، مج10، ع3، 2021.
- أمل محمد شبلي، مسؤولية الشركة القابضة عن ديون شركاتها التابعة في حال إفلاسها، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، مج26، ع3، 2023.
- حبيب بلقنشي وفاطمة الزهراء حاج شعيب، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، مجلة الفقه القانوني والسياسي، مخبر الدراسات القانونية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، مج1، ع1، يونيو 2019.
- حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات: دراسة في الأوجه القانونية والاقتصادية للتركز الرأسمالي المعاصر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج18، ع1، يناير 1976.

- ياسر بن فضل السريحي، التنظيم القانوني للشركة القابضة في النظام السعودي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ع47، مايو 2018.
- يوسف حجي المطيري، السياسة التشريعية العقابية لقانون حماية البيئة الكويتي رقم 42 لسنة 2014، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، س6، ع2، ع22، 2018.
- ماثيو زولوميان، تطور المسؤولية المدنية للشركات في القانون الفرنسي، ترجمة: يحيى الحيمر، مجلة القانون والأعمال الدولية، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، المغرب، مج2023، ع43، يناير 2023.
- مفيدة لمزري، علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، مج3، ع2، 2019.
- محمد قادري وهشام صالح، المسؤولية الاجتماعية والبيئية للمؤسسات الاقتصادية: حالة الشركات القطرية، مجلة الحوكمة، المسؤولية الاجتماعية والتنمية المستدامة، معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، الجزائر، مج2، ع1، 2020.
- محمد رفيق بكاي، المسؤولية الدولية للشركات المتعددة الجنسيات على الأضرار البيئية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمر التليجي، الأغواط، الجزائر، مج3، ع2، نوفمبر 2019.
- مروان بدري الإبراهيم، طبيعة العلاقة القانونية بين كل من الشركة القابضة والشركة متعددة الجنسيات من جهة والشركات التابعة لكل منها من جهة أخرى، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، الأردن، مج13، ع9، 2007.
- عبدالسلام حسين العنزي، المسؤولية الدولية المدنية والجنائية عن الأضرار البيئية في إطار القانون الدولي الإنساني مع تسليط الضوء على الأضرار البيئية التي تعرضت لها دولة الكويت عام 1990، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج44، ع2، يونيو 2020.
- عبدالرحمن بوفلجة، إثبات رابطة السببية في مجال المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي غليزان، ع5، 2015.

- علي مهدي الياسري، أحكام المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي الناشئ عن الشركات النفطية، علي مهدي الياسري، أحكام المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي الناشئ عن الشركات النفطية، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، الجامعة العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، مج3، ع53.
- خالد صالح الرشيد، المسؤولية الجزائية للشركات في القانون الكويتي - دراسة مقارنة مع التجربة الإنجليزية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج46، ع4، ج1، ديسمبر 2022.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Alexandre Kiss, The Protection of the Rhine Against Pollution, in Transboundary Resources Law, 1ed, Routledge, 1987.
- Ananya Agarwal, Redefining Corporate Criminal Liability with respect to Environmental Crimes, International Journal of Legal Science and Innovation, Vol.3, Iss.1, (2020).
- Daniel Iglesias Marquez, Legal Avenues for Holding Multinational Corporations Liable for Environmental Damages in a Globalized World, ARACE, Vol.2, Iss.3, (2015).
- Edward Broughton, The Bhopal Disaster and its Aftermath: a Review, Environmental Health, Vol.4, No.1, (2005).
- John F. Cooney, Multi-Jurisdictional and Successive Prosecution of Environmental Crimes: The Case for a Consistent Approach, 96 J. Crim. L. & Criminology, Vol.96, Iss.435, (2006).
- Mahsa Hosseini Moghaddam and Ali Zare, Responsibilities of Multinational Corporations on Environmental Issues, Journal of Politics and Law, Canadian Center of Science and Education, Vol.10, No.5, (2017).
- Mark W. Janis, The Doctrine of Forum Non-Conveniens and the Bhopal Case, Netherlands International Law Review, vol.34, Iss.2 (1987).
- Michael Anderson, Transnational Corporations and Environmental

- Damage: Is Tort Law the Answer?, Washburn Law Journal, School of Law, Washburn University, Topeka, Kansas, USA, Vol.41, (2001-2002).
- Myfanwy Badge, Transboundary Accountability for Transnational Corporations: Using Private Civil Claims, Working Paper, Chatham House, UK, (2006).
 - Nadia Perrone, Perspectives of Extraterritorial Jurisdiction for Environmental Damage in the Proposal of the European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, The Italian Review of International and Comparative Law, Vol.3, No.2, (2023).
 - Nick Mabey and Richard McNally, Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Havens to Sustainable Development, A WWF-UK Report, (2003).
 - Philippe Gugler and Jacylyn Y. J. Shi, Corporate Social Responsibility for Developing Country Multinational Corporations: Lost War in Pertaining Global Competitiveness?, Journal of Business Ethics, Springer, Vol.87, (Suppl 1), 2009.
 - Shaoxiong Bai, Bowei Chang, Yanfeng Wang and Yueting Zhao, Environmental Responsibility of Multinational Enterprises, Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Vol.615, (2021).
 - Tracy D. Hester, Designed for Distrust: Revitalizing NAFTA's Environmental Submissions Process, The Georgetown Environmental Law Review, Vol.28, (2015).
 - Vijay Kumar Singh, Criminal Liability of Corporations – An Environmental Perspective, Environmental Crimes: Corporate Liability, in Environmental Crimes: Corporate Liability (2010).

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

- إعلان المبادئ الثلاثي بشأن المنشآت متعددة الجنسية والسياسة الاجتماعية: <https://respect.international/wp-content/uploads/2020/08/MNE-Declaration-Arabic.pdf>.

– اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية (1963):
<https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions/vienna-convention-on-civil-liability-for-nuclear-damage>.

– إعلان ريو (1992):
<https://www.un.org/ar/conferences/environment/rio1992>.

رابعاً: تقارير ووثائق

- Environmental Rule of Law: First Global Report, United Nations Environment Program, 2019: <https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>.
- Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA): <https://www.energy.gov/ehss/comprehensive-environmental-response-compensation-and-liability-act>.
- Liability for Environmental Pollution: Germany, Japan, The Netherlands, and United Kingdom, a report LL File No. 1994-0150, Library of Congress. (1994): <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/llglrd/2021699926/2021699926.pdf>.
- Sarah Anderson and John Cavanagh, Top 200: The Rise of Corporate Global Power: www.ips-dc.org/reports/top200.htm.
- Treaty on the Functioning of the European Union. Arrangements for applying it are set out in Directive 2004/35/EC: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/environmental-liability.html>.
- North American Agreement on Environmental Cooperation (NAAEC): <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-01/environmental-cooperation.html>.
- On Bhopal Disaster: <https://www.epa.gov/enforcement/deepwater-horizon-bp-gulf-america-oil-spill>.
- UN's Sustainable Development Goals: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/ar/>.

- Kuwait's Direct Investment Promotion Authority: <https://kdipa.gov.kw/>.
- Environment Compliance Reports from Shell India Pvt. Ltd.: <https://www.shell.in/about-us/sustainability/environment-compliance-reports-from-shell-energy-india-pvt-ltd.html>.
- BP Gulf of America Oil Spill: <https://www.epa.gov/enforcement/deepwater-horizon-bp-gulf-america-oil-spill>.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	175
المقدمة	176
المبحث الأول: الشركات متعددة الجنسيات ومدى التزامها بحماية البيئة	179
المطلب الأول: تعريف الشركات متعددة الجنسيات وبيان طبيعة نشاطها ودورها في التنمية في دول العالم الثالث	179
الفرع الأول: تعريف الشركات متعددة الجنسيات	179
الفرع الثاني: طبيعة نشاط الشركات متعددة الجنسيات ودورها في التنمية في دول العالم الثالث	182
المطلب الثاني: مدى التزام الشركات متعددة الجنسيات بحماية البيئة	184
الفرع الأول: مدى التزام الشركات متعددة الجنسيات بحماية البيئة على مستوى التشريع الوطني	185
الفرع الثاني: مدى التزام هذه الشركات وفقاً لاتفاقيات حماية الاستثمار ودور الهيئات على المستوى الدولي	189
المبحث الثاني: أحكام مسؤولية الشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية	191
المطلب الأول: المسؤولية المدنية والجزائية للشركات متعددة الجنسية عن الأضرار البيئية بحسب القوانين الوطنية.	192
الفرع الأول: المسؤولية المدنية للشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية	193

الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية للشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية	199
الفرع الثالث: موقف القانون الكويتي من المسؤولية الجزائية للشركات متعددة الجنسيات عن الأضرار البيئية	204
المطلب الثاني: المسؤولية الدولية للشركات متعددة الجنسية عن الأضرار البيئية.	205
المطلب الثالث: مدى جواز الرجوع على الشركة القابضة فيما تسببت به شركاتها التابعة من أضرار بيئية.	207
الخاتمة	212
قائمة المراجع	214

الحرية النقابية للموظف العام في القانونين الكويتي والفرنسي^(*)



د. منيرة صالح النمش
أستاذ القانون الإداري المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

المُلخَص

تُعَدُّ الحُرِّيَّةُ النِّقَابِيَّةُ في دولة الكويت إحدى الحريات السياسية التي كَرَّسَهَا الدستورُ الكويتي منذُ صدوره، وذلك في نص المادة (43)، وقد نُظِّمَتْ ممارسةُ هذه الحرية في إطار قانون العمل الأهلي رقم 38 لسنة 1964، ثم في قانون العمل في القطاع الأهلي رقم 6 لسنة 2010، الذي وسَّع سريانها لتشمل العامل في القطاع الحكومي، مع اشتراط عدم تعارض ممارسته الحرية النقابية مع القوانين المنظمة للعمل في القطاع الحكومي، وحيثُ إنَّه لا يوجد قانونٌ خاصٌ يُنظِّم الحرية النقابية للموظف العام؛ فقد كان السؤالُ الرئيس هو: ما النصوصُ التي قد تتعارضُ مع ممارسة الحرية النقابية للموظف العام؟ أو بعبارة أدق: «ما ضماناتٌ وضوابطُ ممارسة الموظف العام للحرية النقابية في النظام القانوني الكويتي؟».

يهدفُ هذا البحثُ إلى الإجابة عن السؤال المذكور أعلاه، عن طريق التعريف - ابتداءً - بالتنظيم القانوني للحرية النقابية في دولة الكويت، من خلال بيان ماهيتها، والأساس القانوني لها، ومكوناتها، كما يسعى البحثُ إلى تحديد ضوابط ممارسة الحرية النقابية للموظف العام، من خلال تحديد القيود القانونية، في ضوء قانون ومرسوم الخدمة المدنية، والقواعد الحاكمة للعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية، ومقارنتها بالنظام القانوني الفرنسي، وذلك في محاولة للوصول إلى ممارسة الموظف العام للحرية النقابية ممارسةً مشروعةً تتحقَّقُ بها الموازنة ما بين المصلحة الجماعية بالسماح بالتنظيم النقابي للموظف العام، والمصلحة العامة في المحافظة على حُسن سير المرفق العام الذي يمثله الموظف العام ذاته، والاستفادة من التجربة المقارنة.

وتاريخ قبوله: 1 سبتمبر 2025

(*) تاريخ تقديم البحث: 28 مايو 2025

واعتمدَ في البحث على المنهج الوصفي التحليلي، بالإضافة إلى المنهج المقارن، في معالجة إشكالية هذا البحث، وقد توصلت الدراسة إلى نتائج تدورُ حول القيود العامة لممارسة الحرية النقابية والقيود الخاصة لممارستها بالنسبة إلى الموظف العام. وختم البحث بتوصيات بشأن تعزيز الحرية النقابية للموظف العام في القانون الكويتي، من خلال نصوصٍ صريحة تُنظم هذا الحق، في ضوء المقارنة مع النظام الفرنسي في هذا الباب.

كلمات دالة: الحرية النقابية – الحق في التمثيل النقابي – الموظف العام – الواجبات الوظيفية – التفرغ النقابي.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

يُعَدُّ الموظف العام هو العنصرَ البشريَّ في المرافق العامة، فهو عصب المرفق وأساسه الضامن لحسن سيره بانتظام واطراد وحياد، من خلال ممارسته وظيفته التي تفرض عليه - بالضرورة بعض الواجبات الوظيفية حفاظاً على المصلحة العامة للمرفق؛ فقد نص الدستور في المادة (26) منه على أنَّ «الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة»، وبناءً عليه فالموظف العام في مركز قانوني مزدوج، فهو يتمتع بصفة وظيفية إلى جانب صفته الشخصية التي تمكنه من ممارسة الحرية النقابية كأبي مواطن.

وقد ظهرت الحرية النقابية في دولة الكويت ابتداء في رحاب القطاع الخاص، من خلال مطالبات عديدة ارتبطت بظهور الطبقة العاملة من الكويتيين الذين هجروا مهنتهم التقليدية، والتحقوا للعمل في شركات النفط الغربية، وقد عانت هذه المجاميع العمالية من البؤس والاستغلال وعدم المساواة في الأجور، مع حرمانهم من الحق في تأسيس النقابات، وعدم وجود أي قانون يُنظم علاقات العمل آنذاك، الأمر الذي أدى إلى ظهور بوادر لبعض المطالبات العفوية لدى تلك الطبقة، من أجل تحسين شروط العمل وظروفه، وكان لها الدور الأساسي في إقرار حق العمال في التنظيم من خلال اللقاءات التي عُقدت مع أعضاء المجلس التأسيسي الذي أثمر إقرار الحق في التنظيم النقابي للعمال في المادة (43) من الدستور الكويتي؛ حيث نصت على أنَّ: «حرية تكوين الجمعيات والنقابات على أسس وطنية، وبوسائل سلمية مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي هيئة أو نقابة»، وفي 20 نوفمبر 1964 صدر القانون الأول للعمل في القطاع الأهلي الذي نظم آليات الاستفادة من الحق في التنظيم النقابي للعمال في القطاع الأهلي⁽¹⁾.

وعقب تكريس الدستور هذا الحق، ظهرت أول نقابة عمالية في دولة الكويت، في تاريخ 1964/11/15، من قبل مُستخدَمي وعمال بلدية الكويت، وسار على نهجهم عمال الوزارات الأخرى ومستخدَموها تبعاً⁽²⁾.

(1) فلاح عبدالله المديرس، الدور السياسي للحركة العمالية في الكويت (1964 - 1992)، شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين، الشارقة، مج 11، ع 27، 1994، ص 44 - 74.

(2) شملان يوسف العيسى، الحركة النقابية في الكويت .. المشاكل والتوقعات (1964 - 1989)، شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين، الشارقة، مج 9، ع 95، 1995، ص 33 - 119.

وحرى بالذكر أن مصطلح الموظف العام يُطلق على كل شخص يتولى العمل في خدمة مرفق عام يدار بطريق مباشر، ويكون قد شغل مركزه بطريق سليم وبصفة دائمة⁽³⁾، وهو بلا شك يختلف عن مصطلح العامل الذي لا يتولى العمل في خدمة مرفق عام، ويخضع لأحكام القانون الخاص، وتشريعياً يطلق مصطلح الموظف على كل من يشغل وظيفة مدنية من وظائف الجهات الحكومية، أيًا كانت طبيعة عمله ومسمى وظيفته⁽⁴⁾، بينما العامل هو كل ذكر أو أنثى يؤدي عملاً يدوياً أو ذهنياً لمصلحة صاحب العمل، وتحت إدارته وإشرافه، مقابل أجر وفقاً للمادة (1) من القانون رقم 6 لسنة 2010، في شأن العمل في القطاع الأهلي⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من هذا الاختلاف فلم تكن هناك حدود واضحة بين الحرية النقابية للعامل، والحرية النقابية للموظف في القطاع الحكومي، حتى بعد صدور المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1979 بشأن الخدمة المدنية، ونظام الخدمة المدنية اللذين قررا واجبات وحقوقاً للموظف العام، من دون أي إشارة إلى الحق في الحرية النقابية.

لكن بعد تزايد الإضرابات في مطلع العام 2011 في القطاع الحكومي، وبعد إحالة بعض المنتسبين إلى النقابات على المساءلة التأديبية أخيراً، تمسك البعض بعدم جواز اتخاذ أي إجراءات تأديبية في حق ممثلي النقابات في الجهات الحكومية، بسبب ممارسة نشاطهم النقابي احتراماً للحرية النقابية⁽⁶⁾، بينما تمسكت الجهات الحكومية بجواز اتخاذ إجراءات تأديبية بحق الموظفين النقابيين في حال مخالفة واجباتهم الوظيفية، باعتبارهم موظفين عموميين، وعلى سندٍ من أن الصفة النقابية لا تحجب الصفة الوظيفية⁽⁷⁾.

وأمام هذا التناحر ما بين الحرية النقابية ومتطلباتها، والوظيفة العامة ومقتضياتها، في ظل غياب النص التشريعي المنظم، ونُدرة الأحكام تبرز أهمية هذا البحث.

ثانياً: أهمية البحث

في ظل التحديات المرتبطة بتكريس الحرية النقابية للموظف العام، باعتباره ممثلاً

(3) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، ذات السلاسل، دولة الكويت، 1980، ص166.

(4) المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1979 بشأن الخدمة المدنية.

(5) القانون رقم 6 لسنة 2010 في شأن العمل في القطاع الأهلي.

(6) للمزيد انظر: بيان نقابة: الآن، النقابات تتضامن مع نقابة العاملين في وكالة الأنباء الكويتية (كونا)، جريدة الآن الإلكترونية، تاريخ الاطلاع 2025/4/30.

(7) للمزيد انظر: «كونا»، إجراءات قانونية ضد من يسيء لموظفي الوكالة، جريدة الجريدة الكويتية، جريدة الجريدة، تاريخ الاطلاع 2025/4/30.

السلطة العامة، يفترض منه الحياد التام في أثناء مباشرته الوظيفة العمومية⁽⁸⁾، بالإضافة إلى دور النقابات أحياناً في تأجيج التوتر في المجتمع، وما ينتج عنه من تعطيل سير المرافق العامة، من أجل تحقيق مصالح نقابية، بالإضافة إلى غياب النص المنظم للحرية النقابية للموظف العام، أدى كل ذلك إلى اختلاف الآراء والاتجاهات في الجهات والوزارات بشأن التعامل مع المنتمين إلى النقابات والعاملين، ولذلك يكتسب هذا البحث أهمية معتبرة في تأطير ممارسة الحرية النقابية للموظف العام في دولة الكويت، من خلال تأصيلها ابتداءً، ومن ثم مقارنتها بالحرية النقابية للموظف العام في فرنسا إذا اقتضى الأمر؛ حيث إن تنظيم الحرية النقابية للموظف العام في النظام القانوني الفرنسي أسبق من تنظيمها في النظام القانوني الكويتي؛ ما يجعل المقارنة ذات جدوى وأهمية، خاصة مع ندرة الدراسات القانونية في هذا الإطار؛ فقد تناولت الدراسات السابقة الحركة النقابية في دولة الكويت من جانب تاريخي اجتماعي⁽⁹⁾.

أما الدراسة الوحيدة التي تناولت الحق النقابي للموظف العام في دولة الكويت فقد كانت من خلال دراسة مقارنة للحق النقابي في دول الخليج العربي؛ لبيان موقف التشريعات من الحرية النقابية⁽¹⁰⁾، من دون أن تتطرق إلى دراسة ضمانات وضوابط الحرية النقابية في دولة الكويت وتأصيلها مقارنة بأي نظم قانونية أخرى.

ثالثاً: الإضافة الأصيلة في البحث

تتجلى الإضافة الأصيلة في هذا البحث في الوصول إلى تحديد واضح للإطار القانوني للحرية النقابية للموظف العام، في ضوء القوانين والنظم المنظمة للوظيفة العامة في دولة الكويت، مع الاستفادة من مقارنتها بالنظام القانوني الفرنسي.

رابعاً: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحديد قواعد ممارسة الحرية النقابية للموظف العام في دولة الكويت، من خلال تحديد ضماناتها وعناصرها ابتداءً، ومن ثم تحديد ضوابط ممارسة هذه الحرية وشروطها، وصولاً إلى تأصيل هذه الحرية في إطارها الصحيح، وتحليل نواقصها وصولاً إلى اقتراح تنظيمها وتكريس ضماناتها.

(8) Yves Gaudement, Droit administratif, LGDG, Lextenso éditions, Paris, 2024, p.528.

(9) فلاح عبدالله المدير، الدور السياسي للحركة العمالية في الكويت (1964 - 1992)، مرجع سابق.

(10) صقر عيد فارس فالح، الحرية النقابية للموظف العام في دول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج42، ع3، سنة 2018 ص157 - 189.

خامساً: الإشكالية الرئيسية

- ما حدود ممارسة الموظف العام الحرية النقابية في النظام القانوني الكويتي؟
- وتتفرّع من ذلك عدة أسئلة تمثل أسئلة الدراسة الأساسية:
- ما المقصود بالحرية النقابية للموظف العام؟
- ما القيمة القانونية لهذه الحرية وفقاً للنظام القانوني الكويتي والفرنسي؟
- ما مكونات الحرية النقابية للموظف العام؟
- ما ضوابط ممارسة هذه الحرية وفقاً للنظام القانوني الكويتي والفرنسي؟

سادساً: خطة البحث

للإجابة عن هذه الأسئلة، يتبع الباحث المنهج التحليلي المقارن، فلا بدّ بدايةً من مطلب أول وصفي للتنظيم القانوني للحرية النقابية للموظف العام في دولة الكويت، ثم مطلب ثانٍ تحليلي لحدود وضوابط ممارسة الحق النقابي للموظف العام، في ضوء القانون واللوائح المنظمة للخدمة المدنية في دولة الكويت، بالمقارنة مع بعض الأحكام في النظام القانوني الفرنسي.

وعليه يتكوّن هذا البحث - عدا المقدمة - من مطلبين اثنين، على النحو التالي:

المطلب الأول: التنظيم القانوني للحرية النقابية للموظف العام

المطلب الثاني: حدود ممارسة الحرية النقابية للموظف العام

المطلب الأول

التنظيم القانوني للحرية النقابية للموظف العام

إنَّ معرفة الحدود القانونية لممارسة الحق النقابي للموظف العام في دولة الكويت، تتطلب – بدايةً – التعريف بماهية هذه الحرية وقيمتها القانونية (فرع أول)، قبل المضي في بيان مكونات الحرية النقابية (فرع ثان).

الفرع الأول

ماهية الحرية النقابية وقيمتها القانونية

تتطلب معرفة ماهية الحرية النقابية التعريف بها ابتداءً بوجه عام، ثم التعريف بمصادر الحرية النقابية للموظف العام تحديداً في النظام القانوني الكويتي، مع مقارنتها بمصادر الحرية النقابية للموظف العام في النظام الفرنسي.

أولاً: التعريف بالحرية النقابية وموقف الفقه منها

تعد الحرية النقابية من الحقوق التي يمارسها الأفراد، من خلال تمكين جماعات منظمة – النقابة – من الدفاع عن الحقوق والمصالح التي تمسُّ شريحةً معينة تخص النقابة المعنية⁽¹¹⁾. وترتكز هذه الحرية أساساً على الحق في تنظيم يجمع مجموعة من العمال تتشابه أعمالهم، أو تتربط مهنتهم ووظائفهم، بقصد أن يدافع هذا التنظيم عن حقوقهم، ويرعى مصالحهم، ويمثلهم في أمورهم المهنية. فأمام ضعف إمكانات العمال في مواجهة أرباب العمل، باعتبارهم أصحاب النفوذ والقوى، نشأت النقابات العمالية بهدف التكتُّل أمام أرباب العمل، في تنظيم يدافع عن مصالحهم ويمثلهم أمام أرباب العمل.

وللتنظيم النقابي أهميته، فهو يضمن حماية حقوق العمال والموظفين من تسلُّط أصحاب الأعمال والإدارة، والدفاع عنها لدى سائر السلطات، إضافة إلى أنَّ التنظيم يعدُّ ضماناً للتمثيل لدى السلطات العامة، بما في ذلك السلطة التشريعية، من خلال السعي الدائم والمنظم لهذه التنظيمات إلى تمثيل شؤون الوظيفة العامة، والمطالبة بتحسين أوضاع الموظفين والعمال للحصول على مزايا أكبر؛ فوجود تنظيم يقوم بالدفاع عن

(11) علي محمد رضا يونس، التنظيم القانوني للحق النقابي، مجلة دراسات إقليمية، مركز الدراسات الإقليمية، جامعة الموصل، العراق، ع43، يناير 2020، ص168.

المصالح والحقوق يؤدي إلى توفير الوقت والجهد للموظفين والعمال والإدارة على حد سواء، وذلك لأن التنظيم المتمثل في النقابة يُفترض أن يقوم بالتنسيق بين مطالبات العمال والموظفين والتفاوض بشأنها، وأخيراً يساعد وجود تنظيم على التقليل من اللجوء إلى القضاء لفض المنازعات⁽¹²⁾.

يتمثل التنظيم العمالي بما يُعرف بالنقابة، وقد عرّف جانبٌ من الفقه النقابة بأنها جمعية هدفها الدفاع عن مصالح أعضائها وتمثيل مهنتهم، وعرّف البعض النقابات بأنها المنظمات التي تتكوّن بطريقة حرة من جماعة من العمال تمارس نشاطاً بهدف الدفاع عن مصالح أعضائها، وتمثيلهم، وتطوير أحوالهم، والتعبير عن مصالحهم على الصعيد المهني والوطني⁽¹³⁾.

وتُعرّف النقابة تشريعياً في إطار قانون العمل في دولة الكويت باعتبارها «المنظمة التي تضم مجموعة من العمال في مجال مهنة معيّنة أو أكثر من مهنة، يتفقون فيما بينهم على حماية مصالحهم وتحسين أحوالهم، وتمثيل مهنتهم أو مهنتهم والدفاع عنها»، وهي تختلف عن النقابات المهنية؛ فالنقابات المهنية هي مرافق عامة مهنية تتولى تنظيم ومراقبة ممارسة مهنة من المهن الحرة، تتخذ شكل تنظيم اجباري يتكون من أبناء المهنة أنفسهم، وتدار من قبل مجلس منتخب، وتتمتع بالشخصية المعنوية وبعض امتيازات السلطة العامة، وتخضع لمزيد من قواعد القانون العام والخاص⁽¹⁴⁾.

ويمكن تعريف الحرية النقابية للموظف العام بأنها: حق موظفي الجهات العامة في المهن ذات الطبيعة المتشابهة في تشكيل نقابات، وفي الانضمام إليها بصورة دائمة أو مؤقتة، بهدف الدفاع عن مصالحهم المهنية والوظيفية، وممارسة الأنشطة النقابية وما يتفرّع منها من أنشطة، تحقيقاً لمصالح المهنة ومصلحتهم الوظيفية⁽¹⁵⁾.

وقد تباين الفقه في الاعتراف بالحرية النقابية للموظف العام، كما تباينت التشريعات في ذلك؛ فيرى الجانب المعارض عدم الاعتراف للموظف بممارسة الحق النقابي، على سند من القول بأن لا حاجة للموظف في الدفاع عن مصالحه على اعتبار أن الدولة بنفسها تتكفل برعايته في أثناء الخدمة وبعدها.

(12) المرجع السابق، ص 173.

(13) محمد أحمد إسماعيل، مبدأ الحرية النقابية للمنظمات العمالية: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982، ص 15.

(14) أسماء زايدي، منازعات المرافق العامة المهنية - منظمة المحامين أنموذجاً، مجلة التكامل، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 4، (2018)، صفحات: 2 - 6 - 237.

(15) صقر عيد فارس فالح، الحرية النقابية للموظف العام في دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 161.

ومن جهة ثانية فإنَّ نظرية المرفق العام تقوم على مبدأ سير هذا المرفق بانتظام وأطراد، والسماح بممارسة الحرية النقابية للموظف العام قد يُخل بانتظام سير المرفق، إذا ما سُمح بالإضراب، على سبيل المثال.

وثالثاً فإنَّ الوظيفة العامة تقوم على أساس فكرة التدرُّج الهرمي، وقيام السلطة الرئاسية التي تقتضي تبعية الموظف الأدنى للموظف الأعلى، أمراً وإشرافاً وتوجيهاً، ومن ثمَّ فإنَّ السماح بتكوين النقابات قد يؤثر على مبدأ الخضوع للسلطة الرئاسية؛ لأنَّ الموظف النقابي - في أثناء ممارسته النشاط النقابي للدفاع عن حقوق الموظفين ومصالحهم - قد يتطلب منه ذلك الوقوف في وجه الأوامر والتعليمات من الرؤساء.

وأخيراً فإنَّ السماح بإنشاء النقابات الوظيفية - على غرار النقابات العمالية - هو قياس مع الفارق؛ لأنَّ النقابات العمالية نشأت وترعرعت في ظل العلاقة التعاقدية القائمة على رضا الطرفين للدفاع عن مصالح العمال في مواجهة أرباب العمل. أما الموظف فهو يخضع لمركز قانوني تنظيمي لائحي تحكمه القوانين، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

وفي المقابل ظهر رأيٌ فقهيٌّ آخر مؤيدٌ ومساندٌ لإنشاء النقابات للموظفين، باعتبار أنَّ النقابة هي الوسيلة الأساسية والشرعية للتعبير عن آراء المنتمين إليها، والتنظيم النقابي له أهميته في المجالات الوظيفية والمهنية. وعلى اعتبار أنَّ اهتمام الدولة بموظفيها، وتكفلها بهم، لا يعدُّ أمراً مطلقاً في كل الوظائف وفي كل الظروف، بل إنَّ هناك مشروعات خاصة تُقدِّم لموظفيها من المزايا ما يفوق القطاع الحكومي، أضف إلى ذلك أنَّ الوضع التنظيمي اللائحي لا يُعدُّ حائلاً دون تكوين نقابة من الناحية القانونية، مادامت مبرراتها بضرورة الدفاع عن مصالح وعن مزايا العاملين في القطاع الحكومي قد توافرت⁽¹⁶⁾.

وما بين هذين الاتجاهين السابقين ظهر رأيٌ قائمٌ على أساس التفريق بين موظفي السلطة العامة، ممن لهم حق الرقابة والإشراف، وبالتالي يمتنع عليهم - بهذه الصفة الرئاسية - التمتع بالحرية النقابية، والموظفين العاديين الخاضعين للرقابة والتوجيه للحق في ممارسة الحرية النقابية، وقد انتقد هذا الرأي - فقهيّاً - لصعوبة التفرقة ما بين موظفي السلطة العامة والموظف العادي، وعدم وجود معيار وحدود فاصلة⁽¹⁷⁾.

وانعكس هذا التباينُ الفقهيُّ على التشريعات ومدى قبولها لممارسة الحق النقابي للموظف العام؛ كما في فرنسا. وعلى الرغم من الاعتراف مبكراً بحرية النقابات

(16) محمد أنس قاسم جعفر، الموظف العام وممارسة العمل النقابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، ع59، س1، 1986، ص69.

(17) محمد رضا يونس، مرجع سابق، ص59.

العمالية، إذ جرى الاعتراف بها في العام 1884، بموجب قانون فالديك / روسو الصادر في 21 مارس 1884، وهو أحد القوانين الاجتماعية الرئيسية الثلاثة في القرن التاسع عشر، إلى جانب القوانين المتعلقة بالإضرابات (قانون أوليفيه الصادر في 25 مايو 1864)، وقانون الحوادث الصناعية (قانون 9 أبريل 1898)⁽¹⁸⁾، إلا أنه تمّ استبعاد الاعتراف بهذه الحرية لموظفي القطاع العام، على اعتبار أن ممارسة هذه الحرية مرتبطة بحق الإضراب الذي قد يؤثر على النظام القانوني للمرافق العامة القائم على مبدأ الاستمرارية، وهو أيضاً غير متوافق مع مفهوم الخدمة العامة ومبادئها القائمة أيضاً على المفهوم الهرمي للخدمة العامة⁽¹⁹⁾.

وفي العام 1946⁽²⁰⁾، مُنحَ هذا الحق للموظفين العموميين، وأنشئت أولى الهيئات الاستشارية المشتركة. ووفقاً للنظام العام⁽²¹⁾، يمكن للموظفين العموميين «إنشاء منظمات نقابية بحرية، والانضمام إليها وممارسة صلاحياتها فيها». ويمكن للمنظمات النقابية «اتخاذ الإجراءات القانونية والاستئناف أمام المحاكم المختصة ضد القوانين التنظيمية المتعلقة بوضع الموظفين، وضد القرارات الفردية التي تضر بالمصالح الجماعية للموظفين المدنيين».

أما بالنسبة إلى دولة الكويت فقد سُمِحَ بالحرية النقابية، بوجه عام دستورياً، وفق نصّ المادة (43) من الدستور، ومن ثم من خلال النص عليها في قانون العمل رقم 38 لسنة 1964 أيضاً، والقانون رقم 6 لسنة 2010 كذلك. أما بالنسبة إلى الحرية النقابية للموظف العام تحديداً فيمكن تأصيل الحرية النقابية للموظف العام في دولة الكويت على ما يلي:

(18) Le droit syndical dans la Fonction publique - CFDT, 2022.

(19) Cf CE 13 janvier 1922, Boisson: interdiction du syndicalisme dans la fonction publique; Trib. Paris 27 octobre 1910 : dissolution d'un syndicat).

(20) [6] Extraits du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946: « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix».

(21) Le statut général de la fonction publique est constitué de quatre titres: «Dispositions générales» Titre I: Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (loi Le Pors); « Fonction publique de l'Etat » Titre II : Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat; «Fonction publique territoriale» Titre III: Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale; «Fonction publique hospitalière» Titre IV: Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière».

ثانياً: الحرية النقابية للموظف العام

إن معرفة حق الموظف العام في ممارسة الحرية النقابية من عدمها وحدودها تتطلب، ابتداءً، معرفة المصادر القانونية للحرية النقابية في النظام القانوني الكويتي، وهي كالتالي:

1- الاتفاقيات الصادرة من منظمة العمل الدولية

من بين الاتفاقيات التي صادقت عليها دولة الكويت الاتفاقية رقم 87 لسنة 1949، بشأن الحرية النقابية، وحماية حق التنظيم النقابي التي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 1948/8/9، والنافذة منذ 1950/4/7.

وقد جاء في هذه الاتفاقية تحديداً: «تتعهد كل دولة عضو في منظمة العمل الدولية تسري فيها هذه الاتفاقيات باتخاذ التدابير اللازمة والمناسبة لضمان ممارسة العمال وأصحاب الأعمال حقهم في التنظيم بحرية».

بالإضافة إلى اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 98 لسنة 1949، بشأن حق التنظيم والمفاوضة الجماعية التي تضمنت في المادة (1) منها كفالة حماية العمال من أي تمييز يستهدف حرياتهم النقابية، بالإضافة إلى كفالة حق العمال في التفاوض الطوعي بين العمال وأرباب الأعمال، بيد أن هذه الاتفاقية أشارت - بوضوح - في المادة (6) منها، إلى أن هذه الاتفاقية لا تتناول شؤون الموظفين العموميين العاملين في إدارات الدولة، ولا يجوز تأويلها على نحو يجعلها تُجحف بأي حق من حقوقهم.

وعن مدى انطباق هذه الأحكام على الموظف العام، نرى أنه على الرغم من الاستناد الدائم إلى هذه الاتفاقيات، باعتبارها ملزمة لدولة الكويت بشأن ممارسة الحرية النقابية للموظف في القطاع العام، كما في بيان النقابات الذي سبقت الإشارة إليه، إلا أن المستقر عليه - وما نؤيده - هو أن أحكام هذه الاتفاقيات أساساً تضع أطر العمل وقواعده في القطاع الخاص تحديداً، من دون أن تمتد إلى الموظف في الإدارات الحكومية⁽²²⁾.

ومما يدل على ذلك هو إصدار منظمة العمل الدولية اتفاقية خاصة بشروط الاستخدام في الخدمة العامة، وهي الاتفاقية رقم 151⁽²³⁾؛ حيث تنص في المادة (11) منها على التالي:

(22) بلال عقل الصنديد، الإضراب في المرافق العامة ما بين الحرية الدستورية والتنظيم القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 1، ع 3، سنة 2013، ص 177 - 277.

(23) نصوص ومواد الاتفاقية رقم (151) الخاصة بحماية حق التنظيم النقابي، منشورة على موقع الأمم المتحدة على الرابط التالي: اتفاقية الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي | OHCHR، تاريخ آخر زيارة 2025/4/18.

«تنطبق هذه الاتفاقية على جميع الأشخاص الذين تستخدمهم سلطات عامة، إلى المدى الذي لا تنطبق عليهم أحكام أكثر مواتاة في غيرها من اتفاقيات العمل الدولية».

وعلى الرغم من عدم انضمام دولة الكويت إلى هذه الاتفاقية، إلا أنه يمكن اعتبارها دليلاً على عدم انطباق أحكام اتفاقية منظمة العمل الدولية رقمي (87) و(89) على الموظفين العموميين تحديداً، بالإضافة إلى أن أحكام هذه الاتفاقيات غالباً ما تؤكد ضرورة التزام العمال وأصحاب العمل، ومنظمات كل منهما، بأحكام القوانين الوطنية للدولة، كما تحرص مجموعة من هذه الاتفاقيات على استثناء موظفي الخدمة العامة في إدارات الدولة من الخضوع لأحكامها، وفقاً لما ورد في نص المادة (6) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 89، بشأن حق التنظيم والمفاوضة الجماعية⁽²⁴⁾.

2- الاتفاقية الصادرة عن منظمة العمل العربية رقم 8 للعام 1977 بشأن الحقوق والحريات النقابية

كفلت هذه الاتفاقية⁽²⁵⁾ الحرية النقابية، فتتص في المادة الأولى، على أن لكل من العمال وأصحاب الأعمال، أيًا كان القطاع الذي يعملون فيه، الحق في إنشاء منظمات ترعى مصالحهم، وتدافع عن حقوقهم، وتعمل على تحسين حالتهم الاجتماعية، وتمثلهم أمام الجهات المختلفة. وقد منحت الاتفاقية، في المادة الثالثة والعشرين منها، الدول حق اختيار التصديق على البنود، مع اشتراط أن يكون التصديق على نصف الأحكام كحد أدنى، وعلى أن يكون من ضمن الأحكام المصدّق عليها الأحكام الخاصة الأساسية المتضمنة المبادئ الرئيسة للحرية النقابية، والمتمثلة في حرية إنشاء النقابات، من دون إذن مسبق لكل من العمال وأصحاب الأعمال، أيًا كان القطاع الذي يعملون فيه وفق المادة (1)، وحرية النقابات في وضع نظامها الأساسي، وعدم جواز إلزامها بأي لوائح أو أنظمة خاصة وفق المادة (6)، وعدم جواز حل النقابات إلا بحكم قضائي لمخالفة القانون أو النظم الأساسية في المادة (21)، وذلك بالإضافة إلى المواد الإجرائية وهي المواد من (21) إلى (28) من الاتفاقية.

ونرى أن الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل العربية - مثل نظيرتها الصادرة عن منظمة العمل الدولية - تخص العمال في القطاع الأهلي تحديداً، وتترك حرية انطباقها على الموظفين العموميين من عدمه لما تقرره القوانين الداخلية لكل دولة، وعليه فخلاصة

(24) بلال عقل الصنديد، مرجع سابق.

(25) الاتفاقية العربية رقم 8 للعام 1977، بشأن الحريات والحقوق النقابية، منشورة على موقع منظمة العمل العربية، على الرابط التالي: الاتفاقية العربية رقم 8 لعام 1977 بشأن الحريات والحقوق النقابية، منظمة العمل العربية، آخر زيارة بتاريخ 2025/4/18.

ما سبق هي أنَّ الاتفاقيات الدولية المصدَّق عليها من قبل دولة الكويت تمثل المظلة العامة للحرية النقابية بشكل عام في دولة الكويت، إلا أنَّها تركت حيزاً من الحرية للتشريعات الداخلية في إقرار الحرية النقابية للموظفين العموميين وتنظيمها بما يناسب التشريعات الداخلية لكل واحدة من الدول الأعضاء ومنها دولة الكويت.

3 - الدستور الكويتي لسنة 1962

أقرَّ الدستور الكويتي، في المادة (43) مبدأ الحرية النقابية، بالنص على أنَّ: «حرية تكوين الجمعيات والنقابات - على أسس وطنية، وبوسائل سلمية - مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبيّنها القانون، ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة».

وكما قررت المحكمة الدستورية في الجلسة المنعقدة علناً في المحكمة بتاريخ 13 نوفمبر 2024، في الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم 122 لسنة 2023، في شأن غرفة تجارة وصناعة الكويت، بأنَّ الدستور الكويتي حرص على تأكيد كفالة حق الأفراد في تكوين الجمعيات والنقابات وإدارتها، وفوّض القانون بتنظيم استعمال هذا الحق، دالاً على أهمية هذا الحق؛ مما يمنع المساس به من دون مسوغ، أو النيل منه من دون مقتضى، ومن ثمَّ فإنَّ تنظيم هذا الحق - مثل غيره من الحقوق الدستورية - يدخل في السلطة التقديرية للمشروع من دون قيد، إلا إذا وضع الدستور له قيداً معيناً وضوابط لا ينبغي تجاوزها⁽²⁶⁾.

وبذلك يكون الدستور قد كفل حقَّ الحرية النقابية القائمة على أسس وطنية، وبوسائل سلمية، مع اشتراط عدم جواز الإلزام بالانضمام إلى النقابات، كقيد دستوري على المشروع في تنظيمه هذه الحرية، وعليه نرى أنَّ الحرية النقابية حرية ذات قيمة دستورية، وهي مثل أغلب الحقوق الدستورية حقٌّ مقيدٌ بالقانون المنظم لكيفية ممارسة هذا الحق وقيوده.

4 - قانون العمل الأهلي رقم 38 لسنة 1964

تضمَّن هذا القانون تنظيم الحرية النقابية؛ مما يؤكِّد. كما نرى. أنَّ الحرية النقابية حرية ذات قيمة دستورية، وهي، مثل أغلب الحقوق الدستورية، حقٌّ مقيدٌ بالقانون المنظم، ويُعنى هذا المرسومُ بالموظفين في الجهات الحكومية، وقد عدَّ المرسومُ في المواد

(26) حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 122 لسنة 2023 في شأن غرفة تجارة وصناعة الكويت، الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم 122 لسنة 2023 في شأن غرفة تجارة وصناعة الكويت والمقيد برقم 3 لسنة 2024 طعن مباشر دستوري، منشور على موقع المحكمة الدستورية، آخر زيارة بتاريخ 2025/4/18.

من (18) إلى (26) حقوق الموظف العمومي وواجباته، من دون أن يُوردَ في هذه المواد ما يتعلق بحق الموظف في التمتع بالحرية النقابية.

وهذا ما أدى بوزارة الشؤون الاجتماعية إلى تفسير المادة (69) من قانون العمل، بأنَّ العمال أصحاب الحق في ممارسة التنظيم النقابي هم العمال في القطاع الأهلي فقط، وعليه فلا يجوز للموظفين العموميين تشكيل النقابات وفقاً لهذا النص، وترتب على ذلك تجميد حق الموظف العام في التنظيم النقابي حتى أبريل 2003⁽²⁷⁾؛ حيث جرى تعديل قانون العمل في القطاع الأهلي وفقاً للقانون رقم 32 لسنة 2003، بتعديل بعض أحكام القانون رقم 38 لسنة 1964، والنص صراحة على سريان حق التنظيم النقابي على القطاع الحكومي والنفطي، وذلك في المادة (69) التي جاء فيها أن: «حق تكوين اتحادات لأصحاب الأعمال وحق التنظيم النقابي للعمال مكفول وفقاً لأحكام هذا القانون، ويكون للنقابة أو الاتحاد المشكلة طبقاً لأحكام هذا الباب الشخصية الاعتبارية. وتسري أحكام هذا الباب على الموظفين والعاملين في القطاعين الحكومي والنفطي فيما لا يتعارض مع القوانين التي تنظم شؤونهم».

وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية للتعديل، حيث أكدت على حق الموظفين في التنظيم النقابي، وذلك انسجاماً مع الاتفاقية رقم 87 لسنة 1948 في الحرية النقابية.

5 - القانون رقم 6 لسنة 2010 بشأن العمل في القطاع الأهلي

كفلت المادة (98) من هذا القانون حق تكوين الاتحادات لأصحاب الأعمال، وحق التنظيم النقابي للعاملين في القطاعات بكل شرائحها (الحكومية والأهلية والنفطية) وفقاً للمادتين (98) و(99) من القانون؛ فقد ألغيت التفرقة بين العمال في كل من القطاعين الأهلي والحكومي، وبالتالي جرى إقرار حق التنظيم النقابي للعمال وفقاً لأحكام هذا القانون، بما لا يتعارض مع القوانين المنظمة للعمال في القطاع الحكومي، ومن ثم أكدت المادة (99) من القانون ذاته على أنَّ لجميع العمال في دولة الكويت الحق في أن يُكوّنوا نقابات ترعى مصالحهم، وتعمل على تحسين حالتهم المادية والاجتماعية، وتمثلهم في جميع الأمور الخاصة بهم، ولأصحاب الأعمال الحق في تكوين اتحادات للهدف ذاته.

وجماع ما تقدّم هو أنَّ الموظف العام في دولة الكويت يتمتع بالحرية النقابية، وهي حرية ذات قيمة دستورية، منظمّة بقانون العمل في القطاع الأهلي، باعتباره الشريعة العامة لهذا الحق، وبما لا يتعارض مع التشريعات المنظمة للوظيفة العامة، ولم ينص

(27) صقر عيد فارس فالح، الحرية النقابية للموظف العام في دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق.

المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1979، بشأن الخدمة المدنية، ونظامه على أي تكريس أو تنظيم للحرية النقابية للموظف العام.

أما في فرنسا، فالحرية النقابية للموظف العام هي حرية دستورية كما جاء في مقدمة دستور فرنسا لسنة 1946، والتي أصبحت جزءاً من الدستور الفرنسي لعام 1958 منذ العام 1971⁽²⁸⁾، وقد نصَّ عليها مباشرة في المادة (L 113-1) من قانون الخدمة المدنية العام للموظفين العموميين، والتي تكفل (لموظفي الخدمة المدنية والوكلاء المتعاقدين بموجب القانون العام) الحق في التنظيم؛ حيث يمكنهم إنشاء منظمات نقابية بحرية، والانضمام إليها وممارسة ولاياتها⁽²⁹⁾.

وبذلك يتفق النظام القانوني الكويتي مع نظيره الفرنسي، على اعتبار أن الحرية النقابية حرية ذات قيمة دستورية، ويختلف كل من النظامين في كيفية تنظيمها؛ فبينما اكتفى النظام القانوني الكويتي بالإشارة إلى أن الحرية النقابية مطبقة على العمال في القطاع العام، وذلك في قانون العمل في القطاع الأهلي من دون أن ينظم هذه الحرية بشكل واضح في مرسوم الخدمة المدنية رقم 15 لسنة 1979، فقد نص قانون الخدمة المدنية الفرنسي نصاً واضحاً على هذه الحرية باعتبارها من الحريات الأساسية للموظف العام، ونظمها تفصيلياً كما سنبين لاحقاً في هذا البحث.

بعد كفالة الحرية النقابية للموظف العام، وقبل معرفة ضوابط هذه الحرية، يتطلب الأمر ابتداء معرفة مكونات وعناصر هذه الحرية بوجه عام، وذلك فيما يلي:

الفرع الثاني

مكونات الحرية النقابية

إن معرفة نطاق الحرية النقابية للموظف العام في دولة الكويت يتطلب - ابتداءً - تحديد مكونات الحرية النقابية ومضمونها، ثم بيان الامتيازات النقابية وفقاً للقانون؛ لذا نتناول في هذا الفرع مضمون مبدأ الحرية النقابية، بدءاً من بيان الضمانات الجماعية والفردية (أولاً)، ثم الامتيازات النقابية وفقاً للقانون (ثانياً).

أولاً: مضمون مبدأ الحرية النقابية

يتألف مبدأ الحرية النقابية في الاتفاقيات الدولية، وفي القانون، من مجموعة

(28) P. Brunet, F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, Lextenso, sept. 2024, p.913.

(29) Code général de la fonction publique - Légifrance.

من الضمانات الجماعية والفردية، وقد تبني قانون العمل الأهلي الشقّين على النحو التالي⁽³⁰⁾:

أ- الضمانات الجماعية للحرية النقابية

يتضمن الشق الجماعي من الحرية النقابية بعض المبادئ المهمة التي أقرتها الاتفاقيات الدولية، فيما يتعلق بحرية التنظيم النقابة والاتحادات العامة، فتتضمن الحرية النقابية - بشقها الجماعي - مبدأ التنظيم النقابي ذاته، أي حق أفراد كل مهنة في إنشاء نقابة تدافع عن مصالحهم، ومبدأ تعدد النقابات الذي يمنح الحق في تعدد النقابات في المهنة الواحدة، فلا يفرض حدًا معينًا للنقابات، بالإضافة إلى مبدأ إنشاء الاتحادات، والمقصود به حق النقابات، في حال تعددها، في إنشاء اتحادات فيما بينها، مع وجود اتحادات أخرى تمثل المهنة ذاتها، مع إمكان تعدد الاتحادات ذاتها.

وقد تبني قانون العمل الأهلي مبدأ التنظيم النقابي في المادة (99)؛ حيث كرّس حق التنظيم النقابي بتأكيد حقه جميع العمال في أن يكونوا - فيما بينهم - نقابات ترعى مصالحهم، وتعمل على تحسين حالتهم المادية والاجتماعية، وتمثلهم في جميع الأمور الخاصة بهم. كما منح القانون، في المادة (102)، النقابة الشخصية الاعتبارية، فمجلس الإدارة المنتخب يُودع خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ انتخابه أوراق تأسيس المنظمة لدى الوزارة، وتثبت الشخصية الاعتبارية للمنظمة من تاريخ صدور قرار الوزير بالموافقة على إنشائها، بعد إيداع كل الأوراق والمستندات، فإذا لم تقم الوزارة بالرد خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ الإيداع تثبت الشخصية الاعتبارية للمنظمة بقوة القانون.

وكرّست حرية النقابات ذاتها في تنظيم نفسها في المادة (100)، وذلك من خلال إقرار حق النقابات، من خلال الجمعية العمومية المنتخبة بإقرار لائحة النظام الأساسي للمنظمة، وذلك بالاسترشاد باللائحة النموذجية التي يصدر بها قرار من الوزير، وهذا ينطبق مع ما جاء به البند 1 في المادة الثالثة من الاتفاقية رقم 87 لسنة 1948، والتي حظرت على السلطات العامة التدخل فيما جاء في لوائح نظام النقابة الأساسي وقواعدها الإدارية وانتخاب ممثليها وأوجه نشاطها وبرامجها، وعليه صدر القرار الإداري رقم 146 لسنة 2015 بشأن اللائحة التنفيذية الاسترشادية للنظام الأساسي للنقابة⁽³¹⁾.

(30) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التنظيم القانوني لعلاقات العمل الجماعي وفقًا للقانون الكويتي في ضوء القانون المقارن والقانون الدولي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج18، ع3، 1994، ص61-62.

(31) انظر اللائحة الأساسية على الموقع: <https://kif-kw.com/Viewer/-Administrative-Order-No--89>، آخر زيارة بتاريخ 2025/4/18

أما فيما يخص الاتحادات فقد أقر القانون مبدأ إنشاء الاتحادات في المادة (106) التي أقرت حق النقابات المشهورة، وفقاً للقانون، في إنشاء اتحادات ترعى مصالحهم المشتركة، وللإتحادات المشهورة - وفقاً لهذا القانون - أن يكون بينهم اتحاداً عاماً، بيد أن القانون حظّر تعدد الاتحادات؛ فحظر أن يكون هناك أكثر من اتحاد عام لكل من العمال وأصحاب الأعمال، وقد منح القانون، في المادة (107)، الاتحادات الحق في الانضمام إلى اتحادات عربية أو دولية، ترى أن مصالحها ترتبط بها، على أن تُخطر الوزارة بتاريخ انضمامها، وألا يكون هذا الانضمام مخالفاً للآداب العامة أو المصلحة العامة للدولة.

وأما عن مدى انطباق الضمانات الجماعية للحرية النقابية، في شقها الجماعي، على الموظف العام في دولة الكويت، فإن كان لا يوجد تنظيم صريح لهذه الضمانات في المرسوم بالقانون رقم 15 لسنة 1979، بشأن الخدمة المدنية ونظامها، فإنه لا يوجد ما يتعارض مع هذه الضمانات الجماعية، وعليه فقد جرى تشكيل عدد من النقابات في القطاع الحكومي، بالإضافة إلى إنشاء الاتحادات، مثل نقابة العاملين في وزارة الصحة... وغيرها من النقابات المنضمة إلى الاتحاد العام لعمال الكويت⁽³²⁾.

أما في فرنسا فقد أقرت هذه الضمانات الجماعية في قانون الخدمة العامة الذي أقر ابتداءً مبدأ حرية التنظيم النقابي ذاته في المادة (L113-1) التي تنص على أن حق تكوين النقابات مكفول للموظفين العموميين الذين يستطيعون - بحرية - إنشاء منظمات نقابية والانضمام إليها، وممارسة مهامهم فيها، على أن يُمارس هذا الحق بموجب الشروط المنصوص عليها في الكتاب الثاني، الفصل الحادي عشر⁽³³⁾.

ومن ثم أقر مبدأ حرية النقابات في تنظيم نفسها، من خلال النص في المادة (L211-1) على أن الأشخاص الذين يحق لهم الترشح للانتخابات هم المنظمات النقابية التي تمثل الموظفين العموميين، والتي يتم تأسيسها بصورة قانونية في القطاع العام، والتي تجري فيها الانتخابات منذ سنتين من تاريخ إيداع النظام القانوني الأساسي لها، والذي يجب أن يراعي احترام قيم الجمهورية والاستقلال. ثم أكد على مبدأ تعدد النقابات في الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

وهنا نجد أن كلا النظامين أقر الضمانات الجماعية للحرية النقابية للموظف العام،

(32) انظر تصريح مريم العليل وزير المالية، منشور على موقع جريدة الأنباء:

<https://www.alanba.com.kw/ar/economy-news/949766/06-02-2020-/>

آخر زيارة بتاريخ: 2025/4/18.

(33) Article (L113-1)-Code général de fonction public: Section1: Liberté d'organisation syndicale, Article (L113-1) - Légifrance.

لكن في دولة الكويت أُقرَّت هذه الضمانات تحت مظلة قانون العمل في القطاع الأهلي، بينما كان إقرارها في فرنسا بشكل مفصل، من خلال النصوص المذكورة في قانون الخدمة العامة.

ب - الضمانات الفردية للحرية النقابية

يتضمن الشق الفردي من الحرية النقابية الضمانات الفردية ممثلة في حرية العامل في الانضمام إلى النقابة، وحرية الانضمام، وحرية الانسحاب من النقابة بعد الانضمام إليها، وقد كُرِّست هذه الضمانة دستورياً في المادة (43)، حيث نصَّت على عدم جواز إجبار أحد على الانضمام إلى النقابة، كما أكد القرار الوزاري رقم 146 لسنة 2015، بشأن اللائحة التنفيذية الاستراتيجية للنظام الأساسي للنقابة، هذه الضمانة، من خلال المادة (5) التي قررت أن الانضمام إلى النقابة يكون بناء على رغبة من العامل ذاته، بالإضافة إلى التأكيد على حرية الانسحاب في المادة (6) التي أقرت لكل عضو الانسحاب من النقابة في أي وقت شاء.

ونرى انطباق هذا الشق الفردي من الحرية النقابية على الموظف العام، فلا يُجبر الموظف على الانضمام إلى النقابة لممارسة وظيفته، كما هي الحال في النقابات المهنية التي تلزم قواعدها كل ممارس للمهنة بالانضمام إلى عضوية المرفق النقابي، والخضوع لسلطة النقابة باعتبارها مرفقاً عاماً مهنيّاً⁽³⁴⁾؛ فللموظف العام - كما للعامل في القطاع الأهلي - حرية الانضمام إلى النقابة من عدمه، وحرية الانسحاب من النقابة؛ لعدم وجود نص في مرسوم الخدمة المدنية ونظامه يجبر الموظف على خلاف ذلك، بالإضافة إلى ما نصَّت عليه القواعد الحاكمة للعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية المقررة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (282 / ثانياً) بشأن النقابات في الوزارات والجهات الحكومية، والصادر في تاريخ 30 مارس 2005 والذي ينص في البند 5 على:

«5- باب الاشتراك في النقابات العمالية يظل مفتوحاً دائماً لمن تتوافر فيهم شروط الانضمام إلى النقابة، ولا يجوز غلقه، وإلا كان لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة (77) من قانون العمل في القطاع الأهلي لحل النقابة لمخالفته القانون...»⁽³⁵⁾.

(34) بخيت مفلح الخلايلة، النظام القانوني لتأديب أعضاء النقابات المعنية: دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2016، ص 7.

(35) القواعد الحاكمة للعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية المقررة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (282 / ثانياً) بشأن النقابات في الوزارات والجهات الحكومية الصادر في تاريخ 30 مارس 2005، تعميم وارد لوزارة الإعلام في الكتاب رقم 2872 بتاريخ 27 مارس 2005، غير منشور على الموقع.

وهذا أيضًا يتوافق مع ما جاء في قانون الخدمة العامة في فرنسا الذي نص على حرية الموظف العام في الانضمام إلى النقابة في المادة (1-L113).

ثانيًا: الامتيازات النقابية

بعد إقرار الحرية النقابية، بضماناتها الجماعية والفردية، نتناول فيما يلي الامتيازات النقابية وفقًا للقانون رقم 6 لسنة 2010، ومدى انطباق هذه الامتيازات على الموظف العام في دولة الكويت، ثم مقارنتها بالموظف العام في فرنسا.

1 - الحق في التمثيل النقابي

يمنح القانون النقابة حقَّ التمثيل النقابي في إبرام عقد العمل الجماعي، وفي المفاوضات الجماعية:

أ - التمثيل النقابي في إبرام العقد الجماعي

عقد العمل الجماعي كما عرّفه نصُّ المادة (111) من قانون العمل الأهلي، هو العقد الذي ينظم شروطَ العمل وظروفه بين نقابة أو اتحاد عمال أو أكثر من جهة، وصاحب العمل أو من يمثله من أصحاب الأعمال من جهة ثانية، وأوجب القانون أن يُوقع هذا العقد من قِبَل العامل، وأن يُعرَضَ على الجمعية العمومية لكل من منظمات الأعمال وأصحاب الأعمال أو طرفيه، مع اشتراط أن يوافق عليه أعضاؤها وفق النظام الأساسي للمنظمة، أي النقابة، وفقًا لنص المادة (112).

ويتميز هذا العقد بأن قواعده تأتي بالاتفاق المشترك بين أصحاب الأعمال وممثلي العمال في نقابة عمالية، بعد مساومة بين الطرفين، وبالتالي يكفل للعمال قواعدَ وحماية أفضل مما لو أبرمَ هذا العقد من قِبَل عامل واحد منفرد ليس له حق التمثيل النقابي⁽³⁶⁾. ولهذا العقد أهميته في توحيد شروط العمل، ومنع المنافسة، والمحافظة على الحد الأدنى من الأجور ومكافآت نهاية الخدمة، ووضع شروط ومزايا أفضل للعمال⁽³⁷⁾.

وقد جرى تنظيم عقد العمل الجماعي في قانون العمل الأهلي، فحددت المادة (118) من القانون نطاقَ سريانه؛ حيث تقرر سريان عقد العمل الجماعي على جميع العمال أعضاء المنظمة النقابية، وليس فقط العمال الذين كانوا أعضاء في النقابة وقت إبرام العقد، ولكن أيضًا كل من ينضم إليها بعد ذلك، سواء كانوا يعلمون بهذا العقد أو لا يعلمون، كما تقرر التزام العمال أصحاب النقابة بالعقد ولو عارضوا شروطه، مادامت

(36) الحاج عيد وإبراهيم بديع حسني، عقد العمل الفردي والجماعي في الأردن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، العراق، ص 10، ع 2، 2020، ص 278.

(37) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 81.

كل الإجراءات القانونية قد أثبتت في إبرامه، ويسري على العمال، حتى لو انسحبوا من النقابة بحكم المادة (119) من القانون التي تؤكد أن الانسحاب من النقابة لا يؤثر على عقد العمل الجماعي.

والسؤال هو عن مدى انطباق حق التمثيل النقابي في إبرام العقد الجماعي على الموظف في القطاع الحكومي في دولة الكويت، حيث إن التعيين في الوظائف العامة إما أن يكون بقرار صادر من السلطة المختصة، وإما عن طريق العقد. أما عن التعيين بقرار إداري ابتداءً؛ فالقرار هو إفصاح الإدارة عن إرادتها في إحداث مركز قانوني في قواعد معدة سلفاً في الوظيفة العامة؛ فقد جرى تنظيم الأجور وساعات العمل والمزايا مسبقاً، ونرى أنه لا محل للتفاوض في هذا الجانب بطبيعة الأمر.

أما بالنسبة إلى التعيين عن طريق العقود في الوظائف العامة، فقد نُظمت أحكام العقد الثاني والثالث وفقاً لقرار مجلس الخدمة المدنية رقم 14 لسنة 1979 بقواعد محددة⁽³⁸⁾، ولم يُسمح وفقاً لهذا القرار بالتمثيل النقابي وإبرام العقود الجماعية؛ لذا نرى عدم انطباق حق التمثيل النقابي وإبرام العقود الجماعية في الوظيفة العامة.

ب - التمثيل النقابي في المنازعات الجماعية

يُقصد بمنازعات العمل الجماعية المنازعات التي تحدث بين العامل وصاحب العمل، في أثناء تنفيذ عقد العمل، وتنشأ بسبب مخالفة أحد الأطراف التزاماته القانونية أو العقديّة⁽³⁹⁾.

وهذه المنازعات قد تقتصر على عامل مع صاحب عمل، أو مع جميع العمال، وتُعرف في المادة (123) من قانون العمل الأهلي، باعتبارها المنازعات التي تنشأ ما بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل وجميع عماله، أو فريق منهم بسبب العمل، أو شروط العمل.

وقد حدد القانون إجراءات معينة قبل تسوية هذه النزاعات، كرّس فيها حق التمثيل النقابي في هذه الإجراءات، فابتداءً أوجب القانون اللجوء إلى المفاوضة الجماعية بين صاحب العمل أو من يمثله، وبين العمال أو من يمثله من نقابة؛ للوصول إلى حل للنزاع الخاص بشروط العمل، وفقاً لنص المادة (124) من القانون⁽⁴⁰⁾، فإذا لم تنجح المفاوضات

(38) منشور على موقع: مجلس الخدمة المدنية، القرار رقم 14 لسنة 1979، بشأن التعيين بالعقدين الثاني والثالث.

(39) الطعن رقم 730 لسنة 2012، بتاريخ 2014/1/21، الدائرة العمالية، مجلة القضاء والقانون، س42، ج1، تطبيقات الأحكام.

(40) شواخ بن محمد الأحمد، المفاوضة الجماعية ودورها في تسوية نزاعات العمل الجماعية: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون العالمية، مج9، ع3، 2021، ص301.

جاز للأطراف التقدم للوزارة بطلب لتسوية النزاع ودياً، عن طريق لجنة التوفيق التي تتشكل بقرار من الوزير، وفق المادة (125) من القانون ذاته، على أن تتكون من ممثلين تختارهم النقابة أو العمال المتنازعون.

ويُثار التساؤل هنا عن حق نقابات الموظفين العموميين في التمثيل النقابي لمنازعات العمل الجماعية، سواء في مرحلة المفاوضة أو التوفيق، كما نظمها قانون العمل الأهلي في دولة الكويت، ويمكننا القول إجابةً عن هذا التساؤل إنه لما كانت المفاوضة الجماعية وسيلة سلمية لحل المنازعات الجماعية بين العمال وصاحب العمل، فلا بد من وجود علاقة يحكمها قانون العمل بين أطراف المفاوضة الجماعية، وعليه فالمفاوضة الجماعية ترتبط وجوداً وعدمًا بوجود علاقه عمل يحكمها قانون العمل؛ لذلك لا يمكن وصف المفاوضة التي تجري بين النقابات والحكومة، أي الإدارة العامة، باعتبارها مفاوضات جماعية، وعليه نرى أنه لا يمكن أن تقوم تلك المفاوضات الجماعية في إطار علاقات العمل في القطاع العام؛ لعدم انطباق أحكام قانون العمل عليها.

2 - الحق في التمثيل القضائي

للنقابات شخصية اعتبارية، ولها حق التمثيل القضائي لمصلحتها ولمصلحة أعضائها، وذلك وفق التفصيل التالي:

أ - حق النقابة في التقاضي لمصلحة الأعضاء

منح قانون العمل الأهلي النقابة حق إبرام عقد العمل الجماعي، وباعتبارها طرفاً في هذا العقد فإذا ما خالف صاحب العمل التزاماته في عقد العمل الجماعي بعدم التزامه بساعات العمل المتفق عليها في العقد، أو بمكافآت نهاية الخدمة المتفق عليها، جاز للنقابة رفع جميع الدعاوى المرتبطة بالإخلال بالعقد لمصلحة أي عضو من أعضاء النقابة⁽⁴¹⁾، وعندئذ تكون النقابة وكيلة عن العامل وكالة قانونية، فلا تحتاج إلى توكيل خاص من العامل، بل لا تحتاج إلى إذن خاص منه، ولا يلزم اختصاصه في الدعوى التي تقيمها ضد صاحب العمل، وذلك حتى تتمكن النقابة من المحافظة على حقوق عمالها، وحق النقابة هنا مقصور على الدعاوى التي ترفعها باسم صاحب العمل، ولا تشمل الدعاوى التي تُرفع ضده، باعتباره مدعى عليه، ولأنَّ النقابة تتقاضى هنا باسم العامل نفسه، فإنَّ جميع الآثار التي يترتبها هذا التقاضي تترتب على العامل نفسه، سواء كانت لمصلحته أو ضده⁽⁴²⁾.

(41) انظر الطعن رقم 730 لسنة 2012، حكم سابق تمت الإشارة إليه.

(42) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 82.

وعليه يجب التفريق ما بين المصلحة الجماعية والمصلحة الفردية؛ فالمصلحة الجماعية التي للنقابة حق الدفاع والتقاضي عنها هي التي تحقق إذا كان ثمة ضرر قد أصاب أعضاءها بصفقتهم أعضاء في النقابة، وبسبب مباشرتهم المهنة التي وجدت النقابة للدفاع عنها؛ استهدافاً لتحسين ظروف العمل وشروطه، وليس من أجل المصالح الشخصية للعاملين. بينما المصالح الفردية لهؤلاء الأعضاء هي ملك لأصحابها، وهم أصحاب الحق في رفع الدعاوى عنها، ولا تُقبل الدعاوى بشأنها من قبل النقابة، باعتبارها مرفوعةً من غير ذي صفة، مثال ذلك المطالبة بالمكافآت⁽⁴³⁾.

وللنقابات أن ترفع الدعاوى المتعلقة بالمصلحة الجماعية، إذا كان هناك ضرراً أصاب أعضاءها بصفقتهم أعضاء في النقابة، وبسبب مباشرتهم المهنة، وعليه فيجب التفريق بين المصالح الجماعية والمصالح الفردية؛ فالمصالح الفردية ملك لأصحابها، وهم أصحاب الحق في المطالبة بها، ورفع الدعاوى عنها، فلا تقبل الدعاوى المقامة من النقابة بطلب أحقية العاملين المنتسبين إليها في مكافأة الأعمال الممتازة على سبيل المثال.

سبق وقد حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (9) من القانون رقم 24 لسنة 1962، في شأن الأندية وجمعيات النفع العام التي نصت على عدم جواز الطعن في القرارات الصادرة من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل أمام القضاء. وبالتالي عدم جواز طعن الجمعيات في قرارات الحل الصادرة من الوزير. واعتبرت المحكمة أن هذا النص يُعد انتهاكاً لمبدأ حق التقاضي والمساواة وفصل السلطات الواردة في المواد (29) و(50) و(166) من الدستور الكويتي، وفي ذلك تأكيد على كفالة حق التقاضي لكل الأشخاص الاعتبارية، بما فيهم جمعيات النفع العام والنقابات⁽⁴⁴⁾.

ب - حق النقابة في التقاضي باسمها

من المسلّم به أنّ للنقابة - بصفقتها شخصاً اعتبارياً - رَفَع الدعاوى المتعلقة بمصالحها وحقوقها، مثل الحقوق التي تكون في ذمة أعضائها، أو من الغير الذي تتعامل معه⁽⁴⁵⁾؛ فقد تتعاقد النقابة بصفقتها شخصاً من أشخاص القانون الخاص مع الغير؛ فيكون لها

(43) الطعن 2141 لسنة 47، بتاريخ 2010/9/16، المحكمة الإدارية العليا، المنشور على موقع: بوابة التشريعات والأحكام الكويتية.

(44) حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 4 لسنة 2015، على المادة (9) من القانون رقم 24 لسنة 1962، في شأن الأندية وجمعيات النفع العام، جلسة 25 نوفمبر 2015، منشور على: الدعوى رقم 4 لسنة 2015 دستوري على المادة (9) من قانون رقم 24 لسنة 1962 في شأن الأندية وجمعيات النفع العام.

(45) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 214، مرجع سابق.

الحق في رفع كل الدعاوى المرتبطة بمصالحها الشخصية⁽⁴⁶⁾.

أما عن مدى انطباق حق التمثيل القضائي للنقابة لمصلحة أعضائها من الموظفين العموميين في دولة الكويت، فلم يشتمل مرسوم الخدمة المدنية ونظامه على أي نص خاص بهذا الشأن، ونرى أنه بالنسبة إلى تقاضي النقابة لمصلحة أعضائها من الموظفين العموميين، فعلى اعتبار أن النقابات في القطاع الحكومي لا تملك الحق في إبرام عقد العمل الجماعي مع الجهات الحكومية، كما سبقت الإشارة، فهي لذلك لا تملك الصفة القانونية للتقاضي لمصلحة أعضائها؛ لعدم وجود التمثيل القانوني في هذا الجانب، حتى لو كان الموظف معيّناً بناء على عقد في الوظيفة الحكومية، مثل العقد الثاني أو الثالث، المنظم وفقاً للقرار رقم 14 لسنة 1979، بشأن التعيين في العقد الثاني والثالث.

أما عن حق النقابات في رفع دعوى الإلغاء ضد قرارات الجهات الحكومية، فنرى تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد، وينبغي التفريق بين حق الإلغاء للقرارات التنظيمية والفردية؛ إذ يشترط في رافع دعوى الإلغاء توافر الصفة والمصلحة الشخصية المباشرة، أي أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية تؤثر في إلغاء القرار الإداري المطعون به، وبالتالي نجد أن هذه المصلحة الشخصية المباشرة قد تتوافر في الطعون المقدمة على القرارات التنظيمية⁽⁴⁷⁾، وغير متصورة في القرارات الفردية الخاصة بإلغاء قرارات التعيين والترقية على سبيل المثال.

أما بالنسبة إلى تمثيل النقابات الموظفين العموميين قضائياً في فرنسا، فقد نظمتها نصوص قانون الخدمة العامة بصورة واضحة، فوفقاً لنص المادة (L113-2)⁽⁴⁸⁾ فإنه يمكن للنقابات التي تمثل الموظفين العموميين اتخاذ الإجراءات القانونية، ويجوز لها الطعن أمام المحاكم المختصة في القرارات التنظيمية المتعلقة بوضع الموظفين، وفي القرارات الفردية التي تؤثر على المصالح الجماعية للموظفين العموميين.

وفي الفصل السادس من القانون ذاته، وتحديداً المادة (L216-1) يُمنح موظفو الدولة الحق في اختيار ممثل من النقابة لمساعدتهم في ممارسة الطعون الإدارية ضد القرارات الفردية غير المشروعة، مثل قرارات النقل والترقية غير المشروعة⁽⁴⁹⁾.

(46) J. Savatier, La notion de représentativité des syndicats en droit français, Les Cahiers de droit, Vol.9, Iss.3, (1968), pp.435-452. <https://doi.org/10.7202/1004508ar>.

(47) M. Balluteau L'exercice du droit syndical dans la fonction publique Rev. adm., 1984, p.495.

(48) Article (L113-2) - Code général de la fonction publique - Légifrance.

(49) F. Colin, La situation des organisations syndicales non représentatives dans la fonction publique AJFP mars-avr. 2010, p.79.

وعليه نجد أن القانون يمنح النقابات صراحةً الحق في التمثيل القضائي للموظفين العموميين، مع التمييز ما بين المصالح الجماعية والفردية بشكل واضح، فللنقابات حق التمثيل القضائي نيابة عن الموظفين للطعن في القرارات التنظيمية العامة التي تؤثر على المصالح الجماعية للموظفين، مثل اللوائح العامة التي تقرر قواعد عامة مطبقة على كل الموظفين، بالإضافة إلى الحق في الطعن في القرارات الفردية إذا كانت تلك القرارات مرتبطة بمصالح جماعية للموظفين.

إضافة إلى ذلك، وتأكيداً على حق النقابات في حماية مصالح منتسبيها؛ فالقانون حدّد - في الفصل السادس منه - وسائل المساعدة في ممارسة الطعون الإدارية للموظفين العموميين بكل أنواعهم بأنّ منحهم الحق في اختيار ممثل للنقابة لمساعدتهم في الطعون الإدارية، وفي الحصول على المعلومات المتعلقة بوضعهم الفردي، واللوائح السارية في الإدارة لمساعدتهم في إعداد دفاعهم بشكل كامل فيما يتعلق بالقرارات الفردية غير المشروعة.

وخلصه ما سبق أنّ الموظف العام في دولة الكويت، المنتسب إلى النقابة، لا تملك النقابة التقاضي ممثلة له في القرارات الفردية، وإنّ كانت تمس بعض المصالح الجماعية لانتفاء المصلحة؛ بينما الموظف العام المنتسب إلى نقابة في القطاع العام في فرنسا يمكن للنقابة أن تمثله قضائياً.

3 - الحق في إجازة التفرُّغ النقابي

التفرُّغ النقابي من الحقوق المقرّرة للنقابيين وفقاً للاتفاقيات الدولية، ومنصوصٌ عليه في المادة (110) من القانون التي تمنح صاحبَ العمل جوازَ تفرّغ عضو أو أكثر من مجلس إدارة النقابة، أو الاتحاد، لمتابعة شؤون النقابة مع جهة العمل، أو الجهات المعنية⁽⁵⁰⁾.

وعن مدى انطباقه على الموظف في القطاع الحكومي في دولة الكويت نجد أنّ تعميم مجلس الوزراء بشأن قواعد العمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية الذي سبقت الإشارة إليه قاطع في هذا الشأن بعدم الجواز:

«لا يجوز لأي وزارة أن تمنح موظفيها إجازة تفرُّغ للمشاركة في أعمال النقابة، أو ممارسة النشاط النقابي، بحسبان أنّ الأصل أنّ العمل النقابي تطوعي».

(50) هيثم حامد المصاروة، التفرُّغ للعمل النقابي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، ع117، 2011، ص6 - 134.

وهذا على خلاف ما هو معترف به للموظف العام النقابي في فرنسا، فمن ضمن التسهيلات الممنوحة للموظف العام النقابي الحق في أخذ إجازة خاصة لا تُحتسب من مدد الإجازات السنوية لممثلي النقابات القانونية المعتمدة، وذلك لحضور المؤتمرات العمالية، وكذلك اجتماعات الهيئات الإدارية للنقابات (L214)، وعليه يجوز منح الموظف العام إجازة مدفوعة الأجر لحضور التدريب النقابي، وتُحدد مدة الإجازة بحد أقصى 12 يوماً في السنة، وعدد الموظفين الذين يمكنهم الحصول على تلك الإجازة محدود في كل إدارة. وقد وُضعت لذلك بعض الشروط؛ كأن يُقدّم طلب الإجازة قبل شهر على الأقل إلى رئيس القسم⁽⁵¹⁾.

4 - الحق في المشاركة في اللجان المشتركة

وفقاً لنص المادة (143) من قانون العمل في القطاع الأهلي، تُشكل لجنة استشارية لشؤون العمل تختص بإبداء الرأي فيما يعرضه عليه الوزير المختص من موضوعات وفقاً لقرار يصدره في هذا الشأن، ووفقاً لهذه المادة فقد مُنح حق التمثيل في هذه اللجنة لمنظمات العمال، إلى جانب الأعضاء الآخرين في اللجنة.

وعن مدى انطباق وجوب المشاركة في اللجان المشابهة لهذه اللجنة، في إطار الخدمة المدنية، مثل لجنة شؤون العاملين، نجد وفقاً للقواعد الحاكمة للعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية المقررة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (282 / ثانياً): أن «القانون في شأن الخدمة المدنية ومرسومه لم يُجز انضمام أعضاء بخلاف موظفي الوزارة في عضوية بعض اللجان المنصوص عليها، مثل لجنة شؤون العاملين في الوزارة، ومن ثم فلا يجوز إشراك أعضاء النقابة بالصفة النقابية.

ومع ذلك يجوز للوزير المختص إشراك بعض أعضاء النقابة بصفتهم النقابية في عضوية بعض اللجان التي تسمح القوانين في إشراك غير موظفي الوزارة في أعمالها متى كانت هذه اللجان في حاجة إلى اختصاصهم».

وعليه فاللجان المنصوص عليها في قانون ومرسوم الخدمة المدنية التي تشترط أن يكون الأعضاء من موظفي الوزارة، فلا يجوز إشراك أعضاء النقابات فيها بصفتهم النقابية، أمّا بالنسبة إلى بقية اللجان التي يجوز إشراك غير الموظفين فيها فللوزير السلطة التقديرية في ذلك، وذلك على خلاف الوضع بالنسبة إلى التمثيل النقابي في اللجان في فرنسا، فلممثلي النقابات مقاعد تمثيلية بحكم القانون في اللجان المتعلقة بالوظيفة العامة مثال ذلك ما نصت عليه المادة (2-L242) من قانون الوظيفة العامة الذي يستلزم تعيين

(51) Droit syndical dans la fonction publique | Service-Public.fr

ممثلي النقابات التي تمثل الموظفين العموميين في المجلس المشترك للخدمة المدنية، وتوزع المقاعد فيما بين النقابات بما يتناسب مع عدد الأصوات التي حصلت عليها تلك النقابات، وذلك لتعيينهم في اللجان الاجتماعية والاستشارية لضمان تمثيل الموظفين بموجب تلك الأحكام التشريعية⁽⁵²⁾.

وجماع ما تقدم في الامتيازات النقابية للموظف العام في دولة الكويت أن قانون العمل الأهلي رقم 6 لسنة 2010 قد أقر عدداً من الامتيازات النقابية للنقابات والمنتسبين إليها في القطاع الأهلي والحكومي، ولكنّها لا تنطبق على إطلاقها بالنسبة إلى الموظف العام، كما سبقت الإشارة إليه.

أما الامتيازات النقابية فهي أُنْزُ من آثار الحرية النقابية، وفي دولة الكويت لم ينظم مرسوم الخدمة المدنية ونظامه أي امتيازات نقابية للموظف العام النقابي؛ فمرجعية الامتيازات النقابية للنقابات في القطاع العام والخاص هو ما نص عليه قانون العمل الأهلي رقم 6 لسنة 2010 الذي منح بعض الامتيازات، ولكنها لا تطبق بالضرورة بشكل كامل على موظفي القطاع العام.

بالإضافة إلى ذلك فمقارنة تلك الامتيازات بين النظام القانوني الكويتي ونظيره الفرنسي يوضح أن النظام القانوني الفرنسي قد دعم هذه الحرية بنصوص واضحة وصريحة، وذلك من خلال تأكيده حق التمثيل القضائي لنقابات القطاع العام، مع منح الموظف العام النقابي إجازة للتفرغ النقابي، بالإضافة إلى وجوب التمثيل النقابي في المجلس المشترك للخدمة المدنية واللجان المنبثقة عنه، وذلك على خلاف الوضع في دولة الكويت؛ حيث لم يُشر القانون إلى الحق في التمثيل القضائي للنقابات في القطاع العام، ومنع أي اجازات للموظف غير المنصوص عليها في مرسوم الخدمة المدنية، مع عدم إلزامية أي تمثيل نقابي للنقابات في اللجان المنصوص عليها، مما يتطلب إعادة النظر في تلك النصوص.

المطلب الثاني

ضوابط الحرية النقابية للموظف في الجهات الحكومية

يتمتع الموظف العام النقابي بازدواج في مركزه القانوني، فهو إلى جانب الصفة النقابية التي يتمتع بها، بحكم انضمامه إلى النقابة المهنية، يُعدُّ موظفاً عاماً في الجهة الحكومية التي يعمل بها، فإن كان يتمتع بالحقوق المتفرعة من الحق النقابي ذاته، فهو

(52) Article (L242-2) - Code général de la fonction publique - Légifrance.

أيضاً ملزم قانونياً بالواجبات التي يفرضها عليه مركزه القانوني كموظف عام، يختلف عن المركز القانوني للعامل في القطاع الأهلي.

وقد قررت المادة (98) من قانون العمل في القطاع الأهلي أن حق التنظيم العمالي مكفول وفقاً لأحكام هذا القانون للعاملين في القطاع الحكومي، بما لا يتعارض مع القانون الذي ينظم شؤون العاملين في القطاع الحكومي، ومن ثم فإن تحديد حدود الحرية النقابية للموظف العام يتطلب ابتداءً معرفة الضوابط العامة للحرية النقابية لكل النقابيين، أيًا كانت صفتهم، سواء كانوا عمالاً في القطاع الأهلي أو الحكومي، ثم الانتقال إلى الضوابط الخاصة للموظف العام النقابي بصفة خاصة، وعليه يكون الفرع الأول في الضوابط العامة للحرية النقابية، والفرع الثاني هو الضوابط الخاصة للحرية النقابية للموظف العام، على وجه التحديد.

الفرع الأول

الضوابط .. الحدود العامة للحرية النقابية

ممارسة الحرية النقابية في دولة الكويت تخضع أولاً لقيود إجرائية، وثانياً لقيود قيود موضوعية، كما يلي:

أولاً: القيود الإجرائية

نقصد بالقيود الإجرائية تلك القيود الإجرائية والشكلية المرتبطة بإنشاء النقابة وإشهارها، والتي يتطلب قانون العمل في القطاع الأهلي رقم 6 لسنة 2010 اتباعها قبل إشهار النقابة، فوفقاً للقانون يجب اتباع إجراءات معينة لتأسيس النقابة، تنص عليها المادة (100) من قانون العمل، وتتمثل في:

1- اجتماع عدد من العمال الراغبين في تأسيس نقابة، أو عدد من أصحاب الأعمال الراغبين في تأسيس اتحاد، وذلك بصفة جمعية عمومية تأسيسية لأي من الفريقين، من خلال الإعلان عن ذلك في صحيفتين يوميتين على الأقل، في مدة لا تقل عن أسبوعين من تاريخ انعقاد الجمعية العمومية. ونلاحظ أن المشرع لم يشترط عدداً معيناً من العمال أو أصحاب العمل، بغرض تكوين النقابة أو الاتحاد في كل الأحوال، وإنما أطلق هذا الحق أنسجماً مع المبادئ المعلنة في الدستور والاتفاقيات الدولية الداعمة للحرية النقابية.

2- تحديد مكان الانعقاد ووقته وأهدافه: تقوم الجمعية العمومية التأسيسية بإقرار لائحة النظام الأساسي للمنظمة، ولها أن تسترشد في ذلك باللائحة النموذجية

التي يصدر بها قرار من الوزير. فالمحظور على السلطات العامة هو التدخل في ما جاء في البند (1) من هذه المادة من مسائل حُدِّت على سبيل الحصر، وهي لوائح نظام النقابة الأساسي، وقواعدها الإدارية، وانتخاب ممثليها، وأوجه نشاطها وبرامجها.

3- تنتخب الجمعية التأسيسية مجلس الإدارة وفقاً للأحكام الواردة في نظامها الأساسي. بالإضافة إلى ذلك فقد أوجب القانون على النقابة في المادة (101) بعض البيانات الأساسية الواجب توافرها في النظام الأساسي لها، وحقوق أعضائها، وكيفية ممارسة نشاطها؛ فالقانون هنا، وإن كان أوجب النص على بعض البيانات الأساسية، إلا أنه تركها لمحض إرادة النقابة؛ تكريساً للحرية النقابية.

4- على مجلس الإدارة المنتخب أن يُودِعَ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتخابه أوراق تأسيس المنظمة لدى الوزارة، وتثبت الشخصية الاعتبارية للمنظمة اعتباراً من تاريخ صدور قرار الوزير بالموافقة على إنشائها، بعد إيداع الأوراق كاملة ومستوفاة لدى الوزارة.

وللوزارة إرشاد وتوجيه المنظمة نحو تصحيح إجراءات تأسيسها، واستيفاء أوراق التأسيس وإشهارها، وإذا لم تقم الوزارة بالرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إيداع الأوراق تثبت الشخصية الاعتبارية للمنظمة بقوة القانون، وهذا يُعدُّ تدعيماً للحرية النقابية، وفق نص المادة (102) من القانون ذاته.

وقد قررت محكمة التمييز الإدارية، في إشهار النقابات⁽⁵³⁾، أن المشرع قد جعل ميلاد النقابة قانوناً، واكتسابها الحق في ممارسة أعمالها، ومن ثم الحق في إشهارها في الجريدة الرسمية، رهيناً بتلك الإجراءات التي نص عليها المشرع، ومن ثم فوفقاً للحكم فإن «مناطق قبول الجهة الإدارية طلب الشهر والتزامها بإجرائه هو إتمام تلك الإجراءات، وإيداع هذه الأوراق مستوفاة، فإذا لم يتم الإيداع على هذا النحو، فإن ميلاد النقابة لا يكون قد نشأ بعد، ولا يكون هناك محل لإلزام الجهة بوجوب شهرها، لا يغير من ذلك ما رخصت به المادة (75) آتفة البيان للجهة الإدارية من الاعتراض على إجراءات تكوين النقابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إيداع الأوراق، وحق ذوي الشأن في تصحيحها في غضون خمسة عشر يوماً التالية؛ إذ إن محل ذلك أن تكون الإجراءات قد اتخذت فعلاً، وتم إيداع كامل الأوراق المطلوبة مستوفاة، وغاية الأمر أن عواراً شابها، أما القول بأن مجرد تقديم الطلب قبل مباشرة تلك الإجراءات وذلك الإيداع يترتب عليه

(53) الطعن رقم 543 لسنة 2012، بتاريخ 2015/6/17، الدائرة الإدارية، مجلة القضاء والقانون، س43، ج2.

وجود النقابة قانوناً ومن ثم الأحقية في طلب الشهر، فهو أمر يتأبى على المنطق القانوني وصراحة النص».

وهذه القيود الإجرائية تُطبّق على كل النقابات المشهرة وفقاً لأحكام قانون العمل الأهلي، سواء كانت في القطاع الأهلي أو الحكومي.

ثانياً: القيود الموضوعية

نقصد بالقيود الموضوعية تلك المتعلقة بموضوع وكيفية ممارسة الحق النقابي، فوفقاً للمادة (99) من قانون العمل في القطاع الأهلي، فإن الهدف من إنشاء النقابة هو مراعاة مصالح العمال وتمثيلهم، وبالتالي فإن لأعضاء النقابات الحق في حرية النشاط النقابي في حدود هذا الغرض، وتتمثل القيود الموضوعية في المحظورات المنصوص عليها في المادة (103) على العمال وأصحاب الأعمال والمنظمات عند تمتعهم بالحقوق النقابية «احترام كل القوانين السارية في الدولة شأنه شأن الجهات المنظمة، وأن يمارسوا نشاطهم في حدود الأهداف الواردة في النظام الأساسي للمنظمة من دون تجاوز الأهداف أو الخروج عليها». ومن ثم يعدد المحظورات في المادة (104) من القانون.

فالقيود الموضوعية للحرية النقابية قانونياً تتمثل في التالي:

- 1- الالتزام بالقوانين السارية في الدولة: تعتبر النقابات شخصاً اعتبارياً، وجزءاً من مؤسسات المجتمع المدني، وعليها أن تلتزم بكل القوانين السارية في البلاد.
- 2- الالتزام بحدود الأهداف الواردة في النظام الأساسي للنقابة: تحقيقاً للحرية النقابية، فإن القانون يمنح النقابة الحق في وضع نظامها الأساسي، مسترشدة بلوائح الوزارة المنظمة في هذا الشأن، فإذا ما وضعت هذا النظام، وتمت الموافقة عليه، فيجب أن تلتزم بحدوده.

- 3- عدم الاشتغال بالمسائل السياسية أو الدينية أو المذهبية: وبالتالي يجب على النقابات أن ينحصر نشاطها في حدود تمثيل مصالح الموظفين والدفاع عنها وفقاً للإجراءات والأطر التي حددها القانون، ولا يجوز لها الاشتغال بالمسائل السياسية أو الدينية أو المذهبية⁽⁵⁴⁾. وعلى الرغم من صراحة النص على عدم جواز الاشتغال بالمسائل السياسية بشكل عام، فإننا لا نرى أن ذلك مشروط بآلا يكون العمل السياسي يتعلق بالعمل النقابي؛ فهنا يكون من حق النقابة

(54) للمزيد عن العمل السياسي للنقابات، انظر: فلاح عبدالله المديرس، الدور السياسي للحركة العمالية في الكويت، مرجع سابق.

مباشرة المسائل السياسية المتعلقة بشؤونها، مثل أخذ رأي النقابات في القوانين المتعلقة بها، أو كأن يكون القانون يحد من النشاط النقابي⁽⁵⁵⁾.

4- عدم توظيف أموالها في مضاربات مالية، أو عقارية، أو غيرها من أنواع المضاربات.

5- عدم قبول الهبات والوصايا، إلا بعد علم الوزارة.

وقد قرّر القانونُ جزاءَ مخالفة هذه القيود الموضوعية والشكلية، وهو الحل القضائي الذي يكون بموجب حكم يصدر بناءً على طلب الوزارة المختصة بحل مجلس الإدارة تأسيساً على مخالفة المنظمة أحكام القانون أو النظام الأساسي، وفق فتوى سابقة لإدارة الفتوى والتشريع في الكويت⁽⁵⁶⁾.

ونلاحظ هنا أن المادة (108) بتقريرها الحل القضائي لا الإداري قد منحت النقابات ضمانه إجرائية تتمثل في أن حل مجلس إدارة النقابة لا يكون إلا عن طريق إقامة دعوى من الوزارة أمام المحكمة الكلية لتصدر حكماً بالحل عن طريق القضاء المختص، ويمكن استئناف حكم المحكمة خلال 30 يوماً، وضمانة موضوعية تتمثل في الرقابة القضائية على أسباب الحل، وثبوتها وتناسبها مع قرار الحل.

الفرع الثاني

الضوابط الخاصة بالحرية النقابية للموظف العام

الضوابط الخاصة بممارسة الحرية للموظف العام في دولة الكويت هي الضوابط والقيود المستخلصة من المركز القانوني للموظف العام النقابي؛ فبالإضافة إلى القيود العامة التي يخضع لها الموظف في الظروف العادية وغير العادية، عند ممارسته حقوقه السياسية بوصفه مواطناً عادياً، فهناك أيضاً قيود لازمة لصفته الوظيفية، وهي لا تحظر ممارسة الحق ذاته، ولكن تضع الممارسة في إطارها الصحيح المتوافق مع الواجبات الوظيفية.

وفي النظام القانوني الكويتي يمكن استخلاص هذه القيود من استقراء النصوص الحاكمة للموظف العام؛ فتكون تلك الضوابط مستخلصة - ابتداءً - من الشريعة العامة للموظف العام في دولة الكويت، المتمثل في المرسوم بقانون بشأن الخدمة المدنية رقم

(55) عبدالرحمن شحاتة محمد وسيد أبو ضيف أحمد، آليات العمل النقابي من المنظور التشريعي والسياسي المعاصر، المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية، جامعة السويس، مج 13، أبريل 2022، ص 332.

(56) فتوى إدارة الفتوى والتشريع، رقم 93/75/2 - 804 أبريل 1993.

15 لسنة 1979، بالإضافة إلى مدونة السلوك الوظيفي الصادرة في التعميم رقم 21 لسنة 2021 بشأن مدونة السلوك الوظيفي، ثم القيود المفروضة بشأن القواعد الحاكمة للعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية المقررة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (282/ ثانياً) بشأن النقابات في الوزارات والجهات الحكومية الصادر في تاريخ 30 مارس 2005، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: قيود مستخلصة من المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1997 بشأن الخدمة المدنية ونظامه بشأن ممارسة الموظف العام العمل النقابي

لم ينص المرسوم بقانون بشأن الخدمة المدنية في دولة الكويت نصاً صريحاً، أو ضمناً، على الحرية النقابية للموظف العام أو يُشِرُّ إليها، وكان الأساس القانوني لممارسة الموظف العام الحرية النقابية هو ما نص عليه الدستور في المادة (43)، ثم ما جرى تنظيمه في قانون العمل الأهلي رقم 6 لسنة 2010، مع اشتراط عدم مخالفته القوانين المنظمة للعمل في القطاع الحكومي، وقد جاء في حكم الاستئناف رقم 232751450، الصادر بجلسة 2024/3/19، الدائرة الإدارية الثالثة في الاستئناف المقيد برقم 2125/2023 إداري موظفين/4⁽⁵⁷⁾، بهذا الصدد بأن: «ممارسة العمل النقابي وما يصدر من النقابات لا يعلو على القانون والنظم والتعاميم المنظمة لمباشرة الاختصاص الوظيفي والمسؤولية التأديبية عن المخالفات التي يرتكبها الموظف في أثناء مباشرته هذا الاختصاص». وعليه تُستخلص هذه القيود ضمناً من الواجبات المفروضة على الموظف العام بموجب القانون والرسوم ومدونة السلوك الوظيفي، على النحو التالي:

1 - ألا تؤدي ممارسة العمل النقابي إلى الإخلال بواجب أداء الوظيفة العامة:

توجب المادة (24) من المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1979 بشأن الخدمة المدنية على الموظف أن يؤدي العمل المناط به، وأن يخصص وقت العمل الرسمي لأداء واجبات وظيفته؛ فيجب على الموظف أن يقوم بنفسه بالعمل المناط به، وأن يؤديه بأمانة وإتقان، وأن يلتزم بأحكام القوانين واللوائح، ويحافظ على كرامة الوظيفة، وأن كل موظف يُخل بواجبات وظيفته يُعاقب تأديبياً، وهذه العقوبات تتدرج تبعاً لجسامة الذنب الذي ارتكبه الموظف.

وعليه فإن ممارسة النشاط النقابي للمنتمين إلى النقابة، أو أعضاء مجلس الإدارة، يجب ألا يكون سبباً في الإخلال بواجبهم الرئيس في أداء العمل المناط بهم بأمانة وإتقان،

(57) حكم الاستئناف رقم 232751450 الصادر بجلسة 2024/3/19، الدائرة الإدارية الثالثة في الاستئناف المقيد برقم 2125/2023 إداري موظفين/4، غير منشور.

وإخلال الموظف النقابي بهذا الواجب الوظيفي قد يكون سبباً في استنهاض مسؤوليته التأديبية؛ فالسبب في القرار التأديبي بوجه عام: «هو إخلال الموظف بواجبات وظيفته، أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه سلباً أو إيجاباً، أو يسلك سلوكاً معيناً ينطوي على تقصير أو إهمال في القيام بعمله، أو في أداء واجبات وظيفته، أو خروج على مقتضياتها، أو إخلال بكرامتها، أو بالثقة الواجب توافرها فيمن يقوم بأعبائها»⁽⁵⁸⁾.

إنَّ واجب الموظف بأداء الوظيفة يستلزم ألا يؤدي النشاط النقابي إلى التأثير على أداء العمل، والتأثير على مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وإلا تسبب ذلك في إثارة مسؤوليته التأديبية.

ومثال ذلك أنَّ ممارسة الإضراب، من قِبَل الموظف العام، باعتباره وسيلة تعبير وضغط هو أحد مظاهر النشاط النقابي، وحق متفرع منها، شريطة ألا يؤدي ذلك إلى التأثير على سير العمل⁽⁵⁹⁾.

وقد حكمت محكمة التمييز، في تاريخ 2014/1/21، في الطعن رقم 730 عمالي، في مشروعية الإضراب في المرافق العامة، وفي هذا الحكم وازنت محكمة التمييز ما بين حق العاملين في المرافق العامة في الإضراب، ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وقضت بناء على ذلك بعدم مشروعية الجزاء التأديبي الذي تم توقيعه على أحد العاملين في شركة تتولى مرفق النقل العام بتهمة الحضر على الإضراب الجماعي من قبل سائقي الحافلات للمطالبة بحقوقهم المهنية، وهو ما لم يحرمه القانون، وبالتالي فإن مشاركته فيه - أو الحث عليه - لا يجيز فصله من العمل. وهذه المبادئ أيضاً ممكن تطبيقها على الموظفين العموميين، وإلا كان سبباً في إثارة مسؤوليته التأديبية⁽⁶⁰⁾.

2 - ألا تؤدي ممارسة العمل النقابي إلى مخالفة أوامر الرؤساء:

تنص المادة (24) من مرسوم الخدمة المدنية، في واجبات الموظف العام، على وجوب طاعة الرؤساء، وذلك يكون بأن: «ينفذ ما يصدر إليه من أوامر بدقة وأمانة، وذلك في حدود القوانين واللوائح والنظم المعمول بها». ويؤكد التعميم 21 لسنة 2024، الصادر بشأن مدونة السلوك الوظيفي في البند الخامس منها، والخاص بمسؤوليات الموظف تجاه عمله، ضرورة العمل بولاء لجهة العمل وطاعة الرؤساء، و«ألا يحاول إحباط، أو

(58) الحكم رقم 665 لسنة 2018، بتاريخ 2020/2/11، الدائرة الإدارية، المستحدث في المواد الإدارية، الإصدارات من الثالث عشر حتى الثامن عشر.

(59) بلال الصنديد، الإضراب في المرافق العامة بين الحرية الدستورية والتنظيم القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 1، ع 3، سبتمبر، 2013، ص 186.

(60) الطعن رقم 730 لسنة 2012 بتاريخ 2014/1/21، الدائرة العمالية، مجلة القضاء والقانون، س 42، ج 1.

الوقوف ضد السياسات والقرارات والإجراءات العامة...».

وواجب طاعة الرؤساء من الواجبات الإيجابية التي تتطلب من الموظف اتباع أوامر الصادرة من الرؤساء إذا كانت لا تخالف القوانين، فإذا كان الطلب يمثل مخالفة إدارية، وجب عليه طلب الأمر كتابياً قبل تنفيذه لتنتفي مسؤوليته، وإذا كان الطلب يمثل مخالفة جزائية وجب الامتناع عن ذلك⁽⁶¹⁾.

إن طبيعة النشاط النقابي تتطلب أن يواجه الموظف النقابي بعض التوجيهات التي قد تضر بمصلحة الموظفين، فينتقدها ويؤدي آراءه حولها، ويظل ذلك محدوداً في عدم تحول هذا النشاط النقابي إلى مخالفة أمر من أوامر الرؤساء في العمل، محافظة على استمرارية المرفق العام.

3 - ممارسة العمل النقابي في حدود المحافظة على الكرامة الوظيفية:

تنص المادة (42) على وجوب محافظة الموظف على كرامة الوظيفة، وأن يسلك في تصرفاته سلوكاً يتفق مع الاحترام الواجب، وأكدت مدونة السلوك أيضاً أن يحافظ على كرامة الوظيفة، وأن يسلك في تصرفاته سلوكاً يتفق والاحترام الواجب، وهذا النص يعني أن يقع على عاتق الموظف الامتناع عن كل ما من شأنه أن يعرض المرفق العام الذي يعمل فيه للانتقاد أو يلحق الضرر به، أو باستمرار أداء وظائفه نتيجة سلوكه⁽⁶²⁾.

4 - ألا تؤدي ممارسة العمل النقابي إلى استغلال الموظف وظيفته:

نجد أن المادة (25)، فقرة 4، تحظر على الموظف العام: «أن يستغل وظيفته لأي غرض كان، أو أن يتوسط لأحد، أو أن يوسط أحداً في شأن من شؤون وظيفته». ويجدر بنا هنا التساؤل عن مدى اعتبار دفاع الموظف النقابي عن حقوق الموظفين نوعاً من أنواع استغلال الوظيفة من عدمه، وما إذا كانت مشاركة الموظف في لجان المنازعات التي سبق أن عرضنا لها يُعدّ جائزاً، ونرى في ظل غياب النص الضامن لهذه المشاركة أنه لا يجوز للموظف العام أن يتوسط لأحد في شأن من شؤون وظيفته. إن قيام بعض الموظفين بممارسة مهام قيادية في النقابات يجب أن يكون في إطار الدفاع عن المصالح النقابية الوظيفية الجماعية للأعضاء، وألا يتعداه إلى تحقيق أهداف أخرى تحت ستار العمل النقابي⁽⁶³⁾.

(61) أحمد علي الشبلي، واجب طاعة أوامر الرؤساء كمصدر لإباحة أفعال الرؤوس، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ع55، 2022، ص408.

(62) عادل الطبلائي، واجب الموظف بالتحفظ في سلوكه العام، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج10، ع4، 1986، ص143.

(63) المرجع السابق، ص155.

5 - محافظة الموظف العام النقابي على الأسرار الوظيفية، وعدم إساءة استعمال المعلومات:

من أهم واجبات الموظف العام هو واجب المحافظة على الأسرار الوظيفية التي يكون قد وصل إليها بحكم وظيفته⁽⁶⁴⁾، ونجد أن المادة (25)، فقرة 4، تحظر أيضاً على الموظف العام: «أن يُدلي بأي معلومات عن الأعمال التي ينبغي أن تظل سرية بطبيعتها، أو وفقاً لتعليمات خاصة، أو أن ينشر ذلك بأي وسيلة إلا بإذن كتابي من الوزير، ويستمر هذا الحظر حتى بعد انتهاء الخدمة».

ويؤكد تعميم ديوان الخدمة المدنية رقم 21 لسنة 2021، بشأن توجيهات وإرشادات السلوك الوظيفي لموظفي الجهات الحكومية في الإفصاح وسرية المعلومات، أن على الموظف ألا يسيء استخدام المعلومات، وبالتالي فقد يطلع الموظف - بحكم وظيفته - على بعض المعلومات الخاصة بالعمل، فعليه ألا يُفشي هذه الأسرار الوظيفية بمناسبة نشاطه النقابي؛ فالغاية لا تبرر مخالفة هذا الواجب الوظيفي.

ومما سبق نجد أن الموظف العام، في مباشرته العمل النقابي، سواء كان منضماً إلى النقابة أو قيادياً فيها، فلا بد من أن يلتزم بواجباته الوظيفية؛ فالصفة النقابية لا تنفي الصفة الوظيفية للموظف، فتجب الموازنة بين المصلحة الخاصة للموظف في ممارسة حريته النقابية، والمصلحة العامة للمرفق العام، وإن كنا نتفق مع الرأي الفقهي⁽⁶⁵⁾ القائل بأن ممارسة النشاط النقابي المشروع، وهو النشاط الذي يكون في حدود الدفاع عن المصالح الجماعية للمنضمين إلى النقابة، من دون استغلال الوظيفة أو إساءة استعمال المعلومات أو تحقيق مآرب أخرى، ممكن اعتباره عذراً مخففاً للمسؤولية التأديبية، وليس إعفاء للموظف من واجباته الوظيفية بشكل كلي، ولكن يمكن أخذه بعين الاعتبار عند تقدير المسؤولية التأديبية للموظف النقابي⁽⁶⁶⁾.

ثانياً: القواعد الحاكمة للعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية المقررة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (282 / ثانياً) الصادر بتاريخ 30 مارس 2005

مع ازدياد النشاط النقابي للموظفين العموميين، وتكرار المواجهة ما بين السلطات العامة الإدارية والموظفين، فيما يتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، أصدر مجلس

(64) خالد لفته شاكر الزبيدي، التزام الموظف العام بكتمان أسرار الوظيفة العامة في القانون الأردني: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج36، ع3، 2012، ص542.

(65) رأي عادل الطيباني.

(66) عادل الطيباني، مرجع سابق، ص194.

الوزراء تعميمًا خاصًا بالقواعد الخاصة بالعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية، ويمثل التعميم المذكور النصَّ الخاصَّ المقيدَ للشرعية العامة في ممارسة العمل النقابي، والمتمثل في قانون العمل في القطاع الأهلي، وبناء عليه فالقواعد هي التالية:

1 - عدم جواز تدخل النقابة في السلطة التأديبية للجهة العامة:

حدّد مرسوم ونظام الخدمة المدنية السلطات التأديبية، وهي سلطات الإحالة على التحقيق، وسلطة توقيع العقوبة التأديبية على وجه الحصر، فوفقاً لنص المادة (1/56) من نظام الخدمة المدنية «تكون سلطة إحالة الموظفين من شاغلي الوظائف القيادية والعامة على التحقيق بقرار من الوزير». بينما قررت الفقرة الثانية من المادة ذاتها: «وتكون الإحالة بقرار من وكيل الوزارة بالنسبة إلى شاغلي الوظائف الأخرى».

أما سلطة توقيع العقاب فهي تختلف وفق مجموعة الوظائف ونوع العقوبة، كما هو مقرر في قانون ونظام الخدمة المدنية، ويوجب مرسوم إنشاء الدائرة الإدارية رقم 20 لسنة 1981 التظلم من العقوبات التأديبية قبل التقدم بطلبات إلغائها قضائياً. ووفقاً للتعميم فلا يجوز للنقابة أن تتدخل في سلطة الجهة في الإحالة على التحقيق من عدمه، أو في نوعية العقوبة أو في التظلم منها.

2 - عدم جواز تدخل النقابة في أعمال لجنة شؤون العاملين:

لجنة شؤون العاملين هي لجنة تشكل بقرار من الوزير وفق نص المادة (27) من نظام الخدمة المدنية، وقررت النصوص من (27) إلى (30) أحكام لجنة شؤون الموظفين، ولم تقرض هذه النصوص أي تمثيل للنقابات في هذه اللجنة، وأكد التعميم على عدم جواز تدخل النقابة في أي عمل من أعمال هذه اللجنة.

3 - عدم تدخل النقابة في الاختصاصات المقررة للسلطات القيادية:

يقرر مرسوم الخدمة المدنية عدداً من الاختصاصات للسلطات القيادية، مثل الاختصاصات المقررة بتوقيع العقوبات التأديبية للوزير ووكيل الوزارة، ووفقاً للتعميم يجب على النقابات احترام الاختصاص الوظيفي داخل الجهة الحكومية، وعدم التدخل في هذه الاختصاصات.

4 - عدم جواز طلب استثناء بعض الموظفين من الواجبات والمحظورات:

لا تملك النقابة الصفة بطلب استثناء أي موظف من الموظفين من الواجبات والمحظورات التي ينص عليها المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1997، ومدونة السلوك الوظيفي رقم 21 لسنة 2021، أو أي لوائح وتعاميم تفرض على الموظفين واجبات ومحظورات.

5 - عدم جواز أخذ إجازة تفرغ نقابي:

عُدَّ مرسومُ الخدمة المدنية الإجازات التي تُمنح للموظف العام في المواد من (35) إلى (53) من نظام الخدمة المدنية، وعليه فلا يجوز للموظف العام التمتع بأي إجازة تفرغ نقابي باعتبار أنَّ هذه الإجازة غير منصوص عليها في نظام الخدمة المدنية.

6 - الصفة النقابية لا تحجب الصفة الوظيفية:

إنَّ مخالفة الواجبات الوظيفية من عضو النقابة أو المساس بالمركز الوظيفي تستلزم توقيع جزاء عليه، بغض النظر عن صفته النقابية، بحسبان أن ليس له حصانة أمام جهة عمله في مخالفته الوظيفية، وبالتالي فإنَّ للجهة الإدارية اتخاذ الإجراءات التأديبية في حق رئيس مجلس إدارة النقابة العمالية بحسابه موظفاً عاماً. وعلى موظف النقابة أن يراعي - في مباشرته مهامه النقابية - الدفاع عن حقوق أعضاء النقابة، بما لا يُخل بالأحكام التي تنظم شؤونهم الوظيفية.

هذا بالنسبة إلى القيود والضوابط في النظام القانوني الكويتي، أما بالنسبة إلى القيود والضوابط في النظام القانوني الفرنسي؛ فنلاحظ أنَّ المشرع الفرنسي بعد أن أقر الحرية النقابية، اشترط أن تُمارس هذه الحرية بموجب التنظيم المنصوص عليه في الكتاب الثاني من القانون ذاته، وقد أقرَّ المشرع ابتداءً أنَّ الصفة النقابية لا تمنع الصفة الوظيفية، وذلك باعتبار أنَّ الموظف العام النقابي محتفظ بصفته الوظيفية باعتباره موظفاً مدنياً، أو متعاقدًا مع الإدارة، واشترط المشرع كفالة حق المساواة بين الرجال والنساء في التمثيل النقابي في المادة (L211-4).

ولم يضع المشرع الفرنسي قيوداً خاصة لممارسة الحرية النقابية، واكتفى بأن تكون ممارسة الحرية النقابية بما لا يتعارض مع تنظيم الخدمة العامة في القانون الذي وضع العديد من الالتزامات العامة على الموظف العام، مثل واجب أداء الوظيفة بحياد ونزاهة وعلمانية، مع وجوب منع أي حالة تضارب مصالح بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة للموظف، والالتزام بالسرية المهنية، وواجب طاعة الرؤساء... وغيرها من الواجبات العامة⁽⁶⁷⁾.

فَيتمتع الموظفون العموميون في فرنسا بحق ممارسة الحرية النقابية، الذي أصبح مبدأً دستورياً، ويراقب القضاء كفالة هذا الحق بالموازنة مع مبدأ استمرارية المرفق العام، وذلك من خلال الرقابة على القيود المفروضة على الحرية النقابية؛ بحيث تكون دائماً

(67) Mes droits et obligations | Le portail de la fonction publique.

ضرورية ومقيّدة بمصلحة المرفق العام⁽⁶⁸⁾.

وفي حكم للمجلس الدستوري الفرنسي، بتاريخ 2021/12/10، في الطعن رقم 956 لسنة 2021⁽⁶⁹⁾، أرسى المجلس الدستوري الضمانات المتعلقة بالحرية النقابية للموظفين العموميين، ووفق ما بين هذه الحرية وانتظام واستمرارية المرفق العام، فقد نظر المجلس الدستوري في طعن دستوري مرفوع من نقابات عمالية في الوظيفة العامة، والذي طعن في مدى دستورية بعض أحكام الفقرة 3 من المادة (8) من قانون 13 يوليو 1983 المتعلق بحقوق وواجبات الموظفين العموميين، بعد تعديلها بنصوص المرسوم رقم 2021-174 الصادر في 17 فبراير 2021 بشأن التفاوض والاتفاقيات الجماعية في الوظيفة العامة.

أتاحت التعديلات الأخيرة إمكان أن تكتسب بعض الاتفاقيات الجماعية في الوظيفة العامة قوة قانونية ملزمة في مجالات محددة، ولكنها فرضت شروطاً على توقيع ومراجعة وإنهاء هذه الاتفاقيات، منها ضرورة تمثيل النقابات التي توقع على الاتفاقيات لأكثر من 50% من الأصوات في الانتخابات المهنية، وقد اعتبر الطاعنون أن هذه المواد التي تمنع النقابات التي لم توقع على الاتفاقية الأصلية من طلب مراجعتها أو إنهاؤها، تمثل انتهاكاً للحرية النقابية وحقوق المشاركة في التفاوض الجماعي، حيث يحصر حق المراجعة والإنهاء في النقابات الممثلة فقط، ولكن المجلس الدستوري درس هذه الأحكام في ضوء المبادئ الدستورية المتعلقة بالحرية النقابية المنصوص عليها في الفقرة السادسة من ديباجة دستور 1946، وحقوق المشاركة الجماعية المنصوص عليها في الفقرة الثامنة من الديباجة ذاتها، مع الموازنة ما بين هذه الحرية ومتطلبات الوظيفة العامة.

تأكد المجلس ابتداءً من أن من اختصاص المشرع وصلاحياته وضع قواعد تضمن مشاركة النقابات في تحديد شروط العمل، وأن التنظيم القانوني لشروط التمثيل النقابي للنقابات والتفاوض الجماعي يندرج ضمن صلاحيات المشرع في التنظيم مادام أن هذا التنظيم لا يحظر النقابات كلياً من المشاركة؛ فالنصوص المطعون فيها لا تحظر كلياً النقابات غير الموقعة على الاتفاقية من المبادرة إلى مراجعة الاتفاقية، أو التفاوض على اتفاق جديد وفقاً لأحكام أخرى في القانون (المادة 8-5)، وإنما تضع شروطاً بأن النقابات التي وقعت على الاتفاقية، وتمثل الأكثرية فقط، هي التي لها الحق في فسخ الاتفاقيات الجماعية - جزئياً أو كلياً - في الوظيفة العامة، وهذا الشرط الهدف منه هو استقرار

(68) Fonction publique: l'encadrement de la liberté d'exercice syndicale par l'employeur - Le Blog GERESO.

(69) Décision n° 2021-956 QPC du 10 décembre 2021 - Décision de renvoi CE | Conseil constitutionnel.

الاتفاقيات الجماعية في الوظيفة العامة لضمان استقرار المرفق العام وانتظامه⁽⁷⁰⁾.

ومن هنا نجد أن المجلس الدستوري أكد أن القيود على الحرية النقابية تكون مبررة إذا كانت مرتبطة باستمرارية المرفق العام وانتظامه، وبشرط ألا يؤدي التنظيم إلى الحظر المطلق للحرية النقابية ذاتها.

وكان للقضاء الإداري في فرنسا أيضاً دور أساسي في ضمان الحرية النقابية للموظف العام⁽⁷¹⁾، ورقابة القيود المفروضة عليها ومشروعيتها، من خلال العديد من الأحكام، فابتداءً أقرَّ القضاء أنَّ حرية الموظف العام النقابية من الحريات الأساسية التي يجب على الإدارة مراعاتها، وفي ذلك أقرَّ مجلس الدولة أنَّ منع ممثل النقابة من الدخول إلى مبنى النقابة، في أثناء إجازته الرسمية مع الطلب منه تسليم مفاتيح لوحة الإعلانات النقابية، يمثل انتهاكاً لممارسة حريته في تكوين الجمعيات، حتى إن كان الأخير في إجازة، فإنَّ مثل هذا القرار ليس أمراً داخلياً توجيهاً لا يمكن الطعن فيه، ولكن يمثل قراراً يمكن الطعن فيه قضائياً، على اعتبار أنَّ الحرية النقابية هي إحدى الحريات الأساسية⁽⁷²⁾.

لا يكفي القاضي بالتأكد من أن الإدارة قيدت ممارسة الحق النقابي بناءً على ضرورة مرتبطة بالمرفق العام، بل يتطلب أيضاً توضيح نطاق هذا القيد، وأن يستند إلى ضرورة مثبتة ومبررة مرتبطة بالمرفق العام واستقراره واستمراريته، وبالتالي فلا يمكن للإدارة رفض حق نقابي لمصلحة موظف عام، إذا لم يكن ذلك مرتبطاً بمبرر محدد ومثبت وضروري مرتبط بمصلحة المرفق العام ذاته⁽⁷³⁾.

وفي وضع القيود والضوابط لممارسة هذا الحق، أقرَّ مجلس الدولة الفرنسي أنه، وإنَّ كان الموظفون العموميون الذين يمارسون مهام نقابية يتمتعون بحرية التصرف والتعبير التي تمكنهم من ممارسة حقهم في الدفاع عن مصالح الموظفين الذين يمثلونهم، فإنَّ هذه الحرية يجب التوفيق بينها وبين احترام قوانين المرافق العامة التي تحكم ممارسة الحق في الحرية النقابية في المرافق العامة وحسن سيرها وسلامتها، وكان ذلك بمناسبة إصدار قرار بالفصل لموظف عام نقابي يعمل في البريد؛ لقيامه بالتحدث - بشكل جماعي - إلى الموظفين من دون إذن في أثناء ساعات العمل، كما أنَّه رفض الامتثال لأوامر مدير البريد؛ مما أثر على حسن أداء والخدمة في المرفق العام وعلى أداء مهامه⁽⁷⁴⁾.

(70) Commentaire de la décision 2021-956 QPC | QPC360

(71) B. Boublil L'évolution du droit syndical en jurisprudence depuis la loi du 28 août 2008 Gaz. Pal. 2010, n° 78-79, p.30.

(72) Conseil d'État, 9ème - 10ème chambres réunies, 10/12/2021, 440458 - Légifrance.

(73) Conseil d'Etat, 9 SS, du 8 mars 1996, 150786, inédit au recueil Lebon - Légifrance

(74) Conseil d'État, 2ème - 7ème chambres réunies, 30/12/2021, 445128 - Légifrance

كما أقر القضاء الإداري بحق السلطة الإدارية في أن ترفض جزئياً الطلب المقدم إليها من نقابة العمال، عندما يتعارض الطلب مع متطلبات تشغيل المرافق العامة واستمراريتها⁽⁷⁵⁾. وفيما يتعلق بممارسة حق الإضراب، فإن الاعتراف بحق الإضراب لا يعني استبعاد القيود الواجب فرضها على هذا الحق كما على غيره من الحقوق، وذلك لتجنب التعسف في استعمال حق الإضراب على حساب المصلحة العامة، واستمرارية أداء المرفق العام لمهامه⁽⁷⁶⁾ كشرط إخطار الإدارة بموعد الإضراب وتوقيته وأسبابه.

وفي التوفيق بين حرية التعبير النقابي وواجبات الموظف العام، أقر القضاء أنه إذا كان لا بد من التوفيق بين مدى الالتزام بالسلطة التقديرية الملقاة على عاتق موظفي الخدمة المدنية وحرية التعبير المرتبطة بممارسة وظيفة نقابية، فإن ذلك لا يكون إلا بقدر ما يكون الهدف من التعبير المعني هو الدفاع عن المصالح المهنية، الفردية أو الجماعية لأعضاء النقابة وعليه، فإن الممثل النقابي الذي ندّد في إحدى الصحف بشبكة التقييم الموزعة داخل إدارة السجن، والمفروضة على موظفي السجن من دون الحصول على إذن من رؤسائه قبل أن يعبر عن ذلك، لم يرتكب أي سوء يشكل مخالفة تأديبية، وتتعلق ملاحظاته بالدفاع عن المصالح المهنية للضباط المعنيين، من دون تجاوز الحدود التي يجب على موظفي الخدمة المدنية ونقاباتهم احترامها، بسبب واجبهم في الاحتياط⁽⁷⁷⁾.

وفي التأكيد على الامتيازات النقابية، وموازنتها مع متطلبات المرافق العامة، فلا يجوز إلغاء القرار الذي يجيز الإجازة لأسباب نقابية إلا لأسباب تتعلق باحتياجات عمل المرفق العام، والتي يجب التوفيق معها بين ممارسة الحقوق النقابية في الخدمة العامة⁽⁷⁸⁾.

ويظل الموظف العام الذي يعمل بصفة نقابية خارج مؤسسته خاضعاً للقواعد التي تحكم ممارسة الحقوق النقابية والحق في الإضراب، ولالتزاماته الأخلاقية والقيود المتصلة بسلامة الخدمة وحسن أدائها⁽⁷⁹⁾.

ونلاحظ هنا أن النظام القانوني الفرنسي قد كرّس الحرية النقابية للموظف العام، ونصّ عليها باعتبارها حقاً أصيلاً من حقوق الموظف؛ حيث نص القانون، ابتداءً، على

(75) CAA de BORDEAUX, 2ème chambre - formation à 3, 26/06/2018, 16BX02998, Inédit au recueil Lebon - Légifrance

(76) Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 27/04/2021, 440254, Inédit au recueil Lebon - Légifrance

(77) CAA de BORDEAUX, 3ème chambre, 14/12/2020, 18BX03178, Inédit au recueil Lebon - Légifrance

(78) Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 10/10/2022, 460776 - Légifrance.

(79) Conseil d'État, 2ème - 7ème chambres réunies, 30/12/2021, 445128 - Légifrance.

حريات الموظف العام، ومنها حريته النقابية ابتداءً، ثم وضع فصلاً خاصاً للتفصيل في كيفية ممارسة هذه الحرية وتعزيزها بنصوص واضحة.

أما بالنسبة إلى القيود فلم ينص المشرع الفرنسي على قيود خاصة للحرية النقابية للموظف العام، عدا ما نص عليه ابتداءً من ضرورة أن تكون ممارسة هذه الحرية في إطار قانون الوظيفة العامة بالالتزام بواجبات الموظف العام المنصوص عليها، وكفالة حق المساواة بين الرجال والنساء في التمثيل النقابي، ثم جاء القضاء الإداري الفرنسي ليؤكد أن ممارسة الحرية النقابية للموظف العام تكون بالتوفيق المستمر بين واجبات الموظف العام أولاً، والمبادئ الحاكمة للمرافق العامة، وأهمها مبدأ ضمان استمرارية الخدمة العامة؛ بحيث لا تؤدي ممارسة الحرية النقابية للموظف العام النقابي إلى التأثير على مبادئ الخدمة العامة.

أما بالنسبة إلى النظام القانوني في دولة الكويت، فمن الملاحظ أنه لم ينص على امتيازات معززة للحرية النقابية للموظف العام، كما هي الحال في النظام القانوني الفرنسي. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في الفرع الأول، وعلى الرغم من ذلك فقد نص على العديد من المحظورات على هذه الحرية؛ ما يجعل الأصل هو التقييد، والاستثناء هو منح الضمانات المعززة لهذه الحرية للموظف العام.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث الإجابة عن إشكالية التنظيم القانوني للحرية النقابية للموظف العام، وتحديد ضوابطها في النظام القانوني الكويتي، في ظل غياب نص قانوني مُحدّد لهذه الضوابط، وذلك من خلال اتباع المنهج التحليلي للنصوص المنظمة للحرية النقابية في النظام القانوني الكويتي، مع الإشارة إلى القانون الفرنسي عند الاقتضاء في بعض المواضع.

فتناولنا في المطلب الأول ماهية الحرية النقابية للموظف العام، وذلك من خلال التعريف بالحرية النقابية للموظف العام عمومًا، والقيمة القانونية لهذه الحرية، من خلال تحليل المصادر الخارجية والداخلية لهذه الحرية في النظام القانوني الكويتي، وذلك قبيل الانتقال إلى عناصر الحرية النقابية ومكوناتها ومقارنتها بالنظام القانوني الفرنسي.

وبعد تحديد ماهية الحرية النقابية للموظف في النظام القانوني الكويتي، انتقلنا إلى تحديد ضوابط الحرية النقابية للموظف العام في المطلب الثاني، وذلك من خلال تحديد الضوابط العامة للحرية النقابية، سواء كانت ضوابط إجرائية أو موضوعية، وصولاً إلى الضوابط الخاصة للحرية النقابية للموظف العام في الوزارات والجهات الحكومية، والمستخلصة من النصوص المتناثرة المنظمة لهذه الحرية النقابية في الكويت، ومقارنتها بالنظام القانوني الفرنسي.

وفي ضوء ذلك فقد انتهينا إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

1- يتفق كل من النظام القانوني الكويتي والفرنسي على اعتبار أنّ الحرية النقابية حرية ذات قيمة دستورية، ويختلف كل من النظامين في كيفية تنظيمها، فبينما اكتفى النظام القانوني الكويتي، على اعتبار أنّ الحرية النقابية مطبقة على العمال في القطاع العام، وذلك في قانون العمل في القطاع الأهلي رقم 6 لسنة 2010، من دون أن ينظم هذه الحرية بشكل واضح في مرسوم الخدمة المدنية رقم 15 لسنة 1979؛ فقد نص قانون الخدمة المدنية الفرنسي - بشكل واضح - على هذه الحرية، باعتبارها من الحريات الأساسية للموظف العام ونظمها تفصيلياً.

2- يتضمن مبدأ الحرية النقابية للموظف العام، بشقها الجماعي، على مبدأ التنظيم النقابي ذاته، ومبدأ تعدد النقابات، بالإضافة إلى مبدأ إنشاء الاتحادات العامة،

وقد تمّ تكريسها في دولة الكويت، من خلال نصوص قانون العمل الأهلي رقم 6 لسنة 2010، ولا يوجد ما يتعارض معها في مرسوم الخدمة المدنية ونظامها، بينما كرسها النظام الفرنسي بعدة نصوص في قانون الخدمة العامة.

3- تتضمن الحرية النقابية للموظف العام، في شقها الفردي، حرية العامل في الانضمام إلى النقابة، وحرية في عدم الانضمام، وفي الانسحاب من النقابة. وفي النظام القانوني الكويتي تعدّ ضمانات دستورية نصت عليها المادة (43) من الدستور، وقد أكدت عليها المادتان 5 و6 من القرار الوزاري رقم 146 لسنة 2015، بشأن اللائحة التنفيذية الاسترشادية للنظام الأساسي للنقابة، أما في النظام الفرنسي فهي ضمانات دستورية، وقد كرسها المشرع أيضاً.

4- لا تنطبق كل الامتيازات النقابية المنصوص عليها في قانون العمل الأهلي على الموظف العام في دولة الكويت؛ لتعارض طبيعتها مع طبيعة الخدمة المدنية، فإذا كان قانون العمل الأهلي يمنح النقابة حق التمثيل النقابي في العقد الجماعي والمفاوضات الجماعية، فإنّ ذلك لا ينطبق بطبيعته على الموظف العام في دولة الكويت.

5- لم ينص مرسوم الخدمة المدنية، ونظامه في دولة الكويت، على أي تنظيم لحق النقابة في التمثيل القضائي لمصلحة أعضائها، والحق في الطعن في القرارات الفردية والتنظيمية، ونلاحظ التمييز بين المصلحة الفردية والجماعية في تلك القرارات، فيجوز لها الطعن في القرارات التنظيمية ذات المصلحة الجماعية فقط، دون القرارات الفردية، مثل النقل والترقية.

6- كرس المشرع الفرنسي - بوضوح - في قانون الخدمة العامة حق النقابات في التمثيل القضائي، وفقاً لنص المادة (L113-2) فإنّه يمكن للنقابات التي تمثل الموظفين العموميين اتخاذ الإجراءات القانونية. ويجوز لهم الطعن أمام المحاكم المختصة في القرارات التنظيمية المتعلقة بوضع الموظفين، وفي القرارات الفردية التي تؤثر على المصالح الجماعية للموظفين العموميين.

7- لا يجوز في النظام القانوني الكويتي منح الموظف العام إجازة تفرُّغ نقابي، أو أي إجازة ذات علاقة بالعمل النقابي، على اعتبار أنّ العمل النقابي عمل تطوعي وفقاً لتعميم مجلس الوزراء بشأن قواعد العمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية، بينما للموظف العام في النظام القانوني الفرنسي الحق في إجازات مدفوعة الأجر لا تُحتسب من مدد الإجازات السنوية لممثلي النقابات القانونية

المعتمدة، وذلك لحضور المؤتمرات العمالية، وكذلك اجتماعات الهيئات الإدارية للنقابات (L214) من قانون الخدمة العامة.

8- يتباين كلٌّ من النظامين في حق الموظف العام النقابي بالمشاركة في اللجان المشتركة؛ ففي دولة الكويت - وفقاً لتعميم مجلس الوزراء - فيما يتعلق باللجان المشتركة والمنصوص عليها في قانون ومرسوم الخدمة المدنية، فلا يجوز إشراك ممثلي النقابات فيها بصفاتهم النقابية؛ لعدم جواز ذلك قانوناً، أما بالنسبة إلى بقية اللجان التي لا تنحصر في ممثلي الوزارة، فللوزير السلطة التقديرية في إشراك ممثلي النقابات، ولا إلزام تشريعي عليه في ذلك. أمّا في فرنسا، فلممثلي النقابات مقاعد تمثيلية بحكم القانون في اللجان المتعلقة بالوظيفة العامة، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (2-242L) من قانون الوظيفة العامة الذي يُوجب تعيين ممثلي النقابات التي تمثل الموظفين العموميين في المجلس المشترك للخدمة المدنية.

9- عدم الإشارة إلى الحق النقابي في مرسوم الخدمة المدنية أدى إلى تضارب الآراء وتباين العقوبات وشدتها بشأن المسؤولية التأديبية لأعضاء النقابات.

10- تعدُّ ممارسة العمل النقابي عذراً مخففاً في إطار المسؤولية التأديبية، وليست سبباً لإباحة مخالفة الواجبات الوظيفية.

11- حدود ممارسة الموظف العام النقابي في دولة الكويت الحرية النقابية تجد مصادرها في قانون العمل الأهلي، باعتباره الشريعة العامة للحرية النقابية في دولة الكويت، بالإضافة إلى تعميم مجلس الوزراء الخاص بقواعد ممارسة الحرية النقابية في الوزارات والجهات الحكومية، وعليه تكون تلك الضوابط كالتالي:

أ - وجوب الالتزام بكل القيود الإجرائية الخاصة بتشكيل النقابات المنصوص عليها في قانون العمل في القطاع الأهلي رقم 6 لسنة 2010.

ب - التزام النقابة في ممارستها نشاطها بالقوانين السارية، وكذلك بحدود الأهداف الواردة في النظام الأساسي للنقابة، وعدم الاشتغال بالمسائل السياسية والدينية والمذهبية، وعدم توظيف أموالها في مضاربات مالية أو عقارية... أو غيرها من المضاربات، وعدم قبول الهبات والوصايا إلا بعد علم الوزارة.

ج - ألا تؤدي ممارسة الموظف العام النشاط النقابي إلى الإخلال بواجب أداء الوظيفة العامة، ومخالفة أوامر الرؤساء، أو المساس بالكرامة الوظيفية، أو استغلال الوظيفة العامة، وإفشاء أسرارها.

د - الالتزام بعدم تدخل الموظف العام النقابي في السلطة التأديبية، أو في اختصاصات السلطات القيادية، مع وجوب عدم طلب استثناء أي موظف نقابي من الواجبات والمحظورات الوظيفية.

12- حدود ممارسة العمل النقابي في فرنسا تجد مصادرها في نصوص قانون الخدمة المدنية العامة الذي أكد أن الموظف العام النقابي هو موظف عام، فيجب عليه الالتزام بكل الواجبات الوظيفية المنصوص عليها، وقد جاءت الأحكام القضائية لتضع مبادئ هذه الحرية، وعليه تكون ضوابط ممارسة الحرية النقابية في فرنسا هي كالتالي:

أ - وجوب التوفيق بين حرية الموظف العام النقابي وواجباته الوظيفية في أثناء ممارسته النشاط النقابي.

ب - وجوب التوفيق بين الحرية النقابية ومبادئ المرافق العامة، فيجب أن تمارس الحرية النقابية بقدر لا يتعارض مع مبدأ حياد الخدمة العامة واستمراريتها ومبدأ المساواة.

13- كان النظام القانوني الفرنسي أكثر حرصاً على الحرية النقابية للموظف العام من النظام الكويتي؛ ففي حين أكد المشرع الفرنسي، في صدر قانون الخدمة المدنية، على الحرية النقابية للموظف العام، وعزز هذه الحرية بالعديد من الضمانات النقابية، وجعل للقضاء السلطة التقديرية في تحديد الضوابط، لم يأت النظام القانوني الكويتي على أي ذكر للحرية النقابية في مرسوم الخدمة المدنية ونظامه، واكتفى بتنظيم بعض المحظورات من خلال تعميم مجلس الوزراء بشأن القواعد الحاكمة للنشاط النقابي في الوزارات والجهات الحكومية، فجعل الأصل هو القيد، والاستثناء هو الحرية، على خلاف الأصل العام.

ثانياً: التوصيات

1- نوصي المشرع بإنهاء حالة التناثر التشريعي لحرية الموظف العام النقابي في دولة الكويت، من خلال إيجاد نص خاص جامع لكل الأحكام، مانع لتضارب

الأحكام في فهم وتفسير الحرية النقابية للموظف العام في دولة الكويت، على غرار التجربة الفرنسية.

2- نوصي بتعديل مرسوم الخدمة المدنية، وذلك من خلال النص، ابتداءً، على الحريات والحقوق الخاصة بالموظف العام، مثل الحرية النقابية والحقوق المرتبطة بها، ومثل الحق في التعبير والحق في الإضراب، وتنظيمها بالاستفادة من التجربة الفرنسية في ذلك.

3- نوصي بالنص على منح النقابات حق التمثيل القضائي بالنسبة إلى الطعن في اللوائح والقرارات التنظيمية في الوزارات والجهات الحكومية.

4- نوصي بمنح الموظف العام إجازة مدفوعة الأجر للتفرغ النقابي، على أن تكون تلك الإجازة مشروطة بالإذن المسبق من الإدارة، ولعدد محدود من موظفي الإدارة، بما لا يُخل بأداء المرفق العام.

5- منح الموظف العام النقابي الحق في التمثيل في اللجان المشتركة، وذلك ضماناً للدفاع عن مصالح الموظفين العموميين ومصالحهم، ولتحقيق حوار بين كل الأطراف في شأن الوظيفة العامة على غرار التجربة الفرنسية.

6- نوصي القضاء بأن يكون له دور فعال في إيجاد مبادئ ممارسة هذه الحرية، من خلال الموازنة الدائمة بين مصلحة الموظف العام في ممارسة حريته النقابية والمصلحة العامة في حسن سير المرفق العام، وضمان أداء الخدمة لجميع المنتفعين من المرافق العامة بجوده ونزاهة واستمرارية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب القانونية

- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، ذات السلاسل، دولة الكويت، 1980.

2- الرسائل الجامعية

- بخيت مفلح الخلايلة، النظام القانوني لتأديب أعضاء النقابات المعنية: دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2016.
- محمد أحمد إسماعيل، مبدأ الحرية النقابية للمنظمات العمالية: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982.

3- البحوث العلمية

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التنظيم القانوني لعلاقات العمل الجماعي وفقاً للقانون الكويتي في ضوء القانون المقارن والقانون الدولي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 18، ع 3، (1994).
- الحاج عيد وإبراهيم بديع حسني، عقد العمل الفردي والجماعي في الأردن، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، العراق، س 10، ع 2، (2020).
- أحمد علي الشبلي، واجب طاعة أوامر الرؤساء كمصدر لإباحة أفعال الرؤوس، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ع 55، (2022).
- أسماء زايد، منازعات المرافق العامة المهنية - منظمة المحامين أنموذجاً، مجلة التكامل، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ع 4، (2018).
- بلال عقل الصنديد، الإضراب في المرافق العامة ما بين الحرية الدستورية والتنظيم القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 1، ع 3، سبتمبر 2013.

- هيثم حامد المصاروة، التفرغ للعمل النقابي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، ع117، (2011).
- محمد أنس قاسم جعفر، الموظف العام وممارسة العمل النقابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، ع59، س1، (1986).
- عادل الطبطباي، واجب الموظف بالتحفظ في سلوكه العام، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج10، ع4، 1986.
- عبدالرحمن شحاتة محمد وسيد أبو ضيف أحمد، آليات العمل النقابي من المنظور التشريعي والسياسي المعاصر، المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية، جامعة السويس، مج13، أبريل 2022.
- علي محمد رضا يونس، التنظيم القانوني للحق النقابي، مجلة دراسات إقليمية، مركز الدراسات الإقليمية، جامعة الموصل، العراق ع43، يناير 2020.
- فلاح عبدالله المديرس، الدور السياسي للحركة العمالية في الكويت (1964 - 1992)، شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين، الشارقة، مج11، ع27، 1994.
- صقر عيد فارس فالح، الحرية النقابية للموظف العام في دول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج42، ع3، 2018.
- شواخ بن محمد الأحمد، المفاوضة الجماعية ودورها في تسوية نزاعات العمل الجماعية: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون العالمية، مج9، ع3، 2021.
- شملان يوسف العيسى، الحركة النقابية في الكويت .. المشاكل والتوقعات (1964 - 1989)، شؤون اجتماعية، جمعية الاجتماعيين، الشارقة، مج9، ع95، 1995.
- خالد لفته شاكر الزبيدي، التزام الموظف العام بكتمان أسرار الوظيفة العامة في القانون الأردني: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج36، ع3، 2012.

ثانياً: باللغة الأجنبية

- B. Boubli L'évolution du droit syndical en jurisprudence depuis la loi du 28 août 2008 Gaz. Pal. 2010, n° 78-79.

- F. Colin, La situation des organisations syndicales non représentatives dans la fonction publique AJFP mars-avr. 2010.
- J. Savatier, La notion de représentativité des syndicats en droit français, Les Cahiers de droit, Vol.9, Iss.3, (1968). <https://doi.org/10.7202/1004508ar>.
- M. Balluteau L'exercice du droit syndical dans la fonction publique Rev. adm., 1984.
- Yves Gaudement, Droit administratif, LGDG, Lextenso éditions, Paris, 2024.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	223
المقدمة	225
المطلب الأول: التنظيم القانوني للحرية النقابية للموظف العام	229
الفرع الأول: ماهية الحرية النقابية وقيمتها القانونية	229
أولاً: التعريف بالحرية النقابية وموقف الفقه منها	229
ثانياً: الحرية النقابية للموظف العام	233
الفرع الثاني: مكونات الحرية النقابية	237
أولاً: مضمون مبدأ الحرية النقابية	237
ثانياً: الامتيازات النقابية	241
المطلب الثاني: ضوابط الحرية النقابية للموظف في الجهات الحكومية	248
الفرع الأول: الضوابط .. الحدود العامة للحرية النقابية	249
أولاً: القيود الإجرائية	249
ثانياً: القيود الموضوعية	251
الفرع الثاني: الضوابط الخاصة بالحرية النقابية للموظف العام	252
أولاً: قيود مستخلصة من المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1997 بشأن الخدمة المدنية ونظامه بشأن ممارسة الموظف العام العمل النقابي	253
ثانياً: القواعد الحاكمة للعمل النقابي في الوزارات والجهات الحكومية المقررة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (282 / ثانياً) الصادر بتاريخ 30 مارس 2005	256
الخاتمة	263
قائمة المراجع	268

النموذج القانوني للمساهمة المدنية التبعية

دراسة تأصيلية في ضوء النظامين القانونيين الأمريكي والإنجليزي (*) (**)



د. عبدالله عمر الخولي
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية الحقوق - جامعة الملك عبدالعزيز
جدة - المملكة العربية السعودية

الملخص

يهدف هذا البحث إلى تقديم نموذج للنظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية، من خلال استقراء أصوله وتطبيقاته في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، بقصد وضع حدود فاصلة بين هذا النظام وأنظمة المسؤولية المدنية المجاورة التي قد تشترك معه في بعض خصائصه وغاياته، بهدف إبعاده عن مظان الالتباس. ويبرز الالتباس بشكل خاص مع نظام المسؤولية عن فعل الغير لاشتراكهما في الطبيعة الاشتقاقية والوظيفة الضمانية، وكذلك مع النظام القانوني لتعدد المسؤولين عن الفعل الضار ونظام تعدد الأسباب المتزامنة، نظراً إلى قيام المساهمة التبعية على خطأ مستقل للمساهم، إلى جوار خطأ الفاعل الأصلي، وما يترتب على ذلك من اشتراكهما في بعض أوصاف الالتزام، مثل: التعدد، والتضامن أو التضامن، ووحدة الدين غير القابل للانقسام. ومن ثم فقد كان هدف البحث هو إبراز الخصائص الجوهرية لهذا النظام، بما يحول دون انصهاره في غيره.

وتحقيقاً لهذا الهدف فقد اعتمد البحث المنهج التحليلي المقارن؛ من أجل بناء نموذج موحد يقوم على ثلاثة أركان: ركن الاشتقاق الذي يؤكد تبعية مسؤولية المساهم لخطأ أصلي سابق، من خلال اشتراط قيام المسؤولية الأصلية في حق الغير بوصفها شرطاً لازماً لقيامها؛ ورابطة المساهمة التي تظهر استقلال خطأ المساهم عن خطأ الفاعل الأصلي، مع بقاء اتصاله بالضرر عبر خطأ هذا الأخير؛ والركن المعنوي الذي يتحدد بالعلم أو القصد، أو تقبّل المخاطرة، ويضمن تحقق الرابطة السببية بين خطأ المساهم والضرر. كما تناول البحث التحديات التي واجهها القضاء الإنجليز والأمريكي في رسم الحدود

(*) تم تمويل هذا المشروع من قبل برنامج التمويل المؤسسي بموجب المنحة رقم (6-IFPAS-152-1443). لذلك يتقدم المؤلف بالشكر والامتنان للدعم الفني والمالي المقدم من وكالة البحث والابتكار بوزارة التعليم العالي وجامعة الملك عبد العزيز، جدة، المملكة العربية السعودية

وتاريخ قبوله: 20 أكتوبر 2025

(**) تاريخ تقديم البحث: 22 يوليو 2025

الفاصلة بين صور المساعدة الجوهرية، والتحريض، والتآمر المدني، والتدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية.

وتبرز أهمية هذا النموذج أيضاً في تطبيقاته العملية على قضايا معاصرة، مثل: الاحتيال المالي، ودعاوى رعاية الإرهاب، ومسؤولية البنوك والأسواق المالية، فضلاً على الجدل الأخير بشأن المسؤولية المدنية للمنصات الرقمية وخوارزميات الذكاء الاصطناعي.

ويخلص البحث إلى أنّ المسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية نظاماً استثنائياً داخل منظومة المسؤولية المدنية، مبرّره في ذلك تحقيق العدالة للمضرور، وتعويضه عند إفسار الفاعل الأصلي، مع تعزيز الردع من دون التضيق على حرية الأفراد في ممارسة الحقوق والرخص المشروعة. وباعتماده على المقارنة الوظيفية، ويقدم البحث نموذجاً عابراً للأنظمة القانونية قابلاً للدمج في التشريعات العربية؛ إذ إن صور المساهمة التبعية حاضرة في الفقه العربي، ولكن في أوصاف جزئية متفرقة لم ترق إلى مستوى نظرية عامة، مع وجود مثال تشريعي صريح في القانون المدني الكويتي، وإشارات تحليلية لدى السنهوري. ومن ثمّ، فإن هذه الدراسة تعدّ من أولى المحاولات العربية لتقديم نظرية متكاملة للمسؤولية المدنية التبعية يمكن الاستفادة منها في تطوير قواعد أكثر اتساقاً وملاءمة لاحتياجات البيئة التشريعية العربية، خاصة في مواجهة التحديات العملية المرتبطة بالأنشطة الاقتصادية والرقمية المعاصرة.

كلمات دالة: المسؤولية التبعية - تعدد المسؤولين - المسؤولية عن فعل الغير - التحريض - التآمر المدني.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

الأصل في المسؤولية المدنية هو أنها شخصية، ولا تتعدى صاحبها إلى غيره، والاستثناء هو المسؤولية التبعية Secondary liability⁽¹⁾، وهي مسؤولية لا تنشأ مستقلة، بل تأتي تابعة لمسؤولية شخص آخر. وللمسؤولية التبعية خاصيتان أساسيتان، أولاًهما: أنها مسؤولية مشتقة، ومقتضى ذلك أن المسؤولية التبعية لا تقوم إلا حيث تقوم المسؤولية الأصلية في حق شخص من الغير، فهي فرع لا يستقل بنفسه؛ فقيام المسؤولية في حق الأصل شرط لازم لقيام المسؤولية التبعية في حق التابع.

وثانيتها: أن المسؤولية التبعية تحمل معنى الضمان أو التأمين، إذ إنها شرعت لحماية المضرور وضمان حقه في التعويض، بضم ذمة مالية أخرى إلى جانب ذمة الأصل؛ فتتعدد الذمم في مواجهة الدائن، وإن كان الدين واحداً، فيكون للدائن الخيرة في الرجوع على المسؤول الأصلي أو التبعية، وغالباً ما ينصرف إلى مقاضاة أكثرهم يساراً وأقواهم ضماناً.

ومن أهم صور المسؤولية التبعية المسؤولية عن فعل الغير، وهي مسؤولية تفترض وجود علاقة تربط بين المدعى عليه والغير الذي يُنسب إليه ارتكاب الخطأ الأصلي. وهذه العلاقة قد تكون علاقة وظيفية، أو تولي رقابة أو نيابة، وقد تمتد إلى صور أخرى غير ذلك⁽²⁾. والعلاقة القائمة بين المسؤول أصالة والمسؤول تبعاً تجعل من الفعل الضار الصادر من الأول مصدراً للالتزام الأخير؛ بمعنى أن مسؤولية الطرفين تجاه الدائن تقوم على وحدة

(1) لغرض ضبط الاصطلاحات وتوحيدها سوف نفرق في هذا البحث ما بين المسؤولية التبعية بوصفها عنواناً عريضاً يجمع صوراً متعددة من المسؤولية المدنية التي تحمل معنى الاشتقاق والتضامن (والتضام)، ونرى أن المسؤولية عن فعل الغير فئة خاصة تقع تحت فئة عامة وهي المسؤولية التبعية، وتتضمن هذه الفئة صوراً شائعة من المسؤولية، وهي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، ومتولي الرقابة... وغيرها من الصور التي تُبنى على وجود علاقة ما بين المدعى عليه والغير الذي أسندت مسؤوليته إلى المدعى عليه. Joachim Dietrich, "Accessorial Liability in the Law of Torts", Legal Studies, Society of Legal Scholars / Wiley-Blackwell, UK, Vol.31, No.2, June 2011, pp. 231-232. [explaining that the term secondary liability is best avoided because it is ambiguously used to refer to both accessorial and vicarious liability, may wrongly suggest that the accessory commits a primary wrong, could dictate remedial outcomes, and risks confusion with the concept of secondary rights - hence the author of this article prefers the more precise term derivative liability].

(2) عدنان إبراهيم سرحان، مقارنات في أحكام المسؤولية عن فعل الغير في القانون المدني: الفرنسي والعراقي والإماراتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 11، ع 4، سبتمبر 2023م، ص 160-117: (يرصد الباحث تطوراً لافتاً في القضاء الفرنسي بلغ حد تبني قاعدة عامة في المسؤولية عن فعل الغير، ترتب مسؤولية موضوعية مفترضة في حق الجهات التي تسيطر فعلياً على حياة الأفراد أو نشاطهم، من دون حاجة إلى إثبات الخطأ، ولا يمكن دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي).

المصدر لا تعدده⁽³⁾. كما أن خطأ المدعى عليه في المسؤولية عن فعل الغير هو خطأ مفروض لا واجب الإثبات، قائم على تحمل التبعة، أو يجد تبريره في وحدة النشاط أو المشروع المشترك. ومن أهم الأنظمة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير: مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه Vicarious liability⁽⁴⁾.

إلا أن هناك صوراً أخرى من المسؤولية التبعية أقل شيوعاً، وهي مسؤولية لا تُبنى على علاقة بين المدعى عليه والمسؤول الأصلي، بل على مساهمة المدعى عليه الواعية والفاعلة في إحداث الضرر الواقع على المدعي. وهذا النوع الأخير من المسؤولية التبعية هو المسمى – استعارة من الفقه الجنائي – بالمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية (Civil Accessory) أو (Civil Aiding and Abetting)⁽⁵⁾.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015م، ص285-293. (يُعد الفقيه عبدالرزاق السنهاوري أول من قدم هذا المصطلح إلى الفقه العربي، ويعد التضام وصفاً يلحق المساهم التبعية متى تحققت الشروط الموضوعية للمسؤولية بأركانها الثلاثة: الخطأ والضرر والعلاقة السببية).

(4) Paul S. Davies, Accessory Liability, Hart Publishing, Oxford, UK, 2015, p.59 et seq. (distinguishing accessory liability from vicarious liability and outlining its general principles, while emphasizing that accessory liability, unlike vicarious liability, requires the defendant's active participation in the primary wrong rather than a special relationship with the tortfeasor); hereinafter Davies); Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 477-483 (D.C. Cir. 1983). (distinguishing between civil conspiracy and aiding and abetting, and establishing the three elements of substantial assistance liability: a primary tort, general awareness of one's role, and knowing substantial assistance).

(5) من أهم أهداف هذا البحث وأكثرها صعوبة، ضبط الاصطلاحات الخاصة وتوحيدها في هذا الباب، مع وجود تباين اصطلاحى كبير بين النظامين القانونيين الأمريكي والإنجليزي، على الرغم من وحدة المفاهيم في كثير من الأحيان؛ ففي حين يميل الفقه الأمريكي إلى إدراج باب المسؤولية المدنية التبعية ضمن إطار واسع يُعرف بـ Secondary Liability أو المسؤولية الاشتقاقية، والذي يشمل صوراً خاصة وجدلية، مثل المسؤولية عن التآمر Conspiracy، والمساعدة والتحريض Aiding and Abetting، فإن هذا التصنيف قد يؤدي إلى التباس بين هذه الصور وبين صور أخرى شائعة ومتفق عليها من المسؤولية الاشتقاقية، مثل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

أما القانون الإنجليزي، فقد كان أكثر وعياً في مراعاة الطبيعة الاستثنائية للمسؤولية المدنية التبعية؛ إذ خصها بنظام مستقل، وأطلق عليها اسم Accessory Liability، في تعبير مجازي يُبرز تبعية مسؤولية المساهم لمسؤولية الفاعل الأصلي. هذا المسمى لم ينف الطبيعة الاشتقاقية لمسؤولية المساهم التبعية، بل أكدها بوضوح، من غير أن يخلطها مع صور أخرى أكثر شيوعاً من المسؤولية الاشتقاقية.

إن هذا التفاوت بين النظامين القانونيين يحدونا إلى بذل جهد مضاعف للجمع بين تلك المصطلحات وترجمتها إلى العربية، وتقديمها إلى الفقه العربي ضمن إطار قانوني مبسط ومتناسك، يمكن للفقهاء في العالم العربي الاستفادة منه. وقد سبق لنا أن استعملنا في بحثنا المنشور في العام 2018م مصطلح «المسؤولية بالمساهمة التبعية»، في ترجمة هذا النظام، وما زلنا نرى أن هذه التسمية صحيحة وتعكس المعنى الحقيقي لهذا النوع من المسؤولية. انظر: عبدالله عمر الخولي، الإطار القانوني للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي في القانون الأمريكي: دراسة مقارنة بين نظامي المسؤولية التقصيرية المباشرة والمسؤولية بالمساهمة التبعية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مج1، ع1، 2018م، ص246-316.

وهي موضوع بحثنا⁽⁶⁾.

وهذا النظام، وإن اشترك مع المسؤولية عن فعل الغير في الطبيعة الاشتقاقية وفي الغاية الضمانية، فإنه يختلف عنها من حيث إن مسؤولية المساهم التبعية لا تُفترض، بل يجب إثبات خطأ مستقل في حقه، هو فعل المساهمة ذاته الصادر عن وعي وإدراك منه بدوره في وقوع الضرر.

وهذا الخطأ، مع كونه مستقلاً، لا يتصل بالضرر اتصالاً مباشراً، وإنما عبر خطأ الفاعل الأصلي، مما يقربه ظاهرياً من نظام تعدد المسؤولين عن الفعل الضار (Joint Tortfeasance)، غير أن المساهمة التبعية تختلف عن ذلك النظام بكونها مسؤولية اشتقاقية لا أصلية. كما أن صفة الاستقلال لفعل المساهم عن خطأ المسؤول الأصلي تجعله مصدرًا مستقلاً للالتزام، على الرغم من وحدة المحل وهو الضرر، الأمر الذي يضيف على العلاقة بين المساهم والفاعل الأصلي وصف التضام (In solidum) لا التضامن (Solidarité).

ومن أهم صور المسؤولية المدنية على المساهمة هي المسؤولية التبعية عن المساعدة، والتحريض على الفعل الضار Aiding and abetting، والمسؤولية على التحريض على الإخلال بالعقد Inducing breach، والمسؤولية على التحريض على الإخلال بواجب الأمانة Dishonest assistance⁽⁷⁾، والمسؤولية على التمكين Inducement من انتهاك حقوق الملكية الفكرية⁽⁸⁾.

(6) وهذا النوع من المسؤولية هو نظام قانوني خاص ذو طابع استثنائي غير مألوف؛ إذا لا خلاف اليوم على إمكان مساءلة شركة مدنية عن الأضرار الناشئة عن إهمال أحد موظفيها، كأن يترك موقع عمل خطر من دون وضع إشارات تحذيرية؛ مما يؤدي إلى إصابة أحد المارة؛ ولم يعد هذا النوع من المسؤولية محل نقاش معتبر. في حين أنه من غير المألوف أن يُسأل مصرف مدنيًا تجاه ضحايا مخطط احتيالي قامت به عصاة إجرامية بسبب مساهمة المصرف الفاعلة في ذلك المخطط، بأن يُقدم تسهيلات ائتمانية للعصاة؛ فيُضفي على نشاطهم طابعاً من المشروعية، مُغرياً المستثمرين بضخ أموالهم في ذلك المشروع الاحتيلي، ثم يمنح نفسه منزلة ائتمانية ممتازة بين الدائنين تضمن له استيفاء حقه كاملاً قبل ضحايا الاحتيال، فالصورة الأخيرة تمثل نوعاً خاصاً من المسؤولية المدنية لا تُعرف إلا لدى فئات خاصة من المتمرسين في المسؤولية القانونية للشركات التجاري.

Richard C. Mason, "Civil Liability for Aiding and Abetting", The Business Lawyer, American Bar Association, United States, Vol.61, No.3, May 2006, pp. 1135–1181. (explaining that even routine financial transactions-such as issuing a loan-can result in aider-and-abettor liability if the lender knows the assistance will facilitate a fraudulent scheme).

(7) Barnes v. Addy (1874) L.R. 9 Ch. App. 244 (C.A.); Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan, [1995] 2 A.C. 378 (P.C.). (examples of accessory liability for dishonest assistance in breach of trust).

(8) CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc, [1988] A.C. 1013 (H.L.) (illustrating the limits of accessory liability in IP law; mere provision of copying equipment, without authorizing or encouraging infringement, was held insufficient for liability).

ثانيًا: أهمية البحث

للبحث أهمية على المستوى العلمي والعملية؛ أما من الناحية العملية فإن للنظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية تطبيقات في مجالات متعددة، تبدأ بالمسؤولية عن الاحتيال المالي، ورعاية الإرهاب، والممارسات غير المشروعة في السوق المالية. كما أن لهذا النظام تطبيقات واسعة في نطاق الشركات، لا سيما في القانون الإنجليزي؛ حيث يمثل إطارًا قانونيًا لمساءلة المديرين أو الشركاء على أساس المساعدة في الإخلال بواجب الأمانة. كما تمتد تطبيقات ذلك النظام إلى مجال المساعدة على انتهاك حقوق الملكية الفكرية.

كما أن للنظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية أهمية متزايدة مع التقدم التقني وزيادة الحاجة إلى تقنين إدارة المحتوى الرقمي على الشبكة العنكبوتية. وتزداد أهمية هذا النظام مع تزايد الدعاوى في الولايات المتحدة إلى إصلاح القسم 230 من قانون الاتصالات، أو ربما إلى إلغائه (Communications Decency Act)، وهو الذي يمنح حصانة لمقدمي خدمات الإنترنت والمنصات الرقمية ضد دعاوى المسؤولية المدنية عن الأضرار المترتبة على المحتوى الذي يُنشر من قبل عموم المستخدمين. وقد أعيد النقاش مجددًا بشأن تلك الحصانة، بعد توسع تلك المنصات الرقمية على تقنيات الذكاء الاصطناعي في التحكم والتأثير المستهدف في انتشار المحتوى الرقمي على نحو يحقق مصالحها التجارية، ولو كان ذلك المحتوى يُلحق ضررًا بالغير؛ فالمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية قد تكون أداة فاعلة في ضمان امتثال شركات التقنية، وتعزيز الأمان في البيئة الرقمية⁽⁹⁾. ونرى أن الحديث عن بناء نموذج متنسق للمسؤولية التبعية يجب أن يسبق الحديث عن رفع الحصانة المقررة بموجب القسم 230.

كما تزداد الأهمية العملية لهذا البحث باعتبار أن عناصر مسؤولية المساهم لاتزال

(9) See, e.g., EARN IT Act of 2023, S. 1207, 118th Cong., (2023).

(مقترح تشريعي يهدف إلى إزالة الحصانة المدنية المنصوص عليها في القسم 230 عن المنصات التي لا تتخذ تدابير كافية لمواجهة الاستغلال الجنسي للأطفال)؛

Justice Against Malicious Algorithms Act of 2021, H.R. 2154, 117th Cong., (2021).

(مقترح تشريعي يربط المسؤولية المدنية على منصات التواصل الاجتماعي إذا تسببت خوارزمياتها في ترويج محتوى يفضي إلى ضرر جسدي أو نفسي)؛

Kids Online Safety Act, S. 1409, 118th Cong.

(2023) (مقترح تشريعي يفرض على المنصات واجب عناية لحماية القُصّر من المواد الضارة، وتنظيم سلوك الخوارزميات بما يمنع اقتراح مثل تلك المحتويات لهم)

SAFE TECH Act, S. 299, 117th Cong. (2021)

(مقترح تشريعي يستثنى من الحصانة الممنوحة بموجب القسم 230 كُلاً من المحتوى المدفوع والمحتوى المتضمن انتهاكات للحقوق المدنية)

Abolish Section 230 Act of 2021, H.R. 7808, 117th Cong. (2021)

(مقترح تشريعي يدعو إلى إلغاء القسم 230).

موضع نقاش قائم أمام المحكمة العليا في الولايات المتحدة، في قضية تتعلق بمسؤولية مزود خدمات الإنترنت عن انتهاكات حقوق المؤلف من قبل المستخدمين، والتي يعلم عنها مزود الخدمة؛ إذ يُثار أمام المحكمة العليا التساؤل عن معيار المساعدة الجوهرية الذي يتحقق به القصد، وما إذا كان يُمكن استخلاص القصد من مجرد العلم؛ وما درجة العلم المطلوبة لقيام هذا القصد؟ وهو ما يكشف عن أن الإشكال ليس تاريخياً ولا مغلقاً، بل يتشكل قضائياً - حتى كتابة هذه السطور - تحت ضغط الوقائع وحدود السياسة التشريعية⁽¹⁰⁾.

وإذا كانت الأنظمة الأنجلو - أمريكية قد شهدت تطبيقات واسعة للمساهمة المدنية التبعية، فإن التطبيقات العملية لها في الفقه والقضاء العربي لاتزال محدودة ونادرة؛ إذ لم تتضمن القوانين العربية ذكراً للمسؤولية على أساس المساهمة التبعية سوى المادة (229) من القانون المدني الكويتي التي نصت على أنه: «إذا كان الخطأ الذي رتب الضرر قد وقع من مرتكبه نتيجة تحريض أو مساعدة، اعتبر الضرر ناجماً عن خطأ كل من الفاعل الأصلي والشركاء، وانشغلت مسؤوليتهم عن تعويضه»⁽¹¹⁾. ومع ذلك فقد خلت أحكام محكمة التمييز من أي إشارة إلى صور المساهمة أو المساعدة التي نصت عليها المادة؛ مما يكشف عن فراغ في الاجتهاد القضائي في هذا المضمار⁽¹²⁾، وهو الأمر الذي يُضاعف من أهمية تأصيل هذا النظام وبيان معالنه، وتقديمه للفقه العربي باللغة الأم.

أما من الناحية العلمية فعلى الرغم من القِدم النسبي للنظام القانوني للمسؤولية المدنية التبعية في الأنظمة الأنجلو - أمريكية، إلا أنه لم يحظ بعناية كافية من الفقهاء المعاصرين؛

(10) Cox Communications, Inc. v. Sony Music Entertainment, No. 24-171, Oyez, available at: <https://www.oyez.org/cases/2025/24-171> (last accessed Jan. 24, 2026).

(11) المادة (229) من القانون المدني الكويتي، الصادر بالمرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 م.
(12) اهتمت محكمة التمييز الكويتية بتعريف أكثر المفاهيم القانونية ارتباطاً بالمساهمة المدنية التبعية، وهو التضام، وذكرت بعضاً من تطبيقاته، إلا أنها لم تُعرِّج في أحكامها على أيٍّ من صور مسؤولية المساهم التبعية؛ إذ اقتصرَت أغلب اجتهاداتها على صورة واحدة، وهي التزام المؤمن بأداء التعويض تضاماً مع المسؤول الأصلي، ثم الحلول محل المضرور في مطالبة بقية المدينين. وقد أولت المحكمة اهتماماً خاصاً بالفرقة النظرية بين التضامن والتضام، وهي مسألة قد أثارت جدلاً فقهيّاً في القانون الكويتي، فقررت أن التضامن لا يُفترض، وإنما مردّه إلى نص صريح أو اتفاق، في حين يقوم التضام على وحدة المحل محل الالتزام، وتعدد المدينين ومصدر الالتزام، وقد كان الأمر مثار جدل قبل صدور القانون المدني الكويتي الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 1980 م وبعده.

انظر: وزارة العدل، محكمة التمييز، المكتب الفني، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال أربعين عاماً 1972-2011م، مج 10، ط 1، دولة الكويت، 2016م، ص 639-645. محسن عبد الحميد البيه، التضامن والتضام في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية، دائرة التمييز، مقارناً بالقضائين الفرنسي والمصري، القسم الأول، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 13، ع 3، 1989م.

نظراً إلى صعوبة هذا الباب⁽¹³⁾. ولا يزال هذا النظام مستعصياً على جهود التأسيس النظري، أو بناء نموذج قانوني موحد يُلمّ بتطبيقاته القضائية المتعددة، ويُؤخذ ضوابط تطبيقه على الوقائع في ضوء طبيعته الخاصة؛ إذ لا يزال ينظر الفقه إلى حالاته بوصفها صوراً خاصة تابعة لأنظمة قانونية أخرى⁽¹⁴⁾، مثل نظام المسؤولية التقصيرية، والمسؤولية العقدية، ونظام المسؤولية عن فعل الغير⁽¹⁵⁾، ونظام تعدد المساهمين في الفعل الضار، أو تعدد الأسباب المترامنة Concurrent، أو المسؤولية عن انتهاك حقوق الملكية الفكرية⁽¹⁶⁾.

وقد تنبأت دائرة الاستئناف الفدرالية لمقاطعة كولومبيا بأن يتطور النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية، ويستقل بوصفه نظاماً خاصاً، على غرار النظام القانوني لمسؤولية المنتج Product liability والمسؤولية الموضوعية Strict liability⁽¹⁷⁾.

(13) Richard C. Mason, op. cit., p.2. («Accessory liability has received far more attention in the criminal context than in the private law. The comparative neglect of accessory liability in the law of obligations is both surprising and undeserved»); Sarah L. Swan, “Aiding and Abetting Matters”, Journal of Tort Law, De Gruyter, USA, Vol.12, (2019), pp.259-260. (explaining that civil aiding and abetting has historically been overshadowed by conspiracy and has struggled to emerge as a distinct and coherent tort doctrine; hereinafter Swan); Peter Birks, “Civil Wrongs: A New World”, in The Butterworth Lectures 1990-91, Butterworths, London, 1992, p.100, quoted in Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., p.179.

(14) Hazel Carty, “Joint Tortfeasance and Assistance Liability”, Legal Studies, Society of Legal Scholars, UK, Vol. 19, 1999, pp.489-490. (discussing the growing invocation of “accessory liability” in civil law, but denying the existence of a general, unified doctrine of secondary civil liability across all wrongs; instead, Carty emphasizes the need to address each case within its specific doctrinal context)

تؤكد الباحثة في المقال عدم وجود نظرية موحدة للمسؤولية المدنية التبعية وأن جميع تطبيقاتها هي تطبيقات خاصة تقع ضمن نظم قانونية مختلفة.

(15) نؤكد هنا على التمييز ما بين المسؤولية الاشتقاقية والمسؤولية عن فعل الغير؛ إذ إن الأولى فئة أوسع تستوعب الفئة الثانية، وتزيد عليها صوراً أخرى، منها المسؤولية على أساس المساهمة التبعية.

(16) Richard C. Mason, op. cit., p.369. (highlighting the inconsistency that, while the law imposes secondary liability in criminal law and recognizes specific civil doctrines such as inducing breach of contract and dishonest assistance in equity, it has been reluctant to adopt a general principle of accessory liability in tort-thus supporting the article’s categorization of scattered civil secondary liabilities as doctrinally fragmented rather than unified).

(17) Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 488-489 (D.C. Cir. 1983). (observing that tort law has historically evolved to address new social harms-such as product liability-and suggesting that civil aiding and abetting may similarly develop into an independent theory of tort liability; Nathan Isaac Combs, “Civil Aiding and Abetting Liability”, Vanderbilt Law Review, Vanderbilt University Law School, USA, Vol.58, (2005), p.246.

فهذه الأنظمة - وإن كانت امتداداً لنظام المسؤولية التقصيرية - استقلت بقواعدها الخاصة، تماماً مثل نظام المسؤولية العقدية الذي يعد في أصله امتداداً لنظام المسؤولية التقصيرية⁽¹⁸⁾.

ويصدق هذا الأمر على القوانين المدنية في الدول العربية؛ إذ إن قواعد القانون المدني - ببنائها الحالي - قادرة على استيعاب هذه النظرية باعتبار أن التزام المساهم التبعية داخل في معنى الالتزام التضاممي، غير أن هذا الالتزام مشروط بتوافر الأركان الموضوعية لمسؤولية المساهم التبعية في حقه، وهي غائبة في الفقه العربي. ومن المقرر أن التضامم وصف يلحق التزام المساهم بعد تحقق الأركان الموضوعية لذلك الالتزام؛ فالتضامم ليس نظاماً خاصاً مستقلاً. وكذلك فإن التضامم، وعلى الرغم من كونه مفهوماً مستقراً في الفقه العربي الحديث منذ أن تبناه السنهاوري في خمسينيات القرن الماضي، فإن الكتابة فيه لاتزال محدودة.

كما أن القوانين العربية لا تعرف المسؤولية المدنية للمساهمة التبعية بوصفها نظرية موحدة ذات أهمية وتطبيقات في العصر الحديث، وهو ما يضيف على هذا البحث قيمة علمية مضافة في نطاق الدراسات العربية.

(«With continued development, the theory of civil aiding and abetting presents the availability of an improved law of torts, better able to provide justice for private victims of crime and tort»).

(18) نميل - إلى حد كبير - إلى الرأي القائل بوحدة المسؤولية، وأن المسؤولية التقصيرية هي أصل كل مسؤولية مدنية، ومنها المسؤولية العقدية. ومع ذلك، نرى أن التمييز بين الأنظمة القانونية المختلفة للمسؤولية المدنية، ووضع حدود فاصلة بينها، يظل أمراً ذا فائدة عملية ومنهجية؛ إذ إن هذه الحدود، وإن كانت في أصلها اصطلاحية، تساعد على ضبط التحليل القانوني عند الفصل في المنازعات، وتقلل من المجهود الفكري اللازم لتكييف الوقائع. انظر: عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية: نظرة انتقادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مج4، ع3، 1969م، ص129 (بأخذ الباحث بوحدة المسؤولية، ويرى أن كل مسؤولية مدنية هي، في حقيقتها، مسؤولية تقصيرية، وأن من يخل بتنفيذ ما تعاقده عليه يرتكب عملاً غير مشروع)؛ طارق كاظم عجيل، دراسة نقدية للمسؤولية التعاقدية، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، مج34، ع4، 2020م، ص33 (يعرض البحث أبرز الاتجاهات الفقهية الحديثة التي تدعو إلى إلغاء المسؤولية العقدية بوصفها نظاماً مستقلاً، والاكتفاء بقواعد موحدة للمسؤولية المدنية، متأثراً في ذلك بكتابات فيليب ريمي).

Grant Gilmore, The Death of Contract, Ohio State University Press, Columbus, USA, 1974, p.87 (arguing that contract was being absorbed into tort as the residual category of civil liability); Jeffrey O'Connell, "The Interlocking Death and Rebirth of Contract and Tort", Michigan Law Review, Law School, University of Michigan, USA, Vol.75, (1977), p.659 (arguing that courts increasingly bypass contract provisions and apply tort-like principles to allocate losses even between contracting parties, thereby blurring the line between contract and tort).

ثالثاً: إشكالية البحث

تكمن إشكالية هذا البحث في الطبيعة المترددة للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية؛ إذ تبدو كأنها صورة من صور المسؤولية عن فعل الغير، لاشتراكها في بعض الخصائص والأهداف، وعلى رأسها الطبيعة الاشتقاقية والوظيفة الضمانية، غير أن مسؤولية المساهم تتميز بكونها قائمة على خطأ مستقل واجب الإثبات في حق المساهم التبعية؛ فمسؤوليته لا تُفترض كما في المسؤولية عن فعل الغير، بل تستند إلى فعل ضار يتمثل في المساهمة الواعية في وقوع الضرر.

وعلى الرغم من استقلال خطأ المساهم، فإنه يتصل بالضرر عبر خطأ الفاعل الأصلي، وهو ما يجعل المساهمة التبعية تقترب من نظام تعدد المسؤولين عن الفعل الضار Joint Tortfeasance ومن نظام تعدد الأسباب المتزامنة Concurrent Tortfeasors؛ فهي تشترك معهما في تعدد المدينين ووحدة المحل، كما أن تحقق الشروط الموضوعية لمسؤولية المساهم التبعية يؤدي إلى التزامه بالتضام مع غيره ممن اتصل خطوهم بالضرر، كما هي الحال في الأنظمة التي تجعل الالتزام عند تعدد المدينين ووحدة المحل التزاماً تضامياً. ومع ذلك، فإن المساهمة التبعية تحتفظ بخصوصيتها؛ من حيث كونها مسؤولية مشتقة، وليست مسؤولية أصلية، كما هي الحال في سائر أنظمة تعدد المدينين.

هذا التداخل يُثير غموضاً نظرياً وعملياً يستدعي منا بناء نموذج تحليلي يحدد معالم المساهمة المدنية التبعية، ويظهرها بوصفها نظاماً قانونياً قائماً بذاته.

رابعاً: تساؤلات البحث

التساؤل الجوهرى الذي يتناول هذا البحث: هل يُمكن بناء نموذج مجرد للنظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية يُظهر استقلاله وتميزه عن الأنظمة القانونية المجاورة التي قد تلتبس معه؟ وهل يُمكن جمع صورها المتنوعة ضمن نموذج تحليلي موحد قادر على جمع التطبيقات القضائية المتفرقة من دون أي مساس بخصائص ذلك النظام ووظائفه؟

إن البحث يدرس فرضية إمكان بناء هذا النموذج، وصدق هذه الفرضية يعتمد على مدى قدرة ذلك النموذج على توحيد قواعد ذلك النظام، ويضمن تطبيقاً متسقاً في القضايا المتماثلة، ويحقق وحدة نظرية تأصيلية بين السوابق القضائية، ويمنع انصهاره في نظام قانوني آخر مجاور لها، ويكون هذا النموذج قادراً على التنبؤ بالأحكام القضائية.

خامساً: أهداف البحث

أهداف البحث يفرضها السؤال البحثي؛ إذ تهدف الدراسة إلى تقديم نموذج لنظام المسؤولية المدنية على أساس المساهمة المدنية التبعية بهدف دراسته دراسة نقدية، من

حيث قدرته عند تطبيق قواعده على إظهار خصوصية هذا النظام، بحيث يكون النموذج قادراً على تحقيق الكفاية والاكتمال لذلك النظام من دون حاجة إلى رده إلى نظام قانوني آخر مجاور له. وهذه الأنظمة المجاورة هي: المسؤولية عن فعل الغير، ونظام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، ونظام المسؤولية عن الخطأ الشخصي العقدي أو التقصيري، والنظام القانوني لتعدد المساهمين في الفعل الضار، وتعدد الأسباب المتزامنة وحتى النظام الجنائي⁽¹⁹⁾. كما يهدف البحث إلى استعراض التحديات التي تواجه ذلك النموذج من قدرته على تمييز نظام المساهمة المدينة التبعية بوصفه نظاماً قانونياً خاصاً.

سادساً: منهجية البحث

اتساقاً مع هدف البحث، وقع الاختيار على المنهج الاستقرائي التأصيلي المقارن؛ ذلك أن البحث في حقيقته يهدف إلى استقراء القواعد والتشريعات والأحكام القضائية ضمن نظامين قانونيين مختلفين، بهدف بناء وتأصيل النموذج المقترح. ويعد هذا البحث بحثاً مقارناً على الرغم من انتماء النظامين محل المقارنة إلى العائلة الأنجلو - أمريكية، وذلك نظراً إلى الاختلاف الكبير بين النظامين في هذا الباب.

والاستقراء يُبنى على التجريد وإهدار التفاصيل المختلفة، بهدف الوصول إلى القواعد المشتركة بين كلا النظامين، ولذلك سوف يعمل البحث على تجاوز الاختلافات الاصطلاحية والنظرية والعملية بين النظامين الأمريكي والإنجليزي في موقفهما من المساهمة المدنية التبعية، والعمل على صياغة نموذج مجرد يصدق على عناصر تلك المسؤولية المدنية في كلا النظامين⁽²⁰⁾.

والغاية من هذا الاستقراء والتجريد هي أن يكون هذا النموذج نموذجاً عابراً قادراً على استيعاب كل صور المساهمة المدنية التبعية، من دون تمييز بين الواجب الذي أخل به الفاعل الأصلي، قانونياً كان أو عقدياً أو مستنداً على تشريع خاص، أو بين صور أفعال المساهمة، أو درجة العلم المطلوبة لتحقيقها لقيام مسؤولية المساهم.

ولأن النموذج يقوم على الاستقراء والتجريد، فإنه يُهمل - إلى حد كبير - الجزئيات المختلفة، ويركّز على القواعد المشتركة في النظامين القانونيين محل المقارنة؛ فيغدو بذلك

(19) Richard C. Mason, op. cit., pp. 1137-1139 (distinguishing aiding and abetting as a form of derivative tort liability from direct liability for one's own wrongful conduct).

(20) ومع ذلك، يُؤخذ على المنهج الاستقرائي، في الدراسات المقارنة، أنه يقوم على التجريد وإهدار التفاصيل والفرق الدقيقة بين الأنظمة القانونية المختلفة؛ مما يؤدي إلى إنتاج نظريات عامة صالحة للتأصيل، لكنها قد تنتزع بعض الدقة؛ فالفقه، بطبيعته، معني بالكليات وتأصيل القواعد العامة، أما القضاء والممارسة العملية فيعتمدان على الاستنباط المرتبط بمنازعة محددة أمام محكمة في ولاية أو دولة معينة؛ حيث يكون لزاماً عند ذلك تحري الدقة في الإشارة إلى الوقائع وصحيح القانون في ضوء الظروف الخاصة بكل قضية.

نموذجاً عابراً صالحاً لأن يُصبح إطاراً تحليلياً خارج نطاق الأنظمة الأنجلو - أمريكية؛ أي في دول القانون المدني ومنها الدول العربية، وهذه المقارنة تُعرّف بالمقارنة الوظيفية التي تهدف إلى توظيف المفاهيم في الفقه المقارن بطريقة صالحة للتطبيق ضمن نظام قانوني مختلف⁽²¹⁾.

سابعاً: الدراسات السابقة وعلاقتها بالبحث

اتساقاً مع منهجية البحث، تم الاعتماد على فئتين من الدراسات السابقة: الفئة الأولى هي الدراسات التي تناولت النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية داخل كل من النظامين الإنجليزي والأمريكي، وقد أُشير إلى كثير منها في متن البحث وهوامشه، إضافة إلى السوابق القضائية والتشريعات في كل دولة. وتتميز هذه الدراسة عن تلك الدراسات بأنها - على حد علمنا - غير مسبوقة من حيث جمعها بين نظامين مختلفين ومقارنتهما استقراءً للوصول إلى نموذج يصدق على أغلب التطبيقات القضائية في كليهما، وهو ما يضيفي على هذا البحث أصالة خاصة من هذا الجانب⁽²²⁾.

أما الفئة الثانية من الدراسات السابقة فهي الأبحاث العربية، ونشير إلى دراستين - على الأقل - قد تناولتا جانباً من هذا النظام باللغة العربية ضمن النظام القانوني الأمريكي، وهما بحثان أحدهما بعنوان المسؤولية التقصيرية عن التدخل في العلاقات التعاقدية في القانون الأمريكي⁽²³⁾. والثاني بعنوان المسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب

(21) تسعى المقارنة الوظيفية إلى تجاوز الحدود الوطنية؛ فلا تقف عند الإشكاليات المحلية للنظم القانونية، ولا تتقيد بما تفرزه من تفصيلات اصطلاحية أو فنية، وإنما ترتفع إلى مستوى المشكلات العامة والوظائف الجوهرية التي تُملئها الحاجات المشتركة للمجتمعات. ومن هذا المنظور تُستخلص القواعد المشتركة العابرة للثقافات والأنظمة، لتكون أساساً صالحاً لمقارنة القوانين المختلفة وردها إلى أصول واحدة أو مقارنة.

Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, eds., The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, UK, 2006, p. 345.

(22) التقى الباحث في يوليو 2024م بالأستاذ بول ديفيز في لندن، وهو أحد أبرز الأساتذة الإنجليز الذين كان لهم إسهام بارز من خلال مؤلف خاص في هذا الباب، يُعد من المصادر الرئيسية في هذا البحث. وقد أوضح ديفيز أن اهتمامه يتركز على القانون الإنجليز، وإن كان قد استعان في بعض مؤلفاته بأحكام قضائية صادرة في الولايات المتحدة، إلا أن ذلك كان على سبيل الاستئناس لا أكثر، ولم يمتد إلى دراسة معمقة في نطاق القانون الأمريكي. ويبدو أن هذا الموقف يعكس طبيعته كمؤلف يعمل ضمن نظام قانوني محدد، من دون أن يكون في حاجة إلى التوسع في مسائل تفصيلية في القانون الأمريكي، أو إلى بلوغ مستوى من التجريد المقارن يتجاوز حدود ذلك القانون الإنجليز. وقد استفدت كثيراً من نصائح الأستاذ ديفيز في إثراء البحث.

(23) حسام الدين محمود حسن، المسؤولية التقصيرية عن التدخل في العلاقات التعاقدية في القانون الأمريكي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، مج 8، ع 66، 2018م، ص 663- 776.

الدولي في القانون الأمريكي: بين المسؤولية المباشرة والمسؤولية بالمساهمة التبعية⁽²⁴⁾. وقد تميزت الدراسات بأنهما من الأبحاث العربية النادرة التي تناولت جانباً مهماً من هذا النظام القانوني في الولايات المتحدة. ومع ذلك فإنهما لم يُقدما نظرية عامة لهذا النظام القانوني تستوعب كل التطبيقات، بل تناولت كل دراسة نوعاً خاصاً من المساهمة المدنية التبعية.

أما الفقه العربي فلا يُعرّف هذا النظام القانوني (للمساهمة المدنية التبعية) بهذا المسمى، وإنما هو مسمى قد استحبه الباحث بعد استقرار مسلك الأنظمة المقارنة التي اتجهت إلى استعارة المصطلح من الفقه الجنائي، فتابعهم الباحث على ذلك؛ فالمساهمة الجنائية التبعية اصطلاح مستقر في الفقه الجنائي العربي. وعلى الرغم من غياب ذلك المسمى عن الفقه المدني العربي فإن مفاهيم ذلك النظام وغاياته ليس غائبة تماماً عن الفقه العربي؛ إذ يمكن أن يُعرّف من خلال مقاربتة بأنظمة مجاورة مستقرة تؤدي وظائف مشابهة أو مماثلة له، أهمها نظام المسؤولية عن فعل الغير ونظام تعدد المساهمين في الفعل الضار، وحالة تعدد المدينين المتضامنين، وأوصاف قانونية للالتزام مثل التضامن والتضام، ووحدرة الروابط وتعدد المدينين، ووحدرة مصدر الالتزام وتعدد، والضرر القابل وغير القابل للتجزئة... وغيرها من الأوصاف.

وأكثر من ذلك، فقد ذكر السنهوري صورةً على الأقل من صور «المساهمة المدنية التبعية»، في سياق حديثه عن المسؤولية التضاممية؛ وهي حالة من حالات تعدد المدينين بدين واحد متعدد المصدر، وهي أوصاف تنطبق على المساهمة المدنية التبعية؛ فالدين محله واحد، وهو الضرر، والمدينون متعدّدون، وهم الفاعل الأصلي والمساهم التبعية، أما المصدر فمتعدد؛ إذ يتمثل في الفعل الضار الصادر من المساهم التبعية، وفي الخطأ الأصلي – أيًا كان مصدره⁽²⁵⁾.

والصورة التي ذكرها السنهوري هي أن يتعاقد العامل مع صاحب المصنع على العمل مدة معينة، ثم يُغريه صاحب مصنع منافس بترك عمله قبل انتهاء المدة؛ فالعامل في هذه الحالة يكون قد أخل بالتزامه العقدي، في حين يكون المنافس قد حرّضه على الإخلال، فيُسأل كل منهما عن تعويض كامل للضرر. وهذه المسؤولية – كما ذكر السنهوري – لا تُعد تضامنية بالمعنى التقليدي solidarité، وإنما هي مسؤولية تضاممية In Solidum، ناشئة عن اجتماع الخطأ العقدي للعامل مع خطأ التحريض من المنافس.

ولذلك فإن المساهمة المدنية التبعية ليست غريبة عن الفقه العربي ولا غائبة عنه تماماً، غير أنها لاتزال تفتقر إلى نظرية موحّدة تضم شتات الأوصاف، وتحدد شروطها

(24) عبدالله عمر الخولي، مرجع سابق، ص. 246-316.

(25) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 291.

الموضوعية في صورة واضحة، مستندة في ذلك إلى ما قررته القوانين المقارنة التي كان لها السبق في هذا المجال. ومن هنا يستمد هذا البحث أصالته في هذا الجانب.

ثامناً: خطة البحث

اقتضت طبيعة الموضوع أن يُقسَّم البحث إلى مبحثين رئيسيين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمساهمة المدنية التبعية

المبحث الثاني: دراسة نقدية للنموذج المقترح

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة المدنية التبعية

يقتضي تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية بيان موقعها بين أنظمة المسؤولية المدنية المتقاربة معها، والكشف عن الأساس الذي تقوم عليه، والخصائص التي تميزها عن غيرها. فهذه المسؤولية تجمع بين الاستقلال والاشتقاق؛ إذ تقوم من جهة على خطأ شخصي مستقل يُنسب إلى المساهم التبعية، في حين تظل من جهة أخرى مرتبطة بقيام خطأ أصلي صادر من الغير. ومن ثمّ، فإن فهم بنيتها القانونية يستلزم الوقوف على طبيعة الرابطة التي تصل فعل المساهم بخطأ الفاعل الأصلي والضرر، وبيان ما إذا كانت هذه الرابطة رابطة مساهمة قائمة على تعدد الخطأ، أم رابطة علاقة يترتب عليها إسناد خطأ الغير إلى المسؤول.

وعلى هذا الأساس، يتناول هذا المبحث الإشكالية في موضعها الصحيح، ثم يعرض النموذج المقترح للمساهمة المدنية التبعية وأركان دعوى المسؤولية الناشئة عنها، قبل أن يميز بين المسؤولية التبعية القائمة على رابطة العلاقة، وتلك القائمة على رابطة المساهمة. كما يتناول مدى اتصال هذا النظام بالمساهمة الجنائية، وموضع الاتفاق والافتراق بين النظامين الأمريكي والإنجليزي، ثم يبيّن وجه خروج المساهمة المدنية التبعية عن القواعد العامة، والأساس الذي يبرر تقرير مسؤولية المساهم التبعية.

المطلب الأول

وضع الإشكالية في موضعها الصحيح

تتشترك المسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية في بعض خصائصها مع أنظمة أخرى للمسؤولية المدنية؛ إذ تبدو من جانب كأنها صورة من صور المسؤولية عن فعل الغير، لاشتراكهما في الصفة الاشتقاقية والوظيفة الضمانية، غير أن مسؤولية المساهم التبعية تقوم على رابطة خاصة هي رابطة المساهمة، مؤداها مساهمة المدعى عليه في الفعل الضار عن وعي وإدراك لدوره في وقوع الضرر. وفعل المساهمة هذا يُعد خطأ مدنياً مستقلاً قائماً بذاته، لكنه لا يتصل بالضرر إلا من خلال خطأ الفاعل الأصلي؛ مما يجعل هذه المسؤولية مستقلة بذاتها في ركن الخطأ، تابعة لغيرها في ركن السببية.

ولأن خطأ المساهم التبعية يمثل مصدرًا مستقلًا للالتزام عن التزام الفاعل الأصلي، فإن العلاقة بين خطأ المساهم والفاعل الأصلي علاقة تعدد لا وحدة⁽²⁶⁾، بخلاف العلاقة في المسؤولية عن فعل الغير التي تقوم على الوحدة. وكذلك فإن خطأ المساهم خطأً مستقلًا واجب الإثبات في حقه، وليس مفروضًا كما هي الحال في المسؤولية عن فعل الغير.

ولكون العلاقة بين خطأ المساهم وخطأ الفاعل الأصلي علاقة تعدد لا وحدة، فإن المسؤولية متى قامت في حق المساهم تعد مسؤولية متعددة محلها ضرر واحد. ومن ثمّ تبدو مسؤولية المساهم التبعية ملتبسة مع النظام القانوني لتعدد المسؤولين عن الفعل الضار Joint Tortfeasance الذي يقوم هو الآخر على تعدد المدينين في مواجهة ضرر واحد.

غير أنّ المسؤولية عند تعدد المسؤولين عن الضرر الواحد غير القابل للانقسام لا تقوم على الاشتقاق، كما هي الحال في المسؤولية التبعية، بل هي مسؤولية أصلية تثبت في حق كل فاعل منهم، بغض النظر عن مدى كفاية فعله منفردًا لإحداث الضرر؛ فالنظام القانوني لتعدد المسؤولين عن الضرر يفترض قدرًا من الوحدة، سواء أكانت وحدة في المشروع، أم اتفاقًا أم مؤامرة، أم حتى مجرد وحدة في محل الضرر من حيث عدم قابليته للانقسام. ويترتب على هذه الوحدة أن يُسند الفعل الضار الصادر من أحدهم إلى جميع الأطراف؛ فيعاملون جميعًا بوصفهم فاعلين أصليين لا تبعيين، ومتضامنين فيما بينهم في تعويض الضرر، ولو لم يكن دور أي منهم كافيًا بذاته لإحداثه. ومن ذلك، ما لو اتفق شخص مع شركة لتأجير مركبات على استعمالها في رياضات مميتة، فوقع الضرر نتيجة لذلك؛ فتقوم مسؤولية شركة التأجير هنا مسؤولية أصلية، لا مسؤولية مشتقة.

كما أنّ نظام تعدد المسؤولية عن الفعل الضار القائم على المؤامرة - وهو أكثر الصور التباسًا بالمساهمة التبعية - يشترط لقيامه وجود اتفاق بين الأطراف، في حين تقوم المساهمة المدنية التبعية على مجرد توافق عرضي في المصالح أو الأهداف. فلو افترضنا عدم وجود اتفاق صريح بين شركة التأجير وممارس رياضة مميتة، غير أنّ الشركة قدّمت له مساعدة جوهرية بتأجير المركبة مع علمها باشتهاار خطورة نشاطه، سعيًا إلى الاستفادة من الدعاية لنشاطها، فإن هذه المساعدة لا تُبنى على اتفاق إرادي بين الطرفين، بل على توافق المصالح، وذلك يكفي لقيام رابطة المساهمة بين خطأ الفاعل الأصلي وخطأ المساهم.

كما يمكن - من الناحية النظرية - تقريب نظام المساهمة المدنية التبعية من حالات

(26) تعدد المصدر صفة تُميز المساهمة التبعية عن المسؤولية عن فعل الغير، على الرغم من اشتراكهما في صفة تعدد المدينين ووحدة الضرر، ولذلك فإن كانت مسؤولية المدعى عليه عن فعل الغير مسؤولية تضامينة، فإن مسؤولية المساهم هي مسؤولية تضامنية.

تعدد الأسباب المتزامنة Concurrent Causation⁽²⁷⁾، وهي الحالة التي يجتمع فيها أكثر من سبب في إحداث ضرر واحد، بحيث يكون كل سبب منها كافياً - استقلالاً - لإحداث الضرر، من غير أن يستغرق أحدها الآخر. ومثال ذلك اجتماع مصدر تلوث حيوي مع مصدر تلوث كيميائي في تلويث تربة زراعية، على نحو يتعذر معه تحديد نسبة مساهمة كل سبب في وقوع الضرر. وفي هذه الصورة يكون للمضروور الخيار في الرجوع على أي من المتسببين. ولهذا النظر وجه من الاعتبار؛ إذ تشترك المساهمة المدنية التبعية مع نظام تعدد الأسباب في تعدد مصدر الالتزام، وكذلك في كون الضمان الممنوح للمضروور يدخل في معنى التضامن In Solidum لا التضامن Solidarité.

غير أن الفارق الجوهرى هو أن مسؤولية المساهم التبعية مسؤولية مشتقة، في حين لا يظهر هذا الطابع في نظام تعدد الأسباب. كما أن خطأ المساهم في جميع الأحوال يقع مستغرقاً بخطأ الفاعل الأصلي؛ بحيث كان من شأن هذا الاستغراق أن ينفي مسؤوليته، لولا ثبوت رابطة المساهمة التي تعيد وصله بالضرر. وهذا على خلاف نظام تعدد الأسباب المتزامنة الذي يقوم على استقلال كل سبب بقدرته على إحداث الضرر من دون استغراق أو تبعية.

وأخيراً، فإن من أركان دعوى المسؤولية تجاه المساهم التبعية الركن المعنوي؛ إذ يشترط أن تقوم المساهمة في الفعل الضار إما على قصد إحداث عین الضرر الذي أصاب المضروور، وإما على الرعونة المتمثلة في قصد المخاطرة، مع تقبّل وقوع جنس الضرر. وهذا العنصر يقرب نظام المساهمة المدنية التبعية من فكرة «الفاعل المعنوي» الذي يعد مسؤولاً بصفة أصلية عن الضرر، في حين لا يكون المباشر للضرر سوى أداة عرضية في إحداثه. ومن ثمّ فهي مسؤولية أصلية قائمة على الخطأ الشخصي، وإن اختلطت أحياناً بمسؤولية المساهم التبعية بسبب قوة الركن المعنوي فيهما معاً.

المطلب الثاني

النموذج المقترح للمساهمة المدنية التبعية

نظراً إلى الطبيعة الملتبسة لنظام المساهمة المدنية التبعية، كما بيّنّا في المطلب السابق، فإن هنالك حاجة إلى بناء نموذج مستقل يضمن لهذا النظام القانونى اتساقه في التطبيق واستقلاله عن الأنظمة المجاورة له. ونرى أن أقرب تلك النماذج إلى تحقيق هذه الغاية

(27) بينما يشترك القانونان الإنجليزى والأمريكى في تطبيق المسؤولية المشتركة والتعددية Joint and several liability للضرر غير القابل للقسمة، يتميز القانون الإنجليزى بتصنيف واضح بين المسؤولين المتعددين المشتركين Joint والأسباب المستقلة التي تقع متزامنة Concurrent، فيما يتجاهل القانون الأمريكى هذا التمييز ويعامل جميع المتسببين تحت مظلة واحدة خلافاً للقانون الإنجليزى.

هو نموذج بول ديفز⁽²⁸⁾ الذي آثرنا إعادة صياغته من خلال استقراء النظامين القانونيين الأمريكي والإنجليزي، إضافة إلى تطويع بعض المصطلحات المستقاة من الفقه العربي، ليحقق الهدف من هذا البحث.

ويقوم النموذج المقترح على ثلاثة عناصر أساسية:

1 - يفترض النموذج أن النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية يقوم على

تعدد أطراف المسؤولية، بحيث يُنسب إلى كل واحد منهم خطأ مستقل يتصل بضرر واحد. فالخطأ الأول هو خطأ الفاعل الأصلي الذي تُناط به المسؤولية عن الضرر على وجه الأصاله، أما الخطأ الثاني فهو خطأ المساهم التبعية المتمثل في مساهمته الواعية في وقوع الضرر. وهذا العنصر تحديداً هو الذي يُضفي على نظام المساهمة التبعية صفة تعدد المدينين في الالتزام الواحد. ومع ذلك، فإن مسؤولية المساهم التبعية لا يمكن أن تُقام بصورة مستقلة تماماً عن خطأ الفاعل الأصلي، إذ تظل مرتبطة به ارتباطاً اشتقاقياً. ومن ثم، فإن وصف هذه المسؤولية بأنها مسؤولية مشتقة يعد أمراً لازماً، وهو ما يُجيز تسمية هذا الركن بـ «عنصر الاشتقاق» Derivative⁽²⁹⁾.

2 - يشترط هذا النموذج لقيام مسؤولية المساهم التبعية توافر رابطة المساهمة،

وتتحقق هذه الرابطة بسلوك مادي، إيجابياً كان أو سلبياً، يصدر عن المساهم ويتصل بالضرر الواقع على المضرور عبر خطأ الفاعل الأصلي. فرابطة المساهمة هي في حقيقتها رابطة سببية بين خطأتين: خطأ الفاعل الأصلي وخطأ المساهم التبعية؛ فهي تقرر صلة سببية بين فعل المساهمة والضرر الذي أصاب المضرور، تمر عبر خطأ الفاعل الأصلي الذي يُعد السبب المباشر لهذا الضرر؛ إذ لولا المساهمة المقدّمة من المدعى عليه للفاعل الأصلي عن علم وإدراك، لما وقع الضرر كلياً، أو لما وقع بالقدر ذاته⁽³⁰⁾.

(28) Richard C. Mason, op. cit., pp.2 - 3. (introducing a unified analytical framework for accessory liability, including its justifications, conduct and mental elements, and overall legal structure; this article adopts and modifies that model to suit its analytical purposes and acknowledges the terminological challenges resulting from translation); David S. Ruder, "The Future of Aiding and Abetting and Rule 10b-5 after Central Bank of Denver", The Business Lawyer, American Bar Association, USA, Vol.49, (1993), pp.1479-1480.

(29) See Richard C. Mason, op. cit., pp.1136-1137. (explaining that aiding and abetting liability is derivative of the principal's wrongful act and hinges on the relationship between the assister's conduct and the principal's wrongdoing).

(30) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., p.13. ("The preferable view is that the defendant's acts should have some causal impact upon the primary wrong and thereby the harm inflicted upon the claimant.")

وتكشف رابطة المساهمة عن خصائص المسؤولية على أساس المساهمة التبعية: فمن جهة، تظهر استقلال خطأ المساهم التبعية عن خطأ الفاعل الأصلي، ومن جهة أخرى تبعية هذا الخطأ لخطأ الفاعل الأصلي في اتصاله سببياً بالضرر. ومن ثم، فإن رابطة المساهمة تُميز مسؤولية المساهم التبعية بكونها قائمة على تعدد المدين مع وحدة المحل، وهو الضرر، وهو ما يضيف عليها معنى التضامن in solidum لا التضامن solidarité.

3 - أخيراً لا بد من أن تكون تلك المشاركة عن علم وإدراك، بأن يتصل علم المساهم بالعناصر المادية والمعنوية المشكلة للخطأ التقصيري للفاعل الأصلي. وهذا العلم قد يكون بجنس الأعمال غير المشروع بشكل عام، أو بعين العمل غير المشروع الذي أحدث الضرر بالمدعي⁽³¹⁾.

المطلب الثالث

أركان دعوى المسؤولية على أساس المساهمة المدنية التبعية

أركان دعوى المسؤولية المدنية التبعية مستمدة من النموذج المقترح نفسه، وهي كالتالي:

1 - يتمثل الركن الأول في إسناد خطأ أصلي إلى الغير (الفاعل الأصلي)، وهو الشخص الذي باشر بنفسه الأفعال المادية المكوّنة لركن الخطأ الأصلي الذي لأجله أقيمت دعوى المسؤولية المدنية على المدعى عليه بوصفه مساهماً تبعية⁽³²⁾؛ إذ يجب على المدعي تعيين الفاعل الأصلي أولاً، ثم إثبات قيام أركان المسؤولية الأصلية في حقه أيّاً كانت طبيعتها تقصيرية أو عقدية أو غير ذلك⁽³³⁾.

(31) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., p.62. (explaining that accessory liability requires deliberate participation in the primary wrong and cannot be imposed where the defendant had no knowledge their actions would assist in the tort).

(32) Richard C. Mason, op. cit., pp.1147-1148. (noting that liability for aiding and abetting requires an underlying actionable tort committed by the primary wrongdoer).

(33) CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc, [1988] A.C. 1013 (H.L.); Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 434 - 442 (1984) (both courts rejected secondary liability in the absence of proof that the defendant directly participated in or authorized a specific act of primary infringement; in Amstrad, the House of Lords held that merely enabling the possibility of copying without granting permission or forming a common design does not constitute authorization, while in Sony, the U.S. Supreme Court found no contributory liability where the product had substantial non-infringing uses and the alleged infringing conduct - private time-shifting - was itself lawful fair use).

ولا يشترط كل من القانون الأمريكي والإنجليزي، لإقامة دعوى المسؤولية ضد المساهم التبعية، سبق صدور حكم قضائي يقضي بثبوت مسؤولية الفاعل الأصلي، بل يُمكن اختصار الإجراءات في دعوى واحدة تجاه المساهم، وإثبات قيام أركان المسؤولية في حق الفاعل الأصلي، ضمن نفس إجراءات الدعوى، بل ولا يُشترط إدخال الفاعل الأصلي في الدعوى.

ويمكننا التعبير عن هذا الركن بركن الاشتقاق؛ ذلك أنه لا يُمكن تصور قيام المسؤولية في حق المدعى عليه بوصفه مساهماً تبعياً إلا بعد ثبوتها بصفة أصلية في حق شخص من الغير وهو الفاعل الأصلي، ولو لم يتجه الضرور واقعاً إلى مقاضاته. وقد جرت العادة أن يرجع الضرور على المساهم التبعية وحده دون الفاعل الأصلي، لكونه أكثر ملاءمة مالية⁽³⁴⁾. ونظراً إلى انعقاد المسؤولية في حق مدينين متعددين، يستقل كل واحد منهم بخطئه، فإن مسؤولية المساهم التبعية تكتسب معنى التضامم المدني، لتعدد مصادر الالتزام مع وحدة محله.

2 - الركن الثاني هو قيام رابطة مساهمة Participation link، وهي تشكل الركن

المادي من أركان المسؤولية⁽³⁵⁾. وتحقق رابطة المساهمة من خلال سلوك إيجابي أو سلبي صادر من المدعى عليه، ويحمل معنى المساهمة. وعلى الرغم من اشتقاق مسؤولية المساهم التبعية من مسؤولية الفاعل الأصلي، فإن فعل المساهمة نفسه يُعد خطأ مدنياً مستقلاً عن الخطأ الأصلي، وهو خطأ واجب الإثبات، وليس خطأ مفروضاً. وتتميز رابطة المساهمة عن رابطة العلاقة في أنها مبنية على تعدد الخطأ؛ إذ يُنسب إلى كل من الفاعل الأصلي والمساهم التبعية خطأ مستقل، في حين تقوم رابطة العلاقة على إسناد الخطأ الواحد إلى جميع الأطراف.

وهناك تنوع كبير في المصطلحات الدالة على معنى المساهمة، وقد يُظن لأول وهلة أنها معانٍ مترادفة، إلا أن لكل اصطلاح معنى داللياً مختلفاً عن الآخر في المحاكم

(قد تُعد قضايا انتهاك حقوق المؤلف استثناءً من شرط التعيين؛ إذ تؤكد المحكمة العليا في الولايات المتحدة وإنجلترا، في القضيتين المشار إليهما، ضرورة وقوع انتهاك أصلي لحقوق المؤلف، من دون اشتراط تعيين الفاعل الأصلي بشكل محدد لقيام مسؤولية منتج جهاز تسجيل البرامج التلفزيونية).

(34) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.19-20. (affirming that accessory liability is “parasitic” upon the commission of a primary wrong and cannot exist independently; this article adopts and adjusts that model, recognizing both the conceptual dependency and the translation-related difficulties in conveying the term “derivative” precisely into Arabic.

(35) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp. 21–22. (explaining that accessory liability requires a causal contribution between the accessory’s conduct and the primary harm, forming a “participation link”; this article incorporates and adapts that requirement to emphasize the causal connection between two separate wrongful acts).

الأمريكية والإنجليزية، بل إن كلا النظامين له قائمته الخاصة من المصطلحات الدالة على المساهمة، ولا مجال هنا لتتبع المعنى الفني الخاص بكل مصطلح⁽³⁶⁾.

ومن أبرز هذه المصطلحات:

- المساعدة Assistance
- التشجيع Encouragement
- التسهيل Facilitation
- الإغراء أو الاستدراج Inducement
- التسبب أو التدخل Procurement
- الإقرار اللاحق Ratification
- الإذن أو التفويض Authorization
- المساهمة عن علم Knowing Participation
- المعاونة والتحريض Aiding and Abetting
- التآمر Civil Conspiracy
- المشروع المشترك Joint Enterprise
- الخطة المشتركة Common Design
- التسبب في التعدي Secondary Infringement
- المساعدة غير النزيفة Dishonest assistance

3 - الركن الثالث هو الركن المعنوي المتمثل في وجود نية المساهمة، ويتحقق هذا

الركن من خلال توافر العلم وقصد المساهمة لدى المدعى عليه، بأن يكون على علم بطبيعة الأفعال التي تُشكّل الخطأ الأصلي، وأن يتجه قصد المدعى عليه إلى المساهمة فيه عن قصد وإدراك، وأن يكون واعياً بدوره في إحداث الضرر⁽³⁷⁾. ويمكن استخلاص نية المساهمة من درجة علم المدعى عليه بالوقائع المكوّنة للخطأ الأصلي؛ فكلما توافر لدى المدعى عليه علم خاص بعين الأفعال المكوّنة

(36) The conduct element in accessorial liability is conceptually ambiguous and often conflated with the mental element. Dietrich emphasizes that courts tend to apply tests like inducement or common design “without explanation or analysis as to what is encompassed within them,” and that the line between assistance and other forms of participation is “so fine as to be non-existent.” Joachim Dietrich, “Accessorial Liability in the Law of Torts”, op. cit., pp.232, 239, 241.

(37) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.356-357. (emphasizing that actual knowledge of the primary wrong is required for accessory liability - paralleling the article’s insistence on the secondary contributor’s awareness of his role in producing the harm - thereby excluding those who unwittingly or innocently participate).

للخطأ التقصيري الأصلي الذي كان سبباً مباشراً في وقوع عين الضرر الذي يطالب به المدعي، كان ذلك أدعى إلى ثبوت أن فعله كان بقصد المساهمة في الفعل الضار.

إلا أن انتفاء العلم الخاص لا ينفي نية المساهمة، وإن كان يجعل ثبوتها أكثر صعوبة؛ فقد تثبت نية المشاركة بوجود العلم العام بجنس الأعمال التي يقوم بها الفاعل الأصلي خاصة، وذلك شريطة أن يقتزن ذلك العلم العام بمساهمة فاعلة في إحداث الضرر.

ويمكن توضيح الأركان المذكورة بالمثال التالي:

وقع مجموعة من الأشخاص ضحية لمخطط احتيال دبره مجموعة من الأشخاص الآخرين، مستفيدين من سمعتهم الائتمانية الحسنة لدى أحد المصارف. وقد استمر المصرف في تقديم مزيد من التسهيلات الائتمانية، على الرغم من الكشف عن نمط مشبوه من العمليات المالية تتمثل في إيداع أرباح مرتفعة لحسابات معينة لا تتفق مع العادات التجارية المألوفة. وقد أسهم استمرار البنك في تقديم التسهيلات في توليد ثقة مشروعة بأنشطة المحتالين، دفعت مزيداً من الضحايا إلى استثمار أموالهم لدى المحتالين. وقد حرص المصرف على تعزيز وضعه الائتماني، من خلال اشتراطه في عقد التسهيلات الحصول على رهن عقاري يمنحه حق التقدم على كل الدائنين من ضحايا المخطط الاحتيالي في حال تعثر الاستثمار.

في هذه الحالة نكون أمام مسؤولية متعددة الأطراف، يُنسب إلى كل واحد منهم خطأ مستقل. وهؤلاء هم كل من الفاعلين الأصليين الذين دبروا المخطط الاحتيالي بشكل أصلي، والمصرف الذي أسهم في توليد ثقة مشروعة بأنشطة المحتالين؛ فإذا ثبتت مسؤولية المصرف لأجل مساهمته كانت مسؤوليته مشتقة عن الخطأ الأصلي وهو الاحتيال.

أما الركن المادي لمسؤولية المساهم التبعية فيتمثل في مساهمة المصرف الفاعلة في مفاقمة الأضرار من خلال توليد ثقة مشروعة بأنشطة المحتال، تتمثل في تقديم التسهيلات بحد ائتماني مرتفع؛ فهذه المساهمة - وإن كانت غير مباشرة - إلا أنها جوهرية في حصول الضرر. كما أن سلوك المصرف لم يخرج في أصله عن دائرة الرخصة المشروعة، وهو تقديم خدمات مصرفية للجمهور، إلا أن هذا السلوك قد اقترن بالركن المعنوي، وهو العلم الخاص بعدم مشروعية نشاط الفاعل الأصلي، من خلال وجود مكاتبات داخلية بين الأقسام تدل على اكتشاف نمط غير معتاد من المعاملات المالية، واتجاه المصرف إلى تجاهل ذلك عمداً، والاستمرار في تمويل أنشطة أصحاب المخطط الاحتيالي. إضافة إلى

حرص المصرف على تعزيز موقفه الائتماني، من خلال الرهن، ولو على حساب ضحايا المخطط الاحتياالي. وتحقق هذه الأركان في حق المصرف يؤدي إلى قيام رابطة سببية بين الخطأ (فعل المساهمة) والضرر الواقع على المدعي، بما يُفضي إلى ثبوت المسؤولية⁽³⁸⁾.

المطلب الرابع

المسؤولية التبعية بين رابطة العلاقة ورابطة المساهمة

تفترض جميع صور المسؤولية التبعية تعدد الأشخاص الذين يُمكن إسناد الضرر إليهم، بحيث يمكن اشتقاق مسؤولية المدعى عليه من المسؤولية الأصلية لشخص من الغير. ولا يُمكن تصور هذا الاشتقاق إلا في سياق تعدد الفاعلين. إلا أن تعدد الأشخاص في المسؤولية التبعية لا يقتضي بالضرورة تعدد الخطأ؛ فقد يكون الخطأ واحداً، كما في حال مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، وقد يتعدد الخطأ كما هي الحال في مسؤولية المساهم التبعية.

والمسؤولية التبعية قد تكون مبنية على رابطة علاقة Relationship link، مثل علاقة وظيفة أو رقابة، ومن أهم صورها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه؛ فالعلاقة القائمة بين التابع والمتبوع تجعل من نشاط الأول امتداداً لنشاط الأخير، فيكون الخطأ الصادر من التابع خطأ أصلياً واحداً يُنسب إلى هذا النشاط المشترك. ولذلك فإن وجود العلاقة يكفي لإسناد خطأ التابع إلى المتبوع من دون الحاجة إلى إثبات أي خطأ في حقه، مادام الخطأ كان ثابتاً في حق التابع؛ فخطأ المتبوع هنا خطأ مفترض Strict Liability.

أما مسؤولية المساهم التبعية فتستند إلى رابطة من نوع آخر، وهي رابطة المساهمة Participation link، وهي رابطة سببية بين خطأتين: خطأ الفاعل الأصلي من جهة، وخطأ المساهم المتمثل في مساهمته الواعية في الخطأ الأصلي من جهة أخرى⁽³⁹⁾؛ إذ يُعد فعل المساهمة خطأ مدنياً مستقلاً عن الخطأ الأصلي، وليس امتداداً لخطأ الفاعل الأصلي، وإن كان بينهما ارتباط سببي يتصل بالضرر.

(38) المثال مستوحى بشيء من التصرف في هذه القضية:

Monsen v. Consol. Dressed Beef Co., 579 F.2d 793 (3d Cir. 1978).

(39) Hazel Carty, "Joint Tortfeasance and Assistance Liability", Legal Studies, Society of Legal Scholars, UK, Vol.19, (1999), pp.490-491. (distinguishing between relationship-based joint liability - such as vicarious responsibility - and participation-based liability, where a contributory act forms the basis of accessory liability; the notion that the distinction between relationship link and participation link largely inspires this article's structuring of accessory liability).

المطلب الخامس

مدى ارتباط نظام المساهمة المدنية بالمساهمة الجنائية⁽⁴⁰⁾

العلاقة بين المسؤولية التقصيرية والجنائية علاقة ممتدة، تتجاوز حدود الاستعارة الاصطلاحية، بل إن المسؤولية التقصيرية في مرحلة مبكرة من تطور النظم القانونية الحديثة لم تكن إلا جزءاً من نظام المسؤولية الجزائية؛ فالعلاقة بين نظامي المساهمة الجنائية والمساهمة المدنية هي - في الحقيقة - فرع عن العلاقة الوطيدة ما بين نظامي المسؤولية التقصيرية والجنائية.

وتُعد المساهمة الجنائية نظاماً قانونياً راسخاً في أغلب النظم القانونية المعاصرة؛ إذ تُفرد له التشريعات أبواباً خاصة تحت مسمى «المساهمة في الجريمة» أو «الاشتراك في الجريمة»⁽⁴¹⁾. والغاية من هذا النظام أن يطال الجزاء القانوني كل من أسهم في ارتكاب الجريمة بطريق التحريض، أو المساعدة أو الاتفاق، حتى إن لم يُباشر بنفسه أي عنصر مادي من عناصر الجريمة. وهذا الجزاء يتفق مع غاية المسؤولية الجنائية التي تهدف إلى تحقيق الردع العام والخاص، من خلال تجريم كل صور الاشتراك في الجريمة بشكل مباشر أو غير مباشر.

أما في نطاق المسؤولية المدنية، فتُعد نظرية المساهمة التبعية نظاماً حديثاً نسبياً. ويهدف هذا النظام إلى توسيع نطاق المسؤولية لتشمل أطرافاً لم يباشروا بعض - أو كل - العناصر المادية المكوّنة للفعل الضار، إلا أنه قد كان لهم دور في تسهيل وقوع الضرر، أو في المساعدة على ارتكاب الفعل الضار، أو في تهيئة الظروف المؤدية إلى وقوعه. وتقوم هذه النظرية، في جوهرها، على تحقيق غاية الضمان، من خلال توسعة النطاق الشخصي للمسؤولية؛ لتمتد إلى أطراف من ذوي اليسار المالي لتحقيق العدالة للمضرور. وقد اتجه

(40) Nathan Isaac Combs, "Civil Aiding and Abetting Liability", op. cit., p.250. (Tort and criminal law share deep historical and conceptual roots. Tort law emerged from criminal law, and though they now serve distinct purposes, both continue to influence each other, especially in overlapping offenses like assault and battery.)

عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، ص 132. (أشار السنهاوري إلى أن التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام هي: العقد، وشبه العقد، والجريمة، وشبه الجريمة، والقانون، وهو تقسيم مأخوذ عن الفقه الفرنسي، وقد ظل معتمداً زمنياً طويلاً في التشريعات المدنية المتأثرة به، على الرغم مما أخذ عليه من ملاحظات وانتقادات في الفقه الحديث. وشبه الجريمة هي سلوك يصيب الغير بالضرر من دون أن يكون مصحوباً بنية الإضرار تُقابل نظام المسؤولية التقصيرية في العصر الحديث، ويدل ذلك على أن نظام المسؤولية التقصيرية قد استقل تدريجياً عن المسؤولية الجنائية بعد أن كان في مرحلة مبكرة من تطوره فرعاً من القانون الجنائي).

(41) المادة (76) من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 م؛ والمادة (39) وما بعدها من قانون العقوبات المصري، الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 م، والمعدل بالقانون رقم 95 لسنة 2003 م.

بعض الفقهاء إلى أن نظام المسؤولية التقصيرية، والمساهمة المدنية التبعية بشكل خاص قد يكونان مكملين لنظام المسؤولية الجنائية في وظيفة الردع تجاه أصحاب اليسار المالي، مثل الشركات والكيانات التجارية والمصرفية، بل وحتى السيادة⁽⁴²⁾.

وقد تناول أحد الفقهاء المقاربة بين النظامين في كتابه Accessory Liability، مؤكداً أن التشابه في المصطلحات القانونية، مثل «التحريض» و«المساعدة» و«التسهيل»، قد يُعْري ببناء قياس بين المساهمة الجنائية والمساهمة المدنية. لكنه يؤكد - في الوقت نفسه - أنه ينبغي توخي الحذر في مثل هذا القياس، نظراً إلى الفروق الوظيفية والنظرية بين كلا النظامين⁽⁴³⁾.

ويؤكد أن النظام الجنائي يتميز باتساع نطاق المساهمة؛ ليشمل أفعالاً غير مباشرة ومجردة من أي ضرر، وذلك تماشياً مع غايته في العقاب والردع، في حين يفترض النظام المدني نوعاً من العلاقة السببية القانونية بين خطأ المساهم والضرر محل الدعوى، وإن كانت السببية غير مباشرة تمر عبر خطأ الفاعل الأصلي.

ويشير كذلك إلى أن بعضاً من الإشكالات المطروحة في الفقه الجنائي قد تساعد في فهم بعض المسائل المعقدة في النظام المدني، ومن ذلك الركن المعنوي، وما إذا كان قصد الإضرار مطلوباً لتحقيق مسؤولية المساهم التبعية، أم يُكتفى بالرعونة وتقبل المخاطر الظاهرة أو المعلومة. وكذلك في فهم الحد الفاصل بين المسؤولية الأصلية والتبعية، والحالات التي يُعامل فيها جميع المساهمين في الفعل الضار بوصفهم فاعلين أصليين، والحالات التي يجب فيها التفرقة بين دور كل مساهم في الفعل الضار؛ إذ تسهم النظرية

(42) Richard A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law", Columbia Law Review, Columbia Law Review Association, USA, Vol.85, 1985, pp.1193, 1204-1205. (arguing that civil tort liability may be more effective than criminal law in deterring wealthy actors, due to lower evidentiary standards and flexible monetary sanctions - supporting this article's claim that civil secondary liability can function as a modern tool of deterrence, particularly against corporations, banks, and sovereigns)

(43) John C. Coffee Jr., "Does 'Unlawful' Mean 'Criminal'? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law", Boston University Law Review, Boston University School of Law, USA, Vol.71, (1991), pp.193-195; Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.65-67. ("Thus, while tort law seeks to balance private benefits and public costs, criminal law does not ... possibly because balancing would undercut the moral rhetoric of the criminal law. Characteristically, tort law prices, while criminal law prohibits."); Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.65-67. (cautioning that analogies from criminal to civil accessory liability should not extend beyond "aid, abet, counsel and procure," and further warning that civil law should not adopt the criminal law's broader joint enterprise doctrine).

الجنائية في إضاءة بعض الجوانب المعقدة في المسؤولية المدنية، إلا أن هذا القياس ينبغي أن يكون بحذر بالغ⁽⁴⁴⁾.

ومن الأمثلة على الاستعارات المفاهيمية الممكنة نظرية «المشروع المشترك» Joint Enterprise التي تعتبر محل جدل قوي في الفقه الجنائي المعاصر؛ إذ إن هذا النظرية قد لا تهمل التباين في دور المساهمين في ارتكاب الجريمة، من حيث القصد الجنائي، أو من حيث جوهرية المساهمة؛ مما يُفضي إلى ترتيب المسؤولية الجنائية لأشخاص على جريمة تامة لمجرد انضمامهم إلى جماعة إجرامية، من دون مشاركة فعلية في الجريمة، أو من دون قصد ارتكابها ولو كانت الجريمة المرتكبة خارج نطاق المشروع المشترك⁽⁴⁵⁾. وهذا الجدل قد يكون مفيداً في نطاق المسؤولية المدنية على أساس المساهمة، من حيث ضرورة التفرقة بين الفاعل الأصلي والمساهم، وبين الأدوار التي لعبها كل شريك في إحداث الضرر، وما إذا كانت المساعدة جوهرية بما يكفي لكي تقوم الرابطة السببية بين فعل المساهمة والضرر المتحقق.

المطلب السادس

العائلة الأنجلو - أمريكية بين الاتفاق والافتراق

ينتمي كل من النظامين القانونين الأمريكي والإنجليزي إلى العائلة الأنجلو - سكسونية، ويشتركان في كثير من الأصول التي من أهمها حجية السوابق القضائية. كما دأبت المحاكم

(44) For example see: Charles F. Capps, "Rethinking Accomplice Liability", Arizona State Law Journal, Arizona State University, USA, Vol.56, (2024), p.51.(quoting John Gardner and arguing that liability for accomplices should rest on their own contribution to wrongdoing, not derivative of the principal's act; this enriches the civil law debate on accessory liability, offering a criminal law perspective that challenges the assumption that civil aiding and abetting must always be derivative in nature).

(45) يذهب الفقه الجنائي المعاصر إلى رفض هذا التوسع، واشتراط قصد جنائي خاص يتعلق بالجريمة المرتكبة من الفاعل الأصلي؛ فلا يُسأل كل عضو في المشروع المشترك عن جريمة اغتصاب مثلاً، في حين يتجه المشروع الإجرامي إلى السطو على المنازل فقط.

Matthew Dyson, "The Contribution of Complicity", Journal of Criminal Law, SAGE Publications, UK, Vol.86, (2022), pp.390-391, 395-396 ("Dyson critiques the broad scope of parasitic accessorial liability (PAL), under which an accomplice could be held liable for a collateral offence merely because it was foreseen as a possibility within a joint criminal venture. He argues that liability should instead require a significant contribution to, and intent to assist or encourage, the specific principal offence. Dyson endorses the result in Jogege for rejecting PAL but notes that the case left unresolved the standard of contribution required for complicity."); R v. Jogege, [2016] UKSC 8, [77],[83] ("Foresight is evidence of intent, not intent itself"; liability requires intent to assist or encourage the specific offence).

في كل من الولايات المتحدة والمملكة المتحدة، وكذلك الفقهاء في النظامين، على الاستئناس بأحكام القضاء في النظام المقابل. ومع ذلك فإن هناك تبايناً في كثير من المسائل الفرعية، ومنها نظام المساهمة المدنية التبعية؛ إذ إن نظام المساهمة المدنية التبعية قد تطور بشكل مستقل في كل نظام قانوني، ونلمس ذلك التباين في اختلاف المسميات وصور المساهمة الموجبة للمسؤولية في كل نظام قانوني.

ويظهر الافتراق بين النظامين لأول وهلة على المستوى الاصطلاحي؛ إذ نجد أن الفقه الإنجليزي يجمع كل صور المساهمة المدنية التبعية تحت تعبير جامع وهو Accessory أو «الإكسسوار». وهذه التسمية تعبير مجازي عن معنى التبعية والاشتقاق؛ أي أن مسؤولية المساهم التبعية تأتي تابعة لمسؤولية شخص آخر وهو الفاعل الأصلي، مثل تبعية الزينة أو الإكسسوار للزينة الأصلية للإنسان، وهي اللباس الساتر الذي يقي الإنسان بأس الشتاء والصيف⁽⁴⁶⁾.

أما القانون الأمريكي فيجمع صوراً متعددة من صور المساهمة المدنية التبعية، تحت مسمى المسؤولية التبعية Secondary liability. وهذا الاتجاه يزيد من الحاجة إلى وضع حدود فاصلة بين مختلف أنواع المسؤولية التبعية، حتى لا تختلط مسؤولية المساهم التبعية مع أنواع أخرى من المسؤولية التبعية، مثل مسؤولية التابع عن أعمال تابعيه Vicarious liability؛ إذ إن المسؤولية في النوع الأخير تقوم على رابطة العلاقة وليس رابطة المساهمة، كما أن مسؤولية المتبوع هي في الواقع مسؤولية أصلية، وإن كانت مشتقة من مسؤولية التابع⁽⁴⁷⁾.

(46) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., p. 1. (describing how the term “accessory” is commonly used outside legal discourse-particularly in fashion, where items like handbags and earrings are not the main element of an outfit but nonetheless essential to completing it. He applies this metaphor to law, suggesting that accessory parties, though not the central actors, play a crucial role in completing the picture of liability. The analogy highlights the marginal yet in dispensable position of accessories in both fashion and legal wrongdoing, framing the term as both linguistically and conceptually linked across domains).

(47) سبقت الإشارة إلى الإشكال الاصطلاحي الناتج عن تبني النظام القانوني في الولايات المتحدة مصطلح «المسؤولية الثانوية» Secondary Liability كمظلة عامة تشمل مختلف صور المسؤولية الاشتقاقية. ولا تزال أمام إشكالية حقيقية في كيفية التعامل مع هذا الخلط؛ إذ إن المصطلح كثيراً ما يُستخدم للإشارة إلى أنواع متعددة من المسؤولية، بما في ذلك مسؤولية المساهم التبعية والمسؤولية عن فعل الغير، وهو ما يؤدي إلى طمس الفوارق الجوهرية بينها. وبناءً على ذلك، أثّرنا استخدام مصطلح «المسؤولية الاشتقاقية»، كمفهوم جامع يضم في نطاقه صوراً متعددة، من بينها المسؤولية عن فعل الغير، وكذلك مسؤولية المساهم التبعية، وهذا يتسق مع التحليل النقدي الذي قدمه ديتريتش في معرض رفضه اعتبار المساهمة التبعية صورة من صور «المسؤولية الثانوية».

Joachim Dietrich, “Accessorial Liability in the Law of Torts”, op. cit., p.232, n.2.

كما يظهر الاختلاف بين النظامين في تعدد صور المساهمة المدنية التبعية داخل كل نظام، وتطور كل صورة منها بشكل مستقل عن الصور الأخرى؛ فقد طوّر كل نظام أطراً قانونية متعددة ومستقلة للمساهمة المدنية التبعية، تختلف من حيث مصدريتها القانونية.

فمن أهم صور المساهمة المدنية في القانون الإنجليزي التي تستمد مصدريتها من السوابق القضائية Common law المساعدة الاحتيالية Dishonest assistance، والإخلال بواجب الأمانة Breach of Trust، إلى جانب التآمر أو التحريض على الإخلال بالتزام تعاقدى Inducement of breach. وهناك تطبيقات للمساهمة المدنية تستمد مصدريتها من التشريعات البرلمانية، مثل انتهاك حقوق الملكية الفكرية. والنوع الأخير، وإن كان يستمد مصدريته من التشريع، إلا أن القواعد التفصيلية للمسؤولية التبعية تستمد مصدرها من السوابق القضائية.

أما في القانون الأمريكي، فبعض صور المساهمة تستمد مصدريتها من السوابق القضائية، مثل: المعاونة على ارتكاب الفعل الضار aiding and abetting والمؤامرة conspiracy، والاعتداء غير المباشر على حقوق الملكية الفكرية⁽⁴⁸⁾. أما أغلب صور المساهمة المدنية فتستند إلى تشريعات خاصة، ومن أهمها التشريعات الخاصة بتعويض ضحايا الاحتيال في الأسواق المالية، وكذلك ضحايا الإرهاب الدولي⁽⁴⁹⁾.

ويتميز القانون الأمريكي عن القانون الإنجليزي في الاقتصاد الاصطلاحي عند وصف سلوك المساهمة الذي يُمثل الركن المادي من أركان مسؤولية المساهم التبعية؛ ففي حين يقتصر الفقه الأمريكي على استعمال عبارة Aiding and Abetting، أو التحريض والمساعدة، وكذلك الاستدراج أو الإغراء Inducing، نجد أن الفقه الإنجليزي يفرض في استدعاء الألفاظ المتقاربة لغوياً في سياقات متعددة جميعها لا تخرج عن معنى المساعدة والتحريض، ومن ذلك كلمات الإغراء أو الاستدراج inducing، والتفويض أو الإذن

(48) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). (rejecting contributory liability for products capable of substantial lawful use).

(49) Anti-Terrorism Act, 18 U.S.C. § 2333(a), (d)(2) (1992 & Supp. 1996) (providing U.S. nationals a private right of action—including for “aids and abets, by knowingly providing substantial assistance, or ... conspires with” the perpetrator of an “act of international terrorism”); Justice Against Sponsors of Terrorism Act, Pub. L. No. 114-222, § 4(a), 130 Stat. 852, 854 (2016) (amending § 2333 to codify “the findings and purpose” based on Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983), and to confirm that aiding and abetting civil liability under § 2333 is based on “knowingly providing substantial assistance” to a specific act of international terrorism) (together establishing a robust federal civil aiding-and-abetting cause of action for terrorism victims, incorporating objective standards from Halberstam while retaining the narrow mental-state requirement).

انظر: عبدالله عمر الخولي، مرجع سابق، ص 246-316.

authorizing، والتسهيل facilitating، والترتيب أو التسبب في وقوع الفعل procuring، والتشجيع encouraging، والطلب soliciting، والتآمر conspiring. ومع ذلك فإن هناك خلافاً فقهيًا دقيقاً وجاداً حول دلالة كل لفظ من هذه الألفاظ؛ إذ لا يرى الفقه والقضاء أنها ألفاظ مترادفة، بل إن لكل لفظ دلالة الخاصة⁽⁵⁰⁾.

وأخيراً، فإن النظامين الإنجليزي والأمريكي يختلفان في شروط ثبوت الركن المعنوي، فبينما يتبنى القانون الإنجليزي معياراً ذاتياً للركن المعنوي يقترب كثيراً من المعيار المطلوب تحقيقه لإدانة متهم في جريمة تتطلب قصدًا خاصاً، فإن القانون الأمريكي يتبنى معياراً موضوعياً؛ إذ تُبنى المسؤولية في القانون الإنجليزي على العلم الفعلي والإرادة الحقيقية للمدعى عليه، في حين تُبنى في القانون الأمريكي على معيار موضوعي وهو «جوهرية المساعدة»، وهذا المعيار يعود إلى قضية هالبرستام⁽⁵¹⁾.

وقد وضع القضاء الأمريكي معايير موضوعية لاستخلاص الركن المعنوي، وذلك بتطبيق مجموعة من الضوابط المعيارية Tests للتحقق من مدى اتصال علم المدعى عليه بالعناصر المادية للخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، ومدى وعي المدعى عليه بدوره في إحداث الفعل الضار، وكذلك مدى جوهرية المساعدة المقدمة في إحداث الضرر. ونجد أن المحاكم في الولايات المتحدة - بخلاف إنجلترا - تتخفف في شرط القصد كلما اتصل علم المدعى عليه بشكل خاص ومباشر بعين العمل غير المشروع الصادر من الفاعل الأصلي⁽⁵²⁾. وقد تكتفي المحكمة بالعلم العام بطبيعة أنشطة الفاعل الأصلي؛ أي بجنس الأعمال غير المشروعة الصادرة من الفاعل الأصلي على سبيل الاعتقاد، ولكن بشرط أن يقترب ذلك العلم بالمساعدة الجوهرية. في حين يشترك القضاء الإنجليزي علماً فعلياً ومعاصراً لوقوع الخطأ الأصلي، ولا تعترف بالعلم المفترض.

(50) Paul S. Davies, "Accessory Liability for Assisting Torts", Cambridge Law Journal, Cambridge University Press, UK, Vol. 70, No. 2, July 2011, pp. 353-360. [courts have attempted to distinguish between procurement and assistance, often treating procurement as sufficient for liability while viewing mere assistance as potentially insufficient. However, this distinction is subtle and inconsistently applied, as courts sometimes reach different conclusions in similar factual settings. Davies argues that these categories lie along a spectrum, and that the key inquiry should be whether the defendant's conduct materially contributed to the commission of the tort).

(51) Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 474-489 (D.C. Cir. 1983).

(52) See Brennan v. Midwestern United Life Insurance Co., 417 F.2d 147, 154 (7th Cir. 1969) (finding aiding and abetting liability where the defendant knowingly remained passive and profited from the fraud); see also Monsen v. Consolidated Dressed Beef Co., 579 F.2d 793, 799-800 (3d Cir. 1978) (holding that substantial knowledge and self-interest can satisfy the assistance element even where the defendant's conduct was indirect or facilitative).

المطلب السابع

المساهمة المدنية التبعية خروج عن القواعد العامة

تقوم المسؤولية ضد المدعى عليه بوصفه مساهماً تبعياً، على الرغم من قيام حالة من الحالات التي تُوصف في دول القانون المدني بـ «حالة الاستغراق» المانعة من قيام المسؤولية المدنية؛ إذ تقضي القواعد العامة في الفقه الأنجلو - أمريكي بأنه إذا اجتمع أكثر من سبب في إحداث الضرر، فإن الأصل هو إسناد المسؤولية إلى صاحب السبب الأقرب، أو الأكثر مباشرة واتصالاً سببياً بالضرر، باعتباره السبب الفاعل أو المهيمن efficient or proximate cause الذي تُعزى إليه النتيجة. ذلك أن التلازم السببي بين الخطأ والضرر من أهم عناصر دعوى المسؤولية التقصيرية في الفقه الأنجلو - أمريكي التي عادة ما يُعبر عنها بـ Proximate cause أو Causation and remoteness.

إلا أن إقرار المسؤولية على أساس المساهمة التبعية يقتضي إسنادها إلى صاحب السبب الأبعد، وذلك بمجرد تحقق أركان المسؤولية الأصلية في حق شخص آخر، وهو الفاعل الأصلي الذي يباشر بنفسه كل العناصر المادية المشكلة للخطأ التقصيري والمتصلة بالضرر اتصالاً مباشراً. ولأجل الخطأ الصادر من الفاعل الأصلي أُسندت المسؤولية إلى المدعى عليه. وهذا الخروج له ما يُبرره، إذ إن تحقق أركان المسؤولية في حق المساهم التبعية يُفضي إلى قيام الاتصال السببي بين خطئه وخطأ الفاعل الأصلي على وجه يظهر أثره في الضرر الواقع على المدعي. ويُمكن القول إن الاتصال السببي في المساهمة التبعية اتصال معنوي، يتمثل في علم المساهم وقصده؛ إذ إنه على الرغم من ضعف الاتصال المادي المباشر بين الفعل والنتيجة، فإن الاتصال المعنوي يعززه ويقويه.

المطلب الثامن

تبرير مسؤولية المساهم التبعية

النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية ذو طبيعة ضمانية، والضمان هو الأساس الذي يُبرر خروجه عن القواعد العامة؛ إذ جرت العادة أن يتجه المضرور بدعواه إلى صاحب الخطأ الأكثر صلة بالضرر، وهو الفاعل الأصلي، لسهولة إقامة أركان المسؤولية المدنية في حقه؛ فالأصل أن يوجَّه الادعاء ابتداءً إلى صاحب الخطأ العمدي أو الجسيم، أو إلى من كان خطؤه السبب المباشر في إحداث الضرر.

غير أن أهمية نظام المساهمة التبعية تتجلى في حماية المضرور من إفسار الفاعل

الأصلي؛ إذ تصبح دعوى المسؤولية التقصيرية محدودة الجدوى في الحالات التي يكون فيها المسؤول المباشر معسراً؛ فيلجأ المضرور إلى مقاضاة الأطراف الأكثر يساراً، وإن كانت إقامة المسؤولية في حقهم أكثر صعوبة واتصال سلوكهم بالضرر أقل وضوحاً، مثل المصرف الذي اقتصر دوره على توليد ثقة مشروعة في أنشطة المحتال. وبهذا يسعى النظام إلى توسيع دائرة الضمان، وزيادة فرصة المضرور في الحصول على التعويض من أشخاص ذوي ملاءة مالية، حتى لا يُحرَم من جبر الضرر بسبب إعاقة المسؤول المباشر⁽⁵³⁾.

كما يوفّر النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية مزايا تتجاوز مجرد تتبع المساهمين المؤسرين؛ إذ تمتد فائدته إلى تجاوز الإشكاليات المرتبطة بقواعد الولاية والاختصاص القضائي؛ ففي حال تعذرت مقاضاة الفاعل الأصلي بسبب عدم تحقق أحد ضوابط الإسناد القضائي في حقه، يمكن للمدعي - عندئذ - التوجه بدعواه ضد أحد المساهمين في الفعل الضار ممن يخضعون لاختصاص المحاكم المحلية. بل وقد يُفضّل المدعي اللجوء إلى محكمة معينة دون غيرها؛ لكونها أكثر ملاءمة له، سواء من حيث سهولة الإجراءات، أو من حيث توافق القوانين المطبقة مع مصلحته؛ مما يمنحه مرونة استراتيجية في اختيار الولاية القضائية التي تعزّز من فرصة المضرور في الحصول على التعويض⁽⁵⁴⁾.

كما يُعد نظام المساهمة المدنية التبعية تكميلياً للنظام القانوني الجنائي، خاصة ضد الكيانات التجارية والمالية والسيادية ذات الملاءة المالية؛ فبينما تُعد عقوبة الحبس رادعة للأفراد، فإن الجزاء المدني المتمثل في الإلزام بالتعويض قد يكون جزاءً رادعاً للشخصيات المعنوية التي تتعذر معاقبتها بالحبس⁽⁵⁵⁾.

(53) Richard C. Mason, "Civil Liability for Aiding and Abetting", op. cit., p.1159.

(54) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.3-4. (noting that claimants often sue accessories instead of primary wrongdoers due to insolvency, to preserve personal or business relationships, or because the accessory is more accessible or procedurally convenient - particularly in mass tort or IP contexts).

(55) Richard A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law", op. cit., pp.1204-1205.

المبحث الثاني

النموذج القانوني للمساهمة المدنية التبعية .. نقد وتحليل

تطرقنا في المبحث الأول إلى الطبيعة القانونية للمساهمة المدنية التبعية، وما يكتنفها من غموض أو قابلية للانحصار في أنظمة قانونية مجاورة تشترك معها في بعض الخصائص أو الوظائف. كما استعرض المبحث النموذج المقترح وأركانه، وتوقف عند مبررات خروج هذا النظام عن القواعد العامة.

وفي المبحث الثاني سوف نستعرض عدداً من التطبيقات القضائية التي توضح موقف القضاء الأمريكي والإنجليزي من هذه الأركان التي يقترحها هذا النموذج. كما سنتعرض للنموذج بالدراسة النقدية للنظر في مدى قدرته على إظهار الطبيعة الخاصة لهذا النظام القانوني وتميزه عن الأنظمة التي قد تلتبس معه، وما إذا كان ذلك النموذج يحقق اتساقاً في التطبيق القضائي، كما سنكشف عن أبرز ما يثيره النموذج من إشكالات نظرية وعملية:

المطلب الأول

الاشتقاق

تُعد مسؤولية المساهم التبعية مسؤولية مشتقة من خطأ فاعل أصلي يُسند إليه الإخلال بالواجب القانوني الذي ألحق الضرر بالمدعي بشكل مباشر وفاعل. ولا تكون مسؤولية المساهم التبعية مطروحة أصلاً ما لم يكن الضرر محل الدعوى منسوباً إلى فاعل أصلي، بحيث يهدف المدعي بدعواه إلى إسناد هذا الضرر بصفة تبعية إلى المدعى عليه؛ إذ لو كان في الإمكان إسناد الضرر إلى المدعى عليه بصفة أصلية لما كانت هناك حاجة إلى اللجوء إلى هذا الطريق الاستثنائي الذي لا يخلو من التكلفة.

كما لا تكون مسؤولية المساهم التبعية مطروحة؛ إذ لم يكن هناك ضرر ثابت؛ ذلك أن المسؤولية المدنية لا تهدف إلى معاقبة المساهم على مقاصده غير المشروعة، وإنما تهدف إلى تعويض المدعي عن الضرر الواقع عليه، فلا تكفي المساهمة وحدها لقيام المسؤولية في حق المساهم دون وجود ضرر، مهما كان انطواء فعل المساهمة على نوايا خبيثة؛ فالهدف من إثبات مسؤولية المساهم هو التأسيس للرابطة السببية ما بين فعل المساهمة والضرر اشتقاقاً من خطأ الفاعل الأصلي، ومن ثم فإنه لا بد من وجود الخطأ الأصلي.

وتتنوع صور المسؤولية الأصلية التي من أجلها يكون المدعى عليه مسؤولاً بوصفه مساهماً تبعياً؛ فقد يكون الفاعل الأصلي قد أحل بواجب مصدره العقد، أو القانون، أو

التشريع، أو واجب الأمانة Fiduciary، وقد يكون الفاعل الأصلي قد انتهك حقاً من حقوق الملكية الفكرية، أو ارتكب جريمة جنائية ينشأ عنها ضرر قابل للتعويض. ولكل مصدر من مصادر المسؤولية الأصلية أركانه الخاصة التي يجب تحققها في حق الفاعل الأصلي، قبل نشوء الحق في مطالبة المساهم التبعي. إلا أن النموذج المقترح يواجه تحدياً من حيث قدرته على وضع معيار دقيق لتمييز الحالات التي تكون فيها مسؤولية المدعى عليه مشتقة من مسؤولية الفاعل الأصلي، أم أنها مسؤولية أصلية مستقلة، وليست تابعة للمسؤولية الأصلية.

ومن ثم، فإن البحث في أنواع المسؤولية الأصلية يكشف عن مواضع دقيقة يلتبس فيها الأمر بين ما يُعدُّ مسؤولية تبعية مشتقة من خطأ الفاعل الأصلي، وما قد يُنظر إليه بوصفه مسؤولية أصلية قائمة بذاتها. وهذا ما يجعل النموذج المقترح عرضة للصعوبة في رسم الحدود الفاصلة بين المساهمة التبعية، والمسؤولية الأصلية:

أولاً: في سياق المسؤولية التقصيرية

تقوم المسؤولية التقصيرية للمساهم التبعي على خطأ واجب الإثبات في حقه، وهو فعل المساهمة نفسه. ويتمثل خطأ المساهم في مساهمته في الفعل الضار الصادر من الفاعل الأصلي على نحو يرتبط سببياً بالضرر، وهو عالم بالأفعال المكوّنة للخطأ التقصيري الصادر من الفاعل الأصلي، مع وعيه بدوره في إحداث ذلك الضرر. إلا أن اعتبار ذلك الخطأ خطأ مستقلاً ومشتقاً في الوقت نفسه من خطأ الفاعل الأصلي أمر لا يخلو من صعوبة. وتكمن هذه الصعوبة في غموض الحد الفاصل ما بين اعتبار خطأ المساهم خطأ أصلياً أو خطأ تبعياً⁽⁵⁶⁾.

وما يؤكد صعوبة وضع حد فاصل بين المسؤولية الأصلية والتبعية هو أن المحاكم الأمريكية تمنح الخيرة للمدعي بأن يقاضي المساهم بوصفه فاعلاً أصلياً بشكل مستقل، أو بوصفه مساهماً تبعياً اشتقاقاً من خطأ الفاعل الأصلي، ولكل طريق مميزاته وعيوبه. وقد دفع هذا الالتباس بعضهم إلى القول بأنه لا توجد هناك تفرقة ذات معنى بين المسؤولية الأصلية أو التبعية للمساهم؛ مما يفقد النموذج قدرته على تمييز المسؤولية على أساس المساهمة التبعية عن الفعل الأصلي⁽⁵⁷⁾.

(56) هذه الصعوبة نُوقِشت في سياق القانون الجنائي، ويذهب جانب من الفقه الجنائي إلى عدم اعتبار مسؤولية المساهم التبعي اشتقاقية على الإطلاق، بل إنه يكون مسؤولاً بصفة أصلية وفق دوره في الجريمة.

Charles F. Capps, "Rethinking Accomplice Liability", op. cit., p.51.

(57) خلصت دراسة سابقة إلى أنّ نظام المساهمة المدنية التبعية في بنيتها المنطقية أكثر انضباطاً وتحديداً من نظام المسؤولية عن الخطأ الشخصي؛ إذ يشترط لقيام مسؤولية المساهم التبعي توافر ركن معنوي

ويتجسد غموض ذلك الخط الفاصل - بشكل واضح - في قرار محكمة استئناف أمريكية، عندما قررت إمكان اعتبار مساهمة جمعية خيرية أمريكية في أنشطة جمعيات خيرية مرتبطة بمنظمة مُصنَّفة ضمن قوائم الإرهاب بأنه خطأ أصلي قائم بذاته، ولا حاجة إلى اشتقاقه من مسؤولية الفاعل الأصلي؛ ذلك أن قيام تلك الجمعية بإجراء تبرعات لأنشطة خيرية، مع العلم باحتمال وصول تلك التبرعات إلى المنظمة المصنفة، وعلمها - ولو بشكل عام - عن جنس الأنشطة التي تقوم بها تلك المنظمة، يجعلها مسؤولة مسؤولية أصلية عن كل عمل تقوم به تلك المنظمة، ويتسبب في ضرر لمواطنين أمريكيين⁽⁵⁸⁾.

والجدل في إنجلترا يدور في الفلك نفسه؛ إذ يرى روبرت ستيفن أنه ينبغي التخلي عن الصور التقليدية للمسؤولية التبعية، ومنها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ومسؤولية المساهم التبعية، وتبني ما يصفه بـ «الإسناد» attribution. ويرفض هذا التصور اعتبار خطأ المساهم خطأ تبعياً مشتقاً من الخطأ الأصلي، بل ويرفض اعتبار خطأ المساهم أساساً لمسؤوليته، بل يعتبره سبباً لإسناد فعل الأصل. فإن كان فعل الأخير يمثل انتهاكاً لحقوق المضرور، كان في الإمكان نسبة ذلك الفعل إلى المساهم إذا كان سلوك المساهم يتضمن إقراراً بالفعل الأصلي.

ووفقاً لهذا الرأي، فإن التساؤل المطروح لا يتعلق بمدى الارتباط السببي بين الخطأين: خطأ المساهم، وخطأ المسؤول أصالة عن الضرر، أو يتعلق باعتبار المتبوع مسؤولاً مسؤولية مفترضة عن خطأ التابع؛ إذ يرى ستيفن أن المسألة تتعلق بمدى إمكان نسبة الفعل - وليس الخطأ - الصادر من الفاعل الأصلي إلى المساهم أو المتبوع، كأنما وقع منه بصفة أصلية؛ فالمسألة إذن لا تتعلق بنسبة مسؤولية شخص إلى شخص آخر، وإنما بإمكان إسناد الفعل الذي يشكل اعتداءً إلى شخص آخر⁽⁵⁹⁾.

يتمثل في المساهمة الفعلية والواعية في الفعل الضار. ومن ثم، فإن إسناد المسؤولية إلى المساهم استناداً إلى الخطأ الشخصي، من دون اشتراط حالة ذهنية خاصة، فقد يؤدي إلى مساءلة من أسهم عرضاً بخطئه في وقوع الضرر، وهو ما يفضي إلى تضيق غير مبرر لدائرة الحقوق والرخص المشروعة. انظر: عبد الله عمر الخولي، مرجع سابق، ص 246-316.

See also: Robert A. Prentice, "Locating That Indistinct and Virtually Nonexistent Line between Primary and Secondary Liability under Section 10(b)", North Carolina Law Review, University of North Carolina School of Law, USA, Vol.75, (1997), p.691.

(58) Boim v. Holy Land Foundation for Relief and Development, 549 F.3d 685, 690-691 (7th Cir. 2008). (holding that a charity's donations to groups linked to a terrorist organization, made with general awareness of the organization's violent activities, could constitute primary liability under the ATA).

(59) Robert Stevens, Torts and Rights, Oxford University Press, Oxford, UK, 2007, pp.261-263. ("It is not liability that is attributed, but action. If the act of the other party is one which violates the claimant's rights, and if that act can be attributed to the defendant, then

وتُعدّ هذه النظرية نقدًا جوهريًا للتصور التقليدي للمسؤولية التبعية الذي يُفرّق بين خطّائين: خطأ الفاعل الأصلي، وخطأ المساهم، أو خطأ المتبوع الذي يكون مفترضًا؛ إذ يرى ستيفن أنه لا مبرر لتلك التفرقة؛ فنحن أمام فعل واحد يمكن إسناده إلى المساهم أو المتبوع بصفة أصلية وليست تبعية، فإن كان هذا الفعل يمثل خطأ تقصيريًا، فإنه يُنسب إليهم جميعًا بصفة أصلية.

كما يرى جانب آخر من الفقه أن ترتيب المسؤولية على المدعى عليه اشتقاقًا من خطأ أصلي تقصيري غير عمدي لا يخلو من صعوبة. ذلك أن فعل المساهمة – كالتهريض أو المساعدة – تفترض علمًا وقصدًا للإضرار بالغير، في حين أن الإهمال بطبيعته لا يتضمن قصد الإضرار. ويضرب مثالًا بشخص يغري آخر على القيادة بسرعة مفرطة، متسببًا من دون قصد في إصابة طفل؛ ففي مثل هذه الحالة، يصعب اعتبار هذا التشجيع «مساعدة» على ارتكاب فعل ضار؛ لأن كلاً من الفاعل الأصلي والمحرّض لم يقصدا إلحاق الضرر بالطفل، ومادام قصد الإضرار بالطفل قد انتفى من قبل المحرض فإن الركن المعنوي اللازم لقيام مسؤولية المساهم التبعية قد انتفى هو أيضًا، فلا يصح – عندئذ – إقامة الدعوى على هذا الأساس. ويمكن في هذه الحالة مساءلة المساهم أو المحرض بصفة أصلية على أساس المسؤولية التقصيرية إن تحققت شروطها، باعتبار أن سلوك المساهم هو إخلال بواجب أصلي مستقل في مواجهة المضرور، لا في إطار المسؤولية الاشتقاقية التبعية⁽⁶⁰⁾.

إلا أنه قد نوقش هذا الرأي بأن من المتصور اشتقاق مسؤولية المساهم من سلوك عمدي آخر، وهو تعمد قيادة السيارة بسرعة مفرطة، فالفاعل الأصلي، وإن لم يقصد إصابة الطفل، فإنه قد قصد سلوكًا أرعن يتمثل في القيادة بسرعة مفرطة، متقبلًا خطر وقوع جنس الضرر الواقع على المضرور. أما المساهم فقد قصد المساهمة في سلوك عمدي، وهو قيادة السيارة برعونة، فهو وإن لم يكن قد تعمد وقوع الضرر إلا أنه قد تقبل وقوع جنسه من خلال اتجاه قصده إلى المساهمة في سلوك يجعل ذلك الطفل في نطاق المخاطر المتوقعة لذلك السلوك، فيكون المساهم مسؤولًا عن ذلك الضرر، وإن لم يكن ذلك الضرر مقصودًا بعينه. كما يرى أنه لا مانع من الجمع بين المسؤولية التبعية والمسؤولية المباشرة على

the defendant has committed a tort against the claimant. There is no need to find a separate tort committed by the defendant; the tort committed by the other is treated as his”).

(60) See Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., p.187. (Responding to Dietrich’s view that accessory liability is conceptually incompatible with negligence, since acts like encouragement or assistance presuppose intent, which negligence lacks; Dietrich illustrates this with the example of someone urging another to speed through a school zone, resulting in injury without intent. Davies replies that this analysis is “attractive but not necessarily convincing,” arguing that encouragement of negligent conduct may itself be intentional and can satisfy the requirements for both accessory and primary liability).

أساس واجب مستقل، إذا توافرت شروط كل منهما. وهذا الرأي هو شاهد على تأثر الفقه الإنجليزي بنظيره الأمريكي، في التوسع في المعيار الموضوعي للركن المعنوي الذي يرى أن قصد المخاطرة يكفي لتحقيق الركن المعنوي، خلافاً للرأي التقليدي في الفقه الإنجليزي الذي يرى ضرورة اتجاه القصد إلى وقوع عين الضرر محل الادعاء⁽⁶¹⁾.

ونلاحظ من هذا العرض والخلاف الفقهي والقضائي صعوبة وضع حد فاصل ما بين المسؤولية الأصلية عن الخطأ الشخصي والمسؤولية التبعية للمساهم. ويمثل ذلك تحدياً كبيراً للنموذج في نطاق المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: في سياق المسؤولية عن التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية

يواجه النموذج المقترح كذلك صعوبة في تحديد مدى اشتقاق مسؤولية المدعى عليه عن التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية من مسؤولية المدين الأصلي بعد وقوع الإخلال من الأخير بالعقد نتيجة لذلك التدخل⁽⁶²⁾، ذلك أن هناك غموضاً يحيط بكلمة «الإخلال» في سياق المسؤولية العقدية؛ إذ إن عدم تنفيذ المدين التزامه يُعد إخلالاً من قبله، ولو لم تكتمل أركان المسؤولية العقدية في حقه، إذ أن الإخلال بالالتزام العقدي يقع بمجرد عدم التنفيذ؛ لكونه التزاماً بتحقيق نتيجة. ومع ذلك فقد لا تجتمع مع الإخلال بقية أركان المسؤولية العقدية، وذلك بسبب قيام حالة من حالات الإعفاء من المسؤولية.

فقد يكون عنصر الاشتقاق ظاهراً عندما يقع الإخلال بالعقد من قبل المدين الأصلي استجابة لتحريض المتدخل؛ فمسؤولية المتدخل هنا تكون مشتقة من مسؤولية المدين الأصلي الذي أخل عمداً بالعقد استجابة لذلك التحريض. وقد يكون التدخل التقصيري من دون تحريض بأن يتدخل الغير في العلاقة التعاقدية بهدف تعطيل التنفيذ أو إحباط التوقعات المشروعة للدائن من دون تحريض؛ فتكون المسؤولية هنا أصلية في حق المتدخل تجاه الدائن الذي تأثرت مصلحته التعاقدية. ولا توصف المسؤولية في هذه الحالة بالمساهمة التبعية Accessory Liability لافتقارها إلى عنصر الاشتقاق، وذلك لأن أركان المسؤولية العقدية لم تكتمل في حق المدين الأصلي؛ إذ إنه معفى من ذلك الإخلال بسبب أن فعل الغير قد قطع الرابطة السببية بين الخطأ والضرر وفقاً للقواعد العامة.

(61) Ibid.

(62) تُعود المسؤولية التبعية عن التدخل في العلاقات التعاقدية في المحاكم الإنكليزية إلى قضية Lumley v. Gye التي تلخص وقائعها في قيام مغنية بالتعاقد مع مدير مسرح للقيام بأداء حصري، إلا أنها أخلت بالعقد استجابة لعرض مقدّم من مسرح منافس بقيمة أعلى؛ فأقرت المحكمة مسؤولية المسرح المنافس مسؤولية تبعية على أساس التحريض على الإخلال بالعقد.

Lumley v. Gye (1853) 2 E. & B. 216, 118 Eng. Rep. 749 (Q.B.). (holding that inducing a singer to breach her exclusive performance contract with a theatre constituted a tort; the court recognized intentional interference with contractual relations as actionable).

ولذلك فإنه يجب التفريق بين إحداث خسارة بوسيلة غير مشروعة بهدف إلحاق الخسارة، والتحريض inducement على الإخلال بالعقد؛ فالأولى مسؤولية مستقلة، والثانية مسؤولية تبعية مشتقة من المسؤولية الأصلية. ونستعرض هنا الفرق بين موقف القضاء الإنجليزي والأمريكي من الاشتقاق في سياق التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية:

1 - القضاء الإنجليزي

تعود المسؤولية التبعية عن التدخل في العلاقات التعاقدية في المحاكم الإنجليزية إلى قضية لوملي ضد جاي Lumley v. Gye التي تتلخص وقائعها في قيام مُطربة بالتعاقد مع مدير مسرح للقيام بأداء حصري، إلا إنها أخلت بالعقد استجابة لعرض مقدم من مسرح منافس بقيمة أعلى؛ فأقرت المحكمة مسؤولية المسرح المنافس مسؤولية تبعية على أساس التحريض على الإخلال بالعقد.

وقد نشأ الخلط بين التحريض على الإخلال بالعقد والتدخل التقصيري بسبب استناد المحاكم الإنجليزية إلى قضية «لوملي» بوصفها سابقة تستوعب كل صور التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية؛ إذ كانت تقوم مسؤولية المدعى عليه بوصفه مساهماً تبعياً ولو لم يقع أي «إخلال» مكتمل الأركان من قبل المدين أصالة، بل ولو أعفي من المسؤولية بسبب تدخل الغير أو لقوة القاهرة. وذلك إلى أن صدر قرار مجلس اللوردات البريطاني (المحكمة العليا في إنجلترا) في قضية (OBG Ltd v. Allan) 2007م، ليُضيق من نطاق قضية Lumley، ويجعلها متعلقة بالمسؤولية التبعية حصراً، ويُخرج منها دعاوى المسؤولية التقصيرية عن التدخل في العقود التي لا تكون مستندة إلى إخلال المدين أصالة بالعقد، أي أن يكون الإخلال راجعاً إلى تدخل الغير⁽⁶³⁾.

فلا تقوم المسؤولية التبعية Accessory Liability، على غرار Lumley، إلا إذا ثبت إخلال فعلي بالعقد مكتمل الأركان يُنسب إلى المدين (الفاعل الأصلي). أما الصور الأخرى للتدخل في العلاقات التعاقدية، مثل التدخل التقصيري أو التدخل العمدي كإكراه المدين على الإخلال بالعقد، فهي صورة من صور المسؤولية الأصلية القائمة بذاتها. ولذلك، فإن أغلب صور التدخل تُعد مسؤولية أصلية وليست مشتقة أو تبعية، ذلك أن هذه المسؤولية تشترط وقوع الضرر بالمصلحة التعاقدية، ولا يُشترط أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن إخلال المدين أصالة بالعقد، بل يكفي أن يكون الضرر نتيجة التدخل العمدي أو التقصيري⁽⁶⁴⁾.

(63) See OBG Ltd. v. Allan, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1. (holding that accessory liability for inducing breach of contract requires an actual breach by the primary party; without a primary wrong, no accessory liability can arise).

(64) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.6-7. (explaining that accessory liability

2 - القضاء الأمريكي

يعود أصل دعوى التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية Tortious Interference with Contractual Relations في الولايات المتحدة إلى قضية Lumley في القضاء الإنجليزي التي - كما ذكرنا - لم تُجسد إلا نموذجاً واحداً للتدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية، وهو التحريض المتعمد بسوء نية على الإخلال بالعقد Inducing breach of contract، وذلك إذا استجاب المدين الأصلي لذلك التحريض ليقوم بالإخلال بالعقد ليتمتع بمزايا أفضل. إلا أن القضاء الأمريكي قد حاد - بشكل جوهري - عن هذا الأصل، فلم يعد التحريض إلا صورة واحدة من صور التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية؛ إذ شهدت هذه الدعوى توسعاً جوهرياً ليشمل كل عدوان على مصلحة تعاقدية، ولو كان ذلك عن طريق الإهمال، وكذلك الحالات التي لا يقع فيها إخلال من المدين الأصلي، ويُلاحق بها الحالات التي يتعثر فيها المدين عن التنفيذ بسبب فعل الغير من دون خطأ من المدين؛ فلو تسبب شخص بإهماله في الإضرار بأشخاص أو ممتلكات، بشكل يجعل تنفيذ عقد قائم مكلفاً أو متعذراً تنفيذه عُدم مسؤولاً عن الضرر الناجم بسبب عدم التنفيذ⁽⁶⁵⁾.

وهذا التوسع يدفعنا إلى إعادة النظر في الطبيعية الاشتقاقية لهذه الدعوى؛ إذ يُمكن القول بأن المسؤولية على أساس التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية Tortious Interference with Contractual Relations ليست مسؤولية تبعية مشتقة من خطأ المدين الأصلي، بل مسؤولية تقصيرية أصلية عن خطأ شخصي صادر من المدعى عليه، والمتمثل في التدخل في علاقة تعاقدية عن علم بوجود عقد قائم، وأن التدخل سوف يؤدي - ولو على سبيل الاحتمال - إلى المساس بمصلحة تعاقدية مشروعة، شريطة أن يؤدي هذا التدخل إلى المساس فعلاً بتلك المصلحة.

ولذلك يُمكن القول بأن النموذج المقترح يفشل أمام كل صور المسؤولية عن التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية، باستثناء صورة واحدة فقط، وهي حالة التحريض عند وقوع الإخلال نتيجة لذلك التحريض، فتكون المسؤولية مشتقة من خطأ المدين الأصلي؛ أي أن المسؤولية عن التحريض على الإخلال بالعقد هي جزء تابع لنظام قانوني أوسع، وهو المسؤولية عن التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية. وهذا الأمر لا يصب في مصلحة النموذج التحليلي المقترح. إلا أن من الممكن الدفاع عن هذا النموذج، ولكن بشيء

under the Lumley v. Gye tort requires an actual breach of contract, clarifying that mere interference is insufficient-accessory liability remains parasitic upon a primary wrong, with continuing debate surrounding the conduct and mental elements involved).

(65) Harvey S. Perlman, "Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine", University of Chicago Law Review, University of Chicago Law School, USA, Vol.49, 1982, pp.61-63.

من التكلف، وذلك بالقول بأن مسؤولية المساهم مشتقة من خطأ المدين الأصلي، بغض النظر عن الدفوع التي يُمكن أن يقدمها هذا الأخير ضد قيام المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني

رابطة المساهمة

أولاً: ماهية رابطة المساهمة

تُمثّل رابطة المساهمة الركن الثاني من أركان المساهمة المدنية التبعية، وهي التي تُشكّل الركن المادي للمسؤولية. وتتحقق هذه الرابطة من خلال سلوك إيجابي أو سلبي يصدر عن المدعى عليه، ويدخل في معنى المساهمة في الخطأ الأصلي. وتكمن أهميتها في صلتها المباشرة بركن السببية؛ إذ تقوم المساهمة المدنية التبعية على استقلال الفعل الضار الصادر عن المساهم عن الفعل الضار الصادر عن الفاعل الأصلي، مع قيام حالة استغراق بينهما؛ فالسلوك المنسوب إلى الفاعل الأصلي يُعد السبب المنتج أو الفاعل المهيمن والأقرب في إحداث الضرر، في حين يظل خطأ المساهم مُستغرقاً بخطأ الفاعل الأصلي ولا يتصل بالضرر إلا من خلاله. ولذلك فإن توافر رابطة المساهمة يُفضي إلى نقض حالة الاستغراق القائمة بين خطأ الفاعل الأصلي وخطأ المساهم، وإلى قيام علاقة سببية غير مباشرة بين خطأ المساهم والضرر، تمر عبر خطأ الفاعل الأصلي.

ثانياً: ما يخرج عن معنى المساهمة

من أكثر الأنظمة القانونية للمسؤولية التبعية التي يجب ألا تلتبس مع نظام المساهمة المدنية التبعية نظام المسؤولية عن فعل الغير التي لا يقع الخلاف عادة حول تكييفها؛ ذلك أن ثبوت خطأ الغير أو «الفاعل الأصلي» يُنتج مسؤولية تبعية في حق المتبوع أو متولي الرقابة؛ ذلك أن خطأ المتبوع خطأ مفترض Strict لا يحتاج إلى إثبات، بل يثبت بمجرد قيام رابطة العلاقة مع التابع الذي وقع منه الخطأ الأصلي؛ فالعلاقة التي تجمع بين المدعى عليه والفاعل الأصلي، تجعل من خطأ الأخير منتجاً لمسؤولية مُشتقة في حق الأول، بخلاف فعل المساهمة فهو ليس خطأ مفترضاً، وإنما خطأ واجب الإثبات إلى جانب الخطأ الأصلي.

ومن الحالات غير المتلبسة حالة «الفاعل المعنوي»، وهو الفاعل الذي يُستخدم بوصفه وسيطاً في إنتاج الفعل الضار دون أن يكون واعياً بطبيعة النشاط المكوّن للخطأ التقصيري. كساعي البريد الذي يقوم بتوزيع بريد احتيالي، أو الطفل الذي أُهدي سلاحاً معبأً بأعيرة نارية؛ فالفاعل المعنوي هنا مسؤول مسؤولية أصلية غير مشتقة عن كامل الضرر، بوصفه فاعلاً أصلياً على الرغم من أنه لم يباشر كلاً أو بعضاً من الأفعال المكوّنة للخطأ التقصيري.

ثالثاً: المساهمة السلبية

تُعَد المساهمة السلبية من صور المساهمة التي يصعب القول بكفايتها لتحقيق الركن المادي، لا سيما إن لم يكن هناك واجب قانوني أو تعاقدية خاص يقع على عاتق المدعى عليه تجاه المضرور. ونرى أن الأصل هو عدم كفاية المساهمة السلبية لتقرير مسؤولية المدعى عليه ما لم يقترن ذلك السلوك بعنصر معنوي ظاهر متمثل في علم خاص وجوهري ومباشر بالعناصر المكونة للخطأ التقصيري الأصلي، وأن يكون السلوك السلبي هو جوهر المساهمة⁽⁶⁶⁾.

ويتفق هذا القول مع ما ذهبت إليه المحكمة في قضية برينان ضد شركة ميدويسترن يوناييتد للتأمين على الحياة Brennan vs Midwestern United Life Insurance Co : إذ كان الامتناع عن العمل في هذه القضية كافياً لثبوت عنصر المساهمة نظراً إلى قوة الركن المعنوي. وتتلخص وقائع القضية في قيام وسيط ببيع أسهم وهمية منسوب صدورهما من شركة التأمين المدعى عليها. وعندما عجز الوسيط المحتال عن تسليم الأسهم واتباع ذلك بإعلان إفلاسه، أقام المتضررون دعواهم ضد شركة التأمين، محتجين بأنها كانت على علم بهذا المخطط الاحتمالي، ومع ذلك لم تبادر بالإبلاغ عنه أو الاعتراض عليه، بل استفادت من ارتفاع سعر السهم لتعزيز موقفها التفاوضي في صفقة تجارية جارية. وعلى الرغم من أن مساهمة الشركة كانت سلبية من خلال سكوتها، فإن علمها بالمخطط وسكوتها عنه اعتُبر بمنزلة مساعدة جوهريّة؛ مما يبرر مساءلتها على أساس المساهمة التبعية.

رابعاً: رابطة المساهمة والتردد بين الإسناد والسببية

تتعدّد صور أفعال المساهمة في الفعل الضار؛ فقد يكون الشخص مشجعاً، أو مُسهلاً، أو مغرياً، أو متسبباً، أو مقرراً بالفعل بعد وقوعه، أو مفوضاً، أو مشاركاً عن علم، أو معاوناً ومحرضاً، أو متآمراً، أو عضواً في مشروع مشترك، أو شريكاً في خطة مشتركة، أو متسبباً في التعدي على حقوق الغير. ويظهر بوضوح ما يكتنف تلك التعبيرات من غموض واحتمال لمعان شديدة الالتباس؛ إذ إن بعضها، وإن كان يدخل في معنى المساهمة، إلا أنه يحتمل منه معنى العلاقة والمساهمة معاً، مثل التآمر المدني والتفويض والمشروع المشترك؛

(66) Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S.- (2023).

(قررت المحكمة العليا الأمريكية أن مجرد تقديم منصة التواصل الاجتماعي «تويتر» خدماتها للعمامة، مع العلم العام بأن تنظيم داعش يستخدمها، لا يرقى إلى حد المساهمة التبعية في عين الهجوم الإرهابي محل الدعوى. وقد شددت المحكمة على أن المسؤولية في هذا السياق تتطلب فعلاً إيجابياً يُظهر نية للمساعدة أو تشجيع الفعل غير المشروع، وليس مجرد سلوك سلبي أو عدم منع الجريمة. ولذلك، فإن المساهمة السلبية المحضة، حتى مع العلم أو الإهمال، لا تكفي لإثبات المسؤولية المدنية التبعية).

مما يجعل موضوع رابطة المساهمة مضطرباً بين السببية والإسناد.

فإذا كان موضوعها السببية فإن وجود رابطة المساهمة يقتضي قيام الرابطة السببية بين خطأ المساهم وخطأ الفاعل الأصلي على نحو يتصل بالضرر. أما إذا كان موضوعها هو الإسناد، فإن المسألة تتعلق بنسبة الفعل الصادر عن الأصل إلى بقية المساهمين في الفعل الضار بوصفه جزءاً من مؤامرة أو مشروع مشترك؛ إذ نكون حينها أمام فعل ضار واحد صادر عن الأصل؛ فيؤدي ثبوت المؤامرة أو المشروع المشترك إلى إسناد فعل الأصل إلى جميع أطراف المؤامرة، أو المشروع المشترك، ولو لم يكن فعل أي منهم - مستقلاً - كافياً لوقوع الضرر. وعندها يؤدي ثبوت المسؤولية في حق أحد المساهمين إلى إسناد فعله إلى جميع المساهمين؛ فيسألون جميعاً عن الضرر على سبيل التضامن.

ونرى أن موضوع رابطة المساهمة ليس الإسناد، وإنما الاتصال السببي بين الخطأ المتعدد، ويترتب على قيامها قيام الرابطة السببية بين خطأ المساهم وخطأ الفاعل الأصلي على نحو يتصل بالضرر. ولذلك فإن المسؤولية على أساس المساهمة التبعية قد تقوم بمجرد المساعدة الواعية في الفعل الضار، ولو كانت مبنية على مجرد التوافق العرضي في المصالح من دون اتفاق مسبق.

أما القول باعتبار رابطة المساهمة رابطة إسناد، فيعني أن وظيفتها تنحصر في إسناد الفعل الضار الواحد الصادر عن الأصل إلى جميع أطراف المؤامرة أو المشروع المشترك، وهو ما يؤدي إلى اختزال المسؤولية على أساس المساهمة التبعية في إطار ضيق يتمثل في التآمر المدني أو المشروع المشترك، ويمنع ظهورها بوصفها نظاماً مستقلاً، بل يجعلها فرعاً عن نظام قانوني آخر، مثل النظام القانوني لتعدد المسؤولين عن الفعل الضار، أو نظام المسؤولية عن فعل الغير.

ولا يزال الاتجاه الأخير هو الراجح في الفقه والقضاء الإنجليزي⁽⁶⁷⁾، على الرغم من أن بعض الأحكام القضائية تشير إلى توسع في الإسناد، ولو لم يكن هناك اتفاق صريح بين

(67) Tang Hang Wu, "Accessory Liability – A Restatement", Singapore Academy of Law Journal, Singapore Academy of Law, Singapore, Vol.27, (2015), pp.861–862, noting that, under English law, mere assistance in the commission of a tort is not actionable unless it forms part of a common design, and relying in this respect on The Koursk, [1924] p.140, and CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc, [1988] A.C. 1013, 1058 (H.L.) (Lord Templeman).

(هذا التوجه يستبعد فعلياً وجود نظرية مستقلة للمسؤولية التبعية في نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون الإنجليزي؛ إذ لا تثبت المسؤولية إلا إذا كان المدعى عليه جزءاً في مشروع مشترك؛ مما يؤدي إلى معاملة جميع الأطراف المسؤولين على أنهم فاعلون أصليون في الخطأ. أما المساعدة وحدها فلا تُعد أساساً مستقلاً للمسؤولية، وإنما قد تُستخدم بوصفها دليلاً على المشاركة في المشروع المشترك. ونتيجة لذلك، فإن المساعدة المبنية على التوافق العرضي في المصالح تظل خارج دائرة المسؤولية).

الأصيل والمساهم؛ إذ اعتُبرت بعض المحاكم المساعدة الجوهرية دليلاً على وجود المؤامرة أو المشروع المشترك⁽⁶⁸⁾، ذلك أنَّ المساعدة الجوهرية إذا كانت وثيقة الصلة بالضرر، فإنها تُعد دليلاً على وجود المؤامرة، ومن ثمَّ إمكان إسناد فعل الأصيل إلى كل من قدم له المساعدة.

وقد كان ذلك بالفعل هو التطبيق المبكر للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة في الولايات المتحدة قبل أن يتوسع القضاء الأمريكي في الأخذ بالمسؤولية على أساس المساعدة الجوهرية المجردة من الاتفاق بشكل مطلق⁽⁶⁹⁾. وفي هذا السياق نبرز التردد بين الإسناد والسببية من خلال المقارنة ما بين موقف القضاء الإنجليزي والقضاء الأمريكي:

1 - في القضاء الإنجليزي

يميل القضاء الإنجليزي إلى النظر إلى رابطة المساهمة بوصفها رابطة إسناد؛ إذ إن موقف المحاكم قد استقر على عدم اعتبار المساعدة المقدمة للفاعل الأصلي - مهما كانت - جوهرية أساساً للمسؤولية المدنية، ما لم تكشف تلك المساعدة عن اتفاق أو مشروع مشترك⁽⁷⁰⁾. ومن ثمَّ، فإن اشتراط اقتران المساعدة الجوهرية بالنية المشتركة، أو المشروع

(68) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.189-191.

(69) Peterson v. Cruickshank, 144 Cal. App. 2d 148, 300 P.2d 915 (Cal. Dist. Ct. App. 1956).

(“To render any person liable for such offense which is actually committed by another, the plaintiff must prove: ‘One, a concert of action; two, a unity of purpose or design; and three, two or more defendants working separately but to a common purpose, each acting with the knowledge and consent of the others.’

(أكدت المحكمة أنه لإثبات مسؤولية الشخص عن فعل غيره، يجب إثبات وحدة الغرض أو التصميم، والتعاون بين شخصين أو أكثر لتحقيق غاية مشتركة، حتى إن تصرف كل منهم بشكل مستقل من دون مؤامرة أو اتفاق صريح؛ إذ رأت المحكمة أن مجرد دفع مقابل العلاج لا يكفي لثبوت المؤامرة الصريحة، إلا أنه يُشكل دليلاً ضمنيًا على التآمر مادامت نية المدعى عليه اتجهت - عن علم وإرادة - إلى المساهمة في الفعل الصادر من الفاعل الأصلي، وتعتبر هذه القضية من التطبيقات المبكرة للمساهمة المدنية التبعية المستندة استنادًا إلى تقديم المساعدة الجوهرية وليس التآمر الصريح؛ إذ إن المحكمة قد توسعت في نظرية المؤامرة المدنية لتشمل المساعدة بنية المساهمة في غرض الفاعل الأصلي).

(70) English courts have consistently held that mere assistance, even if knowing, is not enough to establish accessory liability in tort. The Court of Appeal in Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Export Credits Guarantee Dep’t (The “Morning Star”) stressed that facilitation alone does not suffice, a position affirmed by the House of Lords, which underscored that tort law does not follow the criminal law’s broad aiding-and-abetting model. [1998] 1 Lloyd’s Rep. 19, 46 (CA) (Hobhouse LJ); aff’d, [2000] 1 A.C. 486, 500 (HL) (appeal taken from Eng.). The Supreme Court reaffirmed this principle in Sea Shepherd UK v. Fish & Fish Ltd., [2015] UKSC 10, [21], [2015] A.C. 1229 (appeal taken from Eng.), and most recently in Lifestyle Equities CV v. Ahmed, [2024] UKSC 17, confirming that liability requires procuring or participation in a common design and cannot be founded on mere assistance.

المشترك، يجعل الرابطة القائمة بين المساهمين والأصيل رابطة إسناد موضوعها نسبة الخطأ الصادر عن الأخير إلى جميع أطراف المشروع المشترك، فتغدو المسؤولية في حقهم مسؤولية أصلية لا تبعية⁽⁷¹⁾.

واتساقاً مع هذا التصور، أدرج القضاء الإنجليزي حالات المساهمة في الفعل الضار ضمن النظام القانوني لتعدد المساهمين Joint Tortfeasance، وأحياناً ضمن حالات تعدد الأسباب المتزامنة Concurrent Causation باعتبار كل صور المساهمة في الفعل الضار صوراً قائمة على إسناد خطأ الأصيل إلى المساهمين⁽⁷²⁾. وهكذا يُنسب الفعل الصادر عن أحد أعضاء المشروع إلى سائر الأطراف، سواء أكان ذلك بطريق التآمر، أم التحريض، أم المساعدة الجوهرية، أم غير ذلك. وهذا الاتجاه يتفق مع ما ذهب إليه الفقيه روبرت ستيفن الذي يرى أن كل الصور التي يشار إليها بـ «المسؤولية التبعية» Accessory تقوم في الحقيقة على إسناد فعل الأصيل إلى الغير⁽⁷³⁾.

وعلى الرغم من ذلك، فإن القانون الإنجليزي يعترف بالمساعدة المجردة أساساً للمسؤولية المدنية التبعية، من دون الحاجة إلى إثبات مشروع مشترك أو مؤامرة، وذلك في نطاق المساعدة على الإخلال بواجب الأمانة؛ فإن القانون قد اشترط أن تكون المساعدة غير نزيهة Dishonest؛ أي تكون المساعدة مقترنة بركن معنوي يؤكد وعي المدعى عليه بأثر المساعدة على حقوق المدعي. وهنا يظهر التفاوت الكبير داخل النظام القانوني نفسه تجاه رابطة المساهمة⁽⁷⁴⁾.

2 - في القضاء الأمريكي

في الولايات المتحدة، يُفرّق القضاء - بشكل واضح - بين التآمر المدني Civil conspiracy والمساعدة والتحريض Aiding and Abetting بوصفهما نظامين

(71) في الولايات المتحدة يُعد المتآمر مسؤولاً - بشكل أصلي - عن فعل الأصلي مع كل أطراف المؤامرة، إلا أن مسؤوليته تُصنّف على أنها مسؤولية مشتقة؛ لأن خطأ الأصيل ضروري لقيام المسؤولية في حق جميع أطراف المؤامرة. Restatement (Second) of Torts § 876(a) (Am. L. Inst. 1979).

(72) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp. 178-179. ("Although this approach may once have represented English law, it no longer seems to be generally favored. Accessory liability has been obscured, and, perhaps, diluted, by being subsumed within the heading of 'joint Tortfeasance.'").

(73) Robert Stevens, Torts and Rights, op. cit., pp. 261-263.

(74) Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan, [1995] 2 A.C. 378, 392F-G (P.C.) (dishonesty is the necessary and sufficient ingredient for equitable accessory liability: a person who dishonestly procures or assists a breach of trust is liable, agreement unnecessary); see also Group Seven Ltd. v. Notable Services LLP, [2019] EWCA Civ 614, [28] (restating elements of dishonest assistance: trust, breach, assistance, dishonesty).

قانونيين منفصلين⁽⁷⁵⁾. ويرى أن المسؤولية على أساس المساعدة أو التحريض لا تتطلب وجود اتفاق أو مشروع مشترك؛ إذ إن تقديم مساعدة جوهريّة للفاعل الأصلي دون اتفاق يؤدي إلى قيام مسؤولية تبعية في حق المساهم. إلا أن ثبوت هذه المسؤولية لا يكون إلا بعد ثبوت المساعدة الجوهريّة. وشرط المساهمة الجوهريّة هو في الحقيقة شرط لازم لتحقيق الرابطة السببية ما بين فعل المساهمة والضرر؛ إذ لا تكفي المساهمة وحدها لقيام المسؤولية، بل يجب أن يتحقق شرط التلازم السببي Proximate cause بين فعل المساهمة والضرر، بأن يكون المساهم قد تعمد النتيجة أو تقبل وقوعها بوصفها نتيجة لسلوكه المتمثل في تقديم المساعدة للفاعل الأصلي⁽⁷⁶⁾.

وهنا نرى أنّ القضاء الأمريكي يُميز بين المساعدة المقدّمة بنية المساهمة، دون سبق مؤامرة أو اتفاق، وبين المساعدة الواقعة في إطار التآمر والاتفاق؛ إذ إنه مادام ثبت الاتفاق أو التآمر فإن الفعل الضار الصادر من الأصيل يُنتج مسؤولية في حق جميع أطراف المؤامرة أو المشروع المشترك، كأنما الفعل قد صدر عنهم جميعاً، من دون حاجة إلى التمييز بين دور كل متآمر، من حيث جوهريّته في إحداث الضرر، أو إلى قيام رابطة سببية بين الفعل والضرر؛ فوجود الاتفاق يكفي لثبوت المسؤولية التضامنية في حق جميع أطراف المؤامرة، ولو كان دورهم في حصول الضرر قليل الأهمية بالنسبة إلى دور الأصيل.

فالمساعدة المجردة عن أي اتفاق مسبق، والتي تكون مبنية على توافق عرضي في الأهداف أو المصالح، هي وحدها - من دون التآمر - تقوم على رابطة مساهمة موضوعها الاتصال السببي بين خطأ المساهم والضرر؛ فالمساعدة المجردة من الاتفاق لا تحمل معنى رابطة العلاقة، كما هي حال المتآمر؛ فالمتآمر - كما ذكرنا - يُعد شريكاً أصلياً في الفعل الضار بمجرد ثبوت الاتفاق، وإن لم يكن فعله كافياً لإحداث الضرر بشكل مستقل، أو كان فعله قليل الأهمية بالنسبة إلى غيره في خدمة المشروع أو الهدف المشترك، في حين يُشترط إثبات أن المساعدة المجردة - كما الاتفاق - كانت جوهريّة لتقوم رابطة المساهمة في حق المدعى عليه.

(75) Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 478 (D.C. Cir. 1983). ("There is a qualitative difference between proving an agreement to participate in a tortious line of conduct and proving knowing action that substantially aids tortious conduct. In some situations, the trier of fact cannot reasonably infer an agreement from substantial assistance or encouragement. A court must then ensure that all the elements of the separate basis of aiding-abetting have been satisfied....").

(76) Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 484 (D.C. Cir. 1983). («secondary liability attaches only where the act that injures the plaintiff is a 'natural and foreseeable consequence' of the activity the defendant knowingly and substantially assisted»).

فالمؤامرة المدنية مبنية على اتفاق قائم بين كل المساهمين، ويترتب على ثبوت مسؤولية أحدهم عن الضرر إسناد فعله بصفة أصلية لكل أطراف المؤامرة، بخلاف المسؤولية المدنية على المساعدة، فهي تقوم على رابطة غامضة بين فعلين، ولذلك كان من الضروري قيام ركن معنوي في حق المساهم يتمثل في العلم والقصد، كما يجب أن تكون المساعدة جوهريّة.

ومع ذلك فإن الحد الفاصل بين المساعدة الجوهرية والتآمر الاتفاقي ليس حاسماً؛ فقد تكون المساعدة الجوهرية مبنية على اتفاق ضمّني، أو قد تكون دليلاً عليه؛ فالخط الفاصل بين المساهمة المدنية التبعية والتآمر المدني في القضاء الأمريكي لا يزال غير واضح⁽⁷⁷⁾. ومما يزيد الأمر غموضاً وتعقيداً أن التطبيقات القضائية المبكرة للمسؤولية المدنية التبعية كانت امتداداً للتآمر المدني، وأن المحاكم عادة ما تستخدم مصطلحات التآمر والمساعدة دون حذر للتعبير عن معنى المساهمة في الفعل الضار بشكل عام⁽⁷⁸⁾.

ومن جهة أخرى فقد أسهم القضاء الأمريكي في تقويض الطبيعة الاشتقاقية للمسؤولية المدنية التبعية، من خلال حكم المحكمة العليا في قضية Denver الذي حظر على المتضرر في قضايا الاحتيال إقامة دعوى تستند إلى المساهمة التبعية ما لم يوجد نص تشريعي صريح⁽⁷⁹⁾؛ إذ دفع هذا القيد بمحاكم الدرجة الأدنى إلى اللجوء إلى قواعد المسؤولية عن الخطأ الشخصي، والتخفيف من الصرامة السببية، ولو بشيء من التكلفة لتوسيع نطاق المسؤولية، بحيث يشمل من أسهم في الفعل الضار، وإن لم يكن فاعلاً مباشراً⁽⁸⁰⁾.

وقد تجلّى ذلك في ميل بعض محاكم الاستئناف إلى تجاوز ذلك القيد، من خلال التقليل من أهمية عنصر التلازم السببي Proximate cause بين الفعل والضرر، سعياً إلى تحميل المسؤولية الأصلية لمن أسهم - عن علم وإدراك - في الخطأ الأصلي، ولو لم يصدر عنهم أي سلوك مادي مباشر في إحداث الضرر. وعلى الرغم من أن هذا التوجه قد نشأ في سياق فدرالي خاص، فإن له تأثيراً ملموساً ومباشراً على فقه المساهمة المدنية التبعية بشكل عام؛ إذ يعيد تشكيل فهم القضاء الأمريكي لطبيعة المساهمة في الفعل الضار.

(77) Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 478-479 (D.C. Cir. 1983). (Courts and commentators have frequently blurred the distinction between the two [i.e., aiding-abetting and civil conspiracy], perhaps because the same evidence often will support both theories.”).

(78) Swan, “Aiding and Abetting Matters”, op. cit., p. 260.

(79) Central Bank of Denver, N.A. v. First Interstate Bank of Denver, N.A., 511 U.S. 164 (1994).

(80) Robert A. Prentice, “Locating That Indistinct and Virtually Nonexistent Line”, op. cit., p. 691. (arguing that despite Central Bank, many aiding and abetting claims can be reframed as primary liability, and urging courts to broadly interpret participation in fraud to preserve accountability under Rule 10b-5).

الخلاصة

تكمن أهمية النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية في أنه قد جاء ليسد ثغرة في النظام القانوني للتآمر المدني؛ ذلك أن اشتراط التآمر الصريح لثبوت مسؤولية المساهمين في الفعل الضار قد يؤدي إلى إفلات حالات قد لا يقوم فيها دليل على التآمر، على الرغم من وجود المساعدة الجوهرية القائمة على توافق عرضي في غايات الفاعل الأصلي والمساهم التبعية من دون أن يكون بينهما اتفاق مسبق. ولذلك لم يشترط النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية وجود الاتفاق، وإنما المساعدة الجوهرية، مع وجود انعقاد القصد على الإضرار بالمدعي أو تقبل المخاطرة. إلا أن هذه العلاقة بين النظامين قد أوجدت غموضاً في الحد الفاصل بينهما؛ مما يهدد اتساق النموذج المقترح وقدرته على تمييز المسؤولية المدنية التبعية بوصفها نظاماً قانونياً خاصاً ومستقلاً بذاته.

كما أن غياب الحد الفاصل ما بين رابطة العلاقة ورابطة المساهمة⁽⁸¹⁾، وما بين الإسناد والسببية قد يؤدي إلى تقريب كل صور المسؤولية على أساس المساهمة التبعية إلى صور تابعة لأنظمة مجاورة تشترك معها في بعض الخصائص أو الوظائف، أو متقاربة معها في بنيتها المنطقية أو الفنية كنظام المسؤولية عن فعل الغير، أو التآمر المدني أو النظام القانوني لتعدد المسؤولين عن الفعل الضار. وكل ذلك يقودنا إلى الاعتراف بمطالب النموذج المقترح.

المطلب الثالث

الركن المعنوي

أولاً: ماهية الركن المعنوي

يقوم الركن المعنوي للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية على تحقق عنصري العلم والإرادة. أما عنصر العلم فيحتمل معنيين، وهما: العلم العام الذي ينصب على جنس الأنشطة التي تُشكل خطأ تقصيرياً من قبل الفاعل الأصلي. ومن الأمثلة عليه علم المدعى عليه بأن الفاعل الأصلي محترف لممارسات استعراضية خطيرة على السلامة العامة؛ كالتفحيط مثلاً.

(81) "In most jurisdictions, civil conspiracy is a vicarious liability theory that imparts joint-and-several liability to a co-conspirator who may not be liable for the underlying tort." Agar Corp., Inc. v. Electro Circuits International, LLC, 580 S.W.3d 136, 140 (Tex. 2019). (emphasizing that civil conspiracy does not create an independent tort but instead functions as a vehicle for attributing liability for another's wrongful act).

أما المعنى الثاني فهو العلم الخاص الذي يمتد إلى عين الخطأ التقصيري الذي أدى إلى الإضرار بالمدعى بشكل مباشر وفاعل. ومن الأمثلة على العلم الخاص بعين الخطأ التقصيري، العلم بعين الفعالية الاستعراضية التي وقع في أنثائها الضرر على المدعي كأن يعلم موعدها بشكل محدد باليوم والساعة. وتحقق العلم الخاص أدعى إلى ثبوت الركن المعنوي، وأقرب إلى تقرير مسؤولية المدعى عليه من تحقق العلم العام. والعلم العام قرينة على العلم الخاص، وقد يُستدل به على اتصال علم المدعى عليه بالفعل الضار الذي تسبب في وقوع الضرر.

كما يجب أن يجتمع مع العلم الخاص أو العام عنصر الإرادة أو قصد المساهمة، بأن تتجه إرادة المدعى عليه إلى المشاركة في الفعل الضار، وأن يكون واعياً بدوره في إحداث الضرر. والقصد قد يتجه إلى إحداث عين الضرر الواقع على المدعي، أو قصد المخاطرة متقبلاً وقوع جنس الضرر الواقع على المدعي؛ فمن يقوم مثلاً بتصوير تلك الفعاليات الاستعراضية ودمجها بمؤثرات مرئية وصوتية من أجل تزيينها للجُمهور، ثم يقوم بنشر ذلك على الشبكة العنكبوتية، أو يقوم بنشر مواقع تلك الفعاليات وأوقاتها، فإنه قد يكون مسؤولاً بوصفه مساهماً تبعياً تجاه كل من تضرر من سلوك الفاعل الأصلي؛ ذلك أن تحقق الركن المعنوي يؤدي إلى قيام ارتباط سببي بين سلوك المساهمة والضرر الواقع على المدعي، ولو لم تكن المساهمة كافية أو ضرورية لوقوع الضرر.

ويُعد الركن المعنوي هو الجوهر الذي يتميز به نظام المسؤولية المدنية بالمساهمة التبعية عن الأنظمة القانونية المجاورة له، كنظام المسؤولية عن الخطأ الشخصي، والمسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية الموضوعية (المفترضة)؛ ذلك أن تلك الأنظمة لا تشترط لقيام المسؤولية حالة ذهنية خاصة؛ إذ إن المسؤولية في هذه الأنظمة تقوم في حق المدعى عليه بمجرد وقوع الخطأ من قبل الفاعل الأصلي، أو بتحقيق معيار موضوعي، وهو معيار الإخلال بواجب العناية، ولو لم يرتبط ذلك الإخلال بأي حالة ذهنية خاصة، ولذلك فإن الركن المعنوي يبتعد بنظام المسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية عن الأنظمة التقليدية للمسؤولية المدنية في القانون الخاص.

ثانياً: مفارقة في الركن المعنوي

قد يضرنا اشتراط الركن المعنوي بوصفه ركناً جوهرياً لقيام مسؤولية المساهم التبعية أمام مفارقة محتملة؛ إذ إنه يجعل المسؤولية المدنية مبنية على الملامة الأخلاقية Culpability التي لا تُعد معياراً أساسياً للمسؤولية المدنية في أكثر الأحوال؛ إذ تُبنى المسؤولية المدنية على الخطأ والضرر وقيام الرابطة السببية، بغض النظر عن طبيعة سلوك المدعى عليه، وكونه يمثل خروجاً واعياً عن الواجب الأخلاقي، أو كون المدعى عليه مدفوعاً بسوء النية،

أو كان سلوكه منطويًا على انحراف أخلاقي واضح؛ فهذه الأوصاف - وإن كانت تترتب عليها بعض الأحكام - ليست ركنا من أركان المسؤولية المدنية.

فالواقع أن أنظمة المسؤولية المدنية، بمختلف صورها، لا تسعى إلى منع كل احتمال لوقوع الضرر، بل إنها تقوم على تقبل قدر معقول من الأخطار، مادامت العوائد المتوقعة من النشاط كانت تبرر ذلك القدر من المخاطرة؛ ولذلك فإنه لا يترتب على الخطأ المدني المجرد من أي ضرر أي مسؤولية، ولو تضمن ذلك الفعل قدرًا من المخاطرة؛ فالمسؤولية المدنية لا تُبنى على اعتبارات أخلاقية، مثل المسؤولية الجنائية، وإنما على وقائع «عملية مصلحية» مفادها إسناد عبء درء ضرر مستقبلي محتمل إلى الطرف الذي يكون في وضع أمثل يسمح له بتجنب الضرر، بأن تهيأت له أسباب بذل العناية المطلوبة بتكلفة معقولة⁽⁸²⁾. بخلاف المسؤولية الجنائية التي تقوم في جوهرها على الردع الأخلاقي، بهدف منع وقوع الأفعال المجرمة لا إلى التعويض عن الضرر الناتج عنها بعد وقوعها، بل إنها تُعاقب الجاني على سلوكه الإجرامي، ولو لم يترتب على ذلك الفعل أي ضرر⁽⁸³⁾.

إلا أنه يُمكن مناقشة تلك المفارقة بأن العنصر الأخلاقي ليس غائبًا تمامًا عن نطاق المسؤولية المدنية، كما في حالات الخطأ الجسيم أو العمدي التي غالبًا ما تجمع بين وصفي الخطأ المدني والجنائي في آن واحد. ويُرتب القانون آثارًا جوهرية على إسناد صفة الخطأ الجسيم أو العمدي إلى سلوك المدعى عليه، ومن ذلك تطبيق معيار أقل صرامة لركن السببية، فلا يُشترط أن يكون الضرر مُتولدًا بشكل طبيعي ومباشر عن الخطأ؛ إذ يكون المدعى عليه - متى تحققت هذه الصفة في سلوكه - مسؤولًا عن الأضرار غير المباشرة، أو قد يحرم نفسه من التمسك بشرط الإعفاء أو التقليل من المسؤولية، أو يلتزم بدفع تعويض عقابي. وهذه القواعد كلها لا تخلو من البُعد الأخلاقي؛ إذ عادة ما يُكون الخطأ العمدي أو الجسيم انتهاكًا لواجب قانوني يستوجب الملامة الأخلاقية. والسمة الجوهرية التي تجمع تلك الحالات كافة هي قوة الركن المعنوي المتمثل في العلم والقصد.

ولذلك فإن الغاية العقابية الدرعية ليست غائبة تمامًا عن نظام المسؤولية المدنية؛ فقد تتحول الأنظمة المدنية في حالات خاصة عن غايتها الأساسية، وهي التعويض وجبر

(82) Marco Cappelletti, "Loss Spreading", in *Justifying Strict Liability: A Comparative Analysis in Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, UK, 2022, p. 173.

(يتناول هذا الفصل من الكتاب الأسس النظرية والعملية لتبرير المسؤولية المفترضة من خلال فكرة توزيع الخسارة؛ أي توزيع أعباء الخسارة على المجتمع. ويعرض الفصل أربعة أنماط لهذا التوزيع: التأمين، ونقل التكلفة وتوزيعها، والتوزيع الضريبي، ومبدأ التناسب بين المنافع والأعباء، مع بيان تفاوت اعتماد الأنظمة القانونية المختلفة على هذه المبررات، خصوصًا في فرنسا والولايات المتحدة؛ ففي فرنسا يُعد التأمين حجر الأساس في بناء المسؤولية المفترضة، في حين تعتمد المقاربة الأمريكية على مفاهيم أوسع تشمل الكفاءة الاقتصادية والعدالة التوزيعية).

(83) John C. Coffee Jr., op. cit., pp.194-195.

الأضرار، إلى وظيفة تبعية أو تكميلية وهي وظيفة الردع. والمسؤولية المدنية على أساس المساهمة ليست بدعاً من ذلك؛ فهي تجمع بين وظيفتي الردع والتعويض.

ثالثاً: الجمع بين الذاتية والموضوعية لتحقيق صيغة متوازنة للركن المعنوي

يتصل خطأ المساهم التبعية بالضرر الواقع على المدعي اتصالاً مادياً فضفاضاً يمر أولاً عبر خطأ الفاعل الأصلي، فلا ينفذ سلوك المساهم إلى المضرور مباشرة، وإنما يتوسط فيه رباط سببي مادي غير مباشر، وهو خطأ الفاعل الأصلي⁽⁸⁴⁾. أما خطأ الفاعل الأصلي فيتصل مادياً بالضرر على نحو يظهر أثره بشكل مباشر وفاعل في حقوق المضرور. ولذلك فإن كان ركن السببية يتحقق في حق الفاعل الأصلي بسبب اتصال سلوكه الخارجي بالضرر بشكل مباشر وفاعل، فإن الأمر لا يكون كذلك بالنسبة إلى المساهم. ولذلك اشتراط اقتران سلوك المساهم التبعية بحالة ذهنية خاصة أمر مبرر؛ إذ إنه - وبسبب ضعف السببية المادية المباشرة بين سلوك المساهم والضرر - كان لا بد من تعويض ذلك باشتراط قيام حالة ذهنية خاصة تربط خطأ المساهم معنوياً بخطأ الفاعل الأصلي، كي يظهر أثر سلوك المساهم في حقوق المضرور.

ويُعد الركن المعنوي، وما يستلزمه من إثبات العلم والقصد، تحدياً كبيراً للنموذج المقترح؛ إذ يتعين أن يكون معيار تحقق الركن المعنوي متوازناً، بحيث لا يُحَاكَم سلوك المساهم بمعيار موضوعي فضفاض يُفضي إلى تحميله تبعة الخطأ الأصلي في جميع الأحوال، ولو كان تدخل المساهم عرضياً أو غير مقصود.

فلا يمكن، على سبيل المثال، مساءلة مصرف عن جميع عمليات الاحتيال المالي التي تجري عبر منصاته الرقمية، استناداً إلى مجرد مساهمته من خلال توفير الخدمات الرقمية، مع علمه بشكل عام وغير مرتبط بسلوك شخص معين بأن هذه المنصات قد تُسهل تلك العمليات، وتزيد من فرص وقوعها؛ فمثل هذه المساهمة تُعد عرضية، على الرغم من أنها ضرورية لوقوع كثير من تلك العمليات الاحتيالية.

فالمعيار الأنف ذكره غير صالح لتحقيق الركن المعنوي؛ لكونه معياراً موضوعياً فضفاضاً؛ إذ إن ذلك المعيار يؤسس الركن المعنوي على مجرد العلم بوجود خطر عام غير محدد، ومنفك الصلة عن أي نشاط أو خطأ تقصيري معين، كما لا يتصل هذا العلم معنوياً بضرر مُحدد عيناً. ولذلك، فإن هذا المعيار يُفضي إلى ترتيب المسؤولية على المساهم، على الرغم من غياب الرابطة السببية المباشرة بين فعله وعين الضرر الواقع على المدعي.

(84) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp.356-357. (supporting the article's concept of a contribution link as an indirect causal relationship between the secondary party's act and the harm-i.e., the accessory's conduct contributes to the tort-such causal contribution justifying holding the accessory partly responsible for the injury).

كما أن من شأنه أن يؤدي إلى تضيق نطاق المخاطر المشروعة، ويدفع الأفراد والكيانات التجارية والمالية إلى الحذر المفرط من ممارسة أنشطة مشروعة، لمجرد انطوائها على قدر من المخاطر غير المحددة.

ولذلك، فإن قيام الركن المعنوي في حق المساهم يستدعي تبني معيار موضوعي أكثر تحديداً واتصالاً بسلوك الفاعل الأصلي والضرر محل الدعوى؛ بحيث يتضمن اشتراطاً لعلم أكثر تحديداً وتعييناً. والعلم اللازم في هذا السياق هو العلم، بشكل عام، بطبيعة النشاط الذي يُمثل خطأ تقصيراً صادراً عن فاعل أصلي معين؛ وهذا العلم يتصف بالتحديد لاتصاله بمخاطر مُترتبة على نشاط فاعل أصلي محدد بعينه. ولا يكفي هذا العلم العام، في كثير من الحالات، لتحقيق الركن المعنوي؛ إذ يجب أن يمتد ليشمل علماً خاصاً بعين الخطأ التقصيري الأصلي الذي أدى إلى وقوع عين الضرر.

ويُضاف إلى شرط العلم، شرط قصد المساهمة؛ بحيث يتجه قصد المدعى عليه إلى المساهمة في الفعل الأصلي، مع وعيه بدوره في وقوع الضرر، ولو على سبيل المخاطرة وتقبل وقوع الضرر. وهذا المعيار - على الرغم من طابعه الموضوعي - يتضمن عناصر ذاتية تتمثل في قدر من الاتصال المعنوي بسلوك الفاعل الأصلي.

ومع ذلك، ينبغي لهذا الجانب الذاتي ألا ينزلق إلى حد العلم والقصد المطلوبين في الجرائم العمدية؛ لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى انصهار نظام المسؤولية المدنية التبعية في نظام المسؤولية الجنائية، وهو ما يؤدي إلى حصر تطبيقات المساهمة التبعية في نطاق ضيق، يسمح بإفلات كثير من صور المساهمة التي تستحق الردع، لارتباطها بدائرة واسعة من المخاطر التي لا تتقبلها أوساط الناس.

فإذا اشترطنا دائماً العلم والقصد الحقيقيين، فسوف تُستبعد حالات يكون فيها المدعى عليه قد تقبل مخاطرة جسيمة لتحقيق مصلحة لا تتناسب أبداً مع حجم الضرر، بحجة أنه لم يقصد وقوع عين الضرر الواقع على المدعي، على الرغم من أنه قد تقبل جنسه. ونرى أن المعيار المتوازن يجب أن يجمع بين الذاتية والموضوعية؛ فيتبنى شيئاً من الذاتية المطلوبة لثبوت الجرائم العمدية، ولا يغرق في الوقت نفسه في الموضوعية، فيمتد إلى حالات المساهمة العرضية غير المقصودة.

رابعاً: الحالة الذهنية للفاعل الأصلي والمساهم... هل يجب التطابق؟

تُثير مسألة تعدد الفاعلين للفعل الضار في سياق المساهمة المدنية التبعية إشكالية رئيسية في تحقق الركن المعنوي؛ إذ إننا لا نقف أمام الحالة الذهنية للفاعل الأصلي فقط، بل للحالة الذهنية للمساهم؛ مما يُثير تساؤلاً جوهرياً عن مدى وجوب تطابق القصد أو الحالة الذهنية بين الفاعل الأصلي والمساهم التبعية، وهو تساؤل يرجع في أصله إلى مسألة

مطروحة في فقه القانون الجنائي⁽⁸⁵⁾.

فمن جهة هناك خطأ الفاعل الأصلي الذي تتعدد صورته؛ إذ قد يتجسد خطؤه في صورة الإهمال وقلة التبصر أو الاحتراز، وقد يبلغ حد الإهمال الجسيم أو الرعونة أو تعمد التغاضي عن مخاطر ظاهرة، وقد يكون خطأ عمدياً قد يصل إلى حد الجنائية. وقد يكون خطأ مفترضاً Strict لا يحتاج إلى إثبات. وفي المقابل هناك خطأ مستقل منسوب إلى المساهم التبعية المتمثل في فعل المساهمة نفسه، وقد يكون الخطأ عمدياً، وقد يكون مبنياً على الرعونة والمخاطرة.

وهنا يثار التساؤل المحوري: هل يشترط لقيام مسؤولية المساهم التبعية أن يتحقق في جانبه ذات معيار العنصر المعنوي الذي يُنسب إلى الفاعل الأصلي؟ وبمعنى آخر، هل يلزم تطابق الحالة الذهنية بين الطرفين؟ أم أن مناط المسؤولية التبعية يكفي فيه إثبات قدر من الإهمال أو الرعونة أو التعمد في فعل المساهمة، بغض النظر عن درجة الخطأ لدى الفاعل الأصلي؟ للوقوف على مدى وجوب التطابق، أو إمكان التباين في القصد أو الإدراك بين الفاعلين المتعدين.

وقد أثارت هذه المسألة أخيراً أمام المحكمة العليا البريطانية؛ إذ قررت عدم مسؤولية مدير شركة عن انتهاك الشركة لعلامة تجارية؛ ذلك أن ثبوت مسؤولية المساهم التبعية يستلزم قيام حالة ذهنية تتمثل في العلم بالوقائع الجوهرية التي تمثل خطأ تقصيراً من قبل الفاعل الأصلي، واتجاه النية إلى المساهمة فيه. وعلى الرغم من أن الفعل الأصلي، وهو انتهاك العلامة التجارية، يُعدُّ خطأ مفترضاً يقع بمجرد حدوث الانتهاك من دون الحاجة إلى إثبات الخطأ، فإن مسؤولية المساهم تتطلب حالة ذهنية خاصة تقوم على العلم والقصد، ولا يشترط تطابق الحالة الذهنية بين المساهم والفاعل الأصلي⁽⁸⁶⁾.

(85) R v. Jogee, [2016] UKSC 8, [2017] AC 387, [90] (“Foresight is not a sufficient mental state for accessory liability; the accessory must intend to assist or encourage the principal’s crime, and if the crime requires intent, that same intent must be shared.”); Rosemond v. United States, 572 U.S. 65, 78 (2014) (“To be guilty as an aider and abettor under § 924(c), the defendant must have advance knowledge that a confederate will use a firearm and must voluntarily participate with that knowledge.”); Matthew Dyson, “Principals Without Distinction”, Criminal Law Review, Sweet & Maxwell, United Kingdom, 2018, p. 303. (“S had only foreseen the possibility of crime B. In short, it was easier to convict of crime B than crime A.”). Jogee corrected this by requiring that the accomplice “intend to assist or encourage the commission of the crime,” with knowledge of facts making it criminal.

(86) Lifestyle Equities CV v. Ahmed, [2024] UKSC 17, [29], [155]. (appeal taken from EWCA Civ) (holding that accessory liability requires the defendant to have knowledge of the essential facts that make the act wrongful, even where the primary tort is one of strict liability, and that the mental element required for accessory liability need not mirror the mental element of the principal wrongdoer).

خامساً: معايير تحقق الركن المعنوي بين الولايات المتحدة وإنجلترا

تُعد السوابق القضائية هي المصدر الرسمي الأكثر أهمية في تحديد مضمون الركن المعنوي اللازم لقيام المسؤولية المدنية للمساهم التبعية. ولا فرق في ذلك بين صور المساهمة التي تستند إلى أساس تشريعي وغيرها، ذلك أن السوابق القضائية هي المصدر الأهم في تحديد مضمون الحالة الذهنية المطلوب تحققها لثبوت المسؤولية. في هذا الجزء سوف نستعرض اتجاهات المحاكم الأمريكية والإنجليزية فيما يتصل بمضمون الركن المعنوي الواجب تحققه:

1 - في القضاء الإنجليزي

يؤكد القضاء الإنجليزي أن السلوك المادي للمساهم لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ما لم يقترن ذلك السلوك بحالة ذهنية تجاه سلوك الفاعل الأصلي على نحو يتصل معنوياً بالضرر⁽⁸⁷⁾. وأكد القضاء الإنجليزي ذلك التوجه في قضية [2007] OBG Ltd v Allan UKHL 21⁽⁸⁸⁾، إذ أوجبت المحكمة اقتران فعل المساهم بحالة ذهنية، بأن يكون المساهم واعياً بدوره في إحداث الضرر. ويتحقق ذلك باجتماع عنصري العلم والإرادة في سلوك المساهم على نحو يتصل معنوياً بالخطأ الأصلي؛ إذ يجب أن يكون المساهم عالماً بالعناصر المادية المكونة للخطأ التقصيري الصادر من الفاعل الأصلي، وأن يقترن ذلك العلم بتصرف إرادي يدخل في معنى المساهمة، قاصداً تحقيق عين الضرر، أو متقبلاً وقوع جنسه بوصفه نتيجة طبيعية لفعله.

وتكمن صعوبة تحقق عنصر العلم في تحديد مضمون العلم المطلوب توافره في المدعى عليه، وما إذا كان يكفي العلم العام بجنس العمل غير المشروع الصادر من الفاعل الأصلي، أم يُشترط العلم الخاص بعين العمل غير المشروع الذي أدى إلى وقوع عين الضرر محل المطالبة بالتعويض، وهل يُشترط العلم الحقيقي أم يُكتفى بالعلم المفترض⁽⁸⁹⁾.

(87) Paul S. Davies, "Accessory Liability for Assisting Torts", op. cit., p. 361. (arguing that accessory liability in tort requires actual knowledge of the primary wrong; mere negligent or accidental assistance is insufficient, and liability should not extend to those who unknowingly contribute to a tort; the requirement of culpability prevents claimants from "shopping around" for defendants).

(88) OBG Ltd. v. Allan, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1

(89) Johnson v. Youden, [1950] 1 K.B. 544, 546 (C.A.); Re Montagu's Settlement Trusts, [1987] Ch. 264, 284-285 (Ch.) (holding that accessory liability requires actual knowledge of the essential facts constituting the wrong, not merely constructive or imputed knowledge; the courts emphasize a subjective standard, requiring contemporaneous awareness or willful blindness, and reject liability based on what the defendant ought to have known).

يميل القضاء الإنجليزي إلى اشتراط العلم الفعلي والخاص، وليس العلم المفترض أو العلم العام؛ إذ يجب أن يتحقق في المساهم العلم المعاصر بعين الوقائع الجوهرية التي تُشكّل الخطأ الأصلي الذي تسبب في الضرر محل الادعاء. ولذلك فإن القضاء الإنجليزي لا يطبق معيار «ما كان ينبغي على المدعى عليه عمله»، ما لم يكن الجهل متعمداً Willful Blindness، فتعتبر تلك الحالة بمنزلة العلم الفعلي، إذا ما ثبت أن المدعى عليه قد تعمّد تجاهل الوقائع الظاهرة⁽⁹⁰⁾.

أما من حيث عنصر الإرادة فإن الفقه الإنجليزي يُفرق بين مكونين للحالة الذهنية، الأولى: هي الحالة الذهنية للمساهم تجاه فعله الشخصي. أما الثانية: فهي الحالة الذهنية للمساهم المتصلة بالسلوك غير المشروع الصادر من الفاعل الأصلي. أما المكون الأول فلا خلاف حول اشتراط العمد في سلوك المساهم، بمعنى قصد القيام بالفعل الذي يُشكل العنصر المادي للمساهمة، فلا يُتصور أن تُثير المساهمة العرضية غير المقصودة مسؤولية تبعية؛ فلو أن شخصاً تسبب في حادث سير بسبب إهماله في صيانة مركبته، وترتب على ذلك ازدحام مروري مكنّ أحد الجناة من الإفلات من رجال الأمن وتسبب في أثناء هربه في أضرار جسيمة في الممتلكات، فإن ذلك الشخص يكون قد أسهم حقيقة في الضرر، إلا أنها مساهمة عرضية غير مقصودة، ومن ثمّ غير كافية لتحقيق الركن المعنوي.

وتكمن الصعوبة حقيقةً في اشتراط اتصال الحالة الذهنية للمساهم بالعمل غير المشروع الصادر عن الفاعل الأصلي؛ إذ هل يُشترط أن يعتمد المساهم تقديم المساعدة للفاعل الأصلي، قاصداً وقوع عين الضرر المدعى به، أم يكفي أن تكون المساعدة مبنية على تقبل وقوع جنس الضرر بوصفه نتيجة متوقعة للخطأ الأصلي؟ فلو قبلنا بالمعيار الأخير لتجاوزنا المعيار الذاتي الذي يؤكد العلم والقصد الحقيقي للمساهم في إحداث عين الضرر، وانتقلنا إلى دائرة المعايير الموضوعية؛ أي نقيس سلوك المساهم بما كان يجب على الرجل العادي توقعه، بوصفه نتيجة طبيعية لسلوكه، فيُسأل عن كل ضرر من جنس الأضرار التي توقعها بالفعل، أو كان ينبغي عليه توقعها نتيجة سلوك الفاعل الأصلي الذي أسهم فيه، ولو لم يكن قاصداً وقوع ذلك الضرر بعينه⁽⁹¹⁾. فمن يُحرّض شخصاً على القيادة

(90) Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan, [1995] 2 A.C. 378, 389 (P.C.); Manifest Shipping Co. v. Uni-Polaris Insurance Co. (The Star Sea), [2003] 1 A.C. 469, 495–96 (H.L.) (holding that negligence or recklessness is insufficient for accessory liability; actual dishonesty or knowledge is required, and willful blindness may be treated as equivalent to actual knowledge, but mere failure to inquire does not satisfy the mental element).

(91) Paul S. Davies, Accessory Liability, op. cit., pp. 14, 182. (Observing that both knowledge and intention may encompass conduct not involving moral blameworthiness; arguing that the mental element for accessory liability should be supported by a robust justification defense; and emphasizing that accessories act knowingly and deliberately, not negligently-

بتهور في طريق مأهول، يُسأل عن جميع الأضرار التي تقع في نطاق المخاطر المتوقعة، بوصفها نتيجة لهذا السلوك، كإصابة أحد المارة، ولو لم يكن يقصد وقوع ضرر بعينه؛ فالمسؤولية هنا تقوم على توقع جنس الضرر لا عينه.

ويؤكد الفقه الإنجليزي - بشكل عام - ضرورة التشدد في معيار القصد والعلم، بحيث يكون المعيار أقرب إلى الذاتية منه إلى الموضوعية؛ حتى لا تترتب المسؤولية في حق أشخاص عن المساهمة العرضية من دون اتجاه القصد إلى الإضرار أو تقبل المخاطرة⁽⁹²⁾.

2 - في القضاء الأمريكي

الأصل في نطاق القانون الخاص أن ثبوت المسؤولية لا يتوقف على قيام حالة ذهنية معينة لدى المدعى عليه، أيًا كانت طبيعة الإخلال المنتج للمسؤولية، سواء أكان عقدياً أم تقصيرياً. إلا أن هناك تزايداً مستمراً في قواعد المسؤولية المدنية التي ترتب آثاراً قانونية على سوء النية، ومن ذلك القواعد الخاصة ببعض الأنظمة القانونية، مثل نظام الجزاءات العقابية التي يشترط القانون لفرضها سوء نية المدعى عليه، وتعتمد الإضرار بالمدعى.

ومن الحالات الخاصة التي تتطلب قيام حالة ذهنية في المدعى عليه أو «ركن معنوي» هي حالة المساهمة المدنية التبعية، إلا أن القانون الأمريكي كان أكثر حذراً من القانون الإنجليزي في صياغة الركن المعنوي، ذلك أن التوسع في هذا الركن إلى حد الاقتراب من القصد المطلوب في الجرائم العمدية - كما اتجه القضاء الإنجليزي - قد يضيف على القانون الخاص بُعداً أخلاقياً وطابعاً عقابياً، ويؤدي إلى حصر مسؤولية المساهم في نطاق ضيق، على غرار نطاق التجريم الجنائي؛ مما يؤدي إلى إفلات أكثر حالات المساهمة التبعية التي تتضمن تقبل المدعى عليه جنس الأضرار التي وقعت على المدعى بوصفها نتيجة لسلوك الفاعل الأصلي.

thus cautioning against extending liability based on negligence principles when general accessory liability is not established);

(يمكن استخلاص هذا الفهم من طرح ديفيز، ذلك أنه وعلى الرغم من تمسكه بالمعيار الذاتي المبني على ضرورة توافر العلم الفعلي والقصد الواعي، فإنه لا يمانع من إدخال بعض الصور التي لا تتضمن ملامة أخلاقية صريحة ضمن نطاق المسؤولية؛ أي تبنى المسؤولية على بعض العناصر الموضوعية بشرط وجود تبرير لذلك، مع اقتران ذلك بضوابط محددة تضمن عدم امتداد المسؤولية التبعية لتشمل المساهمة العرضية أو المبنية على إهمال، ويرى أن عنصر العلم والقصد قد يتسعان ليشملا صوراً غير تقليدية من المساهمة، ما يفتح الباب أمام معيار موضوعي محدود ومتوازن).

(92) Paul S. Davies, "Accessory Liability for Assisting Torts", op. cit., p. 357. (explaining that requiring actual knowledge as a mental element ensures that innocent or accidental participants are not held liable - supporting the article's position that the mental element must be subjectively defined to exclude those whose contribution lacks intent or awareness of harm).

ويمكن استخلاص هذا التوجه من وثيقة الأضرار Restatement of torts التي تلخص ما جرى عليه العمل في القضاء الأمريكي بشأن صور المسؤولية التبعية، ومنها مسؤولية المساهم التبعية؛ فقد أوردت وثيقة الأضرار للعام 1979م، في المادة (876) عدداً من الحالات التي يُسأل فيها الشخص عن الأضرار التي تلحق بالغير، نتيجة عمل غير مشروع صادر من شخص آخر، وهو الفاعل الأصلي، وهي:

أ - الاشتراك في الفعل الضار مع شخص أو أكثر في مسرح واحد، أو ضمن مشروع مشترك، أو

ب - تقديم مساعدة جوهرية للمسؤول أصالةً عن الضرر، مع العلم بكل العناصر المكوّنة للخطأ التقصيري الصادر عن ذلك الشخص؛ أو

ج - تقديم مساعدة جوهرية للمسؤول الأصلي عن ارتكاب الخطأ التقصيري، وكان فعل المساعدة - مستقلاً - يشكل خطأ تقصيرياً أصلياً؛ لكونه يُمثل إخلالاً بواجب قانوني خاص تجاه المضرور⁽⁹³⁾.

يتناول النص المذكور ثلاث صور من صور المسؤولية «التبعية»؛ الصورة الأولى: هي المسؤولية المبنية على التآمر أو الاتفاق، والتي تقوم بمجرد ثبوت الاتفاق، ولا تتطلب إثبات قيام حالة ذهنية خاصة في حق بقية المتآمرين؛ فإذا ثبت الاتفاق أو التآمر فإنه يُكتفى بالحالة الذهنية القائمة في حق الفاعل الأصلي، فيكون سلوك الأخير منتجاً لمسؤولية أصلية مساوية في حق جميع أطراف المؤامرة أو المشروع المشترك، من دون الحاجة إلى إثبات الركن المعنوي في حق كل واحد منهم.

أما الصورة الواردة في الفقرة (ج) فهي مسؤولية تقوم على إخلال بواجب قانوني خاص تجاه المضرور مصدره التشريع أو العقد كواجب الأمانة Fiduciary Duty، إذ يرتب مثل هذا الإخلال مسؤولية أصلية في حق المدعى عليه، تستند إلى إخلال المدعى عليه بالتزام قانوني أو تعاقدية أو واجب أمانة قائم تجاه المدعي.

(93) Restatement (Second) of Torts § 876 (Am. L. Inst. 1979). (providing that a person is subject to liability for harm to a third party caused by the tortious conduct of another if he: (a) commits a tortious act in concert with the other or pursuant to a common design; (b) gives substantial assistance or encouragement to the other, knowing that the conduct constitutes a breach of duty; or (c) provides substantial assistance in accomplishing the tortious result, and his own conduct independently constitutes a breach of duty owed to the third person).

(يُسأل الشخص عن الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة فعل ضار صادر من شخص آخر إذا: (أ) ارتكب فعلاً ضاراً بالاشتراك مع ذلك الشخص، أو ضمن مشروع مشترك معه؛ أو (ب) قدّم مساعدة جوهرية أو شجع ذلك الشخص، مع علمه بأن فعله يُشكل إخلالاً بواجب قانوني؛ أو (ج) ساعد بشكل جوهري في إحداث النتيجة الضارة، وكان فعله المستقل يُشكل - في حد ذاته - إخلالاً بواجب قانوني تجاه المضرور).

وتظهر أهمية «الركن المعنوي» بشكل خاص في الحالة الواردة في الفقرة (ب)، وهي الحالة الوحيدة التي يشترط فيها القضاء - بشكل صريح، وإن كان بشيء من الحذر - قيام حالة ذهنية خاصة في حق المدعى عليه، وهي حالة المساهمة المدنية التبعية على أساس المساعدة والتحريض Aiding and Abetting؛ إذ نصت المادة (876) من وثيقة قانون الأضرار على أنه: «يسأل الشخص عن الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة عمل غير مشروع صادر من شخص آخر إذا (ب) قدم مساعدة جوهريّة للفاعل الأصلي، مع العلم بكل العناصر المكوّنة للخطأ التقصيري الصادر عن ذلك منه»، ويمكن تحليل عناصر الحالة الذهنية، كما يلي:

- العلم

نصت المادة المشار إليها على أن ثبوت المسؤولية يتطلب ثبوت علم المساهم بالعناصر الجوهرية المكوّنة للخطأ التقصيري الصادر من الفاعل الأصلي. ويُمكن القول بأن المسؤولية تتطلب وجود العلم الخاص بطبيعة العناصر المكوّنة لعين الخطأ التقصيري الأصلي المنتج للضرر، إلا أن ركن العلم يُمكن استخلاصه من ثبوت علم المدعى عليه، ولو بشكل عام عن جنس النشاط غير المشروع الصادر من الفاعل الأصلي؛ بمعنى أن القضاء الأمريكي قد تبني معياراً موضوعياً في تحقق عنصر العلم يقوم على العلم المفترض؛ إذ إن العلم العام يقود إلى العلم الخاص؛ فمن يعلم أن مراهقاً قد اعتاد قيادة مركبته داخل المدينة بتهور يُحاكي قيادة سيارات السباق، ثم يُعيّره سيارة سباق، ويشجعه على قيادتها ملحفاً ضرراً بالآخرين، قد يتحقق عنصر العلم الخاص في حقه من خلال إثبات علمه العام بسلوك ذلك المراهق.

كما اتجهت بعض المحاكم الأمريكية إلى تطبيق ما يُسمى المعيار المتدرج Sliding scale، وهو معيار مرّن يهدف إلى استخلاص الركنين المادي والمعنوي. ويؤكد هذا المعيار العلاقة العكسية بين عنصر العلم وعنصر المساعدة الجوهرية في استخلاص أركان المسؤولية على أساس المساهمة. إذن كلما قام الدليل على علم المدعى عليه بشكل خاص ومحدد عن عين الخطأ التقصيري الأصلي الذي أدى إلى وقوع الضرر، كان ذلك أقرب إلى تقرير مسؤولية المساهم، مهما كانت المساعدة ضئيلة أو حتى سلبية. وفي المقابل كلما كانت المساعدة جوهريّة وضرورية في وقوع الضرر، قلت أهمية عنصر العلم، وربما اكتفت المحكمة بالعلم العام، بحيث لا تشترط المحكمة علم المدعى عليه بشكل خاص بعين الخطأ الأصلي موضوع المطالبة بالتعويض⁽⁹⁴⁾.

(94) Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S. -, slip op. at 15-16 (2023) (explaining that “knowing” and “substantial” assistance operate on a sliding scale, where a lesser showing of one may require a greater showing of the other to establish culpable participation).

– المساعدة الجوهرية

لم تُشر وثيقة الأضرار بشكل صريح إلى القصد المطلوب تحقيقه في حق المساهم، وإنما أشارت إلى معيار موضوعي عام، وهو «جوهريّة» المساعدة المُقدّمة من المدعى عليه للفاعل الأصلي. ومع ذلك فإنه لا يسعنا أن نقول بأن مسؤولية المساهم لا تقوم على القصد؛ فالقصد مطلوب، إلا أن القصد يتحقق ضمناً متى ثبت أن المساعدة المُقدّمة إلى الفاعل الأصلي «جوهريّة»⁽⁹⁵⁾. وقد استخلصت وثيقة الأضرار مسلك المحاكم الأمريكية في تقدير مدى جوهريّة المساعدة المُقدّمة إلى الفاعل الأصلي، وهي كالتالي⁽⁹⁶⁾:

أ – «... طبيعة ما تُنسب إلى الفاعل الأصلي من خطأ، وكان محلاً للمساعدة والتشجيع من قبل المساهم...»؛ حيث تنظر المحكمة إلى طبيعة الخطأ التقصيري لتحديد موقعه بالنسبة إلى فعل المساهمة، وما إذا كانت المساهمة جوهريّة في قيام عناصر الخطأ الأصلي، وهل زادت المساهمة من فرصة وقوع الخطأ الأصلي، وهل كانت المساهمة ضرورية لوقوع الخطأ الأصلي؟

ب – «... مقدار المساهمة ونوعها»، فكلما كانت المساعدة ضرورية لإحداث الضرر، بحيث لولا هذه المساعدة لما كان قد أقدم الفاعل الأصلي، أو قدر على القيام بالخطأ الأصلي، كان ذلك أدعى إلى ثبوت مسؤولية المدعى عليه. فأهمية فعل المساهم تتحدد بمدى أهميته في تحقيق الفعل الأصلي، فإذا كانت المساهمة لا تقدم المُمكنات الأساسية للقيام بالفعل الأصلي فلا تقوم مسؤولية المساهم.

(95) Nathan Isaac Combs, “Civil Aiding and Abetting Liability”, op. cit., pp. 282-286.

(يرى كومبس أن معيار العلم في دعاوى المساهمة المدنية التبعية خاضع لنص المادة (876) (ب) من «وثيقة الأضرار الثانية» التي تشترط أن يكون المدعى عليه «عالماً» بأن سلوك الفاعل الأصلي يشكل إخلالاً بواجب قانوني. وينتقد كومبس – بشكل صريح – الاتجاهات التي تسمح بالاكْتفاء بالعلم المفترض أو الإهمال، كما يرفض ما يُعرف بـ «المعيار المتدرج»، ويصفه بأنه «غير مؤصل ومضلل»، داعياً إلى اعتماد نموذج أكثر انضباطاً يشترط علماً فعلياً حقيقياً بالفعل غير المشروع.

إلا أن بعض المحاكم الأمريكية، كما في قضية Halberstam v. Welch، لم تُلزم المدعي بإثبات العلم التفصيلي بالوقائع أو الظروف الدقيقة للفعل الضار، بل اكتفت بالاستناد إلى طبيعة العلاقة والأدلة الظرفية المحيطة. وهذا يدل على أن بعض المحاكم تطبّق – في الواقع – معايير ذات طابع موضوعي تسمح باستخلاص العلم الفعلي من دون حاجة إلى إثبات مباشر، لا سيما عند وجود مساعدة جوهريّة من المدعى عليه. ومن ثم يُفتح الباب أمام تبني نموذج مرن نسبياً، يقبل بعناصر موضوعية كافية لاستنتاج العلم، بخلاف النموذج الذي يقترحه ناثن، ويضيق من دائرة المسؤولية، ويقترّب في صرامته من المعيار الإنجليزي التقليدي).

(96) Restatement (Second) of Torts § 876 cmt. d (Am. L. Inst. 1979). (“[T]he nature of the act encouraged; the amount [and kind] of assistance given; the defendant's absence or presence at the time of the tort; his relation to the tortious actor; and the defendant's state of mind.”).

ويلحق بهذا العنصر عنصر آخر اجتهدت إحدى المحاكم في إقراره، وهو مدة المساعدة؛ فلما طالت مدة المساعدة كان ذلك أدعى إلى ثبوت قوة المساهمة وجوهريتها⁽⁹⁷⁾.

ج - «... وجود المدعى عليه أو غيابه في أثناء ارتكاب الفعل الضار...»، فوجود المدعى عليه في مسرح الفعل الضار ليس شرطاً لثبوت المسؤولية، إلا إذا كان وجوده ضرورياً لتحقيق الفعل المنسوب إليه. كما أن عدم وجوده في أثناء ارتكاب الفعل لا ينفي وجود المساعدة الفاعلة أو الجوهرية.

د - «... علاقة المساهم بالفاعل الأصلي...»؛ فقد يكون المساهم متولياً للرقابة، أو له عليه سلطة أو تبعية ظاهرة، وإن كانت غير فعلية، أو بينه وبين الفاعل مصلحة مشتركة.

هـ - «... نية المدعى عليه...»، وتستخلص من الأدلة الظرفية ومن الوقائع المحيطة بالقضية بشكل موضوعي. وسوء النية هنا يعني أن هدف المدعى عليه من المساهمة هو تحقيق هدف غير مشروع، أو ينطوي على تقبل مخاطرة غير معقولة.

وهذه المعايير أو العوامل ليست ملزمة للمحكمة بمجموعها، فقد يتخير القاضي منها ما يراه ملائماً وفق ظروف الدعوى، وقد يكتفي بعامل واحد أو عاملين، ويُهمل بقية العوامل.

وتعد قضية Halberstam v. Welch⁽⁹⁸⁾ أهم القضايا التي وضعت إطاراً عاماً لقواعد المسؤولية المدنية للمساهم التبعية في الفقه الأمريكي؛ إذ أرست الدائرة الاستئنافية إطاراً تحليلياً يستند إلى السوابق القضائية، ويضع - بشكل موضوعي - معايير تحقق عنصري العلم والمساعدة الجوهرية، من خلال تحليل متعدد العناصر لتقدير مدى جوهرية المساعدة؛ فلما كانت المساعدة جوهرية كان ذلك أدعى إلى تحقق الركن المعنوي.

وفي هذه القضية أقامت زوجة أحد ضحايا عملية سطو مسلح دعوى ضد امرأة كانت في علاقة مُساكنة مع الفاعل الأصلي الذي كان يُدير منظومة إجرامية تقوم على السطو المسلح على المنازل. وقد أقامت دعاوها ضد Hamilton لمطالبتها بالتعويض عن الوفاة. ولم

(97) Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 477-478 (D.C. Cir. 1983).

(98) Halberstam v. Welch, 705 F.2d 472, 477-478 (D.C. Cir. 1983). ("Aiding-abetting includes the following elements: (1) the party whom the defendant aids must perform a wrongful act that causes an injury; (2) the defendant must be generally aware of his role as part of an overall illegal or tortious activity at the time that he provides the assistance; (3) the defendant must knowingly and substantially assist the principal violation.").

تكن المدعى عليها طرفاً في أيٍّ من عمليات السطو أو مشاركة فيها، وإنما كانت تكتفي بدعم الفاعل الأصلي، من خلال الاحتفاظ بسجلات للمسروقات والمساعدة في بيعها. ولم تكن المدعى عليها تعلم عن عملية السطو ذاتها التي نجم عنها قتل زوج المدعية. ومع ذلك، قضت المحكمة بثبوت المسؤولية المدنية في حق المدعى عليها على أساس المساهمة التبعية؛ إذ رأت أن القتل الذي ارتكبه الفاعل الأصلي كان نتيجة طبيعية ومتوقعة للنشاط الإجرامي الذي ساعدته فيه. ولم تشترط المحكمة علمها الدقيق بنوع الجريمة، بل اعتبرت أنه من الكافي أنها كانت تعلم بانخراطه في جرائم تمس الممتلكات ليلاً؛ إذ إن العنف والقتل يُعدان من النتائج المتوقعة في مثل هذه الأنشطة.

وفي سردها الوقائع تعرضت المحكمة - بشكل مفصل - لعناصر تلك المسؤولية كما وردت في وثيقة قانون الأضرار، كما تعرضت للعناصر المكوّنة لما يمكن اعتباره «مساعدة جوهريّة أو فاعلة».

أما من حيث تحقق عنصر العلم فقد اكتفت المحكمة بتحقيق عنصر العلم العام، ولم تشترط علم المدعى عليها بشكل خاص بالجريمة موضوع المطالبة بالتعويض؛ فذكرت المحكمة أن المدعى عليها كانت تعلم - بشكل قطعي - عن المنظومة الإجرامية، وساعدت على استمرارها، مادامت هذه المنظومة كانت تضمن راحتها الشخصية.

أما عنصر «المساعدة الجوهريّة» فيتطلب تحقيقه تحليل وقائع القضية في ضوء العناصر الواردة في وثيقة الأضرار⁽⁹⁹⁾؛ فمن حيث «طبيعة خطأ الفاعل الأصلي، والذي كان محلاً للمساعدة والتشجيع من قبل المساهم»، فقد أكدت المحكمة أن منظومة السطو التابعة للجاني لم تكن لتستمر طوال هذه السنوات لولا المساعدة في غسل الأموال المتحصّلة من الأنشطة الإجرامية، وكانت مساهمة المدعى عليها واضحة في ذلك؛ حيث كانت تتيح له استخدام اسمها وقدراتها لخدمة أهدافه الإجرامية.

أما العنصر الثاني الذي يتمثل في «مقدار المساهمة ونوعها»؛ فقد قررت المحكمة، أنه وعلى الرغم من أنه لا يُمكن اعتبار المساعدة المقدمة من المدعى عليها جوهريّة إذا نظرنا إلى آحاد جرائم السطو، بمعنى أن دور المدعى عليها لم يكن ضرورياً أو جوهرياً في جريمة سطو بعينها، أو جريمة القتل موضوع الدعوى، فإنه وبالنظر إلى دورها على مدى خمس سنوات يتبين أنه كان جوهرياً في تعزيز استمرار العمل.

ثالثاً، وفيما يتعلق بـ «وجود المدعى عليه أو غيابه عن مسرح ارتكاب الفعل الضار»، فلا خلاف على أن المدعى عليها لم تكن حاضرة في أثناء ارتكاب الجريمة، إلا أن حضورها الأبرز تمثل في دورها الجوهري والمؤثر في إخفاء متحصلات الأنشطة الإجرامية، وهو

(99) Restatement (Second) of Torts § 876 (Am. L. Inst. 1979).

دور يُعد جوهرياً في إمداد منظومة السطو والسرقة بالحياة، وقد أسهم بشكل غير مباشر في وقوع جريمة القتل محل الدعوى.

أما بالنسبة إلى العنصر الرابع، والمتعلق بعلاقة الفاعل الأصلي بالمدعى عليها، فقد كانت المحكمة حذرة من أن تُولي له أهمية مفرطة؛ لكون المدعى عليها قرينة أو خلية للجاني تؤدي مهام «زوجية» اعتيادية؛ إذ حرصت المحكمة على التمييز الواضح بين تلك المهام المعتادة، وتلك التي تُعدّ بمنزلة دعم فعلي للمنظومة الإجرامية. ولذلك، قللت المحكمة من وزن هذا العنصر، بالنظر إلى وجود رابطة شبيهة بالرابطة الزوجية بين الجاني والمدعى عليها.

وفيما يخص العنصر الخامس، فقد اعتمدت المحكمة على الأدلة الظرفية لتستنتج أن نية المدعى عليها كانت منعقدة ومتجهة - بصورة مستمرة ومتجددة - نحو دعم المنظومة الإجرامية واستمراريتها. كما رأت المحكمة أن امتداد فترة المساعدة لمدة خمس سنوات يُشكل دلالة قوية على أن هذه المساعدة كانت بالغة الأثر، وذات طابع جوهري.

وبعد تحليل هذه العناصر والموازنة بينها، خلصت المحكمة إلى أن المدعى عليها قدّمت دعماً جوهرياً، مع علمها بطبيعة النشاط الإجرامي، الأمر الذي يُعُضد ما انتهت إليه محكمة الدرجة الأولى من ثبوت مسؤوليتها على أساس نظرية المساهمة التبعية.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه العناصر، وإن لم تتناول الركن المعنوي بشكل خاص ومباشر، إلا أن الركن المعنوي في الحقيقة يُمثل جوهر معيار «المساعدة الجوهرية»، كما هو ظاهر من العناصر التي بحثتها المحكمة لاستخلاص مدى جوهرية المساهمة؛ فالمحكمة - وإن كانت قد استطردت في طبيعة العلاقة بين المدعى عليها والجاني، وفي نمط المساعدة وطول مدتها - كان مقصدها الأعمق هو الوقوف على مدى انعقاد نية المدعى عليها واستمرارها في إنجاح المنظومة الإجرامية. ولذلك فإن هذه العناصر لا يمكن فصلها عن الركن المعنوي، بل هي الكاشفة عن قصد المدعى عليه وإرادته ووعيه بدوره في وقوع الضرر.

سادساً: صعوبات المعيار الموضوعي وتطورات العام 2023م في «تويتتر»

من آثار تبني القضاء الأمريكي المعيار الموضوعي أن المحاكم الأمريكية كانت أكثر استعداداً من المحاكم الإنجليزية لتقرير المسؤولية المدنية على أساس المساهمة المدنية التبعية في حق المدعى عليه في دعاوى قضائية تكون فيها رابطة المساهمة من مسائل الواقع المعتمدة، وهي الحالات التي يسعى فيها قاضي الموضوع إلى التوصل إلى الوقائع نفسها، وبشكل معقول إلى نتائج مختلفة، وهي الحالات التي تكون فيها علاقة سلوك المدعى عليه بالخطأ الأصلي غير واضحة، أو الحالات التي لا تكون فيها المساهمة مبنية على القصد، بل على المخاطرة وقله الاحتراز.

وقد واجهت المحكمة العليا الأمريكية ذلك الغموض في قضية *Twitter v. Taamneh*، بأن أعادت صياغة الركن المعنوي للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية. وفي تلك القضية رفضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة، بحكم القانون⁽¹⁰⁰⁾، إقرار مسؤولية المدعى عليهما بوصفهما مساهمين تبعيين، وهما شركتا تويتر (حالياً منصة X) وجوجل، وذلك في دعوى أقامتها عائلة أحد ضحايا عملية إرهابية استهدفت حانة في تركيا.

وقد أسس المدعون دعواهم على أساس أن خوارزميات تلك المنصات كانت تقترح على المستخدمين محتويات دعائية للمنظمة الإرهابية التي تبنت الهجوم، وأن تلك المنصات كانت تحقق عوائد مالية من ذلك المحتوى؛ إلا أن المحكمة قد خلصت إلى عدم وجود علاقة ما بين الهجوم الإرهابي وسلوك المدعى عليهما السلبي تجاه محتوى المنظمة الإرهابية؛ إذ إن خوارزميات تلك المنصات كانت محايدة، ولم تكن مصممة بشكل خاص لتعزز من ظهور محتوى بعينه أو تنحاز إليه، وهي بهذا الوصف تكون المساهمة بمنزلة أي شركة تقدم خدمات عامة، مثل البريد والهاتف والإنترنت، فهذه الخدمات – وإن سهلت ارتكاب الفعل الضار – إلا أن ذلك كان بصفة عرضية غير مقصودة؛ إذ إن تلك الخدمات لم تُخصَّص لتلك الأغراض.

ولا يُفسَّر ذلك بأنه خروج جوهري عن المعايير التي وضعتها المحكمة الاستئنافية في قضية *Halberstam v. Welch*؛ إذ تمسكت المحكمة العليا بالقضية الأخيرة بوصفها إطاراً تحليلياً للركن المعنوي المتمثل في عنصري العلم والإرادة. إلا أن المحكمة قامت بضبط المعيار الموضوعي لاستخلاص إرادة المدعى عليه، المتمثل في اشتراط أن تكون المساعدة «جوهرية»؛ إذ قامت المحكمة بضبط هذا المعيار ليكون أقرب إلى الذاتية. ونعني بالذاتية هنا الميل نحو اشتراط العلم والقصد الحقيقي لا المفترض؛ إذ قررت المحكمة العليا أن المساعدة لا تكون جوهرية ما لم يُجمَع فيها عدد من الخصائص، وهي:

1 – التحديد: بأن تكون هناك علاقة ظاهرة بين فعل المساهمة والخطأ الأصلي الذي تسبب في الضرر، وذلك بأن تكون المساهمة موجهة إلى جنس أو ذات الفعل الضار الذي أحدث الضرر المدعى به. ولا تتحقق صفة التحديد في المساهمة العرضية، كأن يستفيد الفاعل الأصلي – بشكل عام – من خدمة موجهة إلى

(100) *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 45-46 (1957).

(أرست المحكمة العليا الأمريكية، في هذا الحكم، قاعدة مفادها أن للمحكمة رفض الدعوى بحكم القانون، أي من دون التطرق إلى الوقائع من وجهة نظر المدعى عليها، متى ثبت أنه في حال التسليم بصحة الوقائع – كما عرضها المدعي – فإنها لا تمنحه الحق فيما يطلبه، وهذا هو المقصود من رفض الدعوى بحكم القانون).

- عموم الناس في ارتكاب الفعل الضار⁽¹⁰¹⁾.
- 2 – **المباشرة:** وتتحقق تلك المباشرة بوجود ارتباط معنوي مباشر بين فعل المساهمة وخطأ الفاعل الأصلي، بأن يكون المدعي عليه على علم ووعي حقيقي ومعاصر بدوره وموقع مساهمته من الخطأ الأصلي.
- 3 – **الانتظام:** ألا تكون المساهمة عرضية، بحيث ينصرف سلوك المساهم إلى دعم كل سلوك يصدر عن الفاعل الأصلي بطريقة منتظمة ومنهجية.
- 4 – **الوعي:** أي لا تكون المساهمة صادرة عن إهمال أو مجرد سلوك سلبي، بل يجب أن يكون هناك سلوك إيجابي يعكس نية المساهمة، وأن يكون ذلك الوعي منطقياً على سوء القصد والنية⁽¹⁰²⁾، أو على أقل تقدير أن يكون هناك قبول واع للضرر بوصفه نتيجة طبيعية للمساهمة، وإن لم يقصد وقوع الضرر فعلاً، ولكنه توقعه وتقبل وقوعه⁽¹⁰³⁾.
- 5 – **الفاعلية:** أي ألا تكون المساهمة قليلة الأهمية، أي لا تكون قادرة على إحداث الضرر وفقاً لطبائع الأشياء.
- وهذا الحكم يضع ضوابط جوهرية للركن المعنوي، ويزيد من عبء الإثبات على المدعي؛ إذ يشترط لثبوت مسؤولية المساهم أن يكون على علم حقيقي ومباشر بموقع مساهمته من الخطأ الأصلي، قاصداً وقوع الانتهاك أو متقبلاً وقوعه⁽¹⁰⁴⁾. إلا أن هذه القضية صدرت في سياق تطبيق قانون مكافحة الإرهاب وتعديلاته، ومن غير الواضح ما إذا كانت المحكمة ستجعل هذا المعيار معياراً عاماً يسري على كل قضايا المسؤولية على أساس المساهمة
- (101) Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S.-, slip op. at 17 (2023) (clarifying that civil aiding and abetting liability under §2333(d)(2) requires that the defendant have knowingly assisted another person in the commission of the specific actionable wrong).
- (102) Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S.-, slip op. at 9 (2023). (defining “aids and abets” under §2333(d)(2) as requiring conscious, voluntary, and culpable participation in another’s wrongdoing).
- (103) Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S.-, slip op. at 18 (2023). (illustrating that a defendant may be liable for aiding and abetting even without knowledge of the specific injury, so long as he knowingly facilitated the wrongful act and the harm was a foreseeable result..... noting that those who aid and abet a tort can also be held liable for other wrongs that were “a foreseeable risk of the intended tort”).
- (104) Twitter, Inc. v. Taamneh, 598 U.S.-, slip op. at 26 (2023). (warning that imposing liability based merely on knowledge of misuse and failure to act would unmoor aiding-and-abetting doctrine from its culpability requirement and exceed the traditional limits of tort liability).

التبعية، أم أنها ستعتبر هذه القضية استثناءً، وتُغلب المعيار الموضوعي في قضايا من نوع آخر، وصياغة معيار مرِن يتكيف مع اختلاف أنواع القضايا ليست بالأمر السهل.

وقد كشفت مرافعة شفووية قُدمت أخيراً أمام المحكمة العليا الأميركية عن صعوبة صياغة معيار «المساعدة الجوهرية»، وتحديد درجة «العلم» اللذين يتحقق بهما الركن المعنوي. وكانت تلك المرافعة بشأن نزاع لا يتصل بالإرهاب، وإنما بمسؤولية مزود خدمات الإنترنت عن انتهاكات حقوق المؤلف التي أُحيط بها مزود الخدمة علماً، ولم يتخذ حيالها أي إجراء.

وقد أظهر أعضاء المحكمة حذراً في ضبط معيار القصد الذي يتحقق به الركن المعنوي بين اعتبارين: فمن جهة، خشية أن يؤدي تبني معيار ذاتي صارم إلى رفع عتبة المسؤولية على نحو يفضي إلى إفلات مزودي الخدمة من المسؤولية، حتى مع توافر العلم الخاص بوقائع الانتهاك الأصلي، والإخفاق في اتخاذ تدابير معقولة حيالها. ومن جهة أخرى، الحذر من أن يؤدي خفض عتبة المسؤولية إلى مجرد العلم بوقائع الانتهاك – من دون اتخاذ إجراء حيالها – إلى تحول مزود الخدمة، تحت وطأة الخشية من المسؤولية، إلى «شرطي رقابي» قد يضطر إلى قطع خدمات الإنترنت عن مؤسسات كبرى، مثل الجامعات أو المستشفيات أو الفنادق، بما يفضي إلى حرمان آلاف من المستخدمين ذوي الاستخدامات المشروعة، بسبب انتهاك صادر عن فرد⁽¹⁰⁵⁾. وهذا يدل على أن المحكمة قد تتجه مستقبلاً إلى تضيق نطاق تطبيق حكمها السابق على Twitter, Inc. v. Taamneh، وألا تجعله معياراً عاماً يُسحب على جميع صور المسؤولية على أساس المساهمة التبعية.

(105) Transcript of Oral Argument at 3–4, 37–38, 91–92, Cox Communications, Inc. v. Sony Music Entertainment, No. 24-171 (U.S. Dec. 1, 2025).

الخاتمة

تناول هذا البحث - بالدراسة والتحليل - النظام القانوني للمساهمة المدنية التبعية في النظامين القانونيين الأمريكي والإنجليزي، محاولاً استجلاء خصائصه، وتمييزه عن سائر صور المسؤولية التبعية، وذلك من خلال بناء نموذج تحليلي مُوحَّد يُبرز خصوصية هذا النظام، ويُعين على ضبط تطبيقاته القضائية وتوحيدها. وقد اقتضى البحث تقسيمه إلى مبحثين رئيسين:

خُصِّصَ المبحث الأول لعرض الإطار القانوني لدعوى المسؤولية على أساس المساهمة المدنية التبعية، والمفاهيم الأساسية المرتبطة بها؛ حيث تناول أركان الدعوى الثلاثة: ركن الاشتقاق الذي يربط مسؤولية المساهم التبعية بخطأ فاعل أصلي يُسند إليه الضرر بشكل مباشر وفاعل. ورابطة المساهمة التي تُشكِّل الركن المادي، وتُعبر عن العلاقة السببية غير المباشرة بين فعل المساهم والضرر. والركن المعنوي الذي يتمثل في علم المساهم ووعيه بدوره في إنتاج الفعل الضار.

كما تناول هذا المبحث التمييز بين المساهمة التبعية والمسؤولية عن فعل الغير، موضحاً الفروق الجوهرية بين رابطة العلاقة ورابطة المساهمة، وكذلك العلاقة القوية بين المساهمة المدنية والمساهمة الجنائية، بما في ذلك إمكان الاستفادة بشيء من الحذر من الفقه الجنائي في إثراء الفقه المدني. وقد أبرز المبحث أيضاً تباين النظامين الأمريكي والإنجليزي في بناء هذا النوع من المسؤولية، سواء في الجانب الاصطلاحي أو في شروط الركن المعنوي، مع بيان كيف أن المسؤولية التبعية تُشكل خروجاً عن القواعد العامة للمسؤولية عن الخطأ الشخصي، وتبرير هذا الخروج بمنظور عملي وأخلاقي يوازن بين الاعتبارات التعويضية والردعية.

أما المبحث الثاني، فقد خُصِّصَ لتحليل النموذج التحليلي المقترح الذي يسعى إلى تأصيل المسؤولية المدنية التبعية بوصفها نظاماً قانونياً مستقلاً، ومواجهة الطبيعة الملتبسة لهذا النظام، وعدم وجود نموذج يفصل بينه وبين الأنظمة المجاورة. وقد عمل البحث على تحليل عناصر هذا النموذج الثلاثة: الاشتقاق، ورابطة المساهمة، والركن المعنوي بمنهج نقدي يستهدف اختبار مدى قدرته على تفسير التطبيقات المتنوعة وتوحيدها، من دون خلط بين المسؤولية الأصلية والتبعية. وقد وقف البحث على عدد من التحديات، خاصة في الحالات التي يصعب فيها رسم الحدود الفاصلة بين فعل المساهمة وخطأ الفاعل الأصلي، أو بين المساعدة الجوهرية والمشروع المشترك، وما إذا كانت المسؤولية المطلوب إسنادها إلى المدعى عليه تبعية أو أصلية. وغموض الحد الفاصل بين الأصالة والاشتقاق، ورابطة المساهمة ورابطة العلاقة، والإسناد والسببية. كما أفرد البحث مساحة لمناقشة الركن

المعنوي، محاولاً الوصول إلى معيار متوازن يجمع بين المعيار الذاتي والموضوعي ليحقق الاتصال المعنوي ما بين سلوك المساهم والضرر، من دون إفراط في ذاتية تفضي إلى تضيق تطبيقات النظام، أو موضوعية تؤدي إلى ترتيب المسؤولية استناداً إلى مساهمة عرضية غير مقصودة.

وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج التي تؤكد خصوصية نظام المسؤولية المدنية التبعية وتميزه عن سائر صور المسؤولية. فقد تبين أن هذا النظام لا يمكن اختزاله في المسؤولية عن فعل الغير، أو المسؤولية المدنية عن الخطأ الشخصي أو النظام القانوني لتعدد الفاعلين أو حتى التآمر المدني؛ إذ يقوم على بنية مستقلة ذات أركان محددة، ويستند إلى منطق قانوني مختلف يؤكد دور الحالة الذهنية تعويضاً لغياب الاتصال السببي المادي المباشر ما بين سلوك المساهم والضرر.

وعلى الرغم من قدرة النموذج المقترح على ضبط عناصر المسؤولية التبعية من الناحية النظرية، فإن التحليل النقدي كشف عن إشكالات تطبيقية والتباسات نظرية قد تُضعف من قدرته على رسم الحدود الدقيقة بين الخطأ الأصلي وفعل المساهمة، أو بين رابطة العلاقة التي تنتج مسؤولية أصلية مفترضة، ورابطة المساهمة التي تقوم على خطأ مدني واجب الإثبات في حق المساهم⁽¹⁰⁶⁾.

واتضح من خلال تتبع التطبيقات القضائية والفقه المقارن أن الركن المعنوي – والمتمثل في العلم والإرادة – يُعد ركيزة جوهرية في هذا النظام، وهو الذي يميزه عن بقية صور المسؤولية المدنية؛ إذ يُسهم في ضبط نطاقه والحد من التباسه مع الأنظمة المجاورة، شريطة أن يُصاغ ضمن معيار متوازن يلامس – من دون أن يصل إلى – معيار الركن المعنوي في الجرائم العمدية، ولا يجنح نحو المعايير الموضوعية التي تهمل هذا الركن، فيؤدي إلى مساءلة المساهم العرضي، وإعاقة الأنشطة التي تتطلب قدرًا من المخاطرة المشروعة.

وعند مراجعة الأدبيات السابقة، تبين أن الفقه العربي لم يُقدم نظرية متكاملة للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية، بل اكتفى بتناول بعض جوانبها ووصفها في تطبيقات متفرقة، مثل معالجتها في إطار التضام أو المسؤولية عن فعل الغير، أو ما تناوله السنهاوري في إطار التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية. وإزاء هذا القصور، انتهجت الدراسة منهجاً استقرائياً تتبعت من خلاله التطبيقات القضائية في القانونين الإنجليزي والأمريكي، واستخلصت منها نموذجاً تحليلياً موحداً يبين الأركان الثلاثة،

(106) Hazel Carty, "Joint Tortfeasance and Assistance Liability", op. cit., pp.489-490.

ما توصلت إليه الباحثة يدعم ما خلص إليه البحث، من أن نظام المساهمة المدنية التبعية لا يزال يعاني من تشتت في النظرية، واختلاط في التأصيل الفقهي؛ مما يُعزّز الحاجة إلى توصية الباحث بتطوير نموذج قانوني أكثر وضوحاً وتماسكاً.

وحدود كل ركن، ومعايير الركن المعنوي. ويؤكد هذا المنهج أصالة الإسهام العلمي للبحث؛ إذ لم يقتصر على العرض الوصفي، بل سعى إلى بناء إطار نظري قابل للتطبيق، ويساعد على توحيد الممارسة القضائية.

وعلى صعيد التشريعات العربية، توصلت الدراسة إلى أن القوانين المدنية العربية لم تتناول المساهمة المدنية التبعية صراحة، إلا في ما ورد في نص المادة (229) من القانون المدني الكويتي الذي أقر مسؤولية المحرّض والمساعد إلى جانب الفاعل الأصلي، لكنه لم يُستثمر قضائياً لتأسيس نظرية عامة. أما بقية القوانين العربية، فبنيتها قادرة على استيعاب هذا النموذج عبر قواعدها العامة في التضامم ووحدة الضرر غير القابل للانقسام وتعدد مصادر الالتزام.

أولاً: النتائج

خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج التي تؤكد خصوصية نظام المسؤولية المدنية التبعية وتميزه عن سائر صور المسؤولية.

1 - تبين أن هذا النظام لا يمكن اختزاله في المسؤولية عن فعل الغير، أو المسؤولية المدنية عن الخطأ الشخصي أو النظام القانوني لتعدد الفاعلين أو حتى التآمر المدني؛ إذ يقوم على بنية مستقلة ذات أركان محددة، ويستند إلى منطق قانوني مختلف يؤكد دور الحالة الذهنية تعويضاً لغياب الاتصال السببي المادي المباشر ما بين سلوك المساهم والضرر.

2 - على الرغم من قدرة النموذج المقترح على ضبط عناصر المسؤولية التبعية من الناحية النظرية، فإن التحليل النقدي كشف عن إشكالات تطبيقية والتباسات نظرية قد تُضعف من قدرته على رسم الحدود الدقيقة بين الخطأ الأصلي وفعل المساهمة، أو بين رابطة العلاقة التي تنتج مسؤولية أصلية مفترضة، ورابطة المساهمة التي تقوم على خطأ مدني واجب الإثبات في حق المساهم.

3 - اتضح من خلال تتبع التطبيقات القضائية والفقه المقارن أن الركن المعنوي - والمتمثل في العلم والإرادة - يُعد ركيزة جوهرية في هذا النظام، وهو الذي يميزه عن بقية صور المسؤولية المدنية؛ إذ يُسهم في ضبط نطاقه والحد من التباسه مع الأنظمة المجاورة، شريطة أن يُصاغ ضمن معيار متوازن يلامس - من دون أن يصل إلى - معيار الركن المعنوي في الجرائم العمدية، ولا يجنح نحو المعايير الموضوعية التي تهمل هذا الركن، فيؤدي إلى مساءلة المساهم العرضي، وإعاقة الأنشطة التي تتطلب قدرًا من المخاطرة المشروعة.

4 - وعند مراجعة الأدبيات السابقة، تبين أن الفقه العربي لم يُقدّم نظرية متكاملة للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية، بل اكتفى بتناول بعض جوانبها ووصفها في تطبيقات متفرقة، مثل معالجتها في إطار التضام أو المسؤولية عن فعل الغير، أو ما تناوله السنهوري في إطار التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية. وإزاء هذا القصور، انتهجت الدراسة منهجاً استقرائياً تتبعت من خلاله التطبيقات القضائية في القانونين الإنجليزي والأمريكي، واستخلصت منها نموذجاً تحليلياً موحداً يبين الأركان الثلاثة، وحدود كل ركن، ومعايير الركن المعنوي. ويؤكد هذا المنهج أصالة الإسهام العلمي للبحث؛ إذ لم يقتصر على العرض الوصفي، بل سعى إلى بناء إطار نظري قابل للتطبيق، ويساعد على توحيد الممارسة القضائية.

5 - وعلى صعيد التشريعات العربية، توصلت الدراسة إلى أن القوانين المدنية العربية لم تتناول المساهمة المدنية التبعية صراحة، إلا في ما ورد في نص المادة (229) من القانون المدني الكويتي الذي أقر مسؤولية المحرض والمساعد إلى جانب الفاعل الأصلي، لكنه لم يُستثمر قضائياً لتأسيس نظرية عامة. أما بقية القوانين العربية، فبنيتها قادرة على استيعاب هذا النموذج عبر قواعدها العامة في التضام ووحدة الضرر غير القابل للانقسام وتعدد مصادر الالتزام.

6 - وختاماً، يخلص البحث إلى أن المسؤولية المدنية على أساس المساهمة التبعية تمثل إضافة نوعية قابلة للتطبيق في الفقه العربي المعاصر. وهي قادرة - إذا ما استكملها الفقه بالتأصيل، والقضاء بالتفعيل - على سد فراغ تشريعي وفقهي في الفقه العربي، وبناء قواعد أكثر عدالة وفاعلية في مواجهة صور المساهمة التبعية، لا سيما في المجالات المالية والمصرفية والتقنية الحديثة.

ثانياً: التوصيات

1 - انطلاقاً مما سبق، يوصي هذا البحث الفقه العربي بضرورة التوسع في دراسة هذا النظام، وتناول النموذج المقترح في هذا البحث بالنقد والتحليل.

2 - كما يوصي الباحث القضاء العربي بالاجتهاد في تفعيل هذا النموذج استناداً إلى القواعد العامة للقانون المدني؛ إذ إن القوانين المدنية العربية تستوعب بنيته، ولم يبقَ إلا الاجتهاد القضائي في تطويره. ويُنتظر من القضاء المدني، المعروف بنزعة الابتكارية، أن يسهم في ترسيخ هذا النموذج وتفعيله.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، و ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015م.

2 - البحوث العلمية

- حسام الدين محمود حسن، المسؤولية التقصيرية عن التدخل في العلاقات التعاقدية في القانون الأمريكي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مصر، مج8، ع66، 2018م.
- طارق كاظم عجيل، دراسة نقدية للمسؤولية التعاقدية، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، مج34، ع4، 2020م.
- عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية: نظرة انتقادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، مج4، ع3، 1969م.
- عبدالله عمر الخولي، الإطار القانوني للمسؤولية المدنية عن رعاية الإرهاب الدولي في القانون الأمريكي: دراسة مقارنة بين نظامي المسؤولية التقصيرية المباشرة والمسؤولية بالمساهمة التبعية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، مج1، ع1، 2018م.
- عدنان إبراهيم سرحان، مقارنات في أحكام المسؤولية عن فعل الغير في القانون المدني: الفرنسي والعراقي والإماراتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، مج11، ع4، 30 سبتمبر 2023م.
- محسن عبد الحميد البيه، التضامن والتضام في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية، دائرة التمييز، مقارناً بالقضائيين الفرنسي والمصري، القسم الأول، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، مج13، ع3، 1989م.

ثانياً: باللغة الأجنبية

A- Books

- Grant Gilmore, The Death of Contract, Ohio State University Press, USA, 1974.
- Paul S. Davies, Accessory Liability, Hart Publishing, Oxford, UK, 2015.
- Robert Stevens, Torts and Rights, Oxford University Press, Oxford, UK, 2007.

B- Book Chapters

- Marco Cappelletti, “Loss Spreading”, in Justifying Strict Liability: A Comparative Analysis in Legal Reasoning, Oxford University Press, Oxford, UK, 2022.
- Peter Birks, “Civil Wrongs: A New World”, in The Butterworth Lectures 1990–91, Butterworths, London, UK, 1992.
- Ralf Michaels, “The Functional Method of Comparative Law”, in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, eds., The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, UK, 2006.

C- Articles

- Charles F. Capps, “Rethinking Accomplice Liability”, Arizona State Law Journal, Arizona State University, USA, Vol.56, (2024).
- David S. Ruder, “The Future of Aiding and Abetting and Rule 10b-5 after Central Bank of Denver”, The Business Lawyer, American Bar Association, USA, Vol. 49, (1993).
- Harvey S. Perlman, “Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine”, University of Chicago Law Review, University of Chicago Law School, USA, Vol.49, (1982).

- Hazel Carty, "Joint Tortfeasance and Assistance Liability", Legal Studies, Society of Legal Scholars, United Kingdom, Vol.19, (1999).
- Jeffrey O'Connell, "The Interlocking Death and Rebirth of Contract and Tort", Michigan Law Review, University of Michigan Law School, USA, Vol.75, (1977).
- Joachim Dietrich, "Accessorial Liability in the Law of Torts", Legal Studies, Society of Legal Scholars / Wiley-Blackwell, UK, Vol.31, No.2, June 2011.
- John C. Coffee Jr., "Does 'Unlawful' Mean 'Criminal'? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law", Boston University Law Review, Boston University School of Law, USA, Vol.71, (1991).
- Matthew Dyson:
 - "Principals Without Distinction", Criminal Law Review, Sweet & Maxwell, UK, 2018.
 - "The Contribution of Complicity", Journal of Criminal Law, SAGE Publications, UK, Vol.86, (2022).
- Nathan Isaac Combs, "Civil Aiding and Abetting Liability", Vanderbilt Law Review, Vanderbilt University Law School, USA, Vol.58, (2005).
- Paul S. Davies, "Accessory Liability for Assisting Torts", Cambridge Law Journal, Cambridge University Press, UK, Vol.70, No.2, July 2011.
- Richard A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law", Columbia Law Review, Columbia Law Review Association, USA, Vol.85, (1985).
- Richard C. Mason, "Civil Liability for Aiding and Abetting", The Business Lawyer, American Bar Association, USA, Vol.61, No.3, May 2006.
- Robert A. Prentice, "Locating That Indistinct and Virtually Nonexistent Line between Primary and Secondary Liability under Section 10(b)", North Carolina Law Review, University of North Carolina School of Law, USA, Vol.75, (1997).

- Sarah L. Swan, “Aiding and Abetting Matters”, Journal of Tort Law, De Gruyter, USA, Vol.12, (2019).
- Tang Hang Wu, “Accessory Liability – A Restatement”, Singapore Academy of Law Journal, Singapore Academy of Law, Singapore, Vol.27, (2015).

المحتوى

الموضوع	الصفحة
المُلخَص	273
المقدمة	275
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية على أساس المساهمة المدنية التبعية	287
المطلب الأول: وضع الإشكالية في موضعها الصحيح	287
المطلب الثاني: النموذج المقترح للمساهمة المدنية التبعية	289
المطلب الثالث: أركان دعوى المسؤولية على أساس المساهمة المدنية التبعية	291
المطلب الرابع: المسؤولية التبعية بين رابطة العلاقة ورابطة المساهمة	295
المطلب الخامس: مدى ارتباط نظام المساهمة المدنية بالمساهمة الجنائية	296
المطلب السادس: العائلة الأنجلو-أمريكية بين الاتفاق والافتراق	298
المطلب السابع: المساهمة المدنية التبعية خروج عن القواعد العامة	302
المطلب الثامن: تبرير مسؤولية المساهم التبعية	302
المبحث الثاني: النموذج القانوني للمساهمة المدنية التبعية .. نقد وتحليل	304
المطلب الأول: الاشتقاق	304
أولاً: في سياق المسؤولية التقصيرية	305
ثانياً: في سياق المسؤولية عن التدخل التقصيري في العلاقات التعاقدية	308
المطلب الثاني: رابطة المساهمة	311
أولاً: ماهية رابطة المساهمة	311
ثانياً: ما يخرج عن معنى المساهمة	311
ثالثاً: المساهمة السلبية	312

الموضوع	الصفحة
رابعاً: رابطة المساهمة والتردد بين الإسناد والسببية	312
المطلب الثالث: الركن المعنوي	318
أولاً: ماهية الركن المعنوي	318
ثانياً: مفارقة في الركن المعنوي	319
ثالثاً: الجمع بين الذاتية والموضوعية لتحقيق صيغة متوازنة للركن المعنوي	321
رابعاً: الحالة الذهنية للفاعل الأصلي والمساهم... هل يجب التطابق؟	322
خامساً: معايير تحقق الركن المعنوي بين الولايات المتحدة وإنجلترا	324
سادساً: صعوبات المعيار الموضوعي وتطورات العام 2023م في «تويتر»	332
الخاتمة	336
قائمة المراجع	340

تسوية المنازعات الضريبية في النظام السعودي

دراسة تحليلية مقارنة(*)



أ. د. صلاح حامد حسنين
أستاذ التشريعات الاقتصادية والقانون الضريبي
أكاديمية شرطة دبي - دولة الإمارات العربية المتحدة

الملخص

تناول البحث موضوع تسوية المنازعات الضريبية في النظام السعودي، واستعرض الاتجاهات الدولية في توزيع الاختصاص القضائي في نظر المنازعات الضريبية، وأوضح أن المملكة العربية السعودية تتبنى اتجاهاً جديداً يعهد، بمقتضاه، بالفصل في المنازعات الضريبية إلى لجان إدارية ذات اختصاص قضائي، ويكون التقاضي أمامها على درجتين، والقرار الصادر منها لا يُقبل الطعن عليه أمام أي جهة قضائية أخرى. وقد أفسح النظام السعودي في المجال لتبني الوسائل الودية لتسوية المنازعة الضريبية، ولذا أنشأ لجاناً للتسوية داخل هيئة الزكاة والضريبة والجمارك، تتولى تقريب وجهات النظر، وحل المنازعة بصورة ودية.

كلمات دالة: المنازعات الضريبية - تسوية المنازعات - الوعاء الضريبي - الاختصاص القضائي.

وتاريخ قبوله : 10 أبريل 2025

(*) تاريخ تقديم البحث : 13 مارس 2025

المقدمة

أولاً: التعريف بالموضوع وأهميته

تعد الضرائب من أهم الأدوات التي تمتلكها الدولة في العصر الحديث لإحداث العديد من الآثار، سواء اقتصادية أو مالية أو اجتماعية؛ فهي أداة تسهم - بشكل فعال - في تحقيق الاستقرار الاقتصادي، وأيضاً في توزيع الموارد الاقتصادية المختلفة، كما أنها تعد من أهم وسائل تحقيق الحصيلة المالية في إيرادات الدولة الحديثة. وبالإضافة إلى هذا الدور الاقتصادي المهم نجد أن لها دوراً اجتماعياً يتمثل في إعادة توزيع الدخل القومي بين فئات المجتمع، بما يسهم في تحقيق الاستقرار الاجتماعي. ولكن غالباً ما ينشأ عن تطبيق الضرائب العديد من المشكلات أو المنازعات بين الممول والدولة، ممثلة في مصلحة الضرائب أو الإدارة الضريبية.

وتتدرج طرق الفصل في المنازعات الضريبية إلى عدة طرق، منها الطريق الإداري الذي تكون المصلحة هي الطرف الفاعل فيه؛ بغية التوصل إلى حل للنزاع، فإن لم يُجد هذا الأمر، يُحال النزاع على لجان الطعن الإدارية للفصل فيه. وهناك الطريق القضائي... وتختلف الدول فيما بينها بشأن هذا الطريق؛ فمنهم من يوكل الاختصاص إلى القضاء العادي، ومنهم من يوكله إلى القضاء الإداري، ومنهم من ينشئ قضاء مختصاً لنظر المنازعات الضريبية. ومن الدول من يأخذ طريقاً ثالثاً لفض المنازعات، عن طريق الوسائل البديلة، مثل الوساطة والصلح... وغيرهما من الوسائل⁽¹⁾.

ويتكون الهيكل الضريبي في المملكة العربية السعودية من الضرائب التالية: ضريبة الدخل - الضريبة الجمركية - ضريبة القيمة المضافة - الضريبة الانتقائية - ضريبة التصرفات العقارية.

وقد حرص المنظم السعودي على بيان الإجراءات المتبعة لتسوية المنازعات الضريبية، وأنشأ لجاناً إدارية ذات اختصاص قضائي تتولى الفصل في هذه المنازعات، وتعد القرارات الصادرة منها قرارات نهائية لا تقبل الطعن أمام أي جهة قضائية. وقد أفسح المنظم السعودي في المجال أمام الوسائل الودية لتسوية المنازعات الضريبية، وأنشأ لجاناً داخلية بهيئة الزكاة والضرائب والجمارك تسمى لجان التسوية، والتي لها الاستعانة بالوسائل الودية للوصول إلى حل في المنازعة الضريبية.

وتتمثل أهمية هذا الموضوع من ناحيتين: علمية وعملية؟

- من الناحية العلمية: يفيد المنهج المقارن، واستعراض تجارب الدول الأخرى في

(1) محمد علي عوض الحارزي، المنازعات الضريبية ووسائل إنهاؤها في التشريعات الضريبية المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2011م، ص289.

معالجة هذا الموضوع، صانع القرار والدارس في معرفة مزايا وعيوب كل وسيلة مُستخدمة لتسوية المنازعات؛ فضلاً على صقل مهارات البحث العلمي والدراسات المقارنة.

– من الناحية العملية: يفيد هذا البحث كل مشغل في الحقل الضريبي بالملكة العربية السعودية، من خلال استعراض مراحل عرض الدعوى أمام اللجان والفصل فيها، وكيفية الطعن... وهكذا.

ثانياً: أهداف البحث

- يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على ما يلي:
- تعريف المنازعة الضريبية وأسبابها وأطرافها.
- بيان الاتجاهات الدولية في توزيع الاختصاص لنظر المنازعات الضريبية.
- شرح إجراءات رفع الدعوى أمام لجان الفصل.
- بيان دور لجان التقييد وروصبة يبيرضلا تا عزانملا لدي في تيوس

ثالثاً: إشكالية البحث

يحاول البحث أن يركز على فعالية وكفاءة الأدوات الحالية لتسوية المنازعات الضريبية في النظام السعودي، مقارنة بالأنظمة الأخرى، وهل هي فعلاً فعالة وعادلة ومناسبة لحل المنازعات الضريبية، وما سبل تطويرها.

رابعاً: منهجية البحث

اتبع الباحث – وفق الأصل – المنهج التحليلي، وأضاف إليه المنهج المقارن في بعض الجزئيات لمعرفة التجارب الدولية في هذا الصدد، ومحاولة الاستفادة منها.

خامساً: خطة البحث

- على هدي ما تقدم جاءت خطة البحث على النحو التالي:
- المبحث الأول: مفهوم المنازعات الضريبية وأسبابها وأطرافها.
- المبحث الثاني: توزيع الاختصاص القضائي في مجال المنازعات الضريبية.
- المبحث الثالث: دور اللجان الإدارية (لجان التسوية) والوسائل البديلة لفرض المنازعات الضريبية.
- المبحث الرابع: لجان الفصل في المنازعات الضريبية في النظام السعودي.

المبحث الأول

مفهوم المنازعات الضريبية وأسبابها وأطرافها

المنازعات الضريبية هي خلافات بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق القوانين واللوائح الضريبية. ويمكن أن تشمل هذه المنازعات أطرافاً مختلفة، بمن في ذلك الأفراد والشركات والسلطات الضريبية الحكومية. ويمكن أن تنبع أسباب المنازعات الضريبية من عدة أمور، مثل: التقييمات الضريبية غير الصحيحة، أو النزاعات حول الخصومات أو الإعفاءات، أو مسائل تسعير التحويل، أو التحديات المتعلقة بالامتثال الضريبي. ونحاول - من خلال هذا المبحث - إلقاء الضوء على تعقيدات هذه المنازعات والأطراف الرئيسية المعنية؛ مما يوفر نظرة عامة شاملة على الموضوع، كما نتناول التعريف بالمنازعات الضريبية وأسباب نشأتها وأطرافها.

المطلب الأول

التعريف بالمنازعة الضريبية وخصائصها

يمكن القول - بعبارة مبسطة - إن المنازعة الضريبية هي تلك المنازعة التي تكون الإدارة الضريبية طرفاً فيها، وتتعلق بربط الضريبة أو تحصيلها أو حصر الملزمين بها، وذلك وفقاً لما يقرره التشريع الضريبي. وبالتالي فهي تعبر عن الخلاف الذي ينشأ بين الإدارة الضريبية والغير، بمناسبة قيامها بوظائفها التي كفلها لها قانون الضريبة أو أي قانون آخر. وتتعدد الأسباب التي تؤدي إلى نشوء المنازعة الضريبية؛ فقد ترجع إلى مخالفة التشريع الضريبي مبدأً دستورياً، أو إلى خطأ الإدارة الضريبية في تطبيق نصوص القانون الضريبي، أو تجاوز التفسير الضيق لهذه النصوص إلى تفسير واسع؛ بهدف مد نطاق الضريبة إلى وعاء يراه المكلفون خارج إطار الوعاء الضريبي الحقيقي لها.

وتتمتع المنازعة الضريبية بخصائص تميزها عن غيرها، ويمكن إجمالها وفق التالي⁽²⁾:

1- إن أحد أطرافها هو الدولة، تمثلها وزارة المالية، وتتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تجعلها في موقف أقوى من موقف المكلف، مؤيدة بوسائل تمكنها من إجبار المكلف على الدفع قبل أن يُفصل في النزاع نهائياً.

(2) رمضان صديق، إنهاء المنازعات الضريبية الناشئة عن تطبيق القوانين الضريبية أو الاتفاقيات الدولية - دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 29 - 36.

2- إن المنازعة الضريبية تتعلق بنشاط يزاوله المكلف، أو مال يديره، أو عمل يؤديه، وبالتالي فإن بقاء النظر في المنازعة الضريبية - وفق الطريقة التي يُنظر بها في الدعاوى العادية، من حيث طول المدة - قد يضر بمصالح المكلف من جهة، وبمصلحة الخزينة العامة من جهة أخرى؛ الأمر الذي أوجب أن تنظر هذه الدعاوى على وجه السرعة، حفاظاً على مصالح المكلف والدولة على حد سواء.

3- إن المنازعة الضريبية تتعلق غالباً بنشاط اقتصادي للمكلف، ويكون خاضعاً للضريبة بموجب أحكام القانون الضريبي، وبالتالي يكون مبلغ الضريبة مستحقاً بسبب عمل أداه أو صفقة أنجزها أو مال استثمره، أو قد تكون من الأعمال التي يحرص المكلف على الحفاظ على سريتها وسرية من يرتبط بها من علاقات تجارية أو مالية التي من الممكن لو علم بها منافسوه أن يستخدموها لغير مصلحته؛ لذلك فقد كفل المنظم للمكلف الحق في أن يحافظ على أسرارهِ، وقدم ضماناً لعدم إفشاء أسرارهِ من قبل موظفي الدوائر المالية، وأجاز إمكان نظر الدعوى في جلسات سرية.

4- إن الحق المالي موضوع المنازعة الضريبية يقره أحد أطراف الدعوى، ويتنازع فيه الطرف الآخر؛ إما لعدم وجود مستند يحدد قيمة هذا الحق، وإما لقيام المدين بإخفاء المعلومات الحقيقية ليتهرب من أداء الضريبة الملقاة على عاتقه... وغيرهما من الأسباب التي يمكن أن تجعل تقدير قيمة الضريبة تقديرية من وجهة نظر أحد طرفي النزاع.

5- إن إثبات الحق في المنازعة الضريبية يحتاج إلى وسائل خاصة بها، تختلف عن تلك الوسائل المقررة في القانون المدني، ويرجع ذلك إلى أن كلاً من الشهادة واليمين هما وسيلتا إثبات شفهيتان غير مقبولتين ضريبياً للإثبات؛ حيث لا تُقبل في الضرائب إلا وسائل الإثبات الكتابية، وفق الأصل، وبالتالي فإن الحق الضريبي يثبت بالأدلة والمستندات والقرائن التي يقبلها القضاء.

المطلب الثاني

أسباب المنازعة الضريبية

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى حدوث منازعات ضريبية بين المكلفين وبين الإدارة الضريبية، ويمكن أن نجملها في الأسباب التالية:

أولاً: تفسير قوانين الضرائب

يعد تفسير قوانين الضرائب أحد الأسباب الرئيسية للنزاعات الضريبية.

غالبًا ما تكون قوانين الضرائب مُعقَّدة، وبها مصطلحات فنية وتخضع لتفسيرات مختلفة؛ مما يؤدي إلى خلافات بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية؛ فمثلاً قد يكون قانون الضرائب غامضاً أو مفتوحاً على تفسيرات متعددة؛ مما يؤدي إلى اختلاف الآراء حول كيفية تطبيقه.

ومن أكثر الحالات شيوعاً، مثلاً، فكرة الإعفاءات الضريبية؛ فيحاول المكلف أن يتوسع في تفسيرها لتشمل السلعة أو الخدمة الأصلية ومكوناتها، بينما الإدارة الضريبية تتمسك بالتفسير الحرفي والضيّق للنص، وبأن الإعفاء لا يكون إلا للمنتج المنصوص عليه فقط؛ ففي المملكة المتحدة، على سبيل المثال، نشأت منازعات ضريبية بشأن ما إذا كان ينبغي التعامل مع تعميق أسس المنزل على أنها إصلاحات (خاضعة للضريبة)، أم أنها مجرد تمديد (وبالتالي لا تخضع للضريبة)؟! وفي ضريبة القيمة المضافة الهولندية يخضع شعبان السمك المدخن للضريبة بمعدل منخفض، في حين يخضع سمك السلمون المدخن للسعر العام، وهذا من شأنه إثارة العديد من الإشكاليات بين المكلف والإدارة الضريبية؛ إذ يصر المكلف على أن الصنف يخضع للسعر المنخفض، بينما تصر الإدارة على خضوع الصنف للسعر العام⁽³⁾.

ثانياً: استراتيجيات التخطيط الضريبي

غالبًا ما ينخرط دافعو الضرائب في استراتيجيات التخطيط الضريبي لتقليل التزاماتهم الضريبية؛ مما قد يؤدي - أحياناً - إلى نزاعات مع السلطات الضريبية. قد تجتذب التخطيطات الضريبية العدوانية - مثل مخططات التهرب الضريبي، أو الملاذات الضريبية العدوانية - التدقيق من جانب السلطات الضريبية، وتؤدي إلى نزاعات حول شرعية هذه الاستراتيجيات.

ثالثاً: أخطاء الإبلاغ والإقرارات الضريبية

يمكن أن تؤدي الأخطاء البسيطة في الإبلاغ الضريبي، مثل الحسابات غير الصحيحة، أو إغفال الدخل، إلى إثارة المنازعات الضريبية أيضاً. قد تكون هذه الأخطاء غير مقصودة، ولكنها لا تزال قد تؤدي إلى تناقضات بين مبلغ الضريبة المستحقة على دافع الضرائب والمبلغ المدوّن بالإقرار الضريبي، والذي تم إبلاغ السلطات الضريبية به.

(3) Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin, and Victoria Summers, «The Modern VAT», International Monetary Fund (IMF), Washington, D.C., 2001, pp.78-79.

مشار إلى تلك الأحكام لدى: صلاح حامد، تحديد وعاء ضريبة القيمة المضافة والمشكلات المرتبطة به: دراسة تحليلية في ضوء آراء الفقه والتشريعات الضريبية المقارنة وأحكام القضاء، ط 1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2021م / 1441هـ، ص 8.

رابعاً: التناقضات في الوثائق

يمكن أن تتسبب الوثائق غير الدقيقة، أو غير المكتملة، المُقدَّمة إلى السلطات الضريبية في نزاعات بشأن دقة الدخل المبلغ عنه، أو الخصومات أو الاعتمادات. على سبيل المثال، قد يفشل دافع الضرائب في الاحتفاظ بسجلات أو وثائق مناسبة لدعم إقراره الضريبي؛ مما يؤدي إلى تحديات من السلطات الضريبية في أثناء التدقيق.

المطلب الثالث

أطراف المنازعة الضريبية

عندما ينشأ نزاع ضريبي، فإنه ينطوي على أطراف مختلفة ذات أدوار ومصالح مميزة. وفهم التشابك والتداخل بين هذه الأطراف أمر بالغ الأهمية في حل المنازعات الضريبية. ومن خلال السطور التالية سنتعرف على أدوار الأطراف الرئيسية المشاركة في المنازعات الضريبية ومسؤولياتها: الإدارة الضريبية، ودافع الضرائب، والجهات الخارجية.

أولاً: الإدارة الضريبية

إدارة الضرائب هي السلطة أو الوكالة الحكومية المسؤولة عن إنفاذ وإدارة القوانين الضريبية. وتشمل مسؤوليات إدارة الضرائب تحصيل الضرائب، وإجراء عمليات التدقيق، وإصدار التقييمات الضريبية، وتقديم خدمات دافعي الضرائب، وضمان الامتثال لقوانين الضرائب. وتختلف مسمياتها من دولة إلى أخرى؛ ففي مصر تسمى مصلحة الضرائب⁽⁴⁾، وفي قطر تسمى الهيئة العامة للضرائب⁽⁵⁾، وفي السعودية هيئة الزكاة والضريبة والجمارك⁽⁶⁾، ودائرة الإيرادات الداخلية (IRS) في الولايات المتحدة الأمريكية⁽⁷⁾، وهيئة الإيرادات والجمارك (HMRC) في المملكة المتحدة⁽⁸⁾، ومكتب الضرائب الأسترالي (ATO) في أستراليا⁽⁹⁾، ودائرة الضرائب الفدرالية (FTS) في

(4) <https://www.eta.gov.eg/>. Last Accessed: 18/12/2024.

(5) <https://www.gta.gov.qa>. Last Accessed: 18/12/2024.

(6) <https://zatca.gov.sa/>. Last Accessed: 18/12/2024.

(7) <https://www.irs.gov>. Last Accessed: 18/12/2024.

(8) <https://www.gov.uk>. Last Accessed: 18/12/2024.

(9) <https://www.ato.gov.au/>. Last Accessed: 18/12/2024.

روسيا⁽¹⁰⁾، ووكالة الإيرادات الكندية (CRA) في كندا⁽¹¹⁾.

وتقوم إدارة الضرائب عادةً بوضع القواعد واللوائح المتعلقة بالإقرارات الضريبية، والمواعيد النهائية للدفع، وأي وثائق أو تقارير مطلوبة. ولديها أيضًا سلطة إجراء عمليات التدقيق والتحقق للتحقق من دقة واكتمال الإقرارات الضريبية، واتخاذ الإجراءات القانونية ضد دافعي الضرائب غير الملتزمين.

وتؤدي إدارة الضرائب دورًا مهمًا في بدء وحل المنازعات الضريبية. وتشمل الجوانب الرئيسية لإدارة الضرائب في أي نزاع ضريبي ما يلي:

- التدقيق والتحقق: تجري إدارة الضرائب عمليات تدقيق وتحقيقات لضمان الامتثال لقوانين الضرائب. قد يتم تشغيل عمليات التدقيق والفحص الضريبي بسبب التناقضات في الإقرارات الضريبية، أو التهرب الضريبي المشتبه فيه، أو في حال الفحص بالعينة.
- تقييم وتحديد المسؤولية الضريبية: بعد عملية التدقيق، تقوم إدارة الضرائب بتقييم المسؤولية الضريبية لدافع الضرائب بناءً على النتائج. يشكل هذا التقييم أساس النزاع الضريبي، ويمكن أن يؤدي إلى خلافات بين إدارة الضرائب ودافع الضرائب.
- إصدار الإخطارات والتقييمات (عملية الربط الضريبي): تصدر إدارة الضرائب الإخطارات والتقييمات الضريبية، ومطالبات الدفع لإبلاغ دافع الضرائب بالمسؤوليات الضريبية. هذه الوثائق حاسمة في إضفاء الطابع الرسمي على عملية النزاع الضريبي.
- آليات حل المنازعات: إدارة الضرائب مسؤولة عن توفير آليات لحل المنازعات الضريبية، مثل التظلمات الإدارية والوساطة والتفاوض... وغيرها. وتهدف هذه الآليات إلى معالجة الخلافات بين إدارة الضرائب ودافع الضرائب بطريقة مُنظمة.

ثانيًا: دافع الضرائب

يشير دافع الضرائب إلى الفرد أو الكيان المسؤول قانونًا عن دفع الضرائب للحكومة. وفي حال ضريبة الدخل الفردي فإن دافع الضرائب هو الشخص الطبيعي الذي يكسب

(10) <https://www.nalog.gov.ru/eng/>. Last Accessed: 24/12/2024.

(11) <https://www.canada.ca/en/revenue-agency.html>. Last Accessed: 24/12/2024.

دخلاً ويخضع للضريبة، على أساس مستويات دخله. وفي حال ضريبة الشركات يكون دافع الضرائب هو الكيان القانوني - مثل شركة أو مؤسسة - المسؤول عن دفع الضريبة على أرباحه. ويختلف المسمى الخاص بدافع الضريبة من دولة إلى أخرى؛ فبعض القوانين الضريبية تطلق عليه لفظ الممول، مثل القانون المصري. وبعض الدول تسميه المكلف مثل: القانون في كل من قطر والسعودية ولبنان والأردن.

وتتضمن الجوانب الرئيسية لدور دافع الضرائب في المنازعة الضريبية ما يلي:

- الامتثال والإبلاغ: دافعوا الضرائب مسؤولون عن الامتثال لقوانين الضرائب، وتقديم إقرارات ضريبية دقيقة، والإبلاغ عن الدخل والخصومات والمعلومات الأخرى ذات الصلة إلى إدارة الضرائب. يمكن أن يؤدي عدم الامتثال إلى نزاعات ضريبية.
- الاستجابة للنزاع والتواصل: عند مواجهة نزاع ضريبي، يجب على دافعي الضرائب الرد على الإخطارات والتقييمات والاستفسارات من إدارة الضرائب في الوقت المناسب. يعد التواصل والتعاون الفعالان ضروريين لحل المنازعات الضريبية.
- الاستئناف والدفاع: يحق لدافعي الضرائب استئناف التقييمات الضريبية، والدفاع عن مواقفهم في المنازعات الضريبية. التمثيل القانوني والدفاع شائعان في المنازعات الضريبية المعقدة التي تنطوي على مبالغ كبيرة أو تعقيدات قانونية.

ثالثاً: الأطراف الخارجية

وهم الأفراد أو الكيانات أو المنظمات الذين لا يشاركون - بشكل مباشر - في النزاع الضريبي، ولكن لهم مصلحة في نتيجته. يمكن لهؤلاء الأطراف أن يؤديوا أدواراً مختلفة في المنازعات الضريبية، وتؤثر على عملية الحل.

تشمل الأمثلة الشائعة للأطراف الثالثة في المنازعات الضريبية ما يلي:

- مستشارو الضرائب والخبراء: يقدم مستشارو الضرائب والخبراء المحاسبون والخبراء الاستشاريون من جهات خارجية المشورة المتخصصة، والتمثيل والدعم لدافعي الضرائب في المنازعات الضريبية.
- الشهود والخبراء: من خلال تقديم الشهادة أو الأدلة أو آراء الخبراء في المسائل الضريبية. يمكن أن تكون شهاداتهم وآراؤهم قيّمة في إثبات المطالبات أو توضيح

القضايا أو حل المنازعات.

- الهيئات الحكومية والجهات التنظيمية: قد تتدخل هيئات حكومية أخرى، أو هيئات تنظيمية أو سلطات، في المنازعات الضريبية، خاصة في القضايا العابرة للحدود. قد يكون التنسيق بين الهيئات المختلفة مطلوباً لمعالجة القضايا الضريبية المعقدة بشكل فعال، خاصة تلك المرتبطة بتطبيق المعاهدات الدولية، أو مرتبطة بفكرة الاستثمار الأجنبي.

وفي الختام، تنطوي المنازعات الضريبية على أطراف متعددة لها أدوار ومصالح ومسؤوليات مميزة. ويعد التواصل الفعال والتعاون والمشاركة بين إدارة الضرائب ودافعي الضرائب والأطراف الثالثة أمراً ضرورياً لحل المنازعات الضريبية بكفاءة وعدالة. ويعد فهم الديناميكيات بين هذه الأطراف أمراً بالغ الأهمية لتعزيز الشفافية والامتثال والثقة بالنظام الضريبي.

وخلاصة المبحث الأول أنه: تنشأ المنازعات الضريبية من مجموعة متنوعة من العوامل، بما في ذلك تفسير قوانين الضرائب، واستراتيجيات التخطيط الضريبي، وأخطاء الإبلاغ، والتناقضات في التوثيق. من خلال فهم هذه الأسباب والتعلم من الأمثلة الواقعية، يمكن لدافعي الضرائب معالجة مجالات النزاع المحتملة بشكل استباقي، والحفاظ على الامتثال لقوانين الضرائب. يعد التواصل والتعاون الفعال بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية أمرين ضروريين لحل المنازعات الضريبية ودياً، وتعزيز نظام ضريبي عادل وشفاف.

المبحث الثاني

توزيع الاختصاص القضائي في مجال المنازعات الضريبية

تختلف التشريعات الضريبية - فيما بينها - في تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات الضريبية؛ فمنها من يعهد بهذه المهمة إلى القضاء العادي، ومنها من يجعلها للقضاء الإداري، ومنها من قسم الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والإداري. وقد ظهرت طائفة من التشريعات الضريبية المعاصرة تتجه إلى إنشاء قضاء متخصص للنظر في المنازعات الضريبية نظراً إلى الطبيعة الخاصة لهذه المنازعات. وقد اتجهت بعض الأنظمة التشريعية إلى إنشاء لجان شبه قضائية، أو لجان إدارية ذات اختصاص قضائي، تتولى الفصل في المنازعات الضريبية. ولا شك في أن إسناد مهمة الفصل في المنازعات الضريبية إلى القضاء - أيًا كان نوعه - من شأنه أن يحقق العديد من المزايا ومنها⁽¹²⁾:

- 1- الحياد والاستقلالية اللذان يتمتع بهما القضاء من شأنهما ترسيخ مبادئ العدل والقانون داخل الدولة.
 - 2- إن الفصل في تلك المنازعات يكون عن طريق دعوى تُرفع أمام المحاكم المختصة، وذلك بعد إجراءات الربط والتحصيل التي تقوم بها الإدارة الضريبية، وذلك من شأنه تقويم تلك الإجراءات وجعلها متوافقة مع أحكام القانون.
 - 3- تتعلق الدعوى الضريبية بخصومة موضوعية تمس أموال المواطنين واستقرار مراكزهم القانونية، وليست خصومة شخصية مع الإدارة الضريبية.
 - 4- تتسم الرقابة القضائية هنا بأنها رقابة شاملة على كل أعمال الإدارة الضريبية، من الربط والطعن والتحصيل، وبالتالي لا يكتفي القاضي بإلغاء الربط المخالف للقانون، بل يحدد الدين الضريبي المستحق في ذمة الممول.
- ونحاول، من خلال هذا المبحث، إلقاء مزيد من الضوء على الاتجاهات الدولية في هذا الموضوع، وبما يناسبها من البيان، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: اختصاص القضاء العادي في نظر المنازعات الضريبية.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات الضريبية.

(12) زكريا محمد بيومي، موسوعة المنازعات الضريبية الوطنية والدولية، ط2، دن (دون ناشر)، د. ت. (دون تاريخ)، ص29 و30.

المطلب الثالث: توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في نظر المنازعات الضريبية.

المطلب الرابع: إنشاء قضاء متخصص لنظر المنازعات الضريبية.

المطلب الخامس: إنشاء لجان إدارية ذات اختصاص قضائي لنظر المنازعات الضريبية.

المطلب الأول

اختصاص القضاء العادي في نظر المنازعات الضريبية

القضاء العادي هو الجهة القضائية المختصة في نظر المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وبعضهم، أو بين الأفراد وجهة الإدارة، عندما تتعامل معهم كشخص من أشخاص القانون الخاص؛ ففي بعض الدول نجد أن مهمة النظر في المنازعات الضريبية قد أسندت إلى القضاء العادي، ومنها التشريع البريطاني؛ فقد أجاز لكل من مفتش الضرائب على الدخل والمكلف، إذا لم يقتنع أي منهما بقرار فرض الضريبة، أن يطعن فيه أمام المحاكم العليا التي تختص فقط بنظر المسائل القانونية دون الوقائع، وللخصوم استئناف الحكم الصادر من هذه المحكمة أمام محكمة الاستئناف التي يجوز الطعن في حكمها أمام مجلس اللوردات.

وتسري على الدعوى الضريبية المنظورة أمام المحاكم في بريطانيا قواعد الإجراءات المدنية العادية⁽¹³⁾. وقد أسند التشريع الضريبي التونسي إلى القضاء العادي مهمة الفصل في الدعاوى المتعلقة بالاعتراض على قرارات التوظيف الإجباري (الضرائب)، وترفع الدعاوى أمام المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها المصلحة الجبائية (مصلحة الضرائب)⁽¹⁴⁾. وقد أسند التشريع الضريبي السوداني إلى القضاء العادي (المحكمة المدنية العامة) مهمة الفصل في الطعون والمنازعات الضريبية⁽¹⁵⁾.

وقد دافع البعض عن اختصاص القضاء العادي في نظر المنازعات الضريبية؛ لأنه القضاء المختص في تطبيق القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة الواجبة التطبيق ما لم يرد بشأنه نص خاص، إضافة إلى ما يحققه هذا القضاء من ضمانات للمكلف يعجز عن

(13) OECD, "Tax Administration 2017 Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies", OECD Publishing, 2017, p.115.

(14) الفصل (54) من مجلة الإجراءات الجبائية التونسي.

(15) المادة (95) من قانون الضريبة على الدخل السوداني الصادر في العام 1986.

تحقيقها القضاء الإداري الذي غالباً ما يدافع عن حقوق الخزينة العامة؛ فلا يجد المكلف - عندئذ - حماية كافية إلا في ظل القانون المدني الذي تطبقه المحاكم العادية⁽¹⁶⁾. إلا أن هذا الرأي يتجاهل ذاتية القانون الضريبي واستقلاله عن بقية القوانين، ومنها القانون المدني؛ حيث وُضعت نصوص القانون الضريبي لتنظيم العلاقة غير المتكافئة بين الممول والإدارة الضريبية (مصلحة الضرائب).

وذلك الأمر يختلف تماماً عن العلاقات التي ينظمها القانون المدني، والتي غالباً ما تكون بين أطراف متكافئة في المراكز القانونية، فضلاً على ذلك فإن القضاء الضريبي - أيّاً كان - ليس مُلزماً بالرجوع إلى أحكام وقواعد القانون المدني لإيجاد الحلول في المسائل الضريبية التي أغفل المشرع تنظيمها؛ إذ له أن يطبق القواعد القانونية الواردة في أي قانون، سواء أكان قانوناً خاصاً أم قانوناً عاماً، تتلاءم مع طبيعة العلاقة القائمة ما بين الممول والإدارة الضريبية.

المطلب الثاني

اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات الضريبية

يعد القضاء الإداري هو الجهة القضائية المختصة في نظر المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص العادية وجهة الإدارة، عندما تتعامل بوصفها سلطة عامة تستخدم أساليب القانون العام، وكذلك المنازعات التي تنشأ بين جهات الإدارة وبعضها البعض. وقد برر بعض الفقه اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات الضريبية؛ لأنها تعد من قبيل المنازعات الإدارية بطبيعتها، وتتضمن طعنًا في قرارات إدارية تدخل في اختصاص القضاء الإداري، إضافة إلى أن تطبيق التشريعات الضريبية يثير قضايا على جانب كبير من الدقة لا يتسع وقت المحاكم العادية وزخم عملها لحلها وتدقيقها⁽¹⁷⁾.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية الطبيعة الإدارية للقرارات الصادرة من مصلحة الضرائب بربط الضريبة أو تحصيلها، وأن المشرع قد أقر بالطبيعة الإدارية لتلك المنازعات، بدءاً من القانون رقم 165 لسنة 1955 في شأن تنظيم مجلس الدولة؛ حيث أسند إليه كهيئة قضاء إداري مهمة الفصل في تلك المنازعات، وأن المذكرة الإيضاحية لهذا

(16) زكريا محمد بيومي، الطعون القضائية في ربط الضرائب على الدخل مع دراسة تحليلية في التشريعين الضريبيين الفرنسي والمصري، دار الاتحاد العربي للنشر، بيروت، 1973، ص 8.

(17) المرجع السابق، ص 14.

القانون بررت ذلك الأمر بأن تلك المنازعات ذات طبيعة إدارية بحتة⁽¹⁸⁾. وقد سارت عدة دول على هذا النهج، وأسندت الاختصاص في نظر المنازعات الضريبية للقضاء الإداري ومنها الجزائر⁽¹⁹⁾ ولبنان⁽²⁰⁾ والبرتغال⁽²¹⁾. ولذا فأبي نزع ضريبي بين الممول ومصلحة الضرائب يتعلق بربط الضريبة، أو تحصيلها، أو الطعن عليها هو نزاع ذو طبيعة إدارية، ويختص به القضاء الإداري.

المطلب الثالث

توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في نظر المنازعات الضريبية

أسندت بعض الدول لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري مهمة الفصل في المنازعات الضريبية وبتها بحكم قضائي ملزم؛ ففي فرنسا - على سبيل المثال - نجد أن النظام القضائي يوزع الاختصاص وفق نوع الضريبة محل النزاع فيختص القضاء العادي بنظر الدعاوى المتعلقة بالضرائب غير المباشرة، أما الضرائب المباشرة فإن المنازعات الناشئة عنها فتدخل في اختصاص القضاء الإداري⁽²²⁾. ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن ازدواج الاختصاص القضائي في فرنسا له جذور تاريخية⁽²³⁾ تعود إلى بدايات الثورة الفرنسية، والذكريات السيئة للضرائب غير المباشرة، لما كانت تتصف به من ظلم في أثناء فترة الحكم الملكي. وهذا ما دفع الثوار إلى إلغائها فور تسلمهم السلطة، وبعد ذلك اضطروا إلى فرضها مرة أخرى؛ نظراً إلى الحاجة الملحة إلى تدبير موارد مالية للدولة، ومحاولين - في الوقت نفسه - طمأنة المكلفين، من خلال تمكينهم من الطعن في قرارات فرضها أمام المحاكم العادية التي كانت تمثل - آنذاك - الحارس لحقوق

(18) الدعوى الدستورية رقم 162 ق، جلسة 17 أبريل 2013، منشور بالجريدة الرسمية، ع5، مكرر ب، في 17 أبريل 2013، وأيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 70 لسنة 35 دستورية، الجريدة الرسمية، ع31 مكرر، ج2، أغسطس 2015.

(19) المادة (82) حتى المادة (89) من قانون الإجراءات الجبائية التونسي الصادر في 2010، والذي أسند الاختصاص إلى المحاكم الإدارية للفصل في الطعون والمنازعات الضريبية.

(20) المادة (96) من قانون الضريبة على الدخل اللبناني رقم 144 لسنة 1959؛ حيث يختص مجلس شوري الدولة بنظر المنازعات الضريبية.

(21) OECD, "Tax Administration 2017 Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies", op.cit., p.111.

(22) حسين خلاف، مدى اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات الضرائب والرسوم في فرنسا ومصر، مجلة مجلس الدولة، س2، 1951، ص336.

(23) John Bell and Jean-Michel and Lionel Neville Brown, "French Administrative Law", fifth Edition, Clarendon Press, oxford, UK, 1998, pp.126-141.

الأفراد. ولكن هذا الاتجاه كان محل استنكار واستهجان الفقه الضريبي، وذلك للأسباب التالية⁽²⁴⁾:

أ - عدم ارتكاز توزيع الاختصاص بين القضاءين العادي والإداري على مبررات قانونية أو منطقية معقولة، بل على اعتبارات تاريخية فقدت أهميتها في الوقت الحاضر.

ب - قد يحدث تعارض في الأحكام الصادرة من الجهات القضائية المتعددة في القضايا المعروضة عليها، وهذا ما قد يلحق الضرر بالمول.

ج - عدم اختلاف المركز القانوني للممول في كل من الضرائب المباشرة وغير المباشرة؛ حيث إنه يشغل مركزاً قانونياً تنظيمياً تحكمه القوانين واللوائح.

المطلب الرابع

إنشاء قضاء متخصص لنظر المنازعات الضريبية

نظراً إلى الطبيعة الخاصة التي تتسم بها القوانين الضريبية اتجهت العديد من الدول إلى إنشاء قضاء متخصص لفض المنازعات الضريبية. وفي هذه الحالة يتم إنشاء محاكم ضريبية متخصصة تتولى الفصل في المنازعات المعروضة عليها. وقد وجد القضاء المتخصص في تشريعات كثيرة، لعل من أهمها قانون الضريبة على الدخل الأردني رقم 57 لسنة 1985، إذ نصت المادة (34) منه على أن «تختص محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل في النظر في الاستئنافات المقدمة للطعن في قرارات التقدير وإعادة النظر في التقدير... وقد صدر نظام أصول المحاكمات الضريبية في استئناف وتميز قضايا ضريبة الدخل رقم 8 لسنة 2003، ثم تلاه القانون رقم 82 لسنة 2009 الخاص بإنشاء المحاكم الضريبية، وبمقتضاه يمكن للشخص أن يطعن في الضريبة المفروضة عليه أمام المحكمة الضريبية المختصة، وتصدر المحكمة حكماً نهائياً في المنازعة غير قابل للتمييز (الطعن بالنقض)، إلا إذا تجاوز مبلغ الضريبة المقدرة ألف دينار.

ويجوز الطعن في الحكم بإذن من رئيس محكمة التمييز (النقض) أو من يفوضه، إذا كان الخلاف يدور حول نقطة قانونية مُستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو تنطوي على أهمية عامة. ومقر المحكمة الرئيسي في العاصمة عمان، وتتكون المحكمة من رئيس وعدد كافٍ من الأعضاء يختارهم المجلس القضائي⁽²⁵⁾.

(24) حسين خلاف، مرجع سابق، ص 335.

(25) وزارة العدل الأردنية www.moj.gov.jo، تاريخ الاطلاع: 2024/12/24.

وفي ألمانيا - وبمقتضى قانون المحاكم الضريبية الصادر في العام 1965 - تم إنشاء المحاكم المالية التي تختص في نظر منازعات الضرائب الاتحادية والضريبية على الأراضي، والضريبة على أصحاب المهن الحرة التي تنظم أحوالهم قوانين خاصة، ومثل الأطباء والمحامين والمحاسبين.

ويُعدُّ هذا الاختصاص المنعقد للمحاكم المالية استثناءً من الأصل العام الذي يُخضع جميع المنازعات الإدارية لاختصاص القضاء الإداري، ولذا فبقية الضرائب الأخرى التي لم ينص عليها قانون المحاكم الضريبية تخضع لاختصاص القضاء الإداري⁽²⁶⁾.

ويتبنى التشريع الأمريكي نظام القضاء المختص لفض المنازعات الضريبية⁽²⁷⁾، وبمقتضاه تختص محكمة الضرائب الابتدائية في نظر المنازعات الضريبية. ويمكن الطعن على أحكام تلك المحكمة أمام محكمة الاستئناف، ثم لاحقاً أمام المحكمة العليا الاتحادية (U.S Tax Court) التي تعد على قمة الهرم القضائي المتخصص في الولايات المتحدة الأمريكية. وتتكون المحكمة من 19 قاضياً يعينون بقرار من رئيس الدولة وهم غير قابلين للعزل. ويُشترط في مَنْ يُعين قاضياً في تلك المحكمة أن تكون لديه خبرة واسعة بالقوانين الضريبية.

ويتم تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإيرادات الداخلية الأمريكي (I.R.C. § 7805) وفي حال عدم وجود نص تُطبَّق الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الإدارية (Administrative Procedure Act (APA)⁽²⁸⁾. وتجري المحاكمات أمام قاض واحد - من دون وجود هيئة مُحلفين - ويسمح للممولين (دافعي الضرائب) بتمثيل أنفسهم إذا رغبوا في ذلك، أو عن طريق محام مُقيّد بنقابة المحامين الأمريكية، ومقبول للمرافعة أمام المحكمة. وتتم تسوية معظم الحالات بالاتفاق المتبادل من دون محاكمة. غير أنه في حال إجراء المحاكمة، يصدر القاضي الذي يترأس الجلسة - في الوقت المناسب - تقريراً يحدد النتائج الوقائية والآراء، وبعد ذلك تُغلق القضية وفقاً لرأي القاضي⁽²⁹⁾. وتعمل هذه المحكمة على توحيد المبادئ القضائية في مجال المنازعات الضريبية، علاوة على ضمان التفسير الموحد لقانون الإيرادات الداخلية المُطبَّق في الدولة.

(26) Mahendra P. Singh, "German Administrative Law: In Common Law Perspective", Springer - Verlage Berlin Heidelberg, Germany, 2013, p.111.

(27) موقع محكمة الضرائب الاتحادية بالولايات المتحدة الأمريكية: <https://www.ustaxcourt.gov>.

(28) Bryan T. Camp, "A History of Tax Regulation Prior to the Administrative Procedure Act", Duke Law Journal, Vol.63, (2014), pp.1694-1698.

(29) Leandra Lederman, « (UN) Appealing Deference to the Tax Court », Duke Law Journal, Vol.63, (2014), pp.1841-1843.

وقد برر الفقه وجود القضاء المختص في نظر المنازعات الضريبية على أنه يتلاءم مع استقلالية القانون الضريبي وذاتيته المتميزة والمتفردة عن بقية فروع القانون الأخرى، خاصة القواعد الواردة في كل من القانون المدني والقانون الإداري؛ حيث إن وجود مثل هذا القضاء المختص يؤدي إلى توحيد المبادئ في المنازعات الضريبية المتنوعة⁽³⁰⁾.

وقد ساق المعارضون لفكرة القضاء الضريبي المتخصص عدة انتقادات⁽³¹⁾ تواجه وجود مثل هذا القضاء، وتتلخص في أن وجود هذه المحاكم يؤدي إلى تعدد الجهات القضائية داخل الدولة الواحدة وتعقدها؛ مما قد يصعب معه توزيع الاختصاص بينها، كما أن هذه المحاكم المتخصصة قد تقف إلى جانب الخزينة العامة فتفقد بذلك حيادها.

ونرى أن هذه الانتقادات مبالغ فيها إلى حد كبير؛ حيث إن وجود القضاء المتخصص من شأنه أن يعمل على سرعة الفصل في القضايا والمنازعات الضريبية، فضلاً على قدرته على صياغة سوابق قضائية في هذا الشأن، وإرساء العديد من المبادئ القانونية التي تتفق مع طبيعة القانون الضريبي وذاتيته واستقلاليته⁽³²⁾، ولكن مكن الصعوبة الحقيقية في وجود قضاء متخصص في الدول النامية هو عدم توافر الكوادر الكافية لحمل لواء القضاء المتخصص، فضلاً على ضعف الموارد المالية الموجودة في تلك الدول، والتي تحول دون توفير الاعتمادات المالية اللازمة لإنشاء هذا القضاء المتخصص، ومتابعة تأهيل القائمين عليه وتدريبهم.

المطلب الخامس

إنشاء لجان إدارية ذات اختصاص قضائي لنظر المنازعات الضريبية

اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي لحل المنازعات الضريبية هي هيئات متخصصة يتم إنشاؤها داخل الهيكل الإداري للدولة، للتعامل مع المنازعات المتعلقة بالضرائب بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية. وقد تم اقتراح تكوين هذه اللجان لتسريع حل المنازعات الضريبية، وتوفير طريق بديل لنظام المحاكم التقليدي، وضمان العدالة والخبرة في المسائل الضريبية.

(30) قدرني نقولا عطية، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1960، ص 154 و 155.

(31) زكريا محمد بيومي، الطعون القضائية في ربط الضرائب على الدخل مع دراسة تحليلية في التشريع الضريبيين الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص 25.

(32) صلاح حامد، الاختصاص القضائي بنظر منازعات الضريبة على الدخل، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج 60، ع 2، يوليو 2018، متاح على المُعرّف الرقمي التالي: <https://doi.org/10.21608/jelc.2018.174089>

وهناك عدة مبررات لإنشاء هذه اللجان، منها ما يلي:

1- تحقيق الكفاءة: يمكن للجان الإدارية تبسيط عملية إدارة المنازعات الضريبية وحلها، والتي غالباً ما تكون أسرع من إجراءات المحكمة التقليدية. وهذا يساعد في تقليل تراكم القضايا، ويضمن الحل في الوقت المناسب.

2- التخصص: تتكون هذه اللجان من خبراء ضرائب على دراية جيدة بقوانين وأنظمة الضرائب. يمكن أن تؤدي معرفتهم المتخصصة إلى اتخاذ قرارات أكثر استنارة وتناسقاً.

3- الفعالية من حيث التكلفة: يمكن أن يكون حل المنازعات من خلال اللجان الإدارية أكثر فعالية من حيث التكلفة لكل من دافعي الضرائب والحكومة، مقارنة بالتكلفة المدفوعة عبر مراحل التقاضي الطويلة.

وتعد المملكة العربية السعودية من الدول التي تتبنى هذا الاتجاه في توزيع الاختصاص في نظر المنازعات الضريبية؛ حيث نص المرسوم الملكي رقم (م/ 113) وتاريخ: (1438/11/02هـ) على إنشاء لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية، وبيان مدة عضويتها، وتحديد اختصاصاتها، والتي تشمل ما يلي:

أ - الفصل في المخالفات والمنازعات ودعاوى الحقين العام والخاص الناشئة عن تطبيق أحكام الأنظمة الضريبية ولوائحها، والقرارات والتعليمات الصادرة بناءً عليها.

ب - الفصل في اعتراضات ذوي الشأن على القرارات الصادرة من الهيئة تطبيقاً لأحكام الأنظمة الضريبية ولوائحها، والقرارات والتعليمات الصادرة بناءً عليها.

وللجنة الفصل جميع الصلاحيات الضرورية للتحقيق والفصل في الدعاوى التي تدخل في اختصاصها، بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود، والأمر بتقديم الأدلة والوثائق، وإصدار القرارات، وفرض العقوبات.

وتختص دوائر لجنة الفصل الجمركية في تطبيق أحكام نظام الجمارك الموحد ولائحته التنفيذية، وذلك على النحو التالي:

1- النظر في جميع جرائم التهريب الجمركي وما في حكمه.

2- النظر في جميع الجرائم والمخالفات التي تُرتكب ضد أحكام النظام ولائحته التنفيذية.

3- النظر في الاعتراضات على قرارات التحصيل عملاً بأحكام المادة (147) من النظام.

4- النظر في الاعتراضات المُقدّمة على قرارات التغريم وفقاً لأحكام المادة (148) من النظام.

5- النظر في الاعتراضات المُقدّمة على القرارات الصادرة برفض طلبات الاسترداد.

وتختص دوائر الاستئناف في الفصل في الاعتراضات المُقدّمة ضد قرارات دوائر الفصل. وتختص الدوائر بالتحقيق والفصل في الدعوى، بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود، والأمر بتقديم الأدلة والوثائق، وإصدار القرارات، وفرض العقوبات، وفقاً للأحكام النظامية ذات الصلة.

وتكون قرارات دوائر الفصل النهائية، وقرارات الدوائر الاستئنافية للجان الزكوية والضريبية والجمركية قرارات نهائية وغير قابلة للاعتراض عليها أمام أي جهة قضائية أخرى⁽³³⁾.

وتُعَدُّ البرازيل من الدول التي تتبنى اتجاهًا وسطًا في هذا الصدد؛ حيث تجعل اختصاص المجلس الإداري للاستئناف الضريبي (CARF)، وهو هيئة إدارية تفصل في المنازعات الضريبية بين دافعي الضرائب والسلطة الضريبية، اختصاصاً نهائياً ولا يُقبل الطعن عليه أمام القضاء، مادامت قيمة المنازعة لم تتجاوز ما يعادل مليوناً وثلاثمائة وألفي ريال برازيلي (1302000 ريال برازيلي)، أي أن القضايا الضريبية التي تنطوي على قيم أقل من هذا الحد سيكون القرار فيها نهائياً وغير قابل للطعن عليه أمام القضاء.

وقد تم هذا الأمر وفقاً للتعديل التشريعي الذي أدخل بالقانون رقم 2384/2023، والصادر في 30 أغسطس 2023⁽³⁴⁾. ومع ذلك يرى البعض أنه من خلال زيادة قيمة اختصاص المحاكمة أو الاستئناف، يتم تفضيل دافعي الضرائب الكبار (كبار الممولين)، وفي الوقت نفسه يتم الإضرار بإمكان وصول دافعي الضرائب الصغار (صغار الممولين) إلى CARF، وهي حقيقة تنتهك - في حد ذاتها - مبدأ التساوي، وتحرم دافع الضرائب

(33) قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية، تعميم رقم 25711، بتاريخ 8 من ربيع الآخر 1445 هـ، أم القرى، س 101، ع 5004، 12 من ربيع الآخر 1445 هـ، 27 أكتوبر 2023 م.

(34) <https://www.trenchrossi.com/en/legal-alerts/brazil-senate-approves-the-return-of-the-tie-breaking-rule-in-favor-of-the-tax-authorities-at-the-administrative-level-carf/>

Last Accessed on 8/8/2024.

من إمكان مراجعة الائتمان الضريبي من قبل وكيل التقييم الضريبي فيما يتعلق بالتطبيق الصحيح للتشريع.

ومن غير المعقول تماماً، وغير المتناسب، تحديد مبلغ مرتفع للغاية للاختصاص، نظراً إلى أن دافعي الضرائب قد يكونان في وضع قانوني متطابق، مع قرارات غير مواتية، وقد تم حرمان أحدهما من حقه الإداري بسبب الافتقار إلى القدرة الاقتصادية والمالية، أي أن القدرة المالية لدافع الضرائب تشكل عنصراً تمييزياً للوصول إلى المجلس الإداري للاستئناف الضريبي (CARF)⁽³⁵⁾.

وعلى الرغم من مزايا هذه اللجان فإنه توجد - في رأينا - عدة مآخذ على هذه اللجان، منها:

- خيارات الطعن المحدودة: القرارات التي تصدر من هذه اللجان عادة ما تكون غير قابلة للطعن فيها أمام القضاء، مقارنة بالأحكام القضائية التي تقبل الطعن فيها أمام الدرجة الأعلى في السلم القضائي. ولا يمكن الرد على ذلك بأن هذه اللجان مكوّنة من عدة درجات، وأن القرارات الصادرة من اللجان الاستئنافية هي فقط التي لا تقبل الطعن؛ لأن هذا القول مردود عليه بأن ما يصدر عن هذه اللجان لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً، ولا يمكن - بأي حال من الأحوال - اعتباره في نفس درجة الحكم القضائي.
- مخاوف الاستقلالية: قد تكون هناك مخاوف بشأن استقلال هذه اللجان، خاصة إذا كانت مرتبطة مباشرة بالسلطة الضريبية من حيث التشكيل والتبعية. ومن القواعد الأصولية في القضاء أنه لا يجوز للشخص أن يكون خصماً وحكماً في آن واحد.
- التأثير سلباً في جذب الاستثمار: الذي يعني المستثمر، وفق الأصل، ليس فقط الحوافز التي توفرها له الدولة لجذب الاستثمار، وإنما أيضاً الضمانات المكفولة له، والتي من بينها حقه في اللجوء إلى القاضي الطبيعي إذا ما حدث بينه وبين جهة الإدارة، أو أي شخص، خلاف أو نزاع قانوني؛ ولذا فإجبار المستثمر على حل منازعاته الضريبية مع الإدارة، من خلال اللجان الإدارية فقط هذا من شأنه إثارة مخاوفه، ومن ثمّ قد يحجم عن الاستثمار.

(35) <https://www.ronaldomartins.adv.br/en/23/02/2023/carf-administrative-council-for-tax-appeals-the-new-decisions-with-casting-vote-now-in-favor-of-the-federal-tax-authority/>
Last Accessed on 8/8/2024.

ويمكن القول إن تشكيل هذه اللجان - في رأينا - قد يكون نواة لإنشاء قضاء متخصص لنظر المنازعات الضريبية، وأنه خلال فترة زمنية - قد تمتد إلى عشر سنوات كحد أقصى - تعتبر هذه اللجان قادرة على تأهيل كوادر قضائية متخصصة تشكل حجر الأساس في تشكيل القضاء المختص في نظر المنازعات الضريبية.

المبحث الثالث

الوسائل البديلة لفض المنازعات الضريبية .. ودور اللجان الإدارية (لجان التسوية) في النظام السعودي

يعد حل المنازعات الضريبية جانباً بالغ الأهمية للحفاظ على نظام ضريبي عادل وفعال. وفي حين أن التقاضي هو نهج شائع في هذا المجال، فقد اكتسبت الوسائل البديلة لحل المنازعات الضريبية شعبية، بسبب فعاليتها من حيث التكلفة وكفاءتها ومرونتها. وتعد المفاوضات والوساطة والتوفيق والمصالحة من بين الطرق البديلة التي توفر للأطراف فرصة لحل خلافاتهم ودياً، وتجنب المعارك القانونية الطويلة والمكلفة. وفي مجال الاتفاقيات الضريبية الدولية توجد أيضاً وسائل بديلة لتسوية منازعاتها، مثل إجراءات الاتفاق المتبادل.

وتوفر هذه الآليات عملية منظمة لتسهيل التواصل وفهم وجهة نظر كل طرف، والتوصل إلى حلول مفيدة للطرفين. ونحاول من خلال السطور التالية شرح أهم هذه الوسائل البديلة، ثم نعقب ذلك بدراسة دور لجان التسوية في النظام السعودي في تسوية المنازعات الضريبية والوسائل البديلة التي تلجأ إليها هذه اللجان لحسم الخلافات وإنهاء النزاع ودياً.

ولاستعراض هذا الموضوع بشيء من التفصيل، نقسمه على النحو التالي:

المطلب الأول: الوسائل البديلة لفض المنازعات الضريبية

المطلب الثاني: لجنة تسوية المنازعات (اللجنة الداخلية)

المطلب الأول

الوسائل البديلة لفض المنازعات الضريبية

تشهد منظومة التشريعات الضريبية - في العصر الحديث - تطورات متسارعة تفرض تحديات كبيرة في كيفية تسوية المنازعات بين المكلفين والإدارات الضريبية؛ مما يستدعي البحث عن آليات بديلة عن التقاضي التقليدي الذي يتسم بالبطء والتعقيد. وتعد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الضريبية - مثل التفاوض والوساطة والتوفيق والصلح وإجراءات الاتفاق المتبادل - أدوات فعّالة لتعزيز الكفاءة والعدالة، وتخفيف

العبء عن القضاء، وتحقيق التوازن بين مصالح الأطراف. وتسهم هذه الآليات في تحويل المنازعة الضريبية من مواجهة عدائية إلى حوار تعاوني بين الأطراف، يعتمد على المرونة والسرية، ويُعزز الثقة بين المكلف والجهة الضريبية. كما تُقدّم حلولاً مبتكرة تتناسب مع طبيعة المنازعات الضريبية المعقدة، خاصة في ظل العولمة وتشابك المعاملات الاقتصادية.

ويُلاحظ أن العديد من الدول تفضل النهج غير القضائي، واللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات؛ نظراً إلى ما توفره من مزايا؛ حيث الوقت والتكلفة. ويمكن أن يضرب أمثلة على نهج بعض الدول في هذا المجال⁽³⁶⁾:

- في دول مثل أنجولا وألمانيا والنرويج والمملكة المتحدة والولايات المتحدة، تُطبّق إجراءات السوابق القضائية لإزالة أي غموض قبل تقديم الإقرار الضريبي، وذلك من خلال حماية حقوق دافعي الضرائب في العمليات الإدارية وتقليل الغموض.

- في دول مثل البرازيل والصين وألمانيا ونيوزيلندا والفلبين وجنوب أفريقيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة، تُطبّق طلبات الإفصاح الطوعي؛ حيث يحصل دافعوا الضرائب على تخفيضات في الغرامات مقابل تصحيح إقراراتهم الخاطئة أو غير المكتملة بمبادرة شخصية منهم، تُعزز هذه الآلية المرونة الإدارية، من خلال تعزيز عمليات تصحيح الأخطاء.

- في دول مثل كوستاريكا وجنوب أفريقيا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة، تُقدّم حوافز لحل النزاعات بشكل أساسي على المستوى الإداري. وفي الحالات التي يتعذر فيها الطعن في قرار نهائي، تُفعل آليات بديلة لتسوية النزاعات - مثل الوساطة، أو أساليب الحل السريع، أو عمليات التفاوض بعد الاستئناف - مما يُسهم في حل النزاعات من غير حاجة إلى اللجوء إلى التقاضي.

ويهدف هذا المطلب إلى تحليل الأسس القانونية والعملية لهذه الوسائل، وإبراز دورها في تحقيق تسويات سريعة ومنصفة، مع الإشارة إلى التحديات التي قد تعترض تطبيقها.

ونحاول من خلال السطور التالية إلقاء مزيد من الضوء على كل وسيلة منها، وذلك على النحو التالي:

(36) Cemil Altun and Osman Pehlivan, "The Impact of Peaceful Resolution Methods for Tax Disputes on Administrative and Judicial Processes in Turkey", Kamu Yönetimi Ve Politikaları Dergisi, Vol.6, Iss.1, p.125. <https://doi.org/10.58658/kaypod.1622992>.

أولاً: التفاوض ودوره في حل المنازعات الضريبية

التفاوض هو عملية اتصال ومساومة بين الأطراف ذات المصالح المتضاربة للوصول إلى اتفاق مرضٍ للطرفين. في سياق المنازعات الضريبية، تتضمن المفاوضات مناقشات بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية لحل الخلافات بشأن الالتزامات الضريبية أو التقييمات... أو غيرها من الأمور ذات الصلة. وعلى عكس التقاضي أو التحكيم، تسمح المفاوضات للأطراف بممارسة السيطرة على النتيجة وتصميم الحلول التي تلي مصالحهم⁽³⁷⁾.

فمثلاً إذا تلقى المكلف إشعاراً بالعقوبة المفروضة عليه بسبب التأخير في تقديم الإقرارات الضريبية؛ فيمكن، من خلال التفاوض، أن ينخرط المكلف في مناقشات مع السلطة الضريبية لتقديم أسباب وجيهة للتأخير، مثل الظروف غير المتوقعة أو الأخطاء غير المقصودة. ومن خلال إظهار حسن النية والاستعداد للامتثال يتم التفاوض على تخفيض العقوبات أو التنازل عنها؛ مما يؤدي إلى نتيجة أكثر ملاءمة.

وأيضاً إذا حدث نزاع بين إحدى الشركات والإدارة الضريبية بشأن المعاملة الضريبية لبعض النفقات التي تطالب بها الشركة في إقرارها الضريبي. وبدلاً من اللجوء إلى إجراءات قانونية رسمية، تبدأ الشركة مفاوضات مع السلطة الضريبية لتوضيح تفسير قوانين وأنظمة الضرائب ذات الصلة. ومن خلال الانخراط في حوار بناء وتقديم الوثائق الداعمة، يمكن لدافع الضرائب والسلطة الضريبية التوصل إلى إجماع بشأن المعاملة الضريبية الصحيحة، وبالتالي حل النزاع بكفاءة.

ولذا يحقق التفاوض عدة مزايا، منها:

- 1- تقلل المفاوضات من النفقات القانونية والوقت المرتبط بالإجراءات الرسمية؛ مما يجعلها طريقة فعالة - من حيث التكلفة - لحل المنازعات الضريبية.
- 2- تعزز المفاوضات التواصل المفتوح والتعاون بين الأطراف، وتحافظ على العلاقات المهنية والاحترام المتبادل.
- 3- تسمح المفاوضات للأطراف بصياغة حلول مخصصة تعالج مخاوف وأولويات مُحددة؛ مما يؤدي إلى نتائج أكثر استدامة.
- 4- توفر المفاوضات حلاً أسرع مقارنة بعمليات التقاضي أو التحكيم المطوّلة؛ مما يمكن الأطراف من تسريع تسوية المنازعات الضريبية.

(37) Gregory P. Mathews, "Using Negotiation, Mediation, And Arbitration to Resolve IRS-Taxpayer Disputes", Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol.19, Iss.2, (2004), p.714.

ثانياً: الوساطة ودورها في حل المنازعات الضريبية

في مجال حل المنازعات الضريبية، برزت الوساطة بديلاً للتقاضي التقليدي؛ حيث تقدم الوساطة نهجاً تعاونياً وفعالاً يسمح لكل من دافعي الضرائب والسلطات الضريبية بالتوصل إلى حلول مفيدة للطرفين مع تجنب الطبيعة المستهلكة للوقت، والمكلفة للإجراءات القضائية.

والوساطة هي عملية طوعية؛ حيث يقوم طرف ثالث محايد، يُعرف بالوسيط، بتسهيل الاتصال والتفاوض بين الأطراف المتنازعة. في سياق المنازعات الضريبية، تسمح الوساطة لدافعي الضرائب والسلطات الضريبية بمناقشة خلافاتهم واستكشاف الحلول الممكنة، والتوصل في النهاية إلى تسوية مقبولة لكلا الطرفين. على عكس التقاضي، فإن الوساطة مرنة وسرية وغير عدائية؛ مما يجعلها طريقة مفضلة لحل المنازعات بكفاءة⁽³⁸⁾.

مزايا الوساطة في المنازعات الضريبية

1- تعزيز التواصل: تشجع الوساطة التواصل المفتوح بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية؛ مما يعزز الحوار البناء الذي يمكن أن يؤدي إلى فهم أفضل لموقف كل طرف. ومن خلال تعزيز الحوار يمكن للوساطة أن تساعد في توضيح القضايا الضريبية المعقدة، وتسهيل تبادل المعلومات اللازمة للتوصل إلى حل.

2- توفير حلول متخصصة: توفر الوساطة المرونة اللازمة لصياغة حلول متخصصة تعالج الاحتياجات والمصالح المحددة لكلا الطرفين. ويمكن لدافعي الضرائب والسلطات الضريبية العمل معاً لإنشاء حلول إبداعية تتجاوز حدود الأحكام القانونية؛ مما يسمح بنتائج أكثر دقة وعملية.

3- كفاءة التكلفة والوقت: تعد الوساطة بديلاً فعالاً من حيث التكلفة للتقاضي، حيث تتطلب عادةً موارد أقل، ويمكن حلها بسرعة أكبر. ومن خلال تجنب المعارك القضائية الطويلة، يمكن لدافعي الضرائب والسلطات الضريبية توفير الوقت والمال مع تحقيق حل مرضٍ في الوقت نفسه.

فمثلاً تواجه الشركة (أ)، وهي شركة متعددة الجنسيات، فحصاً ضريبياً من قبل

(38) Noviansyah and Sabela Gayo, "The Use of Mediation as Alternative Tax Dispute Resolution", International Journal of Research and Review, Vol.10, Iss.1, January 2023 , pp.133-142.

السلطة الضريبية المحلية؛ مما أثار مخاوف كبيرة بشأن ممارسات تسعير التحويل الخاصة بالشركة. تعتقد الإدارة الضريبية أن الشركة (أ) كانت تقلل من أرباحها لخفض التزاماتها الضريبية. ونتيجة لذلك، أصدرت الإدارة الضريبية تقييماً ضريبياً كبيراً ضد الشركة (أ)، وهو ما تنازع عليه الشركة. وافقت الشركة أو الإدارة الضريبية على الانخراط في الوساطة لإيجاد حل.

ومن خلال الوساطة، ينخرط الطرفان في مناقشات يراها وسيط ماهر، ويتمتع بخبرة في قانون الضرائب الدولي، ينخرط الطرفان في حوار بناء، وتبادل المعلومات، واستكشاف الحلول المحتملة لقضايا تسعير التحويل. ومن خلال تحليل المعاملات واللوائح والقرارات الضريبية ذات الصلة، تمكنت الشركة (أ) والإدارة الضريبية من التوصل إلى تسوية تتضمن تعديلات على سياسات تسعير التحويل الخاصة بالشركة، وبالتالي تقليل التقييم الضريبي، وتجنب معركة قانونية مطوّلة؛ ولذا يمكن القول إن الاتفاق الذي تم التوصل إليه من خلال الوساطة لم يوفر الوقت والمال لكلا الطرفين فقط، بل يساعد أيضاً في الحفاظ على علاقة إيجابية بين المكلف والإدارة الضريبية.

ولذا فالخلاصة أن الوساطة تقدم بديلاً عملياً وفعالاً لحل المنازعات الضريبية، وتوفر منصة للحوار البناء والحلول المخصصة والنتائج الفعالة من حيث التكلفة، من خلال تبني الوساطة كونها وسيلة لحل المنازعات الضريبية، يمكن لدافعي الضرائب والسلطات الضريبية التوصل إلى اتفاقيات مفيدة للطرفين مع تجنب الطبيعة العدائية للتقاضي. وبفضل تطبيقاتها العملية وأمثلتها الناجحة، تبرز الوساطة بوصفها أداة قيمة في مجال حل المنازعات الضريبية.

ثالثاً: التوفيق ودوره في حل المنازعات الضريبية

التوفيق هو عملية حل المنازعات؛ حيث يساعد طرف ثالث محايد، يُعرف باسم الموفق أو الوسيط، الأطراف في التوصل إلى حل مقبول للطرفين. يتضمن ذلك مناقشة غير رسمية وسرية تهدف إلى فهم وجهة نظر كل طرف، وتحديد أرضية مشتركة، وتسهيل اتفاق طوعي. لا يفرض الموفق وجهة نظره، أو حلاً ملزماً، ولكنه يساعد الأطراف على استكشاف الخيارات، والتوصل إلى تسوية تلبي مصالحهم. وبالتالي دور التوفيق هنا أعلى من دور الوساطة؛ إذ يقتصر الأمر في الوساطة على مجرد محاولة تقريب وجهات النظر بين الطرفين، بينما في التوفيق يكون الشخص المتولي هذه العملية لديه القدرة على اقتراح الحلول المختلفة، والتي يمكن أن تسهم في حل النزاع بصورة عملية. ولذا يُعدّ التوفيق أكثر تنظيماً من الوساطة؛ إذ يُجري موفق محايد تحقيقاً في النزاع بأكمله، بما في

ذلك الوقائع والقانون المطبّق، ويُقدّم للمتنازعين توصيات رسمية لتسوية النزاع⁽³⁹⁾.

مزايا التوفيق في المنازعات الضريبية:

- 1- الفعالية من حيث التكلفة: التوفيق غالباً ما يكون أقل تكلفة من التقاضي الرسمي، أو إجراءات الاستئناف؛ لأنه يمكن أن يساعد في تجنب الرسوم القانونية ونفقات المحكمة والإجراءات المطوّلة.
- 2- توفير الوقت: التوفيق عموماً هو عملية أسرع مقارنة بالتقاضي؛ مما يسمح بحل المنازعات الضريبية في الوقت المناسب، والحد من تأثير عدم اليقين المطول على دافعي الضرائب.
- 3- الحفاظ على العلاقات: يركز التوفيق على التواصل والتعاون؛ مما يساعد في الحفاظ على العلاقة بين دافعي الضرائب والسلطة الضريبية، والتي يمكن أن تكون مهمة للامتثال المستمر والتفاعلات المستقبلية.
- 4- حلول مرنة ومصممة خصيصاً: يسمح التوفيق باكتشاف الحلول الإبداعية التي قد لا تكون متاحة من خلال الإجراءات الرسمية؛ مما يمكن الأطراف من تصميم الاتفاقيات وفقاً لاحتياجاتهم وظروفهم المحددة. ويمكن أن يضرب مثلاً عملياً لتتضح الفكرة: ثار خلاف بين أحد المكلفين (وهو صاحب شركة صغيرة) وبين الإدارة الضريبية بشأن كيفية احتساب ضريبة القيمة المضافة؛ حيث لا يتفق صاحب شركة صغيرة مع تقييم سلطة الضرائب لالتزامات ضريبة القيمة المضافة؛ مما يؤدي إلى نزاع حول حساب المعاملات الخاضعة للضريبة.
- 5- نهج التوفيق: يطلب صاحب الشركة جلسة توفيق مع مستشار ضريبي يتم تعيينه موقفاً. يراجع المستشار السجلات المحاسبية للشركة والفواتير واللوائح الضريبية ذات الصلة؛ لفهم التناقض وتسهيل المناقشة بين الطرفين.
- 6- النتيجة: من خلال عملية التوفيق، يوضح الموفق سوء الفهم الذي حدث ويقترح حلولاً للمشكلة، وبناء على ذلك يصحح صاحب الشركة الأخطاء في حسابات ضريبة القيمة المضافة، ويتفق الطرفان على تقييم منقح يعكس بدقة التزامات الشركة الضريبية. وهذا يؤدي إلى حل سريع دون اللجوء إلى الطعون الرسمية أو التدقيق.

(39) Linda C. Reif, "The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes", Canadian Business Law Journal, Vol.45, No.20, (2007), p.22.

ولذا يوفر التوفيق بديلاً قيماً لحل المنازعات الضريبية، وتعزيز التعاون والكفاءة والتفاهم المتبادل بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية. من خلال المشاركة في عملية التوفيق، يمكن للأطراف التوصل إلى حلول عملية ومصممة خصيصاً لمعالجة مخاوفهم المحددة، مع تجنب الطبيعة العدائية للتقاضي التقليدي. وكما يتضح من خلال الأمثلة العملية، يمكن أن يكون التوفيق أداة فعالة في تحقيق نتائج عادلة، وتعزيز الامتثال، والحفاظ على علاقات إيجابية في النظام الضريبي.

الاختلافات الرئيسية بين التوفيق والوساطة⁽⁴⁰⁾:

1- مستوى المشاركة: التوفيق يتضمن دوراً أكثر نشاطاً من قبل الطرف الثالث في تقديم الاقتراحات والحلول، في حين تركز الوساطة على تيسير الحوار ومساعدة الأطراف في التوصل إلى اتفاقهم الخاص، ومحاولة تقريب وجهات النظر.

2- صنع القرار: في التوفيق يقدم الموفق توصية غير ملزمة، تتمثل في اقتراحات عملية لحل المشكلة، بينما في الوساطة يجب على الأطراف التوصل إلى اتفاق طوعي بأنفسهم، ويكون دور الوسيط فقط هو محاولة تقريب وجهات النظر.

وخلاصة القول إنه في حين أن التوفيق والوساطة كلاهما طريقتان فعالتان لحل المنازعات الضريبية بعيداً عن إجراءات التقاضي، فإن فهم الاختلافات بينهما أمر بالغ الأهمية في اختيار الآلية المناسبة، بناءً على طبيعة النزاع والأطراف المعنية.

رابعاً: الصلح ودوره في حل المنازعات الضريبية

يشير الصلح، في سياق المنازعات الضريبية، إلى عملية حل الخلافات بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية، من خلال الاتفاق المتبادل والتسوية، وهي تنطوي

(40) للمزيد من التفاصيل يُراجع :

Linda C. Reif, "The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes", Canadian Business Law Journal, Vol.45, No.20, (2007), pp.20-47. Alessandra Sgubini, Andrea Marighetto and Mara Prieditis, "Arbitration, Mediation and Conciliation: differences and similarities from an International and Italian business perspective", Available at : https://www.researchgate.net/profile/Andrea-Marighetto-2/publication/301205322_Arbitration_Mediation_and_Conciliation_differences_and_similarities_from_an_International_and_Italian_business_perspective/links/562bb60308ae518e3480ff26/Arbitration-Mediation-and-Conciliation-differences-and-similarities-from-an-International-and-Italian-business-perspective.pdf, Last Accessed: 7/4/2025.

على اجتماع الطرفين لإيجاد أرضية مشتركة مقبولة لكلا الجانبين، بدلاً من اللجوء إلى إجراءات قانونية رسمية.

العناصر الرئيسية للصلح

- 1- التواصل المفتوح: يعد التواصل الفعال بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية أمراً ضرورياً للمصالحة الناجحة. يجب أن يكون كلا الطرفين على استعداد للاستماع إلى وجهات نظر كل منهما، والعمل على إيجاد حل مشترك.
 - 2- تبادل المعلومات: الشفافية في تبادل المعلومات والوثائق ذات الصلة أمر بالغ الأهمية لإجراء فحص شامل للقضية الضريبية المطروحة. يحتاج كلا الطرفين إلى تقديم بيانات دقيقة لتسهيل عملية الصلح.
 - 3- الوساطة: في بعض الحالات، قد يتم إشراك طرف ثالث محايد، مثل الوسيط أو الموفق أو المحكم، لتسهيل المناقشات والمساعدة في التوصل إلى حل وسط. يمكن أن تساعد الوساطة في التغلب على الجمود، وتؤدي إلى حل مقبول للطرفين.
- ويمكن أن يضرب مثلاً لفهم الصلح: تخضع الشركة (أ) للتدقيق من قبل السلطة الضريبية، وتتنازع بشأن بعض الخصومات والتكاليف التي تطالب بها في إقرارها الضريبي. بدلاً من تصعيد المشكلة إلى عملية استئناف رسمية، توافق الشركة (أ) والسلطة الضريبية على الاجتماع ومناقشة التناقضات. من خلال الحوار المفتوح وتبادل المعلومات، يتوصل الطرفان إلى حل وسط بشأن الخصومات المتنازع عليها.

مزايا الصلح في المنازعات الضريبية

- 1- من حيث التكلفة: يمكن للمصالحة أن توفر الوقت والمال لكل من دافعي الضرائب والسلطات الضريبية، من خلال تجنب الإجراءات القانونية المطولة والنفقات المرتبطة بها.
- 2- الفعالية: غالباً ما يكون حل المنازعات الضريبية من خلال الصلح أسرع من متابعة الاستئنافات الرسمية أو التقاضي، مما يسمح لكلا الطرفين بالتوصل إلى حل على الفور.
- 3- الحفاظ على العلاقات: من خلال العمل معاً لإيجاد حل مقبول للطرفين، يمكن للمصالحة أن تساعد في الحفاظ على العلاقة بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية، وتعزيز بيئة تعاونية وتشاركية للتفاعلات المستقبلية.

والخلاصة أن الصلح يقدم بديلاً قابلاً للتطبيق لتسوية المنازعات الضريبية بطريقة بناءة وفعالة من حيث التكلفة، من خلال تعزيز التواصل المفتوح وتبادل المعلومات والوساطة، يمكن لكل من دافعي الضرائب والسلطات الضريبية العمل معاً لإيجاد أرضية مشتركة وحل الخلافات ودياً. إن تبني الصلح كطريقة لحل المنازعات يمكن أن يؤدي إلى نتائج أكثر كفاءة وتناغماً لجميع الأطراف المشاركة في العملية الضريبية.

خامساً: إجراءات الاتفاق المتبادل (MAP) كآلية بديلة لتسوية منازعات الاتفاقيات الضريبية الدولية⁽⁴¹⁾:

تعتبر إجراءات الاتفاق المتبادل Mutual Agreement Procedure، والتي تعرف اختصاراً بـ (MAP)، جزءاً أساسياً من الإطار الضريبي الدولي الذي يسمح للسلطات المختصة في مختلف الدول بحل المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق المعاهدات الضريبية. تعد هذه الآلية بالغة الأهمية لضمان عدم تعرض دافعي الضرائب للضريبة المزدوجة أو المعاملة غير العادلة بسبب القوانين الضريبية المتضاربة بين الدول. في هذه المقالة، سنتعمق في تعريف ومزايا وعيوب وتطبيقات عملية وصياغات إجراءات الاتفاق المتبادل.

وتشير إجراءات الاتفاق المتبادل (MAP) إلى عملية موضحة في المعاهدات الضريبية لحل المنازعات الضريبية عبر الحدود بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية في بلدان مختلفة. وتشارك السلطات المختصة في الدول المعنية في المفاوضات للوصول إلى اتفاق متبادل بشأن التفسير والتطبيق المناسبين للمعاهدات الضريبية للقضاء على الضريبة المزدوجة ومنع التهرب الضريبي.

ومن أهم الموضوعات التي تكون مثاراً للنزاع الضريبي، وتحتاج إلى الاتفاق المتبادل، ما يأتي:

- 1- تعريف المنشأة الدائمة وتحديدها.
- 2- تقسيم الإيرادات الضريبية بين الدولتين، إذا ما أرادت إحدى الشركات إعادة الهيكلة للاستفادة من المزايا الضريبية.
- 3- تحديد الإجراءات اللازمة لإنهاء المنازعة.

وعادةً ما يبدأ دافعوا الضرائب إجراءات تسوية المنازعات الضريبية الذين يعتقدون

(41) صلاح حامد، جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية: دراسة تحليلية في ضوء آراء الفقه والتشريعات الضريبية المقارنة والاتفاقيات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، يوليو 2014، ص 1120 - 1123.

أنهم قد يخضعون للازدواج الضريبي، أو لديهم مخاوف بشأن تطبيق المعاهدات الضريبية. تتضمن العملية تقديم طلب إلى السلطة المختصة في بلدهم، والتي تتواصل بعد ذلك مع السلطة المختصة في البلد الآخر لحل النزاع ودياً. تنخرط السلطات المختصة في المفاوضات وتبادل المعلومات، والعمل على التوصل إلى اتفاق متبادل يعالج مخاوف دافعي الضرائب، مع ضمان الامتثال لأحكام المعاهدة الضريبية. إذا تم التوصل إلى اتفاق، تصدر السلطات المختصة قرارات الاتفاق المتبادل المقابلة (MAR) التي تحدد الشروط المتفق عليها، والتعديلات اللازمة للقضاء على الازدواج الضريبي.

مزايا نظام إجراءات الاتفاق المتبادل MAP

- 1- المساهمة في الحد من الازدواج الضريبي: إحدى الفوائد الأساسية لنظام (MAP) هو الحد من الازدواج الضريبي الذي قد ينشأ بسبب التداخلات بين قوانين الضرائب في مختلف الدول.
- 2- حل المنازعات: يوفر نظام (MAP) آلية رسمية لحل المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق المعاهدات الضريبية؛ مما يضمن العدالة والشفافية في المسائل الضريبية.
- 3- الامتثال الضريبي: من خلال توفير منصة للسلطات المختصة للتعاون والتوصل إلى اتفاقيات، يعزز نظام (MAP) الامتثال الضريبي، ويقلل من مخاطر التهرب الضريبي.
- 4- تعزيز التجارة والاستثمار الدوليين: إن وجود نظام (MAP) فعال يعزز ثقة دافعي الضرائب في الانخراط في التجارة والاستثمار عبر الحدود، ويعزز النمو الاقتصادي والتعاون الدولي.

عيوب إجراءات الاتفاق المتبادل

- 1- عملية تستغرق وقتاً طويلاً: يمكن أن تستغرق إجراءات تسوية المنازعات الضريبية وقتاً طويلاً؛ مما يؤدي إلى تأخير في حل المنازعات الضريبية، ويؤثر على الأوضاع المالية لدافعي الضرائب.
- 2- التعقيد: يمكن أن يؤدي تعقيد قوانين الضرائب الدولية، والتفسيرات المختلفة من قبل السلطات المختصة، إلى جعل عملية تسوية المنازعات الضريبية صعبة على دافعي الضرائب.
- 3- التكاليف: قد تنطوي المشاركة في إجراءات تسوية المنازعات الضريبية على

تكاليف إضافية لدافعي الضرائب، خاصة فيما يتعلق بالرسوم القانونية والموارد اللازمة لحل المنازعات.

4- لا تمنع حدوث الازدواج الضريبي؛ فهي فقط تضع آلية للحد من آثاره السلبية، لكنها لا تمنع حدوثه بقدر ما تتعامل مع آثار حدوثه.

5- لا يوجد في هذه الاتفاقيات ما يلزم الدولة المتعاقدة على منح المستثمر (المكلف) الموجود على أراضيها (والتابع للدولة الأخرى) أي ضمانات بشأن مسألة الازدواج الضريبي.

6- هذا الأسلوب لا يجدي مع تعدد الأنظمة الضريبية واختلافها دولياً؛ الأمر الذي يدعو إلى تبني وسيلة مُحددة واضحة الآليات في هذا الشأن.

ونتيجة لهذه العيوب عادة ما تسعى الإدارات الضريبية، في معظم دول العالم، إلى حل المنازعات الضريبية مباشرة من دون الاضطرار إلى اللجوء إلى هذه الإجراءات الطويلة والمعقدة؛ فمثلاً في استراليا بدأ مكتب الضرائب الفدرالي يسعى بنفسه إلى تسوية المنازعات الضريبية مع المستثمرين، والبعد عن البطء والروتين والتعقيدات الإدارية الموجودة في (MAP). ونتيجة لذلك نجح مكتب الضرائب الفدرالي في تسوية منازعات ضريبية تقدر بنحو 150 مليون دولار، بعد أن فشلت إجراءات الاتفاق المتبادل (MAP) في حل معظم منازعات الازدواج الضريبي؛ حيث بلغ حجم المنازعات المعروضة نحو 83 حالة، لم تتمكن إجراءات الاتفاق المتبادل إلا من حسم أربع قضايا فقط من تلك الحالات⁽⁴²⁾.

صياغة إجراءات الاتفاق المتبادل

عادة ما يتم تحديد صياغة إجراءات الاتفاق المتبادل في المعاهدات الضريبية أو الاتفاقيات الدولية بين الدول. تنشئ هذه الاتفاقيات الإطار الذي يمكن للسلطات المختصة - من خلاله - المشاركة في حل المنازعات الضريبية، وتحديد العملية، والجداول الزمنية، والمبادئ التوجيهية لإجراء مفاوضات إجراءات الاتفاق المتبادل.

تقدم منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) الإرشادات، وأفضل الممارسات، لتنفيذ إجراءات الاتفاق المتبادل من خلال اتفاقية الضرائب النموذجية والمبادئ التوجيهية

(42) Chloe Burnett, «International Tax Arbitration», Australian Tax Review, Vol.36, No.3, (2007), pp.173-176.

وللمزيد من التفاصيل راجع: صلاح حامد، جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية: دراسة تحليلية في ضوء آراء الفقه والتشريعات الضريبية المقارنة والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق.

بشأن تطبيق المعاهدات الضريبية. تساعد هذه الموارد الدول على توحيد عمليات إجراءات الاتفاق المتبادل الخاصة بها، وضمان الاتساق في حل القضايا الضريبية عبر الحدود.

ونتيجة الصعوبات والعيوب التي تواجه إجراءات الاتفاق المتبادل تبنت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) فكرة التحكيم لتسوية المنازعات الضريبية. وإن كان نطاق هذا التحكيم ونوعه يختلفان وفق السياسة التي تتبعها كل دولة؛ فقد يكون التحكيم إجبارياً، وهذا هو ما تفضله المنظمة. وقد يكون اختياريًا إذا ما كان التحكيم الإجمالي يتعارض مع نصوص دستورية داخل الدولة المتعاقدة⁽⁴³⁾.

وصدر أيضًا نموذج الأمم المتحدة في العام 2010؛ متضمنًا صيغتين للاتفاق المتبادل لحل منازعات الاتفاقيات الضريبية، إحداها تتضمن التحكيم الإجمالي، والأخرى لا تنص عليه؛ حتى يكون الأمر ملائمًا ومناسبًا لظروف كل دولة. والغرض من النص على التحكيم هنا هو حث الدول الأعضاء على سرعة الفصل الجدي في المنازعات، وليس مجرد المفاوضات التي لا طائل من ورائها⁽⁴⁴⁾.

وفي الختام يمكن القول بأن إجراءات الاتفاق المتبادل تؤدي دورًا حاسمًا في تسهيل حل المنازعات الضريبية عبر الحدود، وتعزيز اليقين الضريبي، ومنع الازدواج الضريبي. وعلى الرغم من أن هذه العملية قد تنطوي على تعقيدات وتحديات، فإن مزاياها في ضمان العدالة والامتثال والتعاون الدولي تفوق عيوبها. ومن خلال الالتزام بالمبادئ التوجيهية، وأفضل الممارسات المعمول بها، تستطيع الدول تنفيذ إجراءات (MAP) بفعالية لتعزيز اليقين الضريبي، ودعم بيئة مواتية للتجارة والاستثمار الدوليين.

(43) «OECD may add Arbitration provision to model treaty's MAP commentary», BNA Tax Report, march, 2004, p.5.

وقد جرى نص المادة 25 الفقرة الأخيرة من نموذج منظمة التعاون الاقتصادي على النحو التالي:

«Any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph».

(44) UN: Report by the subcommittee on Dispute Resolution Arbitration as an additional Mechanism to improve the mutual agreement procedure, 2010.

المطلب الثاني

لجنة تسوية المنازعات (اللجنة الداخلية)

رغبة من المنظم السعودي في تسوية المنازعات الضريبية، وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، فقد تبنى أسلوب لجان التسويات المعمول به في معظم القوانين الضريبية في دول العالم، والذي من خلاله يمكن عرض الخلاف بين الأطراف على لجنة مُشكَّلة من ذوي الاختصاص داخل الإدارة الضريبية (الهيئة). وينظم عمل هذه اللجان قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (24-02-05)، بتاريخ 14 رمضان 1445هـ، الموافق 24 مارس 2024.

وتعد هذه الطريقة إحدى الطرق البديلة لتسوية المنازعات الضريبية، والتي تُستخدم لتسوية الخلافات بين الكف والهيئة.

ويمكن استخدام هذه الوسيلة لتسوية الخلافات المتعلقة بتحديد وعاء الضريبة، أو التزامات المكلف، أو الغرامات المرتبطة بعملية الربط الضريبي، وطلبات استرداد الضريبة والأرصدة الدائنة... وغيرها.

وتهدف قواعد عمل وتنظيم هذه اللجان إلى تحقيق ما يلي⁽⁴⁵⁾:

- تطبيق أفضل الممارسات لحل الخلافات بالطرق والوسائل البديلة.
- الحد من المنازعات والخلافات التي قد تنشأ بين الهيئة والمكلفين، والحد من تدفق الدعاوى والمنازعات للجهة القضائية المختصة.
- تعزيز الثقة وزيادة الشفافية بين الهيئة والمكلفين، والعمل على خفض تكلفة وأعباء الخلافات والمنازعات، بما يساعد على دعم الأعمال ونموها، وتشجيع الاستثمارات.
- تحسين مستحقات الخزنة العامة، ومستحقات الضمان الاجتماعي، بالسرعة والكفاءة اللازمتين، وتخفيض مستوى المخاطر المتعلق بهذه المستحقات، والحيلولة دون تعليق المراكز النظامية والمالية للمكلفين لفترات زمنية طويلة.
- وتُشكَّل هذه اللجان بقرار من وزير المالية، ويُشترط في عضو هذه اللجان أن

(45) قواعد وإجراءات عمل لجان تسوية الخلافات والمنازعات الزكوية والضريبية والجمركية، هيئة الزكاة والضريبة والجمارك، متاح على الرابط التالي:

https://zatca.gov.sa/ar/RulesRegulations/Documents/Zatca_Lijan.pdf.

Last Accessed: 24/12/2024.

يكون من الأشخاص الذين لديهم دراية بالجوانب القانونية والفنية المرتبطة بالضرائب والجمارك والزكاة.

ويُحدّد في قرار التشكيل النطاق النوعي للخلافات التي تختص اللجنة بتسويتها، ويجوز أن يتضمن قرار التشكيل تحديداً لسقف الخلاف الذي تختص به إحدى اللجان وصلاحياتها في مراجعة القرارات الصادرة عن لجنة أخرى. ولا يجوز لأي عضو من أعضاء اللجنة النظر، أو إبداء الرأي واتخاذ أي قرار، في التسوية المعروضة عليه إذا كان هناك تعارض مصالح قائم أو محتمل، أو مصلحة خاصة مباشرة أو غير مباشرة مادية كانت أو معنوية في الشخص أو المنشأة مقدمة الطلب، أو إذا كانت له صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة بالمكلف، أو أي شخص له مصلحة فيه، بحيث تؤثر حالة التعارض هذه أو المصلحة في قدرة العضو المعني على ممارسة مهامه وإبداء رأيه، والتصويت على القرارات باستقلالية، وموضوعية، وحياد.

وتتعدد جلسات اللجنة بحضور أغلبية الأعضاء، على أن يكون من بينهم الرئيس أو من ينيبه، وتصدر قرارات اللجنة بالأغلبية، وفي حال تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي صوّت معه رئيس الجلسة. وللجنة أن تصدر قراراتها بعرضها على الأعضاء بالتمرير، ويلزم في هذه الحالة أن يتم تمرير المحضر على جميع الأعضاء. ويجوز عقد جلسات الاستماع، ونظر الخلافات، وتوثيق الأعمال، وإصدار القرارات واعتمادها والتصويت عليها باستخدام الوسائل الإلكترونية.

وهناك عدة معايير وضوابط تراعيها هذه اللجان، ومنها:

- دراسة الموضوع دراسة شاملة، وفهم الوقائع التي بُني عليها قرار الهيئة محل الخلاف.
- الفحص الدقيق لمستندات المكلف التي قدمها، والاستماع إلى وجهة نظره في المسائل الخلافية.
- مراعاة الأهداف التشريعية.
- الاسترشاد بالسوابق القضائية وقرارات اللجان في الفصل في الوقائع المشابهة.
- الاسترشاد بالممارسات الدولية، ومراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها.

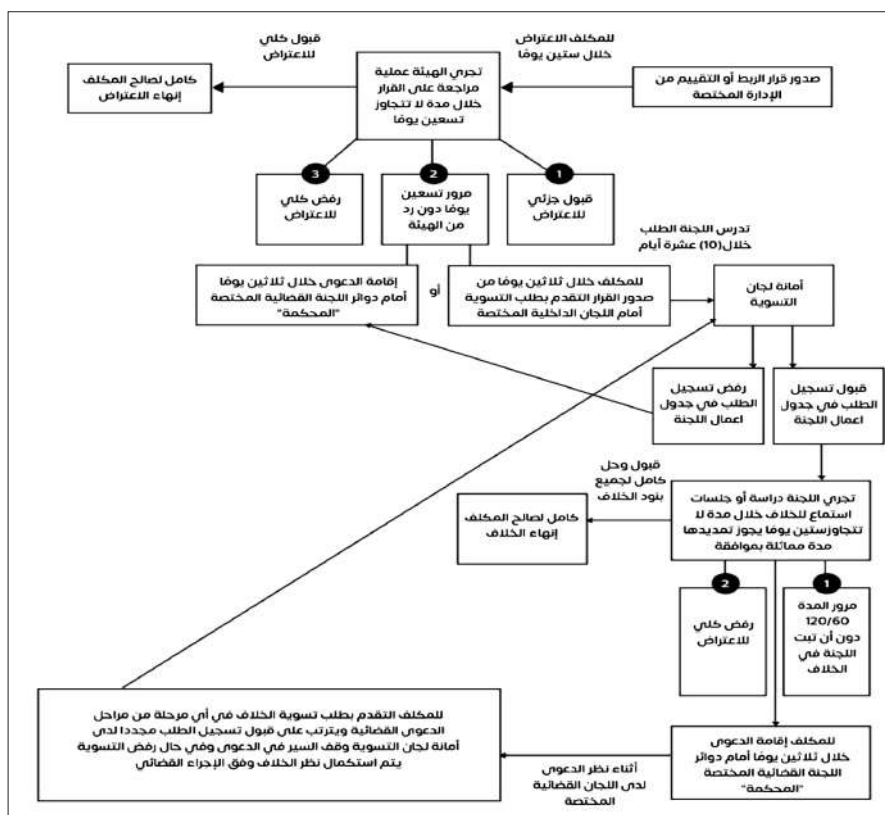
وتتبع اللجنة عدة أساليب لتسوية النزاع وتقريب وجهات النظر، ومنها على سبيل المثال:

- التفاوض: وفيه يعرض المكلف وجهة نظره أمام اللجنة، ويتم التفاوض معه للوصول إلى حل للخلاف.
 - الوساطة: ومن خلالها يمكن للمكلف الاستعانة بوسيط متخصص يمكنه من حل النزاع مع الهيئة، مثل مستشار قانوني أو ضريبي.
 - الاستعانة بخبير: حيث يمكن للجنة الاستعانة بأحد الخبراء، خاصة إذا كانت مسألة فنية معقدة، مثل الاستعانة بمكتب خبرة محاسبي، أو مكتب خبرة هندسي... وهكذا.
 - إنهاء الخلاف بموجب تسويات مرضية للطرفين، والتنازل عن القضايا القائمة.
 - الاستعانة بكل الطرق والوسائل الموضوعية والمعتبرة في سبيل تحقيق الأهداف المناطة بها لحل الخلافات بالطرق البديلة.
 - يبذل أعضاء اللجنة العناية اللازمة والمعقولة والمعتادة لإصدار قرار التسوية.
- وتصدر اللجنة قرارها في الخلاف بعد الاطلاع على كل الأوراق والمستندات محل الطلب، وتوثق المستندات المُقدّمة من قبل المكلف، وأي مستندات أخرى ترى اللجنة أهمية توثيقها، وذلك بالقدر اللازم والكافي لإصدار قرار التسوية.
- يُعتمد القرار من جميع أعضاء اللجنة الذين شاركوا في نظر الخلاف، وتُدوّن في المحضر المعد لذلك أهم الوقائع التي تمت مناقشتها، وللعضو المخالف للأغلبية إثبات وجهة نظره.
 - تعتمد اللجنة في إصدار قراراتها على ما تنص عليه الأنظمة واللوائح والمبادئ والسوابق القضائية الصادرة في الخلاف المعروض عليها - بما في ذلك المبادئ التي تعتمدها اللجنة المختصة في الهيئة - ولها أن تسترشد بأفضل الممارسات الدولية المطبقة بشأن المعالجات ذات الصلة، مراعية في ذلك الظروف والملابسات التي تكتنف كل طلب.
 - للجنة أن تقرر عدم تحصن قرار الهيئة إذا ثبت لديها عدم استيفاء قرار الهيئة المتطلبات النظامية المنصوص عليها في الأنظمة واللوائح.
 - للجنة أن تعمل على تصحيح ما يقع في قرارها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية.

- تعد محاضر اللجنة ومداولاتها وقراراتها سرية، ولا يجوز للهيئة أو المكلف الاستناد إلى شيء مما تمت مناقشته من مرثيات، أو مما جرى عرضه من مقترحات ومعالجات لتقريب وجهات النظر لدى دوائر لجان الفصل والاستئناف المختصة.

- للجنة أن تشعر المكلف برفض الطلب المعروض عليها، واعتباره منتهياً دون حل إذا تبين لها، في أثناء نظر الخلاف، عدم جديته، أو عدم التزامه بما يُطلب منه من مستندات، أو لأي أسباب موضوعية أخرى يترتب عليها إصدار قرار في هذا الشأن.

ويمكن إيجاز الإجراءات المتعلقة بعرض النزاع على اللجنة الداخلية، من خلال الشكل التالي:



المصدر: الدليل الإرشادي لتسوية الخلافات الزكوية والضريبية والجمركية، هيئة الزكاة والضريبة والجمارك، ص 12.

وفي حال توصل الأطراف إلى حل يتم إبرام اتفاق الصلح، وتصبح له قوة تنفيذية، ولا يجوز بعده عرض النزاع أمام لجان الفصل. أما إذا لم يتوصل الأطراف إلى حل للخلافات فهنا يحق للمكلف أن يرفع دعوى أمام لجان الفصل المختصة، وذلك خلال 30 يوماً من تاريخ رفض لجنة التسوية، أو بمرور المدة المخصصة (60 - 120 يوماً) لنظر لجنة التسوية دون بت الموضوع. وما تجدر الإشارة إليه هو أن المنظم أجاز للمكلف أن يتقدم بطلب للتسوية في أي مرحلة من مراحل نظر الدعوى، وهنا توقف اللجنة نظر الدعوى لحين الفصل في موضوع التسوية وبعدها، إما أن تنقضي الدعوى صلحاً وإما تستمر اللجنة في نظر الدعوى في حال لم يتم التوصل إلى اتفاق.

وقد جرى النص على تلك الأحكام في قواعد عمل لجان التسوية على النحو التالي⁽⁴⁶⁾:

- تُوثَّق موافقة المكلف على قرار التسوية كتابة، أو ما يقوم مقام الكتابة، من خلال وسائل التوثيق الإلكتروني.
- يُرَفَّع محضر التسوية النهائي إلى المحافظ لاعتماده، وباعتماد المحضر والقرار الصادر من اللجنة، وإجراء التوثيق اللازم بشأنه على محررات الهيئة تكتسب تلك المحررات صفة السند التنفيذي، ويُطبَّق بشأنها إجراءات التحصيل والحجز الإلزامية على المستحقات محل التسوية، وفقاً لما تنص عليه الأنظمة واللوائح.
- واللجوء إلى هذه الوسيلة - أي اللجنة الداخلية - يحقق عدة مزايا، منها:
- تقليل حجم المنازعات الضريبية.
- توفير الوقت والجهد والتكاليف.
- تعزيز الشفافية الإجرائية.
- تدعيم ثقة المكلفين.
- تعزيز فكرة الامتثال الضريبي للمكلفين.

دور التسوية الودية والوسائل البديلة لتسوية المنازعات في تقليل المنازعات الضريبية

بعد استعراض الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الضريبية، وأيضاً دور لجان

(46) قواعد وإجراءات عمل لجان تسوية الخلافات والمنازعات الزكوية والضريبية والجمركية، مرجع سابق.

التسوية واستعانتها بهذه الوسائل، يمكن القول - في رأينا - إن هذه الوسائل من شأنها تعزيز فكرة تسوية المنازعات الضريبية، ومن ثم تحقق هذه الوسائل مزايا متعددة للأطراف. ولكن على الرغم من ذلك فهي أيضاً محفوفة ببعض المخاطر والعيوب، ولذا أحاول، من خلال السطور التالية، توضيح تلك المزايا والعيوب؛ لمحاولة تعظيم الاستفادة من هذه الوسائل⁽⁴⁷⁾.

أ - المزايا

- 1- توفير الوقت والتكلفة: عادة ما تسهم الوسائل البديلة في تجنب إجراءات التقاضي الطويلة والمكلفة.
- 2- المرونة في الحلول: يمكن من خلال هذه الوسائل التوصل إلى تسويات تُراعي ظروف المكلف (مثل تقسيط الديون، أو التجاوز عن غرامات التأخير). وهو ما يسهم في تجاوز الجمود القانوني للنصوص الضريبية عبر حلول مبتكرة.
- 3- الحفاظ على العلاقة بين الأطراف؛ حيث تعزز الثقة بين المكلفين والإدارة الضريبية؛ مما يُعزز التعاون المستقبلي. وأيضاً الحفاظ على سرية المعلومات ومنع تداولها.
- 4- تخفيف العبء القضائي، وبالتالي منع تكبد القضايا بالمحاكم، والتسبب في فكرة ببطء التقاضي.
- 5- التركيز على الجوانب الفنية: استخدام خبراء ضريبيين وسطاء لفهم تعقيدات القضايا، مثل منازعات التسعير التحويلي.

ب - العيوب

- 1- عدم التوازن بين أطراف المنازعة الضريبية: فقد تهيمن السلطات الضريبية على المفاوضات، خاصة مع الأفراد.
- 2- عدم إلزامية بعض الوسائل الودية، مثل الوساطة والتفاوض والتوفيق التي قد لا تُفضي إلى حل.

(47) للمزيد من التفاصيل بشأن تقييم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بصفة عامة يمكن الرجوع إلى المراجع التالية:

Lana Arzumanova, "Alternative Procedures for Settling Tax Disputes", Financial Law Review, Vol.3, No.23, (2021), pp.91-92. Advantages and Disadvantages of Dispute Resolution Processes, Available at: https://www.blaney.com/sites/default/files/other/adr_advantages.pdf.

3- الحاجة إلى الكوادر المتخصصة، وبالتالي هناك ضرورة لتدريب الوسطاء على التعامل مع التعقيدات في القوانين الضريبية.

4- عدم إمكان تحقيق سوابق قضائية: قد تفقد بعض المنازعات فرصة توضيح الثغرات القانونية التي قد يستغلها البعض للإفلات من الالتزامات الضريبية، فضلاً على عدم نشر تفاصيل هذه الوسائل، وما تم من مداولات. كل هذه الأمور من شأنها عدم التمكن من سد الثغرات القانونية التي قد يستغلها البعض.

ويمكن القول - في النهاية - إن التسوية الودية والوسائل البديلة تُقدم حلاً عملياً لتقليل المنازعات الضريبية، عبر موازنة مصالح الأطراف وتعزيز الكفاءة. وعلى الرغم من تحدياتها، فإن تبنيها كجزء من استراتيجية شاملة يُعزز العدالة الضريبية، ويُقلل الاحتكاك بين المكلفين والإدارة الضريبية؛ مما ينعكس إيجاباً على الحصيلة الضريبية والنمو والاستقرار الاقتصادي.

خلاصة البحث: تناولنا في هذا البحث الوسائل البديلة لحل المنازعات الضريبية، واستعرضنا أهم صور هذه الوسائل، مثل التفاوض والوساطة والتوفيق والصلح وإجراءات الاتفاق المتبادل، واستعرضنا فكرة لجان التسوية المنصوص عليها في النظام السعودي، ودورها في تسوية المنازعات الضريبية باستخدام الوسائل البديلة، وأن هذه اللجان من شأنها الحد من المنازعات الضريبية، والتوصل إلى تسوية الخلاف بين الأطراف على النحو الذي يسهم في تعزيز التعاون بين المكلف والإدارة الضريبية، ودعم عمليات الامتثال الطوعي للمجتمع الضريبي، وتعزيز الثقة بين الأطراف.

المبحث الرابع

لجان الفصل في المنازعات الضريبية في النظام السعودي

تؤدي لجان الفصل في المنازعات الضريبية دوراً مهماً في ضمان الحل الفعال للمنازعات الضريبية في المملكة العربية السعودية. وتتولى هذه اللجان مهمة التعامل مع النزاعات الضريبية المختلفة، وتوفير إطار منظم لمعالجة النزاعات بين دافعي الضرائب والسلطات الضريبية. ويعد فهم الاختصاصات والإجراءات المتبعة لرفع الدعاوى، وكيفية الفصل فيها أمام هذه اللجان، فضلاً على عملية استئناف القرارات التي تصدرها هذه اللجان أمراً ضرورياً لدافعي الضرائب والمهنيين والقانونيين العاملين في المجال الضريبي.

ولاستعراض هذا الموضوع بشيء من التفصيل، نقسمه على النحو التالي:

المطلب الأول: الأمانة العامة للجان الزكوية والضريبية والجمركية.

المطلب الثاني: لجان الفصل في المنازعات الضريبية في النظام السعودي.

المطلب الثالث: إجراءات رفع الدعوى أمام اللجان الزكوية والضريبية والجمركية.

المطلب الرابع: نظر الطعون أمام اللجان الاستئنافية.

المطلب الخامس: انقضاء الدعوى دون الفصل في الموضوع.

المطلب السادس: طرق الطعن غير العادية (المعارضة، والتماس إعادة النظر).

المطلب السابع: الطبيعة القانونية لقرارات هذه اللجان.

المطلب الأول

الأمانة العامة للجان الزكوية والضريبية والجمركية

الأمانة العامة: هي جهة مستقلة تقدم الدعم المتكامل على الصعيد النظامي والفني والحاسبي والإداري للجان الزكوية والضريبية والجمركية، للمساعدة في تمكينها من أداء مهامها بكفاءة واحترافية عالية⁽⁴⁸⁾. وتتولى الأمانة العامة تحت إشراف الأمين العام المهتمات الآتية⁽⁴⁹⁾:

(48) الموقع الرسمي للأمانة العامة للجان الزكوية والضريبية والجمركية:

<https://gstc.gov.sa/ar/AboutUs/Pages/default.aspx>. Last Accessed: 7/9/2024.

(49) قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية، تعميم رقم 25711، مرجع سابق.

- الإشراف على إجراءات معالجة الدعاوى وتبادل مذكراتها وتجهيزها.
- دراسة الدعاوى وتحليلها من النواحي النظامية والمحاسبية والفنية، وإعداد التقارير لعرضها على الدوائر.
- تقديم الدعم النظامي والفني والإداري للدوائر، قبل عقد الجلسات وفي أثنائها وبعدها.
- إبداء الرأي والمشاركة في الدراسات المتعلقة بالأنظمة واللوائح ذات الصلة.
- إجراء البحوث والدراسات والاستشارات النظامية والفنية والمحاسبية.
- استخراج المبادئ القضائية من قرارات دوائر الاستئناف.
- تصنيف القرارات التي تصدرها الدوائر، وتبويبها، ونشرها.
- متابعة مؤشرات قياس أداء الدوائر المعتمدة والمستهدفات الموضوعية.
- إعداد إحصائية سنوية عن أعمال الدوائر وقراراتها ومدد التقاضي.
- المشاركة مع الإدارات المعنية في الهيئة، من أجل تطوير وتحسين الإجراءات والأنظمة ذات الصلة بأعمال الدوائر.
- أي مهمة أخرى يحددها مجلس إدارة هيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

المطلب الثاني

لجان الفصل في المنازعات الضريبية في النظام السعودي

المنظم السعودي يتبنى الاتجاه الخامس في مجال توزيع الاختصاص بنظر المنازعات الضريبية وهو «إنشاء لجان إدارية ذات اختصاص قضائي»، كما سبقت الإشارة في المبحث الثاني من هذه الدراسة. وتُشكّل هذه اللجان من درجتين تسمى الدرجة الأولى «لجنة الفصل الزكوية والضريبية»⁽⁵⁰⁾، وفي المنازعات الجمركية تسمى «لجنة الفصل الجمركية»، وتسمى الدرجة الثانية «دوائر الاستئناف»⁽⁵¹⁾.

(50) المرسوم الملكي رقم (م / 113) بتاريخ (1438/11/2هـ) على إنشاء لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية، واللجنة الاستئنافية، وبيان مدة عضويتها، وتحديد اختصاصاتهما، تاريخ النشر 21 من ربيع الأول 1440هـ، الموافق 29 نوفمبر 2018.

(51) تم إنشاء اللجان الجمركية بموجب قرار وزير المالية استناداً إلى المادة (161) والمادة (163/أ) من نظام (قانون) الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والمُصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم (م / 41)، بتاريخ 3 من ذي القعدة 1423هـ.

وتتكون هذه اللجان من عدد من الدوائر، وتتكون كل دائرة من ثلاثة أعضاء أصليين، وعضو رابع احتياطي من ذوي الخبرة والتأهيل النظامي والمحاسبي، على أن يكون رئيس الدائرة وأحد أعضائها على الأقل من ذوي التأهيل النظامي. ويكون تعيين الرئيس والأعضاء بأمر ملكي لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد. وتكون قرارات دوائر الفصل النهائية وقرارات الدوائر الاستثنائية للجان الزكوية والضريبية والجمركية قرارات نهائية وغير قابلة للاعتراض عليها أمام أي جهة قضائية أخرى⁽⁵²⁾.

ومن خلال استقراء نصوص الاختصاص يمكن القول ما يلي:

- اختصاص هذه اللجان شامل وعام في كل ما يتعلق بتطبيق الأنظمة الضريبية والزكوية والجمركية.

- يشمل الاختصاص أيضاً دعاوى الحقين العام والخاص. وبالتالي يشمل الاختصاص أي نزاع بين الهيئة والمكلف، أو بين المكلف ومكلف آخر، أو بين أشخاص عاديين، مادام النزاع مرتبطاً بمنازعة ضريبية أو زكوية أو جمركية.

مثال ذلك: إذا قام أحد الأشخاص ببيع قطعة أرض لشخص آخر، وكان ثمن البيع المدرج في العقد مليون ريال، وتم النص في العقد على أن المشتري هو المتحمل لضريبة التصرفات العقارية، وبعد ذلك امتنع المشتري عن الالتزام بدفع الضريبة المستحقة، هنا تختص اللجان الضريبية بالفصل في هذا النزاع بين المشتري والبائع. وإن كانت آلية رفع الدعوى هنا ستختلف عن آلية رفعها إذا كان النزاع بين الهيئة والمكلف.

- مادامت هذه اللجان تختص نوعياً بنظر النزاع، فإنه يجوز لها الاستمرار في نظره بغض النظر عن الاختصاص المكاني لها، ولا يُستثنى من ذلك سوى دعاوى التهريب الجمركي وما في حكمه أو الشروع فيه؛ إذ يُشترط - علاوة على الاختصاص النوعي - ضرورة توافر الاختصاص المكاني، أي أن تكون الجريمة وقعت في النطاق المكاني لاختصاص اللجنة.

فمثلاً إذا تم ضبط قضية تهريب جمركي في ميناء جدة، وتم إرسال الأوراق إلى المركز الرئيسي للهيئة في الرياض، وأحالت الهيئة الأوراق على لجنة الفصل في المنازعات الجمركية بالرياض، فهنا تقضي اللجنة بعدم اختصاصها مكانياً بنظر الدعوى وإحالتها على اللجنة المختصة في جدة.

(52) قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية، تعميم رقم 25711، مرجع سابق.

المطلب الثالث

إجراءات رفع الدعوى أمام اللجان الزكوية والضريبية والجمركية

إذا كان النزاع بين المكلف والإدارة الضريبية⁽⁵³⁾ (هيئة الزكاة والضرائب) فإنه يتعين أولاً قبل اللجوء إلى اللجنة تقديم اعتراض أمام الهيئة خلال 60 يوماً من تاريخ اليوم التالي لإبلاغه بقرار الهيئة.

- على الهيئة أن تبت الاعتراض خلال 90 يوماً من تاريخ تقديمه.
- للمكلف - خلال 30 يوماً من تاريخ إبلاغه بقرار الهيئة ولم يرتض به، أو بعد مضي 90 يوماً من تقديمه الاعتراض دون رد من الهيئة - أن يقوم بأي من الإجراءات التالية:

- 1- طلب إحالة التظلم على اللجنة الداخلية لغرض التسوية.
- 2- إقامة دعوى أمام دوائر الفصل.
- تتحصن القرارات الصادرة من الهيئة في الحالات التالية:
- 1- مضي مدة 60 يوماً من تاريخ إبلاغ المكلف بقرار الهيئة ولم يتظلم منه.
- 2- مضي مدة 30 يوماً من تاريخ صدور قرار الهيئة، ولم يطلب المكلف إحالته على اللجنة الداخلية، أو يرفع دعوى أمام دوائر الفصل.
- 3- مضي مدة 30 يوماً من تاريخ صدور قرار لجنة التسوية الداخلية ولم يعترض المكلف على القرار أمام دوائر الفصل.
- إذا كان النزاع بين مكلف وآخر، أو بين أشخاص غير مكلفين ومتعلق بتطبيق الأنظمة الضريبية، ولم تكن الإدارة الضريبية طرفاً في هذه المنازعة فهنا يجوز رفع الدعوى مباشرة أمام دوائر الفصل.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن اختصاص اللجان هنا في أي منازعة ضريبية هو اختصاص نوعي وحصري للجان فقط، وبالتالي لا يختص القضاء - أيًا كان نوعه - في الفصل في أي منازعة متعلقة بتطبيق الأنظمة الضريبية، بل يحكم بعدم الاختصاص، وفي حال تصدي القضاء للفصل في مسألة مرتبطة بتطبيق الأنظمة الضريبية، فاللجنة لا تعتد بهذا الأمر، ولا يكون حجة أمامها فيما فصل فيه.

(53) المواد (5) و(6) و(7) من قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية.

وبالتالي إذا عُرضت على القضاء مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى، وتكون هذه المسألة مرتبطة بتطبيق نص من نظام ضريبي، فهنا على المحكمة أن توقف الدعوى حتى يتم الفصل في هذه المسألة الأولية أمام اللجان الضريبية.

مثال ذلك: الفصل في مسألة الإقامة الضريبية، وتحديد مدلول السلع والخدمات الخاضعة لضريبة القيمة المضافة، وقيام المشروع المشترك (الكونسورتيوم) من عدمه... وهكذا.

ولكن أيضاً يكون الحكم القضائي حجة فيما فصل فيه إذا كان داخلياً في اختصاصه، وأيضاً ما يترتب عليه من آثار ضريبية. ومثال ذلك إذا ما تم فسخ عقد بيع قطعة أرض فسحاً قضائياً نتيجة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته، فهنا هذا الحكم حجة فيما قضى به، ويجوز للشخص (البائع أو المشتري وفق الأحوال) المطالبة باسترداد ضريبة التصرفات العقارية السابق سدادها عن هذا التصرف.

– يعد قرار الهيئة بربط الضريبة نافذاً، ولا يؤثر الاعتراض المُقدم من المكلف في استحقاق المبالغ غير المتظلم منها.

– لا يوقف الطعن أمام اللجان تنفيذ قرارات تحصيل الرسوم الجمركية والرسوم الأخرى والغرامات الجمركية الثابتة المتظلم منها، إلا إذا قدم المكلف تأميناً بموجب كفالة بنكية أو نقدية.

– تفصل الدائرة في الدعوى المعروضة أمامها خلال 30 يوماً من تاريخ انعقاد أول جلسة فيها، وللدائرة – في الحالات التي تستدعي مدة أطول – أن تمدد المدة بما لا يتجاوز خمسة عشر يوماً أخرى.

– تكون إجراءات نظر الدعوى والمرافعة فيها كتابة، وللدوائر – من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف – سماع الأقوال والدفع بالترافع من بعد أو حضورياً، وفق تقديرها، وتعد الجلسة – في حال انعقادها من بعد – في حكم المنعقدة حضورياً، وترتب كل آثارها، وتثبت الدائرة ذلك في محضر الجلسة.

– إذا لم يحضر المدعي أي جلسة ثبت تبليغه بها في الموعد المحدد لنظرها، ولم يتقدم بعذر تقبله الدائرة، وجب عليها الفصل في الدعوى إن كانت مهياً للفصل فيها. وإذا لم تكن الدعوى مهياً للفصل فيها فتشطبها الدائرة؛ فإذا انقضت 30 يوماً من تاريخ الشطب، ولم يطلب المدعي السير فيها بعد شطبها، أو لم يحضر بعد إعادة السير فيها في أي جلسة أخرى، فتصدر الدائرة قراراً باعتبار الدعوى كأن لم

- تكن، ويعد القرار نهائياً غير قابل للاستئناف. ويجوز للمدعي - من دون إخلال بالمدة المحددة لسماع الدعوى - إقامة دعوى جديدة تقيد بقيد جديد.
- إذا تبَّلع المدعى عليه أو وكيله، أو من يمثله، بصحيفة الدعوى، أو بموعد الجلسة، أو أودع هو أو وكيله أو ممثله النظامي مذكرة بدفاعه ولم يحضر، أو حضر هو أو وكيله أو ممثله أي جلسة ثم غاب بعد ذلك، فَيُعَدُّ القرار الصادر في حقه حضورياً.
- يكون الإثبات أمام الدائرة بجميع طرق الإثبات المنصوص عليها في نظام الإثبات.
- يجوز للدائرة التي تنظر الدعوى، عند الاقتضاء، ندب خبير أو أكثر، ولا يجوز أن يتواصل معه أي من أطراف الدعوى، أو أن يتواصل هو مع أي منهم، إلا من خلال الأمانة العامة. وتُحدَّد الدائرة في قرار ندبها مهمة الخبير، وأجلاً لإيداع تقريره أو إبداء رأيه، وتُحدَّد كذلك الطرف أو الأطراف المعنيين بتحمُّل الأتعاب، وتُدفع الأتعاب - وفق ما تراه الأمانة العامة، إما بالإيداع في حسابها البنكي، وإما بتقديم شيك مصرفي باسم الأمانة العامة - خلال الأجل الذي تحدده الدائرة لذلك؛ فإن تخلف الطرف المكلف عن إيداع الأتعاب أو تقديم الشيك المصرفي في الأجل المحدد، جاز للطرف الآخر دفع تلك الأتعاب مع حقه - إذا صدر قرار الدائرة لمصلحته - في الرجوع على خصمه بما تقدره الدائرة من قيمة لها.
- إذا لم يُودع أي من أطراف الدعوى أتعاب الخبير المنتدب، أو يقدم الشيك المصرفي، وكان الفصل في الدعوى يتوقف على تقريره، فللدائرة وقف السير في نظر الدعوى حتى يتم إيداع الأتعاب⁽⁵⁴⁾.
- يجوز وقف الدعوى، بناءً على اتفاق أطرافها على عدم السير فيها، مدة لا تزيد على 180 يوماً من تاريخ إقرار الدائرة لاتفاقهم، وإذا لم يعاود أطراف الدعوى السير فيها خلال الأيام العشرة التالية لنهاية الأجل؛ عدَّ المدعي تاركاً دعواه. وإذا رأت الدائرة أن الفصل في موضوع الدعوى يتوقف على الفصل في مسألة أخرى، فلها أن تأمر بوقف السير في الدعوى، وبمجرد زوال سبب التوقف يجوز للدائرة - من تلقاء نفسها - أن تأمر باستئنافها، أو لأي من أطرافها طلب السير فيها خلال الأيام العشرة التالية لزوال سبب التوقف، وإلا عدَّ المدعي تاركاً دعواه⁽⁵⁵⁾.

(54) المادة (25) من قواعد عمل اللجان.

(55) المادة (43)، ف 1 و 2 من قواعد عمل اللجان.

- يجوز تعليق الدعوى المنظورة أمام الدوائر بناءً على اتفاق أطرافها؛ لغرض حل الخلاف، من خلال طلب إجراء الاتفاق المتبادل المقرر بموجب اتفاقيات تجنب الازدواج الضريبي النافذة بين المملكة والدول الأخرى. وفي حال موافقة الدائرة على الطلب، يمتد التعليق إلى حين اتخاذ قرار بخصوص طلب إجراء الاتفاق المتبادل بصرف النظر عن مدة تعليق الدعوى⁽⁵⁶⁾.

يصدر قرار الدائرة بالأغلبية، ويوقع عليه جميع أعضاء الدائرة الذين شاركوا في نظر الدعوى، ويُدوّن في محضر ضبط الجلسة رأي العضو المخالف مُسبّباً، وجواب الأغلبية عليه، ويُلحق بملف الدعوى، ويجب أن يتضمن القرار ما يُفيد بصدوره بالإجماع أو الأغلبية. ويُبلغ الأطراف بالقرار من خلال الوسائل التي توفرها الأمانة العامة. ويجب أن يتضمن القرار اسم الدائرة التي أصدرته، وأسماء أعضائها الذين شاركوا في نظر الدعوى، وتاريخ إصداره، ورقمه، وأسماء الخصوم ووكلائهم، وبيان حضورهم أو غيابهم، وعرضاً مجملًا لوقائع الدعوى، وخلاصة موجزة لطلبات الخصوم ودفعوهم، وأسباب القرار ومنطوقه⁽⁵⁷⁾.

- تكتسب قرارات لجنة الفصل الصفة النهائية في الحالات التالية:

- أ- الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على 50 ألف ريال.
- ب- انقضاء المهلة المقررة لاستئناف القرار من دون أن يُستأنف.
- ج- اتفاق أطراف الدعوى بالصلح أمام الدائرة.

المطلب الرابع

نظر الطعون أمام اللجان الاستئنافية

يكون نظر الطعن أمام الدوائر الاستئنافية وفقاً للخطوات التالية⁽⁵⁸⁾:

- يُقدّم طلب الاستئناف خلال 30 يوماً من اليوم التالي لتاريخ تسلمه، من خلال النظام الإلكتروني للأمانة العامة، مشتملاً على بيانات القرار المُستأنف، والأسباب التي بني عليها الاستئناف وطلبات المستأنف، ويُعد طلب الاستئناف مقيداً من تاريخ تقديمه. وفي حال عدم استيفاء البيانات، فعلى مُقدّمه استيفاء ما

(56) المادة (43)، ف 3 من قواعد عمل اللجان.

(57) المادة (27) و(28) من قواعد عمل اللجان.

(58) المواد من (34) حتى (38) من قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية.

نقص منه خلال 15 يوماً من تاريخ إبلاغه بذلك للنقص، فإن لم يستوف ما طُلب منه خلال هذه المدة، فللدائرة الحكم بعدم قبوله.

– تبلغ الأمانة العامة المستأنف ضده بالاستئناف للرد عليه خلال مدة لا تزيد على 30 يوماً من تاريخ تبليغه، وللدائرة – بناءً على طلب مسبب من المستأنف ضده – تمديد هذه المدة بما لا يزيد على 30 يوماً أخرى، وإذا لم يُودع المستأنف ضده الرد خلال المدة المقررة، يتم دراسة الاستئناف. وللمستأنف الاطلاع على رد المستأنف ضده، والرد عليه خلال 10 أيام من تاريخ التبليغ برد المستأنف ضده. وإذا لم يودع رده خلال المدة المقررة، تتم دراسة الاستئناف وإحالته على دائرة الاستئناف المختصة.

– لدوائر الاستئناف – بناءً على طلب من المستأنف – أن تأمر بوقف التنفيذ المعجل لقرار دوائر الفصل، متى ما رأت أن أسباب الاستئناف قد تؤدي إلى نقص القرار، أو إذا رأت أنه يخشى من التنفيذ المعجل وقوع ضرر يتعذر تداركه.

– تنظر دوائر الاستئناف في موضوع الدعوى مرافعة – حضورية أو من بعد – وعليها أن تكتفي بتدقيق قرارات دوائر الفصل المعترض عليها في الحالات التالية:

أ – القرار الصادر بعدم قبول الدعوى لعدم تحريرها.

ب – القرار الصادر بتصحيح أي قرار أو تفسيره.

ج – القرار الصادر بإثبات ترك الخصومة.

د – القرار الصادر بعدم قبول الدعوى شكلاً.

– إذا قررت دائرة الاستئناف إلغاء قرار دائرة الفصل الصادر بعدم الاختصاص، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى، أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، أو بعدم سماعها لمضي المدة، أو عدم قبولها شكلاً أو بعدم قبول الدعوى لعدم تحريرها، فتعيد الدعوى إلى دائرة الفصل التي أصدرت القرار للنظر في الموضوع، إلا إذا كانت ظروف الدعوى تهيئ للفصل فيها، أو كانت ظروف الدعوى مما تستلزم الفصل فيها على وجه السرعة، أو كان موضوعها مما استقرت بشأنه قرارات أو مبادئ الدوائر الاستئنافية؛ فيجوز الفصل فيها من دون إعادة.

– هذا وقد تمكنت اللجنة الاستئنافية من الفصل في عدد نحو 23537 استئنافاً حتى

يوليو 2024 ما بين ضريبة الدخل والقيمة المضافة والجمارك، ويمكن توضيح ذلك من خلال الشكل التالي⁽⁵⁹⁾:

النوع	الدائرة	قبول الاستئناف	رفض الاستئناف	انتهاء خلاف	لحزم	الإجمالي
دخل	الهيئة العامة للغمرات والجمارك	3,231	7,957	172	2,092	13,452
قيمة مضافة	الهيئة العامة للغمرات والجمارك	1,958	3,399	85	1,057	6,499
جمركي (جزائي/إداري)	الجمارك	329	3,167	9	117	3,622
الإجمالي		5,518	14,523	266	3,266	23,573

المطلب الخامس

انقضاء الدعوى دون الفصل في الموضوع

نحاول، من خلال هذا المطلب، استعراض أهم الحالات التي استقرت عليها قرارات اللجان، والتي تنقضي فيها الدعوى من دون النظر في موضوعها أو الفصل فيه، وذلك على النحو التالي:

أولاً: صرف النظر لانتهاء الخلاف

وهذه الحالات تتحقق في عدة صور، منها:

– سحب المكلف للاستئناف؛ فتقديم المكلف طلباً لسحب الاستئناف المقدم منه – أثره – انتهاء الخلاف بينه وبين الهيئة⁽⁶⁰⁾.

– سحب الهيئة الاستئناف: رغبة الهيئة في سحب الاستئناف للاتفاق بينها وبين المكلف على معالجة الاعتراض دون الاستمرار في الخصومة – أثره – انتهاء الخلاف بين الهيئة والمكلف⁽⁶¹⁾. وقبول الهيئة وجهة نظر المكلف فيما يتعلق بالبند

(59) الأمانة العامة للجان الزكوية والضريبية والجمركية: القرارات الزكوية والضريبية والجمركية حتى يوليو 2024، متاح على الرابط التالي: <https://gstc.gov.sa/ar/committees/Statistics/July24.pdf>

(60) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:

1251، 1272، 1323 للعام 1434هـ.

1350، 1375، 1406، 1408، 1409، 1412، 1427، 1428، 1392، 1402، 1427، 1407، 1403 للعام 1435هـ.

1490، 1493، 1505، 1473 للعام 1436هـ.

(61) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:

1392، 1402، 1427، 1403، 1452 للعام 1435هـ.

1471، 1472 للعام 1436هـ.

محل الاعتراض - أثره - انتهاء الخلاف بينهما⁽⁶²⁾. واتفاق الهيئة والمكلف حول مقدار الخسائر المرحلة في سنوات النزاع - أثره - انتهاء الخلاف بينهما⁽⁶³⁾.

ثانياً: الرفض الشكلي

وفي هذه الحالة تقرر اللجنة رفض الدعوى شكلياً لعدم استيفائها المتطلبات النظامية، وبالتالي لا تنظر في الموضوع، وتحقق هذه الحالة في عدة صور، منها:

- تقديم الاستئناف بعد انتهاء المهلة النظامية: تقديم المكلف الاستئناف بعد انتهاء المهلة المحددة نظامياً - أثره - رفض الاستئناف من الناحية الشكلية⁽⁶⁴⁾.
- تقديم الاستئناف من دون دفع كامل الزكاة المستحقة، أو تقديم ضمان بنكي: تقديم المكلف الاستئناف من دون دفع الزكاة المستحقة أو تقديم ضمان بنكي - أثر ذلك - رفض الاستئناف من الناحية الشكلية⁽⁶⁵⁾.
- تقديم الاستئناف من دون سداد الضريبة عن البنود غير المعترض عليها: تقديم المكلف للاستئناف من دون دفع الضريبة المستحقة عن البنود غير المعترض عليها، أو تقديم ضمان بنكي - أثر ذلك - رفض الاستئناف من الناحية الشكلية⁽⁶⁶⁾.

(62) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:

1234 للعام 1434هـ.

1650، 1651، 1742، 1743، 1690، 1710، 1723، 1748، 1725، 1743 للعام 1438هـ.

(63) قرار اللجنة الاستئنافية رقم 1487 للعام 1436هـ.

(64) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:

1239 - 1243 - 1267 - 1299 - 1315 - 1326 - 1327 - 1329 - 1269 - 1281 - 1293 للعام 1434هـ.

1336 - 1337 - 1347 - 1349 - 1356 - 1360 - 1361 - 1373 - 1374 - 1377 - 1399 - 1416 - 1419 - 1421 - 1431 - 1437 - 1444 - 1359 - 1382 - 1411 - 1414 للعام 1435هـ.

1468 - 1474 - 1482 - 1455 للعام 1436هـ.

1518 - 1523 - 1528 - 1537 - 1539 - 1541 - 1542 - 1548 - 1584 - 1594 - 1599 - 1527 - 1607 - 1619 - 1568 - 1609 للعام 1437هـ.

1633 - 1657 - 1686 - 1701 - 1763 - 1764 للعام 1438هـ.

(65) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:

1275 - 1279 - 1289 للعام 1434هـ.

1347 - 1358 - 1373 - 1377 - 1374 - 1421 - 1441 - 1444 - 1447 - 1448 - 1449 للعام 1435هـ.

1478 للعام 1436هـ.

1595 للعام 1437هـ.

(66) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:

1282 للعام 1434هـ.

- تقديم الاستئناف من دون تسبيب: تقديم المكلف الاستئناف من دون تسبيب - أثر ذلك - رفض الاستئناف من الناحية الشكلية⁽⁶⁷⁾.
 - عدم سابقة الاعتراض أمام اللجنة الابتدائية: قيام المكلف بالطعن على بند لم يكن محلاً للاعتراض أمام اللجنة الابتدائية - أثر ذلك - صرف النظر عن بحث هذا البند أمام اللجنة الاستئنافية⁽⁶⁸⁾.
 - إلغاء الرفض الشكلي الصادر عن اللجنة الابتدائية، وإعادة القرار إليها: «إلغاء قرار اللجنة الابتدائية برفض الطعن شكلاً - أثره - إعادة القرار إليها مرة أخرى للفصل في الموضوع»⁽⁶⁹⁾، وعدم استنفاد اللجنة الابتدائية ولايتها في نظر بند معين من بنود الاعتراض - أثر ذلك - إعادة هذا البند إليها للفصل فيه⁽⁷⁰⁾.
 - ملحوظة: يراعى عند تطبيق هذه الحالة ما تم إقراره في قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية الصادرة أخيراً في العام 1445هـ في المادة (37)، والتي نصت على «إذا قررت دائرة الاستئناف إلغاء قرار دائرة الفصل الصادر بعدم الاختصاص، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، أو بعدم سماعها لمضي المدة، أو عدم قبولها شكلاً، أو بعدم قبول الدعوى لعدم تحريرها، فتعيد الدعوى إلى دائرة الفصل التي أصدرت القرار للنظر في الموضوع، إلا إذا كانت ظروف الدعوى تهيأت للفصل فيها، أو كانت ظروف الدعوى مما تستلزم الفصل فيها على وجه السرعة، أو كان موضوعها مما استقرت بشأنه قرارات أو مبادئ الدوائر الاستئنافية؛ فيجوز الفصل فيها من دون إعادة».
 - لا يعد الاعتراض مقبولاً من الناحية الشكلية ما لم يسدد المكلف المستحق عن جميع البنود غير المعترض عليها، أو كانت هناك ترتيبات متفق عليها مع الهيئة تسديد الضريبة المستحقة على أقساط، على أن يتم السداد وطلب التقسيط والموافقة عليه
-
- 1376 - 1377 - 1378 - 1399 - 1419 - 1431 للعام 1435هـ.
 1786 - 1756 - 1786 للعام 1438هـ.
 (67) قرار اللجنة الاستئنافية رقم 1276 - 1277 للعام 1434هـ.
 (68) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:
 1235 - 1233 - 1244 - 1291 - 1295 - 1312 للعام 1434هـ، 1492 - 1455 - 1502 للعام 1436هـ.
 1647 - 1712 - 1773 للعام 1438هـ.
 (69) انظر على سبيل المثال القرارات التالية:
 1301 - 1307 - 1319 للعام 1434هـ.
 1466 للعام 1436هـ.
 1511 - 1524 - 1526 - 1535 - 1600 - 1604 - 1606 للعام 1437هـ.
 (70) قرار اللجنة الاستئنافية رقم 1738 للعام 1438هـ.

- خلال المدة النظامية للاعتراض - قبول اللجنة الابتدائية اعتراض المكلف من دون توافر هذه الشروط - أثره - إلغاء قرار اللجنة الابتدائية⁽⁷¹⁾.
- لا يعذر المكلف بجهله بالنصوص النظامية التي تحكم الموضوع محل الخلاف - أثر ذلك - تأييد قرار اللجنة الابتدائية في رفضها الشكلي لاعتراض المكلف لرفعه بعد انتهاء المهلة النظامية ورفض عذره⁽⁷²⁾.

المطلب السادس

طرق الطعن غير العادية (المعارضة والتماس إعادة النظر)

تم تنظيم الأحكام المرتبطة بطرق الطعن غير العادية في المواد (39) و(40) و(41) من قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية، ويمكن استعراضها على النحو التالي⁽⁷³⁾:

أولاً: المعارضة

- يكون لمن صدر ضده قرار غيابي المعارضة على القرار لدى الدائرة التي أصدرته خلال 30 يوماً من تاريخ تبليغه بالقرار، ويُقدَّم طلب المعارضة بمذكرة وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى، على أن تتضمن المذكرة رقم القرار المعارض عليه، وتاريخه، وأسباب المعارضة.
- إذا تعذر تبليغ من صدر ضده قرار غيابي خلال 30 يوماً من تاريخ صدوره، يُنشر إعلان في الصحيفة الرسمية، أو أي من الصحف المحلية، ويتضمن الإعلان ما يفيد بصدور القرار، وأن له حق المعارضة على القرار لدى الدائرة التي أصدرته، خلال 30 يوماً من تاريخ الإعلان؛ فإن حضر خلال هذه المدة وطلب وقف تنفيذ القرار، فعلى الدائرة مصدرة القرار أن تُصدر قراراً بوقف التنفيذ، وتمنحه مدة لا تزيد على (ثلاثين) 30 يوماً لإعداد دفوعه وردوده. وإذا لم يتقدم بذلك خلال هذه المدة؛ فتصدر الدائرة قراراً بإنفاذ قرارها السابق. وإن تقدم بدفوعه وردوده خلال المدة المحددة له، نظرت الدائرة فيما قدمه، فإن رأت ما يستدعي إعادة النظر في قرارها فعلت ذلك، وإلا أصدرت قراراً بإنفاذ قرارها السابق. وفي جميع الأحوال، يكون لمن صدر ضده قرار غيابي طلب استئناف القرار وفقاً للأحكام المنظمة لذلك.

(71) قرار اللجنة الاستئنافية رقم 1566 - 1597 للعام 1437هـ.

(72) قرار اللجنة الاستئنافية رقم 1482 لسنة 1436هـ.

(73) قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية، تعميم رقم 25711، مرجع سابق.

ثانياً: التماس إعادة النظر

يحق لأيٍّ من أطراف الدعوى أن يلتمس إعادة النظر في القرارات النهائية الصادرة عن أيٍّ من الدوائر. ويُرفع طلب التماس إعادة النظر من خلال النظام الإلكتروني للأمانة العامة - وفقاً للمتطلبات المحددة من الأمانة العامة - على أن يتضمن الطلب بيانات القرار المطلوبة إعادة النظر فيه، وأسباب الطلب.

وأوضحت المادة (200) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الحالات الحصرية لطلب التماس إعادة النظر، وهي:

- صدور الحكم الملتمس بناء على أوراق تبين تزويرها بعد صدوره، أو بناء على شهادة صدر حكم بأنها شهادة زور بعد صدوره.
 - حصول الملتمس، بعد صدور الحكم، على أوراق قاطعة في الدعوى لم يتمكن من إبرازها قبل الحكم.
 - وقوع غش من الخصم أثر في إصدار الحكم.
 - الحكم بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه.
 - تناقض منطوق الحكم بعضه مع بعض.
 - الحكم الغيابي.
 - صدور الحكم على شخص لم يُمثَّل تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.
 - عدم تدخل من يعتبر الحكم حجة عليه أو إدخاله في الدعوى.
- وهناك عدة شروط لا بد من توافرها لتقديم طلب التماس إعادة النظر، وهي:
- يجب أن يكون الحكم أو القرار نهائياً، أي لم يعد قابلاً لأي طريق من طرق الطعن كالاستئناف أو النقض.
 - يجب أن يتم تقديم طلب الالتماس من قبل أحد الخصوم، أو من قبل الممثل القانوني.
 - يجب أن يتم الالتماس وفقاً لأحد الحالات الحصرية الواردة في المادة (200) من نظام المرافعات الشرعية.
 - يجب أن يتم رفع طلب الالتماس خلال المدة القانونية المقررة بشأنه، وهي 30 يوماً.

- يجب ألا يتم رفع الالتماس في حكم صدر بعدم قبول الالتماس بشأنه في الحالة ذاتها التي رُفِعَ الالتماس الجديد فيها.

الأسباب الشكلية والموضوعية لرفض طلب التماس إعادة النظر⁽⁷⁴⁾:

أ - الأسباب الشكلية:

- تقديمه بعد فوات الميعاد النظامي المقرر بشأن حالة موضوع الالتماس، وهي مدة 30 يوماً.

- تقديمه إلى المحكمة أو اللجنة غير المختصة، كأن يتم تقديمه إلى غير اللجنة التي أصدرت الحكم.

- تقديم صحيفة الالتماس بشكل مخالف للإجراءات الواجبة في نظام المرافعات الشرعية، كأن لا يتم ذكر الحكم أو القرار الملتمس برقمه وتاريخه، أو لا يتم تحديد حالة من حالات الالتماس.

ب - الأسباب الموضوعية:

- عدم تمكن الملتمس من إثبات الحالة التي يستند إليها في طلب الالتماس، كأن لا يتمكن من إثبات غش الخصم، أو لا يتمكن من بيان أن منطوق الحكم أو القرار يتناقض بعضه مع بعض.

- تقديم دفع من الملتمس ضده تؤدي إلى دحض كل الدفعات التي تقدم بها الملتمس، كأن يثبت أن الملتمس كان في إمكانه تقديم الأوراق القاطعة في الدعوى، إلا أنه قصر ولم يتقدم بها في أثناء نظر الدعوى.

المطلب السابع

الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة من لجان الفصل

في المنازعات الضريبية والزكوية والجمركية

اتجه المنظم السعودي، خلال السنوات القليلة الماضية، إلى تبني فكرة إنشاء لجان شبه قضائية، أو لجان إدارية ذات اختصاص قضائي تتولى الفصل في بعض المنازعات ذات الطابع الفني. وتُعتبر هذه اللجان إحدى الأدوات التي تعزز فعالية فض المنازعات

(74) مقال منشور على الرابط التالي: <https://hdlawfirm.com.sa/>، تاريخ آخر زيارة 2025/4/11.

ذات الطبيعة الفنية، لكنها تثير جدلاً بشأن مدى تأثيرها على ولاية القضاء العام. وقد جعل المنظم السعودي قرارات هذه اللجان - وفق الأصل - قرارات إدارية تخضع لرقابة ديوان المظالم⁽⁷⁵⁾، واستُثْنيت من ذلك القرارات التي تصدرها الدوائر الاستئنافية لعدة لجان، مثل:

- لجان الفصل في المنازعات الضريبية والزكوية والجمركية.
- لجان الفصل في المنازعات التأمينية.
- لجان الفصل في المنازعات التمويلية والمصرفية.
- لجان الفصل في منازعات الأوراق المالية.
- لجان الفصل في منازعات المطبوعات والنشر.

حيث اعتبر المنظم السعودي القرارات الصادرة من اللجان الاستئنافية سائلة الذكر قرارات نهائية لا تقبل الطعن عليها أمام أي جهة قضائية أخرى⁽⁷⁶⁾. وبالتالي فما يصدر عن هذه اللجان ما هو إلا قرار إداري، وليس حكماً قضائياً، وإن كان المنظم السعودي ارتأى تحصين هذه القرارات ضد الطعن عليها أمام أي جهة قضائية أخرى.

ونحاول من خلال السطور التالية توضيح مزايا وجود هذه اللجان في التنظيم القضائي، وأيضاً العيوب أو السلبيات التي تواجه وجود هذه اللجان، ثم كيفية تحقيق التوازن بين هذين الأمرين لزيادة فعالية هذه اللجان في النظام السعودي.

أولاً: المزايا

1- السرعة والفعالية

تتميز هذه اللجان بإجراءات مبسطة وسريعة مقارنةً بالمحاكم العادية، ما يسهم في تقليل التراكم القضائي. ولذا فإن ظهور هذه اللجان جاء استجابةً للطبيعة الفنية لهذه المنازعات التي تتطلب حلاً عاجلاً.

(75) حسام عبدالله المحمد، تطور القضاء ونظامه في المملكة العربية السعودية .. عهد خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز - دراسة استقرائية تحليلية، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر - فرع دمنهور، ع42، يوليو 2023، ص1988.

(76) نص المرسوم الملكي رقم (م/ 113) بتاريخ (1438/11/02هـ) الخاص بإنشاء لجنة الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية، واللجنة الاستئنافية، البند رقم 7 من المادة الثالثة على أن «تصدر قرارات اللجنة الاستئنافية بالأغلبية وتكون نهائية وغير قابلة للاعتراض عليها أمام أي جهة قضائية أخرى».

2 - الاختصاص النوعي

تختص هذه اللجان بنوع معين من المنازعات (مثل الضرائب أو الأوراق المالية أو البنوك)؛ ما يضمن معالجة القضايا من قبل أعضاء ذوي خبرة فنية في المجال.

3- تخفيف العبء عن القضاء

تُسهم هذه اللجان في تخفيف الضغط على المحاكم العادية، من خلال استيعاب جزء من المنازعات المتخصصة.

4- المرونة الإجرائية

لا تخضع هذه اللجان بالكامل للإجراءات المطوّلة التي تتبعها المحاكم؛ ما يسمح بتبسيط الإجراءات واتخاذ قرارات أكثر مرونة.

وعلى الرغم من هذه المزايا التي يمكن أن تحققها هذه اللجان فإن هناك مجموعة من العيوب التي يمكن استعراضها في النقطة التالية:

ثانياً: العيوب

1- الاستقلالية: إن ارتباط هذه اللجان بالسلطة التنفيذية وبالجهاز الإداري للدولة قد يُثير شكوكاً حول حياديتها، خاصةً إذا كانت الجهة الإدارية طرفاً في النزاع؛ فمثلاً لجنة المنازعات الجمركية يكون تشكيلها بقرار من وزير المالية، على الرغم من أنها تمارس عملاً قضائياً، وقراراتها نهائية لا تقبل الطعن عليها، وبالتالي فمن الأفضل أن تكون أداة اختيار أعضائها بالآلية ذاتها الخاصة بتشكيل لجان المنازعات الضريبية عن طريق مرسوم ملكي.

وتُضاف إلى ذلك أيضاً مسألة تحديد المكافآت لأعضاء اللجان، والتي أوكلت إلى مجلس إدارة الهيئة (هيئة الزكاة والضريبة والجمارك). هذا الأمر أيضاً من شأنه التأثير على الاستقلالية والحياد، ولذا فالأفضل أن ينص على تلك المكافآت في المرسوم الملكي بأنها تكون معادلة لدرجة قضاة المحاكم الابتدائية والاستئناف وفق درجة العضو في اللجنة. وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن هناك بعض الآراء التي ترحب بوجود موظفي الهيئة أو وزارة المالية، كأعضاء داخل اللجان، وذلك لما لهم من دراية وخبرة بالمسائل الفنية، ودرايتهم بالأنظمة الزكوية والضريبية⁽⁷⁷⁾.

(77) يحيى علي الجبر ومحمد سلطان السهلي، منهجية عمل لجان الاعتراض الزكوية والضريبية في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد والإدارة، مج2، ع2، 2006، ص261 و262.

2- تداخل الاختصاصات وتنازعها: قد يؤدي تعدد اللجان إلى تداخل في الاختصاصات مع المحاكم العادية أو ديوان المظالم؛ مما يُعقد مسار التقاضي، ويُربك الأفراد في تحديد الجهة المختصة.

3- الاعتماد على الكوادر غير القضائية: يعتمد عمل بعض اللجان على أعضاء من ذوي الخبرة الفنية والتأهيل العالي المحاسبي والنظامي، ولم يشترط المرسوم الملكي أن يكونوا من القضاة؛ مما قد يؤثر على جودة صياغة القرارات الصادرة، واتساقها مع المبادئ القانونية.

ثالثاً: تحقيق التوازن بين المزايا والعيوب

ويتم ذلك من خلال:

1- التدعيم بالرقابة القضائية: الأفضل خضوع قرارات اللجان لرقابة ديوان المظالم أو المحكمة الإدارية العليا، وهو ما يُحد من مخاطر التعسف. والأفضل - في تلك الحالة - هو جعل طرق الطعن وأسبابه مُحددة على سبيل الحصر، كما هي الحال في الطعن بالنقض. وبعبارة أخرى أن يكون نظر المحكمة الإدارية العليا للطعون في قرارات هذه اللجان باعتبارها محكمة قانون، وليست محكمة موضوع.

2- الكوادر المتخصصة وإعداد القضاة: هذه اللجان تُعد جهات مُكملة وليست بديلة عن القضاء، حيث تُركز على النزاعات التي تتطلب خبرة فنية كمنازعات الضرائب، أو المنازعات المصرفية، أو الأوراق المالية. ويمكن دعمها بالكوادر الشابة من القضاة ليكتسبوا الخبرات والمهارات اللازمة للفصل في هذه المنازعات الفنية، وبالتالي يكونون بعد ذلك نواة لإنشاء القضاء المتخصص.

3- آلية التعيين واختيار أعضاء اللجان: من الأفضل أن تكون أداة إنشاء هذه اللجان واختيار أعضائها بالآلية ذاتها التي يُعين بها القضاة عن طريق الأوامر الملكية، وليس أن يسند الأمر إلى الوزير المختص أو مجلس الوزراء⁽⁷⁸⁾؛ لأن الأمر الملكي يدعم فكرة استقلالية عمل هذه اللجان، أما الأدوات الأخرى فتكون مدعاة؛ لكونها تابعة للسلطة التنفيذية، وبالتالي لا يتحقق الاستقلال المنشود.

4- تنازع الاختصاص: يُحمد للمجلس الأعلى للقضاء بالملكة قيامه بإصدار دليل لخدمة الفصل في تنازع الاختصاص، وهي عبارة عن خدمة إلكترونية يمكن من

(78) عبدالعزيز محمد الزامل، اللجان القضائية، ص4، مقال منشور على الرابط التالي:

<https://ae.linkedin.com/posts/shahad-alghafees->

خلالها التقدم بطلب الفصل في تنازع الاختصاص الدائر بين محاكم القضاء العام والجهات القضائية الأخرى، سواء أكانت القضاء الإداري أم اللجان القضائية، أم اللجان شبه القضائية⁽⁷⁹⁾. ويمكن القول - في النهاية - إن هذه اللجان تعد أداة فعالة في النظام السعودي لمعالجة المنازعات المتخصصة، لكنها تحتاج إلى تعزيز استقلاليتها وضماناتها الإجرائية. وأيضاً الاهتمام بفكرة تأهيل الكوادر القضائية، من خلال هذه اللجان؛ لتكون نواة إنشاء القضاء الضريبي المتخصص داخل المملكة.

خلاصة المبحث: تناولنا في هذا المبحث كيفية نظر المنازعة الضريبية أمام لجان الفصل في النظام السعودي، واستعرضنا الدور الذي تقوم به الأمانة العامة للجان الزكوية والضريبية والجمركية في هذا المجال، وتطرقنا بالشرح والتحليل إلى إجراءات رفع الدعوى ونظرها ومراحلها، وكذلك المبادئ التي استقرت عليها اللجان الاستئنافية في مجال انقضاء الدعوى، من دون الفصل في الموضوع. وتطرقنا أخيراً إلى طرق الطعن غير العادية في قرارات هذه اللجان، والتي تتمثل في المعارضة والتماس إعادة النظر.

(79) (خدمة الفصل في تنازع الاختصاص - دليل المستخدم)، المجلس الأعلى للقضاء، السعودية، منشور على الرابط التالي: <https://scj.gov.sa/manual>

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث موضوع تسوية المنازعات الضريبية في النظام السعودي، واستعرض البحث الاتجاهات الدولية في توزيع الاختصاص القضائي في نظر المنازعات الضريبية، وأوضح البحث أن المملكة العربية السعودية تتبنى اتجاهًا جديدًا، يُعهد بمقتضاه بالفصل في المنازعات الضريبية إلى لجان إدارية ذات اختصاص قضائي، ويكون التقاضي أمامها على درجتين، والقرار الصادر منها لا يقبل الطعن عليه أمام أي جهة قضائية أخرى. وقد أفسح النظام السعودي في المجال لتبني الوسائل الودية لتسوية المنازعة الضريبية، ولذا أنشأ لجانًا للتسوية داخل هيئة الزكاة والضريبة والجمارك، تتولى تقريب وجهات النظر، وحل المنازعة بصورة ودية.

أولاً: النتائج

- تختلف الدول - فيما بينها - في إسناد الاختصاص القضائي لتسوية المنازعات الضريبية، فمنها من يوكله إلى القضاء العادي، ومنها من يوكله إلى القضاء الإداري، ومنها من يُنشئ قضاء متخصصًا.
- اتجهت المملكة العربية السعودية لإنشاء لجان إدارية ذات اختصاص قضائي لنظر المنازعات الضريبية، وكفلت لها العديد من الضمانات.
- ما يصدر عن اللجان الاستئنافية لنظر المنازعات الضريبية يعد قرارًا إداريًا، ولكن ارتأى المنظم السعودي تحصينه ضد الطعن أمام أي جهة قضائية.
- توجد عدة وسائل بديلة لتسوية المنازعات الضريبية، مثل التفاوض والتوفيق والصلح.
- تعد لجان التسوية في النظام السعودي هي الجهة المخولة بعرض تسوية النزاع وديًا على الأطراف.

ثانيًا: التوصيات

- أن يسرع المنظم السعودي في إنشاء القضاء المتخصص لنظر المنازعات الضريبية، خاصة أن اللجان حاليًا أصبحت بها كوادرات متميزة، تستطيع حمل لواء القضاء المتخصص. وأيضًا لأن الضمانات المكفولة في القضاء قلما نجد مثلها في اللجان الإدارية، خاصة ضمان عدم تدخل السلطة التنفيذية في عملها.

- أن يتبنى المنظم السعودي فكرة التحكيم الضريبي كونه إحدى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الضريبية، خاصة في المنازعات كبيرة القيمة، أو ذات الطرف الأجنبي، وهذا من شأنه طمأنة المستثمرين، وجذب مزيد من الاستثمار الأجنبي، وتحقيق أهداف «رؤية المملكة 2030».

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

- زكريا محمد بيومي :
- الطعون القضائية في ربط الضرائب على الدخل مع دراسة تحليلية في التشريعين الضريبيين الفرنسي والمصري، دار الاتحاد العربي للنشر، بيروت، 1973.
- موسوعة المنازعات الضريبية الوطنية والدولية، ط2، ب.ت، ب.ن.
- حسام عبدالله المحمد، تطور القضاء ونظامه في المملكة العربية السعودية .. عهد خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز - دراسة استقرائية تحليلية، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر - فرع دمنهور، ع42، يوليو 2023.
- حسين خلاف، مدى اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات الضرائب والرسوم في فرنسا ومصر، مجلة مجلس الدولة، القاهرة، س2.
- يحيى علي الجبر ومحمد سلطان السهلي، منهجية عمل لجان الاعتراض الزكوية والضريبية في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد والإدارة، مج2، ع2، 2006.
- محمد علي عوض الحرازي، المنازعات الضريبية ووسائل إنهاؤها في التشريعات الضريبية المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2011م.
- عبدالعزيز محمد الزامل، اللجان القضائية، موقع لينكد إن.
- صلاح حامد :
- الاختصاص القضائي بنظر منازعات الضريبة على الدخل، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج60، ع2، يوليو 2018.
- تحديد وعاء ضريبة القيمة المضافة والمشكلات المرتبطة به .. دراسة تحليلية في ضوء آراء الفقه والتشريعات الضريبية المقارنة وأحكام القضاء، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 1441/2021هـ.

- جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية .. دراسة تحليلية في ضوء آراء الفقه والتشريعات الضريبية المقارنة والاتفاقيات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، يوليو 2014.
- قدرتي نقولا عطية، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاتها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1960.
- قواعد عمل اللجان الزكوية والضريبية والجمركية، تعميم رقم 25711، بتاريخ 8 من ربيع الآخر 1445هـ، أم القرى، س101، ع5004، 12 من ربيع الآخر 1445هـ، 27 أكتوبر 2023م.
- قواعد وإجراءات عمل لجان تسوية الخلافات والمنازعات الزكوية والضريبية والجمركية، هيئة الزكاة والضريبة والجمارك.
- رمضان صديق، إنهاء المنازعات الضريبية الناشئة عن تطبيق القوانين الضريبية أو الاتفاقيات الدولية - دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Bryan T. Camp, "A History of Tax Regulation Prior to the Administrative Procedure Act", Duke Law Journal, Vol.63, (2014).
- Cemil Altun and Osman Pehlivan, "The Impact of Peaceful Resolution Methods for Tax Disputes on Administrative and Judicial Processes in Turkey", Kamu Yönetimi Ve Politikaları Dergisi, Vol. 6 Iss.1, <https://doi.org/10.58658/kaypod.1622992>.
- Chloe Burnett, "International Tax Arbitration", Australian Tax Review, Vol.36, No.3, (2007).
- John Bell and Jean-Michel and Lionel Neville Brown, "French Administrative Law", fifth Edition, Clarendon Press, Oxford, UK, 1998.
- Lana Arzumanova, "Alternative Procedures for Settling Tax Disputes", Financial Law Review, Vol.3, No.23, (2021).
- Leandra Lederman, (UN) Appealing Deference to the Tax Court", Duke Law Journal, Vol.63, (2014).

- Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin, and Victoria Summers, "The Modern VAT", International Monetary Fund (IMF), Washington, D.C., 2001.
- Linda C. Reif, "The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes", Canadian Business Law Journal, Vol.45, No.20, (2007).
- Mahendra P. Singh, "German Administrative Law: In Common Law Perspective", Springer – Verlage Berlin Heidelberg, Germany, 2013.
- Noviansyah and Sabela Gayo, "The Use of Mediation as Alternative Tax Dispute Resolution", International Journal of Research and Review, Vol.10, Iss.1, January 2023.
- OECD may add Arbitration provision to model treaty's MAP commentary, BNA Tax Report, march 2004.
- OECD, Tax Administration 2017 Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies", OECD Publishing, 2017.
- UN: Report by the subcommittee on Dispute Resolution Arbitration as an additional Mechanism to improve the mutual agreement procedure, 2010.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	347
المقدمة	348
المبحث الأول: مفهوم المنازعات الضريبية وأسبابها وأطرافها	350
المطلب الأول: التعريف بالمنازعة الضريبية وخصائصها	350
المطلب الثاني: أسباب المنازعة الضريبية	351
المطلب الثالث: أطراف المنازعة الضريبية	353
المبحث الثاني: توزيع الاختصاص القضائي في مجال المنازعات الضريبية	357
المطلب الأول: اختصاص القضاء العادي في نظر المنازعات الضريبية	358
المطلب الثاني: اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات الضريبية	359
المطلب الثالث: توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في نظر المنازعات الضريبية	360
المطلب الرابع: إنشاء قضاء متخصص لنظر المنازعات الضريبية	362
المطلب الخامس: إنشاء لجان إدارية ذات اختصاص قضائي لنظر المنازعات الضريبية	363
المبحث الثالث: الوسائل البديلة لفض المنازعات الضريبية .. ودور اللجان الإدارية (لجان التسوية) في النظام السعودي	368
المطلب الأول: الوسائل البديلة لفض المنازعات الضريبية	368
المطلب الثاني: لجنة تسوية المنازعات (اللجنة الداخلية)	380

الموضوع	الصفحة
المبحث الرابع: لجان الفصل في المنازعات الضريبية في النظام السعودي	387
المطلب الأول: الأمانة العامة للجان الزكوية والضريبية والجمركية	387
المطلب الثاني: لجان الفصل في المنازعات الضريبية في النظام السعودي	388
المطلب الثالث: إجراءات رفع الدعوى أمام اللجان الزكوية والضريبية والجمركية	390
المطلب الرابع: نظر الطعون أمام اللجان الاستئنافية	393
المطلب الخامس: انقضاء الدعوى دون الفصل في الموضوع	395
المطلب السادس: طرق الطعن غير العادية (المعارضة والتماس إعادة النظر)	398
المطلب السابع: الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة من لجان الفصل في المنازعات الضريبية والزكوية والجمركية	400
الخاتمة	405
قائمة المراجع	407

تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية دراسة في القانون القطري^(*)



أ. د. شاکر المزروعی
أستاذ القانون الخاص
كلية القانون - جامعة قطر

المخلص

تطرح هذه الدراسة الإشكالية التالية: ما الدوافع الرئيسية التي تقف وراء تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية، وما الآليات التي تُستخدم لتجسيد هذا التطور في إطار قانوني فعال يتلاءم مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية؟

هذه الإشكالية تهدف إلى استكشاف الأسباب التي تدفع إلى تحديث القوانين، سواء أكانت تلك الأسباب ذات طابع داخلي أم خارجي، كما تسعى إلى فهم الوسائل القانونية والتنظيمية التي تُستخدم لتحقيق هذا التطور وضمان استمراريته وفعاليتها. فمع تسارع التطورات الاقتصادية العالمية، وازدياد الحاجة إلى تعزيز الشفافية والمصادقية في الأسواق المالية، أصبح من الضروري تعديل الإطار القانوني بما يتلاءم مع المتغيرات المستجدة ومتطلبات المؤسسات الدولية. لذلك تتطلب هذه الدراسة فهماً متعمقاً للدوافع الكامنة وراء هذا التطور، سواء تلك المرتبطة بتحقيق الاستقرار المالي، أو تحسين المناخ الاستثماري، أو الامتثال للمعايير العالمية. ومن ناحية أخرى، لا يمكن تجاهل الآليات القانونية والإدارية التي تُستخدم لتحقيق هذا التطور، مثل إنشاء هيئات رقابية مستقلة، وتحديث التشريعات لتعزيز الحوكمة الرشيدة، واعتماد سياسات فعالة لتنظيم التداول والشفافية. بناءً على ذلك، ستركز الدراسة على محورين أساسيين: الأول يتناول الدوافع التي تحفز التغييرات في القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية (المبحث الأول)، والثاني يدرس الوسائل والآليات المعتمدة لضمان فعالية هذه التعديلات وتحقيق الأهداف المرجوة منها (المبحث الثاني).

كلمات دالة: تمويل - أسواق مالية - قانون - تطور - قطر.

وتاريخ قبوله: 11 سبتمبر 2025

(*) تاريخ تقديم البحث: 22 يوليو 2025

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

يُعد تمويل المؤسسات عنصراً حيوياً لضمان استمرارية عملها وتحقيق أهدافها⁽¹⁾، حيث يسهم التمويل في توفير المواد الأساسية اللازمة للإنتاج، ويُمكن المؤسسات من تمويل عمليات التوسع والنمو، سواء كان ذلك بفتح فروع جديدة، أو توسيع خطوط الإنتاج، أو دخول أسواق جديدة، مما يُعزز الإيرادات ويزيد الأرباح⁽²⁾. كما يُعتبر التمويل ضرورياً لدعم الأبحاث والتطوير والابتكار، مما يساعد المؤسسات على تطوير منتجات وخدمات جديدة.

إضافةً إلى ذلك، يُسهم التمويل في تحقيق الأهداف الاستراتيجية للمؤسسة، مثل زيادة الحصة السوقية، وتعزيز التنمية المستدامة، وتحقيق التوازن بين الربحية والمسؤولية الاجتماعية. وبفضل التمويل الكافي، تستطيع المؤسسات اتخاذ قرارات استراتيجية توسعية. كما أن المؤسسات التي تتمتع بقاعدة تمويل قوية تكون أكثر جاذبية للمستثمرين، مما يتيح لها جذب الاستثمارات الضرورية لتوسيع نشاطاتها وتحقيق أهدافها الاستراتيجية⁽³⁾.

ويحدث تمويل المؤسسة إما بموارد خاصة؛ أي ما يسمى بالتمويل الذاتي، وإما بتمويل خارجي من خلال أحد أمرين: الاقتراض من البنوك (التمويل غير المباشر)، أو الالتجاء للأسواق المالية (التمويل المباشر)⁽⁴⁾. وعلى عكس البنوك التي توفر تمويلاً قصير ومتوسط الأجل، فإنّ الأسواق المالية تُمكن الشركات⁽⁵⁾ من الحصول على تمويل طويل الأجل. وبذلك تشكّل الأسواق المالية عنصراً مهماً من عناصر تمويل النشاط الاقتصادي من خلال تشجيع الأفراد على الادخار واستثماره من طرف المؤسسات⁽⁶⁾.

(1) ريمة زنائرة وشريفة العيد، مصادر التمويل في المؤسسة والعوامل المؤثرة فيه: دراسة نظرية، مجلة المالية والأسواق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مج 10، ع 2، (2023)، ص 324، منشور على الرابط التالي: <https://asjp.cerist.dz/en/article/231814>، تم الاطلاع بتاريخ 2025/4/24.

(2) أحمد بوراس، تمويل المنشآت الاقتصادية، مصادر التمويل - تكلفة التمويل - التمويلات المتخصصة، دار العلوم للطباعة والنشر، عنابة، الجزائر، 2008، ص 38.

(3) توفيق محب خلة، الهندسة المالية: الإطار النظري والتطبيقي لأنشطة التمويل والاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 25.

(4) أسعد حميد العلي، الإدارة المالية، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2017، ص 15.

(5) وكذلك الحكومات.

(6) مفلح محمد عقل، مقدمة في الإدارة المالية والتحليل المالي، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2014، ص 7.

يُعد التمويل الذاتي، الذي يعتمد على رأس المال الشخصي لأصحاب الأعمال أو الأرباح التي تحققها الشركات، أساسيًا لاستمرار الشركات واستقلالها المالي. هذا النوع من التمويل يسمح للمؤسسات بالحفاظ على مرونتها المالية، وتجنب الاعتماد المفرط على الأطراف الخارجية. على الرغم من ذلك، قد يكون التمويل الذاتي غير كافٍ لتمويل المشاريع الكبيرة أو النمو السريع، مما يستدعي اللجوء إلى مصادر تمويل إضافية.

يُعتبر الاقتراض من البنوك⁽⁷⁾ من أكثر أشكال التمويل شيوعًا للمؤسسات، حيث تُقدم البنوك قروضًا قصيرة ومتوسطة الأجل تساعد الشركات على تمويل العمليات اليومية، مثل شراء المخزون أو تحديث المعدات. ومن مميزات هذا النوع من التمويل سرعة الحصول على الأموال وإمكانية التفاوض على شروط القرض. ومع ذلك فإن الفوائد المرتفعة والمخاطر المرتبطة بالاقتراض قد تشكل عبئًا ماليًا على الشركات، خاصة في فترات الانكماش الاقتصادي.

تُعتبر الأسواق المالية وسيلة مهمة لجمع رؤوس الأموال طويلة الأجل من خلال إصدار الأسهم أو السندات. ويمكن للشركات الكبيرة الاستفادة من هذا النوع من التمويل لتنفيذ مشاريع توسعية ضخمة أو دخول أسواق جديدة. على سبيل المثال، يساعد إصدار الأسهم الشركات على زيادة رأس المال من دون الحاجة إلى سداد الفوائد، بينما تُعتبر السندات أداة للحصول على تمويل طويل الأجل مع التزامات محددة تجاه المستثمرين.

ويختلف التمويل من الأسواق المالية عن التمويل البنكي في عدة نواح. فالبنوك توفر سيولة سريعة ومرنة، ولكن بتكاليف أعلى وآجال قصيرة ومتوسطة. في المقابل، تتيح الأسواق المالية للشركات إمكانية الحصول على تمويل طويل الأجل بآجال مرنة، ولكنها تتطلب إجراءات أكثر تعقيدًا في بعض الأحيان من حيث الالتزامات القانونية ومتطلبات الشفافية.

ولذلك تمارس الأسواق المالية دورًا محوريًا في تشجيع الأفراد على الادخار واستثمار مدخراتهم في الأدوات المالية المختلفة مثل الأسهم والسندات. هذا التفاعل بين المدخرين والمستثمرين يُعزز من توفير رؤوس الأموال للشركات، مما يساهم في دعم النمو الاقتصادي. وإضافة إلى ذلك، يمكن للمستثمرين الاستفادة من العوائد المالية على استثماراتهم، مما يعزز من الثروة ويحفز إلى مزيد من الادخار والاستثمار.

(7) محمد الفاتح محمود بشير المغربي، إدارة التمويل المصرفي، الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي، مصر، 2020، ص45.

ولكن على الرغم من هذه الفوائد، تواجه الشركات التي تلجأ إلى الأسواق المالية تحديات تتعلق بالتنظيم والشفافية والإفصاح المالي. كما أن الاعتماد على الأسواق المالية يمكن أن يعرض الشركات لتقلبات السوق والمخاطر المرتبطة بالاستثمارات المالية. لذا، يتطلب النجاح في هذا المجال وجود إطار قانوني ناجع وفعال لإدارة المخاطر.

ثانياً: لمحة تاريخية

إن أول سوق للأوراق المالية أنشئت في فرنسا في القرن الثالث عشر الميلادي، وفي بلجيكا كان التجار يجتمعون في القرن السادس عشر في بيت تاجر لعقد الصفقات التجارية فيما بينهم، ومن اسمه اشتقت كلمة «بورصة» التي انتشرت في جميع أنحاء العالم. وفي العام 1773 أنشئت سوق لندن للأوراق المالية، وفي العام 1792 أسست سوق نيويورك للأوراق المالية.

أما في الوطن العربي فقد أنشئت بورصة الإسكندرية في العام 1883 وبعد سبع سنوات تم تأسيس سوق الأوراق المالية في القاهرة، وفي النصف الأول من القرن الماضي شهدت بعض الدول العربية أخرى تأسيس أسواق للأوراق المالية بتأثير علاقاتها مع الدول الأوروبية، مثل لبنان والمغرب وتونس والأردن والسودان، ثم تبعتها بقية الدول العربية الأخرى. أما بورصة قطر فقد تأسست في العام 1995، وبدأت رسمياً عملياتها في العام 1997 تحت اسم «سوق الدوحة للأوراق المالية» بوجود 17 شركة مدرجة، ومنذ ذلك الوقت تطورت السوق لتصبح واحدة من أهم أسواق الأسهم في منطقة الخليج.

وفي العام 2018 صُنفت بورصة قطر أفضل البورصات أداءً. أما من الناحية التنظيمية فلقد شهد التنظيم القانوني لسوق الأوراق المالية في قطر تطوراً ملحوظاً منذ إنشاء سوق الدوحة للأوراق المالية حتى التحول إلى بورصة قطر. بدأ هذا التنظيم بإصدار القانون رقم 14 لسنة 1995، الذي وضع الإطار القانوني لإنشاء سوق الدوحة للأوراق المالية وتنظيم تداول الأوراق المالية، ثم تبعه القانون رقم 33 لسنة 2005 الذي أسس هيئة قطر للأسواق المالية كجهة رقابية مستقلة للإشراف على السوق وضمان الشفافية. وفي العام 2009، حُوّلت «سوق الدوحة» إلى «بورصة قطر»، في خطوة نوعية تهدف إلى تحديث السوق وجذب الاستثمارات الأجنبية. ثم لاحقاً، صدر القانون رقم 8 لسنة 2012 ليعيد تنظيم هيئة قطر للأسواق المالية، ويمنحها صلاحيات موسعة لضبط وتنظيم الأسواق المالية بما يتماشى مع المعايير الدولية. وإضافة إلى ذلك، أصدرت الهيئة مجموعة من اللوائح والقرارات التفصيلية المتعلقة بالإدراج والتداول والتسوية، كما تبنت قطر معايير دولية لتعزيز الشفافية وحوكمة الشركات.

وللسوق ثلاثة معانٍ رئيسية⁽⁸⁾. غالباً ما تُعرَّف السوق بأنها مكان لقاء مفترض بين المشتريين والبائعين، حيث تتم المعاملات بالتقاء العرض والطلب من دون ضرورة اجتماعهما في مكان واحد، فيقع الحديث عن سوق الذهب أو سوق القمح أو سوق القطن... الخ. وقد تعني السوق الموقع الجغرافي، أي مكان الاجتماع بين المشتريين والبائعين حيث تُبرَم العقود. وأخيراً، قد يُقصد بالسوق قواعد تنظيمها، أي الأحكام التي تحدد التعامل داخل السوق. ويتفق الفقهاء⁽⁹⁾ على أن هذه المعاني الثلاثة تجتمع في تعريف الأسواق المالية.

فالأسواق المالية هي المكان الجغرافي الذي يلتقي فيه العرض والطلب حول الأوراق المالية⁽¹⁰⁾. وهذا هو المفهوم الكلاسيكي للأسواق المالية أو ما يعبر عنه بالبورصة. كما تعني الأسواق المالية العقود المبرمة بين مختلف المستثمرين في مجال الادخار العمومي بقطع النظر عن الموقع الجغرافي، والأسواق المالية هي كذلك مجموعة القواعد التي تنظم التعامل في هذه الأسواق.

وغالباً ما تقع الإشارة إلى الأسواق المالية في صيغة الجمع نظراً إلى وجود سوقين: السوق الأولية وهي سوق الاكتتابات العامة ويتم فيها إصدار وبيع الأسهم لأول مرة، عن طريق إصدار الشركات أسهم رأس المال وبيعها للمستثمرين، والسوق الثانوية وهي سوق التداول يتم فيها بيع وشراء الأسهم بين المستثمرين. وتتألف السوق الثانوية من السوق الرئيسية والسوق الثانية. والسوق الرئيسية هي السوق التي يتم فيها تداول أسهم الشركات التي استوفت كامل المتطلبات. أما السوق الثانية فيتم فيها تداول أسهم الشركات التي لا تحقق متطلبات التداول في السوق الرئيسية، أو أسهم الشركات الحديثة

(8) G. Corn, Vocabulaire juridique, 9e édition, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2011, p.638.

(9) Th. Bonneau et F. Drummond, Droit des marchés financiers, 3e édition., Economica, Paris, 2010, n°5, p.5.

(10) قواعد التعامل في بورصة، الجريدة الرسمية، ع16، بتاريخ 2012/12/23، ص189 وما يليها: «الأوراق المالية هي الأوراق المالية المرخص بإدراجها من الهيئة، والمقبولة للتداول بالبورصة، وتشمل أي أداة مالية قابلة للتحويل ومقبولة للتداول في البورصة مثل الأسهم، وشهادات الإيداع المتعلقة بالأسهم، وسندات الدين والأوراق المالية الأخرى المشابهة لها، وصكوك الشراء اللاحق للأسهم، والأوراق المالية الأخرى التي تُحوّل مالها الحصول على أي من الأوراق المالية المذكورة، أو سلة الأوراق المالية، أو مبلغ من النقد يتم تحديده بالسعر المستقبلي لأي من الأوراق المالية، أو سلة الأوراق المالية، أو وحدات ضمن تعهدات الاستثمار الجماعي، أو المشاركة في الأدوات الاستثمارية الأخرى، وأي أوراق مالية أخرى خاضعة للقانون الواجب التطبيق والتي تعتبرها البورصة مؤهلة للتداول في البورصة».

التأسيس أو أي أوراق أو أدوات مالية أخرى تقررها الهيئة⁽¹¹⁾.

والمقصود بالقوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية هو مجموعة القواعد القانونية⁽¹²⁾ التي تُصدرها السلطة المختصة بذلك بقصد تنظيم الأسواق المالية، وهي أساساً القانون واللوائح والنظم والقرارات الصادرة عن هيئة قطر للأسواق المالية.

ثالثاً: أهمية الدراسة

تُعَدُّ هذه الدراسة ذات أهمية بالغة. فعلى المستوى النظري تسهم هذه الدراسة في إثراء المعرفة الأكاديمية في مجال القانون المالي والأسواق المالية. كما توفر إطاراً تحليلياً لفهم الأسس القانونية والنظريات المتعلقة بالتشريعات المنظمة للأسواق المالية، مما يساعد على تطوير نظريات جديدة أو تحسين النظريات القائمة في هذا المجال. أما على المستوى العملي، فإنه يمكن لهذه الدراسة أن تسهم في تطوير القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية وتوجيه صانعي السياسات العامة بشأن الإصلاحات التشريعية اللازمة لتحقيق أهداف الأسواق المالية، مثل تعزيز الشفافية وحماية المستثمرين⁽¹³⁾.

رابعاً: منهج الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي والمنهج المقارن.

خامساً: نطاق الدراسة

تشمل هذه الدراسة عدة جوانب ذات صلة بالأسواق المالية والتشريعات المنظمة لها. من ذلك فهم كيفية تطور القوانين المنظمة للأسواق المالية عبر الزمن، والعوامل التي أدت إلى التغييرات في التشريعات المالية، وتحليل الإطار القانوني الحالي الذي ينظم الأسواق المالية، ودراسة أحدث التطورات القانونية والتعديلات على القوانين القائمة التي تؤثر

(11) محمد صادق إسماعيل، البورصات العربية بين التطوير والتحديات المستقبلية: دراسة تحليلية مقارنة لأداء البورصات العربية، المنهل للنشر الإلكتروني، 2017، ص14، منشور على الرابط على التالي: <https://www.worldcat.org/title/burst-al-arabyah-bayna-al-tatawwur-wa-al-tahaddiyat-al-mustaqbalyah-dirsah-tahliyah-muqrana-h-li-ad-al-burst-al-arabyah/oclc/1184011817>.

تم الاطلاع بتاريخ 30-8-2021.

(12) حول تعريف القانون بصفة عامة: سونيا ملاك، الصياغة التشريعية في القانون القطري: قراءة في ضوابط صياغة النصوص القانونية، مجلة الدراسات القانونية والأمنية، كلية الشرطة، الدوحة، قطر، مج1، ع1، يوليو 2021، ص174.

(13) R. La Porta, F. Lopez-De-Silanes & A. Shleifer, What works in securities laws? Journal of Finance, Vol.61, Iss.1, February 2006, pp.1-32. Available at: https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/securities_jof.pdf, last accessed on 11/6/2024.

في الأسواق المالية، وتحليل تأثير القوانين المالية في سلوكيات السوق المالية وأداء الاقتصاد والمستثمرين، ومقارنة الإطار القانوني لأسواق الأوراق المالية في عدة دول لفهم الاختلافات والتشابهات.

ويكتسب هذا البحث أهمية خاصة من خلال تركيزه على دراسة تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية في دولة قطر، حيث يشكل هذا الموضوع محوراً حيويًا للنهوض بالاقتصاد الوطني وتعزيز بيئة الاستثمار. ويأتي التركيز على القانون القطري تحدياً بهدف تقديم تحليل معمق للإطار القانوني المحلي، في ظل التحديات الاقتصادية المتزايدة وحاجة الدولة إلى مواكبة المعايير الدولية. كما أن تسليط الضوء على التجربة القطرية في هذا المجال يساهم في إبراز نقاط القوة واستشراف المجالات التي يمكن تطويرها، مع الاستعانة بمقاربات مقارنة مع قوانين أجنبية لإثراء النقاش وتقديم مقترحات عملية تدعم جهود الإصلاح القانوني.

سادساً: إشكالية الدراسة

تطرح هذه الدراسة الإشكالية التالية: ما الدوافع الرئيسية التي تقف وراء تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية، وما الآليات التي تُستخدم لتجسيد هذا التطور في إطار قانوني فعال يتلاءم مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية؟

كيف يمكن تناول تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية؟

ما المشاكل التي يثيرها تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية؟

هذه الإشكالية تهدف إلى استكشاف الأسباب التي تدفع إلى تحديث القوانين، سواء أكانت تلك الأسباب ذات طابع داخلي أم خارجي، كما تسعى إلى فهم الوسائل القانونية والتنظيمية التي تُستخدم لتحقيق هذا التطور وضمان استمراريته وفعاليتها. فمع تسارع التطورات الاقتصادية العالمية، وازدياد الحاجة إلى تعزيز الشفافية والمصادقية في الأسواق المالية، أصبح من الضروري تعديل الإطار القانوني بما يتلاءم مع المتغيرات المستجدة ومتطلبات المؤسسات الدولية. لذلك تتطلب هذه الدراسة فهماً متعمقاً للدوافع الكامنة وراء هذا التطور، سواء تلك المرتبطة بتحقيق الاستقرار المالي، أو تحسين المناخ الاستثماري، أو الامتثال للمعايير العالمية. ومن ناحية أخرى، لا يمكن تجاهل الآليات القانونية والإدارية التي تُستخدم لتحقيق هذا التطور، مثل إنشاء هيئات رقابية مستقلة، وتحديث التشريعات لتعزيز الحوكمة الرشيدة، واعتماد سياسات فعالة لتنظيم التداول والشفافية.

سابعاً: خطة الدراسة

ستُركز الدراسة على محورين أساسيين: الأول يتناول الدوافع التي تُحفز التغييرات في القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية (المبحث الأول)، والثاني يدرس الوسائل والآليات المعتمدة لضمان فعالية هذه التعديلات وتحقيق الأهداف المرجوة منها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

دوافع تطوّر القوانين الحاكمة لأسواق المال

لا يحدث تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية بمعزل عن العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحيطة، بل هو انعكاس لتغيرات جوهرية تفرض على المشرّع تحديث الإطار القانوني بما يتماشى مع الاحتياجات المتجددة. ومن بين أبرز هذه العوامل، تأتي الحركية الاقتصادية التي تشكل دافعاً أساسياً لتطوير التشريعات، حيث يتطلب النمو الاقتصادي والتغيرات في البيئة الاستثمارية إرساء قواعد قانونية أكثر مرونة وكفاءة، وهو ما سيتناوله المطلب الأول. إضافةً إلى ذلك، تُمثل المنافسة بين الأسواق المالية حافزاً رئيسياً لتطوير القوانين، إذ تسعى الدول إلى تعزيز جاذبية أسواقها المالية من خلال تحسين الأطر التنظيمية لمواكبة التطورات العالمية واستقطاب الاستثمارات، وهو ما يشكل محور المطلب الثاني.

المطلب الأول

الحركية الاقتصادية

يرتبط قانون الأسواق المالية، أكثر من أي قانون آخر، بحركية الحياة الاقتصادية التي هو جزء منها. وبمفهومه العام، يوفر قانون الأسواق المالية الأدوات القانونية اللازمة لتنظيم جانب من النشاط الاقتصادي المتصل بالأوراق المالية. وباعتبار أنّ التنمية الاقتصادية تحتاج إلى ديناميكية مستمرة، فإنّها تتطلب بصفة متواصلة قواعد قانونية جديدة لتنظيمها⁽¹⁴⁾. وبالتالي فإن الطابع التنظيمي لقانون الأسواق المالية، يؤدي إلى استنتاج مُفاده أن تعديلات هذا الفرع من القانون هي انعكاس، على الساحة القانونية، لتحولات النظام الاقتصادي نفسه. هذه هي الحال بالنسبة إلى عدد من التطورات المهمة التي عرفها تنظيم الأسواق المالية والذي هيمن عليه البحث عن النجاعة الاقتصادية. إن ظهور ممارسات تجارية جديدة أو اهتمامات جديدة داخل الأسواق المالية يوضح هذا البعد لقانون الأسواق المالية عبر مراجعة الأنماط القانونية للتدخل في النشاط الاقتصادي.

(14) P.-H. Cassou, Le droit financier un droit adapté à la vie financière, Revue d'économie financière, n°25, 1993, p.10.

ومع ذلك، فإن دور قانون الأسواق المالية لا يتوقف عند هذه الرؤية البسيطة، باعتبار أنه، وبمناسبة تحقيقه سياسة اقتصادية معينة، يحاول قانون الأسواق المالية أيضاً فرض أهدافه. إن قواعد القانون ليست مجرد تحقيق لأهداف اقتصادية محددة، إنها أيضاً تعبير عن مبادئ قانونية ومحاولة لتكييف النشاط الاقتصادي مع هذه المبادئ المهمة.

إنّ حركية النشاط الاقتصادي تجعل القانون الاقتصادي بصفة عامة دائماً ما يتخلف عن تنظيم الأعمال التجارية. ويخطئ من يعتقد أنّه في الإمكان التوصل يوماً ما إلى تشريع اقتصادي دائم أو مستمر لأن هذا لا يتوافق مع الحياة الاقتصادية، فهي نفسها متطورة للغاية.

لكن ولئن كانت للنشاط الاقتصادي الأسبقية الزمنية مقارنةً مع القواعد القانونية، فإن الأخيرة هي التي تحدّد الإطار الذي يمكن فيه ممارسة هذا النشاط. فهي التي تحدّد الشروط والقيود، وهو ما يحتمّ عليها أن تكون مواكبة لتطوره ومتكيفة مع تقلباته. وهذا ما يجعل هذا الفرع من القانون في حركة تطوّر مستمر.

ويمكن القول إن القوانين القطرية المنظمة للأسواق المالية عرفت عديداً من التغييرات نتيجة لتحول السياسات والخيارات الاقتصادية. وتَجَسَّم هذا التغيير أساساً في القواعد التي تنظم الولوج إلى الأسواق المالية.

بالنسبة إلى الاستثمار الداخلي أطلقت بورصة قطر في العام 2012، سوق الشركات الناشئة المخصص لإدراج الشركات الصغيرة والمتوسطة⁽¹⁵⁾، وهي سوق مخصصة لتسهيل إدراج الشركات الصغيرة والمتوسطة، بحيث تتمتع هذه السوق بمتطلبات ميسرة وأكثر مرونة مقارنةً مع متطلبات الإدراج في السوق الرئيسية، على أن تُرقى الشركات في سوق الشركات الناشئة إلى السوق الرئيسية بعد أن تضطلع بتنمية مواردها وتطوّر أدائها.

وفي العام 2021 أصدرت هيئة قطر للأسواق المالية نظاماً جديداً لطرح وإدراج الأوراق المالية في الأسواق المالية⁽¹⁶⁾، حتى تكون إجراءات ومتطلبات الطرح والإدراج متاحة لشريحة أكبر من الشركات.

(15) وهي الشركات التي لها حد أدنى من سجلات الأداء وذات مستوى أعلى من المخاطر، ولكنها تندرج في خانة الشركات في طور النمو والتي تحتاج إلى الحصول على رأس المال المطلوب من أجل عملية الإدراج.

(16) قرار مجلس إدارة هيئة قطر للأسواق المالية رقم 4 لسنة 2020 بإصدار نظام طرح وإدراج الأوراق المالية في الأسواق المالية، المؤرخ في 14 فبراير 2021 والنشور بالجريدة الرسمية، ع3، بتاريخ 24 مارس 2021.

وتتمثل عملية الطرح في دعوة الجمهور، بناءً على نشرة طرح موافق عليها من الهيئة، إلى الاكتتاب في أداة مالية جديدة أو شراء أداة مالية قائمة. أما الإدراج فيتمثل في قبول ورقة مالية للتداول في البورصة.

وأهم ما يتضمنه النظام الجديد لطرح وإدراج الأوراق المالية، دمج كل من متطلبات طرح وإدراج الأوراق المالية في السوقين الرئيسية والثانية، وتنظيم العلاقة فيما بينهما من خلال إضافة شروط لنقل إدراج الشركات من السوق الرئيسية إلى السوق الثانية، وذلك بهدف زيادة درجة الارتباط فيما بينهما وتفعيل وتنشيط التداولات والإدراج بالسوق الثانية، وتحسين معايير استمرار إدراج الشركات في السوق الرئيسية.

كما تضمن النظام الجديد إتاحة الإدراج المباشر في كل من السوقين، واستحداث بعض الآليات الحديثة وفقاً لأفضل الممارسات الدولية المتعلقة بطرح الأوراق المالية، وما يناسب السوق المحلية منها وبما يساهم في إيجاد بدائل متعددة لتسعير أسهم الاكتتابات العامة مثل آلية البناء السعري، وكذلك إتاحة الفرصة للشركات التي تطرح أسهمها في اكتتاب عام للجمهور لاستخدام الآليات المناسبة للمحافظة على الاستقرار السعري للأسهم بعد الإدراج. كما اشتمل أيضاً على العديد من الضوابط التي تساهم في زيادة درجة الشفافية ورفع معدلات الإفصاح بالسوق الرئيسية بصفة خاصة، وبما يواكب استخدامات التكنولوجيا الحديثة بهذا الشأن⁽¹⁷⁾.

ومن المتوقع أن يؤدي تطبيق النظام الجديد إلى نتائج اقتصادية إيجابية من خلال زيادة عدد الشركات المدرجة ومعدلات دوران وحجم سيولة أسهمها، وكذلك تفعيل السوق الثانية وتشجيع الإدراج بها، وزيادة درجة الارتباط وضبط الانتقال بين السوقين وجذب مزيد من الاستثمارات إلى سوق رأس المال القطري.

أما فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي فلقد أجاز القانون رقم 1 لسنة 2019 المتعلق بتنظيم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الاقتصادي⁽¹⁸⁾ للمستثمرين الأجانب تملك أسهم في الشركات المدرجة بنسبة تصل إلى 49% من أسهم الشركات القابلة للتداول قصد توفير مزيد من السيولة مع دخول غير القطريين، بالإضافة إلى زيادة أحجام التداول ووجود محافظ استثمارية جيدة يمكن أن تساهم في المحافظة على توازن السوق.

(17) Th. Foucault, Liquidité, coût du capital et organisation de la négociation des valeurs mobilières, Revue d'économie financière, Association d'économie financière, n°82, 2006, p.123.

(18) الجريدة الرسمية القطرية، ع2، بتاريخ 24 يناير 2019، ص5.

كما أقرّ القانون مجموعة من الحوافز للمستثمر الأجنبي أهمّها الإعفاء من ضريبة الدخل وفقاً للضوابط والإجراءات، وبالمدة المنصوص عليها بقانون ضريبة الدخل، وحرية تحويل استثماراته من وإلى الخارج من دون تأخير، وتشمل هذه التحويلات (عائدات الاستثمار - حصيلة بيع أو تصفية كل أو بعض استثماراته - حصيلة المبالغ الناتجة عن تسوية منازعات الاستثمار - أي تعويضات تستحق له) كما أجاز القانون لمجلس الوزراء، بناءً على اقتراح الوزير، منح مشروعات الاستثمار الأجنبي حوافز ومزايا بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في القانون.

ومن المهمّ الإشارة إلى أنّ مجلس الوزراء وافق خلال الاجتماع الذي انعقد بتاريخ 14 أبريل 2021 على مشروع قانون لتعديل المادة 7 من قانون 2019 للسماح للمستثمرين غير القطريين بتملك الشركات المدرجة في بورصة قطر بالكامل من أجل جذب استثمارات أجنبية، واستقطاب وتدفع رؤوس الأموال الأجنبية.

يتضح من خلال استعراض أبرز التعديلات القانونية الحاصلة في مجال أسواق الأوراق المالية أن الحركة الاقتصادية تُعدّ أحد العوامل الجوهرية التي تسهم في تطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية. فالتغيرات الاقتصادية، سواء كانت ناتجة عن تحولات داخلية أو تأثرات من الاقتصاد العالمي، تفرض على المشرع تعديل القواعد القانونية؛ لتواكب هذه التغيرات ولتكون قادرة على الاستجابة لتحديات السوق المالية المتجددة.

وعلى سبيل المثال، فإنه في فترات النمو الاقتصادي أو التوسع في الأنشطة التجارية، تزداد الحاجة إلى توفير بيئة قانونية تشجع على الاستثمارات، سواء كانت محلية أو أجنبية، وتسهم في تعزيز السيولة في السوق المالية. في المقابل، خلال فترات الركود أو التقلبات الاقتصادية، يصبح من الضروري أن يتضمن الإطار القانوني آليات للحفاظ على استقرار السوق وحماية حقوق المستثمرين.

إن العلاقة بين الحركة الاقتصادية وتطور القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية ليست مجرد علاقة رد فعل، بل هي علاقة تفاعلية حيث تُحفز التغيرات الاقتصادية التعديلات القانونية، بينما تسهم القوانين الجديدة في توجيه الحركة الاقتصادية نحو اتجاهات معينة. فإقرار التشريعات التي تسهل الوصول إلى الأسواق المالية، مثل تنظيم الإدراج والطرح العام للأوراق المالية، من شأنه أن يسهم في رفع مستوى السيولة ويجذب الاستثمارات الجديدة، وهو ما يعزز النشاط الاقتصادي العام.

وعلى النقيض قد تفرض أزمات اقتصادية أو متطلبات جديدة من السوق على

المشرعين سنَّ قوانين تعزز الشفافية، وتحسن الإفصاح المالي، وتحد من المضاربات، بما يساهم في استقرار السوق وحمايتها من تقلبات غير مبررة. فعلى سبيل المثال، في الولايات المتحدة، أدت الأزمة المالية العالمية في 2008 إلى إعادة تشكيل النظام القانوني للأسواق المالية عبر إصدار قانون

«Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act»

الذي عزز رقابة الحكومة على الأسواق المالية وحسَّن الشفافية وحدَّ من المخاطر النظامية، وهو ما كان ضرورياً لضمان استقرار النظام المالي. هذا التعديل التشريعي كان استجابة مباشرة للركود الاقتصادي والحاجة إلى حماية المستثمرين والمستهلكين. وفي السياق الأوروبي، عكست القوانين التنظيمية للأسواق المالية في الاتحاد الأوروبي هذه الحركة الاقتصادية في 2018 من خلال تطبيق

«MiFID II» (Markets in Financial Instruments Directive)

هذا التشريع الأوروبي جاء نتيجة للتحويلات الاقتصادية الكبرى التي حدثت بعد الأزمة المالية، إذ كان الهدف منه تعزيز الشفافية في أسواق الأوراق المالية، وتحقيق الاستقرار المالي عبر توفير قواعد صارمة لعمليات التداول وحماية المستثمرين. ويتضح من خلال هذه التشريعات كيف يمكن للأزمات الاقتصادية أن تفرض تغييرات على الإطار القانوني لأسواق الأوراق المالية لضمان استقرارها واستمرارها.

أما في إطار القانون القطري، فقد شهدت الأسواق المالية في قطر تطوراً ملموساً في استجابتها لمتطلبات الاقتصاد الوطني، حيث أدت الحركة الاقتصادية في دولة قطر إلى تعديلات قانونية مهمة، مثل إصدار نظام جديد لطرح وإدراج الأوراق المالية في 2021. هذا النظام تضمَّن آليات مرنة لإدراج الشركات الصغيرة والمتوسطة، وأتاح تيسير الإجراءات على المستثمرين المحليين والأجانب، وهو ما يعكس تحسناً في البيئة الاستثمارية استجابة للنمو الاقتصادي المستمر في قطر. كما أن قانون تنظيم استثمار رأس المال غير القطري في 2019، الذي سمح للمستثمرين الأجانب بتملك أسهم في الشركات القطرية بنسبة تصل إلى 49%، يعكس الحاجة إلى جذب الاستثمارات الأجنبية وتعزيز السيولة في السوق القطرية.

علاوة على ذلك تساهم الحركة الاقتصادية في خلق دافع مستمر لإدخال التقنيات الحديثة والابتكارات القانونية في إطار سوق الأوراق المالية. فالتطورات التكنولوجية والمالية قد تفرض على المشرعين تطوير إطار قانوني يواكب هذه الابتكارات، ويسمح

بدمج أدوات مالية جديدة أو آليات تداول مبتكرة. من هذا المنطلق، يمكن القول إن الحركية الاقتصادية تؤدي دوراً حاسماً في تحفيز تطور القوانين المنظمة للأسواق المالية، حيث تخلق الحاجة المستمرة للتكيف مع المتغيرات الاقتصادية والتكنولوجية لضمان فاعلية السوق المالية واستقرارها وصمودها أمام منافسة بقية الأسواق المالية.

المطلب الثاني

المنافسة بين الأسواق المالية

إن كانت الأسواق المالية مسرحاً للمنافسة، فلقد أصبحت بدورها طرفاً فاعلاً فيها، بمعنى أننا نشهد الآن منافسة بين مختلف الأسواق المالية، بالإضافة إلى تلك الموجودة داخل الأسواق المالية⁽¹⁹⁾. وهذه المنافسة هي التي تدفع بالسلطات إلى تطوير تشريعاتها بصفة مستمرة قصد تشجيع الاستثمار في الأوراق المالية واستقطاب أكبر عدد ممكن من المستثمرين⁽²⁰⁾.

وتخوض الأسواق المالية نوعين من المنافسة: الأولى داخلية وهي التي تنشأ بينها وبين بقية أشكال التمويل المالي وأساساً المؤسسات البنكية. والثانية، خارجية وهي التي تقوم بينها وبين الأسواق المالية الأجنبية وخاصة منها مثيلاتها في المنطقة لجلب المستثمرين الأجانب.

وتدفع المنافسة بشكلها الداخلي والخارجي، المشرع إلى التطوير والتحديث المستمريين لأنظمة وتشريعات سوق رأس المال بما يواكب نسق التطور العالمي لمصادر التمويل، واحتياجات المستثمرين بمختلف شرائحهم، وتمكينهم من أشكال متنوعة من الاستثمار من خلال تنويع وتطوير الأوراق المالية المدرجة. من ذلك ما قامت به بورصة قطر في العام 2019 من خلال تنفيذ عملية تجزئة القيمة الاسمية لأسهم الشركات المدرجة في البورصة⁽²¹⁾.

(19) M. Pagano, Trading Volume and Asset Liquidity, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 104, Iss. 2, May 1989, pp. 255–274. <https://doi.org/10.2307/2937847>, Last accessed on 22/5/2024.

(20) D. Keuffi, La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, France, 2010, p. 19.

(21) قرار هيئة قطر للأسواق المالية بتاريخ 8 أبريل 2019، متاح على موقع الهيئة الإلكتروني <https://www.qfma.org.qa/Arabic/MediaCenter/News/Pages/news123.aspx>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 15 سبتمبر 2021.

والمقصود بتجزئة الأسهم⁽²²⁾ هو زيادة عدد أسهم الشركة إلى عدد أكبر من الأسهم بقيمة اسمية أقل⁽²³⁾، من دون أي تأثير أو تغيير في حقوق المساهمين وبما لا يؤثر في إجمالي القيمة السوقية لمحفظة العميل⁽²⁴⁾، حيث يُفضل بعض المستثمرين عدم الاستثمار في أسهم معينة إذا كان سعر السهم الواحد مُرتفعاً. لذلك تُسهم عملية تجزئة الأسهم في خفض سعر الأسهم المتداولة، وبالتالي تمكين مزيد من المستثمرين من شراء الأسهم⁽²⁵⁾. وتمكن تجزئة الأسهم من تقليل سعر السهم مما يسمح بزيادة عدد الأسهم المتاحة للتداول وزيادة معدلات التداول بالأسهم، وبالتالي زيادة عدد المساهمين وتيسير دخول صغار المستثمرين للسوق⁽²⁶⁾.

ويحدث ذلك بصفة عامة عندما يلاحظ مسيرو الشركة أن سعر أسهمها ارتفع إلى مستوى يمكن اعتباره غير ملائم لأنه قد يؤدي إلى عزوف صغار المستثمرين عن اقتناء أسهمها، والبحث عن طرق استثمار منافسة كالأدخار البنكي، فيعمدون إلى تقسيم هذه الأسهم إلى عدد أكبر بما ينعكس على سعرها ويزيد بالتالي في سيولتها بمعنى يزداد الطلب عليها⁽²⁷⁾.

والهدف من إقرار هذه الإجراءات هو جذب مزيد من الاستثمارات الى سوق رأس المال القطري. وجاءت هذه الإجراءات في إطار المنافسة بين بورصات الخليج لجذب

(22) Stock split.

(23) D. Ikenberry, G. Rankine and E. Stice, What Do Stock Splits Really Signal?, Journal of Financial and Quantitative Analysis, Published online by Cambridge University Press, 06 April 2009, pp.357 – 375.

<https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-financial-and-quantitative-analysis/article/abs/what-do-stock-splits-really-signal/46D1B882F218BBED33C37FA9C4ED1709>. Last accessed on 15/9/2024.

(24) A. Selenia, Les opérations sur titres de fractionnement et de regroupement d'actions : quel(s) impact(s) sur la liquidité des titres, Mémoire de master, Université Catholique de Louvain, 2020, p.13 et s.

<http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:24119>. Consulté le: 17/10/2021.

(25) بخلاف عملية التقسيم العكسي للأسهم في البورصة والذي يتمثل في تقليص عدد الأسهم المصدرة من الشركة، وبالتالي يُرفع سعر السهم مما يؤدي إلى خفض عدد المساهمين، وتلتجئ الشركة إلى التقسيم العكسي عند نزول سعرها إلى حد أدنى مما يهدد بمغادرتها للسوق.

(26) F. Guo, K. Zhou et J. Cai, Stock splits, liquidity, and information asymmetry-An empirical study on Tokyo Stock Exchange, J. Japanese Int. Economies, Vol.22, (2008), pp.417-438. Available at:

<https://ideas.repec.org/a/eee/jjieco/v22y2008i3p417-438.html>. Last accessed: 22/5/2024.

(27) R.A. Lamontagne, La planification financière personnelle, 2^{ème} édition, Presses de l'Université du Québec, Canada, 2002, p. 139.

الاستثمارات حيث عمدت بورصات دبي والسعودية والبحرين إلى تعديل قوانينها من خلال تسهيل عمليات الإدراج المزدوج.

ومواكبةً للتطور التكنولوجي بوصفه عاملاً من عوامل المنافسة بين الأسواق المالية، أُقرّ في العام 2002 إنشاء أول موقع إلكتروني لبورصة قطر والذي يسمح للمستثمر بأن يتابع عبر الإنترنت أسعار الأوراق المالية بشكل فوري، وبمتابعة مجريات التداول بغض النظر عن موقعه الجغرافي، وباستغلال الفرص الاستثمارية لحظة توافرها، إضافة إلى معلومات التداول الأخرى وأي معلومات توفرها البورصة له من خلال الخدمة، ليضطلع بعدها بإدخال أوامر الشراء والبيع الخاصة به من دون الحاجة إلى الاتصال مباشرة.

وبذلك تمكّن هذه الخدمة من استقطاب مستثمرين جدد سواء كانوا محليين أو أجانب، وزيادة قاعدة المتعاملين بالأوراق المالية، وزيادة سيولة السوق وارتفاع أحجام التداول. وفي العام 2010 أدخلت منصة تداول جديدة تعتمد على أحدث تكنولوجيات التداول المستخدمة في البورصات العالمية على غرار Euronext و Nyse.

وتُمكن هذه الآليات الإلكترونية المتطورة المستثمر من التداول بغير حاجة إلى الذهاب إلى شركات الخدمات المالية لتداول الأوراق المالية أو زيارة البورصة نفسها. ويسمى هذا النظام بنظام توجيه الأوامر الآلي⁽²⁸⁾. ويمكن الجزم بأن غياب التداول الإلكتروني صار يشكل في وقتنا الحاضر عائقاً في السباق التنافسي بين أسواق الأوراق المالية. لذلك حرصت بورصة قطر على إقرار هذا الشكل من التداول، وقد نصت المادة (3.1.1) من الفصل الأول من الباب الثالث لقواعد التعامل في بورصة قطر⁽²⁹⁾ على أنه «يجوز للأعضاء السماح لعملائهم بدخول السوق من خلال نظام توجيه الأوامر الآلي».

وفي الإطار نفسه، انضمت بورصة قطر في العام 2016 إلى مبادرة الأمم المتحدة للبورصات المستدامة⁽³⁰⁾، وهي مبادرة أطلقتها الأمم المتحدة تهدف إلى تشجيع البورصات، وبالتعاون مع المستثمرين ومنظمي سوق رأس المال والشركات، على الاهتمام بقضايا التنمية المستدامة والتي تركز على الحفاظ على مستوى أداء بيئي جيد ومسؤولية اجتماعية متميزة والتزامها بمعايير حوكمة الشركات.

(28) والذي عرّفته المادة (1.1.1). من قواعد التعامل في البورصة، الجريدة الرسمية، ع16، بتاريخ 2012/23/12، ص189. وتم تعديل هذه القواعد في 2020/09/20. الجريدة الرسمية، ع15، بتاريخ 2020/09/20، ص12. بكونه «أي نظام من نظم المعلومات التي تُحوّل العمل إلى إرسال الأوامر إلى العضو وتسليمها إلى منصة التداول الخاصة بالبورصة من دون تدخل بشري».

(29) الجريدة الرسمية، ع16، بتاريخ 2012/12/23، ص189. وتم تعديل هذه القواعد في 2020/09/20. الجريدة الرسمية، ع15، بتاريخ 2020/09/20، ص12.

(30) Sustainable Stock Exchange Initiative.

وبذلك كانت بورصة قطر مواكبة للتطور الحاصل بظهور عوامل تنافسية جديدة لجذب المستثمرين الذين يبحثون عن الشركات التي تعمل من أجل تطوير نشاطاتها بطريقة مستدامة، باعتبار أن عوامل الاستدامة أصبحت تحظى باهتمام من طرف المستثمرين الذين يدمجون هذه العوامل في قراراتهم الاستثمارية. وبالتالي أصبح إدراج أسهم الشركات التي تتبنى مبادئ واستراتيجيات التنمية المستدامة عاملاً تنافسياً في جذب رأس المال، خاصة أن بورصات المنطقة قد انضمت لهذه المبادرة على غرار بورصة أبوظبي وبورصة عمان.

تُعتبر المنافسة بين الأسواق المالية، سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي، عاملاً محورياً يدفع إلى تطور وتحديث التشريعات القانونية المنظمة للأسواق المالية. فالمشرعون في الدول المختلفة يواجهون ضغوطاً مستمرة لتحديث قوانينهم بما يتماشى مع التطورات العالمية في مجال أسواق الأوراق المالية، وذلك من أجل مواكبة التنافس الإقليمي والدولي وجذب الاستثمارات. هذه المنافسة تدفع الأسواق المالية إلى تحسين أطرها القانونية والتنظيمية بما يواكب المتطلبات المتزايدة للمستثمرين، ويسهم في زيادة السيولة وتعزيز الاستقرار.

وبذلك فإن المنافسة بين الأسواق المالية تتخذ عدة أشكال، منها المنافسة بين البورصات الجهوية داخل المنطقة نفسها، كما هي الحال في دول الخليج، حيث تسعى كل بورصة إلى تطوير قوانينها بهدف جذب المستثمرين المحليين والأجانب. في هذا السياق، نجد أن بورصة قطر قد طبقت عدداً من التعديلات التشريعية لتسهيل عمليات الإدراج والتداول. من ذلك إصدار قوانين جديدة لتسهيل تجزئة الأسهم. وبالمثل طبقت بورصة السعودية في السنوات الأخيرة الإجراءات نفسها من خلال تسهيل إدراج الشركات الصغيرة والمتوسطة، وتقليل القيود المفروضة على استثمارات الأجانب.

هذه المنافسة قد تكون كذلك بين الأسواق المالية العالمية. على سبيل المثال: البورصات العالمية، مثل بورصتي نيويورك ولندن، تضع معايير صارمة لتسعير الأوراق المالية والإفصاح عن المعلومات، مما يدفع بورصات أخرى مثل بورصة قطر أو دبي إلى تعديل قوانينها وتحسين آلياتها، لتظل قادرة على جذب الاستثمارات. هذا يخلق نوعاً من «المنافسة القانونية»، حيث يتعين على المشرعين إجراء تعديلات قانونية تشجع على التوسع والتطوير في الأسواق المالية. في بعض الحالات تصبح هذه التعديلات ضرورية لمواكبة التدفقات المالية العالمية وأدوات الاستثمار الحديثة مثل منصات التداول الإلكترونية أو أسواق الأدوات المالية المشتقة. وبذلك لا تقتصر المنافسة بين الأسواق

المالية على التنافس بين البورصات فقط، بل تشمل أيضاً منافسة بين الأنظمة القانونية التي تحكم هذه الأسواق.

فبينما تسعى البورصات إلى جذب الاستثمارات وتحقيق السيولة وتنويع الأدوات المالية، يترتب على هذه المنافسة ضغط مستمر على المشرعين والقائمين على سن التنظيمات المالية لتعديل وإصلاح القوانين بما يتناسب مع التطورات المستمرة في الأسواق، فضلاً عن المعايير الدولية المتزايدة. ومن ثم يتوسع مسرح المنافسة ليشمل المشرعين الذين يواجهون تحديات في تقديم أطر قانونية متطورة تواكب هذه المتغيرات، بما يعكس احتياجات السوق، ويعزز من قدرة السوق المالية على جذب الاستثمارات.

وعليه فإن المنافسة بين الأسواق تؤدي بشكل غير مباشر إلى تنافس بين الأنظمة القانونية، حيث تسعى هذه الأخيرة إلى تكيف نفسها مع احتياجات السوق المتغيرة والتطورات العالمية، مما يجعل المشرعين يتبنون سياسات قانونية جديدة ومتجددة لضمان استمرار قدرتهم على جذب الاستثمارات وتنظيم الأسواق بشكل فعال.

إن «المنافسة القانونية» بين الأنظمة المالية المختلفة يمكن أن تكون مصدراً لتحفيز الابتكار التشريعي، حيث تسعى الدول إلى تعزيز بيئاتها الاستثمارية من خلال قوانين مرنة تشجع على المنافسة الحرة. فعلى سبيل المثال، قد تتبنى بعض الدول تعديلات قانونية بهدف تسهيل الإجراءات المتعلقة بالإدراج في البورصات أو تحسين آليات الإفصاح، كما هي الحال مع إدخال قوانين جديدة تسمح بالتداول الإلكتروني أو طرح الأدوات المالية المستدامة، بما يتماشى مع المعايير البيئية والاجتماعية المتزايدة عالمياً.

وبذلك، يتضح أن المنافسة بين الأسواق المالية تشكل دافعاً رئيسياً لتطوير القوانين المنظمة للأسواق، حيث تسعى كل بورصة إلى تحديث قوانينها وأدواتها التنظيمية من خلال آليات مختلفة.

المبحث الثاني

آليات تطوّر الإطار القانوني لأسواق الأوراق المالية

يشهد الإطار القانوني لأسواق الأوراق المالية تطوّرًا مستمرًا، مواكبًا للتحديات الاقتصادية والتكنولوجية. ولضمان فعالية هذا التطور، تتعدد الآليات التي تسهم في تحسين القوانين المنظمة لهذه الأسواق، وتتمثل أبرز هذه الآليات في الاستناد بصفة ملحوظة إلى المصادر المهنية والمصادر الدولية. أما المصادر المهنية فهي القرارات والتوجيهات الصادرة عن الهيئات التنظيمية المختصة، التي تملك السلطة القانونية لتحديد القواعد والإجراءات التنظيمية الخاصة بقطاع الأسواق المالية. هذه القرارات تسهم في ملاءمة التشريعات المحلية مع متطلبات السوق ومتغيراتها (المطلب الأول). ومن جهة أخرى، تؤدي المصادر الدولية دورًا أساسيًا من خلال المعايير والإرشادات التي تضعها المنظمات الدولية، مما يسهم في التنسيق بين التشريعات المختلفة وضمان التوافق مع أفضل الممارسات العالمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المصادر التشريعية والمهنية

يتكون القانون من مجموعة من القواعد، ولهذه القواعد مصادر مختلفة. ويمكن تقسيم هذه المصادر إلى عدة تقسيمات، ومن هذه التقسيمات التمييز بين نوعين من المصادر: المصادر التشريعية والترتيبية من جهة، والمصادر المهنية من جهة أخرى. والمصادر المهنية هي القرارات التي تتخذها سلطة مهنية مختصة بموجب القانون لتنظيم قطاع معين⁽³¹⁾. فهي التي تحدد سلوك مختلف المهنيين وتفرض عليهم التزامات عديدة تتعلق بممارسة مهنتهم. وتعدّ المصادر المهنية آلية تُمكن قانون الأسواق المالية من التطوّر نظرًا إلى ما تتميز به من مرونة بالمقارنة مع المصادر التشريعية أو الترتيبية، بالإضافة إلى قربها من واقع المعاملات داخل الأسواق المالية⁽³²⁾.

(31) F.-A. Hayek, Droit, législation et liberté, PUF, Paris, Vol.1, (1973), Vol.2, (1976) et Vol.3, (1979).

(32) Y. Guyon, Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs?, Revue Sociétés, 1995, p.215.

لذلك ظهر التنظيم الذاتي كشكل جديد لتنظيم عديد من المجالات وخصوصاً الأسواق المالية⁽³³⁾، والذي نال استحسان المتدخلين في مجال الأوراق المالية، وهو ما سمح بإحداث تحولات كبرى على مستوى التعامل داخل الأسواق المالية، على أساس أن نجاعة التنظيم والقواعد التي يجري وضعها لا يمكن النظر إليها بطريقة مجردة، بل يجب تقييمها في إطار العلاقة بين معاييرها والشئ الخاضع للتنظيم. وتُعتبر الأسواق المالية، في هذا السياق، مجالاً ملائماً للتنظيم الذاتي⁽³⁴⁾.

ويمكن تعريف التنظيم الذاتي⁽³⁵⁾ بكونه التنظيم الداخلي؛ أي من دون تدخل سلطة خارجية. في الولايات المتحدة الأمريكية، اتخذ الرئيس فرانكلين روزفلت، منذ بدء ولايته الأولى، المبادرة التي أدت إلى إنشاء سلطة اتحادية مستقلة لتنظيم الأسواق المالية والتي منحها سلطات معينة. وهكذا اعتمد الكونجرس «قانون الأوراق المالية والبورصات» للعام 1934 الذي أنشأ هيئة الأوراق المالية والبورصات.

من حيث طبيعتها القانونية وقع اعتبار هيئة الأوراق المالية والبورصات هيئة إنفاذ للقانون⁽³⁶⁾، وهيئة شبه حكومية⁽³⁷⁾، أو كهيئة شبه قضائية عندما تؤدي وظيفتها في فض المنازعات⁽³⁸⁾. لكن ما يُهمُّنا في إطار هذه الدراسة هو دورها التنظيمي عبر سنّ النصوص التنظيمية للأسواق المالية باعتبارها هيئة مستقلة عن الجهاز التشريعي⁽³⁹⁾. وما يُبرز أهمية الدور الذي تضطلع به هذه الهيئة «المهنية» أنه لا يحدث التحقق من القواعد المعتمدة من قبلها من طرف أي سلطة باستثناء الحالات التي تكون فيها القواعد ذات أهمية كبرى. وفي هذه الحالة فقط، يراقب الكونجرس القاعدة المقترحة، ويمكن للرئيس بعد ذلك ممارسة حق الفيتو ضدها⁽⁴⁰⁾.

(33) E. Bouretz, La défaillance de la régulation financière, RDBF, n°5, dossier 26, septembre 2009.

(34) H. Daoud-Rumeau Maillot, Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier, Thèse de doctorat en Droit, Université Jean Moulin, Lyon, France, 2008, p.23.

(35) A.M. Frison-Roche, Autorégulation, <https://mafr.fr/fr/article/autoregulation/>. Consulté le 30/9/2021.

(36) Law enforcement agency.

(37) quasi-governmental body.

(38) quasi-judicial body.

(39) Th.-L. Hazen, the law of Securities Regulation, 6ème edition, West, 2009, p.29 et s.; J. Bartos, United States securities law: A practical guide, 3ème edition, Kluwer Law International, 2006, p.253 et s.

(40) P-H. Conac, La régulation des marchés boursiers par la COB et la SEC, LGDJ, Paris, 2002, p.19.

أما في فرنسا فإن القانون منح سلطة تنظيم الأسواق المالية لسلطة الأسواق المالية والتي تُعتبر شخصية معنوية للقانون العام ذات طبيعة خاصة، وهي التي تتولى إصدار النصوص المنظمة للعمليات المتصلة بالأوراق المالية ونظراً إلى هذه الطبيعة الخاصة ولما يتميز به عملها من مرونة بالمقارنة مع الجهاز التشريعي، فإنه يمكنها إدخال جميع التغييرات والتطورات اللازمة من أجل ضمان النجاعة الاقتصادية للأسواق. وكذلك الشأن بالنسبة إلى دولة قطر حيث تتولى هيئة قطر للأسواق المالية بموجب القانون رقم 8 لسنة 2012 إصدار القواعد واللوائح المتعلقة بسوق رأس المال والتعامل بالأوراق المالية داخل دولة قطر.

يؤدي الدور التنظيمي الذي تضطلع به الهيئات المهنية دوراً محورياً في تطور القوانين، حيث تمثل هذه الهيئات جسراً بين التشريعات العامة ومتطلبات الواقع العملي. فمن خلال إصدار القرارات التنظيمية والإرشادات الفنية التي تنظم القطاعات الاقتصادية، تسهم الهيئات المهنية في سدّ الثغرات التشريعية والتفاعل مع المتغيرات الاقتصادية والتقنية. وتعدّ هذه القرارات التنظيمية مصدراً مهماً لتطوير القوانين، لأنها تتيح تعديل الإطار القانوني بنحو سريع ومرن من دون الحاجة إلى الإجراءات الطويلة المرتبطة بتعديل التشريعات التقليدية.

إن الدور التنظيمي يبرز بشكل خاص في القطاعات ذات الطبيعة التقنية أو المتغيرة بسرعة، مثل أسواق الأوراق المالية، حيث تتطلب هذه القطاعات لوائح مرنة وقابلة للتكيف مع التحولات المحلية والعالمية. على سبيل المثال، قد تعمل الهيئات المهنية على تنظيم عمليات الطرح والإدراج في الأسواق المالية، أو وضع ضوابط تقنية لاستخدام التكنولوجيا الحديثة، مثل التداول الإلكتروني، لتواكب المعايير الدولية وتحافظ على جاذبية السوق.

هذا الدور التنظيمي لا يقتصر فقط على ملء الفراغات القانونية، بل يُعدّ دافعاً أساسياً لإصلاح التشريعات القائمة، إذ تعمل القواعد التي تُصدرها الهيئات المهنية كاختبار عملي للإطار القانوني، بحيث تُعدّل القوانين لاحقاً لتنماشى مع تلك القواعد التي أثبتت فعاليتها. كما تُعدّ هذه القواعد وسيلة لابتكار أدوات قانونية جديدة لم تكن موجودة في النصوص التشريعية الأصلية، مما يعكس ديناميكية العلاقة بين العمل التنظيمي والتشريع.

وعليه، فإن الهيئات المهنية لا تقتصر وظيفتها على التنفيذ والإشراف، بل تسهم بشكل كبير في تطوير القوانين من خلال دورها التنظيمي، الذي يعكس التفاعل المستمر بين الواقع العملي والمبادئ القانونية، ويدفع نحو بناء نظام قانوني أكثر شمولية ومرونة.

لقد أدى هذا التيار، المتمثل في تنظيم المجال المالي بمعايير نابعة عن هيئات مهنية، إلى تطور ملحوظ في المشهد القانوني⁽⁴¹⁾، ذلك أنه بعد أن مارست الدولة على مدار فترة طويلة احتكاراً من حيث إنتاج القواعد القانونية، بحيث إنه لم يكن لأهل القطاع سوى تنفيذ القواعد القانونية التي تسنها أجهزة الدولة بمعزل أحياناً عن الواقع، حدث تقييم هذا التقسيم للأدوار من خلال التساؤل عن نجاعة هذه القواعد⁽⁴²⁾. وهكذا، استُبدلت تدريجياً بالنصوص المفروضة أخرى داخلية تسمح بمواكبة التطور الحاصل في القطاع المالي⁽⁴³⁾.

وقد برّر هذا التقليل في السلطة التنظيمية للدولة بالطبيعة التقنية للقواعد الخاصة ببعض القطاعات على غرار الأسواق المالية والتي تتطلب تجاوباً سريعاً وناجماً من السلطة التنظيمية، وهو ما مكن القواعد المنظمة للتعامل داخل البورصة من التطور المستمر؛ فالقاعدة القانونية يجب أن تتطور باستمرار للتكيف مع تطور السوق⁽⁴⁴⁾.

شهد المشهد القانوني تحولات عميقة مع تطور الدور التنظيمي للهيئات المهنية، حيث لم يعد احتكار الدولة لوضع القواعد القانونية هو السمة المميزة للتشريع. بدلاً من ذلك أصبحت الهيئات المهنية طرفاً فاعلاً في صياغة القواعد التنظيمية التي تُشكل الإطار القانوني لقطاعات اقتصادية متزايدة التعقيد، مما أثر بشكل جوهري في فلسفة التشريع التقليدية. فقد انتقل التشريع من كونه عملية حصرية تُدار من قِبَل السلطات العامة إلى نموذج أكثر تعقيداً، تُسهم فيه الجهات المهنية بقرارات تنظيمية ذات طابع قانوني، تجمع بين المرونة الفنية والاستجابة السريعة لمتطلبات الواقع.

هذا التحول يرتبط بتغير فلسفة التشريع، حيث أصبح الهدف لا يقتصر على وضع قواعد عامة ومجردة، بل بات يتطلب إنشاء أطر تنظيمية ديناميكية تستجيب لتحديات متجددة مثل العولمة، التطور التكنولوجي، وتداخل الأسواق الدولية. الهيئات المهنية، من خلال خبرتها المتخصصة واتصالها الوثيق بالمجالات التي تُنظمها، قادرة على صياغة

(41) A. Couret et autres, Droit financier, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2010, p.5.

(42) J. Knight, Grandes tendances de la régulation des marchés financiers, Les petites affiches, n°71, 1994, p.12.

(43) P. Maisani et F. Wiener, Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, Revue Droit et Société, n° 27, 1994, p.443; J.-G. Belley, L'État et la régulation juridique des sociétés globales: Pour une problématique du pluralisme juridique, Sociologie et sociétés, Vol. XVIII, n° 1, Avril 1986, p.13.

(44) A.C. Muller, Droit des marchés financiers et droit des contrats, Thèse de doctorat, Université Paris 2, France, 2001, p.3.

قواعد قانونية تُوازن بين المرونة والاستقرار، مما يوفر بيئة قانونية أكثر ملاءمة لتطور الأسواق وتعزيز الاستثمار⁽⁴⁵⁾.

علاوةً على ذلك، أدى هذا التطور إلى ظهور منافسة ضمنية بين الهيئات المهنية، ليس فقط على مستوى تنظيم القطاعات الداخلية، بل أيضاً على الساحة الدولية، حيث تسعى كل هيئة إلى تبني قواعد تنظيمية تجذب الاستثمارات وتحافظ على تنافسية الأسواق المحلية، ما يُنشئ نوعاً من «التنافس التشريعي» الذي يدفع الدول وهيئاتها المهنية إلى تحسين الأطر التنظيمية باستمرار. هذا الاتجاه يعكس تحول فلسفة التشريع نحو التركيز على التفاعل بين الكيانات التنظيمية المتعددة، بدلاً من الاعتماد الحصري على الدولة كمصدر وحيد للقوانين.

ويُعدّ التحول نحو «التنظيم القائم على المبادئ» أحد أبرز مظاهر التطور في التشريعات المنظمة للأسواق المالية. ويقوم هذا النموذج التنظيمي على الاستعاضة عن القواعد القانونية التفصيلية بمجموعة من المبادئ العامة التي توجه صياغة الأنظمة واللوائح، بما يسمح بهامش أوسع من المرونة في التطبيق والتنفيذ⁽⁴⁶⁾. وتُمنح بموجب هذا النموذج الهيئات التنظيمية، ولا سيما هيئات أسواق المال، صلاحيات تنظيمية واسعة لوضع القواعد التنظيمية في ضوء أهداف أساسية مثل حماية المستثمرين، وضمان استقرار السوق، وتحقيق الشفافية وحسن سير المعاملات⁽⁴⁷⁾.

وقد تبنت عدد من الدول⁽⁴⁸⁾ هذا النموذج لما يتيح من مرونة وقدرة على التكيف مع التحولات السريعة التي يشهدها القطاع المالي، لا سيما في ظل الابتكارات التكنولوجية والتغيرات الاقتصادية المتسارعة. ومن أبرز الدول التي اعتمدت هذا النموذج: بعض دول الاتحاد الأوروبي، كسويسرا، والنرويج، فضلاً عن المملكة المتحدة، ونيوزيلندا،

(45) محمد سعيد خليل، دور الهيئات التنظيمية في تطوير التشريعات الاقتصادية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج12، ع2، (2020)، ص72.

(46) I. Masson, «Principles-based Regulation-Will it Work?» In the Future of Investing, 85-92. Hoboken, NJ, USA: John Wiley & Sons, Inc., 2015, pp.85-92. Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/9781119208464.ch6>. Last accessed on 10/5/2025.

(47) C. Ford, Principles-Based Securities Regulation in the Wake of the Global Financial Crisis, McGill Law Journal, Vol.55, 2010, p.257. Available at: <https://lawjournal.mcgill.ca/wp-content/uploads/pdf/8421183-Ford.pdf>. Last accessed on 10/5/2025.

(48) J. Black, «Forms and paradoxes of principles-based regulation, Capital Markets Law Journal, Vol.3, no.4, September 2, 2008, pp.425-457. Accessible in LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2008, London School of Economics and Political Science, Law Department. <https://www.lse.ac.uk/law/research/working-paper-series/2007-08/WPS2008-13-Black.pdf>. Last accessed on 10/5/2025.

وأستراليا. وقد برزت هيئة الخدمات المالية في المملكة المتحدة بوصفها نموذجاً رائداً في هذا الاتجاه، حيث اعتمدت تنظيمًا يستند إلى مبادئ عامة بدلاً من قواعد تفصيلية صارمة، مما أتاح لها تعزيز الابتكار والاستجابة بمرونة للمتغيرات السوقية⁽⁴⁹⁾.

ويمثل النموذج القائم على المبادئ بديلاً عن النموذج «القائم على القواعد»، الذي يُبنى على منظومة تفصيلية من الأحكام القانونية التي تُنظم بدقة جميع جوانب السوق المالية، بحيث يكون دور الهيئات التنظيمية مقتصرًا على تنفيذ هذه القواعد من دون قدرة كبيرة على تطويرها أو تعديلها. ومن أبرز الدول التي تتبع هذا النموذج: الولايات المتحدة، والهند، وكندا، واليابان⁽⁵⁰⁾.

من جهة أخرى، أثر هذا الدور المتزايد للهيئات المهنية في مفهوم السيادة التشريعية ذاته. ففي ظل العولمة والتداخل المتزايد بين الأسواق الدولية، أصبحت الهيئات المهنية تعمل في إطار يمتد إلى ما هو أبعد من السياقات المحلية، حيث تُدمج المعايير الدولية في لوائحها الوطنية. هذا التفاعل يعيد تشكيل فلسفة التشريع باعتبارها عملية مستمرة ومنفتحة على التأثيرات الدولية بدلاً من كونها ممارسة مستقلة تعتمد على الإرادة التشريعية المحلية فقط.

المطلب الثاني

المصادر الدولية

تمارس المصادر الدولية دوراً بارزاً في تطوير القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية من خلال تقديم المعايير الدولية والتوجيهات والمبادئ القانونية التي تؤثر في عملية التشريع الوطني في الدول المختلفة. على سبيل المثال، يمكن أن تقدم منظمات مثل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية توجيهات وتقارير وتقييمات حول أفضل الممارسات القانونية في مجالات مثل الشفافية المالية، والتنظيم المالي، وحماية المستثمرين، ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب. ومع ذلك يرتبط التأثير الفعلي لهذه المصادر الدولية بمدى قبول وتنفيذ الدول لهذه التوجيهات

(49) J. Black, M.J. Hopper & Ch. Band, Making a Success of Principles-Based Regulation, Law and Financial Markets Review, Vol.1, Iss.3, May 2007, p.191. Available at: https://www.researchgate.net/publication/263174265_Making_a_Success_of_Principles-Based_Regulation#full-text. Last accessed on 10/5/2025.

(50) P. Frantz, N. Instefjord, Rules vs Principles Based Financial Regulation, (November 25, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2561370> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2561370>. Last accessed on 1/5/2025.

والمعايير في التشريعات والسياسات المالية الوطنية.

علاوةً على ذلك، قد تقدّم المؤسسات الدولية الخدمات الفنية والتقنية للدول لمساعدتها على تطوير القوانين المالية، مثل تقديم المشورة القانونية، والتدريب، والدعم الفني في عملية صياغة التشريعات المالية وتنفيذها. ومن المهم أيضاً أن نلاحظ أن المواءمة مع المصادر الدولية قد تفتّح الباب للدول للحصول على التمويل الدولي أو الدعم المالي، الذي قد يكون مرتبطاً بشروط تطبيق التوجيهات والمعايير الدولية في التشريعات المالية.

ومع ذلك، يجب أن نعترف أيضاً بأن هذه المصادر الدولية قد تواجه تحديات في نقل المعايير والتوجيهات بفعالية للدول، حيث يمكن أن تختلف الثقافات والنظم القانونية والاقتصادية من دولة إلى أخرى، مما يجعل تبني المعايير الدولية أحياناً صعباً أو مستحيلاً. وبالتالي، ينبغي أن تعتبر المصادر الدولية كأداة مساعدة وتوجيهية للدول في عملية تطوير التشريعات المالية، وليس بديلاً مطلقاً عن السيادة الوطنية في صياغة السياسات والقوانين المالية المناسبة لظروفها الفريدة واحتياجاتها المحلية.

كما قد تواجه فكرة توحيد القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية تحديات في تطبيقها الفعلي، حيث تختلف الأنظمة القانونية والثقافية والاقتصادية بين الدول، مما يجعل تطبيق المعايير الدولية أحياناً صعباً أو مستحيلاً. كما أن هناك بعض المصالح المحلية والسياسية التي قد تؤثر في قدرة الدول على التوافق مع المعايير الدولية بشكل كامل.

ويعمل المجتمع الدولي على تطوير مبادئ ومعايير موحدة تنظم عمليات المصارف والمؤسسات المالية، بهدف تحقيق الشفافية كما يحدث تقديم التوجيهات الدولية التي تسعى إلى توحيد الممارسات وتوحيد القوانين المالية في مختلف الدول، وذلك من خلال توفير إطار قانوني مشترك وموحد للمصارف والمؤسسات المالية للالتزام به. ويسهم هذا التوحيد في تقليل المخاطر المالية والقانونية المترتبة على تباين التشريعات بين الدول⁽⁵¹⁾.

ويترتب على هذه المبادرات تدويل للقوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية⁽⁵²⁾، ما يشير إلى عملية تحول تدريجي تجاه تبني المعايير والتوجيهات الدولية كمرجع أساسي

(51) Jeffry Frieden et Lisa Martin, «International Political Economy: Global and Domestic Interactions», in Ira Katznelson et Helen V. Milner (eds.), Political Science: The State of the Discipline, New York, American Political Science Association, 2002.

(52) N. de Montricher, in Norme légale et internationalisation des marchés boursiers: la délinquance financière en liberté surveillée, Droit et société, Vol.1, n°71, 2009, pp.133 à 160. <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2009-1-page-133.htm>. Consulté le: 14/11/2023.

في صياغة وتطبيق القوانين المالية على المستوى الوطني. ومن ثم تقوم الدول بتكييف قوانينها المالية وفقاً لهذه المعايير. كما أنه قد يوجد في بعض الأحيان، ضغط دولي واقتصادي على الدول لتطبيق المعايير الدولية في قوانينها المالية، سواء كان ذلك بسبب اتفاقيات دولية أو اتفاقيات تجارية تتطلب الامتثال للمعايير الدولية لضمان التوافق وتعزيز ثقة المستثمرين في الأسواق المالية الوطنية.

كما كان للعمولة دور مهم في تطوير القوانين المنظمة لأسواق الأوراق المالية من خلال تحديث القوانين والتشريعات لمواجهة التحديات المشتركة مثل الكساد الاقتصادي، وأزمات الديون، والتقلبات في أسواق العملات من خلال تشكيل السياسات والتشريعات المالية على المستوى الوطني والدولي بما يضمن وجود بيئة تنظيمية مناسبة وقوانين مالية فعالة تضمن الشفافية والاستقرار المالي.

وبذلك فإن المصادر الدولية تؤدي دوراً أساسياً في تنظيم الأسواق المالية على مستويين متميزين. فهي من ناحية أولى تسمح بوضع قواعد موحدة بين عدد من البلدان، مما يسهل تنسيق الممارسات والتعاون عبر الحدود. ومن الأمثلة النموذجية لهذا التوحيد الإطار التنظيمي الذي أنشأه الاتحاد الأوروبي من خلال القواعد التوجيهية لأسواق الأوراق المالية والذي يفرض معايير مشتركة فيما يتصل بالشفافية وحماية المستثمرين ووظائف الأسواق المالية في جميع الدول الأعضاء. وعلى نحو مماثل، تهدف المعايير التي أصدرتها لجنة بازل إلى ضمان التنظيم الحصيف للمؤسسات المالية على نطاق عالمي، وخاصة من خلال فرض متطلبات رأس المال على البنوك لمنع المخاطر النظامية.

ومن ناحية أخرى، تمارس المصادر الدولية أيضاً تأثيراً غير مباشر من خلال توجيه المشرعين الوطنيين في تطوير قوانينهم الخاصة. ومن ثم تُصدر مؤسسات مثل المنظمة الدولية لهيئات الأوراق المالية مبادئ توجيهية، من دون أن تكون ملزمة، فإنها تشكل مرجعاً للسلطات التنظيمية في اعتماد الأطر القانونية الملزمة لأسواقها المحلية. ويوضح هذا التأثير المزدوج للمصادر الدولية - التوجيهية والإرشادية على حد سواء - الحاجة إلى أن تضطلع الدول بدمج الديناميكيات العالمية في أنظمتها الوطنية، ضماناً لاستقرار أسواقها المالية وتعزيزاً لقدرتها التنافسية.

إلا أن هذا الدور الذي تؤديه المنظمات الدولية قد أثار كثيراً من النقاشات القانونية

والسياسية حول شرعية القواعد القانونية الدولية⁽⁵³⁾. ولطالما تبنت المنظمات الدولية الكبرى، بما فيها منظمة التجارة العالمية والبنك الدولي وصندوق النقد الدولي، قواعد تنظيمية لا تتوافق، في نظر كثيرين، مع المبادئ الديمقراطية. فعلى سبيل المثال، هيمنت الدول الأكثر ثراءً على سياسات هذه المؤسسات ولوائحها، بينما كان دور الدول النامية في وضع هذه القواعد ضئيلاً نسبياً.

ويبين الواقع أنه في عديد من المؤسسات المالية الدولية، مثل منظمة التجارة العالمية، فإن الدول ليست متساوية، ولا تشارك بالقدر نفسه في صياغة المعايير المالية الدولية. وفي بعض الحالات، قد تُستبعد الدول (وشعوبها) من أي مشاركة رسمية في صياغة القواعد المالية الدولية، وقد لا تتاح لهم فرصة لإثراء عملية وضع القواعد. وبالتالي، لا تُعامل جميع الدول بطريقة عادلة ومنصفة، ويجري تهميشها فعلياً، وهو ما يشكل، من منظور الديمقراطية، تحدياً صارخاً للشرعية⁽⁵⁴⁾.

(53) Ch. Brummer, How Legitimate is International Financial Law?, Cambridge University Press, in Soft Law and the Global Financial System Rule Making in the 21st Century, Published online by Cambridge University Press, 05 November 2015, pp.183 – 217. Available at: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/soft-law-and-the-global-financial-system/how-legitimate-is-international-financial-law/C49575ED5F412F615A8FFEBB266FB484>. Last accessed on 10/2/2024.

(54) Ch. Brummer, The Architecture of International Financial Law, Cambridge University Press, in Soft Law and the Global Financial System Rule Making in the 21st Century, Published online by Cambridge University Press, 05 November 2015, pp.62 – 118. Available at: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/soft-law-and-the-global-financial-system/architecture-of-international-financial-law/008353CF5F6BBE8FB6FC33BB07BDD411>. Last accessed on 10/2/2024.

الخاتمة

يرتبط تطور القوانين المنظمة للأسواق المالية ارتباطاً وثيقاً بالتحويلات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية. وكما هو موضح في هذه الدراسة، فإن التطور القانوني للأسواق المالية مدفوع بتفاعل معقد بين القوى: الضرورات المحلية لضمان الاستقرار الاقتصادي والقدرة التنافسية، والضغوط الدولية لتوحيد المعايير واعتماد أفضل الممارسات العالمية. ويرتكز هذا التطور على آليتين أساسيتين: الدور التنظيمي المتنامي للهيئات المهنية، التي توفر الخبرة الفنية والقدرة على التكيف مع الأسواق سريعة التغير، وتأثير المصادر الدولية، التي توفر أطراً معيارية ومعايير للإصلاح. وقد ساهمت هذه الآليات في تحول تدريجي وعميق في فلسفة التنظيم المالي.

أولاً: النتائج

لم يُعدّ التشريع حكراً على الدولة ذات السيادة، بل أصبح عملية متعددة وديناميكية تشمل مجموعة متنوعة من الجهات الفاعلة - الجهات التنظيمية والمنظمات الدولية والمشاركين في السوق - الذين يتعاونون ويتنافسون أحياناً في صياغة المعايير القانونية، وهو ما يثير تساؤلات مهمة حول الاختصاص التشريعي، والسيادة القانونية، لكن كذلك مخاطر تجزئة التنظيم أو السيطرة عليه.

علاوة على ذلك، يشير التعقيد المتزايد للأنظمة المالية، الذي تسارعت وتيرته بفضل الابتكار التكنولوجي وتكامل الأسواق العالمية، إلى أن الأدوات التشريعية التقليدية قد لا تكفي لإدارة هذه البيئات بفعالية. هناك حاجة متزايدة إلى آليات قانونية هجينة تجمع بين استقرار القانون الرسمي ومرونة التنظيم التقني وأدوات القانون المرن. في هذا السياق، ستكون قدرات الاستجابة والتنسيق للهيئات التنظيمية الوطنية والدولية بالغة الأهمية.

ومع التطلع إلى المستقبل، لا تزال هناك عدة تحديات يتعلق أولها بالتوازن بين التناغم العالمي والقدرة على التكيف المحلي: فبينما تعزز المعايير الدولية التماسك وثقة المستثمرين، يجب أن تظل مراعية للثقافات القانونية الوطنية والخصوصيات الاقتصادية. ثانياً، يُعد ضمان الشفافية والمساءلة في عمليات وضع القواعد للهيئات المهنية أمراً أساسياً للحفاظ على شرعية دورها المتنامي. أخيراً، سيتطلب التقارب المتزايد بين التنظيم المالي ومجالات أخرى - مثل حماية البيانات والأمن السيبراني والاستدامة البيئية - أطراً قانونية أكثر تكاملاً وشمولاً للقطاعات.

وبالتالي، فإن مستقبل تنظيم الأسواق المالية لا يكمن في نموذج قانوني جامد،

بل في بنية متطورة باستمرار، تستجيب للديناميكيات العالمية وترتكز على القدرات المؤسسية المحلية. وسيظل فهم آليات التطوير القانوني وتحسينها مهمة محورية للمشرعين والجهات التنظيمية والباحثين على حدٍ سواء، لضمان أسواق مالية مرنة وعادلة ومستدامة.

ثانياً: التوصيات

- 1 - دراسة توحيد التشريعات عند الاقتضاء لتبسيط البيئة التنظيمية للمشاركين في السوق من خلال عقد لجان مختصة على الصعيد الجهوي أو الإقليمي لدراسة جوانب الاختلاف واقتراح تعديلها وتوحيدها.
- 2 - إنشاء آليات تنسيق أوضح بين هيئة قطر للأسواق المالية، ومصرف قطر المركزي، وهيئة تنظيم مركز قطر للمال، من أجل الحد من التكرار التنظيمي وضمان اتباع نهج منسق للرقابة المالية.
- 3 - تعزيز تكامل المعايير الدولية مع السياق المحلي من خلال دراسة قانونية تضطلع بها السلطة للتأكد من مدى مواءمة التشريعات الوطنية للاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار المالي.
- 4 - تعزيز الاستجابة التشريعية لابتكارات السوق عبر استبيان تقوم به هيئة قطر للأسواق المالية للإجابة عن مدى مواكبة المشرع لتطورات السوق.
- 5 - تدعيم مشاركة أصحاب المصلحة في الإصلاحات القانونية من خلال توسيع نطاق عمليات التشاور مع البنوك والمؤسسات المالية والمهنيين القانونيين والمجتمع المدني في صياغة التشريعات المالية بما يعزز هذا النهج التشاركي الشرعية، ويحسن التنفيذ، ويضمن توافق القوانين مع الواقع العملي.
- 6 - تطوير الكفاءة القضائية المتخصصة في القانون المالي من خلال إنشاء دوائر قضائية متخصصة قادرة على حل النزاعات المالية المعقدة بكفاءة، وكذلك تدريب القضاة في مجال تنظيم الأسواق المالية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

- أحمد بوراس، تمويل المنشآت الاقتصادية، مصادر التمويل - تكلفة التمويل - التمويلات المتخصصة، دار العلوم للطباعة والنشر، السعودية، 2008.
- أسعد حميد العلي، الإدارة المالية، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2017.
- محمد الفاتح محمود بشير المغربي، التمويل المصرفي، الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي، مصر، 2020.
- محمد سعيد خليل، دور الهيئات التنظيمية في تطوير التشريعات الاقتصادية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج12، ع2، (2020).
- مفلح محمد عقل، مقدمة في الإدارة المالية والتحليل المالي، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2014.
- ريمة زنائرة وشريفة العيد، مصادر التمويل في المؤسسة والعوامل المؤثرة فيه: دراسة نظرية، مجلة المالية والأسواق، جامعة عبدالحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، مج10، ع2، (2023).
- سونيا ملاك، الصياغة التشريعية في القانون القطري: قراءة في ضوابط صياغة النصوص القانونية، مجلة الدراسات القانونية والأمنية، كلية الشرطة، الدوحة، قطر، مج1، ع1، يوليو 2021.
- توفيق محب خلة، الهندسة المالية: الإطار النظري والتطبيقي لأنشطة التمويل والاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

ثانياً: باللغات الأجنبية

1- باللغة الإنجليزية

- C. Ford, Principles-Based Securities Regulation in the Wake of the Global Financial Crisis, McGill Law Journal, Vol.55, (2010).

- Ch. Brummer:
 - How Legitimate is International Financial Law?, Cambridge University Press, in Soft Law and the Global Financial System Rule Making in the 21st Century, Published online by Cambridge University Press, 05 November 2015.
 - The Architecture of International Financial Law, Cambridge University Press, in Soft Law and the Global Financial System Rule Making in the 21st Century, Published online by Cambridge University Press, 05 November 2015.
- D. Ikenberry, G. Rankine and E. Stice, What Do Stock Splits Really Signal?, Journal of Financial and Quantitative Analysis, Published online by Cambridge University Press, 06 April 2009.
- F. Guo, K. Zhou et J. Cai, Stock splits, liquidity, and information asymmetry- An empirical study on Tokyo Stock Exchange, J. Japanese Int. Economies, Vol. 22, (2008).
- I. Masson, "Principles-based Regulation-Will it Work?" In the Future of Investing, Hoboken, NJ, USA: John Wiley & Sons, Inc., 2015.
- J. Bartos, United States securities law: A practical guide, 3ème edition, Kluwer Law International, 2006.
- J. Black, "Forms and paradoxes of principles-based regulation, Capital Markets Law Journal, Vol.3, no.4, (September 2, 2008). Accessible in LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2008, London School of Economics and Political Science, Law Department.
- J. Black, M.J. Hopper & Ch. Band, Making a Success of Principles-Based Regulation, Law and Financial Markets Review, Vol.1, Iss.3, May 2007.
- Jeffry Frieden et Lisa Martin, «International Political Economy: Global and Domestic Interactions», in Ira Katznelson et Helen V. Milner (eds.), Political Science: The State of the Discipline, New York, American Political Science Association, 2002.

- M. Pagano, Trading Volume and Asset Liquidity, The Quarterly Journal of Economics, Vol.104, Iss.2, May 1989.
- P. Frantz, N. Instefjord, Rules vs Principles Based Financial Regulation, (November 25, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2561370>
- R. La Porta, F. Lopez-De-Silanes & A. Shleifer, What works in securities laws? Journal of Finance, February 2006.
- R.A. Espinoza, Gh. Fayad and A. Prasad, Financial Markets in the GCC Countries, Oxford University Press, 21 Nov 2013.
- Th.-L. Hazen the law of Securities Regulation, 6ème édition, West, 2009.

2- باللغة الفرنسية

- A. Couret et autres, Droit financier, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2010.
- A. Selenia, Les opérations sur titres de fractionnement et de regroupement d'actions : quel(s) impact(s) sur la liquidité des titres, Mémoire de master, Université Catholique de Louvain, 2020.
- A.C. Muller, Droit des marchés financiers et droit des contrats, Thèse de doctorat, Université Paris 2, France, 2001.
- A.M. Frison-Roche, Autorégulation
- BOURETZ (E.), La défaillance de la régulation financière, RDBF, septembre 2009, n°5, dossier 26.
- Ch. Mzoughi, Le contrôle des marchés financiers en Droit qatarien. Articulations externes et synergie interne, International Review of Law, Volume 9, Regular Issue 1, (2020).
- D. Keuffi, La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, 2010.
- F.-A. Hayek, Droit, législation et liberté, PUF, Paris, Vol.1, (1973), Vol.2, (1976) et Vol.3, (1979).

- G. Cornu, Vocabulaire juridique, 9e édition, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2011.
- H. Daoud-Rumeau Maillot, Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier, Thèse de doctorat en Droit, Université Jean Moulin, Lyon, France, 2008.
- I. Youssef, L'intermédiation financière : étude comparée des droits américain, français et tunisien, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris I, France, 2012.
- J. G. Belley, L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique, Sociologie et sociétés, Vol. XVIII, n° 1, Avril 1986.
- J. Knight, Grandes tendances de la régulation des marchés financiers, Les petites affiches, n°71, (1994).
- N. de Montricher, in Norme légale et internationalisation des marchés boursiers: la délinquance financière en liberté surveillée, Droit et société, Vol.1, n°71, (2009).
- P. Frantz, N. Instefjord, Rules vs Principles Based Financial Regulation, (November 25, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2561370>
- P. H. Cassou, Le droit financier un droit adapté à la vie financière, Revue d'économie financière, n°25, (1993).
- P. Maisani et F. Wiener, Réflexions autour de la conception post-moderne du droit, Revue Droit et Société, n° 27, (1994).
- P-H. Conac, La régulation des marchés boursiers par la COB et la SEC, LGDJ, Paris, 2002.
- R.A. Lamontagne, La planification financière personnelle, 2ème édition, Presses de l'Université du Québec, Canada, 2002.

- Th. Bonneau et F. Drummond, Droit des marchés financiers, 3e édition, n°5, Economica, Paris, 2010.
- Th. Foucault, Liquidité, coût du capital et organisation de la négociation des valeurs mobilières, Revue d'économie financière, Association d'économie financière, n°82, (2006).
- Y. Guyon, Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs?, Revue Sociétés, 1995.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	413
المقدمة	414
المبحث الأول: دوافع تطوُّر القوانين الحاكمة لأسواق المال	421
المطلب الأول: الحركية الاقتصادية	421
المطلب الثاني: المنافسة بين الأسواق المالية	426
المبحث الثاني: آليات تطوُّر الإطار القانوني لأسواق الأوراق المالية	431
المطلب الأول: المصادر التشريعية والمهنية	431
المطلب الثاني: المصادر الدولية	436
الخاتمة	440
قائمة المراجع	442

دور مدونات السلوك في مكافحة الفساد

دراسة مقارنة(*)



أ.د. سنية العش ملاك
أستاذ القانون الخاص
كلية القانون - جامعة قطر

الملخص

يهدف هذا البحث إلى إبراز مكانة مدونات السلوك في مجال مكافحة الفساد، وكيف يمكنها أن تتكامل مع الأدوات القانونية التقليدية. فالنصوص التشريعية مهما بلغت صرامتها قد لا تكون كافية للقضاء على ظاهرة متجذرة في مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية، خاصة لما لهذه الظاهرة من انعكاسات واسعة على مختلف القطاعات الاجتماعية والاقتصادية. وتتمثل إشكالية البحث في استكشاف الدور الحقيقي لمدونات السلوك في مكافحة الفساد، وكيف يفتح دورها المجال للنظر في اعتبارها أداة تُعاضد وتُعزز فاعلية التشريعات، وتزيد من قدرتها على التصدي لتحديات الفساد المتجددة، إذ لا يكفي الاعتماد فقط على النصوص القانونية المنظمة للعمل أو الوظيفة، ولا على النصوص العقابية وحدها. فقد أظهر الواقع العملي الحاجة إلى أدوات تنظيمية مساعدة، من أبرزها مدونات السلوك التي تنامي الأخذ بها في مختلف القطاعات لتعزيز النزاهة والشفافية.

اعتمد البحث المنهج الوصفي والتحليلي والاستنباطي والمقارن لعرض وتحليل مضامين عدد من مدونات السلوك، ومقارنة تجارب دول وقطاعات مختلفة في هذا المجال. وقد خلص إلى أن هذه المدونات تُسهم في ترسيخ الممارسات الأخلاقية التي تضبط سلوك الموظفين وتحد من الانتهاكات القانونية. لكن تظل فعالية مدونات السلوك مرهونة بمدى تفعيلها وتطبيقها العملي، لأن مجرد وجودها النظري لا يكفي لتحقيق أهدافها ما لم تُفعل وتطبق ضمن إطار مؤسسي واضح؛ فمجرد الإعلان عنها لا يفي بالغرض من وجودها، بل يجب أن تُفعل كأدوات تنظيمية حقيقية لتضطلع بدورها الوقائي والردعي.

(*) تاريخ تقديم البحث: 31 يوليو 2025

وتاريخ قبوله: 11 سبتمبر 2025

ويُوصي البحث بأن التشريعات القانونية وحدها لا تكفي لمكافحة الفساد، بل يجب أن تُعزَّز بإصدار مُدُونَات سلوك مهنية تُسهم في الوقاية والردع من خلال ترسيخ المعايير الأخلاقية. كما يُشدَّد على أهمية التوعية المجتمعية والتدريب المنتظم على هذه المدونات ضِمن برامج تطوير الأداء المؤسسي، وإنشاء آليات رقابة ذاتية داخل المؤسسات لرصد مدى الالتزام بها وتقييم أثرها العملي.

كلمات دالة: أخلاقيات المهنة – سلوك الموظفين – القانون الناعم – المسؤولية المجتمعية – فاعلية التشريعات.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

تُمثل ظاهرة الفساد أحد أبرز التحديات التي تواجه المجتمعات الحديثة، لما لها من آثار سلبية على الثقة في المؤسسات العامة، وتشويه مسارات التنمية الاقتصادية⁽¹⁾، وإضعاف سيادة القانون. وفي مواجهة هذه الظاهرة، تبنت عديد من الدول والمنظمات مُدُونات سلوك لتطوير أداء المؤسسات وحُسن إدارتها من منتسبها وتعزيز الثقة مع العملاء. وهي أيضاً أداة أساسية لتعزيز السلوك الأخلاقي، وترسيخ مبادئ الشفافية، والوقاية من الممارسات الفاسدة. وتشهد مدونات السلوك في القطاعين العام والخاص انتشاراً متزايداً⁽²⁾، وهي كذلك موجودة في عديد من المهن مثل الطب⁽³⁾ والمحاماة⁽⁴⁾ وفي مجال القضاء⁽⁵⁾. وهذه المدونات لا تقتصر على كونها مرجعاً أخلاقياً، بل تُمثل أيضاً إطاراً تنظيمياً بحسب مجالها والمخاطبين بها، يُوجّه سلوك الموظفين العموميين ومنظمات القطاع الخاص أو أصحاب المهنة والعملاء على حد سواء.

ولقد تنامي في عديد من الدول إصدار تشريعات أو قرارات في هذا الشأن⁽⁶⁾، كما قد

(1) نصيرة حمودة، واقع الفساد الاقتصادي في الدول العربية حسب مؤشر مدركات الفساد وسبل مكافحته من المنظور الإسلامي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج22، ع1، يونيو 2022، ص1156 وما بعدها.

(2) نجم عبود نجم، أخلاقيات الإدارة ومسؤولية الأعمال في شركات الأعمال، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2006، ص11.

(3) انظر مثلاً لائحة آداب المهنة الصادرة عن النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 238 لسنة 2003، بتاريخ 2003/9/5 على الرابط التالي:

<https://medfac.mans.edu.eg/images/files/document/qa/medicine-ethics.pdf>

تاريخ الزيارة: 2025/8/27.

(4) انظر مثلاً ميثاق شرف مهنة المحاماة، الصادرة عن جمعية المحامين القطرية، على الرابط التالي:

https://www.qia.qa/code_of_conduct-ar.html، تاريخ الزيارة: 2025/8/27.

(5) انظر مثلاً مدونة السلوك لأخلاقيات العمل القضائي في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، على الرابط التالي:

<https://gcc-sg.org/ar/MediaCenter/DigitalLibrary/Documents/judicial%20work.pdf>

تاريخ الزيارة: 2025/8/27.

(6) ومثاله، قرار مجلس الوزراء في دولة قطر رقم 18 لسنة 2020 بإصدار ميثاق سلوك ونزاهة الموظفين العموميين، الجريدة الرسمية، ع1، بتاريخ 2020/6/29، ص23. في تونس صدر الأمر الحكومي رقم 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 7 نوفمبر 2014، ع90، ص3081.

تصدّر مدونات السلوك عن المنظمات الدولية⁽⁷⁾ والجهات العامة في الدولة⁽⁸⁾ أو الشركات الخاصة⁽⁹⁾. وتُطلق على هذه المدونات تسميات مختلفة، مثل ميثاق السلوك أو مدونة أخلاقيات المهنة أو الوظيفة، وغير ذلك من التسميات⁽¹⁰⁾، وهي تتضمن قيمًا أخلاقية تهدف إلى مكافحة الفساد، وتوائم في الآن ذاته الإرادة الدولية التي تسعى جاهدةً إلى مجابهة هذه الظاهرة. وفي هذا الشأن، صدرت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد بتاريخ 21 ديسمبر 2010⁽¹¹⁾، وسبقتها في ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتاريخ 31 أكتوبر 2003⁽¹²⁾.

(7) المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، واعتمدها الجمعية العامة في قرارها في 12 ديسمبر 1996، منشورة على الموقع التالي: <https://docs.un.org/ar/A/RES/51>، تاريخ الزيارة: 2025/8/26.

(8) مثال في المملكة الأردنية الهاشمية، مدونة السلوك النيابية لسنة 2023، الجريدة الرسمية، ع5864 الصادر بتاريخ 2023/6/4. منشورة على الرابط التالي: https://www.representatives.jo/EBV4.0/Root_Storage/AR/EB_HomePage تاريخ الزيارة: 2025/8/26.

(9) مثال مدونة سلوك الصادرة عن شركة كون (KONE) على الرابط التالي: https://www.kone.com/en/Images/Arabic_tcm17132436.pdf، مثال مدونة سلوك الأعمال الصادرة عن شركة فنك درتي (Fnac Darty) على الرابط التالي: <https://www.fnacdarty.com/wp-content/uploads/2021/11/fr-code-de-conduite-des-affaires-2021-voptimisee.pdf>

مدونة قواعد السلوك لمكافحة الفساد لشركة ليزي (LISI) على الرابط التالي: https://www.lisi-group.com/telechargement/en/2018/anti-corruption-code-of-conduct_arabic-language.pdf

تاريخ زيارة هذه المواقع: 2025/8/24.

(10) اعتبر البعض أن هذه التسميات ليست تصنيفات قانونية وبالتالي لا تهم التسمية بقدر ما يهم المحتوى، انظر مثلاً:

P-H Antonmattei et Ph. Vivien, Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives, Revue Droit social, Dalloz Revues, Paris, Vol. 5, (2007), p.522.

(11) الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد الموقعة بمدينة القاهرة بتاريخ 2010/12/21، وعلى سبيل المثال صدقت عليها دولة قطر بالمرسوم رقم 37 لسنة 2012 بالتصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، الجريدة الرسمية، ع8، بتاريخ 2012/7/9، ص49. وصدقت عليها جمهورية مصر العربية في 2014/5/29، بقرار رئيس الجمهورية رقم 181 لسنة 2014، الجريدة الرسمية، ع34، بتاريخ 21 أغسطس 2014.

(12) دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في 14 ديسمبر 2005، وصدّقت عليها أغلب الدول العربية، وهي منشورة على الرابط التالي:

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50024_A.pdf

تاريخ الزيارة: 2025/8/28.

وحث الاتفاقية الأممية الدول على إصدار المدونات الأخلاقية، فقد أوصت في المادة (7) باتباع وسائل عديدة لمكافحة الفساد والتشجيع على «وضع برامج تعليمية وتدريبية لتمكين أولئك الموظفين من الوفاء بمتطلبات الأداء الصحيح والمشرّف والسليم للوظائف العمومية، وتوفر لهم من التدريب المتخصص والمناسب، من أجل إنكاء وعيهم بمخاطر الفساد، ما يلزم لأداء وظائفهم. ويجوز أن تشير هذه البرامج إلى مدونات أو معايير سلوكية في المجالات التي تنطبق عليها»⁽¹³⁾.

ثانياً: تعريف مصطلحات البحث

تعتمد مدونات السلوك القيم الأخلاقية التي تجد فيها القدرة على مقاومة الفساد، وقد عرّفت مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي في تونس مدونة السلوك بكونها وثيقة تحتوي «على مجموعة من القيم والمبادئ والمعايير، ذات وظيفة توعوية وإرشادية وتوجيهية، تهدف إلى ضمان احترام القانون وتؤمن الالتزام بقيم النزاهة والشفافية والمساءلة والحياد من قبل العون العمومي»⁽¹⁴⁾.

وعرّفت وثيقة مبادئ السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة قواعد السلوك بكونها عبارة عن «معايير السلوك المعتمدة الخاصة بالموارد البشرية»⁽¹⁵⁾، كما عرّفت أخلاقيات السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة، «وهي قيام الموظف بأداء واجباته بأمانة ونزاهة وموضوعية، والعمل باستمرار على تحقيق أهداف الجهة التي يعمل بها، لتكون ممارسته في حدود الصلاحيات المخولة له، ويؤدي عمله بحسن نية، متجرداً من سوء القصد، أو الإهمال، أو مخالفة القانون، أو الضرر بالمصلحة العامة، لتحقيق مصلحة خاصة له أو للغير»⁽¹⁶⁾.

إنّ الوعي بقيم الأخلاق مهم في نشاط المنظمة، فهي ككيان قائم بذاته عليها أن تُحدد أهدافاً أخلاقية لتفعيل القيم التي تعلنها، بممارسات وإجراءات ملموسة، فتكون مدونات السلوك انعكاساً لهذه الأهداف الأخلاقية، مما يجعل المواثيق والمعايير السلوكية الوظيفية

(13) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مرجع سابق.

(14) تعريف مأخوذ من الأمر رقم 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، مرجع سابق.

(15) انظر إلى التعريف الوارد بوثيقة مبادئ السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات الهيئة الاتحادية للموارد البشرية الحكومية، ط 2، 2017، ص 14، منشورة على الرابط التالي:

<https://www.fahr.gov.ae/Portal/Userfiles/Assets/Documents/492820c5.pdf>

تاريخ الزيارة: 2025/8/28.

(16) المرجع السابق، ص 15.

فاعلةً في مكافحة ظاهرة الفساد والوقاية منها. ويُعد الفساد صورة لأخلاقية وعملاً غير قانوني يقوم به الشخص الذي يمارس وظيفة عامة أو وظيفة خاصة أو المهني في قطاع معين أو المواطن، وذلك بقصد الحصول على منفعة شخصية لنفسه أو لغيره. ولم تذكر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تعريفاً للفساد، واقتصرت على ذكر أفعال مكونة لجرائم الفساد مثل الرشوة والاختلاس والمتاجرة بالنفوذ وإساءة استغلال الوظائف والإثراء غير المشروع وغسل العائدات الإجرامية.

وعرّفت مُدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي الفساد بأنه «هو كل عمل يتضمن سوء استخدام السلطة أو النفوذ أو الوظيفة لتحقيق مصلحة خاصة مادية أو معنوية ذاتية لنفسه أو لغيره»⁽¹⁷⁾. وعرّفه البعض بأنه الخروج عن القوانين والأنظمة أو استغلال غيابهما من أجل تحقيق مصالح سياسية أو اقتصادية أو شخصية»⁽¹⁸⁾، مما يُشكل انتهاكاً لقيم كل من الفرد والمجتمع الذي يمارس ضده مثل هذا السلوك⁽¹⁹⁾.

ولا شك أنّ الفساد ظاهرة إنسانية مستمرة، تتفاوت آثارها وفقاً لضوابط عديدة، سياسية، واقتصادية واجتماعية. وهو يمثل عقبة رئيسة أمام التنمية الاقتصادية والاجتماعية في جميع انحاء العالم⁽²⁰⁾. فضلاً عن أنه من شأنه أن يؤثر بشكل خطير في النطاق الداخلي للدولة، لأنه يعوق التطور الاقتصادي واستقرار المؤسسات الديمقراطية، إلى جانب أنه يهدّد القيم الأساسية في المجتمع⁽²¹⁾. كما أنّ الفساد أيضاً ظاهرة حركية، إذ تتجاوز أبعاده الشأن الوطني نظراً إلى كونه إحدى أهم الجرائم العابرة للحدود الوطنية.

ثالثاً: نطاق البحث

سيتركز هذا البحث إلى عديد من الأمثلة لمُدونات السلوك الصادرة عن القطاعين العام والخاص، وتلك الصادرة عن بعض الدول ومنها، على سبيل المثال وليس الحصر،

(17) الأمر الحكومي رقم 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، مرجع سابق.

(18) حمد نهار أبو سويلم، مكافحة الفساد، ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان - الأردن، 2010، ص15.

(19) محمد سعيد، مكافحة الفساد في الشرق الأوسط، دار نجم للنشر، عمان - الأردن - 2015، ص3.

(20) انظر، <http://www.weforum.org/pdf/paci/BusinessCaseAgainstCorruption.pdf>

تاريخ الزيارة: 2025/7/24.

(21) J. Riffault-Silk, «la lutte contre la corruption nationale et Internationale par les moyens du droit pénal», Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, Vol. 54 N° 02, (2002), p.639.

قطر⁽²²⁾ ومصر⁽²³⁾ والأردن⁽²⁴⁾ وتونس⁽²⁵⁾، إذ رجعنا - في هذا البحث - إلى مدونات متنوعة ومختلفة المصدر، وكلما وجدنا في المدونة قاعدةً مهمّةً وجب التأكيد عليها وذات فائدة في مكافحة الفساد من شأنها أن تُثري البحث، تم الإشارة إليها لبيان مضمون المعايير المعتمدة في مدونات السلوك لصياغة مبادئ توجيهية أخلاقية.

رابعاً: أهمية البحث

حرّى بالذكر أن ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تضمنت خطورة الفساد وأثره السلبي في كامل المجتمع الإنساني، فذكرت أن «الدول الأطراف في هذه الاتفاقية إذ تقلقها خطورة ما يطرحه الفساد من مشاكل ومخاطر على استقرار المجتمعات وأمنها، مما يقوّض مؤسسات الديمقراطية وقيمها والقيم الأخلاقية، ويُعرّض التنمية المستدامة وسيادة القانون للخطر»⁽²⁶⁾. لذا برزت وانتشرت مدونات السلوك لأنها وسيلة من بين وسائل مكافحة الفساد، ومن هنا تتأتى أهمية الموضوع النظرية؛ فالقيم الأخلاقية تتجلى في مُثُل عليا ترنو بالإنسان إلى الكمال، وعلى رغم تراجعها لانتشار القيم المادية إلا أن هذه المُثُل والقيم العليا باقية، إذ هي القانون الطبيعي الذي لا غنى عنه.

فضلاً عن أن الأهمية العملية للموضوع تُتيح التأكيد على أن القيم الأخلاقية تبقى مجالاً خصباً للتنظيم الاجتماعي؛ ذلك أن توافر القيم الأخلاقية في المنظمة أمر لا مناص منه لتحقيق التنمية والإصلاح، «حيث إن مدونات السلوك والأخلاق مكمّلة للآليات القانونية للمنظمة، وتخاطب الوعي وتزرع الثقة بين أفراد المنظمة، بما يؤدي إلى الامتثال

(22) انظر ميثاق سلوك ونزاهة الموظفين العموميين القطريين، قرار مجلس الوزراء رقم 18 لسنة 2020 بإصدار ميثاق سلوك ونزاهة الموظفين العموميين، المرجع السابق، إذ حدد الجهات العامة التي تتضمنها مدونات السلوك كما نص بالمادة الثالثة منه على أنه «يجوز بموافقة مجلس الوزراء، لأي من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا الميثاق، إصدار موثيق أو معايير سلوك وظيفية لفئات من موظفيها، إذا اقتضت طبيعة عملهم ذلك، بما لا يتعارض مع أحكام هذا الميثاق».

(23) انظر مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، صادرة عن وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري، 2019، منشورة على الرابط التالي: <https://nur.tanta.edu.eg/files/note.pdf>، تاريخ الزيارة: 2025/3/5.

(24) مدونة السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة للمملكة الأردنية الهاشمية، منشورة على موقع هيئة الخدمة والإدارة العامة الأردنية، على الرابط التالي:

https://spac.gov.jo/EBV4.0/Root_Storage/AR، تاريخ الزيارة: 2025/8/26.

(25) أمر رقم 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014، يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، مرجع سابق.

(26) ديباجة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مرجع سابق.

الطوعي للإجراءات القانونية»⁽²⁷⁾.

كما أن الوعي المجتمعي بضرورة هذه الضوابط الأخلاقية مهم في مكافحة الفساد؛ لأنَّ «الغاية تتمثل في الحفاظ على ديناميكية الحياة الاقتصادية وتحسينها، مع تعزيز حسَّ المسؤولية لدى الفاعلين فيها. وعندما تُصبح الأخلاقيات ممارسةً معتادة، فإنها تكون قادرة على تحقيق أهدافها المرجوة»⁽²⁸⁾، وهو ما يتجلى في قطاعات عديدة من الحياة الاجتماعية، والاقتصادية، فتعمل على معاضدة التشريعات المختلفة لدعم ونشر القيم الأخلاقية في مجالات عديدة.

وتاريخياً ظهرت المواثيق الأخلاقية ومُدُونَات السلوك منذ ثلاثينيات القرن الماضي⁽²⁹⁾، حيث أصدرت بعض كبريات الشركات مدونات لكونها طريقةً اتصالية تسمح بنشر قيم المنظمة، لبعث الطمأنينة لدى العملاء والممولين، فضلاً عن وقاية المنظمة من أخطار الممارسات غير الأخلاقية⁽³⁰⁾ من خلال تحسين أدائها، وهو ما جعل من المُدُونَات أداة حوكمة لها. وقد شهدت مدونات السلوك تزايداً، وانتشاراً تصاعدياً في وقتنا الحالي كآلية لتحقيق قيم النزاهة ومكافحة الفساد المالي والإداري في المنظمة، حيث يقع إدخال الاعتبارات الأخلاقية في منظومة صنع القرار من خلال تعزيز الرقابة بقيم أخلاقية إلى جانب القواعد القانونية.

خامساً: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى إبراز دور مُدُونَات السلوك الوظيفية والمهنية في مكافحة الفساد، سواء من الناحية الوقائية أو من الناحية العلاجية ذات الطابع الردعي. وقد تناول البحث

(27) رضا لواهم، أخلاقيات المهنة والحوكمة: قراءة في مدونة أخلاقيات سوناطراك، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، الجزائر، مج7، ع2، نوفمبر 2023، ص988.

(28) Y. Ben Ameer, Essai sur la relation entre l'éthique et le droit des affaires. Partie 1, La réception de l'éthique par le droit des affaires, Globethics Theses No. 44, Genève, Suisse, 2024, p.60.

(29) G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, in Etudes offertes à B. Goldman, Litec, Paris, 1982, p.47: «Un code d'éthique professionnelle, particulièrement détaillé et précis, est établi pour les Conseils en organisation par la principale association professionnelle (l'Association of Consulting Management Engineers, constituée en 1933). Un code de la publicité paraît en 1937. Révisé en 1973, il est l'un des trois codes internationaux de pratiques loyales publiés par la Chambre de commerce internationale. Les deux autres concernent les études de marchés et la promotion des ventes».

(30) نجم عبود نجم، مرجع سابق، ص12.

مجموعة من مدونات السلوك، قصد تحليل قدرتها على مساندة القوانين وتعزيز فعاليتها في تحقيق الغاية المنشودة، إذ لا خلاف على أن مدونات السلوك تشهد انتشاراً يجعلها وسيلة فعالة في مكافحة الفساد الذي بات يُشكل ظاهرة خطيرة، تستوجب المعالجة من خلال وضع استراتيجية متكاملة في التصدي له. ومن أهم الوسائل المعتمدة في ذلك الوسائل القانونية، حيث سعت الاتفاقيات الدولية⁽³¹⁾، والإقليمية والقوانين الوطنية إلى عدم الاكتفاء بالنص على أحكام عقابية أساسية والمتمثلة في كل من قانون العقوبات، وكذا قانون الإجراءات الجزائية، بل تعدته إلى النص على أحكام أخرى لا تقل أهميةً، ويتعلق الأمر بقواعد تنظيمية للتصدي للفساد من خلال استصدار مدونات سلوك في مختلف القطاعات.

ومن ثم راهنت عديد من المنظمات وكذلك التشريعات التي أصدرت مدونات سلوك على قدرة المدونات في القيام بما يعاضد القوانين من حيث حماية المنظمة من السقوط في مستنقع الفساد بتبصير الموظف بالسلوك المنبوز والسلوك الحميد، خاصة أن أخلاقيات المهنة ترتبط بالحوكمة، بل تُعد مدخلاً لها ومصدراً من مصادرها⁽³²⁾. لذا يهدف البحث إلى بيان مكانة مدونات السلوك ودورها الوقائي والعلاجي في مكافحة الفساد، وأهمية إصدارها لتعاضد التشريعات الموجودة وبيان قوتها الإلزامية ومدى فعاليتها.

سادساً: إشكالية البحث

إنّ احتواء مدونات السلوك على موجّهات سلوكية أخلاقية تحكم نشاط المهنة أو المنظمة، سواء في القطاعين العام أو الخاص أو تلك التي تخص الممارسين المهنيين بغاية مكافحة الفساد، يطرح التساؤل التالي: ما مكانة مدونات السلوك ضمن الأدوات المتنوعة لتقويم السلوك القيمي سواء للموظفين أو لغيرهم في مكافحة الفساد؟ وهل يمكنها القيام بدور فعال في ظل تراجع القواعد القانونية في التصدي للظواهر الاجتماعية غير المشروعة؟ وكيف أن هذا الدور مكمل وداعم للأحكام التشريعية الموجودة؟

سابعاً: منهجية البحث

سيقع اتباع المنهج الوصفي والاستقرائي والاستنباطي والتحليلي للنظر في النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة للتوصل إلى معرفة مساهمة المدونات في مكافحة الفساد، كما سيقع اتباع المنهج المقارن لمعرفة مميزات مختلف المدونات الصادرة

(31) انظر: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مرجع سابق، وهي أهم اتفاقية دولية في هذا المجال، بالنظر أساساً إلى قيمة أحكامها والانخراط الدولي البالغ من حيث العدد المهم للدول الموقعة عليها.

(32) رضا لواهم، مرجع سابق، ص 983.

عن القطاعين العام والخاص، والمعايير الأخلاقية المعلن عنها، وكذلك المدونات الصادرة عن بعض الدول مثل قطر ومصر والأردن وتونس.

ثامناً: خطة البحث

لا خلاف في أن مدونة السلوك تتضمن قيماً أخلاقية وسلوكيات يقع تحديدها بحسب القيم التي تحكم المنظمة، سواء كانت منظمة دولية أو حكومية، أو مؤسسة قطاع عام أو قطاع خاص أو مؤسسة مهنية، كل هذه التنظيمات التي تحتكم إلى مدونات السلوك عليها «التبني الطوعي لإرشادات سلوكية محددة (التنظيم الذاتي) وإنشاء آلية لضمان مراقبة الامتثال (الضبط الذاتي)»⁽³³⁾، لذا يجوز القول إن مدونات السلوك تؤدي دورين متميزين يتشاركان في تعزيز المبادئ الأخلاقية في المنظمة، وقد تؤديهما المدونات إما بصفة منفصلة وإما بصفة متلازمة، وهما: الدور الوقائي الذي سيعرض له المبحث الأول، والدور الردعي الذي سيكون محور المبحث الثاني.

(33) C.-G. Stănescu, J. Kepinski, Beyond Soft Law? evaluating the Role of Codes of Conduct in Regulating EU Informal Debt Collection - Evidence from FENCA Members, Journal of Consumer Policy, June 2025, <https://doi.org/10.1007/s10603-025-09594-1>.

المبحث الأول الدور الوقائي لمدونات السلوك

يكمن الدور الوقائي لمدونات السلوك في إعلانها عن قيم أخلاقية (المطلب الأول)، وهو ما يستدعي التطرق إلى قوتها الإلزامية (المطلب الثاني).

المطلب الأول الإعلان عن قيم أخلاقية في مدونات السلوك

تُعلن مدونات السلوك عن قيم أخلاقية، ومن ذلك قرار مجلس الوزراء في دولة قطر رقم 18 لسنة 2020 بإصدار ميثاق سلوك ونزاهة الموظفين العموميين في دولة قطر الذي أعلن عن قيم النزاهة، والأمانة، والإخلاص، وغيرها. وهو ما أفصحت عنه أيضاً مدونة السلوك الوظيفي للعاملين بالجهاز الإداري للدولة بجمهورية مصر العربية والصادرة سنة 2019؛ فقد نصت بدورها على قيم العدالة والنزاهة والحيادية والاستقامة والخلق القويم⁽³⁴⁾. وبالتالي تُمثل قواعد الأخلاق العمود الفقري لمدونات السلوك. والأخلاق لغة جمع خُلُق وهي «حال للنفس راسخة تصدر عنها الأفعال من خير أو شر من غير حاجة إلى فكر وروية»⁽³⁵⁾.

ويُعرفها جانب من الفقه بأنها «مجموع المبادئ التي تعتبرها غالبية الناس في المجتمع قواعد سلوك ملزمة ينبغي على الأفراد احترامها وإلا استحقوا سُخط المجتمع وازدراءه. وتهدف هذه القواعد إلى تحقيق مُثل عليا تحث على فعل الخير كمساعدة الضعفاء والوفاء بالعهد، وتنهى عن الشر كالكذب والاعتداء على النفس أو العرض أو المال...»⁽³⁶⁾. وتترجم عبارة الأخلاق في اللغة الفرنسية أحياناً بمصطلح Éthique، وأحياناً أخرى بمصطلح Morale. أما في اللغة الإنجليزية فيذكر مصطلح Ethics ويُقصد به «التحقيق فيما هو جيد [...] وما هو قيم، أو ما هو مهم حقاً»⁽³⁷⁾، وهو المعنى نفسه لمصطلح Éthique باللغة

(34) انظر: مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016، صادرة عن وزارة التخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري، 2019، على الرابط التالي:

<https://nur.tanta.edu.eg/files/note.pdf>، تاريخ الزيارة: 2025/3/5.

(35) معجم المعاني الجامع على الموقع: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>، تاريخ الزيارة: 2024/6/3.

(36) توفيق حسن فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص26.

(37) L. Wittgenstein, Leçons et conversations suivies de Conférence sur l'éthique. Traduit de l'anglais par Jacques Fauve. Éditions Gallimard, Paris, 1971, pp.143-144.

الفرنسية فيقصد به تقييم السلوك الأخلاقي، فهو العلم بمعرفة السلوك والقيم⁽³⁸⁾.

أما مصطلح morale فهو كل ما يتعلق بسلوك وقيم الأفراد، إلا أن هذا الفارق المصطلحي لا يمنع من استعمال العبارتين بنفس المعنى الذي يفيد القيم الأخلاقية. وهذه القيم هي مُثُلٌ عليا ومبادئ مجتمعية ترسم موجهات لترقى بسلوكيات الفرد إلى الكمال والسمو سواء في ذاته أو في علاقته بالغير. فهي «ثمرة حوار داخلي وتربية للضمير للارتقاء نحو مَثَلٍ أعلى»⁽³⁹⁾. وتُبرز مدونات الأخلاق للموظفين والعلماء وعامة الناس، القواعد والمعايير التي تضمن الأخلاق⁽⁴⁰⁾، إذ تعتمد مدونات السلوك بشكل أساسي على القواعد الأخلاقية التي نظمت منذ الأزل الروابط الاجتماعية إلى جانب القواعد القانونية، لأن هدف مدونة السلوك يتمثل في تعزيز القيم الأخلاقية في الوظيفة.

واستهلت مدونة السلوك الوظيفي للعاملين بالجهاز الإداري للدولة بجمهورية مصر العربية مقدمتها بأنه «يأتي الاهتمام بمواثيق سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة كأحد مداخل تطوير الإدارة العامة التي يسترشد بها موظفو العموم؛ مما يؤدي إلى التجانس والوحدة والتوافق الأخلاقي داخل الجهاز الإداري للدولة»⁽⁴¹⁾. ومن بين أهم الاتفاقيات الإقليمية التي نصت على أهمية إصدار مدونات السلوك، اتفاقية الاتحاد الإفريقي لسنة 2003 لمنع الفساد ومكافحته⁽⁴²⁾، حيث تضمنت في الفقرة 2 من مادتها السابعة النص على التزام الدول الأطراف بالقيام بمجموعة من الإجراءات والتدابير من بينها «تشكيل لجنة داخلية أو جهاز مماثل، وتكليفه بإعداد مدونة سلوك ومراقبة تنفيذها وتوعية الموظفين العموميين وتدريبهم بشأن المسائل المتعلقة بأداب المهنة».

هذا التوجيه نفسه سلكته أيضاً الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، وتضمنت في الفقرة الخامسة من مادتها العاشرة أنه «تسعى كل دولة طرف إلى أن تُطبق ضمن نطاق نظمها المؤسسية والقانونية مدونات ومعايير سلوكية من أجل الأداء الصحيح والمشرق

(38) أمين أعزان، الأخلاق والقانون، الإحياء، الرابطة المحمدية للعلماء، المغرب، مج 2010، ع 32-33، ص 157.

(39) Ph. Le Tourneau, L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Ed. Dalloz, Paris, 2000, p. 70 et s..

(40) M. Raymond, Éthique. Anthrophen, (1/9/2016). <https://doi.org/10.17184/eac.anthrophen.009>.

(41) انظر: مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016، مرجع سابق.

(42) انظر: اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة بمابوتو في 11 يوليو 2003، وحول هذه الاتفاقية، انظر: حميد زايدي، دور الحكم الراشد في مكافحة الفساد في إفريقيا: دراسة تحليلية لاتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، مج 13، ع 2، 2022، ص 616.

والسليم للوظائف العامة»⁽⁴³⁾.

وتتضمن مدونات السلوك الأخلاقيات التي يجب أن تتوافر في مهنة معينة. وتُعرف الأخلاق المهنية على أنها: «مجموعة من المبادئ والمعايير التي يقوم الفرد بتطبيقها بشكل اختياري، لاتخاذ قراراته حول ما يقوم به من أفعال وسلوكيات، وهذه المبادئ والسلوكيات هي التي تحدّد مدى صحة العمل الأخلاقي»⁽⁴⁴⁾. فتُلامس القيمُ المعلن عنها في المدونة الأخلاق السّويّة وتُبيّن الممارسات السيئة، موجّهةً بذلك السلوك الوظيفي من خلال هذه القواعد التنظيمية.

وعليه قد تعلن المدونة عن ضرورة الفعل، وهي القيم التي يجب أن تكون موجودة في السلوك الوظيفي، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (6) من ميثاق سلوك ونزاهة الموظفين العموميين في قطر، إذ ذكرت عديداً من القيم منها الجدية، والصدق والأمانة، والموضوعية والحيادية، والريادة والنزاهة والتجرد، والعدالة والمساواة والشفافية⁽⁴⁵⁾. كما قد تعلن مدونة السلوك عن الامتناع عن عمل، وهي القيم التي يجب ألاّ تُوجد في السلوك الوظيفي، ومن أمثلة ذلك إعلان المدونة عن «تجنب الوساطة، والمحسوبية»⁽⁴⁶⁾، وعن «تجنب تضارب المصالح»⁽⁴⁷⁾.

فهذه القواعد سواء في الفعل أو عدم الفعل تعتمد القيم والسلوك المجتمعي المبني على ثنائية الخطأ والصواب. فتُحدّد السلوك السوي والسلوك المنحرف بناءً على معايير اجتماعية، فهي تهدف إلى نمذجة السلوك. ويجوز القول إن هذه الموجهات الأخلاقية تنطوي على وظيفة وقائية، لكونها تقي من ارتكاب الفعل المخالف للقيم الأخلاقية المنصوص عليها في المدونة لتجنب العقوبة.

ولقد خلصت دراسة حول دور أخلاقيات المهنة في مكافحة الفساد الإداري في الدول العربية، إلى «أن غالبية هذه الدول لم تتجاوز عتبة الخمسين نقطة، وفق المعيار العالمي

(43) انظر: الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، المحررة بالقاهرة، بتاريخ 21 ديسمبر 2010، على الرابط التالي: <https://www.almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=1719&language=ar>، تاريخ الزيارة: 2025/8/29.

(44) سليمان صالح، أخلاقيات الإعلام، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، دولة الكويت، 2014، ص 58.

(45) قرار مجلس الوزراء في دولة قطر رقم 18 لسنة 2020 بإصدار ميثاق سلوك ونزاهة الموظفين العموميين، مرجع سابق.

(46) انظر مثلاً: المادة (5 الفقرة ب) من مدونة السلوك النيابية لمجلس النواب الأردني لسنة 2023، على الرابط التالي: https://www.representatives.jo/EBV4.0/Root_Storage/AR/EB_HomePage، تاريخ الزيارة: 2025/8/25.

(47) انظر مثلاً: المادة (5 الفقرة ج) من مدونة السلوك النيابية لمجلس النواب الأردني لسنة 2023، مرجع سابق.

لنظمة الشفافية الدولية. ويرجع هذا الترتيب المتأخر - بحسب بحثنا - إلى ضعف الوازع المهني، والديني، والأخلاقي⁽⁴⁸⁾. وهنا تكمن الفائدة العملية من مدونات السلوك من خلال الحاجة إلى أثرها في تعديل سلوك الموظفين، بهدف إعادة تأسيس علاقة ثقة بين المواطنين والإدارة، خاصة أن دورها مهم في الحوكمة، حيث إن الحوكمة قبل أن تكون منهج إدارة وتسيير، تُعدّ ميثاق سلوكيات وأخلاق عمل، ومنه فإن أخلاقيات المهنة تشير إلى مجموعة المبادئ والقيم التي يجب أن يلتزم بها المهنيون في مجال معين في سياق تحقيق الحوكمة الفعالة؛ إذ تؤدي أخلاقيات المهنة دوراً حاسماً في ترجمة سلوك المهنيين، وضمان معايير النزاهة والشفافية والمساءلة والمشاركة وحكم القانون في إطار المؤسسة، وتُعزّز بالتالي الحوكمة السليمة والمستدامة داخل المؤسسة⁽⁴⁹⁾.

وهذا الربط بين الحوكمة ومدونات السلوك كان حاضراً حينما صدر في تونس أمر حكومي بشأن إحداث خلايا الحوكمة وضبط مشمولاتها، ونصت المادة الخامسة منه على «... نشر ثقافة الحوكمة والشفافية وقيم النزاهة وحسن التصرف، والسهر على احترام مدونات السلوك والأخلاقيات المهنية، وحسن تطبيق أدلة الإجراءات...»⁽⁵⁰⁾.

ويلاحظ أنّ هناك تنوعاً كبيراً في مدونات السلوك من حيث مجالاتها والقيم التي تعلن عنها، إذ يتغير مضمونها بتغير المجال الذي تنظمه. فهناك مدونات تخص قواعد سلوك للموظفين العموميين⁽⁵¹⁾، ومدونات سلوك تخص مهنة معينة مثل تلك المتعلقة بسلك القضاء⁽⁵²⁾، إضافة إلى مدونات قواعد السلوك لبعض منظمات من القطاع الخاص⁽⁵³⁾.

(48) محمد الأخضر كرام ومنى مسغوني، أخلاقيات المهنة في مكافحة الفساد الإداري في الدول العربية، دراسة تحليلية لمؤشرات مدركات الفساد الإداري 2014-2017، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة 1، الجزائر، مج9، ع2، يوليو 2020، ص693.

(49) رضا لواهم، مرجع سابق، ص996.

(50) أمر رئاسة الحكومة رقم 1158 لسنة 2016 بشأن إحداث خلايا الحوكمة وضبط مشمولاتها الصادر بتاريخ 2016/08/12، نشر بتاريخ 2016/09/09 في الرائد الرسمي، ع74 السنة 159.

(51) الأمر رقم 4030 لسنة 2014، مؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، مرجع سابق.

(52) انظر مثلاً:

The Conduct of Justice of The Qatar International Court and Regulatory Tribunal.

https://www.qicdrc.gov.qa/sites/default/files/regulation-pdf/2022-01/1-judicial_code_of_conduct.pdf

انظر أيضاً إلى المجلس الأعلى للقضاء الفرنسي:

Recueil des obligations déontologiques (Conseil supérieur de la magistrature, 2010).

<https://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/recueil-des-obligations-deontologiques>

تاريخ زيارة هذين الموقعين: 2025/7/13.

(53) محمد السعد البطاينة، مدونة قواعد السلوك للقطاع الخاص، الغرفة التجارية الأمريكية في الأردن، عمان، 2015، ص13 وما بعدها.

وقد تتنوع هذه المدونات في مضمونها، إذ تحتوي على مبادئ أخلاقية تتراوح بين متطلبات المهنة والقيم الأخلاقية التي تنطبق في جميع مجالات النشاط الإنساني⁽⁵⁴⁾. فلكل وظيفة أو مهنة متطلبات تنفرد بها عن غيرها، إلى جانب قيم مشتركة بمعنى قيم تتقاسمها مع غيرها من المهن. لذا عادةً ما تكرر مدونات السلوك قيمًا أخلاقية تأخذ بخصوصيات كل مهنة أو وظيفة. وفضلاً عن ذلك قد تتراوح مدونات السلوك بين التفصيل⁽⁵⁵⁾ والاقتضاب⁽⁵⁶⁾، وبالتالي إما أن تعلن عن قيم أخلاقية عامة، وإما أن تُفصّل في القيم المُعلن عنها.

و غالباً ما تكون صياغة المدونة عامة في شكل موجّهات من دون دخول في التفاصيل. فنجد المدونة تعلن عن قيم مثل النزاهة والأمانة، والموضوعية، وتجنب الوساطة والمحسوبية⁽⁵⁷⁾، والاستقامة والنزاهة والثقة والإخلاص والمساواة⁽⁵⁸⁾، والحيادية⁽⁵⁹⁾. كما قد تعلن المدونة عن موجّهات أخلاقية ذات بُعد وظيفي، فمثلاً تؤكد على قيم الكفاءة، والحياد، والنجاعة، والانضباط في العمل⁽⁶⁰⁾، والفعالية والجودة والاحترافية⁽⁶¹⁾.

كما تعتمد المدونات مجموعة من السلوكيات التي يتعيّن على الموظف التقيد بها سواء في نشاطه مع رؤساء العمل وزملائه⁽⁶²⁾ أو في نشاطه إزاء المراجعين⁽⁶³⁾ أو الجهات

(54) انظر: مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016، مرجع سابق.

(55) انظر مثلاً: مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، المرجع السابق. ووثيقة مبادئ السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق.

(56) انظر مثلاً: مدونة قواعد السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة بالملكة العربية السعودية، قرار مجلس الوزراء رقم 555، بتاريخ 1437/12/25 هجري، على الرابط التالي: https://dfpa.ksu.edu.sa/sites/dfpa.ksu.edu.sa/files/imce_images/mdwn_qwd Islwk_lwzyfy_wkhlqyt_lwzyf_lm.pdf

تاريخ الزيارة: 2025/6/2. المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، مرجع سابق.

(57) انظر مثلاً: المادة (2 الفقرتين أ وب) والمادة (5 الفقرة ب) من مدونة السلوك النيابية لمجلس النواب الأردني لسنة 2023، مرجع سابق.

(58) مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي (تونس)، مرجع سابق.

(59) انظر: مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016، مرجع سابق.

(60) مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي (تونس)، مرجع سابق.

(61) انظر: مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016، مرجع سابق.

(62) انظر: الباب الثاني من مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي (تونس)، مرجع سابق.

(63) انظر: الباب الثالث من مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي (تونس)، مرجع سابق.

الإدارية الأخرى، وتشمل هذه القيم أساساً عدم وجود تضارب للمصالح⁽⁶⁴⁾، وعدم قبول الرشوة أو أي نوع من الهدايا، وواجب الطاعة والتحفظ، والالتزام بالسريّة المهنيّة، والحفاظ على المال العام؛ «فكلما كان الموظف متصفاً بأخلاقيات النزاهة والأمانة والقناعة والصدق والاستقامة والرقابة الذاتية والتسامح والوفاء، كان مُحصناً من القيام بأي من السلوكيات غير المرغوب فيها بما في ذلك كل مظاهر الفساد»⁽⁶⁵⁾.

هذه القيم الأخلاقية تُعد جزءاً من هوية المؤسسة أو المهنة، ومن ضمن أهدافهما⁽⁶⁶⁾، فأخلاقيات مهنة المحاماة تقوم أساساً على مبدأ الثقة بين المحامي ومُنوّبه (موكله)⁽⁶⁷⁾، أما مهنة الطب⁽⁶⁸⁾ فتعتبر الحفاظ على السريّة المهنيّة واحترام كرامة الإنسان من أهم القيم المعلن عنها إلى جانب قيم أخلاقية أخرى. أما في سلك القضاء فقد أكدت المواثيق الدولية المتعلقة بقواعد وأخلاقيات السلوك القضائي على تأكيد مبدأ الحياد، ومن ذلك مثلاً مبادئ بانجلور للسلوك القضائي⁽⁶⁹⁾.

إن هذا التنوع يدل على أنه لا يمكن اعتماد نموذج موحد يصلح لجميع المجالات الوظيفية أو المهنية، وذلك لاعتبارات موضوعية تتعلق بخصوصية كل وظيفة أو مهنة، حيث تتميز كل منها بسمات ومقتضيات لا تشترك فيها مع غيرها. ومن ثم ينبغي أن تعكس مدونات السلوك هذه الخصوصيات، فتتضمن المبادئ والقيم التي تُعد ذات أولوية في السياق الوظيفي أو المهني المعني، مقارنةً بالقيم العامة المشتركة. ومن هذه القيم المشتركة التي ينبغي على مدونات السلوك الإعلان عنها، على سبيل المثال، واجب الإفصاح عن حالات تضارب المصالح والنزاهة والشفافية والعدالة، والمساواة، والحياد، وغيرها.

(64) مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي (تونس)، مرجع سابق.

(65) محمد الأخضر كرام ومنى مسغوني، مرجع سابق، ص 692.

(66) انظر مثلاً: سياسة مدونة السلوك، مكتبة قطر الوطنية على الرابط التالي:

<https://www.qnl.qa/ar/policies/code-of-conduct>، إذ أعلنت أن «الهدف من هذه السياسة هو ضمان توفير أجواء مريحة وبيئة ممتعة تشجع على الدراسة والبحث وتحمي صحة الرواد وسلامتهم، والحفاظ على المواد والمعدات والمرافق، وصيانة هيئة المكتبة واحترامها. وتسعى المكتبة للحفاظ على بيئة تدعم الحق في الاحترام المتبادل». تاريخ الزيارة: 2025/8/27.

(67) انظر مثلاً: ميثاق شرف مهنة المحاماة، الصادر عن جمعية المحامين القطرية، على الرابط التالي:

https://www.qia.qa/code_of_conduct-ar.html، تاريخ الزيارة: 2025/8/27.

(68) انظر مثلاً: لائحة آداب المهنة الصادرة من النقابة العامة لأطباء مصر الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 238 لسنة 2003، بتاريخ 2003/9/5 على الرابط التالي:

<https://medfac.mans.edu.eg/images/files/document/qa/medicine-ethics.pdf>

تاريخ الزيارة: 2025/8/27.

(69) The Bangalore Principles of Judicial Conduct. Available at: <https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>. Last accessed 29/8/2025.

أما فيما يتعلق بمسألة تفضيل التفصيل أو الإيجاز في مدونات السلوك، فإن لكل خيار مزاياه وتحدياته؛ إذ يحمل كل من التعداد المفصل والإيجاز جوانب إيجابية وسلبية، ويُستحسن اختيار الأسلوب الأنسب بحسب طبيعة المجال المهني والسياق الذي تُعتمد فيه المدونة، لأن غايتها تتأتى في أن «تأصيل الأخلاق في سلوك الأفراد يؤدي إلى تحويل العادات السلوكية إلى مبادئ خُلقية، حيث يكون تصرُّف الأفراد نابعاً من الإيمان العميق بهذه القيم، لا الخوف من عقاب».

وتزداد فعالية مدونة السلوك في مكافحة الفساد إذا وقع إعدادها بطريقة تشاركية من داخل المنظمة، وبمساهمة فعلية من أصحابها. فالمشاركة في صياغة المدونة، من خلال إبداء الرأي وتقديم الاقتراحات، تُعزز من الالتزام بها، إذ يُفترض أن الفرد يلتزم بالنتيجة التي ساهم في بنائها وكان جزءاً من عملية إعدادها، وهي بذلك تحقق دورها الوقائي، وهذا ما يُحيلنا إلى التساؤل حول القوة الإلزامية للقيم الأخلاقية المعلن عنها.

المطلب الثاني

القوة الإلزامية للقيم الأخلاقية المعلن عنها في مدونات السلوك

يجد التمييز بين القانون والأخلاق مجالاً خصباً للتعبير عن الاختلاف وعن العلاقة القائمة بينهما. فكما توجد أحياناً مجالات مستقلة لكل من الأخلاق والقانون وأحياناً مجالات متعارضة بينهما، فإنه توجد روابط قائمة بينهما. فعدد القواعد القانونية مستمدة من الأخلاق، فهذه الأخيرة تُعتبر من الحقائق الموضوعية التي تؤثر في بلورة القاعدة القانونية⁽⁷⁰⁾، إذ تُعد مصدراً مادياً لعدد النصوص القانونية.

وعليه فإن مدونة السلوك، بما تحتويه من مبادئ أخلاقية، هي إحياء في ثوب جديد لقواعد تنظيمية ما فتئت تنظم المجتمعات الإنسانية إلى وقت الناس هذا. وتتمثل قواعد الأخلاق في مجموعة من القيم المستقرة في الجماعة والتي تنزع بالإنسان نحو السمو والكمال، فهي قواعد تنظيمية على غرار قواعد القانون⁽⁷¹⁾. ويمكن القول إن أغلب قواعد الأخلاق مصدرها ديني، إذ توجد صلة متينة بين الأخلاق والدين انطلاقاً مما تنطوي عليه قواعد الدين من قيم أخلاقية سامية كجزء لا يتجزأ من الأوامر والنواهي الإلهية، بل إن الطبيعة المعيارية للتفكير الأخلاقي في النظرية القانونية الإسلامية (أصول الفقه)، تعتمد «على اقتراح أساسي يشير إلى أن التقييم الأخلاقي يجب أن يتوافق مع الإرادة

(70) فاطمة الزهراء علاوي، القانون والأخلاق أية علاقة، مجلة قوت القلوب، جامعة مولاي إسماعيل، المغرب، ع2-3، 2013، ص65.

(71) أمين أعزان، مرجع سابق، ص158.

الإلهية، والتي تهدف إلى تحقيق حالة أخلاقية يتم التعبير عنها باسم المصلحة (الخير الاجتماعي)⁽⁷²⁾.

ولئن كانت قواعد الأخلاق تتحد مع قواعد القانون في تنظيم السلوك الإنساني، غير أن الفارق الأساسي بينهما يتمثل في الغاية منهما وفي الجزاء المقترن بكل منهما. فقواعد الأخلاق ترنو إلى الوصول بالإنسان صوب الكمال. أما قواعد القانون فتسعى إلى تحقيق الأمن عن طريق إيقاع الجزاء. وهذا الجزاء هو مادي وحيثي، مما يجعل هدف القانون نفعياً بالأساس إذ غايته إقامة النظام في المجتمع⁽⁷³⁾، ونظرته هي بالأساس واقعية لتحقيق العدل⁽⁷⁴⁾ وتحقيق الأمن والاستقرار. بينما تهدف قواعد الأخلاق إلى سمو الإنسان نحو الكمال، وبالتالي فغاية الأخلاق مثالية وليست نفعية⁽⁷⁵⁾.

ويتمثل الجزاء عند الإخلال بالأخلاق في تأنيب الضمير أو استنكار المجتمع، وهو ما قد يقلل من دور مدونات السلوك وفائدتها في مكافحة الفساد وتحميل المنظمة مسؤوليتها الاجتماعية، إذ تبدو هذه القيم كأنها مجرد إعلانات ما دامت لا تُقر جزاءً، وبالتالي تبدو بلا قيمة. إلا أن القول بعدم جدواها ينطوي على مغالاة، لأن محتواها ليس خالياً من القاعدية والمعيارية والإلزامية، إذ إنها تساهم في وظيفة المدونة الوقائية⁽⁷⁶⁾. ولأن قواعد الأخلاق التي تُعلن عنها المدونات هي «قواعد معيارية تحكم المجتمع وتتضمن مجموعة من السلوكيات المقبولة، فهي تُعد بمنزلة ضوابط ومحددات للسلوك المفترض من الأفراد في كافة جوانب الحياة»⁽⁷⁷⁾. والسبب هو أن القواعد الأخلاقية تخاطب الضمير وقيم الفرد وتحرك لديه إلزاماً داخلياً مختلفاً تماماً عن الإلزام في القاعدة القانونية الذي يكون خارجياً.

وبالتالي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار في مساهمتها ودعمها للقواعد التي تنظم السلوك الإنساني مثلها مثل قواعد التنظيم الاجتماعية الأخرى. وهكذا تمثل المدونة عامل ثراء للقواعد التنظيمية، حتى إن كانت لا تحتوي على كل الخصائص التي تتميز بها قواعد

(72) E. Elmahjub, Islamic Jurisprudence as an Ethical Discourse: An Enquiry into the Nature of Moral Reasoning in Islamic Legal Theory, Oxford Journal of Law and Religion, Vol.10, Iss.1, February 2021, pp.16-42, <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwaa023>.

(73) أمين مشطاط، الأخلاق والقانون، مجلة الدراسات القانونية، المغرب، ع28، 2024، ص117.

(74) L. Cadiet, Découvrir la justice, Dalloz, Paris, 1997, p.13 et s.

(75) فاطمة الزهراء علاوي، مرجع سابق، ص65.

(76) الزهرة نصيبي، مدونة أخلاقيات المهنة كآلية وقائية من الفساد في الصفقات العمومية وفق القانون رقم 12/23، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج19، ع2، لسنة 2024، ص99.

(77) محمد سالم أبو الفرج وروان اللوزي، قانون وأخلاقيات الأعمال في قطر، كلية القانون، جامعة قطر، 2020، ص19.

القانون عن غيرها من قواعد السلوك، وخاصة مسألة الجزاء الذي يعكس إلزامية القاعدة القانونية.

فعلى سبيل المثال تتميز القاعدة العرفية في إلزامها عن القاعدة التشريعية، إذ تنبع إلزاميتها من الشعور الجماعي بحسب الفقيه سافيني (Savigny)⁽⁷⁸⁾ أو الضمير الداخلي للفرد على حدّ تعبير كاربونيي (Carbonnier)⁽⁷⁹⁾، أو في ضرورة العرف الاجتماعية بحسب جيني (Geny)⁽⁸⁰⁾. وهذا الشعور الإلزامي هو انعكاس لتواتر الفعل الذي يولد ثباتاً وعمومية كافيتين، فيتداخل العنصر الإلزامي مع هذا الاطراد⁽⁸¹⁾، لأنّ تواتر العمل بالفعل يحمل معه قبولاً له. ويسري هذا القول على القواعد الأخلاقية المعلن عنها في مدونات السلوك؛ فهي تستبطن أيضاً هذه الإلزامية للقواعد التي تُترجم عن قيم المنظمة وتنشأ عن وعي منها بمسؤوليتها الاجتماعية.

أما المعايير التنظيمية، التي تُحدد السلوك المناسب كقيم عليا وفق المعايير السائدة في المجتمع، فإنما تعمل على تكوين الضمير الاجتماعي⁽⁸²⁾ فيما يتعلق بالخطاب الأخلاقي، ومن ثم توضح المدونات القيم الرئيسة التي تدافع عنها المنظمة.

لذا فحينما تستخدم المؤسسات المختلفة مدونات سلوك أخلاقية وتعتمد كلمة «الأخلاقيات» أو «المبادئ» فهي لا تستهدف على وجه التحديد الطابع الإلزامي الذي يرافق القاعدة القانونية، وهو كونها مقترنةً بجزاء توقعه السلطة العامة في الدولة، بل الغاية من هذه الوثائق كونها تخاطب جميع الموظفين أو ذوي الشأن بهدف تعزيز مبادئ وقواعد السلوك داخل المنظمة. وإذا حدث التطرق إلى تكييفها قانوناً، يمكن تصنيف مدونات السلوك بكونها تمثل سلطة واقعية، وهي صنف من القانون الناعم أو غير الملزم أو المرن (Soft Law).

(78) Savigny, cité par L. Ferry, Droit, coutume et histoire, Remarques sur Hegel et Savigny, In la coutume et la loi, étude d'un conflit, Ouvrage collectif sous la direction de C. Journees, Ed. P.U.L., 1986, p.87.

(79) J. Carbonnier, La Genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume, in flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 8ème Ed. L.G.D.J., Paris, 1995, p.115 et s.

(80) F. Geny, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 1ère Ed. Chevalier Maresque et CIE, Paris 1899, et la 2ème Ed., L.G.D.J., Paris, 1919, et un nouveau tirage en 1954, p.320 et 356.

(81) D. Bureau, Les sources informelles dans les relations privées internationales, Thèse Paris II, 1992, p.206 et s.

(82) عادل عبدالعزيز، دور الثقافة التنظيمية والعدالة الاجتماعية في مكافحة الفساد، الأطر القانونية والثقافية التنظيمية لمكافحة الفساد، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2013، ص140.

ويُعرّف القانون الناعم بأنه مجموعة القواعد المرنة التي يتم تضمينها في المعاهدات، والقرارات غير الملزمة أو الطوعية، والتوصيات، ومدونات السلوك، والمعايير. كما يمكن تعريفه بأنه أحكام معيارية غير ملزمة⁽⁸³⁾. فقواعد مدونات السلوك تنتمي إلى ما يطلق عليه «القانون الناعم» لما يتسم به من ضبابية ومرونة، فهو لين لأنه يدعو الموظف إلى اتباعه عن طواعية لا عن إجبار، وهو ضبابي لكونه يفتقد التحديد وتُستعمل فيه عبارات مطاطة، وهو غير ملزم لغياب الجزاء فيه. وخلو المدونة من الجزاء بمعناه الكلاسيكي، الذي يعتبر خاصية من خصائص القاعدة القانونية، لا يفقد مدونة السلوك أهميتها المعيارية في الضبط والتنظيم؛ ذلك أن مدونات السلوك التي تنتمي إلى ما يُعرّف بالقانون المرن «تُقدّم تصوراً مفاده أنه من الممكن تنظيم السلوك البشري من دون اللجوء إلى الإلزام أو الجزاء»⁽⁸⁴⁾.

ومما لا شك فيه أن توجيه الانتباه إلى هذه القواعد الأخلاقية أمرٌ له أهميته، على الرغم من أن عديداً من هذه القواعد قد نصت عليها قوانين مختلفة، من ذلك قانون الخدمة العامة أو قانون العمل، وأن قوة هذه القوانين مقترنة بمبدأ مهم، وهو أنه «لا يُعذر الجاهل بجهله للقانون»، «إلا أن الواقع العملي قد يُظهر أن المحامين والقضاة والفقهاء لا يحيطون علماً بجميع النصوص القانونية السارية، وبالتالي لا يمكن مطالبة رؤساء المؤسسات، فضلاً عن موظفيهم، بالإلمام الكامل بهذه النصوص»⁽⁸⁵⁾. وهنا تنبع أهمية هذه القواعد الأخلاقية المضمنة في مدونة السلوك تكمن في تبسيط الخطاب للمتلقي فهي تُخاطب إدراك الفرد ووعيه بضرورة احترام قواعد أخلاقيات المهنة أو الوظيفة، فتؤدي حينئذ دوراً وقائياً.

ومن الجوانب الإيجابية أيضاً لمدونات السلوك مرونتها؛ فهي أسهل تعديلاً من التشريعات، ويمكنها التكيف مع التطورات التكنولوجية والاجتماعية والاقتصادية أو القانونية الجديدة⁽⁸⁶⁾. لذا فإن انتشار مدونات السلوك بما تعلنه من القيم الأخلاقية ينبئ

(83) Dinah L. Shelton, Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System (Introduction) Edit. 2000, pp.13-14.

(84) C.Thibierge, Rapport de synthèse, in, «Le droit souple», Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française avec le concours de la Faculté de droit et du Laboratoire de Recherche Juridique de l'Université du Littoral - Côte d'Opale. Ed. D., 2009, p.96. p.141.

(85) W. Feugère, La bonne foi en droit pénal des affaires: l'espoir d'une résurgence? Gazette du Palais 17-3-2009, p. 37.

(86) C.-G. Stănescu, J. Kepinski, Beyond Soft Law? evaluating the Role of Codes of Conduct in Regulating EU Informal Debt Collection-Evidence from FENCA Members, Journal of Consumer, Policy, June 2025, <https://doi.org/10.1007/s10603-025-09594-1>.

عن مجال جديد تُعاضد فيه قواعد الأخلاق قواعد القانون، فهما تتكاملان في تنظيم علاقات عديدة داخل المنظمة. وفي حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر أحالت إلى مدونة السلوك كجزء من التنظيم لقواعد السلوك الوظيفي فذكرت: «ومن حيث إنه عن موضوع الطعن فإن المادة (54) من قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 18 لسنة 2015 الواجب التطبيق على الواقعة محل الطعن المائل تنص على أنه يتعين على الموظف الالتزام بأحكام القانون ولائحته التنفيذية، وغيرها من القوانين واللوائح والقرارات والتعليمات المنفذة لهما، ومدونات السلوك وأخلاقيات الخدمة المدنية الصادرة من الوزير المختص»⁽⁸⁷⁾.

ولقد أعلنت مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي بتونس في ديباجتها أن هذه المدونة تهدف «... إلى تكريس منظومة قيمية خاصة بالعون العمومي، من شأنها معاضدة المنظومة القانونية التي يخضع لها، من أجل مساعدته على القيام بواجباته المهنية وتحمله مسؤولياته على نحو يستجيب لانتظارات المواطنين وتطلعاتهم لخدمة عمومية نزيهة، خالية من كل أوجه الخروقات، وباعثة على الثقة والطمأنينة بين الهيكل العمومي والمواطن»⁽⁸⁸⁾....

وبالتالي لا يمكن الادعاء بأن أثر هذه الوثائق محدود لأنها لا تعدو أن تكون مجرد تذكير بالقانون، بل تعاضد مدونات السلوك قواعد القانون في مكافحة الفساد وتُفعل دورها الوقائي لأن مدونات السلوك تمثل مرجعاً يُجسّد القيم والمبادئ الأخلاقية التي تحكم المهنة، وتعد أداة معيارية لتنظيم السلوك المهني وضمان الالتزام بالمعايير الأخلاقية المعتمدة، وبمنزلة المعيار الذي يحدد السلوكيات المطلوبة في العمل، ومن شأنها تعميق إدراك الموظف لواجباته المهنية، وبالتالي تمثل آلية تضمن تطبيق الممارسات التي تتطلبها طبيعة وخصوصية كل وظيفة بما يصب في اتجاه مكافحة الفساد. فضلاً عما تعكسه المدونة من تحسين صورة المؤسسة قبل الجمهور⁽⁸⁹⁾.

وهذه الوظيفة الوقائية التي تضطلع بها مدونة السلوك في مكافحة الفساد قد تتحقق

(87) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم 63900 لسنة 61 ق | تاريخ الجلسة 2020/2/15، منشور على شبكة قوانين الشرق على الرابط التالي:

<https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/judgments-full-text/ar/egypt/2025/8/30> - تاريخ الزيارة 2020-02-15/administrative-supreme/judicial-year-61

(88) الأمر الحكومي رقم 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، مرجع سابق.

(89) P. Deumier, Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonnes conduites, chartes et d'autres règles éthiques, Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau, Ed. Dalloz, Paris, 2008, p.338.

بالتوازي مع وظيفة أخرى تمارسها مدونات السلوك، وهي وظيفة مرتبطة بمضمونها وشكلها، إذ إن هذه المدونات تتراوح من حيث الإلزام؛ فقد تكون في شكل إعلان وتوجيه، كما قد تكون في شكل قانون صادر عن سلطة لها صلاحية سن القوانين⁽⁹⁰⁾، وبالتالي لا تنتهي الوظيفة التي تضطلع بها مدونات السلوك عند الدور الوقائي في مكافحة الفساد، بل قد يكون لها أيضاً دورٌ ردعي.

(90) الأمر رقم 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، مرجع سابق.

المبحث الثاني

الدور الردعي لمدونات السلوك

قد تسعى مدونات السلوك أيضاً إلى ضبط السلوك بطريقة تُضاهي قواعد القانون، وهنا تبرز وظيفتها الردعية، إذ إن صدور المدونة عن هيئة تشريعية لها صلاحية سن القوانين ييسر اضطلاعها بهذه الوظيفة، فيغدو مصدر المدونة ذا أثر في درجة إلزامها (المطلب الأول)، كما أن اقتترانها بجزء عند مخالفة المبادئ الأخلاقية المعلن عنها يُعزز وظيفتها الردعية لتؤازر مختلف القوانين الرامية إلى التصدي للفساد. لذا سيقع التطرق إلى ارتباط الوظيفة الردعية لمدونة السلوك بالقواعد العقابية المضمنة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر مصدر المدونة في درجة إلزامها

تتنوع إلزامية مدونة السلوك بحسب الجهة التي أصدرتها، ولئن كانت أغلب المدونات الصادرة عن المنظمات هي طوعية وغير ملزمة، إلا أن صدور مدونة السلوك عن هيئة تشريعية يضفي عليها قوة إلزامية تستمدّها من الجهة التي أصدرتها، سواء كانت في شكل قانون أو مرسوم أو أمر وفق التراتبية المنصوص عليها في الدستور. فتتخذ شكل «وثيقة تشريعية رسمية تنظم السلوك من خلال تحديد ما يُعدّ سلوكاً مقبولاً وما يُعدّ عكس ذلك»⁽⁹¹⁾، وتكون لها نفس درجة إلزام القاعدة التشريعية.

كما قد يحيل النص التشريعي إلى مدونة السلوك ويعتبرها جزءاً من القواعد المطبقة. فعلى سبيل المثال نصّ النظام الداخلي لمجلس النواب الأردني لسنة 2013 في المادة (182) على أنه «تُعتبر مدونة السلوك الصادرة والمصادق عليها من قبل المجلس جزءاً من النظام». وحددت المادة (39/ الفقرة هـ) أنّ من مهام اللجنة القانونية «الإشراف على تطبيق مدونة السلوك ودراسة أية مقترحات بشأنها»، وأضافت المادة نفسها (الفقرة ز) أن للجنة «النظر في أي مخالفة لمدونة السلوك».

وتبعاً لذلك تُعتبر مدونة السلوك جزءاً من النظام الداخلي لمجلس النواب، وهو ملزم بتطبيقها وإمكانية تعديلها. وهو نفسه ما نصت عليه المادة (133) من النظام الداخلي

(91) غريغ باور، دليل البرلمانين حول الأخلاقيات وقواعد السلوك البرلمانية، مجموعة العمل العالمية المعنية بأخلاقيات البرلمانين، متاح على الرابط التالي:

http://gopacnetwork.org/Docs/PEC_Guide_AR.pdf، تاريخ الزيارة: 2025/7/8.

لمجلس الأعيان الأردني لسنة 2014 من أنه «يُعتبر ما ورد في مدونة السلوك لأعضاء مجلس الأعيان جزءاً من هذا النظام»⁽⁹²⁾.

أما في تونس فقد صدر الأمر الحكومي رقم 4030 لسنة 2014 المؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، فأتخذت المدونة شكل أمر حكومي صادر عن السلطة التنفيذية، وهو ما يضيفي على المدونة الصبغة الرسمية، وهي بمنزلة قانون استرشادي ييسر للمؤسسات إصدار مدوناتها الخاصة بها في ضوء مدونة السلوك العامة.

لذا تجعل بعض المنظمات مدونات السلوك جزءاً لا يتجزأ من القوانين التي تخضع لها، معتبرة إياها من ضمن لوائحها الداخلية، وتُصاحبها جزاءات لفرض إلزامية - لدى المخاطبين بها - قد تفتقدها لو اكتفت بمجرد الإعلان. فمثلاً نصت المدونة المصرية في باب الأحكام العامة على أن «أي مخالفة لأحكام المدونة تستوجب المساءلة واتخاذ الإجراءات والعقوبات التأديبية وفقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 ولائحته التنفيذية»⁽⁹³⁾، وبالتالي فرضت محتوى المدونة بالربط بين خرق المدونة وتوقيع جزاءات النظام القانوني القائم، وهو ما يعكس أن الإلزام القانوني ضماناً لتطبيقها.

وقد يُطرح التساؤل عن جدوى وضع مدونة سلوك ما دام يوجد قانون ينظم العمل الوظيفي وينظم مسؤولية من يرتكب الإخلال به سواء كانت المسؤولية تأديبية أو مدنية أو جنائية، وبالتالي يوفّر القانون كمّاً هائلاً من القواعد الضرورية التي تؤسس لممارسات أخلاقية في الإطار المهني، من ذلك ما تنص عليه المادة (82) من قانون الموارد البشرية المدنية بدولة قطر من أن «كل موظف يخالف الواجبات أو يرتكب المحظورات المنصوص عليها في هذا القانون أو يخرج على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته، يجازى تأديبياً، وذلك مع عدم الإخلال بمسؤوليته المدنية أو الجنائية عند الاقتضاء»⁽⁹⁴⁾.

غير أن صياغة القواعد القانونية المنظمة للعمل الوظيفي قد تتسم أحياناً بالاقتضاب والصرامة في اللغة القانونية، وهو ما قد يؤدي إلى التباس في الفهم أو التطبيق، خاصة لدى غير المختصين في المجال القانوني، مما تنتج عنه صعوبة يعجز معها المتلقي عن

(92) النظام الداخلي لمجلس الأعيان الأردني لسنة 2014، متاح على الرابط التالي :

https://senate.jo/EBV4.0/Root_Storage/AR/EB_Info_Page، تاريخ الزيارة: 2025/8/29.

(93) انظر، القسم الرابع من مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016، مرجع سابق.

(94) القانون رقم 15 لسنة 2016 بإصدار قانون الموارد البشرية المدنية، الصادر بتاريخ 2016/11/23، الجريدة الرسمية ع13، ص4.

فهم الخطاب القانوني وإدراك المعنى مقارنةً بلغة مدونة السلوك، لما تمتاز به من سهولة وتبسيط ما يجعل خطابها سهل الفهم، فتكون لها مهمة التوعية بالمعايير الأخلاقية واستباق التدخل القانوني الرسمي. فعلى سبيل المثال وفي خصوص حظر ممارسة العمل الحزبي تنص المادة (57 الفقرة 2) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 في مصر على أنه «ويُحظر على الموظف بصفة خاصة... ممارسة أي عمل حزبي، أو سياسي داخل مكان عمله، أو بمناسبة تأديته لهذا العمل، أو القيام بجمع تبرعات، أو مساهمات لصالح أحزاب سياسية، أو نشر الدعاية أو الترويج لها».

ونجد مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة في مصر تُعبر عن هذه المسائل بتفصيل أكثر وتعبير أبسط؛ فتحت عنوان عدم ممارسة نشاط سياسي ذكرت المدونة أنه «لا يجوز تمثيل أو التعبير عن الآراء السياسية داخل جهة العمل، أو خارجها بصفته الرسمية. لا يجوز القيام بأنشطة سياسية يمكن أن تُقوض ثقة المواطن في قدرة الموظف على أداء الواجبات الرسمية بطريقة مناسبة. لا يجوز ممارسة أي عمل حزبي أو سياسي داخل مكان العمل، ولا يجوز ذكر أو تأكيد أو عدم تأكيد - بشكل مباشر أو غير مباشر - العضوية في حزب سياسي معين سواء في العلاقة مع المواطنين أو زملاء العمل أو الكيانات القانونية. عدم القيام بجمع تبرعات أو مساهمات لصالح أحزاب سياسية أو الدعاية أو الترويج لها».

غير أن هذه الأداة لا تلغي ضرورة وجود التنظيم القانوني بل تكمله؛ فمدونة السلوك لا تُغني عن وجود قوانين خاصة بالعمل الوظيفي، ولكنها تُعتبر أداة إضافية تعمل على بناء وتنمية ثقافة مؤسسية للموظف. فضلاً عن دعمها للقيم المهنية والاستزادة من روح المسؤولية لدى الموظف بالتحلي بالأخلاق السامية في التعامل مع الرؤوسين والزملاء، إلى جانب تقديم أفضل الخدمات لمتلقي الخدمة لتعزيز الثقة والمصادقية في القطاع الحكومي، أو الخاص. وبالتالي تكون وسيلة لنشر القيم الأخلاقية بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين⁽⁹⁵⁾، فتُعاضد القوانين الصارمة، وإن لم يكن في وسعها أن تحل محلها، فإنها

(95) انظر سهام عبدالكريم وبهية تسوري بن تسوري، أخلاقيات الأعمال كدعامة أساسية لحوكمة المؤسسات - دراسة ميثاق حوكمة المؤسسات في الجزائر، مجلة الإدارة والتنمية للبحوث والدراسات، مخبر تسيير الجماعات المحلية ودورها في تحقيق التنمية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة لونييسي علي، البلدة -2، الجزائر، مج12، ع1، يونيو 2023، ص585، وقد ورد بالبحث أن بورصة نيويورك أصدرت «قواعد جديدة لحوكمة المؤسسات، تضع المبادئ الأخلاقية في قلب أحكامها الخاصة بحوكمة المؤسسات، إذ ينص القسم العاشر من تلك القواعد على أنه يتعين على المؤسسات المقيدة إقرار ميثاق لسلوكيات وأخلاقيات العمل، والإفصاح عنه للمديرين والمسؤولين والموظفين كما يجب عليها الإفصاح فوراً عن أي تنازلات، وقد جاء ذلك استجابة لما وقع بشركة «أنرون» وغيرها من الشركات الكبرى الأخرى، حيث أقدمت مجالس الإدارة على التنازل عن ميثاق الأخلاق بالغ التطور مما كان السبب الرئيسي وراء الانهيار المالي الذي حدث أثناء أزمة شركة أنرون».

تظل قادرة على دعمها ومساندتها، بما يعزز من فعاليتها ويُسهّم في تحقيق أهدافها، في شكل ضوابط أخلاقية⁽⁹⁶⁾، صيغت بشكل اتفاقي إرادي بما يضمن الانصياع لها عن اقتناع وطوعية. واستخلص أحد الباحثين من مقابلات ميدانية «أن هناك اتفاقاً عاماً على أهمية المدونة في تعزيز أخلاقيات العمل ومكافحة الفساد خاصة في مجال رفع الوعي تجاه القضايا المرتبطة بالفساد»⁽⁹⁷⁾.

كما تبرز فعالية المدونة من خلال حماية الموظف من المساءلة القانونية في حال كانت تعليمات رؤوسه تتعارض مع أخلاقيات المهنة؛ فمثلاً في النقطة الخامسة من مدونة دولة الإمارات العربية المتحدة المتعلقة بنقطة «التزام الموظف العام بطاعة رؤسائه» ذكرت أنه «يجب على الموظف العام الالتزام بتنفيذ التعليمات، وفي حال ما إذا كانت هذه التعليمات تنم عن مخالفة فإن على الموظف الحصول على تأكيد تنفيذها بصورة خطية من رئيسه المباشر»⁽⁹⁸⁾.

وعلى الرغم من أن القضاء والفقه الإداري قد استقرا على ضرورة حماية الموظف العام في إطار واجب الطاعة للرؤساء، مع تحديد نطاق هذه الطاعة، وهو ما كرسته عديد من التشريعات الوظيفية⁽⁹⁹⁾، فإن أهمية تذكير الموظف بهذه الحماية تظل قائمة، خاصة في ظل احتمال جهل بالتشريع. وهنا تبرز وظيفة مدونة السلوك، التي لا تكتفي بالتذكير، بل تقدم توضيحاً إضافياً يُعزّز فهم الموظف لحقوقه وحدود واجباته. ولا شك أن تكرار الخطاب قد يُفسّر أحياناً على أنه تضخم في أدوات الضبط، في وقت تسعى فيه عديد من الدول إلى الحد من هذه الظاهرة، إلا أن مدونة السلوك تعكس في المقابل تطوراً في لغة التنظيم السلوكي، من خلال سعيها إلى تبسيط الخطاب وتوضيحه. وقد خلص أحد الباحثين في دراسته لبيان أثر أخلاقيات العمل في الأداء الوظيفي إلى أنه «يوجد تأثير إيجابي ذو دلالة إحصائية لأبعاد أخلاقيات العمل في الأداء الوظيفي للأفراد العاملين

(96) Ph. Le Tourneau, op.cit, p. 70 et s.

(97) نور طاهر الأقرع، أخلاقيات العمل في مواجهة الفساد - دراسة حالة: مدونة السلوك لموظفي القطاع العام في فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإدارية والاقتصادية، مج5، ع3، يونيو 2020، ص8.

(98) انظر وثيقة مبادئ السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص30.

(99) مثال ذلك المادة (82 الفقرة 2) من القانون القطري رقم 15 لسنة 2016 بإصدار قانون الموارد البشرية المدنية، والتي تنص على أنه «ولا يعفى الموظف من المسؤولية عن أي فعل أو امتناع عن فعل بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا تحته التنفيذية استناداً إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا أثبت أن ارتكاب المخالفة كان تنفيذاً لأمر كتابي صادر إليه من هذا الرئيس رغم قيام الموظف بتنبيهه كتابةً بالمخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مُصدر الأمر وحده، ما لم يكن الأمر الصادر من الرئيس منطوياً على جريمة جنائية فيكون المُرؤوس مسؤولاً كذلك، وفقاً لأحكام المسؤولية الجنائية».

بمديرية الضرائب بالمدينة»⁽¹⁰⁰⁾.

وهكذا يتبين أن مدونة السلوك لا تسعى فقط للتذكير بالأخلاقيات الواجب توافرها في الموظف، بل أيضاً تعززها، بصياغة وأسلوب تبتعد فيهما عن صرامة القانون وصعوبة لغته في فهم محتواه. فالموجهات الأخلاقية التي تتضمنها مدونة السلوك تتميز بقدر من الوضوح بحيث يكون كل موظف وكل عامل قادراً على فهمها. وتتجاوز بذلك المدونة صرامة التعبير القانوني التي قد تكون عائقاً أمام فهم محتوى القانون ومضمونه. «ولا شك أن القانون هو المرجع الأساسي، غير أن قيام المؤسسة بتأكيد التزامها به وإبراز تعلقها الخاص بأحكامه يُسهم في الردع»⁽¹⁰¹⁾.

ومن هنا يبدو أن مدونات السلوك لها من القيمة ما يدعو إلى تأكيد أثر مصدر المدونة في درجة إلزامها إن صدرت عن منظمة أو صدرت عن هيئة تشريعية. ولئن كانت هذه الأدوات القانونية لصياغة مدونة السلوك لها أثر في درجة الإلزام المقترن بالمدونة، لأن قوتها نابعة من القانون ذاته الذي أصدرها، فإنه لا يمكن إنكار حاجة هذه الأدوات التشريعية إلى تكريس قيم أخلاقية، ومن أجل ذلك أضفى عليها القانون حمايةً بتضمينها في أداة تشريعية لتُعاضد المنظومة القانونية القائمة بالإلزام والردع، وهذه الوظيفة الردعية تعزز بتنصيب المدونة على قواعد عقابية.

المطلب الثاني

ارتباط الوظيفة الردعية لمدونة السلوك

بالقواعد العقابية المضمنة بها

يؤكد بعض الفقه أن وجود مدونة سلوك من دون إجراءات عقابية قد تؤدي واقعياً إلى نتيجة عكسية؛ إذ تكون غطاء لارتكاب عكس ما تعلن عنه من قيم⁽¹⁰²⁾، وبالتالي فلا جدوى من إصدار مدونة سلوك لتبقى حبراً على ورق، لأن عدم تفعيلها وتطبيقها أسوأ من عدم إصدارها⁽¹⁰³⁾، ومن ثم «فالإشكال الحقيقي مرتبط بمدى التطبيق الفعلي

(100) نذير بوسهوة، أثر أخلاقيات العمل على الأداء الوظيفي: دراسة حالة مديرية الضرائب بالمدينة، مجلة الأصل للبحوث الاقتصادية والإدارية، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، مج7، ع2، أكتوبر 2023، ص179.

(101) W. Feugère, Op.cit, p.38.

(102) Sinclair, improving Ethics through organisational culture: A comparison of two Approaches, C A J coady and C J G sampford(eds). Business Ethics And the law ,federation press, Sydeny, 1993, pp.128-148.

(103) Ibid.

والحقيقي لما تضمنته هذه المدونات، فما جدوى أن نضع النص ولا نلتزم بتطبيقه»⁽¹⁰⁴⁾.

وعليه قد تفقد مدونات السلوك دورها في ضبط السلوك لافتقارها إلى المسائلة والشفافية وقابلية التنفيذ، لا سيما في السياقات التي تكون فيها الرقابة العامة ضعيفة أو غائبة⁽¹⁰⁵⁾. لذا من الأفضل لتكون المدونات أكثر فعاليةً دمجها ضمن هرم تنظيمي أوسع يتضمن إلزاماً قانونياً يجعلها قابلة للإنفاذ.

وعليه يكون من الأهمية بمكان أن تتضمن مدونات السلوك إجراءات تأديبية، إذ لا يكفي الإعلان عن المبادئ والقيم الأخلاقية، بل يتعين أن تحتوي المدونة على إجراءات وعقوبات قابلة للتطبيق. ويمكن ذكر تطبيق محكمة التحكيم الرياضي (CAS) للمدونة العالمية لمكافحة المنشطات (WADA Code)، في قضايا منها تأكيد عقوبة الدراج الأمريكي «فلويد لانديس» بسبب ثبوت تعاطيه موادَّ محظورة، بالاستناد المباشر إلى هذه المدونة⁽¹⁰⁶⁾. كما استندت المحكمة ذاتها إلى هذه المدونة في قضية لاعبة التنس «شارابوفا»⁽¹⁰⁷⁾.

وهكذا يتبين أن هذه المدونة يُحتَجُّ بها أمام المحاكم الرياضية، فقد تحتوي عديدٌ من المدونات على قواعد إلزامية يجب على المخاطبين بها أن يمثلوا لها، إذ تقتزن المبادئ المعلن عنها في المدونة بعقوبات عند مخالفتها مما يترتب عليه اكتساب هذه المدونة للصفة الإلزامية. وبهذا الشكل تتجاوز مدونة السلوك مجرد الإعلان عن القيم لتتضمن قواعد واجبة الإنفاذ، فضلاً عن أن «مخالفتها قد تُعزز قرينة القصد الجنائي أو العمدي»⁽¹⁰⁸⁾، لأن خرق القيم الأخلاقية المعلن عنها في المدونة يكون دليلاً على القصد.

وقد شددت الاتفاقيات الدولية والإقليمية على أهمية احتواء مدونة السلوك لقواعد

(104) ماينو جيلالي وكوثر عروس، أخلاقيات مهنية كأداة للوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة القانون والتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، ع3، يونيو 2020، ص87.

(105) Cătălin-Gabriel Stănescu, Jakub Kepinski, Beyond Soft Law? valuating the Role of Codes of Conduct in Regulating EU Informal Debt Collection—Evidence from FENCA Members, Journal of Consumer, Policy, June 2025, <https://doi.org/10.1007/s10603-025-09594-1>.

(106) CAS 2007/A/1394 Floyd Landis v/USADA, <https://www.usada.org/wp-content/uploads/CAS-2007-A-1394-Floyd-Landis-v-USADA.pdf>. Last accessed 28/8/2025.

(107) Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. International Tennis Federation (ITF), award of 30 September 2016, <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4643.pdf>. Last accessed 28/8/2025.

(108) W Feugère, op.cit, p. 39.

إجرائية عقابية لضبط السلوك، وفي هذا السياق تم التنصيص على وضع مدونات للسلوك الخاصة بالقطاع العام والخاص ضمن قانون من مكافحة الفساد، فعلى صعيد القطاع العام ألزمت الفقرة السادسة من المادة الثامنة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بأن «تُنظر كل دولة طرف في أن تتخذ، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، تدابير تأديبية أو تدابير أخرى ضد الموظفين العموميين الذين يخالفون المدونات أو المعايير الموضوعة وفقاً لهذه المادة».

كما نصت الفقرة الثانية من هذه المادة أيضاً على أنه «على وجه الخصوص، تسعى كل دولة طرف إلى أن تُطبق، ضمن نطاق نظمها المؤسسية والقانونية، مدونات أو معايير سلوكية من أجل الأداء الصحيح والمشرّف والسليم للوظائف العمومية».

كما أوصت الفقرة الثالثة من هذه المادة نفسها بضرورة تطبيق محتوى المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، فذكرت أن «على كل دولة طرف، حيثما اقتضى الأمر ووفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، أن تحيط علماً بالمبادرات ذات الصلة التي اتخذتها المنظمات الإقليمية والأقليمية والمتعددة الأطراف، ومنها المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، الواردة في مرفق قرار الجمعية العامة 59/51 المؤرخ 12 ديسمبر 1996».

ويلاحظ أن مدونة سلوك العون العمومي التونسية اهتمت بتعريف عبارة المحاسبة بأنها «خضوع الذين يتولون الوظائف العمومية للمساءلة القانونية أو الإدارية أو الأخلاقية إزاء قراراتهم وأعمالهم سواء المحاسبة الأفقية (مسؤولية الموظف العمومي أمام جهات أخرى موازية أو العمودية (مسؤولية الموظف العمومي أمام ناخبيه وهيئته المرجعية، والمواطنين)⁽¹⁰⁹⁾. ويتبين المضمون الردعي للمدونة لاقتربها بجزاءات قانونية، وأخلاقية».

كما أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بالمادة (12)، وبالنسبة إلى القطاع الخاص، على ضرورة أن «تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، تدابير لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد، ولتعزيز معايير المحاسبة ومراجعة الحسابات في القطاع الخاص، وتفرض عند الاقتضاء عقوبات مدنية أو إدارية أو جنائية تكون فعّالة ومتناسبة وراذعة على عدم الامتثال لهذه التدابير».

مما تقدّم يمكن أن نستنتج أن فاعلية مدونات السلوك في مكافحتها للفساد لا تقف

(109) الأمر رقم 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014 يتعلق بالمصادقة على مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي، مرجع سابق.

فحسب عند التوجيهات الأخلاقية، بل أيضاً بتضمُّنها إجراءات وعقوبات تردع الموظفين على أداء التزاماتهم ومسؤولياتهم المهنية بعيداً عن أي شبهات فساد، فضلاً عن أهمية الجانب التوعوي. «وحتى يكون للدورات التكوينية أثرها في التزام الموظفين بأخلاقيات المهنة وعدم ارتكاب الأفعال المجرَّمة في قانون مكافحة الفساد، يجب أن تكون الدورات التكوينية والندوات بشكل مستمر ودوري، حتى تترسخ فكرة التجريم والخوف من العقاب لدى الموظفين»⁽¹¹⁰⁾.

ويُساهم تحفيز الأفراد على الامتثال لمدونات السلوك في بناء بيئة عمل شفافة ومسؤولة، ويُعزز من ثقة المجتمع والمؤسسات بأداء الجهات المعنية، مما يساهم في أداء المدونة لدورها الردعي العلاجي. وعلى هذا الأساس، سعت عديد من الدول إلى إصدار مدونات سلوك في شكل نظام، وتُذكر بالإجراءات والعقوبات التأديبية تجاه المخالف لها، أو تُحيل إلى النصوص العقابية أو نصوص الإجراءات الجزائية.

ولقد تساءل أحد المحامين عن إحالة مدونة السلوك الخاصة بمهنة المحاماة على النصوص العقابية بالقول: «قد يُطرح التساؤل حول مدى كفاية النصوص القانونية بذاتها، ولماذا يتم تكرارها في مدونات السلوك؟ والجواب أن هذا التكرار يهدف إلى ضمان إلمام كل محام بالقواعد القانونية ذات الصلة. فالدور الأساسي للأخلاقيات المهنية يكمن في حماية من يخضعون لها، بما في ذلك حمايتهم من أنفسهم. كما تهدف هذه المدونات إلى توضيح كيفية الامتثال للقواعد القانونية؛ فالمسألة لا تقتصر على مجرد معرفة النص، بل تتطلب فهماً دقيقاً لكيفية تطبيقه والالتزام به عملياً»⁽¹¹¹⁾.

وتتماثل عديد من المدونات في الإحالة إلى نصوص القانون، مثلما هو الشأن لمدونة السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة للمملكة الأردنية الهاشمية في المادة (3/ الفقرة د) التي تنص على أن «أي مخالفة لأحكام هذه المدونة تستوجب المساءلة واتخاذ الإجراءات والعقوبات التأديبية وفقاً لأحكام النظام»⁽¹¹²⁾، وبذلك تُحيل مدونة السلوك إلى الإجراءات والعقوبات المنصوص عليها في نظام الخدمة المدنية والتشريعات ذات الصلة، لتشمل هذه العقوبات المخالفين لأحكام المدونة. وهو نفسه ما أكدته مدونة

(110) محمد خليفي، تفعيل الرقابة على أخلاقيات المهنة كآلية للوقاية من جرائم الفساد في القانون الجزائي، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج 13، ع 3، 2021، ص 800.

(111) W. Feugère, op.cit, p.38.

(112) مدونة السلوك الوظيفي وأخلاقيات الوظيفة العامة للمملكة الأردنية الهاشمية، منشورة على موقع هيئة الخدمة والإدارة العامة الأردنية، على الرابط التالي: https://spac.gov.jo/EBV4.0/Root_Storage/AR/ A.pdf، تاريخ الزيارة: 2025/8/26.

سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة بجمهورية مصر العربية بالقسم الرابع، إذ نصت على أن «... أية مخالفة لأحكام هذه المدونة تستوجب المساءلة واتخاذ الإجراءات والعقوبات التأديبية وفقاً لأحكام قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 ولائحته التنفيذية...»⁽¹¹³⁾

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا قررت تأكيد العقوبة التأديبية وذكرت أن الموظف «لم يؤد العمل المنوط به بدقة، ولم يلتزم بأحكام القانون ولائحته التنفيذية وغيرهما من القوانين واللوائح والقرارات والتعليمات المنفذة له، وما يصدر عن الجهاز من قرارات تنظيمية، أو تعليمات، أو نشرات أو كتب دورية في هذا الشأن ومدونات السلوك وأخلاقيات الخدمة المدنية الصادرة من الوزير المختص وخرج على مقتضى الواجب الوظيفي»⁽¹¹⁴⁾.

أحياناً تذكر مدونة السلوك الجزاءات التأديبية الخاصة بها، من ذلك مثلاً لائحة السلوك المهني لأعضاء هيئة تدريس جامعة قطر⁽¹¹⁵⁾، إذ تنص المادة (6) منها على أنه «يجوز للجهة المختصة توقيع أحد الجزاءات التالية: 1- الإنذار الشفهي، 2- الإنذار الكتابي، 3- الخصم من الأجر لمدة أقصاها 15 يوماً عن كل مخالفة، بما لا يزيد على الشهرين في السنة، 4- الحرمان من الترقية مدة عام واحد، 5- الحرمان من الزيادة السنوية مدة عام واحد، 6- الوقف عن العمل مع صرف نصف الراتب مدة أقصاها ثلاثة أشهر، 7- إنهاء الخدمة». ومثل هذه الجزاءات تدفع إلى الامتثال للمدونة، لأنها تتضمن جزاءات تردع المخالف للسلوك المهني المنصوص عليه في اللائحة.

وفي القطاع الخاص نصت مدونة أخلاقيات شركة ليزي الفرنسية على قواعد ردية حينما أحالت على قانون مكافحة الفساد الفرنسي «سابان 2» (Loi Sapin 2)⁽¹¹⁶⁾ إلى جانب تنصيصها على عقوبات إضافية عند مخالفة مدونة السلوك، فذكرت أنه «يُجرّم

(113) انظر إلى مدونة سلوك وأخلاقيات الوظيفة العامة وفقاً للمادة (57) من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016، ص 14.

(114) المحكمة الإدارية العليا - إدارية عليا - الدائرة الرابعة - موضوع - الطعن رقم 13890 لسنة 67 ق | تاريخ الجلسة 25 / 5 / 2024، منشور على شبكة قوانين الشرق على الرابط التالي:

<https://www-eastlaws-com.qulib.idm.oclc.org/judgments-full-text/ar/egypt/2025/8/30>، تاريخ الزيارة: 2024/05/25/administrative-supreme/judicial-year-67.

(115) لائحة السلوك المهني لأعضاء هيئة تدريس جامعة قطر، منشور على الرابط التالي:

https://www.qu.edu.qa/siteimages/static_file/qu/policy/documents/academic%20affairs/vpaa-bl-02-ar.pdf

تاريخ الزيارة: 2025/8/26.

(116) La loi dite «Sapin 2» relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, publié sur le lien suivant: loi du 9 décembre 2016. Last Accessed 24/2/2025.

قانون سابان 2 الفساد (نشط - المفسد، أو سلبي - الفاسد) - السجن مدة تصل إلى 5 سنوات وغرامة قدرها 500.000 يورو بالنسبة إلى المستخدم المدان - غرامة تصل إلى 2.5 مليون يورو لشركة ليزي إذا تم إثبات مسؤوليتها»⁽¹¹⁷⁾.

ولم تكتف المدونة بالإحالة على قانون سابان 2، بل نصت على عقوبات خاصة بها. كذلك يمكن ذكر ما صدر عن رئيس مكتب المنافسة وحماية المستهلك البولندي (UOKiK) بتاريخ 28 نوفمبر 2018 والذي فرض غرامة كبيرة على شركة GetBack، ولقد اعتمد القرار صراحةً نتائج لجنة الأخلاقيات كمصدر مؤثر في اتخاذ القرار، مما يُظهر دور المدونات الأخلاقية في تقييم سلوك الشركات⁽¹¹⁸⁾.

ولعله من الأهمية بمكان التأكيد على «أن التطور الأكثر ترقباً في مجال المسؤولية الاجتماعية للشركات (RSE) يتمثل في إضفاء الطابع القانوني عليها، ذلك أن النهج القائم على الطوعية المطلقة، وعدم اقتران الانتهاكات بأي جزاء قانوني، يشكل قيوداً جوهرية تُعيق نجاح هذه المسؤولية. ويقتضي هذا التحول القانوني إعادة صياغة المسؤولية الاجتماعية في شكل واجب يقظة، يرتب التزامات إيجابية وسلبية، ويخضع الإخلال بها للمساءلة القانونية في إطار المسؤولية المدنية»⁽¹¹⁹⁾.

ويمكن ذكر مثال يتعلق بالمسؤولية الاجتماعية للشركات في قضية «أوكبافي وآخرين ضد شركة رويال داتش شل وشركة شل لتنمية البترول في نيجيريا»، التي وقع الاستناد فيها إلى مدونة السلوك، إذ قضت المحكمة العليا في المملكة المتحدة بتاريخ 12 فبراير 2021، في إطار دعوى مرفوعة من قبل سكان مجتمعات أوغالي وبيل الواقعة في دلتا النيجر، بجواز نظر المحاكم البريطانية في الدعوى المقامة ضد كل من شركة رويال داتش شل (الشركة الأم) وشركة شل لتنمية البترول في نيجيريا (الشركة الفرعية)، وذلك على خلفية الأضرار البيئية الجسيمة الناتجة عن تسربات نفطية وقعت في العامين 2008 و2009.

(117) مدونة قواعد السلوك لمكافحة الفساد لشركة ليزي (LISI) على الرابط التالي:

https://www.lisi-group.com/telechargement/en/2018/anti-corruption-code-of-conduct_arabic-language.pdf.

تاريخ الزيارة: 2025/8/24.

(118) وردت هذه المعلومات بالبحث التالي:

C.-G. Stănescu, J. Kepinski, Beyond Soft Law? evaluating the Role of Codes of Conduct in Regulating EU Informal Debt Collection—Evidence from FENCA Members, Journal of Consumer, Policy, June 2025, <https://doi.org/10.1007/s10603-025-09594-1>.

(119) F. Osman, RSE—Regard d'un internationaliste, Entretien, Droit des sociétés, N° 6 - Juin 2024, LexisNexis SA, p.10.

وقد استندت المحكمة في حكمها إلى مدونة قواعد السلوك، لتأكيد إمكانية مساءلة الشركة الأم عن الأفعال الضارة المنسوبة إلى شركتها الفرعية⁽¹²⁰⁾. لذا يُعدّ التزام المؤسسة باحترام أخلاقيات الأعمال بإرادتها وعن طوعية، مصدرًا قانونيًا يترتب عليها واجبًا بتنفيذ ما تعهدت به. فبمجرد صدور هذا الالتزام، تُصبح المؤسسة ملزمة قانونًا بالوفاء بما أعلنت عنه، ويُخضعها للمساءلة في حال الإخلال به⁽¹²¹⁾.

وبالتالي «تشكل المسؤولية الاجتماعية، في هذا السياق، تأكيدًا متجددًا على الطابع الإرادي للالتزام، كما تُعدّ أساسًا لتطبيق الجزاءات الاجتماعية والاقتصادية. ويظل الهدف الجوهرى هو ضمان احترام أخلاقيات الأعمال»⁽¹²²⁾.

(120) Judgment Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents), 12-2-2021, https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2018_0068_judgment_fd7f555f07.pdf. Last Accessed 31/8/2025.

(121) Y. Ben Ameer, Essai sur la relation entre l'éthique et le droit des affaires, Partie 2, La protection de l'éthique par le droit des affaires, Globethics Theses No. 45, Genève, Suisse, 2024, p.346.

(122) Y. Ben Ameer, Essai sur la relation entre l'éthique et le droit des affaires, Partie 2, op.cit, p.352.

الخاتمة

لقد أصبح من المسلم به اليوم أن الفساد غالباً ما يستند إلى جذور عميقة نابعة من عوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية، مما يستوجب التصدي لتلك العوامل ومعالجتها لضمان نجاح الجهود المبذولة لمكافحة الفساد. ولا شك في أن مدونات السلوك تساعد على تكريس منظومة قيمية خاصة لترسيخ ممارسات العمل المسؤولة وثقافة المؤسسة الأخلاقية، ومن شأنها معاضدة المنظومة القانونية التي تخضع لها المؤسسات، كما أنها تهدف إلى السمو بالعلاقات المهنية، وتُنمي الأداء وتُحسن المردود، وتساعد الموظفين على تجاوز الوضعيات الخلافية التي قد تعترضهم طوال مسارهم المهني.

كما تُعزز هذه المدونات ممارسات العمل الأخلاقية التي تحكم تصرفات وسلوك الموظفين والمهنيين وذوي الشأن لمنع الانتهاكات القانونية والسقوط في مستنقع الفساد. وتبين من خلال البحث التنوع الكبير للمدونات، وبالتالي لا يمكن اعتماد نموذج موحد يصلح لجميع السياقات الوظيفية أو المهنية؛ إذ تختلف المبادئ والقيم ذات الأولوية باختلاف هذه السياقات. ومع ذلك، هناك مجموعة من القيم المشتركة التي تُعد أساسية في معظم البيئات المهنية، مثل النزاهة، والشفافية، والعدالة، والمساواة، والحياد، إضافة إلى الالتزام بالإفصاح عن حالات تضارب المصالح.

وبالتالي فما تهدف إليه مدونة السلوك يتجاوز أداء المهام، ليشمل تغيير السلوكيات. وبذلك تحقق دورها الوقائي في مكافحة الفساد. لكن لا يكفي الإعلان عن قواعد السلوك في المدونات، بل لا بد أن تعمل هذه المدونات كأدوات تنظيمية فعالة لا مجرد أدوات رمزية ذات قوة معيارية محدودة، لتؤدي دورها الردعي في مكافحة الفساد، فتكون أداة فعالة في الحوكمة، وبآليات تحمل المخاطبين بها على تطبيقها والالتزام بها كالتوعية والتحفيز على الامتثال لها، لكن هذا الإلزام يبقى في حاجة إلى الحماية القانونية ما لم يتحقق الإلزام الطوعي الذاتي.

وتخلص الدراسة إلى عدد من التوصيات العملية:

- 1 - لا تُغني التشريعات القانونية في مجال مكافحة الفساد عن أهمية إصدار مدونات السلوك، بل تُعد هذه المدونات مكملتها، إذ تُسهم في تعزيز الوقاية والردع، وتدعم الجهود القانونية في مكافحة الفساد من خلال ترسيخ المعايير الأخلاقية في الممارسة المهنية.
- 2 - إعداد مدونة نموذجية لقواعد السلوك المهني في القطاعين العام والخاص،

- مع التأكيد على ضرورة مراعاة خصوصيات كل قطاع أو وظيفة أو مهنة عند تطبيقها، بما يضمن ملاءمتها للواقع العملي.
- 3 - إشراك أصحاب المصلحة من مختلف الجهات المعنية في صياغة المدونة، لضمان شموليتها وقبولها، إلى جانب التأكيد على أهمية مراجعتها بشكل دوري لمواكبة التطورات القانونية والمهنية.
- 4 - تعزيز الوعي بأهمية تطبيق مدونات السلوك من خلال حملات إعلامية وتثقيفية، تستهدف العاملين في المؤسسات والإدارات المختلفة وأيضاً جمهور المتعاملين معهم.
- 5 - اعتماد التدريب المنتظم على مدونات السلوك كجزء أساسي من برامج تطوير الأداء المؤسسي، بما يسهم في ترسيخ ثقافة الامتثال الأخلاقي والمهني.
- 6 - إنشاء آلية فعّالة داخل المؤسسة لرصد مدى الالتزام بالمعايير الأخلاقية المنصوص عليها في المدونة، وذلك عبر نظام رقابة ذاتية يضمن المتابعة والتقييم المستمرين.
- 7 - الالتزام بمدونة السلوك ضمن بنود عقد العمل الذي يوقعه الموظف أو العامل أو المهني في المهنة ذات الصلة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب

- حمد نهار أبو سويلم، مكافحة الفساد، ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان - الأردن، 2010.
- محمد السعد البطاينة، مدونة قواعد السلوك للقطاع الخاص، الغرفة التجارية الأمريكية في الأردن، عمان، 2015.
- محمد سالم أبو الفرج وروان اللوزي، قانون وأخلاقيات الأعمال في قطر، منشورات كلية القانون، جامعة قطر، 2020.
- محمد سعيد، مكافحة الفساد في الشرق الأوسط، دار نجم للنشر، عمان - الأردن، 2015.
- نجم عبود نجم، أخلاقيات الإدارة ومسؤولية الأعمال في شركات الأعمال، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2006.
- سليمان صالح، أخلاقيات الإعلام، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، دولة الكويت، 2014.
- توفيق حسن فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1977.

2 - الأبحاث

- أمين أعزان، الأخلاق والقانون، الإحياء، تصدر عن الرابطة المحمدية للعلماء، المغرب، مج 2010، ع32-33.
- أمين مشطاط، الأخلاق والقانون، مجلة الدراسات القانونية، المغرب، ع28، 2024.
- الزهرة نصيبي، مدونة أخلاقيات المهنة كآلية وقائية من الفساد في الصفقات العمومية وفق القانون رقم 12/23، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج19، ع2، لسنة 2024.

- نصيرة حمودة، واقع الفساد الاقتصادي في الدول العربية حسب مؤشر مدركات الفساد وسبل مكافحته من المنظور الإسلامي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج22، ع1، يونيو 2022.
- حميد زايدي، دور الحكم الراشد في مكافحة الفساد في إفريقيا: دراسة تحليلية لاتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، مج13، ع2، ديسمبر 2022.
- رضا لواهم، أخلاقيات المهنة والحوكمة: قراءة في مدونة أخلاقيات سوناطراك، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، مج7، ع2، نوفمبر 2023.
- مابينو جيلالي وكوثر عروس، أخلاقيات مهنية كأداة للوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة القانون والتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد طاهري، بشار، الجزائر، ع3، يونيو 2020.
- محمد الأخضر كرام ومنى مسغوني، أخلاقيات المهنة في مكافحة الفساد الإداري في الدول العربية، دراسة تحليلية لمؤشرات مدركات الفساد الإداري 2014-2017، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة 1، الجزائر، مج9، ع2، يوليو 2020.
- محمد خليفي، تفعيل الرقابة على أخلاقيات المهنة كآلية للوقاية من جرائم الفساد في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج13، ع3، 2021.
- نور طاهر الأقرع، أخلاقيات العمل في مواجهة الفساد - دراسة حالة: مدونة السلوك لموظفي القطاع العام في فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإدارية والاقتصادية، مج5، ع3، يونيو 2020.
- نذير بوسهوة، أثر أخلاقيات العمل على الأداء الوظيفي - دراسة حالة مديرية الضرائب بالمدينة، مجلة الأصيل للبحوث الاقتصادية والإدارية، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، مج7، ع2، أكتوبر 2023.
- سهام عبدالكريم وبهية تسوري بن تسوري، أخلاقيات الأعمال كدعم أساسي

- لحوكمة المؤسسات - دراسة ميثاق حوكمة المؤسسات في الجزائر، مجلة الإدارة والتنمية للبحوث والدراسات، مخبر تسيير الجماعات المحلية ودورها في تحقيق التنمية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة لونيسسي علي، البليدة 2 -، الجزائر، مج 12، ع 1، يونيو 2023.
- عادل عبدالعزيز، دور الثقافة التنظيمية والعدالة الاجتماعية في مكافحة الفساد، الأطر القانونية والثقافية التنظيمية لمكافحة الفساد، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2013.
- فاطمة الزهراء علاوي، القانون والأخلاق.. أية علاقة، مجلة قوت القلوب، جامعة مولاي إسماعيل، المغرب، عدد مزدوج 2-3، 2013.
- غريغ باور، دليل البرلمانين حول الأخلاقيات وقواعد السلوك البرلمانية، مجموعة العمل العالمية المعنية بأخلاق البرلمانين، على الرابط التالي:
http://gopacnetwork.org/Docs/PEC_Guide_AR.pdf

ثانياً: باللغة الأجنبية

1 - كتب

- D. L. Shelton, Commitment and Compliance: The Role of Non Binding Norms in the International Legal System (Introduction) Edit. 2000.
- F. Geny, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 1ère Ed. Chevalier Maresque et CIE, Paris, 1899, et la 2ème Ed., L.G.D.J., Paris, 1919, et un nouveau tirage en 1954.
- G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, in Etudes offertes à B. Goldman, Litec, Paris, 1982.
- J. Carbonnier, La Genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume, in flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, 8ème Ed. L.G.D.J., Paris, 1995.
- L. Cadet, Découvrir la justice, Dalloz, Paris, 1997.
- L. Wittgenstein, Leçons et conversations suivies de Conférence sur l'éthique. Traduit de l'anglais par Jacques Fauve, Éditions Gallimard, Paris, 1971.

- P. Deumier, Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonnes conduites, chartes et d'autres règles éthiques, Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau, Ed. Dalloz, 2008.
- Ph. Le Tourneau, L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle, Ed. Dalloz, Paris, 2000.
- Savigny, cité par L. Ferry, Droit, coutume et histoire, Remarques sur Hegel et Savigny, In la coutume et la loi, étude d'un conflit, Ouvrage collectif sous la direction de C. Journées, Ed. P.U.L, Paris, 1986.

2- رسائل جامعية

- C. Thibierge, Rapport de synthèse, in, « Le droit souple », Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française avec le concours de la Faculté de droit et du Laboratoire de Recherche Juridique de l'Université du Littoral - Côte d'Opale. Ed. D., 2009.
- D. Bureau, Les sources informelles dans les relations privées internationales, Thèse, Paris II, 1992.
- Y. Ben Ameer, Essai sur la relation entre l'éthique et le droit des affaires, Partie 1, La réception de l'éthique par le droit des affaires, Globethics Thèses, No. 44 et No 45, Genève, Suisse, 2024.

3 - أبحاث علمية

- Amanda Sinclair, improving Ethics through organisational culture: A comparison of two Approaches, in Chapter: «Approaches to Organisational Culture and Ethics», Business Ethics and the Law, 1993.
- C.-G. Stănescu, J. Kepinski, Beyond Soft Law? valuating the Role of Codes of Conduct in Regulating EU Informal Debt Collection - Evidence from FENCA Members, Journal of Consumer Policy, June 2025, <https://doi.org/10.1007/s10603-025-09594-1>.

- C.-G. Stănescu, J. Kepinski, Beyond Soft Law? valuating the Role of Codes of Conduct in Regulating EU Informal Debt Collection-Evidence from FENCA Members, Journal of Consumer, Policy, June 2025, <https://doi.org/10.1007/s10603-025-09594-1>.
- E. Elmahjub, Islamic Jurisprudence as an Ethical Discourse: An Enquiry into the Nature of Moral Reasoning in Islamic Legal Theory, Oxford Journal of Law and Religion, Vol.10, Iss.1, February 2021, <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwaa023>.
- F. Osman, RSE—Regard d’un internationaliste, Entretien, Droit des sociétés, N° 6 - JUIN 2024, LexisNexis-SA.
- J. Riffault-Silk, «la lutte contre la corruption nationale et Internationale par les moyens du droit péna», Revue Internationale de Droit Comparé, Vol.54, N°.02, Paris, 2002.
- M. Raymond, Éthique, Anthropen. <https://doi.org/10.17184/eac.anthropen.009>.
- P-H Antonmattei et Ph. Vivien, Chartes d’éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives, Revue Droit social, Dalloz Revues, Paris, Vol. 5, (2007).
- W. Feugère, La bonne foi en droit pénal des affaires: l’espoir d’une résurgence? Gazette du Palais, Dalloz, Paris, 17-3-2009.

4 - مواقع إلكترونية

- Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. International Tennis Federation (ITF), award of 30 September 2016, <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4643.pdf>.
- CAS 2007/A/1394 Floyd Landis v/USADA, <https://www.usada.org/wp-content/uploads/CAS-2007-A-1394-Floyd-Landis-v-USADApdf>.
- Judgment Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents), 12-2-2021, https://supremecourt.uk/uploads/uksc_2018_0068_judgment_fd7f555f07pdf.

- La loi dite «Sapin 2» relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, publié sur le lien suivant: loi du 9 décembre 2016.
- Recueil des obligations déontologiques (Conseil supérieur de la magistrature, 2010). <https://www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/recueil-des-obligations-deontologiques>.
- The Bangalore Principles of Judicial Conduct. <https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf>.
- The Conduct of Justice of The Qatar International Court and Regulatory Tribunal. https://www.qicdrc.gov.qa/sites/default/files/regulation-pdf/2022-01/1-judicial_code_of_con2duct.pdf.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	449
المقدمة	451
المبحث الأول: الدور الوقائي لمدونات السلوك	459
المطلب الأول: الإعلان عن قيم أخلاقية في مدونات السلوك	459
المطلب الثاني: القوة الإلزامية للقيم الأخلاقية المعلن عنها في مدونات السلوك	465
المبحث الثاني: الدور الردعي لمدونات السلوك	471
المطلب الأول: أثر مصدر المدونة في درجة إلزامها	471
المطلب الثاني: ارتباط الوظيفة الردعية لمدونة السلوك بالقواعد العقابية المضمّنة بها	475
الخاتمة	482
قائمة المراجع	484

كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية^(*)



د. إيمان ماجد آل بورشيد
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد
كلية الحقوق - جامعة البحرين



د. مروان محمد المدرس
أستاذ القانون العام المشارك
كلية الحقوق - جامعة البحرين

الملخص

يتناول هذا البحث موضوع كفالة حق التقاضي للأجانب، وتنظيمه في التشريع البحريني والمقارن، وموقف المحكمة الدستورية البحرينية في هذا النطاق؛ حيث إن المبدأ العام يقضي بكفالة هذا الحق للجميع سواء تمتعوا بجنسية الدولة، أو لم يتمتعوا بها، وقد كان هذا سبباً لإثارته أمام القضاء الدستوري الذي أكد على توافق كفالة هذا الحق مع المبادئ الدستورية، ومنها الحق في التقاضي، والحق في المساواة. هذا المبدأ تناولته المحكمة الدستورية البحرينية في حكمها الصادر بالدعوى رقم (د/06/3) لسنة 4 قضائية. وقد استعرض الباحثان أحكام المحكمة الدستورية البحرينية، للوقوف على موقفها من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب، مع التركيز على حكمها الصادر في الدعوى رقم (د/06/3) لسنة 4 قضائية، وتناوله بالتفصيل والتحليل، وذلك بالمقارنة مع أحكام القضاء المقارن في هذا النطاق.

وقد اتبع الباحثان، لمعالجة موضوع الدراسة منهجاً يجمع بين المنهج الوصفي الاستنباطي، والمنهج التحليلي المقارن، حيث انتهى في ختام البحث إلى أن حق التقاضي من الحقوق الأساسية، واللصيقة بشخص الإنسان سواء كان مواطناً أو أجنبياً، وسواء كان ذلك أمام القضاء العادي، أو القضاء الدستوري؛ إذ هو لازم لحماية الحقوق التي يتمتع بها الشخص، حيث أكدت المحكمة الدستورية البحرينية أن هذا الحق مكفول للأجنبي أمام جميع المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها ومنها القضاء الدستوري، فهو أمر لا بد منه لصيانة جميع الحقوق التي أقرها الدستور، وهذا يستلزم توفير جميع الوسائل الإجرائية والقواعد الموضوعية التي تكفل حمايتها، ومنها كفالة حق التقاضي للأجنبي أمام القضاء العادي والدستوري.

كلمات دالة: حق التقاضي - الأجانب - المحكمة الدستورية البحرينية - المساواة.

وتاريخ قبوله: 25 مارس 2025

(*) تاريخ تقديم البحث: 7 ديسمبر 2023

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

إن حق التقاضي من الحقوق الجوهرية، والضرورية التي يتمتع بها الفرد في المجتمع؛ فهو من الحقوق الطبيعية التي تثبت لكل شخص بصفته إنساناً، حيث يحق لكل فرد أن يطلب الحماية القانونية أمام الجهات القضائية، واللجوء إلى القضاء في حالة وقوع اعتداء على حق من حقوقه.

فحق التقاضي هو حق لكل البشر يُخَوَّل كل شخص، سواء كان مواطناً أو أجنبياً، مُكَنَّةً للجوء إلى السلطات القضائية للمطالبة بحقوقه المشروعة، ودفع الاعتداء عنها، بصفته مبدأً أساسياً من المبادئ القانونية التي تنصب على حق لصيق بشخص الإنسان، والذي وقع تأكيده سواء على النطاق الدولي، أو الوطني. فقد أكدت الدساتير على هذا الحق الدستوري الراسخ الذي لا يجوز أن يُحرَم منه أي فرد، كما ركزت التشريعات الوطنية، والمواثيق، والاتفاقيات الدولية على هذا الحق الأساسي المستمد من القانون الطبيعي.

هذا الحق حاز الاهتمام الدولي خاصة من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948⁽¹⁾، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية، والسياسية لسنة 1966⁽²⁾. وقد سائر الدستور البحريني هذا الاهتمام الدولي؛ حيث نص على كفالة حق التقاضي وفقاً للقانون⁽³⁾، من دون تمييز بين المواطنين والأجانب باعتباره وسيلة لحماية الحقوق التي يتمتع بها الأفراد.

ونظراً إلى أهمية هذا الحق للجميع لكونه قاعدة تقوم عليها حماية حقوق المواطنين، وغير المواطنين أمام الجهات القضائية المختلفة، سواء جهة القضاء العادي، أو الدستوري، فقد أكد القضاء الدستوري البحريني على أن حق التقاضي هو حق للكافة، وليس مقصوراً على المواطنين في سبيل حماية الحقوق التي أقرها الدستور، أو التشريعات

(1) نصت المادة (8) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: «لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون»، منشور على الرابط التالي: <https://www.un.org>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(2) للاطلاع على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

راجع الرابط التالي: <https://www.un.org>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(3) نصت المادة (20 / و) من دستور مملكة البحرين 2002م على أن «حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون»، الجريدة الرسمية / عدد خاص 2517، بتاريخ 14 فبراير 2002، منشور على الرابط التالي:

www.lloc.gov.bh، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

العادية، فتوفير وسائل الحماية اللازمة في هذا النطاق لازم للجميع، وذلك من خلال عديد من الأحكام القضائية منها حكم المحكمة الدستورية الصادر بالدعوى رقم (د/ 3 / 06) لسنة 4 قضائية⁽⁴⁾.

ثانياً: إشكالية البحث

تقوم مشكلة البحث الأساسية على مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري، ومدى توافق هذا المبدأ مع الحق الدستوري القاضي بكفالة حق التقاضي للكافة وفقاً للقانون. فالقول بعكس هذا المبدأ يُخل بحق التقاضي الممنوح للكافة لضمان حقوقهم وحرّياتهم المنصوص عليها في الدستور، ويؤدي إلى حرمان بعض الأفراد من الوسيلة المقررة لحماية حقوقهم. لذا نحاول من خلال هذا البحث تحديد مفهوم هذا المبدأ، وكيفية تنظيمه، وهل يُعد مقتصرًا على المواطنين دون الأجانب، وما مدى توافقه مع المبادئ الدستورية. كل ذلك سيكون في ضوء حكم المحكمة الدستورية البحرينية.

ثالثاً: أهمية البحث

إن موضوع البحث يستمد أهميته من تأكيد اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية بنظر الدعاوى المرفوعة من أجانب، فكفالة حق تقاضي الأجانب أمام القضاء الدستوري يدعم رقابة المحكمة الدستورية في النطاق التشريعي؛ مما يكفل احترام نصوص الدستور؛ إضافةً إلى الحقوق والحرّيات العامة التي يكفلها الدستور أساساً.

رابعاً: أهداف البحث

إن موضوع البحث يركز على دراسة نطاق حق التقاضي أمام القضاء الدستوري، هل هو مقصور على المواطنين؟ أم من حق الأجانب اللجوء لهذا القضاء، وبالتالي تُفعل المحكمة الدستورية رقابتها في هذا الإطار، وذلك في نطاق أحكام المحكمة الدستورية البحرينية.

خامساً: منهجية البحث

اتباع الباحثان في هذا البحث منهجاً وصفيّاً استنباطيّاً، يقوم على وصف الحالة، ودراستها، وبيان تفصيلاتها، ومنهجاً مقارناً، حيث تنقّلنا بين النظام القانوني

(4) الحكم منشور في الجريدة الرسمية - البحرين: العدد 2889 الخميس 2 أبريل 2009. ومنشور أيضاً في الصفحة الرسمية لموقع المحكمة الدستورية البحرينية على الرابط التالي:

https://www.ccb.bh/Pages_ar/Listdoc.aspx? آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

البحريني، والسعودي، والإماراتي، والمصري، والعراقي، ومنهجًا تحليليًا استنباطيًا لاستقراء النصوص، وأحكام المحكمة الدستورية، وإمكانية تطبيقها لبيان موقف المحكمة الدستورية.

سادسًا: خطة البحث

إن تناول موضوع كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري في ضوء أحكام المحكمة الدستورية البحرينية يقتضي تعريف هذا المبدأ أولاً، وبيان الموقف التشريعي، والاتفاقي منه. ومن ثم دراسة موقف المحكمة الدستورية من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري، من خلال بيان الضوابط الدستورية لتنظيم حق التقاضي، ودراسة حكم المحكمة الدستورية رقم (د/3/06) لسنة 4 قضائية بالتفصيل.

وبناء على ذلك سيقسم البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب، والموقف التشريعي منه.

المبحث الثاني: موقف المحكمة الدستورية من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري.

المبحث الأول

ماهية مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب

والموقف التشريعي والدولي منه

إن الدور الهام والأساسي الذي يتمتع به مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب في مجال الحماية القانونية للحقوق والحريات التي يتمتع بها الشخص تحتم دراسة هذا المبدأ، والتعرف على موقف التشريعات الوطنية مثل المشرع البحريني، والاماراتي، والسعودي، والمصري، والاتفاقيات الدولية منه. لذا سيتم تناول مفهوم مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب من خلال المطلب الأول، وسنخصص المطلب الثاني لعرض موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من هذا المبدأ.

المطلب الأول

ماهية مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب وخصائصه

يعتبر الحق في التقاضي من الحقوق للصيقة بشخص الإنسان مواطناً كان أو أجنبياً، باعتباره ضماناً أساسية حرص الفقه على تناول مفهومها بالتفصيل، وبيان خصائصها، وأساسها وأهميتها، وهذا ما سنعرض له على النحو التالي.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب وأساسه

اهتم فقه القانون الدولي الخاص بتعريف الأجنبي، حيث عرّفه بأنه: «من لا يتمتع بالصفة الوطنية، أي هو من لا يحمل جنسية شعب الدولة وفقاً لأحكام قانون الجنسية الوطنية»⁽⁵⁾، فهو الشخص الذي لا يحمل جنسية الدولة المعنية⁽⁶⁾، فلو كانت الدولة المعنية هي مملكة البحرين، فالأجنبي هو الشخص غير البحريني، ومن لا يتمتع بالجنسية البحرينية.

(5) عوض الله شبيبة السيد، شرح القانون الدولي الخاص البحريني، ط3، كلية الحقوق، جامعة البحرين، 2017، ص251.

(6) عبدالمنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص12.

وقد حرص المشرع البحريني على تحديد المقصود بالأجنبي في قانون الأجانب (الهجرة والإقامة) لسنة 1965، حيث نص على أن الأجنبي: «أي شخص غير بحريني الجنسية بمفهوم قانون الجنسية البحرينية للعام 1963»⁽⁷⁾، وقد أخذ المشرع الإماراتي بالمعنى ذاته بنص المادة (1) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 29 لسنة 2021 في شأن دخول وإقامة الأجانب⁽⁸⁾، والمشرع السعودي بنص المادة (3/ج) من نظام الجنسية العربية السعودية⁽⁹⁾، بينما لجأ المشرع المصري في القانون رقم 26 لسنة 1975 المعدل بشأن الجنسية المصرية إلى الأسلوب السلبي في تحديد من هم الأجانب عن طريق بيان من هم الوطنيون، وبالتالي يقع تحديد الأجنبي بمفهوم المخالفة⁽¹⁰⁾، وقد سلك قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006م المسلك ذاته⁽¹¹⁾، بينما نص القرار رقم 89 لسنة 1960 في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية (الجمهورية العربية المتحدة آنذاك) والخروج منها على أنه: «يُعتبر أجنبياً في حكم هذا القانون كل من لا يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة»⁽¹²⁾.

وبناءً على التطور التاريخي لمركز هذا الأجنبي فقد أضحت مسألة الاعتراف، وكفالة بعض الحقوق له مسألة ضرورية ومهمة جداً اهتمت بها التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، وفي المقابل فإن المخالفة في هذا النطاق قد تُرتب المسؤولية الدولية. وتثور في نطاق الاعتراف لهذا الأجنبي بالحقوق عامة، وكفالة حق التقاضي خاصة،

(7) قانون الأجانب (الهجرة والإقامة) لسنة 1965م، الجريدة الرسمية 627، بتاريخ 1 يوليو 1965، للاطلاع على نص القانون يُرجى مراجعة الرابط التالي: <https://www.lloc.gov.bh/Legislation/Search>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(8) المرسوم بقانون اتحادي رقم 29 لسنة 2021 في شأن دخول وإقامة الأجانب، للاطلاع على نص القانون يُرجى مراجعة الرابط التالي: <https://icp.gov.ae/about-us/laws-and-legislation>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(9) نظام الجنسية العربية السعودية.. قرار مجلس الوزراء رقم 4 الصادر والمنشور بتاريخ 1374/1/25 الموافق 1954/9/22م، منشور على الرابط التالي: <https://laws.boe.gov.sa>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(10) نصت المادتان (1) و(2) من القانون رقم 26 لسنة 1975 المعدل بشأن الجنسية المصرية، على هذا التحديد للمصريين للاطلاع على نص القانون وفقاً لآخر تعديل صادر في 30 يوليو 2019 يُرجى مراجعة الرابط التالي: <https://www.cc.gov.eg>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(11) قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006م منشور على الرابط التالي: <https://mofa.gov.iq>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(12) قانون رقم 89 لسنة 1960م بشأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة منشور في الجريدة الرسمية المصرية بتاريخ 24-3-1960، منشور على الرابط التالي: <https://www.cc.gov.eg>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

مسألة الأساس أو المبدأ الذي يُبنى عليه هذا الاعتراف، حيث ذهب رأي في الفقه القانوني إلى أن أساس الاعتراف للأجانب ببعض الحقوق يستند إلى القانون الداخلي للدولة المعنية، فكأنما هذه الحقوق هبة، أو منحة من الدولة لهؤلاء الأجانب، فهي المسؤولة عن تنظيم مركز الأجانب كما يتوافق مع سياستها، ويحقق أهدافها، بينما ذهب رأي آخر إلى إسناد هذا الاعتراف إلى القانون الدولي العام، فالدولة عضوة في رُمرة، أو مجموعة دولية، وسلطتها في نطاق الاعتراف للأجانب بالحقوق ليست مطلقة، بل تحدّها فكرة التعاون، والتعاقد الدولي، إضافة إلى الصفة الإنسانية التي يتمتع بها الأجنبي، والتي تتطلب كفالة بعض الحقوق له بغض النظر عن جنسية الدولة التي ينتمي إليها⁽¹³⁾.

وقد أسس رأي ثالث هذا الاعتراف بالحقوق للأجانب على تنظيم الجماعة الدولية، بالإضافة إلى سيادة الدولة، حيث تقوم الدولة بناءً على مبدأ السيادة باستكمال النقص التنظيمي في المجتمع الدولي، حيث أقر العرف الدولي حدًا أدنى من الحقوق التي لا يجوز حرمان هذه الفئة منها، ولا يجوز للدولة الانخفاض عن هذا الحد في إطار كفالة بعض الحقوق للأجانب، حيث يكفل هذا الحد حفظ، واحترام الصفة، والكرامة الإنسانية⁽¹⁴⁾.

ونؤيد بدورنا حق الدولة وحريتها في الاعتراف، وتنظيم الحقوق التي يتمتع بها الأجانب من دون النزول بها عن الحد الأدنى الذي يكفل حفظ الكرامة الإنسانية لهذا الأجنبي؛ فصحيح أن كل دولة لها سياستها التشريعية الخاصة التي تعمل على تحقيق أهدافها سواء على النطاق الأممي، أو السياسي، أو الاقتصادي، إلا أن هذه السلطة في التنظيم يجب ألا تمس الطابع الإنساني لهذه الفئة، والذي حرص العرف الدولي على حفظ هذا الطابع بتقرير حد أدنى لحقوق الأجانب.

إن هذا الحد الأدنى⁽¹⁵⁾ الذي تواتر عليه العمل في المجتمع الدولي يضمن الاعتراف للأجنبي بالشخصية القانونية، والاعتراف بجميع الحقوق التي تُعتبر من مقوماتها، كما هو بشأن الحرية الفردية، وصيانة الجسد، وغيرها من الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان، والتي ينتمي إليها حق التقاضي، حيث تم الاعتراف للأجنبي بالحق في التقاضي حماية لحقوقه المعترف له بها.

(13) أحمد محمد مليجي، التنظيم القانوني لدخول ومعاملة الأجانب في مصر، ط (1)، دن، القاهرة، 2004، ص 67.

(14) المرجع السابق، ص 68. عوض الله شيبه السيد، شرح القانون الدولي الخاص البحريني، مرجع سابق، ص 260-261.

(15) لمزيد من التفصيل بشأن الحد الأدنى لحقوق الأجانب يُرجى الاطلاع على الفرع الثاني من المطلب الأول في هذا البحث.

ويُقصد بهذا الحق ثبوتُ مُكنة الأفراد في اللجوء إلى القضاء في حالة الاعتداء على حقوقهم وحرّياتهم، لغرض رد هذا الاعتداء، والانتصاف للنفس، وبالتالي تحقق للفرد المطالبة بالحماية القانونية أمام الهيئات القضائية، والدفاع عما يطلبه أمامها⁽¹⁶⁾، فحق الأجنبي في التقاضي يُقصد به أنه لكل من لا يتمتع بالصفة الوطنية أن يلجأ إلى الجهات القضائية في حالة وقوع اعتداء على حق، أو حرية من حرياته، وذلك لصد هذا الاعتداء، وبالتالي فإن مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب يُقصد به ضمان تمتع من لا يتمتع بالصفة الوطنية بحقه في اللجوء إلى الجهات القضائية للمطالبة بحقه، ودفع الاعتداء عنه.

فهذا المبدأ يضمن حقاً من الحقوق العامة الأساسية والمهمة الراسخة في الأنظمة الديمقراطية، كما هو في مملكة البحرين⁽¹⁷⁾، باعتباره الوسيلة الحمائية للحقوق التي يلجأ إليها الأفراد، مواطنين أو أجانب، وذلك من دون تمييز في هذا النطاق بين الحقوق التي ترد في الدستور، أو تلك التي ترد في القوانين⁽¹⁸⁾.

وتثور في هذا النطاق مسألة إلزام الأجنبي بدفع كفالة قضائية حتى يتمكن من اللجوء إلى القضاء، حيث تفرض بعض التشريعات - كما هو في التشريع الفرنسي - على الأجنبي الكفالة القضائية، وذلك لتجنب الدعاوى الكيدية التي قد يرفعها الأجنبي، ولضمان تحصيل المصروفات القضائية، ودفع التعويضات التي قد يُحكم بها على المدعي الأجنبي، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن تقرير هذه الكفالة القضائية يحد من حق الأجنبي في اللجوء إلى القضاء، ويقيد⁽¹⁹⁾.

(16) خالد فايز الحويلة، مبدأ حق التقاضي: دراسة مقارنة لموقف القضاء من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين.. فرنسا - مصر - الكويت، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير)، 10/9 مايو 2017م، ملحق خاص، ع2، ج2، نوفمبر 2017، ص86. أحمد عبدالوهاب السيد، حق الإنسان في التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الإخلال: دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005-2006، ص11. خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص33. حسن النيداني الانصاري، النظام القانوني للحقوق الدستورية للخصم: دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص16.

(17) نصت المادة (1/د) من دستور مملكة البحرين لسنة 2002 على أن: «نظام الحكم في مملكة البحرين ديمقراطي، السيادة فيه للشعب مصدر السلطات جميعاً، وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور» والمادة (20/و) على أن: «حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون»، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(18) خالد سليمان شبكة، مرجع سابق، ص57. حكم المحكمة الدستورية البحرينية الصادر بالدعوى رقم د/ 3/ 06 لسنة 4 قضائية، الحكم منشور في الجريدة الرسمية - البحرين، ع2889 الخميس 2 أبريل 2009. ومنشور أيضاً في الصفحة الرسمية لموقع المحكمة الدستورية البحرينية https://www.ccb.bh/Pages_ar، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(19) عوض الله شبكة السيد، مرجع سابق، ص341. فؤاد عبدالمنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج1، الجنسية ومركز الأجانب، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص380.

وبدورنا نرى أن من حق الدولة أن تحدد أسلوب وطريقة ممارسة الحقوق والحريات على إقليمها، ما دامت هذه الحقوق والحريات مكفولة ومضمونة، ولا تنزل عن الحد الأدنى المقرر دولياً في هذا النطاق، ولكن من دون أن يكون هذا التحديد، والتقييد مجحفاً على نحو يؤدي إلى حرمان الأجنبي من حقه في التقاضي.

الفرع الثاني

خصائص حق الأجانب في التقاضي وتنظيمه

يُمثل حق التقاضي حقاً طبيعياً من الحقوق للصيقة بشخص الإنسان، فهو حق أصيل من حقوق الإنسان المهمة، والضرورية لحماية غيره من الحقوق التي يتمتع بها، حيث من دونه لا يأمن الأفراد على حقوقهم وحرياتهم المعترف بها بموجب القانون، وهو لازم لرد الاعتداء، والانتهاك الذي قد يتعرضون له⁽²⁰⁾.

هذه الأهمية عبّر عنها بعض الفقهاء بنحو صريح باعتبارها ركناً في معرض تعريف حقوق الإنسان، حيث وقع تعريفها بأنها: «علم له علاقة بالشخص، خاصة الإنسان العامل الذي يعيش في ظل دولة معينة، ويلزم أن يستفيد من الحماية القانونية عند اتهامه بجريمة ما، أو في حالة تعرضه للاعتداء، وذلك عن طريق تدخل القضاء الوطني، والمنظمات الدولية، ويجب أن تكون حقوقه متوافقة مع مقتضيات النظام العام، خاصة الحق في المساواة»⁽²¹⁾.

هذا الحق يتمتع به الجميع من دون تفرقة، أو تمييز، فهو حق للمواطنين، والأجانب، وهذا ما أكدت عليه المواثيق الدولية، والدساتير الوطنية⁽²²⁾، ولا يتعارض مع ذلك اختلاف المحاكم، أو الجهات القضائية التي تُعرض عليها الدعاوى باختلاف نوع وطبيعة المنازعة، وهذا يؤدي إلى تحقيق مبدأ المساواة أمام القضاء بين الناس جميعاً، فاللجوء إلى القضاء هو المكنة التي يحدث اللجوء إليها لتحقيق العدل، والإنصاف، والدفاع عن الحقوق، كما

(20) عبدالله رحمة الله البياتي، كفاءة حق التقاضي: دراسة دستورية مقارنة، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 34. حمدي عطية عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 200. وقد أكد حكم المحكمة الدستورية البحرينية على مبدأ المساواة أمام القضاء في حكمها الصادر في الدعوى رقم د/2016/2 لسنة 14 قضائية المنشور في الجريدة الرسمية - البحرين، ع 3292، بتاريخ 15 ديسمبر 2016م، منشور على الربط التالي: <https://www.ccb.bh>. آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(21) عبدالله رحمة الله البياتي، مرجع سابق، ص 35.

(22) للتفصيل بهذا الشأن يُرجى مراجعة المطلب الثاني من هذا البحث.

أنه يحقق المصلحة العامة بإشاعة الاحترام القانوني، وتحقيق العدالة⁽²³⁾.

وقد اختلف الفقهاء في تأسيس المساواة أمام القضاء، حيث ذهب البعض إلى القول بأن المساواة أمام القضاء تعود إلى القانون الطبيعي، بينما أقامها البعض الآخر على نظرية العقد الاجتماعي، في حين أسندها اتجاه ثالث إلى الطبيعة الإنسانية للفرد، والتي تستوجب المساواة في الحقوق العامة الأساسية⁽²⁴⁾. ومن جانبنا نرى أن الطبيعة الإنسانية تستلزم الاعتراف بهذا الحق للجميع تأكيداً على أهميته التي سبق أن أقرها القانون الطبيعي.

ويرتبط هذا المبدأ باستقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية، والتنفيذية، والذي يُعتبر من مظاهر الدول الديمقراطية، فلا سلطان على القضاء سوى القانون في إطار ممارسة اختصاصه، ولا تملك أي من السلطات التدخل، أو منع أي من الأفراد من الالتجاء إلى القضاء، وأي نص تشريعي يقرر خلاف ذلك يُعتبر نصاً غير دستوري، وباطلاً لمخالفته حقاً دستورياً أكدت عليه النصوص الدستورية⁽²⁵⁾.

بناءً على ما سبق يتبين لنا ضمان حق التقاضي للأجانب بضمانات عدة أولها النص الدستوري سواء المباشر، أو غير المباشر على كفالة هذا الحق لجميع الأفراد، وفي هذا النطاق يبرز لنا مبدأ «سيادة القانون»، الذي يُعبر عن خضوع الحاكم، والمحكوم للقانون، والتزامهما به، ومبدأ «تدرج القواعد القانونية»، وبالتالي عدم مخالفة القواعد الدستورية الأعلى في الدولة الكفالة لحق التقاضي⁽²⁶⁾.

(23) عبدالغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص20. حسن النيداني الأنصاري، مرجع سابق، ص24. أكد حكم المحكمة الدستورية البحرينية على مبدأ المساواة أمام القضاء في حكمها الصادر في الدعوى رقم د/2020/1 لسنة 18 قضائية المنشور في الجريدة الرسمية، البحرين، ع3495، بتاريخ 28 أكتوبر 2020، منشور على الرابط التالي: <https://www.ccb.bh>: آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(24) السيد عبدالعال تمام، كفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص92-93. حسن النيداني الأنصاري، مرجع سابق، ص277.

(25) Omar Al-Hasan, Human rights in Bahrain After more than two decades of the rule of King Hamad, Gulf centre for strategic studies, Manama, 2021, c;1, p.83.

سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته: دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011م، ص147. عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص34. وقد أكد دستور مملكة البحرين 2002م على هذا المبدأ بنص المادة (104/أوب)، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، وقد أكد حكم المحكمة الدستورية البحرينية على مبدأ المساواة أمام القضاء في حكمها الصادر في الدعوى رقم (م.ت/1/2021) لسنة 19 قضائية المنشور في الجريدة الرسمية - البحرين: ع3558 بتاريخ 21 أكتوبر 2021م، منشور على الرابط التالي: <https://www.ccb.bh>: آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(26) عبدالله رحمة الله البياتي، مرجع سابق، ص55-113. سحر محمد نجيب، مرجع سابق، ص109.

أما بشأن مسألة تنظيم تمتُّع الأجانب بالحقوق في التقاضي فهي تندرج ضمن حق الدولة في تنظيم مركز الأجانب، والذي يقصد به: «بيان ما يتمتع به الأجانب من حقوق، وما يتحملونه من التزامات خارج حدود دولتهم»⁽²⁷⁾.

وهنا تبرز الموازنة بين حرية الدولة في تنظيم مركز الأجانب وفقاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها من جهة، وبين الحد الأدنى لحقوق الأجانب وفقاً للعرف الدولي، حيث لا يجوز النزول عنه وفقاً لما تواتر عليه العمل في المجتمع الدولي⁽²⁸⁾، إلا أنه من الممكن أن تسعى بعض الدول إلى تنظيم أفضل يجاوز الحد الأدنى لحقوق الأجانب، وذلك إما من خلال مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك بمنح الأجنبي في الدولة المعاملة ذاتها التي يلقاها رعاياها في دولة الأجنبي، أو من خلال معيار الدولة الأولى بالرعاية، حيث توفر الدولة أفضل معاملة تحدها لرعايا دولة أجنبية بقوة القانون، ومن دون أي حاجة إلى إبرام اتفاق جديد بهذا الشأن، أو من خلال معيار المعاملة الوطنية، حيث يُمنَح الأجانب وفقاً لهذا المعيار المعاملة ذاتها التي يتمتع بها المواطنون في الحياة⁽²⁹⁾.

المطلب الثاني

موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية

من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب

حاز الحق في التقاضي، باعتباره من حقوق الإنسان الأساسية، اهتماماً كبيراً على المستويين الدولي والوطني؛ حيث حرصت عديد من المواثيق، والاتفاقيات الدولية على تأكيده، ونهجت النهج ذاته عديد من التشريعات الوطنية. وهذا ما سنعرض له على النحو التالي:

(27) أحمد عبدالحميد عشوش وعمر أبوبكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، ط2، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990م، ص414.

(28) عبدالمنعم زمزم، مرجع سابق، ص53. أحمد عبدالحميد عشوش ود. عمر أبوبكر باخشب، مرجع سابق، ص419. ويتضمن الحد الأدنى لحقوق الأجانب حق الأجنبي في الشخصية القانونية، وكل الحقوق المتصلة بصيانة الجسد والنفس، ومنها على سبيل المثال: الحرية الفردية، وحرية العقيدة، وحرية المراسلة والمكية، وحرمة المسكن، وبالتالي يشمل هذا الحد الأدنى حق الأجنبي في التقاضي. انظر: حقوق غير المواطنين، منشورات مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، 2006م، ص23. عوض الله شبيبة الحمد السيد، مرجع سابق، ص261.

(29) أحمد عبدالحميد عشوش وعمر أبوبكر باخشب، مرجع سابق، ص427.

الفرع الأول

الموقف الدولي من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب

لقد تنامي الاهتمام على المستوى الدولي بحقوق الإنسان عامة، وحق التقاضي خاصة منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في العاشر من ديسمبر عام 1948م، حيث نصت المادة (8) منه على أنه: «لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أي أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون»⁽³⁰⁾. من ذلك يتبين أن نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد كفل حق التقاضي للأجانب بصورة مباشرة من خلال نص المادة الثامنة، والتي اعترفت بهذا الحق لكل شخص لغرض رد الاعتداء، أو الانتهاك على حق من حقوقه.

كما أن هذا الإعلان نصاً على هذا الحق بأسلوب غير مباشر⁽³¹⁾، من خلال المادتين (10)⁽³²⁾، و (11)⁽³³⁾، اللتين اعترفتا بالحق لكل إنسان في أن تُنظر قضيته بشكل عادل، ومنصف وعلني للفصل في حقوقه والتزاماته، وفي التهم الجنائية التي توجه إليه، كما أكدت على أن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة تتم بشكل علني، وتتوافر فيها جميع الضمانات الضرورية، واللازمة للدفاع عنه.

وفي السياق ذاته اعترف الاتفاق الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، والذي أبرم في روما عام 1950م بالحق في التقاضي بصورة غير مباشرة، وذلك عن طريق كفالة عديد من الحقوق المتعلقة بشخص الإنسان، وكرامته، كما هو بشأن حق الإنسان في الحياة، وعدم جواز قتله عمداً إلا تنفيذاً لحكم قضائي صادر بهذه العقوبة، وفي هذا النطاق أكدت

(30) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان منشور على الرابط التالي: <https://www.un.org>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/21.

(31) أشرف للمساوي، كفالة حق التقاضي في الشريعة الإسلامية، والمواثيق الدولية، والدستورية، وموقف الرقابة القضائية الدستورية منها، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2007م، ص117.

(32) نصت المادة (10) على أنه: «لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تُنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً مُنصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية تُوجه إليه». منشور على الرابط التالي: <https://www.un.org>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/21.

(33) نصت المادة (11) على أنه: «1- كل شخص متهم بجريمة يُعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وُفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه. 2- لا يُدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرمًا بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا يُوقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي». منشور على الرابط التالي: <https://www.un.org>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

اللجنة المختصة بتطبيق هذه الاتفاقية على عدم خوف أي شخص عند لجوئه إلى القضاء الطبيعي، وبالتالي ضمان حقه في عرض قضيته من دون خوف على حياته، أو التعرض لجسمه، أو شخصه⁽³⁴⁾، وأيضاً من خلال نص المادة (6) التي أكدت على الحق في المحاكمة العادلة⁽³⁵⁾، والمادة (13) التي نصت على الحق في الانتصاف الفعال⁽³⁶⁾.

كما أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م على هذا الحق، وذلك من خلال المادة (13)⁽³⁷⁾، التي نصت على عدم جواز إبعاد الأجنبي المقيم بصورة قانونية في إقليم دولة طرف من دون قرار قانوني، وبعد تمكين هذا الأجنبي من عرض قضيته، وأيضاً من خلال المادة (14)⁽³⁸⁾، التي أكدت على المساواة بين الناس جميعاً أمام

(34) أشرف للمساوي، مرجع سابق، ص 121-122.

(35) نصت المادة (6) على أنه: 1- لكل شخص الحق في سماع محكمة مستقلة ونزيهة قضيته، بشكل عادل وعلمي وضمن مهلة معقولة، للفصل في حقوقه والتزاماته، ومسوغات التهمة الجزائية الموجهة إليه. وعلى الحكم أن يصدر علنياً، لكن مع جواز منع الصحافة والجمهور من حضور جلسات الدعوى، كلياً أو جزئياً، لمصلحة الأخلاق أو النظام العام أو الأمن الوطني في المجتمع الديمقراطي، عندما تتطلب ذلك مصالح القاصرين في السن أو حماية الحياة الخاصة للأطراف في الدعوى، أو فقط بالقدر الضروري المحدد من المحكمة، إذا ما كان من المحتمل أن تخل علنية الجلسات، في ظروف خاصة، بمصلحة العدالة. 2- كل شخص متهم بجريمة يُعتبر بريئاً حتى تثبت ذنبه قانونياً. 3. لكل شخص الحق تحديداً في: (أ) أن يعلم ضمن المهلة الأقصر وبلغة يفهمها وبصورة مفصلة، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وبسببها؛ (ب) أن يُمنح ما يكفي من الوقت والتسهيلات لإعداد دفاعه؛ (ج) أن يدافع عن نفسه أو أن يحظى بمساعدة من يختاره للدفاع عنه، وفي حال لم تكن لديه الإمكانات لدفع أجر المدافع، أن يدافع عنه محامي دفاع مجاني، عندما تقتضي ذلك مصلحة العدالة؛ (د) أن يستجوب شهود الإثبات أو أن يطلب استجوابهم، أو أن يحصل على استدعاء شهود الدفاع وعلى استجوابهم وفقاً لنفس شروط شهود الإثبات؛ (هـ) أن يحظى بمساعدة مترجم شفهي مجاني، إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في الجلسة». منشور على الرابط التالي: <https://www.echr.coe.int>. آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(36) نصت المادة (13) على أن: «الحق في الحصول على انتصاف فعال أمام هيئة نقض قضائية، حتى لكل شخص انتهكت حقوقه وحرياته المعترف بها في هذه الاتفاقية، وفي حال ارتكاب الانتهاك من أشخاص عاملين في إطار ممارسة وظائفهم الرسمية». منشور على الرابط التالي: <https://www.echr.coe.int>. آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(37) نصت المادة (13) على أنه: «لا يجوز إبعاد الأجنبي المقيم بصفة قانونية في إقليم دولة طرف في هذا العهد إلا تنفيذاً لقرار اتخذ وفقاً للقانون، وبعد تمكينه، ما لم تحتم دواعي الأمن القومي خلاف ذلك، من عرض الأسباب المؤيدة لعدم إبعاده ومن عرض قضيته على السلطة المختصة أو على من تعينه أو تعيينهم خصيصاً لذلك، ومن توكيل من يمثلها أو أمامهم». منشور على الرابط التالي: <https://www.ohchr.org>. آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(38) نصت المادة (14) على أن: «الناس جميعاً سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قِبَل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون. ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي

القضاء، وحق كل شخص في نظر قضيته بشكل عادل، ومنصف، وعلمي.

كما جسدت الاتفاقية الأمريكية بشأن حقوق الإنسان بتاريخ 22 نوفمبر 1969م، والتي دخلت حيز التنفيذ في العام 1978م، الاهتمام الدولي بحق التقاضي، وأكدت عليه في المادة (8)؛ حيث نصت على الحق في محاكمة عادلة لكل شخص، وتوفير كل الضمانات التي تكفل، وتضمن محاكمة عادلة مستقلة، وغير متحيزة⁽³⁹⁾.

وفي النطاق العربي أكدت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي للعام 1983م على حق التقاضي بنصها على ضمانات حق التقاضي صراحة في المادة (3)، حيث أكدت على حق لجوء مواطني الأطراف المتعاقدين للجهات القضائية لعرض قضاياهم، والمطالبة بحقوقهم، والدفاع عنها من دون فرض أي ضمان عليهم كونهم لا يحملون جنسية الدولة الطرف المتعاقدة المعنية في هذا المجال⁽⁴⁰⁾.

في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة، إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال.....» منشور على الرابط التالي: <https://www.ohchr.org>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(39) نصت المادة (8) على أن: «1- لكل شخص الحق في محاكمة تتوافر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متحيزة كانت قد أسست سابقاً وفقاً للقانون، وذلك لإثبات أية تهمة ذات طبيعة جزائية موجهة إليه أو للبت في حقوقه أو واجباته ذات الصلة المدنية أو المالية أو المتعلقة بالعمل أو أية صفة أخرى. 2- لكل متهم بجريمة خطيرة الحق في أن يعتبر بريئاً ما لم تثبت إدانته وفقاً للقانون. وخلال الإجراءات القانونية، لكل شخص - على قدم المساواة التامة مع الجميع - الحق في الحصول على الضمانات الدنيا التالية: أ- حق المتهم في الاستعانة بمترجم من دون مقابل إذا كان لا يفهم أو يتكلم لغة المحكمة. ب- إخطار المتهم مسبقاً وبالتفصيل بالتهمة الموجهة إليه. ج- إخطار المتهم في الحصول على الوقت الكافي والوسائل المناسبة لإعداد دفاعه. د- حق المتهم في الدفاع عن نفسه شخصياً أو بواسطة محام يختاره بنفسه، وحقه في الاتصال بمحاميه بحرية وسراً. هـ- حقه، غير القابل للتحويل، في الاستعانة بمحام توفره له الدولة، مقابل أجر أو من دون أجر حسبما ينص عليه القانون المحلي، إذا لم يدافع المتهم عن نفسه شخصياً أو لم يستخدم محاميه الخاص ضمن المهلة التي يحددها القانون. و- حق الدفاع في أن يستجوب الشهود الموجودين في المحكمة وفي أن يستحضر - بصفة شهود - الخبراء وسواهم ممن قد يُلْقون ضوءاً على الوقائع. ز- حق المتهم في ألا يُجبر على أن يكون شاهداً ضد نفسه أو أن يعترف بالذنب. ح- حقه في استئناف الحكم أمام محكمة أعلى درجة. 3- يعتبر اعتراف المتهم بالذنب سليماً ومعمولاً به شرط أن يكون قد تم دون أي إكراه من أي نوع. 4- إذا بُرئ المتهم بحكم غير قابل للاستئناف فلا يجوز أن يخضع لمحاكمة جديدة للسبب عينه. 5- تكون الإجراءات الجزائية علنية إلا في حالات استثنائية تقتضيها حماية مصلحة العدالة»- نص الاتفاقية منشور على الرابط التالي: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25. أحمد محمد مليجي، مرجع سابق، ص 61.

(40) نصت المادة (3) على أنه: «يتمتع مواطنو الأطراف المتعاقدة داخل حدود كل منها بحق التقاضي أمام

كما نص الميثاق العربي لحقوق الإنسان للعام 2004 على اعتبار جميع الأشخاص متساوين أمام القضاء، وضرورة كفالة حق التقاضي، و ضماناته من أجل تحقيق حق الشخص في محاكمة عادلة مضمونة، وذلك من خلال المادتين (12)، و(13) منه⁽⁴¹⁾.

وفي النطاق ذاته أكد الميثاق المعدل لمنظمة المؤتمر الإسلامي المعتمد في سنة 2008م على كفالة حق التقاضي بصورة غير مباشرة، وذلك من خلال التأكيد على ضرورة احترام، وتعزيز حقوق الإنسان، والحريات الأساسية، وضرورة حمايتها، والالتزام بمبادئ ميثاق الأمم المتحدة، والقانون الدولي، بالنص على ذلك من ضمن مبادئ وأهداف الميثاق التي جاءت بنص المادة الأولى منه⁽⁴²⁾.

مما سبق يتبين أن الموقف الدولي العالمي، والإقليمي حرص على التأكيد على مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب، إما بأسلوب مباشر بالنص على تمتع جميع الأفراد بالحق في التقاضي صراحة، وهذا الاعتراف يشمل جميع الأشخاص سواء تمتعوا بجنسية الدولة، أو لم يتمتعوا بها، أو بأسلوب غير مباشر من خلال النص على كفالة ضمانات التقاضي، و ضمانات المحاكمة العادلة لجميع الأشخاص من دون التقييد بانتمائهم إلى جنسية الدولة المعنية، وحقوق الإنسان المعترف بها على المستوى الدولي، ولا يؤثر في هذا الاعتراف، حق الدولة، وحرية تنظيم قواعدها المتمتع بهذا الحق من دون مصادره.

الهيئات القضائية المطالبة بحقوقهم والدفاع عنها، ولا يجوز بصفة خاصة أن تُفرض عليهم أي ضمانة شخصية أو عينية بأي وجه كان، لكونهم لا يحملون جنسية الطرف المتعاقد المعني أو لعدم وجود موطن أو محل إقامة داخل حدوده. وتطبق أحكام الفقرة السابقة على الأشخاص المعنوية المنشأة أو المصرح بها وفقاً لقوانين كل طرف من الأطراف المتعاقدة». نص الاتفاقية منشور على الرابط التالي: <https://www.lloc.gov.bh>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25. المرسوم بقانون رقم 41 لسنة 1999، منشور بالجريدة الرسمية رقم 2404، بتاريخ 22 ديسمبر 1999.

(41) نصت المادة (12) على أن: «جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء. وتضمن الدول الأطراف استقلال القضاء وحماية القضاة من أي تدخل أو ضغوط أو تهديدات. كما تضمن حق التقاضي بدرجاته لكل شخص خاضع لولايتها». ونصت المادة (13) على أنه: «1- لكل شخص الحق في محاكمة عادلة تتوافر فيها ضمانات كافية وتجريها محكمة مختصة ومستقلة ونزيهة ومنشأة سابقاً بحكم القانون، وذلك في مواجهة أي تهمة جزائية تُوجه إليه أو للبت في حقوقه أو التزاماته، وتكفل كل دولة طرف لغير القادرين مالياً الإعانة العدلية للدفاع عن حقوقهم. 2- تكون المحاكمة علنية إلا في حالات استثنائية تقتضيها مصلحة العدالة في مجتمع يحترم الحريات وحقوق الإنسان». صادقت مملكة البحرين على الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالقانون رقم 7 لسنة 2006، رقم الجريدة الرسمية 2738، بتاريخ 10 مايو 2006.

(42) نص الميثاق منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، وصادقت مملكة البحرين على الميثاق المعدل لمنظمة المؤتمر الإسلامي بالقانون رقم 8 لسنة 2010م، رقم الجريدة الرسمية 2934 ملحق، بتاريخ 11 فبراير 2010م. آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

الفرع الثاني

موقف التشريعات الوطنية من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب

حرصت التشريعات الوطنية على التأكيد على تمتع الأجانب بالحق في التقاضي، حيث كفلت هذا الحق ابتداءً، وبشكل خاص في القانون الأعلى في الدولة المتمثل في الدستور، وعن طريق إصدار التشريعات العادية التي تؤكد، وتنظم قواعد التمتع بهذا الحق.

وقد سائر المشرع البحريني هذا الحرص؛ حيث نص دستور مملكة البحرين المعدل في المادة (20/و) على أن: «حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون»⁽⁴³⁾، كما أكد ميثاق العمل الوطني على ذلك بنصه على مبدأ حفظ الكرامة الإنسانية، والمساواة بين الناس في ذلك بوجه عام، وبشكل خاص وصريح على كفالة حق التقاضي للجميع⁽⁴⁴⁾. وبناءً على هذه النصوص فإن حق التقاضي مكفول للأجانب في مملكة البحرين بنصوص القانون، وأصدر عدد من التشريعات التي تنظم مسألة التقاضي، والضمانات القضائية، وغيرها من المسائل التي تصب في تحقيق هذا المبدأ، ومنها على سبيل المثال قانون المرافعات المدنية، والتجارية رقم 12 لسنة 1971⁽⁴⁵⁾، وقانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم 27 لسنة 2002⁽⁴⁶⁾.

وفي النطاق ذاته أكد النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية على كفالة حق التقاضي للأجانب من خلال المادة (47)، التي نصت على أن: «حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين، والمقيمين في المملكة، ويبين النظام الإجراءات لذلك»، كما أكدت المادة (26) على حماية الدولة لحقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية⁽⁴⁷⁾.

أما الدستور الإماراتي فقد أكد على كفالة هذا الحق من خلال المادة (28)، التي أكدت على حق المتهم في المحاكمة القانونية العادلة التي تتيح له ضمانات الدفاع عن نفسه، والمادة

(43) دستور مملكة البحرين، رقم الجريدة الرسمية 2517، بتاريخ 14 فبراير 2002، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25. انظر كذلك: Omar Al-Hasan, Op.cit, p.83.

(44) أمر أميري رقم 17 لسنة 2001 بالتصديق على ميثاق العمل الوطني، رقم الجريدة الرسمية 2465، بتاريخ 21 فبراير 2001، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(45) المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971م بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم الجريدة الرسمية 926، بتاريخ 22 يوليو 1971.

(46) المرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002م بإنشاء المحكمة الدستورية، رقم الجريدة الرسمية 2548، بتاريخ 18 سبتمبر 2002.

(47) أمر ملكي رقم 90/أ بتاريخ 1412/8/27 الموافق 1992/3/1م، منشور على الرابط التالي: <https://laws.boe.gov.sa>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/17.

(40) التي نصت صراحةً على تمتع الأجانب بالحقوق، والحريات المقررة في المواثيق الدولية المرعية، إضافةً إلى مراعاة الاتفاقيات والمعاهدات التي تكون الدولة طرفاً فيها، بالإضافة إلى المادة (41) التي أكدت على حق كل إنسان في أن يقدم شكواه إلى الجهات المختصة بما فيها الجهات القضائية لرد الاعتداء، أو الانتهاك على الحقوق، والحريات المنصوص عليها في الدستور⁽⁴⁸⁾.

أما الدستور المصري فقد أكد على صيانة حق التقاضي للجميع في المادة (97)، التي جاء فيها أن: «التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة»⁽⁴⁹⁾.

والدستور العراقي أقر هذا المبدأ في المادة (19)، التي نصت في فقرتها الثالثة على أن حق التقاضي مكفول للجميع، ومصون لكل من دون تقييد ذلك بالمواطنين دون غيرهم، كما أكدت هذه المادة في باقي فقراتها على حق كل فرد في المحاكمة العلنية العادلة التي تتم وفقاً للقانون، بالإضافة إلى حق كل شخص في المعاملة العادلة سواء في نطاق الإجراءات القضائية، أو الإدارية⁽⁵⁰⁾.

بناءً على ما سبق يتبين أن التشريعات الوطنية حرصت على كفالة حق التقاضي للأجانب من خلال النص عليه في القانون الأسمى، والأعلى في الدولة، وهو الدستور، ومن خلال التشريعات العادية التي تنظم الجهات القضائية وعملها بما يحقق القواعد والمبادئ الدستورية، حيث حرصت الدساتير على كفالة هذا الحق بلفظ العموم من دون تخصيص، فهذا الحق مكفول، ومصون لكل، أو للجميع، أو للعموم، فهو لكل فرد، أو لكل شخص، ولكل إنسان، وبالتالي فهو مضمون للمواطنين والأجانب على حد سواء.

فلكل أجنبي الحق في اللجوء إلى الجهات، والهيئات القضائية للمطالبة بحقوقه، وحرياته، أو لدفع الاعتداء عنها، فهو له الحق في المحاكمة العلنية العادلة وفقاً للقواعد القانونية، وله الحق في عدالة الإجراءات القضائية، وله الحق في الدفاع عن حقوقه أمام الجهات القضائية المختلفة.

(48) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في العام 1971، منشور على الرابط التالي:

<https://u.ae/about-the-uae/the-constitution-of-the-uae>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(49) دستور جمهورية مصر العربية، منشور على الرابط التالي: <https://www.presidency.eg>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(50) دستور جمهورية العراق الصادر في العام 2005، منشور على الرابط التالي: <https://iq.parliament.iq>، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

ومن هذه الجهات القضائية المحكمة الدستورية البحرينية التي أكدت على الحق في التقاضي أمامها حمايةً للحقوق التي أقرها الدستور، أو التشريعات العادية من دون تخصيص للمواطنين دون الأجانب في نطاق إسباغ الحماية الدستورية، وهذا ما أكدت عليه المادة (106) من دستور مملكة البحرين بنصها: «تنشأ محكمة دستورية من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح. ويبين القانون القواعد التي تكفل عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل، ويحدد الإجراءات التي تُتبع أمامها، ويكفل حق كل من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح.....»⁽⁵¹⁾.

والمادة (18/ج) من القانون رقم 27 لسنة 2002م الصادر بإنشاء المحكمة الدستورية، حيث جاء بنصها: «ج- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت هذه المحكمة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز شهراً واحداً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم تُرفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن»⁽⁵²⁾.

فهذه النصوص أعطت الحق للدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة لذوي الشأن من الأفراد، ولأيٍّ من الخصوم بلفظ العموم، وبالتالي يمكن أن يكون هؤلاء الأفراد أو الخصوم مواطنين أو أجانب، ومن ثم رفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية البحرينية خلال الميعاد المحدد قانوناً، وذلك من أجل حماية حقوقهم. وهذا هو ذاته ما أكد عليه القضاء البحريني في حكم المحكمة الدستورية رقم د/06 لسنة 4 قضائية، والذي أكد على مبدأ حق الأجانب في التقاضي تقريراً للحماية التي نص عليها الدستور. هذا الموقف القضائي نستعرضه بالتفصيل من خلال المبحث الثاني.

(51) دستور مملكة البحرين، رقم الجريدة الرسمية 2517، بتاريخ 14 فبراير 2002، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(52) المرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002م بإنشاء المحكمة الدستورية، رقم الجريدة الرسمية 2548، بتاريخ 18 سبتمبر 2002.

المبحث الثاني

موقف المحكمة الدستورية من مبدأ كفالة حق التقاضي

للأجانب أمام القضاء الدستوري

تُعد أحكام المحكمة الدستورية وتوجهاتها في معالجة الموضوعات التي تُعرض عليها هي الهدف الأساس من إنشائها، وسنتناول في هذا المبحث موقف المحكمة الدستورية من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري، فقد دفع أحد أطراف دعوى دستورية منظورة أمام المحكمة الدستورية البحرينية بعدم جواز ترفع الأجنبي أمام القضاء الدستوري، وأن حق التقاضي المكفول للأجانب يكون أمام القضاء العادي حصراً، مما دفع المحكمة الدستورية إلى مناقشة هذا الموضوع. إن حكم المحكمة الدستورية أشار إلى الضوابط الدستورية لحق التقاضي للأجانب وأساس حمايته، ولذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين خصصنا المطلب الأول للضوابط الدستورية لتنظيم حق التقاضي بوجه عام وأساس حمايته، في حين سنتطرق في المطلب الثاني إلى مناقشة حكم المحكمة الدستورية رقم د/06/3 لسنة 4 قضائية.

المطلب الأول

الضوابط الدستورية لتنظيم حق التقاضي

بوجه عام وأساس حمايته

يُعتبر حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء من الحقوق الأساسية، ولذا تحرص جميع الدساتير على النص عليه، ووضع الضوابط الخاصة بتنظيمه، وقد سار المشرع الدستوري البحريني على النهج ذاته الذي سارت عليه أغلب الدساتير؛ إذ أكد على هذا الحق في الفقرة (و) من المادة (20) التي تنص على أن: «حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون»، إلا أن إيراد هذا الحق في الدستور وتنظيمه ليس كافياً ما لم يقترن بوسيلة قانونية لحمايته وصيانته. واستناداً إلى ما سبق فقد وضع الدستور وسيلة لحماية هذا الحق وصيانته، ولذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ نخصص الفرع الأول لبحث الضوابط الدستورية لحق التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية، في حين نخصص الفرع الثاني للأساس الدستوري لحماية هذا الحق.

الفرع الأول

الضوابط الدستورية لحق التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية

إن تمتع الأفراد بأي حق من الحقوق يتقرر عادةً بالنصوص الدستورية التي تضع الضوابط العامة لممارسته، وعلى المشرع أن يتقيد بالضوابط والقيود التي وضعها الدستور، وقد نظم المشرع الدستوري البحريني حق التقاضي في الفقرة (و) من المادة (20) التي تنص على أن: «حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون»، والملاحظ أن المشرع الدستوري قد نص على هذا الحق بشكل واضح وصريح، وأكد أنه مكفول وفقاً للقوانين، مما يعني أن القانون هو ما ينظم هذا الحق، ويحدد طريقة مباشرته.

وقد عرّفت المحكمة الدستورية البحرينية الحق في التقاضي ضمن أحد أحكامها بأنه: «... مبدأ الحق في التقاضي يتمثل في الترضية القضائية التي يسعى إلى تحقيقها المتقاضون وصولاً إلى جبر الأضرار التي لحقتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها، وإن إنكار أو تقييد الحق في الترضية القضائية، سواء بحجبها عن من يطلبها ابتداءً، أو من خلال إحاطتها بقواعد إجرائية تكون معيبة في ذاتها عيباً جوهرياً، إنما يُعد إهداراً لا يستقيم مع ما أكده الدستور المعدل من حماية لحقوق الأفراد، بما لا ينال من جوهر الترضية القضائية، ولا يدفعها لكامل مداها، ليتمخض ذلك عدواناً على حق التقاضي، وينحل إلى إنكار للعدالة في أخص مقوماتها...»⁽⁵³⁾، والواضح أن المحكمة قد عرّفت هذا الحق بالغاية التي يتوخى تحقيقها، ألا وهي الترضية القضائية، وقد أكدت المحكمة على أن تقييد هذا الحق أو حجبها عن من يطلبه يُعد عيباً دستورياً جوهرياً، ويخالف نصوص الدستور.

وفي حكم آخر أشارت المحكمة الدستورية إلى مفهوم الحق في التقاضي، والذي نص على أن: «... حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون، الذي يفترض ابتداءً وبداية، أن يكون لكل شخص الحق في النفاذ إلى المحاكم، بصورة ميسرة، لا تحول دونه عوائق إجرائية، وألا تُمنع المحاكم من نظر أي منازعة، وألا تُوصد أبواب أي منها في وجه أي من المتقاضين، في إطار من الفرص المتكافئة بينهم، وصولاً إلى حل منصف، يُمثل التسوية التي يعتمد من يطلبها إلى الحصول عليها، بوصفها الترضية القضائية، لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، باعتبار أن هذه الترضية تندمج بالحق في التقاضي، وتشكل

(53) حكم المحكمة الدستورية رقم د/07/4 لسنة 5 قضائية دستورية والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 2928، بتاريخ 2009/12/31.

الحلقة الأخيرة فيه»⁽⁵⁴⁾.

إن المحكمة الدستورية في هذا الحكم قد حددت مفهوم الحق في التقاضي بأنه الترضية القضائية، وهي الحلقة الأخيرة من هذا الحق، وجزءٌ منه وليست كل الحق؛ فالحق في التقاضي يشمل سهولة الوصول إلى المحاكم والهيئات القضائية على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولجميع المتقاضين، والفصل في الخصومة المعروضة أمام القضاء، وذلك لتحقيق الغاية وهي الترضية القضائية؛ فالحق في التقاضي يتمثل في جانبين أساسيين هما سهولة الوصول إلى الهيئات القضائية والمحاكم لجميع المتقاضين من جهة، والفصل في الخصومة المعروضة على هذه الهيئات من جهة ثانية من أجل الوصول إلى الترضية القضائية.

ويُعد الحق في التقاضي حقاً غير مطلق؛ فأى حق يمكن أن يقيد بقيود قانونية على ألا تتنافى مع طبيعة الحق⁽⁵⁵⁾، وتقوم الدساتير والقوانين بتنظيمه من أجل الحد من إساءة استعماله ولتحقيق الصالح العام، ومن أمثلة ذلك أن تكون المطالبة بأي حق بعريضة تُقدَّم إلى القاضي، وأن يُقيّد استعمال الدعوى بشروط القبول، أو تنظيم القضاء ودرجاته وتحديد نوع الدعوى التي تُرفع أمامه، أو أن يرتبط هذا الحق بتحقيق مصلحة جدية ومشروعة فلا يجوز استعماله بهدف النكاية بالخصم⁽⁵⁶⁾. فالحق في التقاضي لا يباشر من دون ضوابط أو قيود؛ أي بمعنى ألا يكون حقاً مطلقاً.

وهذا ما أشارت إليه المحكمة الدستورية في عديد من أحكامها، ففي أحد أحكامها أكدت على أن: «سلطة المشرع في تنظيمه لحق التقاضي هي سلطة تقديرية جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، لاختيار أنسبها إلى فحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً، حدّه في ذلك أن يكفل للخصومة القضائية عدالتها بما يصون مبادئها ضامناً ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأدلة، فلا يكون بنیان الخصومة متحيّفاً حقوق أحد من الخصوم بل مكافئاً بين فرصهم

(54) حكم المحكمة الدستورية رقم (ح / 1 / 2010) لسنة 6 قضائية دستورية، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 3042 بتاريخ 2012/3/8.

(55) محمد محمود إبراهيم: مظاهر الاعتداء على حق التقاضي وعلاجه، بحث مقدم إلى ندوة حق التقاضي. المنعقدة بكلية الحقوق جامعة الرقازيق في الفترة من 4-6 يناير 1985م، يناير 1985، ص 1. مروان المدرس ووفاء جناحي وبدر محمد، حقوق الإنسان وتطبيقاتها في مملكة البحرين، ط 1، مطابع جامعة البحرين، 2023، ص 110.

(56) أمينة النمر، الوجيز في قوانين المرافعات، د.ن، 1990م، ص 10.

في مجال إثباتها أو دحضها استظهاراً لحقائقها، واتصالاً بكل عناصرها، وصولاً إلى ترضية قضائية منصفة هي - بافتراض اتساقها مع أحكام الدستور والقانون - تُشكل ركناً ركيناً من حق التقاضي، وترتبط بالأغراض النهائية التي يعمل لبلوغها⁽⁵⁷⁾.

ويتضح من خلال هذا الحكم أن المحكمة الدستورية تؤكد على أن سلطة المشرع في تنظيم حق التقاضي هي سلطة تقديرية مقيّدة بالألا تنتقص من جوهره، أو تُخل بمضمونه، وأن تُحقق الهدف المتوخى من هذا الحق. أما إذا نظم المشرع هذا الحق بشكل لا يحقق الغاية المتوخاة منه عدّ هذا التنظيم غير دستوري.

الفرع الثاني

الأساس الدستوري لدور المحكمة الدستورية

في حماية حق التقاضي

تُعدّ القواعد الدستورية الواردة في الوثيقة الدستورية قمة الهرم للنظام القانوني في الدولة، فهذه القواعد تسمو على جميع القواعد القانونية الأخرى، بمعنى أن الوثيقة الدستورية وما تحويه من قواعد قانونية (سواء كانت دستورية أو غير دستورية) تكون ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة، وعلى هذه السلطات التقيد بها.

ولذا فإن إدراج القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات العامة في الوثيقة الدستورية يُعدّ من أهم الضمانات القانونية لحمايتها وصيانتها من أي تعدّ أو تجاوز. فالدساتير تخصص في العادة فصلاً، أو باباً للنص على هذه الحقوق والحريات العامة وتنظيمها، بل إن جانباً كبيراً من الفقه يذهب إلى القول بأن الدساتير لم تُدوّن إلا من أجل النص على الحقوق والحريات والضمانات الأساسية لحمايتها.

وقد سلك المشرع الدستوري البحريني ما درجت عليه جميع الدساتير بأن نصّ في الفقرة (و) من المادة (20) على أن: «حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون»⁽⁵⁸⁾. وبما أن الدستور يتمتع بالسمو على جميع القواعد القانونية، فإن إدراج هذا الحق في الدستور يُلزم القواعد الأدنى درجة بالتقيد به والالتزام بنصوصه، وخصوصاً النصوص التشريعية المنظمة له، فالمشرع عندما يُنظم حق التقاضي عليه أن يتقيد بما نص عليه

(57) حكم المحكمة الدستورية رقم (د / 1 / 08) لسنة 6 قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 3024 بتاريخ 3 نوفمبر 2011.

(58) دستور مملكة البحرين، رقم الجريدة الرسمية 2517، بتاريخ 14 فبراير 2002، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh

الدستور، وأن يراعي الضوابط والقيود التي وضعها النص الدستوري وإلا عُدَّ التشريع مشوباً بعيب عدم الدستورية.

غير أن سمو نصوص الدستور على جميع القواعد القانونية لا قيمة له إذا لم تكن هناك وسيلة قانونية تكفل احترام قواعده، وتضمن نصوصه. ولا يتحقق هذا السمو الدستوري إلا من خلال وسيلة قانونية توفر الحماية له من أي انتهاك، وتضمن نصوصه من أي تعدُّ أو تجاوز، ومن أبرز هذه الوسائل القضاء الدستوري.

إن الرقابة على دستورية القوانين لا تكون موجودة إلا في الدول ذات الدساتير المكتوبة والجامدة، لأن الدستور المرن يمكن تعديله بالإجراءات ذاتها التي تُعدَّل بها التشريعات العادية، واستناداً إلى ذلك فإن الدساتير المرنة لا تحتاج إلى وجود جهة تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين.

وبما أن دستور البحرين دستور جامد، ومدوّن، لم يكن بد من إيجاد وسيلة لحماية قواعده من الانتهاك، فنص الدستور البحريني بعد تعديله على إنشاء محكمة دستورية تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين. حيث نصت المادة (106) على أن «تنشأ محكمة دستورية، من رئيس وستة أعضاء يعيّنون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح. ويبين القانون القواعد التي تكفل عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل، ويحدد الإجراءات التي تُتَّبَع أمامها، وتكفل حق كل من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح، ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نصّ في قانون أو لائحة أثرٌ مباشر، ما لم تحدّد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويُعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة وللکافة»⁽⁵⁹⁾.

(59) أشار الدستور قبل التعديل إلى وجود محكمة تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين، وذلك في نص المادة (103) التي جاء فيها «يعيّن القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح، وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة، يُعتبر كأن لم يكن»، علماً بأنه لم يتم إنشاء هذه المحكمة في ظل دستور 1973 قبل التعديل، لذا قد أكد ميثاق العمل الوطني على ضرورة استكمال المؤسسات القضائية، وبشكل خاص المحكمة الدستورية، فعُدَّ النص المتعلق بالرقابة على دستورية القوانين في سنة 2002.

واستناداً إلى هذا النص فقد صدر المرسوم بقانون رقم 27 لسنة 2002 الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية، وبين الإجراءات الواجب اتباعها أمام هذه المحكمة، والنتائج المترتبة على هذه الرقابة.

لقد وضع الدستور سنداً دستورياً لكي تقوم المحكمة بمهمة حماية حقوق وحريات الأفراد، إذ نصت المادة (31) من الدستور على أنه «لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه، ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية»⁽⁶⁰⁾.

ومن خلال الجمع بين نصي المادتين (الفقرة «و» من المادة 20 والمادة 31) يتبين لنا أن المشرع الدستوري قد أناط بالسلطة التشريعية تنظيم حق التقاضي. كما أن الأمر ذاته أكدته المادة (31) التي كانت واضحة في دلالتها على أن تنظيم الحقوق والحريات بوجه عام - ومنها حق التقاضي - لا يكون إلا بقانون أو بناءً عليه. والجهة المناط بها ممارسة الوظيفة التشريعية هو المجلس الوطني والملك⁽⁶¹⁾، إلا أن المشرع الدستوري قَصَرَ دورَ السلطة التشريعية على تنظيم وتحديد الحقوق والحريات من دون المساس بجوهرها⁽⁶²⁾.

وهنا قد أسند الدستور إلى المحكمة الدستورية مهمة فحص التشريعات التي تنظم الحقوق والحريات للتأكد من تقيّد السلطة التشريعية بنص المادة (31) من الدستور من خلال التأكد من أن السلطة التشريعية لم تتعدّ حدود صلاحياتها المقتصرة على التنظيم والتحديد، من دون الانتقاص من هذه الحقوق والحريات.

فالدستور البحريني قد حدد دور المشرع في تنظيم أو تحديد الحقوق والحريات العامة من دون المساس بجوهرها، أو مصادرتها، أو تقييدها، أو الانتقاص منها، بما يؤدي إلى فقدانها قيمتها، أو إرهاب الأفراد عند ممارستها. فنص المادة (31) يُشكل قيداً عاماً على السلطة التقديرية للمُشرع عند تنظيمه للحقوق والحريات، إضافةً إلى القيود الخاصة لكل حق أو حرية وردت في النص الدستوري المنظم لها.

وهنا تبرز مشكلة أساسية أمام المحكمة الدستورية الموكّلة إليها مراقبة تطبيق هذا النص، تتمثل في وضع حد واضح وفاصل بين التنظيم المباح للحقوق والحريات والتقييد المحظور لها؛ فالمشرع يتمتع بسلطة تقديرية بتنظيم الحقوق والحريات، وقد يستخدم هذه السلطة التقديرية تحت ستار التنظيم فإذا به يُهدر الحقوق والحريات أو يُقيدها بما يتعارض مع النص الدستوري. لذلك فإن القضاء الدستوري مطالب بحماية هذه الحقوق

(60) دستور مملكة البحرين، رقم الجريدة الرسمية 2517، بتاريخ 14 فبراير 2002، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(61) بموجب نص المادة (32) الفقرة (ب) من دستور مملكة البحرين، رقم الجريدة الرسمية 2517، بتاريخ 14 فبراير 2002، منشور على الرابط التالي: www.lloc.gov.bh، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/25.

(62) مروان المدرس ووفاء جناحي وبدر محمد، مرجع سابق، ص 109.

والحريات من خلال وضع معيار للتمييز بين التقييد المحظور والتنظيم المباح.

إن هذه المسألة قد أثارت خلافاً فقهيًا بين الفقهاء، فذهب جانب من الفقه إلى أن من يملك حق التنظيم يملك القدرة على التقييد؛ فهذا الجانب من الفقه لم يفرق بين التنظيم والتقييد، إذ إن أصحاب هذا الرأي يرون أن تنظيم أي حق أو حرية يستلزم بالضرورة وضع القيود التي ستنتقص من جوهره حتمًا. إلا أن أصحاب هذا الرأي يؤكدون وجود قيد قانوني واحد يرد على حق المشرع في تنظيم الحقوق والحريات هو عدم هدم أو سلب الحق أو الحرية، وفيما عدا ذلك جاز للمشرع أن يضع ما يشاء من القيود، لأنها قيود ذات طابع سياسي تخضع لرقابة الرأي العام⁽⁶³⁾. ومع احترامنا وتقديرنا لهذا الرأي إلا أنه رأي لا ينسجم مع تطور مفهوم الحقوق والحريات في الوقت الحاضر.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المقصود بتنظيم هذه الحقوق والحريات هو جواز تقييدها، بشرط ألا يصل هذا التقييد إلى الحد الذي يجعلها غير مُحَقَّقة للغايات والأهداف التي قصدها الدستور⁽⁶⁴⁾. غير أن جانبًا ثالثًا من الفقه يذهب إلى أن التنظيم المباح لا يتعارض مع وضع بعض القيود على الحقوق والحريات، شريطة أن يكون الهدف الأساس من هذه القيود هو تمكين الجميع من التمتع بها، وممارستها من دون تعارض فيما بينهم، عندئذ سيكون تدخل المشرع تنظيميًا لا تقييدًا وفقًا لهذا الرأي⁽⁶⁵⁾.

والواقع أن كل المحاولات السابقة لوضع حد واضح ومحدد للتمييز بين التنظيم المباح، والتقييد المحظور قد انتقدت، وذلك لعدم تحقيقها الهدف المنشود منها من جهة، ولتنوع الحقوق وتعددتها، وبالتالي اختلاف طبيعتها من جهة أخرى. فالدستور صاغ النصوص المنظمة لهذه الحقوق والحريات بعبارات مرنة ومقتضبة، ذلك لأن الدستور يعمل من جهة أولى، على صيانة مبادئ متعارضة، ويعمل من جهة ثانية على حماية حقوق متناقضة، كما أنه يعمل على الموازنة بين مصالح متناقضة من ناحية ثالثة؛ فمثلاً تعترف الدساتير بحق الإضراب، ولكن المشرع الدستوري في الوقت ذاته يصون مبدأ استمرارية المرافق العامة. فجميع الدساتير – ومنها دستور البحرين – تحاول أن توفق بين الحقوق والحريات الخاصة من جهة، ومصلحة الجماعة من جهة أخرى. ولذا يكون

(63) عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، ط1، دار المعارف، القاهرة، 1956م، ص667.

(64) عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة القضاة، السنة التاسعة عشرة، ع 1 يناير/يونيو 1986م، ص309. (علمًا بأن البحث منشور لأول مرة في مجلة مجلس الدولة – السنة الثالثة – يناير 1956). وذهب إلى الرأي ذاته محمد عصفور.

(65) مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص504.

لدى القاضي الدستوري مجالاً واسعاً في تفسير النصوص الواردة في الدستور⁽⁶⁶⁾.

وقد حاولت المحكمة الدستورية في مملكة البحرين أن تميز بين التنظيم المباح والتقييد المحظور، وذلك في أحد أحكامها الذي جاء فيه «وحيث إنه من المقرر – وفقاً لقضاء هذه المحكمة – أن الأصل الدستوري لسلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والواجبات أنها سلطة تقديرية ما لم يكن الدستور قد فرض عليه في شأن ممارستها ضوابط محددة تحد من إطلاقها، باعتبار أن جوهر هذه السلطة يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها، ومرجعاً ما يراه أنسبها لمضمونها، وأجدرها بتحقيق مصالح الجماعة، واختيار أصلحها ملائمةً للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم. إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده، والتي تُعدّ سياجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه. فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزاماً على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تنال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها بإهدارها، أو بانتقاصها من أطرافها بتهميشها، وإلا كان ذلك بمنزلة عدوان على مجالاتها الحيوية»⁽⁶⁷⁾.

إن هذا الحكم للمحكمة الدستورية قد حدّد صور المساس بجوهر الحقوق والحريات؛ إذ بيّن الحكم أن أي مساس يؤدي إلى إهدار هذه الحقوق والحريات، أو نقضها، يكون مساساً غير مقبول ومخالفاً لنص المادة (31) من الدستور. بمعنى آخر: إن المحكمة الدستورية ألزمت المشرع بتنظيم هذه الحقوق، والحريات من دون أن يؤدي ذلك إلى إنهاؤها، أو إلغائها؛ فالمشرع يجب ألا يُنكر الحقوق التي أقرها الدستور، ولا يصادرها. كذلك عدّت المحكمة الدستورية الانتقاص من الحقوق والحريات بتهميشها أمراً مخالفاً للدستور، والانتقاص يكون بجعل ممارسة هذه الحقوق والحريات مرهقاً من خلال فرض شروط لم ينص عليها الدستور، أو السماح بممارسة هذه الحقوق في أماكن معينة دون أماكن أخرى، مثل حظر التعبير عن الرأي في بعض الوسائل والسماح به في وسائل أخرى. فالأصل أن الأفراد يجب أن يتمتعوا بالحقوق والحريات كاملة غير منقوصة⁽⁶⁸⁾. لذا، فإن القانون الذي يصدره المشرع يجب أن يستهدف تمكين الأفراد من

(66) عصام سليمان، إشكالية الرقابة على دستورية القوانين، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني لسنة 2012، مج6، بيروت، ص55.

(67) حكم المحكمة الدستورية البحرينية، الدعوى رقم د/06 لسنة 4 قضائية – جلسة 30 مارس 2009م – منشور في الجريدة الرسمية عدد 2889 في 2/ أبريل 2009.

(68) وجدي ثابت غبريال، التظلم في أوامر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص67.

ممارسة هذه الحقوق، والحريات من جهة، والتوفيق بينها، وبين القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية من جهة ثانية.

وتأكيداً لذلك فقد جاء في أحد أحكام المحكمة الدستورية البحرينية «أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدّها الدستور بضوابط معينة... مما مؤداه أن مشروعية النصوص القانونية التي يتخذها المشرع كوسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، مناطها توافقها مع أحكام الدستور ومبادئه...»⁽⁶⁹⁾؛ ففي الحقوق والحريات التي ينظمها المشرع، يتعين على هذا الأخير أن يراعي الضوابط والقيود التي وضعها الدستور، ويجوز للدستور أن يضع ضوابط وقيوداً لممارسة أي حق من الحقوق وفقاً للفلسفة التي ينتهجها المشرع الدستوري.

واستناداً إلى ذلك أكدت المحكمة الدستورية على ضرورة تقيّد المشرع عند تنظيمه لأي حق من الحقوق، ومنها حق التقاضي، بالقيود والضوابط التي وضعها الدستور. كما أن المشرع الدستوري قد أناط بالمحكمة الدستورية الاختصاص بصيانة وحماية الحقوق والحريات التي وردت في الدستور، من خلال دوره في مراقبة التشريعات المنظمة لهذه الحقوق، والتأكد من عدم مساس السلطة التشريعية بجوهر هذه الحقوق والحريات بحجة تنظيمها، أو تحديدها. وبالتالي فإن المحكمة الدستورية تُعد من أبرز ضمانات حماية حق الملكية في مملكة البحرين، إضافةً إلى أن إيراد هذا الحق في أعلى وثيقة قانونية في الدولة - وثيقة الدستور - يُعد بحد ذاته ضماناً إلى جانب الضمانات الأخرى التي ليس هنا مجال لذكرها.

المطلب الثاني

مناقشة حكم المحكمة الدستورية رقم (د/06/3) لسنة 4 قضائية

تناولت المحكمة الدستورية موضوع حق الأجانب في التقاضي أمام القضاء الدستوري في الحكم المرقم (د/06/3) لسنة 4 قضائية في 2 أبريل 2009م، ولبيان موقف المحكمة كان لا بد لنا من بيان إجراءات تحريك الدعوى والأسانيد التي استند إليها المدعى عليه في عدم جواز ترافع الأجنبي أمام القضاء الدستوري في الفرع الأول، واستعراض موقف المحكمة الدستورية من الموضوع في الفرع الثاني.

(69) حكم المحكمة الدستورية في القضيتين رقمي (د/04/3)، و(د/04/4) لسنة 2 قضائية دستورية، والذي نُشر في الجريدة الرسمية، العدد 2746 بتاريخ 5 يوليو 2006.

الفرع الأول

إجراءات تحريك الدعوى والأسانيد التي استند إليها المدعى عليه

تتلخص وقائع القضية في أن النيابة العامة أحالت شخصاً أجنبياً (بريطاني الجنسية) إلى المحكمة الكبرى الجنائية بموجب الدعوى الجنائية رقم 37144 لسنة 2006، لأنه حاز وأحرز بقصد الاتجار جوهراً مخدراً في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، وطالبت بمعاقبته بموجب المواد (1) و(2) و(1/23 - ج) و(1/27) من المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 1973 بشأن مراقبة التداول في المواد والمستحضرات المخدرة واستعمالها، والمعدل بالمرسوم بقانون رقم 10 لسنة 1984، وفي أثناء نظر الدعوى دفع المدعي بعدم دستورية النص الوارد بعجز الفقرة (د) من المادة 23، وبجلسة 2006/11/2 قررت المحكمة تأجيل الدعوى إلى جلسة 2006/12/3، وصرحت لمقدم الدفع المدعي بإقامة الدعوى الدستورية خلال شهر، وفعلاً قد رفع الدعوى بتاريخ 2006/11/15.

وقد دفعت دائرة الشؤون القانونية (المدعى عليه في الدعوى الدستورية) باعتبارها ممثلة للحكومة بعدم قبول الدعوى الدستورية لرفعها من أجنبي (بريطاني الجنسية)، وذلك استناداً إلى أن حق التقاضي، وإن جاز منحه للكافة (مواطنين وأجانب) حماية للحقوق التي تمنحها القوانين العادية، إلا أنه من بين الحقوق الدستورية، يكون حق التقاضي مقصوراً على المواطنين وحدهم لضمان حقوقهم وحرياتهم المنصوص عليها في الدستور، ولذا ترى دائرة الشؤون القانونية (المدعى عليه) إنكار حق المدعي في رفع دعواه أمام المحكمة الدستورية.

إن دفع دائرة الشؤون القانونية يقوم على أساس تقسيم الحقوق إلى قسمين: حقوق تُقرها القوانين العادية، وحقوق تقرها الدساتير، وإن الحقوق التي تقرها القوانين العادية يمكن أن يتمتع بها الجميع مواطنين وأجانب، بعكس الحقوق التي تقرها الدساتير فهي مقصورة على المواطنين دون الأجانب.

إن هذا الكلام مردود عليه؛ لأن جميع الحقوق تقرها الدساتير، وبعضها تنص عليه الدساتير وتنظم من قبل المشرع كالحق بالتقاضي، إضافة إلى أن دائرة الشؤون القانونية قد خلطت بين الحقوق السياسية، والحقوق الأخرى، فبعض الحقوق السياسية تكون مقصورة على المواطنين دون الأجانب كحق الترشح للمجالس النيابية، وحق الانتخاب للمجالس النيابية، في حين أن باقي الحقوق يتمتع بها الجميع على حد سواء⁽⁷⁰⁾، فالحق في الحياة من الحقوق المطلقة الذي تنص عليه الدساتير، فهل هو مقصور على المواطنين دون الأجانب!!

(70) مروان المدرس ووفاء جناحي وبدر محمد، مرجع سابق، ص 118.

الفرع الثاني

موقف المحكمة الدستورية من دفع المدعى عليه

إن المحكمة الدستورية قد ناقشت دفع دائرة الشؤون القانونية والمتمثل في عدم جواز تقاضي الأجنبي أمام القضاء الدستوري، إذ بيّنت المحكمة أن هذا الدفع مردود، وذلك للأسباب التالية:

1 - أن الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص التشريعية يلزمها بالضرورة، ومن أجل اقتضاءها ومباشرتها، أن تتمتع بالحماية التي يكفلها الدستور والمشرع العادي لها، مما يلقي على عاتق الدولة التزاماً قانونياً بتوفير الوسائل الإجرائية، والقواعد الموضوعية التي تمكن أصحاب الحقوق سواء كانوا مواطنين، أو أجانب من رد أي اعتداء يقع على حقوقهم الثابتة.

فالحق في التقاضي كما أوضحنا سابقاً يرتبط ارتباطاً وثيقاً بباقي الحقوق؛ فلا قيمة لأي حق من دون تمتع الأشخاص بالحق في التقاضي، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية، إذ جاء في أحد أحكامها أنه قد: «... أفصح الدستور بنص الفقرة (و) من المادة (20) منه، على كفالة حق التقاضي، وفقاً للقانون كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما قرره المواثيق، والإعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد، باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها...»⁽⁷¹⁾، ويتضح من خلال هذا الحكم أن المحكمة الدستورية تؤكد على أهمية الحق في التقاضي للأفراد في حماية حقوقهم التي نص عليها الدستور، وأن هذا الحق يعد من أبرز الوسائل التي تمكن الأفراد من رد العدوان على أي حق من حقوقهم من خلال اللجوء إلى الهيئات القضائية، والحصول على الترضية القضائية المنصفة.

2 - إن حق التقاضي الذي كفله الدستور بنص الفقرة (و) من المادة (20) من الدستور المعدل والتي جاء فيها «حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون»؛ فهو نص يدل على العموم والإطلاق، ليدخل في حكمه ضمان حق التقاضي للناس كافة مواطنين وأجانب على قدم المساواة. فهذا الحق يجب أن يتمتع به جميع الأشخاص بصورة متساوية، وهذا ما أكدته المحكمة في عديد من أحكامها، ومنها ما جاء في أحد أحكامها من أنه قد: «أفصح الدستور بنص الفقرة (و) من المادة (20) منه على كفالة حق التقاضي، وفقاً للقانون، كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما

(71) حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/2/2010) لسنة 8 قضائية، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 3055، بتاريخ 7/يونيو/2012.

قرّرت المواثيق والإعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد، باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها⁽⁷²⁾.

ويُتّضح من هذا الحكم أن حق التقاضي تجب كفالته لكل فرد (أجنبي أو وطني). وقد أكدت المحكمة الدستورية على تمتع جميع الأشخاص بحق التقاضي على قدم المساواة؛ فجاء في نص الحكم: «... لأن الدستور قد كفل للناس جميعاً حقهم في اللجوء إلى القضاء، لا يميزون في ذلك فيما بينهم، فلا ينحسر عن فئة منهم، سواء من خلال إنكاره، أو عن طريق العوائق الإجرائية، أو المالية التي يحاط بها، ليكون عبئاً عليهم، حائلاً دون الحقوق التي يدعونها، ليمخض ذلك عدواناً على حق التقاضي، وينحل إنكاراً للعدالة...»⁽⁷³⁾.

3 - إضافةً إلى ما سبق فإن نص الفقرة (و) من المادة (20) من الدستور تدل على شمولها جميع الحقوق سواء وردت في الدستور أو في القانون، لأن تمتع الأشخاص بالحقوق الموضوعية التي جاء بها الدستور لا بد أن يلازمه تمتعهم بالحق في التقاضي باعتباره الوسيلة الدستورية لحماية هذه الحقوق، ولذا لا يحق للدولة أن تتنصل من التزاماتها، ولا يحق لها أن تتيح هذا الحق لمواطنيها، وتغلق باب التمتع به أمام الأجانب.

وأشارت المحكمة الدستورية إلى هذا الأمر في أحد أحكامها، فأكدت على اتساع مفهوم حق التقاضي ليشمل حق كل شخص في الوصول إلى المحاكم بصورة ميسرة لا تحول بينه، وبين مباشرة هذا الحق أية عوائق إجرائية من جهة، وأن يكون للمحاكم الحق في نظر جميع المنازعات، وألا يُستثنى من ذلك أية منازعة، ولأي سبب كان من جهة ثانية⁽⁷⁴⁾.

إن المحكمة الدستورية قد أكدت على مسألة في غاية الأهمية، وهي أن منع الأجانب من اللجوء إلى المحكمة الدستورية سيجعل الحقوق التي قررها القانون والدستور للأجانب مجردة من أي وسيلة لحمايتها، ويكون النص عليها لغوً لا معنى منه، والمشرع مُنزّه عن ذلك.

(72) حكم المحكمة الدستورية رقم (ح / 2 / 2010)، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 3055 بتاريخ 7 يونيو 2012.

(73) حكم المحكمة الدستورية رقم (د / 3 / 2014) لسنة 12 قضائية، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 3199 بتاريخ 5 مارس 2015.

(74) حكم المحكمة الدستورية رقم (ح/1/2010) لسنة 6 قضائية، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 3042، بتاريخ 8 مارس 2012. والأمر ذاته أكدت عليه المحكمة في حكمها رقم (ح/2/2010) لسنة 8 قضائية، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 3055 بتاريخ 7 يونيو 2012.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري، وذلك في ضوء أحد أحكام المحكمة الدستورية البحرينية، إذ بيّنا في المبحث الأول ماهية مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب، حيث أوضحنا أبرز خصائص هذا الحق وأساسه، ومن ثم تناولنا موقف القانون الدولي والتشريعات الوطنية منه. بينما بحثنا في المبحث الثاني موقف المحكمة الدستورية البحرينية من هذا المبدأ وخصوصاً كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري، وذلك في ضوء حكم المحكمة الدستورية المرقم (د/ 3 / 06)، حيث استعرضنا طلب المدعى عليه بعدم قبول الدعوى الدستورية لرفعها من أجنبي، ومن ثم ناقشنا موقف المحكمة الدستورية من طلب المدعى عليه.

وقد توصلنا في نهاية البحث إلى النتائج التالية:

- 1 - أن حق التقاضي من الحقوق الأساسية، واللصيقة بشخص الإنسان سواء تمتع بالصفة الوطنية أو لا، وسواء كان ذلك أمام القضاء العادي، أو القضاء الدستوري، حيث يُعتبر لازماً لصيانة الحقوق التي يتمتع بها الشخص.
- 2 - حق الدولة، وحريتها في تنظيم تمتع الأجانب بحق التقاضي أمام القضاء العادي والدستوري من دون النزول بها عن الحد الأدنى المتواتر عليه العمل في المجتمع الدولي، والذي يقوم على حفظ الكرامة الإنسانية لهؤلاء الأجانب مساواةً بالمواطنين.
- 3 - تأكيد الموقف الدولي والوطني على كفالة حق التقاضي للأجانب أمام الجهات القضائية المختلفة تحقيقاً للعدل والإنصاف والمصلحة العامة بإشاعة الاحترام القانوني.
- 4 - إن حق التقاضي من الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي على قدم المساواة مع المواطنين؛ فالمحكمة الدستورية قد بينت أن هذا الحق مكفول للأجنبي أمام جميع المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها، ومنها القضاء الدستوري، وذلك لأن نص الفقرة (و) من المادة (20) من الدستور قد ورد على سبيل الإطلاق، بمعنى أن هذا الحق يتمتع به جميع الأشخاص (المواطنين والأجانب)، وأمام جميع المحاكم، ومنها القضاء الدستوري.
- 5 - كفالة حق التقاضي للأجنبي أمام القضاء العادي والقضاء الدستوري أمر لازم بالضرورة لحماية الحقوق الأخرى التي كفلها الدستور والقانون للأجانب؛

فمنحُ الأجانب حقوقاً يقتضي توفير الوسائل الإجرائية، والقواعد الموضوعية التي تُمكن أصحاب الحقوق من رد أي اعتداء يقع على حقوقهم. فعدم كفالة حق التقاضي أمام القضاء العادي والدستوري للأجانب يجعل الحقوق التي مُنحت لهم لا قيمة لها، لانعدام الوسائل القانونية لحمايتها ورد أي اعتداء يقع عليها.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب

- أحمد محمد أحمد مليجي، التنظيم القانوني لدخول ومعاملة الأجانب في مصر، ط1، د.ن، القاهرة، 2004.
- أحمد عبدالوهاب أبو وردة السيد، حق الإنسان في التقاضي بين مقتضيات الاحترام ومواطن الإخلال: دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005-2006.
- أحمد عبدالحميد عشوش وعمر أبوبكر باخشب، أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، ط2، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
- السيد عبدالعال تمام، كفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- أشرف للمساوي، كفالة حق التقاضي في الشريعة الإسلامية، والمواثيق الدولية، والدستورية، وموقف الرقابة القضائية الدستورية منها، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2007.
- وجدي ثابت غبريال، التظلم في أوامر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- حسن النيداني الأنصاري، النظام القانوني للحقوق الدستورية للخصم: دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
- مروان المدرس ووفاء جناحي وبدر محمد، حقوق الإنسان وتطبيقاتها في مملكة البحرين، ط1، مطابع جامعة البحرين، 2023.

- سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته: دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
- عبدالحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، ط1، دار المعارف، القاهرة، 1956.
- عبدالله رحمة الله البياتي، كفالة حق التقاضي: دراسة دستورية مقارنة، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- عبدالمنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- عبدالغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- عوض الله شيبه الحمد السيد، شرح القانون الدولي الخاص البحريني، ط3، كلية الحقوق، جامعة البحرين، 2017.
- عصام سليمان، إشكالية الرقابة على دستورية القوانين، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، مج6، سنة 2012.
- فؤاد عبدالمنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص (ج-1 الجنسية ومركز الأجانب)، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

2 - البحوث والمنشورات العلمية

- محمد محمود إبراهيم، بحث: مظاهر الاعتداء على حق التقاضي وعلاجه، مقدّم إلى ندوة حق التقاضي، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 4-6 يناير 1985.
- عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة القضاة، السنة التاسعة عشرة، ع1- يناير/يونيو 1986.

– خالد فايز الحويلة، بحث: مبدأ حق التقاضي: دراسة مقارنة لموقف القضاء من نظرية أعمال السيادة وفكرة التحصين.. فرنسا – مصر – الكويت)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير)، 10/9 مايو 2017م، ملحق خاص، ع2، ج2، نوفمبر 2017م.

3 – المواقع الإلكترونية

- <https://www.un.org>
- www.lloc.gov.bh
- https://www.ccb.bh/Pages_ar/Listdoc.aspx?encr=1B3A&mtype=anVk
- <https://icp.gov.ae/about-us/laws-and-legislation>
- <https://www.cc.gov.eg/>
- <https://laws.boe.gov.sa>
- <https://www.echr.coe.int>
- <https://www.ohchr.org>
- <http://hrlibrary.umn.edu/arab/am2.html>
- <https://www.presidency.eg>
- <https://u.ae/about-the-uae/the-constitution-of-the-uae>
- <https://iq.parliament.iq>

ثانياً – باللغة الإنجليزية

- Omar Al-Hasan, Human rights in Bahrain After more than two decades of the rule of King Hamad, Gulf centre for strategic studies, Manama, 2021.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	491
المقدمة	492
المبحث الأول: ماهية مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب، والموقف التشريعي منه	495
المطلب الأول: ماهية مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب، وخصائصه	495
الفرع الأول: مفهوم مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب، وأساسه	495
الفرع الثاني: خصائص حق الأجانب في التقاضي، وتنظيمه	499
المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية، والتشريعات الوطنية من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب	501
الفرع الأول: الموقف الدولي من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب	502
الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب	506
المبحث الثاني: موقف المحكمة الدستورية من مبدأ كفالة حق التقاضي للأجانب أمام القضاء الدستوري	509
المطلب الأول: الضوابط الدستورية لتنظيم حق التقاضي بوجه عام وأساس حمايته	509
الفرع الأول: الضوابط الدستورية لحق التقاضي في ضوء أحكام المحكمة الدستورية	510
الفرع الثاني: الأساس الدستوري لدور المحكمة الدستورية في حماية حق التقاضي	512

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: مناقشة حكم المحكمة الدستورية رقم (د / 3 / 06) لسنة 4 قضائية	517
الفرع الأول: إجراءات تحريك الدعوى والأسانيد التي استند إليها المدعى عليه	518
الفرع الثاني: موقف المحكمة الدستورية من دفع المدعى عليه	519
الخاتمة	521
قائمة المراجع	523

عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين ودور صك السِّلَم السيادي في مواجهته^(*)



د. عبد الجبار أحمد الطيب
أستاذ الاقتصاد السياسي والمالية العامة المساعد
كلية الحقوق - جامعة البحرين

الملخص

يعد تمويل عجز الموازنة العامة عبر السندات التقليدية القائمة على الفائدة مهدداً لاستقرار مالية الدولة؛ لما يُحدثه من زيادة في الدين العام، وما يترتب عليه من زيادة في الإنفاق العام لخدمته، وهذه الآلية تمثل ما يُطلق عليه العلاقة ثنائية التأثير بين العجز والدين العام (الحلقة المفرغة)، لذلك تأتي هذه الدراسة للدعوة إلى تغيير جذري في وسائل مواجهة العجز عبر اعتماد الصكوك السيادية الإسلامية كبديل، والتي تمول مشروعات التنمية من دون إحداث ضغوط خانقة على الموازنة العامة للدولة.

ويُركز نطاق الدراسة على منهج وصفي تحليلي للتجربة في مملكة البحرين، عبر تحليل طبيعة العجز وفق أطر صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، ثم تحليل إطار مواجهة العجز باستخدام صك السِّلَم الإسلامي السيادي الذي تحصل من خلاله الدولة على سيولة فورية مقابل تسليم أصول أو منافع لاحقاً للمكتتبين في الصكوك، وقد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج، أهمها وفق ما بين التحليل الكمي بأن عجز الموازنة العامة في البحرين لم يترتب عليه تعطيل النمو الاقتصادي؛ حيث استمر نمو الناتج المحلي الإجمالي الاسمي والجاري في الفترة من 2003 - 2024. كما أن حكومة البحرين باتت تلجأ إلى إصدار الصكوك أكثر من السندات، كما أن صك السِّلَم السيادي والصكوك الأخرى أسهمت في مواجهة عجز الموازنة العامة وفوائد الدين العام، عبر خفضها نسبياً في الفترة من 2018 وحتى 2024. أما أبرز التوصيات فتتعلق بضرورة إصدار قانون خاص مستقل ينظم إصدار الصكوك السيادية في البحرين.

كلمات دالة: المالية الإسلامية - تمويل مشروعات التنمية - السياسة المالية - الدين العام - السندات التقليدية.

(*) تاريخ تقديم البحث: 19 يوليو 2025

و تاريخ قبوله: 11 سبتمبر 2025

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

تركز كثير من الدول – ومنها البحرين – على تمويل عجز الموازنة بالطرق التقليدية، أي بالقروض بفائدة؛ ما جعل الفائدة تدير هيكل السياسة النقدية للدولة، ولعل الخطورة الكبيرة في تمويل عجز الموازنة بالطرق التقليدية هي هيمنة الفائدة على السياسات الاقتصادية، خصوصاً أننا نتحدث عن عجز موازنة عامة يُموّل بدين عام بات في ازدياد، ويتسم بطابع الاستمرارية، وله آثار تلقي بظلالها على الأجيال القادمة.

وفي ظل هذا الوضع تكتسب الصكوك الإسلامية السيادية – خاصة صيغة السَلَم، أحد أكثر الصكوك استخداماً في مملكة البحرين – أهمية متزايدة كونها أدوات تمويلية مرنة وقادرة على جذب الاستثمارات المحلية والدولية؛ حيث تعتمد صكوك السَلَم على أن تحصل الحكومة على تمويل فوري مقابل التزام بتسليم سلع أو أصول في وقت لاحق، وبالتالي تتحصل الدولة على الأموال خارج نطاق دائرة الاستدانة (مال بمال).

ومما سبق تأتي هذه الدراسة لتسليط الضوء على عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين، عبر تحديد طبيعته؛ استهداءً بأدبيات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، ودور صك السَلَم الإسلامي السيادي في مواجهته.

ثانياً: أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في بحثها عن كيفية آمنة لمواجهة عجز الموازنة العامة الذي يعتبر من القضايا المالية والاقتصادية الأكثر صعوبة، حيث يعد مشكلة كبيرة تواجه صانعي السياسات العامة، وبات موضوع دور الصكوك السيادية الإسلامية عموماً، وصك السَلَم خصوصاً في المساهمة في المواجهة، من الموضوعات ذات الأهمية لدى الدول والمنظمات الدولية المتخصصة، مثل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي.

وعليه، تهتم هذه الدراسة بالجوانب العلمية في جانب تأصيل طبيعة العجز وأنواعه، وفق أدبيات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، وفي الجانب العملي في بيان آلية مواجهة العجز عن طريق صك السَلَم السيادي.

ثالثاً: أهداف الدراسة

تتمحور أهداف الدراسة حول ما يلي:

1 – التعريف بعجز الموازنة العامة وأنواعه وطبيعته في مملكة البحرين، وفق أدبيات

صندوق النقد الدولي والبنك الدولي.

2 - توضيح مفهوم الصكوك الإسلامية السيادية والفرق بينها وبين السندات التقليدية.

3 - تأصيل الإطار الشرعي والقانوني لصك السِّلَم.

4 - بيان آلية خفض عجز الموازنة العامة عن طريق صك السِّلَم السيادي.

5 - بحث وتقييم تجربة مملكة البحرين في مواجهة عجز الموازنة العامة عن طريق صك السِّلَم السيادي.

رابعاً: إشكالية الدراسة

من الواضح أن الفكر المالي والاقتصادي الغربي قد أثر بشكل كبير في تنظيم مالية دولنا العربية والإسلامية، وانعكس هذا التأثير - في نطاق هذه الدراسة - في ميل هذه الدول الكبير إلى تمويل عجز الموازنة العامة وفق نموذج التمويل الغربي الرأسمالي، عن طريق السندات التقليدية أو القروض الربوية، والتي أسهمت في زيادة الدين العام، وبالتالي توتر هذه الزيادة في تعاظم عجز الموازنة العامة، عبر زيادة الإنفاق على خدمة الدين العام، ومن هنا تأتي الإشكالية في أن استمرار هذا النمط من التمويل قد رتب حلقة مفرغة من طردية تنامي العجز والدين العام، وهو ما يتطلب البحث عن سبل أخرى، على رأسها تمويل مشروعات التنمية عن طريق الصكوك السيادية الإسلامية، خصوصاً صك السِّلَم السيادي؛ حيث تكون المنفعة متبادلة بين الدولة التي تحصل على تمويل حال، والمكاتب أو المستثمر في الصك بحصوله على منفعة آجلة، من دون ضغوط على الموازنة العامة للدولة.

ويمكن للباحث صياغة الإشكالية في تساؤل محوري، هو:

كيف يمكن لصك السِّلَم السيادي المساهمة في مواجهة العجز في الموازنة العامة للدولة في مملكة البحرين؟

خامساً: منهج الدراسة

تستند هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي الذي يركز على التعاريف والمفاهيم، فيما يخص متغيرات الدراسة، وهي عجز الموازنة العامة، وصك السِّلَم، وتجميع وتحليل البيانات الخاصة بالعجز والصكوك في مملكة البحرين.

سادساً: الدراسات السابقة

تناولت بعض الدراسات دور الصكوك الإسلامية في تمويل عجز الموازنة العامة؛ حيث إن عجز الموازنة العامة يعتبر - في رأي بعض الاقتصاديين - خطأ يفترض الوقوع فيه، ومن الصعب تجنبه أو علاجه، خاصة عندما يكون سبب عجز الموازنة هو زيادة الإنفاق العام على المشروعات التنموية.

ومن هذه الدراسات:

1 - دراسة صبرينة كردودي، دور السندات الإسلامية في تمويل عجز الموازنة العامة للدولة، مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، مج38، ع38، 2009، ص153-169، والتي هدفت إلى بحث مشكلة عجز الموازنة العامة للدولة؛ لكونها من المشكلات الاقتصادية التي كثر الجدل حولها، وتفاوتت بشأنها الآراء؛ خاصة أنها أصبحت سمة عامة لمعظم موازنات الدول المتقدمة صناعياً، فضلاً على البلدان النامية، ودور صيغ التمويل الإسلامية في تمويل هذا العجز.

وتناولت الدراسة من صيغ التمويل الإسلامية؛ الصيغ التي يقوم عليها نظام المشاركة؛ حيث تم تطوير مجموعة من الأدوات المالية، وهي: السندات والصكوك الإسلامية؛ بما أسهم في تقديم بدائل اقتصادية ومالية إضافية لتمويل عجز الموازنة العامة في كثير من الدول، وأوضحت أن هذه الأدوات تختلف باختلاف طبيعة البنود المراد تمويلها، ومن هذه الأدوات المالية: سندات المضاربة، وأسهم الإنتاج، وسندات الإجارة، وسندات السلم، وسندات الاستصناع، وسندات المراجعة.

ويلاحظ الباحث على هذه الدراسة أنها استخدمت مصطلح السندات ولم تستخدم مصطلح الصكوك، والمقصود هو الصكوك الإسلامية، وليس السندات، والعبرة بالمعاني لا بالمباني.

2 - دراسة رشيد درغال، دور الصكوك الإسلامية في تمويل عجز الموازنة العامة، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، منصة المجالات العلمية الجزائرية (ASJP)، مج8، ع1، الجزائر، 2015، ص81-100، وقد تناولت ما توفره الصكوك الإسلامية من قدرة على توفير السيولة اللازمة للدولة التي تحتاج إليها في المشروعات التنموية وتطويرها باستعمال حصيلة الاكتتاب، حيث إن لها القدرة

على تمويل المشروعات ذات العائد الاجتماعي، والتي لا تهدف إلى الربح، وتكون في مصلحة المجتمع، والتي يحجم القطاع الخاص عن الاستثمار فيها؛ خاصة أنها عادة تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، كما أنها مشروعات طويلة الأجل، ومن أمثلة هذه المشروعات استخراج البترول، واستغلال المناجم؛ ما يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية.

3 - **دراسة حسام سمارة وآخرون،** الأثر الاقتصادي للصكوك السيادية عند تمويل الموازنة العامة «صكوك المشاركة والمضاربة»، مجلة بيت المشورة (مجلة دولية محكمة في الاقتصاد الإسلامي)، بيت المشورة للاستشارات المالية، دولة قطر، ع9، أكتوبر 2018، ص1 - 33، وهي الدراسة التي بحثت استخدام الصكوك في تعبئة المدخرات لتمويل العجز في الموازنة العامة عن طريق عاملين مهمين، هما: التأثير في كمية النقود المتداولة، والتأثير في الظواهر الاقتصادية.

وخلصت الدراسة إلى أن استخدام الصكوك في تعبئة المدخرات لتمويل الموازنة العامة يؤثر على كمية النقود، وعلى الظواهر الاقتصادية. وأوصت باستخدام صكوك المشاركة في الحالات التي يكون فيها الاقتصاد في حاجة إلى التوسع في حجم النقود المتداولة، كما يكون استخدام صكوك المضاربة في أوقات ما بعد الإصدار النقدي. وأشارت إلى أنه على الرغم من التشابه بين صيغتي المشاركة والمضاربة، من ناحية توزيع الأرباح والخسائر وفق الاتفاق، فإنه يوجد اختلاف جوهري بينهما من الناحية التمويلية؛ وهو أنه في صيغة المشاركة يشارك رب المال في الإدارة، أما في صيغة المضاربة فهناك انفصال تام بين صاحب المال والمضارب (أو الإدارة).

4 - **دراسة مروة بوقاقة،** دور الصكوك الإسلامية في تقليص عجز الموازنة العامة في السودان للفترة من 2000 - 2018، أطروحة ماجستير، المركز الجامعي عبدالحفيظ بوالصوف ميلة، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية والتجارية، الجزائر، 2021. وقد تناولت دور الصكوك الإسلامية في تقليص عجز الموازنة العامة في السودان من الناحية التطبيقية؛ باعتبار أن عجز الموازنة العامة من المشكلات الأساسية التي تواجهها اقتصاديات الدول النامية؛ حيث ينتج عن هذا العجز كثير من التأثيرات على المتغيرات الاقتصادية الكلية، ويعتبر بعض العلماء أن حدوث العجز في الموازنة العامة من المسلمات التي تجب معالجتها.

وأوضحت الدراسة أن الصكوك الإسلامية أداة لتمويل العجز في الموازنة العامة بطريقة تتفق مع الشريعة الإسلامية، بدلاً من التمويل التقليدي الذي يعتمد على الربا؛ حيث إن لها القدرة على توفير السيولة الكافية التي تحتاج إليها الدولة لإقامة المشروعات التنموية وتطويرها. وقد خلصت الدراسة إلى أن الصكوك الإسلامية أسهمت في تقليص عجز الموازنة العامة في السودان خلال الفترة من 2000 - 2018.

5 - **دراسة جمعة بنت حامد الزهراني، عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة: دراسة فقهية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، مصر، مج 30، ع 1، يناير 2015، ص 32 - 100، والتي تناولت صكوك السلم وتطبيقاتها المعاصرة، وركزت على صيغة السلم باعتبارها من البيوع الآجلة التي تشكل إحدى أهم وسائل الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي التي تتعامل بها المصارف الإسلامية، وعقد السلم شرع وفق القياس، وهو أحد أنواع البيوع التي يُعجل فيها الثمن ويُؤجل فيها المبيع وفق شروط خاصة، وهو عقد جائز باتفاق الفقهاء، وقد شرع هذا العقد تبعاً لحاجة الناس الواقعية.**

ويكثر استخدام صيغة السلم مع الصيغ الإسلامية الأخرى؛ كوسيلة للتمويل والاستثمار مع إمكان توسيع تطبيقها من قبل المصارف الإسلامية في المجالات الزراعية والصناعية والتجارية... وغيرها، وقد وضع الشرع ضمانات متعددة للتعامل بالسلم؛ لتقليل حجم النزاع والحفاظ على الحقوق. ومن ضمن توصيات الدراسة حث العلماء والفقهاء على ممارسة الواجب الشرعي في الاجتهاد لبحث المستجدات، والتطبيقات المعاصرة، وبيان الحل الشرعي للمشكلات التي تواجهها المصارف، وما يتطلب من نشاط ومنافسة، حيث إن تطبيقات الشريعة الإسلامية صالحة في كل زمان ومكان.

وبتحليل الدراسات السابقة؛ يمكننا أن نستخلص ما يلي:

- أن صك السلم السيادي صك شرعي باتفاق الفقهاء والمذاهب، وقد أجازوه تلبيةً لحاجات الناس الواقعية.
- أن التطورات الكبيرة على مستوى الإطار التنظيمي والقانوني في عملية إصدار الصكوك الإسلامية السيادية تتطلب تنامي الدعم الحكومي من الدول العربية والإسلامية لتطبيقاتها، عبر تعميق الأخذ بها وتطوير منتجاتها.

- توجد إيجابيات كثيرة للصكوك السيادية الإسلامية في مجال تمويل عجز الموازنة العامة للدولة؛ من خلال صيغها المختلفة، وهو ما أبرزته تجربة جمهورية السودان.

- يوجد فرق كبير بين مواجهة عجز الموازنة العامة بالصكوك الإسلامية والتمويل بالسندات التقليدية؛ وأن الأولى لا تتسبب في تنامي عجز الموازنة العامة والدين العام والدخول في دائرة مفرغة من الاقتراض، كما هي حال الثانية.

وبعد أن استعرض الباحث الدراسات السابقة، فإن ما يميز دراستنا هذه هو أنها الأولى في مملكة البحرين - وفق اطلاع الباحث - التي تناولت العجز في مملكة البحرين في الفترة الزمنية من 2003 وحتى 2024، ركزت على بيان طبيعته وفق معايير دولية مستخلصة من أدبيات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، وحاولت إيجاد حلول بديلة للتمويل التقليدي، بالدعوة إلى الاتجاه في الإنفاق الاستثماري للصكوك الإسلامية السيادية، خصوصاً صك السَلَم السيادي.

سابعاً: خطة الدراسة

تقتضي تغطية ما بيّناه من أهمية وأهداف وإشكالية لهذه الدراسة أن نقسم الخطة على النحو التالي:

المبحث الأول: عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين

المبحث الثاني: دور صك السَلَم السيادي في مواجهة عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين

المبحث الأول

عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين

العجز في الموازنة العامة، من حيث نوعه أو طبيعته، ليس واحداً من الناحية الفنية والتحليلية في جميع الدول، بل يختلف وفق البنيان الاقتصادي والتركيبية السياسية والظواهر الاجتماعية؛ لذلك فإن دراسة موضوع العجز لا يمكن أن تقتصر على مجرد النظر إلى الفرق بين الإيرادات والمصروفات (النفقات)، وهو ما بيّنته أدبيات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي التي نعتمدها في هذه الدراسة مرجعاً لتبيان طبيعة العجز في مملكة البحرين؛ فقد طرحت هذه الأدبيات مفاهيم متنوعة للعجز تبعاً لجملة من المعايير أو الأسباب.

وحيث إن هذه الدراسة تستهدف - من ضمن ما تستهدف - التعرف على طبيعة العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين وفق أسس دولية، فيجب أن يتم بسط أنواع العجز وفق مقاييس واتجاهات المنظمات الدولية الاقتصادية والمالية المتخصصة. وقد اخترنا صندوق النقد الدولي والبنك الدولي لنحدد بعد ذلك طبيعة العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين، عبر تحليل التسلسل الزمني والكمي لهذا العجز، وربطه ببعض المؤشرات الاقتصادية، مثل الناتج المحلي الإجمالي الاسمي والحقيقي، وهو ما سيأتي على التقسيم التالي:

المطلب الأول: مقاييس عجز الموازنة العامة وفق اتجاهات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي.

المطلب الثاني: التسلسل الزمني والكمي للعجز في مملكة البحرين للفترة من 2003 - 2024 وطبيعته.

المطلب الأول

مقاييس عجز الموازنة العامة

وفق اتجاهات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي

تختلف - في الواقع - نظرة صندوق النقد الدولي عن نظرة البنك الدولي إلى موضوع العجز، ويرجع ذلك إلى أولويات ووظيفة كل مؤسسة منهما، وبطبيعة الحال ينسحب هذا الاختلاف على تقسيمات وأنواع العجز، وعليه يفرد الباحث الفرع الأول لمقاييس

وأنواع العجز وفق توجهات الصندوق، والفرع الثاني لمقاييس وأنواع العجز وفق أدبيات البنك الدولي، وذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول

مقاييس عجز الموازنة العامة

وفق اتجاهات صندوق النقد الدولي

يهتم الصندوق بالنظر إلى العجز من زاوية تأثيره على الاستقرار المالي⁽¹⁾، ويقسم العجز وفق ما شخّصه الباحث واستنبطه من أدبيات ورؤية الصندوق الأنواع التالية⁽²⁾:

أولاً: العجز الكلي Overall Fiscal Deficit

ويتمثل في الفرق بين إجمالي الإنفاق العام الحكومي، بما في ذلك خدمة الدين العام وإجمالي الإيرادات، بما فيها الضريبية وغير الضريبية، ويحصل هذا العجز عندما تتولى الحكومة زيادة الإنفاق على البرامج والخدمات العامة الاجتماعية، وتزيد من وتيرة تدعيم البنية التحتية من دون أن تقابل ذلك زيادة في الإيرادات⁽³⁾.

ويظهر لنا أن هذا النوع من العجز يُستفاد منه في التعرف على مدى قدرة الدولة على تغطية احتياجاتها التمويلية، ومنها بطبيعة الحال النفقات التحويلية المالية التي من أهمها خدمة الدين العام.

وتبعاً لهذا النوع فإذا كان العجز مرتفعاً بالنسبة إلى الناتج المحلي الإجمالي⁽⁴⁾؛ كانت

(1) Jonathan Gruber, Public Finance and Public Policy, Chapter 15, Sixth Edition, Worth Publishers, New York, USA, 2021, p.461.

(2) Olivier Blanchard & Roberto Perotti, An Empirical Characterization of the Dynamic Effects of Changes in Government Spending and Taxes on Output, Quarterly Journal of Economics, Oxford, UK, 2002, p.1344.

(3) S. Claessens & K. Forbes, «International Financial Contagion: The Theory, Evidence, and Policy Implications», Annual Review of Financial Economics, Annual Reviews Publisher, California, Vol.14, (2022), p..75

(4) إن المقياس الأساسي لتحديد أن العجز مرتفع أو منخفض هو بمقارنته كنسبة من الناتج المحلي الإجمالي GDP، وفق المعادلة التالية:

$$\text{نسبة العجز الكلي} = \frac{\text{العجز الكلي}}{\text{الناتج المحلي الإجمالي}} \times 100$$

لأن هذا الناتج يمثل حجم اقتصاد الدولة، وبالتالي فالدولة ذات حجم الاقتصاد الكبير تستطيع تمويل العجز من دون تأثيرات ضاغطة على المالية العامة أو اقتصاد الدولة، بمعنى أن نسبة العجز متى كانت منخفضة دل ذلك على الاستدامة المالية.

الحاجة كبيرة إلى زيادة الدين العام، وبالتالي إلى مزيد من الضغط على المالية العامة للدولة، وإن كان العجز منخفضاً فإن ذلك يعطي إشارات إلى وجود استدامة مالية على المدى الطويل، ويضمن ذلك المستثمرين والدائنين.

وللتعرف على نسب العجز من الناتج المحلي الإجمالي وتفسيراتها فهي كالتالي:

- أقل من 3%: يعني أن العجز منخفض، ويدلل على المالية العامة القوية والاستدامة المالية، وهو حد قررته معاهدة ماستريخت⁽⁵⁾.
- بين 3% و5%: يعني أن العجز مقبول، خصوصاً إذا كانت الدولة تعاني أوضاعاً اقتصادية صعبة أو إنفاقاً طارئاً لمواجهة ظروف غير عادية⁽⁶⁾.
- أكثر من 5%: يعتبر عجزاً مرتفعاً وغير آمن، يؤثر بشكل فعال على التصنيف الائتماني للدولة، وعلى جذب الاستثمارات⁽⁷⁾. ويرى الباحث أن الوصول إلى هذه النسبة سيترجم – بشكل مباشر – التأثير ثنائي الاتجاه بين العجز والدين العام، بمعنى أن كلاً منهما سيؤثر على الآخر، وبالتالي يؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة من الدين العام.

ثانياً: العجز الأولي Primary Deficit

وقد يُطلق عليه العجز التشغيلي، أو العجز الأساسي، أو العجز بغير الفوائد Non Interest Deficit، ويتمثل في حاصل العجز الكلي مطروحةً منه مدفوعات الفائدة على الدين العام، وبالتالي فلا يشتمل هذا النوع من العجز على الإنفاق على خدمة الدين العام.

(5) معاهدة ماستريخت (معاهدة الاتحاد الأوروبي) للعام 1992، البروتوكول رقم 12 الملحق بالمعاهدة. European Commission, Stability and Growth Pact - Excessive Deficit Procedure, 2019, available at: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/indicators-statistics/economic-databases/fiscal-sustainability-surveillance_en. (Last Accessed on 16/4/2025)

(6) International Monetary Fund (IMF), Fiscal Monitor: Navigating the Fiscal Challenges Ahead, available at: <https://www.imf.org/en/Publications/FM>, 2010. Last Accessed on: 16 April 2025. N. G. Mankiw, Principles of Economics, Chapter 17, 9th ed., Cengage Learning, 2021, p.107.

(7) A. Alesina & R. Perotti, Fiscal Expansions and Fiscal Adjustments in OECD Countries, Economic Policy, Vol. 10, Iss.21, (1995), p.226. International Monetary Fund, Fiscal Monitor: A Fair Shot, April 2021, available at: <https://www.imf.org/en/Publications/FM>. Last Accessed on 18 /4/2025.

وسبب استبعاد فوائد الدين العام كونها نتيجة أوجه عجز سابقة، وليست وليدة السياسة المالية الحالية أو الموازنة محل التنفيذ⁽⁸⁾.

إن هذا العجز يمكن الاستفادة منه في التعرف على مدى قدرة الدولة على خلق إيرادات تكفي مصروفاتها التشغيلية من دون الاعتماد على القروض، وبالتالي فإن تحليل هذا العجز سيكون مدللًا على وجود إدارة مالية سلمية من عدمه؛ ويظهر قدرة الحكومة على السيطرة على الإنفاق العام الرئيسي، وهو الجاري والرأسمالي مقارنة بإيراداتها الضريبية وغير الضريبية مجتمعة، من دون حساب الدين العام كإيراد أو نفقة؛ مما يظهر المركز المالي الحقيقي للدولة من مواردها الذاتية.

وإضافة إلى ما سبق فقد وجدنا أن العجز الأولي قد يستخدم بطريقة مختلفة ليكون مقياسًا دقيقًا على كفاءة المالية العامة في الدول النفطية، وذلك باستبعاد الإيرادات النفطية من الإيرادات العامة للدولة في الموازنة العامة للتعرف على قدرة الاقتصاد الذاتية والإيرادات الأخرى غير النفطية على تشغيل وتسيير أنشطة الدولة⁽⁹⁾.

وعليه فيمكن للباحث القول بأن هذا العجز يستهدف استبعاد الإيراد الذي يجب ألا يكون دوريًا ومستمرًا، نظرًا إلى خطورته، مثل: القروض، أو لا يعكس القدرة الحقيقية الإنتاجية للاقتصاد، مثل: إيرادات بيع النفط الخام، وبالتالي فهذا العجز تتجلى معه - بشكل شفاف - قدرة الاقتصاد الوطني الإنتاجية الذاتية.

ثالثًا: العجز الهيكلي Structural Deficit

وهو العجز المستمر لمدة طويلة، سواء في ظل حال الركود أو في حال الانتعاش⁽¹⁰⁾؛ مما يبرز - بشكل واضح - السياسات المالية غير المستدامة ومشكلاتها المتوقعة على المدين المتوسط والطويل.

ويحدث هذا العجز متى ضعفت كفاءة النظام الضريبي، وزاد الإنفاق العام بشكل مفرط، من دون أن تقابله فاعلية في آليات تحصيل إيرادات عامة موازية، وقيام الحكومة

(8) حمدي العناني، اقتصاديات المالية العامة ونظام السوق، ج 1، الدار المصرية اللبنانية، الإسكندرية، 1993، ص 141.

(9) حيث طلب الصندوق - على سبيل المثال - من المملكة العربية السعودية استخدام العجز الأولي باستبعاد الإيرادات النفطية للتعرف على قدرة الاقتصاد السعودي الحقيقية على الإنتاج والمنافسة، لمزيد من التفاصيل يُراجع: صندوق النقد الدولي، التقرير القطري رقم 18/264، مشاورات المادة الرابعة، المملكة العربية السعودية، 24 يوليو 2018، ص 20.

(10) H. S. Rosen, & T. Gayer, Public Finance, 11th ed, Chapter 19, McGraw-Hill, 2021, p.123.

بتقديم نفقات تحويلية اقتصادية لقطاعات غير منتجة، وارتفاع أعداد موظفي الحكومة ورواتبهم، من دون إنتاجية تحقق دخلاً مقابلاً للدولة⁽¹¹⁾.

في الواقع إن هذا العجز يزيد من العوائد على السندات السيادية، ما يؤثر بالسلب على الاستقرار المالي المحلي، وتكون له تبعات على الاستقرار المالي العالمي، بما يتسبب في انتقال العدوى المالية⁽¹²⁾.

ففي تقدير الباحث أن هذا العجز تحصل معه العدوى المالية من باب أنه يفقد الثقة بالدولة وبقدرتها على سداد الديون؛ مما يؤدي إلى تخلص الدائنين، خصوصاً الأجانب – أفراداً وحكومات – من سندات السيادية بشكل واسع وبسرعة أقل، وبالتالي فإن مشتري السند يحصل عليه بتكلفة أقل من بائعه، ويحصل على عائد أكبر، وهو قيمته الاسمية من الجهة المصدرة وهي الدولة؛ مما يزيد من عبء الدين.

وعلى الرغم من ذلك تضطر الحكومة إلى دفع فائدة أكبر للمستثمرين عند أي إصدار سندات جديد لتضمن إقبالهم، وهو ما يزيد من العجز في الموازنة العامة بسبب زيادة الإنفاق على خدمة الدين العام، فضلاً على انتقال العدوى (عدم الثقة) المالية للبنوك أو الدول الأجنبية التي اكتتبت في هذه السندات وتخلصت منها؛ حيث يضعف مركزها المالي⁽¹³⁾.

(11) Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Government Briefing, 30 June 2023, p.172.

(12) التقرير الاقتصادي السنوي لبنك التسويات الدولية، السياسة النقدية والمالية .. حماية الاستقرار والثقة، 25 يونيو 2023، ص23.

ونشير إلى أن بنك التسويات الدولية (BIS – Bank for International Settlements) هو مؤسسة مالية دولية أنشئت في العام 1930، وهو يعمل كبنك للبنوك المركزية، ولا يتعامل مع الحكومات مباشرة، ويسعى إلى تعزيز الاستقرار النقدي والمالي العالمي، وتنسيق السياسات بين محافظي البنوك المركزية في العالم.

لمزيد من التفاصيل عن العدوى المالية: عبدالحكيم مصطفى الشرقاوي، عدوى الأزمات المالية – العولة المالية وإمكانات التحكم، بحث ممول من عمادة البحث العلمي، جامعة البحرين، 2012، ص32.

(13) بالمعنى ذاته الذي ذهب إليه الباحث ذكر تقرير صندوق النقد الدولي أن «ارتفاع عوائد السندات في الدول ذات العجز المستمر يؤدي إلى ارتفاع تكلفة الاقتراض، ويحد من القدرة على الإنفاق الإنتاجي؛ مما يعوق النمو ويزيد من أخطار الديون»، المرجع:

International Monetary Fund (IMF), Fiscal Monitor, October 2023, p. 21.

وذكر تقرير آخر للصندوق أن «الاستدانة المفرطة من دون إصلاحات هيكلية تؤدي إلى تآكل الثقة، ونقل العدوى إلى دول أخرى عبر الأسواق المالية المشتركة»، المرجع:

«Fiscal Policy in the Face of High Debt and Inflation», Fiscal Monitor, October 2023, pp. 17-23.

رابعاً: العجز الدوري Cyclical Deficit

هو عجز ينتج عند اتخاذ الدولة خطوات وإجراءات لمواجهة آثار الدورة الاقتصادية (الركود والتضخم)؛ حيث توجه الدولة مزيداً من الإنفاق العام في برامج الحماية الاجتماعية والتحفيز الاقتصادي في فترات الركود (سياسة مالية توسعية) لتعزيز الطلب الكلي والانتقال من الركود إلى الانتعاش، حتى إن ترتب على ذلك زيادة الإنفاق عن طريق الاقتراض. في المقابل تخفض الدولة من إنفاقها (سياسة مالية انكماشية) في حال التضخم، وتزيد من نسب الضرائب، خصوصاً غير المباشرة. وعليه فإن مواجهة آثار الدورة الاقتصادية في الحالتين - وعلى الأرجح في حال الركود - تتسبب في عجز الموازنة العامة.

من ذلك يمكن القول بأن هذا النوع من العجز مؤقت⁽¹⁴⁾، وهذا هو ما يفرق بينه وبين العجز الهيكلي الذي يكون بنويًا نابغاً عن خلل مستمر في هيكل الموازنة العامة، سواء في حال الركود أو التضخم.

كما أنه عجز غير مقصود ما لم تكن إمكانيات الدولة في التحليل الاقتصادي والمالي عالية⁽¹⁵⁾، وسبب كونه غير مقصود؛ لأنه مفروض على الدولة؛ بوصفه استجابة تلقائية واجبة لمواجهة التقلبات، وتسمى بالمتبئات التلقائية Automatic Stabilizers، حتى إن كانت سياساتها المالية متوازنة، وبالتالي فالإجراءات والتدابير التي تتخذها الدول لمواجهة التقلبات الاقتصادية هي حتمية وليست خياراً للدولة، كما أن هذه التقلبات كثيراً ما تكون عالمية المنشأ والتأثير، وليست محلية.

(14) Oliver Blanchard, Macroeconomics, Pearson, Chapter 22: Fiscal Policy in the Short Run, Eighth Edition, 2020, p.17.

(15) IMF, Fiscal Monitor, "Cyclical vs. Structural Deficits", 2020, p. 14.

نشير، في هذا الصدد، إلى أن بعض الفقه المالي العربي قد ذهب إلى شرح العجز الدوري غير المقصود تحت مسمى نظرية الدورة الاقتصادية بالمعنى ذاته الذي بيناه أعلاه في المتن، ووجه الاختلاف بينه وبين العجز المقصود هو أن العجز المقصود يحصل متى تم تقليل الضرائب لتعزيز الطلب الكلي، مع ضخ إنفاق عام في استثمارات جديدة لتنشيط الاقتصاد، في حين أن العجز الدوري غير المقصود تكون زيادة الإنفاق فيه في برامج الدعم الاجتماعي، ونحيل بشأن نظرية الدورة الاقتصادية ونظرية العجز المقصود إلى المرجع التالي: مجدي شهاب، أصول الاقتصاد العام - المالية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 177.

الفرع الثاني

مقاييس عجز الموازنة العامة وفق اتجاهات البنك الدولي

يركز البنك الدولي على تمويل المشاريع طويلة المدى، مثل البنية التحتية، وتعزيز النمو الاقتصادي عبر مشروعات وطنية، بما يقلل الاعتماد على الاقتراض، وكذلك يهتم بشكل كبير بإجراءات وتدابير الاستدامة الاجتماعية، بما يدعم حماية الفئات منخفضة الدخل من آثار العجز في الموازنة العامة⁽¹⁶⁾، بينما يهتم الصندوق بالاستقرار المالي قصير المدى؛ لذلك يدعم السياسات التقشفية.

بناءً على ذلك نجد أن البنك الدولي يقسم العجز إلى ستة مقاييس، أو أنواع، وهي: العجز الهيكلي، والعجز الدوري، والعجز الأولي أو الأساسي، ويسميه البنك الدولي العجز الإجمالي، بالإضافة إلى العجز الكلي، ولكن يسميه البنك الدولي العجز المستدام في مقابل العجز غير المستدام Sustainable vs. Unsustainable Deficit، وهذه الأنواع الأربعة تأتي بذات مفهوم صندوق النقد الدولي، وسنحيل بشأنها إلى ما سبق بيانه، ولكن يضيف البنك الدولي عليها النوعين التاليين:

أولاً: العجز الناتج عن الصدمات الخارجية Shock-Induced Deficit

هو عجز مالي يصعب التنبؤ به، وينتج عن أحداث أو ظروف خارجة عن سيطرة الدولة، وتكون ذات تأثيرات مبالغية على الاقتصاد والمالية العامة⁽¹⁷⁾.

- ومن أمثلة هذه الأحداث أو الظروف، الكوارث الطبيعية التي تزيد من الإنفاق على المعونات والإغاثة، والتقلبات الحادة في الأسواق العالمية التي تتسبب في انهيار الأسعار، خصوصاً أسعار النفط، والأوبئة العالمية التي تقلص الإيرادات الضريبية بسبب توقف الأنشطة الاقتصادية، وتتطلب إنفاقاً متزايداً وسريعاً

(16) World Bank, State of Social Protection, The 2-Billion-Person Challenge, 2025, p.12. Available at:

<https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/1d6b1ec1-524d-4ea1-9d27-c7bd3ac3e177/content>. Last Accessed on 20/4/2025.

(17) World Bank, Fiscal Resilience to Natural Disasters, Chapter 1: Understanding disasters> economic and fiscal impacts, World Bank Publications, 2019, p.23.

<https://documents1.worldbank.org/curated/en/427321567493271740/pdf/Fiscal-Resilience-to-Natural-Disasters-Lessons-from-Country-Experiences.pdf>. Last Accessed on 20/4/2025.

على الرعاية الصحية⁽¹⁸⁾، والحروب التي تستدعي إنفاقاً كبيراً على الترسانة العسكرية، ومن ثم الإنفاق على إعادة الإعمار⁽¹⁹⁾، والعقوبات الاقتصادية التي قد تمنع انسياب سلاسل التوريد، بما يرفع تكاليف الاستيراد.

- إن هذه الأحداث تخلق عجزاً حتمياً في الموازنة العامة، وذلك لكونها أحداثاً غير اعتيادية، ولا يمكن تجاوزها بغير مزيد من الإنفاق العام؛ فتمتد تأثيراتها على المدين القصير والمتوسط، وقد تمتد إلى المدى الطويل⁽²⁰⁾؛ فعلى المدى القصير يرتفع الإنفاق وينخفض تحصيل الإيرادات بانخفاض أو توقف الأنشطة الاقتصادية؛ مما ينجم عنه حالة من تباطؤ نمو الاقتصاد، وعلى المدى المتوسط تزيد حاجة الدولة إلى الاقتراض لتمويل إجراءاتها وتدابيرها لمواجهة الظرف الاستثنائي، ومن أهم الإجراءات العمل على خلق، أو استمرار، برامج لدعم العمالة؛ مما يرفع من حجم الدين العام متزامناً مع ارتفاع العجز في الموازنة العامة، وعلى المدى الطويل تتراكم الديون العامة غير المستدامة، وهي ديون بفائدة مرتفعة، ويتعاظم عجز الموازنة العامة؛ مما يكون معه الدين العام والعجز متجاوزين عادة الحدود الآمنة⁽²¹⁾؛ مما يخفّض من التصنيف الائتماني للدولة.

ثانياً: عجز التمويل Financing Deficit

في أدبيات البنك الدولي، يُعرّف العجز في التمويل على أنه الفارق بين إجمالي الإيرادات (التي تشمل الإيرادات الجارية والرأسمالية، مع استثناء الدعم الحالي)، وإجمالي النفقات (التي تضم النفقات الجارية والرأسمالية)، بعد خصم عمليات الإقراض والسداد، وعليه يمثل هذا العجز الفرق الذي يجب على الحكومة تمويله، من خلال مصادر تمويل خارجية أو داخلية، مثل إصدار السندات أو التمويل النقدي (أي خلق نقود جديدة)⁽²²⁾.

(18) International Monetary Fund (IMF), Fiscal Policies to Address the COVID-19 Pandemic, Chapter 1, 2020, p.10.

(19) Department of Economic and Social Affairs (UN DESA), One year of the war in Ukraine leaves lasting scars on the global economy, DSEA publications, Volume 27, No.3, March 2023. Available at:

<https://desapublications.un.org/un-desavoice/more-from-undesa/march-2023/one-year-war-ukraine-leaves-lasting-scars-global-economy>. Last Accessed on 20/4/2025,

(20) Islamic Development Bank (ISDB), Report, The COVID-19 Crisis and Islamic Finance, Sep.2020, p.15.

(21) الحد الآمن المتعارف عليها دولياً بخصوص الدين العام ألا يتجاوز 60% من الناتج المحلي الإجمالي، والحد الآمن للعجز في الموازنة العامة ألا يتجاوز 5% من الناتج المحلي الإجمالي.

(22) World Bank Data: <https://databank.worldbank.org/metadataglossary/africa-development-indicators/series/GB.BAL.OVXG.CN>. Last Accessed on 12/4/2025.

- وهذا النوع من العجز يكون أقرب إلى العجز الدوري متى كان ناتجاً عن التقلبات الاقتصادية أو ظروف استثنائية، أو أي ظروف خارجة عن إرادة وسلطان صانعي السياسات الاقتصادية والمالية في الدولة، وحينها يكون هذا العجز غير مقصود.
- وقد يكون العجز في التمويل أقرب إلى عجز هيكلي في الموازنة العامة للدولة، وذلك متى كان الاقتراض مبالغاً فيه ومستمرًا، سواء في حالات الركود أو في حالات الانتعاش أو التضخم؛ مما ينجم عنه تراكم الديون وفوائدها، فتضعف الاستدامة المالية للدولة إلى المدى المتوسط والطويل.
- ولكن متى عمدت الدولة إلى الاقتراض من أجل الاستثمار وزيادة الأرباح والعوائد والدخل الوطني، فإن تمويل العجز بالاقتراض يكون مقصوداً وداعماً للاستقرار الاقتصادي، وتترتب عليه زيادة واضحة في الناتج المحلي الإجمالي، وهو المستهدف في تقدير الباحث لدى البنك الدولي؛ ولذلك يدعمه البنك ويحفه بسياسات رقابية؛ لضمان تحقيقه أهدافه، ومنها وجوب أن تربط الدول التمويل بسياسات تنمية Development Policy Financing (DPF)⁽²³⁾، وضرورة قيام البنك الدولي بتقييم استدامة الديون في الدول النامية، بما يضمن تعزيز الشفافية وكفالة حقوق المقرضين، ووضوح الرؤية لدى المانحين والمحليين ووكالات التصنيف الائتماني⁽²⁴⁾.

المطلب الثاني

التسلسل الزمني والكمي للعجز في مملكة البحرين

وطبيعته الفترة من 2003 – 2024

بعد أن استخلص الباحث، في المطلب الأول من أدبيات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، مقاييس أو أنواع العجز في الموازنة العامة؛ لتكوين قاعدة أو معيار يتم الاستناد عليه عند قراءة وتحليل العجز في موازنة مملكة البحرين للفترة من 2003 – 2024، يأتي

(23) World Bank: <https://www.worldbank.org/en/what-we-do/products-and-services/financing-instruments/development-policy-financing>. Last Accessed on 12/4/2025.

(24) WORLD BANK: <https://www.worldbank.org/en/topic/debt/overview>, Accessed on: 12 April 2025.

هذا المطلب على تتبع تسلسل العجز من الناحية الزمنية والكمية، مع ربطه بالمؤشرات الاقتصادية، مثل الناتج المحلي الإجمالي الاسمي والحقيقي، والنمو الاقتصادي للتعرف على تأثيراته الكلية، وعطفاً على ذلك يقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التسلسل الزمني والكمي للعجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين، في الفترة من 2003 – 2024.

الفرع الثاني: طبيعة العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين في الفترة من 2003 – 2024.

الفرع الأول

التسلسل الزمني والكمي للعجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين في الفترة من 2003 – 2024

نبين في الجداول التالية العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين في الفترة من 2003 وحتى 2024⁽²⁵⁾، مع الربط بالمؤشرات الاقتصادية الكلية، مثل الناتج المحلي (الاسمي والحقيقي) والنمو الاقتصادي، وذلك على النحو التالي:

كونه والدين العام يقاسان بالأسعار الجارية؛ مما يجعله أكثر دقة من الناتج المحلي الإجمالي الحقيقي في بيان العلاقة بين عجز الموازنة العامة والدين العام، وتم حسابه بطريقة قسمة العجز على الناتج المحلي الإجمالي، ثم ضرب حاصل القسمة في 100.

(25) الجداول من إعداد الباحث، وقد استند على قوانين اعتماد الميزانية العامة للدولة المتتابة، وأما الناتج المحلي الإجمالي فوفق تقديرات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي.

السنة	الإيرادات (مليار / مليون)	المصروفات (مليار دينار بحريني)	الاعتمادات الإضافية (مليون / ألف دينار بحريني)	العجز في قانون اعتماد الموازنة العامة للدولة (مليار / مليون)	GDP الاسمي (مليار دينار بحريني) ⁽²⁶⁾	نسبة العجز من GDP	نسبة المصروفات GDP من
2003	797,000,000	1,153,993,000	- (27)	361,993,000	4,161	%8.70	%27.7
2004	806,000,000	1,188,659,000	5,639,000	382,659,000	4,956	%7.72	%26
2005	1,254,230,000	1,462,833,400	-	208,603,400	6,017	%3.47	%23.3
2006	1,274,037,000	1,577,576,600	-	302,846,600	6,974	%4.34	%21.5
2007	1,660,600,000	1,854,600,000	39,100,000	194,000,000	8,196	%2.37	%22.6
2008	1,687,900,000	1,871,900,000	134,000,000 40,000,000 10,200,000 43,800,000 30,500,000	184,000,000	9,694	%1.90	%19.3
2009	1,398,925,000	2,082,948,000	52,000,000 173,653,000	684,023,000	8,645	%7.9	%24.1
2010	1,463,917,000	2,192,728,000	202,094,000 400,000,000	728,811,000	10,101	%7.22	%21.7
2011	2,287,881,000	2,488,577,000	96,900,000	825,696,000	11,277	%7.32	%22.1
2012	2,348,030,000	2,375,015,000	291,600,000 185,000,000	726,985,000	12,041	%6.04	%19.7
2013	2,790,982,000	3,624,092,000	-	833,200,000	12,752	%6.53	%28.4
2014	2,793,305,000	3,707,743,000	-	914,438,000	13,104	%6.98	%28.2
2015	2,097,329,000	3,601,586,000	-	1,504,257,000	12,267	%12.26	%29.3
2016	2,177,534,000	3,217,550,000	-	1,505,016,000	12,774	%11.78	%25.1
2017	2,238,261,000	3,579,695,000	-	1,341,434,000	14,024	%9.57	%25.5
2018	2,371,615,000	3,687,194,000	-	1,315,579,000	14,927	%8.81	%24.7
2019	2,815,701,359	3,511,667,330	-	695,965,971	15,244	%4.57	%23.1
2020	2,946,493,554	3,547,202,330	-	600,708,776	13,509	%4.45	%26.2
2021	2,405,881,000	3,613,766,000	-	1,207,885,000	15,399	%7.84	%23.4
2022	2,457,131,000	3,568,659,000	-	1,111,528,000	17,599	%6.32	%20.2
2023	3,103,386,000	3,398,429,000	-	520,043,000	17,372	%2.99	%19.5
2024	3,469,374,000	3,630,785,000	-	161,411,000	17,999	%0.89	%20.1

الجدول رقم (1): يبين الإيرادات والمصروفات والعجز (من دون إضافة الاعتمادات الإضافية ونسبته ونسبة الإنفاق العام «المصروفات» من الناتج المحلي الإجمالي بالأسعار الجارية (الاسمي))

(26) الناتج المحلي الإجمالي الاسمي Nominal GDP هو إجمالي السلع والخدمات المستهلكة اعتماداً على الأسعار الجارية من دون الأخذ بتأثير التضخم، ويعكس القدرة النقدية للدولة على تمويل عجزها،

(27) تشير العلامة (-) إلى عدم قيام الحكومة بطلب اعتماد إضافي.

لقد عمدنا، في الجدول إلى، عدم إضافة الاعتمادات الإضافية للمصروفات لتظهر بشكلها الذي تضمنته التقديرات الأولية التي اعتمدتها السلطة التشريعية في قانون اعتماد الميزانية العامة⁽²⁸⁾، ويمكن أن نستخلص من الجدول - بشكل عام - النتائج التالية:

1- إن الاعتمادات الإضافية لم تكن هي السبب في حدوث العجز؛ لأن العجز متحقق من دون إضافتها.

2- إن العجز في الموازنة العامة، ووفق التقديرات الأولية التي اعتمدتها السلطة التشريعية، استمر طوال السنوات محل هذه الدراسة.

ولكن إذا أُضيفت الاعتمادات الإضافية في السنوات التي أُخذت فيها اعتمادات إضافية، وكانت نسبة العجز من الناتج المحلي الإجمالي الاسمي أقل من 5%، وهي السنتان 2007 و 2008، نجد ما يبينه الجدول رقم (2):

السنة	المصروفات قبل	المصروفات بعد	GDP (مليار دينار)	العجز قبل	العجز بعد	نسبة العجز قبل	نسبة العجز بعد
2007	1,854,600,000	1,893,700,000	8,196	194,000,000	233,100,000	2.37%	2.84%
2008	1,871,900,000	2,130,400,400	9,694	184,000,000	442,500,000	1.90%	4.56%

الجدول رقم (2): يبين المصروفات بعد إضافة الاعتمادات الإضافية ونسبة العجز من الناتج المحلي الإجمالي الاسمي

- من الواضح أن الاعتمادات الإضافية لم ترفع نسبة العجز من الناتج المحلي الإجمالي الاسمي لأكثر من نسبة 5%؛ حيث النسبة في سنة 2007 هي 2.84%، وفي سنة 2008 هي 4.56%، وهو ما يعكس إدارة مالية مترنة، على الرغم من ظروف العام 2008 تحديداً؛ حيث عصفت بالعالم الأزمة المالية.

كما يظهر - بشكل واضح - أثر السياسة الضريبية التي اتخذتها مملكة البحرين بالقيام بإصلاحات ضريبية بفرض الضريبة الانتقائية وضريبة القيمة المضافة، والتي كما يوضح الجدول رقم (1) مساهمتها، بشكل كبير، في زيادة الإيرادات، وخفض العجز في سنوات 2019 و 2020 و 2023 و 2024؛ حيث كانت نسبة العجز، في السنة الأخيرة، من الناتج المحلي الاسمي، أقل من 1%، وتحديدًا 0.89%.

(28) لقد استُخدم في التشريع البحريني مصطلح الميزانية العامة وليس الموازنة العامة، لذلك وجب التنبيه، وقد استخدم الباحث في هذه الدراسة مصطلح الموازنة، كونه - من الناحية العلمية - أكثر دقة.

3- إن المحافظة على عجز - بعد إضافة الاعتمادات الإضافية - بنسبة تقل عن 5% من الناتج المحلي الإجمالي في سنة 2008، كما يبين الجدول رقم (2)، وفيها حدثت الأزمة المالية العالمية، وفي سنة 2020 وفيها جائحة كورونا COVID19، تظهر قدرة استجابة السياسة المالية للظروف غير المتوقعة، وبطبيعة الحال لم يكن ذلك ليحدث إلا بتناغمها مع السياسة النقدية التي يضطلع بها مصرف البحرين المركزي⁽²⁹⁾.

السنة	المصروفات دون الاعتمادات الإضافية (مليار دينار)	العجز (مليار / مليون)	GDP بالأسعار الثابتة للعملة المحلية (مليار دينار) ⁽³⁰⁾	نسبة النمو الاقتصادي	نسبة المصروفات من GDP	نسبة العجز من GDP
2003	1,153,993,000	361,993,000	6,73	-	7.20%	6.73%
2004	1,188,659,000	382,659,000	7,20	6.98%	7.20%	7.20%
2005	1,462,833,400	208,603,400	7,69	6.81%	7.69%	7.20%
2006	1,577,576,600	302,846,600	8,19	6.5%	8.10%	7.69%
2007	1,854,600,000	194,000,000	8,87	6.30%	8.87%	8.19%
2008	1,871,900,000	184,000,000	9,42	6.20%	9.42%	8.87%
2009	2,082,948,000	684,023,000	9,66	2.55%	10.06%	9.42%
2010	2,192,728,000	728,811,000	10,08	4.35%	10.85%	10.06%
2011	2,488,577,000	825,696,000	10,27	1.88%	10.27%	10.85%
2012	2,375,015,000	726,985,000	10,66	3.80%	10.66%	10.27%
2013	3,624,092,000	833,200,000	11,23	5.35%	11.23%	10.66%
2014	3,707,743,000	914,438,000	11,71	4.27%	11.71%	11.23%
2015	3,601,586,000	1,504,257,000	12,01	2.56%	12.01%	11.71%
2016	3,217,550,000	1,505,016,000	12,46	3.75%	12.46%	12.01%
2017	3,579,695,000	1,341,434,000	13,08	4.98%	13.08%	12.46%
2018	3,687,194,000	1,315,579,000	13,35	2.06%	13.35%	13.08%
2019	3,511,667,330	695,965,971	13,62	2.02%	13.62%	13.35%
2020	3,547,202,330	600,708,776	12,82	انكماش	12.82%	13.62%
2021	3,613,766,000	1,207,885,000	13,38	4.37%	13.38%	12.82%
2022	3,568,659,000	1,111,528,000	14,18	5.98%	14.18%	13.38%
2023	3,398,429,000	520,043,000	14,60	2.96%	14.60%	14.18%
2024	3,630,785,000	161,411,000	14,91 ⁽³¹⁾	2.12%	14.91%	14.60%

(29) ينظر إلى:

- التقرير السنوي لمصرف البحرين المركزي، الإجراءات التي اتخذها المصرف لحماية النظام المالي في مملكة البحرين من تأثيرات الأزمة المالية العالمية، 2008، ص 31.
- التقرير السنوي لمصرف البحرين المركزي، الإجراءات الاحترازية والوقائية لفيروس كورونا، 2020، ص 20.

(30) تم الاستناد على بيانات البنك الدولي، الرابط التالي:

<https://data.albankaldawli.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KN?end=2023&locations=BH&start=2003&view=chart>. Last Accessed on 13/4/2025.

(31) لا توجد بيانات عن العام 2024 في موقع البنك الدولي أو صندوق النقد الدولي حتى الانتهاء من هذه الدراسة، وعليه استندنا على التقرير الاقتصادي لمملكة البحرين للربع الثالث للعام 2024، منشور على الرابط التالي:

الجدول (3): يبيّن العجز ونسبته ونسبة الإنفاق العام «المصروفات» من الناتج المحلي الإجمالي الحقيقي بالأسعار الثابتة لمملكة البحرين والنمو الاقتصادي

يقصد بالناتج المحلي الإجمالي الحقيقي، أو بالأسعار الثابتة للعملة المحلية Real GDP، بأنه إجمالي قيم السلع والخدمات المنتجة في الدولة خلال فترة زمنية محددة، أخذاً بعين الاعتبار تأثير التضخم؛ حيث يتم تحديد سنة معينة كسنة أساس، يعتمد على قيم السلع والخدمات فيها لعدة سنوات قادمة؛ مما يستبعد تقلبات الأسعار، ويظهر الصورة الواقعية لنمو الناتج المحلي الإجمالي، وبالتبعية حقيقة النمو الاقتصادي الفعلي⁽³²⁾.

وبناء عليه فإن الناتج المحلي الإجمالي الحقيقي لا يستخدم عادة لقياس العجز ونسبته، أو الاستدانة، كون أثرها - كما أسلفنا - يظهر بالمقارنة بالأسعار الجارية، بل يستفاد من الناتج الحقيقي في التعرف على النمو الاقتصادي الحقيقي. وقد استهدف الباحث من الجدول رقم 3 تحليل ومقارنة معدل النمو الاقتصادي الحقيقي بنسبة العجز السنوي؛ حيث استخلص أن نسب النمو الاقتصادي السنوي أقل من نسب العجز السنوي، بمعنى أن معدل نمو العجوزات أكبر من معدل النمو الاقتصادي، ولكن الإيجابي هو أن النمو الاقتصادي مستمر؛ مما يدل على أن العجز مدروس وغرضه المساهمة في التنمية الاقتصادية.

الفرع الثاني

طبيعة العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين

في الفترة من 2003-2024

إن تحديد طبيعة العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين تتطلب النظر في علاقة العجز بعدد من المتغيرات، مثل الناتج المحلي الاسمي والحقيقي، والنمو الاقتصادي، وهو ما جاء الفرع الأول ليغطيها، وبناءً عليه يمكن لنا أن نقول بأن طبيعة العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين - وفقاً لما تم شرحه سابقاً من أنواع العجز - يحمل سمات ومظاهر تدور بين العجز الدوري والعجز الهيكلي، وبيان ذلك فيما هو آتٍ:

https://www.mofne.gov.bh/media/o5zlvhwg/beq_ar.pdf . Last Accessed on 14/4/2025.

حيث أشار التقرير في الصفحة رقم 3 إلى أن الزيادة في الناتج المحلي الإجمالي بالأسعار الثابتة 2.1%، وعليه فيكون الناتج 14.91 مليار دينار بحريني.

(32) عبد الهادي مقبل، محاضرات في الاقتصاد السياسي (الاقتصاد الكلي)، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص49.

أولاً: مظاهر العجز الدوري في الموازنة العامة لمملكة البحرين

العجز الدوري هو عجز ينتج عند اتخاذ الدولة خطوات وإجراءات لمواجهة آثار الدورة الاقتصادية (الركود والتضخم)؛ حيث توجه الدولة مزيداً من الإنفاق العام في برامج الحماية الاجتماعية في فترات الركود - سياسة مالية توسعية - لتعزيز الطلب الكلي، على الرغم من قيامها بتخفيض الضرائب لتتبع في الانتقال من الركود إلى الانتعاش، وفي المقابل تخفض الدولة من إنفاقها - سياسة مالية انكماشية - في حال التضخم، وتزيد من نسب الضرائب، خصوصاً غير المباشرة، لتواجه هذه الحالة مما قد يخلق في الحالتين - وعلى الأرجح في حالة الركود - عجزاً في الموازنة العامة.

وتبرز مظاهر هذا النوع من العجز - وعلى سبيل المثال - في عدة سنوات، وهي:

- **سنة 2008**؛ حيث الأزمة المالية العالمية التي تطلبت لتجاوزها مزيداً من الإنفاق، وقد قامت حكومة البحرين بضخ ما لا يقل عن 258.5 مليون دينار بحريني، في شكل نفقات تحويلية اجتماعية لتخفيف الأعباء المعيشية.

- **سنة 2009**؛ حيث حدث انكماش في الاقتصاد، وواجهته الدولة بضخ ما يزيد على 225 مليون دينار بحريني في مصروفات المشاريع، والمصروفات المتكررة.

- **سنة 2010**؛ حيث اضطرت الحكومة إلى توفير نفقة تحويلية اقتصادية لزيادة رأسمال الناقل الوطنية شركة طيران الخليج.

- **سنة 2011**؛ تم ضخ مبلغ 96.9 مليون دينار بحريني لتحسين الأوضاع المعيشية، في ظل الأزمات السياسية التي حاقت بالشرق الأوسط وشمال أفريقيا، وتسببت في ركود الاقتصاد.

- **سنة 2020**؛ حيث انتشرت جائحة كورونا، وتسببت في ركود اقتصادي عالمي، وتمت مواجهته بمزيد من الإنفاق العام عبر مصروفات طوارئ.

وعليه فمن الواضح أن الاستجابة الإنفاقية الحكومية استهدفت مواجهة التقلبات الاقتصادية، خصوصاً الركود الاقتصادي. وبالإضافة إلى الظروف الأخرى غير المتوقعة، مع الاحتفاظ بشكل عام على نسق مستمر من نمو الناتج المحلي الإجمالي الاسمي والحقيقي، وهو ما يؤكد أن العجز في نطاق السيطرة مادام لم يتسبب في تعطيل النمو الاقتصادي السنوي.

ومن جانب آخر فكما يتصف هذا العجز بكونه دورياً وفق أدبيات صندوق النقد

الدولي، فهو عجز ناتج - في كثير من السنوات - بسبب صدمات خارجية وفق أدبيات البنك الدولي.

ثانياً: مظاهر العجز الهيكلي في الموازنة العامة لمملكة البحرين

يعتبر استمرار العجز في الموازنة العامة لمدة طويلة، سواء في ظل حالة الركود، أو في حالة الانتعاش من قبيل العجز الهيكلي؛ فالمنطق المالي والاقتصادي يقرر أن وجود عجز في ظل ركود اقتصادي له ما يبرره، ولكن استمرار العجز في ظل انتعاش اقتصادي يظهر أحد أمرين:

الأول: أن العجز مقصود، وأن الإنفاق قد تم توجيهه إلى المشروعات التنموية.

الثاني: هيكلية العجز، وعدم القدرة على الاستفادة من الفوائض المالية التي عادة ما تتكون في فترات التضخم أو الانتعاش.

وبالرجوع إلى حالة مملكة البحرين فإن العجز مستمر طوال سنوات هذه الدراسة، وهو ما يشي - ووفق تعريف العجز الهيكلي سابق البيان - بوجوده، ولكننا نرى أن هذا العجز ناتج عن التركيز على البعد الاقتصادي والتنموي أكثر من البعد المالي، بمعنى أن استمرار النمو الاقتصادي السنوي للناجين الحقيقي والاسمي يعكس تركيز الدولة على تنفيذ الأجندة الاقتصادية، واستغلال القروض أو أي وسيلة تمويل أخرى، مثل الصكوك، لتعزيز الجانب الاستثماري للدولة، وهو ما أكدته الجدولان (1) و (3)، بما مؤداه أن الإمكانيات والمؤشرات الاقتصادية تظهر قدرة الاقتصاد البحريني على إطفاء العجز⁽³³⁾.

(33) نشرت وكالة أنباء البحرين، وهي الوكالة الرسمية لمملكة البحرين، ملخص لقاء السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية في 12 مارس 2025؛ حيث تم استعراض عدد من المبادرات التي يمكن تنفيذها للوصول إلى حالة التوازن المالي، ومن ثم إلى فائض مبدئي، تقرير عن ذلك منشور على الرابط التالي:

<https://www.bna.bh/20252026.aspx?cms=q8FmFJgiscL2fwIzON1%2BDqqrOhCdSjEae tQk1QbtrwY%3D>.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2025/5/10.

المبحث الثاني

دور صك السَلَم السيادي في مواجهة عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين

في ظل التطور المتسارع في التقنيات والصناعة المالية، فقد ابتكرت أدوات وصيغ وأساليب في العقود والمعاملات لم تكن معروفة من قبل، وقد استوعبت الشريعة الإسلامية جميع الحوادث والنوازل والوقائع والقضايا المستجدة⁽³⁴⁾، ومنها ابتكار الصكوك الإسلامية السيادية لمواجهة عجز الموازنة العامة.

ونأتي في هذا المبحث، وقبل تناول صك السَلَم السيادي، على تحرير ماهية الصكوك السيادية؛ كون هذا الصك محل الدراسة من قبيلها؛ حيث يبرز الباحث في المطلب الأول هذه الماهية، ويعكف في المطلب الثاني على تحليل مساهمة صك السَلَم في مواجهة العجز في مملكة البحرين، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

ماهية الصكوك الإسلامية السيادية

يشير تقرير السوق المالية الإسلامية العالمية للعام 2024 إلى تنامي سوق إصدارات الصكوك؛ حيث إنه في العام 2023 أصدرت الأسواق المالية المحلية في الدول التي تستخدم الصكوك بوصفها أداة مالية صكوكًا بحوالي 117.8 مليار دولار، أي ما يعادل نسبة 73% من إجمالي قيمة الإصدارات السيادية، والباقي أصدرته صناديق شبه سيادية وشركات، وبلغ إجمالي الصكوك المحلية المستحقة Outstanding في العام 2023 حوالي 639.9 مليار دولار أمريكي⁽³⁵⁾، أي بزيادة قدرها 28.13 مليار دولار أمريكي عن العام 2022، وبالتالي فقد حافظ حجم الإصدارات المحلية على مساره التصاعدي خلال العام

(34) سعد بن تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2022م، ص 10.

(35) يقصد بالصكوك المحلية المستحقة (Outstanding Domestic Sukuk) الصكوك القائمة حاليًا في السوق ولم يتم إطفائها، بمعنى لم يتم سداد الأصل، أو لم يتم سداد قيمتها الاسمية كاملة، وهي بهذا التعريف الصكوك التي لم يحن موعدها النهائي للسداد، أو التي تُسدد على دفعات، بعضها سُدد والآخر لا يزال قائمًا.

2023، على الرغم من الظروف الاقتصادية والجيوسياسية الصعبة⁽³⁶⁾.

لقد أوضحت سوق الصكوك الإسلامية السيادية سوقاً رائجة في العالم، فلا يقتصر الأمر على الدول العربية أو الإسلامية، بل اقتحمت هذا المجال دول أخرى، مثل: فرنسا والمملكة المتحدة، حيث صدرت في فرنسا، في أغسطس 2010، تعليمات تضمن المعاملة الضريبية المتكافئة بين الصكوك الإسلامية والسندات التقليدية، وفي 27 أكتوبر 2010 أصدرت هيئة الأسواق المالية الفرنسية (AMF) دليلاً يبين كيفية إعداد نشرة إصدار الصكوك⁽³⁷⁾.

وأعلنت المملكة المتحدة، في العام 2008 أنها ستصدر صكوكاً سيادية مطابقة للشرعية الإسلامية لتمويل عجز الموازنة العامة للدولة⁽³⁸⁾، وقد بينت المذكرة التوضيحية لتعديل العام 2018 على قانون الخدمات والأسواق المالية للعام 2000 في البند (1-7) أن المملكة المتحدة هي أول دول غربية تصدر صكوكاً سيادية متوافقة مع الشريعة الإسلامية؛ لدعم المركز المالي لبريطانيا، كوجهة استثمارية، ولضمان عدم حرمان أي شخص في المملكة المتحدة من الوصول إلى المنتجات المالية بسبب معتقداته⁽³⁹⁾.

ونظراً إلى هذه الأهمية لهذه الصكوك سوف نعرض بيان ماهيتها، عبر الكشف عن مفهومها وخصائصها في فرع أول، وعرض فروقها عن السندات التقليدية في الفرع الثاني، وذلك على التفصيل التالي:

(36) تقرير الصكوك للعام 2024، السوق المالية الإسلامية العالمية (International Islamic Financial Market)، ع13، 2024، ص139، متاح على الرابط التالي:

<https://www.iiifm.net/frontend/general-documents/61b62b8779cbce687eac670ce915a3b31732169124.pdf>. (Last accessed on 28/8/2025).

(37) Naveed Mohammed, Islamic Finance in France, Islamic Finance Foundation, 22 June 2014. Available at: <https://www.sukuk.com/article/france-1903/#/?playlistId=0&videoId=0>. Last Accessed on 21/4/2025.

(38) إيهاب عبدالرحمن إسماعيل، القواعد التنظيمية لإصدار الصكوك السيادية وآليات الرقابة عليها في ضوء أحكام القانون رقم 138 لسنة 2021 ولائحته التنفيذية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، مج14، ع89، سبتمبر 2024، ص193.

(39) Explanatory Memorandum to the Financial Services and Markets Act 2000 (Amendment 2018). Available at: https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2018/9780111169292/pdfs/ukdsiem_9780111169292_en.pdf. Last Accessed on 21/4/2025.

الفرع الأول

مفهوم الصكوك الإسلامية السيادية وخصائصها

عرّفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيو في)، وهي منظمة متخصصة في المالية والاقتصاد الإسلامي، الصكوك بأنها أوراق مالية استثمارية متساوية القيمة، لحصص شائعة في ملكية موجودات (أعيان، أو منافع، أو حقوق، أو ديون، أو نقود، أو خليط منها أو من بعضها) قائمة فعلاً، أو سيتم تملكها أو إنشاؤها، تُرتب حقوقاً لحاملها، ناشئة عن حصته في ملكية تلك الموجودات والتزامات عليه بقدر حصته فيها⁽⁴⁰⁾.

ومن أهم خصائص هذه الصكوك أنها:

1- تعتبر أداة ملكية وفق الأصل؛ حيث تثبت ملكية صاحبها ملكية موثقة في موجودات المشروع، ولكن هذه الملكية لا تُثبت التزاماً تلقائياً في ذمة الجهة المنشأة لتقديم أرباح بمجرد الاكتتاب فيها ودفع رأس المال؛ حيث إن الملكية لا تعني الحصول المحجوز على ربح معين.

2- لا تقوم الصكوك على أساس الإقراض بفائدة، وبالتالي فهي متوافقة مع مطلب الشريعة الإسلامية.

3- لصاحب الصك الحق في الأرباح، في حال تحقيق المشروع أرباحاً، فهذه الصكوك أداة استثمارية يشارك مالكوها في غنم وغمم موجوداتها التي يملك حصة فيها على سبيل الاشتراك بين مالكي صكوك الإصدار الآخرين؛ إذن حامل الصك تكون حصته في العائد (الربح) إن تحقق وفي الموجودات⁽⁴¹⁾.

4- قابلية بعض الصكوك للتداول في البورصة، وهي صكوك الإجارة، وصكوك المضاربة، وصكوك المشاركة، وصكوك صناديق الاستثمار، أما صكوك السلم، وصكوك الاستصناع، وصكوك المrabحة فغير قابلة للتداول.

ومن الناحية الشرعية فإن الصكوك القابلة للتداول هي صكوك تمثل ملكية في أصول مادية أو مشاريع، وبالتالي فقيمتها مرتبطة بوجود أصل حال. أما الصكوك غير

(40) المعيار الشرعي رقم 62 بشأن الصكوك، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، تاريخ الإصدار: 2023/11/6.

(41) محمد سعيد، الأزمة الاقتصادية العالمية - إنذار للرأسمالية ودعوة للشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2013، ص 235.

القابلة للتداول فهي - في حقيقتها - ديون أو التزامات مالية، ولا يجوز تداول الديون أو الالتزامات المستقبلية إلا إذا تُسَلِّمت أصول الصكوك غير القابلة للتداول، فتتحول حينها إلى صكوك ملكية، يجوز تداولها في البورصة في السوق الثانوية⁽⁴²⁾.

وبالنظر إلى الصكوك الإسلامية السيادية فليست كلها بالغرض ذاته؛ فمنها الصكوك السيادية التمويلية؛ والتي غرضها الأساسي توفير السيولة، والصكوك السيادية التي تكون لأغراض تنموية، وهي الصكوك الإسلامية التنموية؛ حيث تقوم بدور كبير في تمويل المشاريع التنموية الكبرى، وتقليل الضغوط على الموازنة العامة للدولة.

ومن الملاحظ تزايد الاعتماد عليها كآلية لتمويل البنى التحتية؛ وذلك يعود إلى مجموعة من الأسباب؛ أهمها ازدياد الاحتياج إلى رؤوس أموال ضخمة لتمويل المشروعات الكبرى، مثل مشاريع الطاقة والإعمار العقاري... وغيرها من المشروعات، من دون ضغط على المالية العامة. يضاف إلى ذلك وجود ضوابط شرعية ومحاسبية واضحة، وقوانين تُؤطر صناعة التصكيك؛ خاصة في الدول التي تُوجد فيها بورصات تتعامل بأدوات مالية تتوافق مع الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

فروق الصكوك الإسلامية السيادية عن السندات التقليدية

يخلط البعض كثيراً (حتى بين المتخصصين) بين السند والصك؛ باعتبار الصك بديلاً للسند، ويطلق البعض أحياناً على الصكوك لفظ السندات الإسلامية، ولعل ذلك راجع إلى أوجه الشبه بينهما؛ حيث إنهما يصدران بقيمة اسمية، وللاثنين عائد يرتبط بالقيمة الاسمية⁽⁴³⁾، كما أنهما من الأوراق المالية التي غرضها الأساسي التمويل، وتُستخدم في أغراض أخرى، منها: التحكم في السيولة النقدية⁽⁴⁴⁾، إلا أنه توجد فروق جوهرية بين الصك والسند.

(42) فسخ السَلَم هو عقد المبيع فيه مُؤجل التسليم، وصك الاستصناع المصنع و/ أو الثمن فيه مُؤجل، وصك المراجعة هو بيع بثمن محدد سلفاً مُؤجل.

(43) علي عبدالفتاح خضير، الصكوك السيادية في ميزان الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية اقتصادية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمهور - جامعة الأزهر، مج 2، ع 7، 2022، ص 618.

(44) حماد مصطفى عزب، التنظيم القانوني للصكوك الإسلامية وأهميته في تفعيل دورها بتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية - دراسة في القانونين الكويتي والمصري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ج 1، ع 4، مايو 2019، ص 243.

فالسند عبارة عن وثيقة تثبت ديناً في ذمة مُصدرها لمصلحة حامل السند الذي دفع قيمته الاسمية أو وفق العقد⁽⁴⁵⁾، وبموجب هذه الوثيقة يلتزم المُصدر بدفع فوائد دورية (سنوية أو نصف سنوية في الغالب)، وبرد قيمة السند (الاسمية) عند أجل الاستحقاق، أي أن حقيقة السند أنه قرض بفائدة يدفع عليه المقترض فوائد دورية، ثم يرده عند أجل الاستحقاق. في حين أن القيمة الاسمية للصك السيادي غير مضمونة على المُصدر بمعنى أن رأس المال وربحه لا يثبتان التزاماً في ذمة الجهة المنشئة (الحكومية) بمجرد الاكتتاب في الصكوك ودفع رأس المال⁽⁴⁶⁾.

وقد رتب المعيار الشرعي رقم 62، بشأن الصكوك، حكماً واضحاً بأنه «لا يجوز للجهة المنشئة أن تضمن رأسمال الصكوك أو ربحها، إن كانت الجهة المنشئة مضارباً أو شريكاً أو وكيلًا بالاستثمار، ويقتصر ضمانها على حالات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط التعاقد»⁽⁴⁷⁾.

وعليه فجوهر الفرق بين الصكوك الإسلامية (مثل صكوك المضاربة، أو صكوك الإجارة، أو صكوك المراجعة، أو صكوك المشاركة) والسندات التقليدية (القروض الربوية) هو أن صاحب القرض الربوي يحق له رأسماله مضافاً إليه الفوائد المُحددة مسبقاً، وهي فوائد مؤكدة؛ أما في حال صكوك المضاربة - على سبيل المثال - فإن للمضارب الحق في رأسماله مضافاً إليه حصته من الربح؛ والمعلوم فقط هو نسبة هذا الربح، أو مطروحاً منه الخسارة إذا حصلت⁽⁴⁸⁾.

وبنظرة أوسع نجد أن الفرق بين نموذج الأعمال التقليدي ونموذج الأعمال الإسلامي هو نفسه الفرق بين التمويل الإسلامي Islamic Finance، والتمويل التقليدي Conventional Finance، وهو أنه في التمويل المُقدم من البنوك التقليدية Conventional Banks؛ يوجد متغيران يدعمان نموذج أعمال البنوك التقليدية في سياق النظام المالي العالمي؛ هما: استخدام سعر الفائدة كمؤشر لمعدل العائد المطلوب وتكلفة الأموال المقترضة عند استثمار الأموال، وأن المعاملات المالية داخل نطاق البنوك التقليدية تتضمن درجة عالية من المخاطر وعدم التأكد. أما نموذج الأعمال المطبّق في التمويل الإسلامي فيعتمد على معدلات العائد المحققة على الأنشطة الاستثمارية التي تتوافق مع أحكام ومبادئ

(45) حيث إن السند قد يباع بأقل من قيمته الاسمية ويسترد المكتتب القيمة الاسمية كميزة للاستثمار في السندات.

(46) البند (3-2-3) من المعيار الشرعي رقم 62 بشأن الصكوك، مرجع سابق، ص 2.

(47) البند (6-2-1-12) من المعيار الشرعي رقم 62 بشأن الصكوك، مرجع سابق، ص 11.

(48) صبرينة كردودي، مرجع سابق، ص 155.

الشريعة الإسلامية؛ والتي ترتبط بالأرباح التي تنتج عن الأنشطة الاقتصادية في القطاعات المختلفة المرتبطة بها، ولا تعتمد على أسعار الفائدة، أو تكلفة الأموال⁽⁴⁹⁾.

أيضاً فإن فلسفة التمويل الإسلامي، وبالتبعية الصكوك الإسلامية، تعتمد على تقاسم المخاطر وليس نقل المخاطر؛ لأن صيغ المشاركات جميعاً (مثل العنان، والمضاربة، والمزارعة، والمساواة) تقوم على أساس تحمل المخاطرة والمشاركة في الربح والخسارة، أي أن المال – وفقاً لهذه الصيغ – لا يكون غانماً إلا إذا كان غارماً. وفي الحديث الشريف «الخراج بالضممان»⁽⁵⁰⁾، أي أن العائد لا يكون حلالاً إلا إذا تحمل المال المخاطرة كاملة، وبالتالي فتتحقق العدالة في المعاملات؛ حيث الغنم، وهو الربح بالغرم، وهو تحمل الخسارة في حال عدم تحقق ربح، بشرط ألا تكون الخسارة بسبب إهمال أو تقصير من القائم على إدارة الصكوك.

أما المعاملات المالية المرتبطة بسعر الفائدة، وبالتبعية السندات التقليدية الحكومية، فإنها تنقل المخاطر من مقدم التمويل (مشتري السند) إلى المقترض (الدولة)؛ فالعلاقة بينهما علاقة قرض لا تشارك، وبالتالي تتحمل الدولة كامل الخطر، مثل: العجز والتغيرات الاقتصادية، وتتحمل سداد الفائدة حتى إن كانت في وضع مالي صعب قد يترتب عليه التخلف عن السداد (Default Risk)، أو أن المشروع أو المشروعات التي نُفِذت بحصيلة بيع السندات قد خسرت.

المطلب الثاني

مساهمة صك السَلَم السيادي في مواجهة عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين

يعتبر صك السَلَم من أكثر الصكوك السيادية استخداماً في مملكة البحرين، ولذلك فإننا اعتنينا به في هذه الدراسة بشكل أساسي، وعليه فنبين الإطار الشرعي لصك السَلَم وسنده القانوني في التشريع البحريني في الفرع الأول، ونأتي في الفرع الثاني على الجانب التطبيقي، عبر تحليل حجم الصكوك عموماً، وصك السَلَم خصوصاً في مملكة البحرين، وذلك على البيان التالي:

(49) حسن القصري، دور الصكوك السيادية في دعم مشروعات الموازنة العامة (مدخل تحليلي باستخدام صكوك المضاربة بالتطبيق على مصر)، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، مج53، ع4، 2023، ص163.

(50) رواد البيهقي في سننه.

الفرع الأول

الإطار الشرعي لصك السِّلَم السيادي وسنده القانوني

في التشريع البحريني

من الناحية العملية يعتبر صك السِّلَم السيادي من الصكوك الحديثة نسبياً، مقارنة بصكوك أخرى، مثل: الإجارة والمضاربة، ولكن الفقه الشرعي قد سبر أغوار هذا المنتج المالي، وحفته عديد من الدراسات بالشرح والتحليل، والتي نستقي من بعضها ما سنبينه عن شرعية هذا الصك، وفي الجانب القانوني، وحيث إن النظام القانوني البحريني لا يتضمن قانوناً مستقلاً لتنظيم الصكوك الإسلامية؛ فقد تناثرت مواد التنظيم في عدة تشريعات تأتي عليها بالتبيان فيما هو آتٍ:

أولاً: الإطار الشرعي لصك السِّلَم السيادي

تُعرّف صكوك السِّلَم بأنها الصكوك التي تستخدم فيها حصيلة الاكتتاب لشراء حملة الصكوك لسلعة السِّلَم الموصوفة في الذمة ثم بيعها بعد قبضها، ويكون حملة الصكوك مشترين لها بالسِّلَم، وتكون الجهة المنشئة بائعة لسلعة السِّلَم، ويملك حملة الصكوك سلعة السِّلَم بعد شرائها، وثن البيع بعد البيع⁽⁵¹⁾.

وعليه فالسِّلَم بيع عوض موصوف في الذمة إلى أجل معلوم بثمن معجل، ويتفق ذلك مع ما ذهب إليه الحنابلة والحنفية؛ لشموليته على عناصر عقد السِّلَم وخلوه من النقص⁽⁵²⁾، وعُرف بأنه «بيع موصوف في الذمة بثمن حال»⁽⁵³⁾.

إن صك السِّلَم السيادي يعتبر أداة مناسبة لمواجهة العجز؛ حيث تُؤجّل فيه السلع المباعة بالمواصفات المحددة، ويعجل فيه بدفع ثمنها؛ بهدف تمويل الدولة من قبل مالك الصك بأسعار يتم الاتفاق عليها في نشرة الإصدار، وعادة ما تكون بأسعار تقل عن الأسعار المتوقعة وقت التسليم؛ فهو تمويل عاجل على حساب إنتاج آجل.

وعليه فإن التمويل عن طريق السِّلَم يدخل ضمن أدوات التمويل القائمة على المديونية؛

(51) المعيار الشرعي رقم 62 بشأن الصكوك، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)، مرجع سابق، ص 23.

(52) جمعة بنت حامد الزهراني، مرجع سابق، ص 30.

(53) عبد الستار أبو غدة وآخرون، أساسيات المعاملات المالية والمصرفية، ط 1، شركة دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الإسلامية، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2015، ص 149.

حيث إنه نوع من أنواع البيوع (المعاوضات) التي يكون فيها أحد الطرفين دائناً (المكاتب)، والآخر مدينًا (الدولة).

ومن الشروط الشرعية لصحة السلم في جانب رأس المال (ما يدفعه المكتتبون) أن يكون معلومًا وأن يكون معجلًا، وأما في جانب المبيع (المسلم فيه) فكثيرة وأهمها أن يكون معلومًا رفعًا للجهالة، وأن يكون مقدورًا تسليمه عند حلول أجله⁽⁵⁴⁾.

ومما بيّناه سابقًا نجد أن صك السلم يمكن الدولة والمؤسسات الاقتصادية (الدومين الخاص للدولة) فيها من كسب التمويل المعجل، وتضمن تسويق المنتجات، مثل: النفط أو الغاز... أو غيرها مما تملك في المستقبل؛ ما يعفيها من اللجوء إلى السندات التقليدية التي تتسبب - بشكل كبير - في زيادة الدين العام، بما يتضمنه من تأثيرات اقتصادية واجتماعية.

وعلى الرغم من إيجابيات صك السلم فإنه توجد بعض التحديات العملية، وهي⁽⁵⁵⁾:

1 - عدم المقدرة على تسليم المسلم فيه عند حلول أجله؛ حيث قد لا يتمكن المسلم إليه من القيام بالتزامه لأسباب عديدة، مثل: الإفلاس، أو الماطلة، أو حدوث طوارئ... إلخ، ويمكن حل هذه المشكلة عن طريق الكتابة والشهاد، والكفالة والرهن، وطرق التوثيق المتعددة، وتختلف التدابير وفق السبب في عدم المقدرة على التسليم.

2 - تحديد الثمن للمسلم فيه؛ فالأصل هو تحديد الثمن وفق السوق، ويمكن عقد اتفاقية مفصلة بين البائع والمشتري؛ بحيث لا يغبن المسلم إليه (البائع).

ولكن على الرغم من هذه التحديات فإن خصائص ومزايا صك السلم تجعله يسهم في مواجهة عجز الموازنة العامة، وذلك لكونه:

- يوفر تمويلًا للمؤسسات مقدمًا بعيدًا عن الموازنة العامة للدولة؛ مما يقلل من الحاجة إلى السندات التقليدية.

- ضمان أسواق مستقبلية للمنتجات التي تنتجها الدولة، مثل: النفط والغاز... وغيرهما.

(54) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، 2002، ص298. وعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسلفون بالتمر الستين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، وإلى أجل معلوم... يراجع مختصر صحيح البخاري، مركز إفادة للدراسات والبحوث الإنسانية، مملكة البحرين، دار إيلاف الدولية للنشر والتوزيع، دولة الكويت، ص416.

(55) جمعة بنت حامد الزهراني، مرجع سابق، ص80.

– زيادة الإنفاق الاستثماري؛ ما يدعم الاستثمار في الدولة.

وعليه فيمكن – وفق ما نرى – تعميم استخدام الصكوك على مستوى الاقتصاد؛ بحيث تكون المنتجات التي تُنتجها المؤسسات أو الهيئات العامة (المرافق العامة الاقتصادية)، أو الشركات المملوكة للدولة (أمالك الدولة الخاصة) في المستقبل المعلوم هي مقابلًا للتمويل الذي يدفعه المستثمرون في الصكوك، على أن يكون ذلك من خلال شركات التصكيك التي تنشئها الدولة، والتي يكون غرضها الأساسي والوحيد هو إصدار الصكوك الإسلامية السيادية، بما يوفر لهذه الجهات احتياجاتها التمويلية.

ثانيًا: السند القانوني لصك السِّلْم في التشريع البحريني

لم ينظم المشرع البحريني، في قانون مستقل، الصكوك السيادية، ولذلك فإن السند القانوني لإصدار الدولة صك السِّلْم السيادي نستخلصه من عدة تشريعات، وهي:

1 – في جانب حق الدولة في الاقتراض

نص الدستور البحريني، في المادة (108/أ)، على أن «يُعقد القرض العام بقانون... إلخ». ويتحدد سقف الدين العام في مملكة البحرين وفق المرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1977، بإصدار سندات التنمية وتعديلاته، والذي نص في آخر تعديل له، وهو القانون رقم 12 لسنة 2025⁽⁵⁶⁾، في المادة (1)، على أن «يُؤذن لوزير المالية والاقتصاد الوطني بالاتفاق مع مصرف البحرين المركزي في أن يصدر في مملكة البحرين أو خارجها أذونات على الخزنة العامة، وسندات تسمى (سندات التنمية)، وأدوات تمويل متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وتسهيلات ائتمانية أخرى في حدود (22.500) مليون دينار (اثنين وعشرين ألفاً وخمسمائة مليون دينار)».

2 – في جانب الاقتراض لتغطية عجز الموازنة العامة للدولة

في العادة ينص قانون اعتماد الميزانية العامة، في المادة التي تبين عجز الميزانية العامة، على أن «يُغطى العجز بالاقتراض من المؤسسات المالية والصناديق العربية والإسلامية»⁽⁵⁷⁾، وتنص المادة (25/أ) من القانون رقم 64 لسنة 2006

(56) تاريخ النشر: 27 مارس 2025، الجريدة الرسمية، ع3803.

(57) على سبيل المثال: المادة (6) من آخر قانون لاعتماد الميزانية العامة وهو القانون رقم 11 لسنة 2025 باعتماد الميزانية العامة للدولة للسنتين 2025 و2026، حيث نصت على أنه «يُقدَّر العجزُ في ميزانية الدولة للسنتين الماليتين 2025 و2026 بمبلغ (2,532,894,000) دينار (مليارين وخمسمائة واثنين

بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية على أنه «يجوز للمصرف المركزي إقراض الحكومة في الحالات الاستثنائية لتغطية عجز موسمي أو غير متوقع في الميزانية العامة للدولة أو لتوفير السيولة في الحالات الطارئة... إلخ»، والصكوك السيادية ومنها السكك تدخل في عموم هذا النص؛ كونها من أدوات الدين العام.

3 - في جانب تنظيم الأوراق المالية كون الصكوك من قبيلها

نظم قانون مصرف البحرين المركزي موضوع الأوراق المالية في المواد من (80) وحتى (107).

4 - في جانب تنظيم السكك كعقد مقبول قانوناً

يتضمن السكك - كما أسلفنا - تقديم أصل أو منفعة مستقبلية، وهو ما جوزه فقهاء الشريعة لحاجة الناس بشروط، وبالتالي فالأصل شرعاً عدم الجواز، وأما التعامل بالسكك فقد جاء من باب الاستثناء.

وقد سائر المشرع البحريني هذا الجواز الشرعي بالنص عليه؛ حيث نصت المادة (104) من المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 بإصدار القانون المدني، على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً... إلخ»، وبالتالي ففي تقدير الباحث فالأصل هو عدم التعامل والجواز استثناء على هذا الأصل⁽⁵⁸⁾. ونصت المادة (106) على ضوابط واضحة هي ذاتها ما قرره فقهاء الشريعة كلزوم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة، وإذا كان الالتزام بشيء وجب أن يكون محدداً بذاته أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته، وأوجب المادة (103) أن يكون محل الالتزام ممكناً، وإلا كان العقد باطلاً.

وثلاثين مليوناً وثمانمائة وأربعة وتسعين ألف دينار)، يكون نصيب السنة المالية 2025 مبلغ (1,455,248,000) دينار (مليار وأربعمائة وخمسة وخمسون مليوناً ومائتان وثمانية وأربعون ألف دينار)، ونصيب السنة المالية 2026 مبلغ (1,077,646,000) دينار (مليار وسبعة وسبعون مليوناً وستمائة وستة وأربعين ألف دينار)، وفقاً للجدول رقم 1 المرافق لهذا القانون، على أن يُغطى العجز بالاقتراض من المؤسسات المالية والصناديق العربية والإسلامية.

(58) ذهب البعض إلى أن ما نص عليه القانون المدني المصري، وهو النص البحريني ذاته بجواز التعامل في الأشياء المستقبلية، بأن القانون جعل الأصل هو التعامل، خلافاً لرأي فقهاء الشريعة... لتفاصيل أكثر يُراجع: سعد عبد الحميد صالح، التنظيم القانوني لصكوك التمويل في التشريع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، مصر، مج 27، ع 46، 2017، ص 270.

الفرع الثاني

مساهمة صك السِّلَم السيادي في مواجهة العجز

في مملكة البحرين

أولاً: مساهمة الصكوك عموماً في تمويل احتياجات الحكومة المالية

يؤدي مصرف البحرين المركزي دوراً أساسياً في طرح المنتجات المالية الإسلامية المبتكرة؛ حيث يقوم المصرف – نيابة عن حكومة مملكة البحرين – بإصدار صكوك إسلامية حكومية؛ تتمثل في صكوك السِّلَم وصكوك الإجارة وصكوك المrabحة.

تشير بيانات التقرير السنوي لمصرف البحرين المركزي للعام 2023 إلى قيام المصرف بإصدار صكوك إسلامية كما يلي⁽⁵⁹⁾:

– إصدار صكوك السِّلَم بصورة شهرية لفترة استحقاق 3 أشهر بمبلغ 43 مليون دينار.

– أصدر المصرف المركزي، خلال العام 2023 وبطلب من وزارة المالية والاقتصاد الوطني، سندات تنمية حكومية، وصكوك إسلامية محلية ودولية لفترات مختلفة؛ منها إصداران دوليان على هيئة سندات تنمية حكومية دولية، وصكوك إجارة ومrabحة إسلامية دولية تحت مظلة البرنامج الاقتراض بالسندات والبرنامج التمويلي للصكوك؛ منها إصدار صكوك إجارة (بواقع 51%)، وصكوك مرabحة (بواقع 49%) وذلك بمبلغ مليار دولار أمريكي، لفترة استحقاق سبعة سنوات ونصف السنة؛ تنتهي في 18 أكتوبر 2030 بعائد بلغ 6.25%.

وفي إطار سوق الإصدارات الأولية والإدراج قامت إدارة مراقبة الأسواق المالية، خلال العام 2023 والعام 2024، بإصدار موافقتها على 61 نشرة إصدار (بالمقارنة بـ 53 نشرة إصدار في العام 2022)؛ بعد التأكد من اكتمال بياناتها ومعلوماتها؛ وفقاً لمتطلبات الفصل الخاص بطرح الأوراق المالية ضمن مجلد التوجيهات السادس الخاص بسوق رأس المال الصادر عن مصرف البحرين المركزي.

وسيوضح الجدول التالي مقارنة إصدار الأوراق المالية (السندات والصكوك) بين الأعوام 2022 و2023 و2024:

(59) مصرف البحرين المركزي، التقرير السنوي لمصرف البحرين المركزي للعام 2023، ص 4 و5.

الجدول رقم (4):

نوع الإصدار	2022 (مليون دولار)	2023 (مليون دولار)	الفرق بين 2022 و 2023 (مليون دولار)	نسبة الزيادة % بين 2022 و 2023	2024 (مليون دولار)	الفرق بين 2023 و 2024 (مليون دولار)	نسبة الزيادة بين 2023 و 2024
سندات تقليدية حكومية	1000	1000	صفر	-	1000	صفر	-
صكوك إسلامية حكومية	350	1000	650	186%	2250	1250	125%

المصدر: التقرير السنوي لمصرف البحرين المركزي للعام 2023، ص 32، وعام 2024، ص 23

يشير الجدول السابق إلى أن إصدار الصكوك الإسلامية بلغ 350 مليون دولار في العام 2022، و1000 مليون دولار (مليار دولار) في العام 2023 و2250 مليون دولار في العام 2024؛ في حين بلغ إصدار السندات التقليدية الحكومية مليار دولار في جميع هذه الأعوام، أي أن إصدار الصكوك الإسلامية زاد بنسبة 186% في العام 2023 عن العام السابق عليه، وزاد 125% في العام 2024 عن العام السابق عليه، في حين أنه لم تحدث زيادة في إصدار السندات التقليدية الحكومية؛ ما يعني اتجاه حكومة مملكة البحرين إلى التوسع في إصدار واستخدام صكوك التمويل الإسلامية؛ كبديل تمويلي لاحتياجاتها المالية، وقد تمثلت في صكوك السَلَم، والإجارة، والمرابحة.

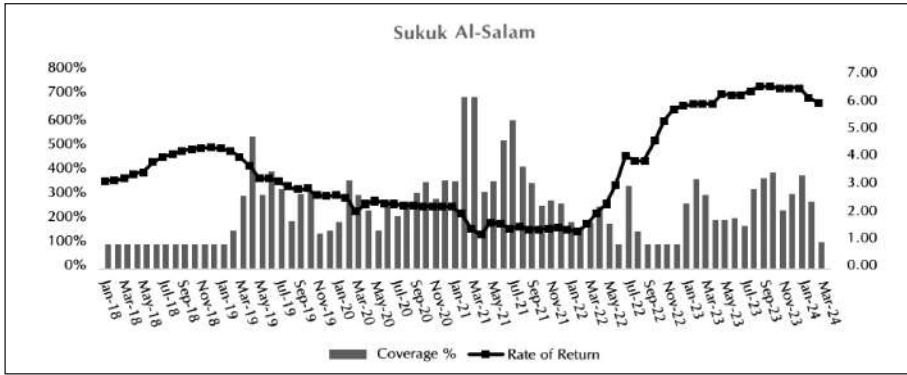
ثانياً: تقييم دور صك السَلَم في مواجهة العجز في مملكة البحرين

بالتركيز على صك السَلَم نجد أن أول إصدار كان في العام 2001، واستمر الإصدار إلى الآن بشكل شهري لفترة استحقاق ثلاثة أشهر؛ بحيث تحصل الحكومة على مال معجل مقابل أصول، هي الغاز الطبيعي الموصوف في الذمة مؤجل التسليم، ويكتتب عادة في هذه الصكوك جميع مصارف التجزئة وبعض مصارف الجملة⁽⁶⁰⁾.

وكعادة أي استثمار فإن الظروف المالية والاقتصادية العالمية، بل والظروف الصحية، مثل انتشار جائحة كورونا، تلقي بظلال على تغطية إصدارات صك السَلَم السيادي، والعائد الذي يحصل عليه المستثمر، وهو ما يبينه الباحث في المخطط البياني التالي⁽⁶¹⁾:

(60) لمزيد من التفاصيل يراجع موقع مصرف البحرين المركزي، الدخول للموقع، ثم العمليات، ثم الأوراق المالية الحكومية، على الرابط التالي: <https://www.cbb.gov.bh/ar>، تاريخ الدخول: 2025/7/13.

(61) تقرير الصكوك للعام 2024، إصدارات الصكوك في بعض الدول الأعضاء في السوق المالية الإسلامية العالمية (إصدارات الصكوك في مملكة البحرين) (البند 5.1 صكوك السَلَم))، مرجع سابق، ص 21.



يظهر من هذا المخطط البياني أن نسبة التغطية – اللون الأسود الغامق – (Coverage)، والإقبال على الصكوك، قد كانت في العام 2018 بتغطية تعادل ثلاثة أضعاف الإصدار (300%)، ثم وصلت حتى خمسة أضعاف الإصدار مع نهاية العام 2018 وبداية العام 2019، ثم بدأت في الانخفاض في ظل انتشار فيروس كورونا (كوفيد 19) في العامين 2020 و 2021، ثم بدأ الإقبال في ازدياد في العام 2022، حتى وصلت التغطية إلى ما يزيد على ستة أضعاف في العام 2024، وهو ما يدل – بشكل واضح – على أن الاستثمار في صك السَلَم، مثل غيره من الاستثمارات، يتأثر بشكل كبير بالظروف العالمية، سواء أكانت اقتصادية أم جيوسياسية أم حتى صحية.

وبالنظر إلى أهم دافع للاستثمار في الصكوك، وهو العائد (Rate of Return) – اللون الرمادي الفاتح – نجد أن العائد في صك السَلَم السيادي في حدود 2 إلى 3%، ما عدا العام 2021؛ فبعد الجائحة قدمت الحكومة – في إطار سياستها النقدية التي يديرها مصرف البحرين المركزي – عوائد تصل إلى 6%، وهذا راجع إلى رفع الفائدة الذي حدث من الفدرالي الأمريكي، والذي يؤثر – بطبيعة الحال – على قيمة الدولار، والدينار البحريني مرتبط بالدولار الأمريكي؛ مما كان يتطلب تحفيزاً للاستثمار في صك السَلَم بأن ترتفع نسبة العائد على شرائه بنسبة توازي – أو تزيد قليلاً على – حالة التضخم.

مما سبق بيانه نرى أن صك السَلَم السيادي يسهم في توفير احتياجات الدولة المالية خارج إطار الموازنة العامة – متى قامت بإدارة الصكوك شركة تنشئها الدولة ذات غرض خاص هو إصدار وإدارة الصكوك – في ظل الظروف العادية، ولكنه يمثل تحدياً جدياً في ظل الظروف الاستثنائية؛ حيث يثبت المخطط البياني أن ولوج طريق هذا الصك في البحرين، في ظل هذه الظروف، زاد من عوائد الصكوك.

ولكن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن، في هذا الصدد، هو: هل أثرت زيادة العائد

على صك السِّلَم السيادي في زيادة العجز في مملكة البحرين في الفترة من 2018 وحتى 2024؟

للإجابة عن هذا التساؤل سوف نورد الجدول التالي رقم 5، والذي يبين العجز، ومعدل زيادته، وفوائد الدين العام التي تدفع من الموازنة العامة ومعدل زيادتها، وذلك على النحو التالي:

السنة	العجز (مليار / مليون دينار بحريني)	معدل الزيادة ⁽⁶²⁾	فوائد الدين العام (مليون دينار بحريني)	معدل الزيادة ⁽⁶³⁾
2018	1.315.579.000	-	553.000.000	%15.93
2019	695.965.971	%47-	640.000.000	%15.73
2020	600.708.776	%13-	697.000.000	%8.91
2021	1.207.885.000	%101+	708.000.000	%1.58
2022	1.111.528.000	%8-	757.000.000	%6.92
2023	520.043.000	%53-	766.000.000	%1.19
2024	161.411.000	%69-	788.000.000	%2.87

وبتحليل البيانات الواردة في الجدول رقم 5 يظهر أن معدل زيادة العجز في انخفاض، ما عدا العام 2021، بسبب تبعات الجائحة، وكذلك من الملحوظ انخفاض في معدل زيادة فوائد الدين العام؛ فبعد أن كان المعدل يصل إلى ما يزيد على 15% في العامين 2018 و2019 بدأ في الانخفاض، حتى وصل في العام 2024 إلى 2.87%، بمعنى أن الحكومة تلجأ إلى وسائل تمويل بديلة عن الاقتراض المباشر، سواء الخارجي أو الداخلي، عبر أدوات الخزنة (السندات التقليدية) إلى الصكوك، وهو ما أظهره الجدول رقم 4 سابق البيان؛ حيث زاد اعتماد الحكومة على الصكوك، وانخفض الاتجاه ناحية السندات، وما بينه الجدول رقم 1 مساهمة كبيرة في زيادة الإيرادات عند فرض ضريبة القيمة المضافة الضريبة الانتقائية؛ مما خفض العجز في السنوات 2019 و2020 و2023 و2024.

(62) استخدم الباحث المعادلة التالية: معدل الزيادة في عجز الموازنة العامة = (قيمة السنة الحالية - قيمة السنة السابقة) / الفائدة في السنة السابقة) $\times 100$. فإذا كانت موجبة يعني زيادة العجز، وإذا كانت سالبة يعني انخفاض العجز.

(63) استخدم الباحث المعادلة التالية: معدل الزيادة في فوائد الدين العام = (الفائدة في السنة الحالية - الفائدة في السنة السابقة في الفائدة في السنة السابقة) $\times 100$.

ثالثاً: الفرص الممكنة لاستفادة أكبر من صك السَلَم السيادي في مملكة البحرين

إن أهم فرصة متاحة هي استصدار قانون خاص للصكوك السيادية في مملكة البحرين يجعل آلية إدارتها منظمة بالشكل المطلوب والصحيح؛ لذلك نجد أن هناك ضرورة ملحة لصدور مثل هذا القانون، على أن يتضمن إنشاء شركة ذات غرض خاص هو إدارة الصكوك⁽⁶⁴⁾؛ بحيث تنبثق بشكل واضح الصلة بين الموازنة العامة وعوائد الصكوك؛ لأن هذه الشركة ستعمل وفق قاعدة الغنم بالغرم، فمتى حققت أرباحاً وزعتها على المستثمرين، ومتى لم تحقق أرباحاً فليس لهم حق المطالبة بالعائد من موازنة الدولة.

كما أننا نرى أنه يجب تفعيل هذا الصك الشرعي في مجال تمويل التجارة الخارجية؛ لأن السمة الغالبة للتجارة الخارجية - في معظم الدول النامية، ومنها البحرين - هي زيادة الاستيراد مقارنة بالصادرات، كما أن التصدير يقتصر - في الغالب - على المواد الأولية، مثل: النفط، والقطن، والمواد الخام عموماً، وكثير من البلاد الإسلامية أصبحت تباع منتجاتها في الأسواق العالمية قبل القيام بعملية الإنتاج فعلياً، وبأسعار منخفضة. أما في مجال الاستيراد؛ فإن احتياجات هذه الدولة كثيرة جداً؛ كونها غير صناعية، وبالتالي فإن حصيلة الصادرات تكون غير قادرة على تمويل قيمة الواردات.

وبالتالي فيمكن لمصرف إسلامي بحريني أن يشتري النفط الخام أو الغاز الطبيعي سَلَمًا من الحكومة، مقابل التزام المصرف بتسليم الحكومة أجهزة إلكترونية ثمناً للبتروال الخام الذي تسلمه؛ حيث يقوم المصرف بعقد سَلَمٍ مواز مع دولة أخرى، مثل كوريا الجنوبية على سبيل المثال⁽⁶⁵⁾، بأن يسلم البتروال الخام بوصفه رأسمالاً لأجهزة إلكترونية معلومة المواصفات، أو أن يبيع البتروال نقداً، فيكون المصرف قد استفاد من فارق السعر؛ بأن اشترى بترولاً خاماً بسعر أقل، ثم قام بتسويقه وبيعه بسعر مرتفع، ووفرت الدولة احتياجاتها المالية والإلكترونية، ولم تتحمل الحكومة أعباء الديون الخارجية، أو الزيادة الربوية على هذه الديون.

(64) نص معيار الصكوك رقم 62 في البند 4 على «أطراف إصدار الصكوك»، ومنهم المصدر (Issuer)، وعرفه بأنه الجهة التي تتولى عملية طرح الصكوك للاكتتاب، وتكون غالباً منشأة ذات غرض خاص، وقد جعل المشرع المصري في قانون الصكوك السيادية للعام 2021 إنشاء هذه الشركة وجوبياً، ونظمها المشرع الأردني في قانون صكوك التمويل الإسلامي للعام 2012، وعرفها بأنها شركة ذات غرض خاص لغرض تملك الموجودات المنافع التي يمكن أن تصدر مقابلها صكوك التمويل الإسلامي.

(65) السَلَم الموازي هو: إبرام المشتري عقد سلم آخر، يكون فيه هو البائع للبضاعة التي اشتراها بالسَلَم الأول وبمواصفاتها ذاتها، من دون أي ربط بين العقدتين، فيصير المشتري بالسَلَم الأول هو البائع المسلم إليه في السَلَم الثاني أو الموازي الجديد من غير ربطه بالسَلَم الأول... لمزيد من التفاصيل يُرجع: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 296.

إن سياسات تنشيط الإنفاق الاستثماري، عبر صك السَلَم السيادي وغيره من الصكوك السيادية، تسهم في التغلب على أوجه الضعف في التمويل، بحيث يتضاءل اضطرار الحكومات إلى تمويل المشروعات عن طريق التحريك المستمر للسياسات النقدية والمالية؛ خاصة في حال عجز الموازنة العامة؛ وذلك فإن الدعوة إلى زيادة الإنفاق الاستثماري لا يمكن أن تكون محل اعتراض؛ مهما اختلفت الأيديولوجيات وطبيعة التفكير، ولكن التباين يكون في اقتراح وسائل زيادة الإنفاق الاستثماري بطريقة لا يترتب عليها تصاعد وتيرة العجز والدين العام، وهنا لا بد من تدخل الدولة في النشاط التمويلي، والتركيز على زيادة وتيرة الأخذ بتطبيقات الصكوك الإسلامية السيادية.

الخاتمة

إن تطور النظم المالية في العالم، خصوصاً في عالمنا الإسلامي، ولّد منتجات في إمكانها أن تسهم في مواجهة عجز الموازنة العامة، وهي الصكوك الإسلامية السيادية، ومن أهمها صك السّلم السيادي. كما أنه لم يعد من المفيد أن تترأخى دولنا العربية والإسلامية في تعميق دورها وترسيخها بوصفها صناعة ضخمة وكبيرة تؤثر بشكل أكبر - ليس فقط على مستوى الاقتصاد الجزئي، بل على مؤشرات الاقتصاد الكلي.

وبعد أن استعرض الباحث وحل - فيما سبق - عجز الموازنة العامة متلازماً مع المؤشرات الاقتصادية الكلية، وبيّن دور صك السّلم في مواجهة العجز في مملكة البحرين، فقد توصل إلى النتائج التالية:

أولاً: حول عجز الموازنة العامة

- 1 - إن عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين عجز ذو طبيعة مختلطة، يدور بين العجز الدوري والعجز الهيكلي.
- 2 - لم يؤثر وجود العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين في تعطيل النمو الاقتصادي.
- 3 - استمرار زيادة الناتج المحلي الإجمالي الاسمي والحقيقي في مملكة البحرين، على الرغم من استمرار العجز في الموازنة العامة.

ثانياً: في مجال صك السّلم السيادي

- 1 - تعتبر صكوك السّلم بديلاً تمويليّاً شرعياً للموازنة العامة؛ وهي الأكثر ملاءمة للدول التي تمتلك موارد طبيعية، مثل: الغاز الطبيعي، ومنها مملكة البحرين.
- 2 - يزداد - بشكل مستمر - إصدار الصكوك الإسلامية، ومنها صك السّلم في مملكة البحرين، وهو ما بيّنه تحليل السنوات 2022 و2023 و2024.
- 3 - عدم وجود قانون خاص للصكوك السيادية في مملكة البحرين يجعل آلية إدارتها غير منظمة بالشكل الصحيح.

ثالثاً: في إطار العلاقة بين العجز وصك السّلم السيادي

- 1 - أسهم صك السّلم السيادي والصكوك الأخرى في مواجهة عجز الموازنة العامة

وفوائد الدين العام، عبر خفضها نسبياً في الفترة من 2018 وحتى 2024.

وعطفاً على هذه النتائج، نوصي بالتالي:

أولاً: توصيات لوزارة المالية والاقتصاد الوطني ومصرف البحرين المركزي في مملكة البحرين

1 - إصدار مزيد من صك السَلَم السيادي وغيره من الصكوك السيادية الإسلامية لتمويل احتياجات الدولة المالية.

2 - تفعيل دور صك السَلَم السيادي والسَلَم الموازي في التجارة الخارجية.

ثانياً: توصيات للسلطة التشريعية في مملكة البحرين

1 - العمل على استصدار قانون ينظم الصكوك السيادية.

2 - ضرورة أن يتضمن هذا القانون تنظيم المسائل التالية:

- إنشاء شركة مساهمة ذات غرض خاص لإدارة الصكوك.

- تحديد أنواع الصكوك التي تتفق مع الأسباب الكامنة وراء عجز الموازنة العامة للدولة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب

- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، 2002.
- حمدي العناني، اقتصاديات المالية العامة ونظام السوق، ج1، الدار المصرية اللبنانية، الإسكندرية، 1992.
- مجدي شهاب، أصول الاقتصاد العام - المالية العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- محمد سعيد، الأزمة الاقتصادية العالمية - إنذار للرأسمالية ودعوة للشرعية الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2013.
- سعد بن تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2022م.
- عبدالهادي مقبل، محاضرات في الاقتصاد السياسي - الاقتصاد الكلي، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- عبدالستار أبو غدة وآخرون، أساسيات المعاملات المالية والمصرفية، ط1، شركة دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الإسلامية، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، 2015.

2- البحوث العلمية

- جمعة بنت حامد الزهراني، عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة - دراسة فقهية، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مج30، ع1، 2015.
- حماد مصطفى عذب، التنظيم القانوني للصكوك الإسلامية وأهميته في تفعيل دورها بتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية - دراسة في القانونين الكويتي والمصري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ج1، ع4، مايو 2019.

- حسام سمارة وآخرون، الأثر الاقتصادي للصكوك السيادية عند تمويل الموازنة العامة (صكوك المشاركة والمضاربة)، مجلة بيت المشورة «مجلة دولية محكمة في الاقتصاد الإسلامي»، بيت المشورة للاستشارات المالية، ع9، دولة قطر، أكتوبر 2018.
- حسن القصري، دور الصكوك السيادية في دعم مشروعات الموازنة العامة - مدخل تحليلي باستخدام صكوك المضاربة بالتطبيق على مصر، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، مج53، ع4، 2023.
- مروة بوقاقة، دور الصكوك الإسلامية في تقليص عجز الموازنة العامة في السودان للفترة 2000/ 2018، أطروحة ماجستير، المركز الجامعي عبدالحفيظ بوالصوف ميلة، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية والتجارية، الجزائر، 2021.
- سعد عبد الحميد صالح، التنظيم القانوني لصكوك التمويل في التشريع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، مج27، ع46، 2017.
- عبد الحكيم مصطفى الشرقاوي، عدوى الأزمات المالية - العولة المالية وإمكانات التحكم، جامعة البحرين، 2012.
- علي عبدالفتاح خضير، الصكوك السيادية في ميزان الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية اقتصادية مقارنة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، جامعة الأزهر، مصر، مج2، ع7، 2022.
- صبرينة كردودي، دور السندات الإسلامية في تمويل عجز الموازنة العامة للدولة، مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، القاهرة، مج38، ع38، 2009.
- رشيد درغال، دور الصكوك الإسلامية في تمويل عجز الموازنة العامة، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مج8، ع1، 2015.

3- التقارير

- السوق المالية الإسلامية العالمية (International Islamic Financial Market)، تقرير الصكوك 2024، ع13، 2024.

- صندوق النقد الدولي، التقرير القطري رقم 18/264، مشاورات المادة الرابعة، المملكة العربية السعودية، 24 يوليو 2018.
- التقرير الاقتصادي السنوي لبنك التسويات الدولية، السياسة النقدية والمالية .. حماية الاستقرار والثقة، 25 يونيو 2023.
- التقرير الاقتصادي لمملكة البحرين للربع الثالث للعام 2024.
- التقرير السنوي لمصرف البحرين المركزي للعام 2008.
- التقرير السنوي لمصرف البحرين المركزي للعام 2023.

ثانياً: باللغة الأجنبية

1- Books

- A. Alesina, & R. Perotti, Fiscal Expansions and Fiscal Adjustments in OECD Countries, Economic Policy, Vol.10, Iss.21, (1995).
- H. S. Rosen & T. Gayer, Public Finance, 11th ed., Chapter 19, McGraw-Hill, 2021.
- Jonathan Gruber, Public Finance and Public Policy, Chapter 15, Sixth Edition, Worth Publishers, New York, USA, 2021.
- Mankiw, N. G., Principles of Economics, 9th ed., Chapter 17, Cengage Learning, 2021.

2- Research

- Naveed Mohammed, Islamic Finance in France, Islamic Finance Foundation, 22 June 2014.
- Olivier Blanchard & Roberto Perotti, An Empirical Characterization of the Dynamic Effects of Changes in Government Spending and Taxes on Output, Quarterly Journal of Economics, Oxford, UK, 2002.
- S. Claessens & K. Forbes, "International Financial Contagion: The Theory, Evidence, and Policy Implications", Annual Review of Financial Economics, Annual Reviews Publisher, California, Vol.14, (2022).

3- Reports

- Department of Economic and Social Affairs (UN DESA), One year of the war in Ukraine leaves lasting scars on the global economy, DSEA publications, Volume 27, No.3, March 2023.
- European Commission, Stability and Growth Pact - Excessive Deficit Procedure, 2019.
- Fiscal Policy in the Face of High Debt and Inflation, Fiscal Monitor, October 2023.
- IMF, Fiscal Monitor,” Cyclical vs. Structural Deficits, 2020.
- IMF, Fiscal Policies to Address the COVID-19 Pandemic, Chapter 1, 2020.
- International Monetary Fund (2021). Fiscal Monitor April 2021: A Fair Shot.
- International Monetary Fund (IMF), Fiscal Monitor, October 2023,
- International Monetary Fund (IMF), Fiscal Monitor: Navigating the Fiscal Challenges Ahead, (2010).
- Islamic Development Bank (ISDB), The COVID-19 Crisis and Islamic Finance, Sep 2020.
- OECD, Government at a Glance 2023, 30 JUNE 2023.
- World Bank, Fiscal Resilience to Natural Disasters Chapter 1: Understanding disasters' economic and fiscal impacts, World Bank Publications, (2019).
- World Bank, State of Social Protection Report 2025: The 2-Billion-Person Challenge (April 2025).

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	529
المقدمة	530
المبحث الأول: عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين	536
المطلب الأول: مقاييس عجز الموازنة العامة وفق اتجاهات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي	536
الفرع الأول: مقاييس عجز الموازنة العامة وفق اتجاهات صندوق النقد الدولي	537
الفرع الثاني: مقاييس عجز الموازنة العامة وفق اتجاهات البنك الدولي	542
المطلب الثاني: التسلسل الزمني والكمي للعجز في مملكة البحرين وطبيعته للفترة من 2003 - 2024	544
الفرع الأول: التسلسل الزمني والكمي للعجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين في الفترة من 2003 - 2024	545
الفرع الثاني: طبيعة العجز في الموازنة العامة في مملكة البحرين في الفترة من 2003 - 2024	559
المبحث الثاني: دور صك السِّلَم السيادي في مواجهة عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين	552
المطلب الأول: ماهية الصكوك الإسلامية السيادية	552
الفرع الأول: مفهوم الصكوك الإسلامية السيادية	554
الفرع الثاني: فروق الصكوك الإسلامية السيادية عن السندات التقليدية	555
المطلب الثاني: مساهمة صك السِّلَم السيادي في مواجهة الموازنة العامة في مملكة البحرين	557

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: الإطار الشرعي لصك السَلَم السيادي وسنده القانوني في التشريع البحريني	557
الفرع الثاني: مساهمة صك السَلَم السيادي في مواجهة عجز الموازنة العامة في مملكة البحرين	562
الخاتمة	568
قائمة المراجع	570

التأصيل الشرعي والقانوني لإقرار الدولة للضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية(*)



د. سونا عمر عبادي
الأستاذ المشارك في القضاء الشرعي
جامعة العلوم الإسلامية العالمية - الأردن

الملخص

تُقدّم هذه الدراسة بياناً مهماً للعلاقة التي تُنظم العمل المشترك بين الأفراد والدولة في ظل الظروف الاستثنائية، بحيث تُشكل نقطة حاسمة في مسيرة البناء الكلي للدولة؛ إما أن تدفعه إيجاباً نحو التنمية والتطور المستدام، وإما أن تهوي به سلباً إلى العجز والانهايار، وهذا يعتمد بالدرجة الأولى على تحمّل كلا الطرفين (الدولة والأفراد) مسؤولياتهما المشتركة تجاه الصالح العام.

وتأتي أهمية هذه الدراسة، بمنهجها الوصفي التحليلي المقارن، لتبين التطور المتلاحق لجانب من جوانب ممارسة الدولة لسيادتها في التدخل بإقرار الضرائب والرسوم في أوقات الأزمات والكوارث، مراعاةً للمصلحة العامة وتطبيقاً لمبدأ التكافل والتضامن المشترك بين أفراد المجتمع، كما تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على التسلسل التاريخي والتطور المتلاحق لجانب من جوانب ممارسة الدولة لسيادتها من خلال الدساتير والقوانين المرتبطة بالشأن الداخلي للدولة مع رعاياها. وتبرز هنا مشكلة الدراسة في إمكانية إيجاد المسوّغ المناسب والصحيح لأعمال السيادة عند تدخل الدولة في جانب من جوانب اقتصادياتها الخاصة بالقوانين المتعلقة بالضرائب، وعلاقة هذا الجانب بملامحه الخاصة بحقوق الإنسان من جهة، وبمسؤولية الدولة عن توفير الحماية لرعاياها ومؤسساتها من جهة أخرى وسن القوانين التي تمثل العدالة. وخلصت الدراسة إلى أن فرض الضرائب الإضافية حال الظروف الاستثنائية هو جزء من تفعيل دور الدولة في رد إيراداتها التي تضمن تحقيق العيش بكرامة وتجاوز الأزمات والخروج من آثار الكوارث بطريقة رشيدة إذا طبقت وفق مبادئ العدالة والتكافل.

كلمات دالة: تدخل الدولة - الظروف الاستثنائية - أعمال السيادة - القوانين الضريبية - المصلحة العامة.

وتاريخ قبوله: 21 مايو 2026

(*) تاريخ تقديم البحث: 28 أبريل 2026

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

خضع مفهوم سيادة الدولة والصلاحيات المنوطة بها والمتغيرات التي لحقت بهما للتطور والتغير عبر الزمن، فما بين المذاهب التقليدية والمعاصرة تبلورت معايير جديدة أو أُسقطت معايير قديمة، إما أنها تقيّد من سيادة الدولة في القوانين والنصوص، وإما أنها تضيف إليها صلاحيات أكثر في خضم نشوء منظمات دولية عالمية وإقليمية، سياسية وأمنية متخصصة تزامنت مع العلاقات الاجتماعية بين البشر التي أفرزت بدورها أنواعاً متعددة من الأزمات، بسبب أنشطتها الاجتماعية والتنافس الكبير بين الحضارات والدول، وتعرّضها المستمر للكوارث المختلفة، مما أسهم في إثارة إشكاليات كبيرة حول الحلول الممكنة للحفاظ على كيان الدولة من الانهيار في ظل تلك الأزمات والكوارث، خصوصاً في السنوات القليلة الماضية التي عصفت بتحديات كبيرة على المستوى العالمي كان آخرها جائحة كوفيد - 19 وتبعاتها الاقتصادية والبشرية والاجتماعية والسياسية التي نالت جميع دول العالم من دون استثناء.

ثانياً: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على التسلسل التاريخي والتطور المتلاحق لجانب من جوانب ممارسة الدولة لسيادتها، من خلال الدساتير والقوانين المرتبطة بالشأن الداخلي للدولة مع رعاياها، في مجال فرض الضرائب والرسوم في أوقات الأزمات والكوارث، وعلاقة هذا الجانب بملامحه الخاصة بحقوق الإنسان من جهة، وبمسؤولية الدولة والرقابة القضائية عن الحماية لرعاياها ومؤسساتها من جهة أخرى، وهذا يستدعي توافر أداة مرجعية وقضاء إداري يملك حوكمة رشيدة في تطبيق الأزمات التي يمكن أن تعصف بالدولة، أو تعطل من سير مؤسساتها أو تقوض أركان اقتصادها، وعندما يرتبط الأمر بحجم الأزمة أو الكارثة، فإن حُسن إدارة الأزمة لا يمكن أن يسير بشكله الطبيعي ما لم نلتفت إلى فقه الواقع، وتطبيق مبادئ المصلحة العامة، وعندها يبرز مفهوم سيادة الدولة وقضائها الإداري بما تملكه من سلطان إرادة نحو تفعيل مبادئ السيادة المباشرة على الأشخاص، من خلال فرض الضرائب والرسوم ضمن أطر شرعية وقانونية عادلة تتسم بالشفافية والوضوح، وحكمة ومهارة عالية وسرعة واحترافية في التعامل مع الظروف، بما يبقي البنية التحتية والتنظيمية بعيدة عن العشوائية أو التحيز.

ثالثاً: أهمية الدراسة

تأتي أهمية هذه الدراسة في بيان التسلسل التاريخي والرؤية الحالية واستشراف المستقبل، للأسس الشرعية والدستورية والاتجاهات القضائية والقانونية التي تدعم مفهوم سيادة الدولة، في تدخلها لفرض ضرائب جديدة أو رسوم إضافية ضمن أطر عادلة وقت الأزمات والكوارث، تختلف عن مسمى الموارد والإيرادات الثابتة، وتتضمن عدة صور تختبرها الدولة من خلال دراسة واقع الأزمة وأبعادها وأثرها، لتحديد المنحى النوعي للوعاء الضريبي أو الرسوم بهدف تفعيلها فيما بعد بطرق مختلفة تضمن تحصيل الدعم الكافي لسد النقص والعجز الطارئ بسبب الأزمة الحاصلة، كما تبرز الدراسة الدور التفاعلي لمفهوم التكافل والتعاون ضمن أطر المصلحة العامة وضمان حق الأفراد في العيش بكرامة وتجاوز الأزمات بطريقة حكيمة وإدارة رشيدة.

رابعاً: مشكلة الدراسة

تظهر مشكلة الدراسة في إيجاد المسوغات الكافية الشرعية والقانونية لتدخل الدولة بسن الضرائب والرسوم وإقرارها في الظروف الاستثنائية بأشكالها المتعددة، وبناء على ذلك تبرز التساؤلات التالية:

- 1- ما علاقة تدخل الدولة بمبدأ سيادة الدولة في البُعدين الفلسفي والتطبيقي في مسألة إقرار الضرائب والرسوم؟
- 2- إلى أي مدى يمكن توظيف نظريات: الظروف الطارئة، والضرورة، والتضامن، في إقرار ضرائب ورسوم جديدة أو الإعفاء منها؟
- 3- هل يمكن للتطبيقات العملية لأنظمة الضرائب المفروضة في أوقات الأزمات والكوارث أن تكون ناجحة في تقديم خارطة طريق لدعم الصالح العام والخروج من المأزق؟

خامساً: الدراسات السابقة

من الدراسات التطبيقية التي سلطت الضوء على الاستراتيجيات والسبل الممكنة والمقترحة في مواجهة الأزمات والكوارث:

- دراسة: النظام الدستوري لتشريعات الضرورة: دراسة مقارنة بين الأردن والكويت، وهي رسالة ماجستير من جامعة الشرق الأوسط في العام 2010.
- دراسة: سلطة الحاكم في فرض الضرائب، نداء فهمي، وهي رسالة جامعية من

جامعة غزة في العام 2012، وتبحث المسألة في الضرائب بشكلها العام ضمن الفقه والقانون.

– دراسة: مفهوم الأزمات والكوارث وأساليب إدارتها، لمبارك العازمي، وهو بحث قُدم في المؤتمر السعودي الأول لإدارة الأزمات والكوارث في جامعة الإمام محمد بن سعود في العام 2013.

وتُقدّم دراستي لمسألة إقرار الدولة للضرائب طريقاً متخصصاً يجمع بين الدراسات السابقة بطريقة تُركز على موضوع السيادة تأصيلاً وتحليلاً، وتجمع بين حدود المسألة من الناحية الفقهية والقانونية وأبرز ما يتابعه القضاء بما ينسجم مع التطورات الحديثة للكوارث والظروف الطارئة والاستثنائية في اعتبار الضرائب والرسوم حلاً لهذه المشكلات، وقد أرفقتُ جميع الدراسات السابقة في مراجع الدراسة ضمن الهوامش التفصيلية وقائمة المراجع.

سادساً: منهج الدراسة

اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي المقارن في عرض وتحليل مشكلة وأهداف الموضوع، ومدى توافق الأسس القانونية لفرض الضرائب والرسوم مع مبادئ الشريعة الإسلامية في الظروف الاستثنائية والأزمات، ومدى تحقيقها الأهداف المرجوة منها في إنقاذ الدولة من تلك الأزمات في الوقت المناسب.

سابعاً: خطة الدراسة

في ضوء ما سبق سيتم بيان أهمية الدراسة وأهدافها السابق ذكرها والإجابة عن مشكلة الدراسة وتساؤلاتها ضمن تمهيد ومبحثين، وذلك على النحو التالي:

المطلب التمهيدي: الإطار المفاهيمي واصطلاحات الدراسة.

المبحث الأول: التطور التاريخي لفرض الضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية.

المبحث الثاني: الأسس البنوية لإقرار الدولة للضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية.

المطلب التمهيدي الإطار المفاهيمي واصطلاحات الدراسة

يُمثل التعريف الدقيق للمفاهيم والاصطلاحات، أساساً لتصور التأصيل الذي سيرتبط بدور الدولة في التدخل لإقرار موارد جديدة تدعم الاستراتيجيات الممكنة حال وقوع أزمة أو كارثة، ولذا جاءت هذه المطالب لتقدم تصوراً دقيقاً للمفاهيم، وكيف ارتبطت بعد ذلك تاريخياً بالآزمات والكوارث:

الفرع الأول

الضرائب

تطور مفهوم الضريبة عبر التاريخ تبعاً لتطور الأنظمة والمفاهيم الاقتصادية، ودور سيادة الدولة في التدخل، وإبراز الأهداف العامة والخاصة من إقرار الضرائب، وارتباطها بنشاط الدولة المالي، أو اعتبارها رافداً من روافدها.

أولاً: الضريبة لغةً

أصلها من الضرب، وله عدة معانٍ كالإلزام أو وقوع شيء على شيء، جاء في معجم ابن فارس: الضاد والراء والباء أصل واحد، ثم يُستعار ويُحمل عليه، والضريبة: ما يُضرب على الإنسان من جزية وغيرها⁽¹⁾.

ثانياً: المفهوم التقليدي للضرائب

بسبب اختلاف الظروف الاقتصادية من حين إلى آخر، وتكرار الانتكاسات الاقتصادية عالمياً كان فقهاء القانون يجدون صعوبة في وضع اصطلاح محدد للضريبة، ولذا نجدها في مفهومها التقليدي (حتى أوائل القرن العشرين) يتنازعها مبدآن: وفرة الحصيلة « الإنتاجية» بما تنطوي عليه من العمومية نتيجة سريانها على جميع المواطنين بالنسبة إلى ما يتوافر لديهم من مواد ضريبية، وتحقيقها لـ «العدالة» في توزيع الأعباء العامة - على رغم اختلاف الفقهاء أيضاً في تحديد «مدلولات العدالة»، تبعاً لتطور الدولة في مراحلها المختلفة من مرحلة «دولة الأمن المطلق»، التي تقتصر مهامها على مجرد توفير الأمن الداخلي والخارجي، إلى مرحلة دولة الانتقال (أو دولة الحقوق الاجتماعية) التي كانت في مرحلتها الأولى تسعى إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والحد من سلبيات الرأسمالية

(1) أبو الحسين بن زكريا بن فارس (ت 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، ط2، دار الجليل، بيروت، 1972، ص398.

من دون المساس بها، وفي طورها الثاني دورها المحدود في مواجهة الكساد نتيجة الأزمات المتلاحقة، ويختلف تفسير مدلول «العدالة» أيضاً تبعاً لاختلاف وجهات النظر لدى الفلسفة السياسية التي تميز مرحلة تطوّر الدولة وأهدافها.

ففيما كان آدم سميث يحددها بالمساواة في المقدرة التكليفية بحيث يتناسب إسهام كل مكلف في النفقات العامة مع مقدار يساره، أي بنسبة ما يحصل عليه من دخل، نجد في المقابل أن البعض اتجه إلى كونها الضريبة الموحدة التي تسري على جميع الأشخاص والأموال من دون أي تمييز، ولا يخفى ما لهذا الرأي من عقبات في التطبيق من حيث تعيين عبء الضريبة من جهة، وتعذر قياس أثرها بالنسبة إلى كل مكلف من جهة أخرى، أو اختلاف أسس التوزيع الضريبي العام على مختلف المكلفين في المجتمع، واتجه البعض إلى أن يكون التوزيع على أساس نصيب كل فرد من خدمات الإنفاق العام، وهذا مجاف للواقع لعدم تناسب أنصبة أصحاب الدخل المنخفضة من الإسهام الضريبي وأنصبتهم من الخدمات العامة، واتجه البعض إلى اعتبار المقدرة التكليفية للممولين، التي قد تقاس على أساس نظرية المنفعة الحدية المتناقصة للنقود، على رغم استحالة تقديرها لكل مكلف على حدة، وقيل على أساس بعض العناصر الإيجابية التي قد تكون إما مبلغ ثروة المكلف وإما مقدار دخله، وإما حجم إنفاقه⁽²⁾.

ثالثاً: المفهوم المعاصر للضرائب

تجتمع معظم الاجتهادات في تعريف الضريبة خارج النطاق التقليدي بكونها: فريضة مالية تقتطعها الدولة أو من ينوب عنها من الأشخاص العامة أو الأفراد جبراً، وبصفة نهائية، من دون أن يقابلها نفع معين، وفقاً للمقدرة التكليفية للشخص، وتستخدمها لتغطية النفقات العامة، والوفاء بمقتضيات السياسة المالية العامة للدولة⁽³⁾.

ويلاحظ أن المفهوم المعاصر للضريبة يقوم على اعتبارها إحدى الوسائل المالية التي تمكن الدولة من التدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتوجيه النشاط الاقتصادي وجهة معينة، وإن لم يستبعد كلية المبدئين التقليديين للضريبة، وهما وفرة الحصيلة والعدالة، إلا أنه أضاف «مبدأ التدخل» الذي يتخذ صوراً عديدة: منها ما يقوم على أساس التخفيض العام أو الزيادة العامة لعبء الضرائب (بقصد الزيادة أو الحد من المقدرة الشرائية وتنمية حجم المعاملات)، ومنها ما يقوم على أساس التمييز في المعاملة الضريبية بين أوجه النشاط المختلفة لتشجيع بعضها من دون الآخر، أو اقتطاع جزء

(2) عبد المنعم فوزي وعبد الكريم بركات ويونس البطريق، النظم الضريبية، ط2، المكتب الشرقي للنشر، بيروت، 1969، ص11-17 (بتصرف).

(3) عاطف صدقي، مبادئ المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص150.

من الثروات والدخول الكبيرة لتحقيق أهداف اجتماعية، ومنها ما يحدث عن طريق إعادة توزيع الدخول (باقتطاع جانب من الدخول المرتفعة وإعادة توزيعها عن طريق الخدمات العامة التي يستفيد من غالبيتها أصحاب الدخل المحدود)⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الرسوم

أولاً: الرسوم لغةً

جمعُ رسم، وله معنيان: الأول من الرسم بسكون السين: أثر الشيء، يقال ترسمتُ الدار أي نظرتُ إلى رسومها، والرُّوسم شيءٌ تُجلى به الدنانير، والثاني من الرِّسيم وهو ضرب من السير⁽⁵⁾، وهما يرتبطان بالمعنى الاصطلاحي؛ لأن الرسوم تقوم على التحديد والعلامة والتقدير.

ثانياً: الرسوم اصطلاحاً

يتحدد الإطار العام لتعريف الرسم تبعاً للعناصر والخصائص التي يتمتع بها كمورد للدولة، وأبرز هذه الخصائص: أن الرسم مبلغ من النقود يحدد في كل دولة بحسب العملة الوطنية أو العملة المتداولة قانوناً، يُدفع للدولة (الإدارات الحكومية كالوزارات والمؤسسات والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية أو البلديات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري)، وهي التي تستقل بوضع النظام القانوني للرسم، وقد يكون اختيارياً أو إجبارياً بحسب حرية الشخص في طلب الخدمة التي تؤديها الدولة أو عدم طلبها، ويترتب عليه نفع خاص في مقابل الخدمة التي تقدمها الدولة.

ويتخذ النفع الخاص (أو الخدمة) الذي يحصل عليه الشخص من الدولة أو مؤسساتها أو هيئاتها المحلية عدة أشكال: فقد يكون مقابل عمل يؤديه موظفو الدولة كرسوم تصديق الشهادات أو تسجيل الدعوى القضائية أو توثيق العقود، وقد يكون مقابل رخصة تُمنح للشخص كرسوم رخصة سوق المركبات أو حمل السلاح، وقد يكون تسهياً من جانب الدولة للشخص فيما يتعلق بعمله أو مهنته أو حرفته، كالرسوم والرخص لأصحاب المهن والحرف، وتُثير هذه الخاصية للرسم مسألة مدى التناسب بين قيمة الرسم المقرر والنفع الخاص (أو الخدمة الخاصة) الذي يحصل عليه الشخص.

(4) عبد المنعم فوزي وآخرون، مرجع سابق، ص 19-21.

(5) أبو الحسين بن زكريا بن فارس، مرجع سابق، ص 393-394.

وتُغيّر قيمة الرسم مع الزمن تبعاً لتغير التكاليف من فترة إلى أخرى، وبما يحقق أهداف الدولة من فرض الرسم ونوعيته، أو غرض الخدمة المقدمة اجتماعياً كان أو اقتصادياً أو غير ذلك، كما يرتبط بهذه المسألة مدى حق الأفراد في المناقشة والاعتراض على مقدار الرسم إذا كان أكثر من تكلفة الخدمة المقدمة⁽⁶⁾، ويأتي ذلك كله ضمن إطار نفع عام لكل المجتمع عند توافر العدالة واستقرار الحقوق، وهذا أمر يخدم المجتمع بأسره⁽⁷⁾.

وعليه، يُعرّف الرسم بأنه: مبلغ من المال تجتبيه الدولة أو أحد الأشخاص العامة الأخرى جبراً من الأفراد مقابل خدمة معينة تقدمها لهم، أو مقابل نفع خاص عاد عليهم من هذه الخدمة إلى جانب نفع عام⁽⁸⁾.

وتبرز من خلال التعريف العناصر التي يقوم عليها الرسم، وهي: العنصر النقدي، والعنصر الجبري، وعنصر المنفعة الخاصة والعامة.

وقد اتبعت بعض الدول أسلوب إنشاء أو إحداث الرسوم أو فرضها بقانون يصدر عن برلمان، كما هي الحال في الجزائر والأردن واليمن ورومانيا وبولندا، بينما اتبعت دول أخرى أسلوب فرض الرسوم أو إنشائها أو التكليف بها في حدود القانون أو وفقاً للقانون أو بموجب القانون، كما هي الحال في الكويت والبحرين ومصر وعمان والإمارات وسوريا، كما نصت بعض الدساتير على عدم جواز استحداث أي رسم بآثر رجعي كما في عُمان، وكذلك حددت هذه الدساتير المبادئ الموضوعية التي ينبغي مراعاتها عند فرض الرسوم، وأحوال الإعفاء منها وتحديد أوجه صرفها، بحسب قانون كل دولة⁽⁹⁾.

الفرع الثالث

الأزمات والكوارث

لعل مفهوم الأزمات والكوارث من أكثر المفاهيم التي لاقت تشعباً واختلافاً وتنوعاً عند الباحثين في كل مجالات العلم، وترجع الصعوبة في وضع تعريف محدد لها إلى كثرة استعمالها في مجالات الحياة والتعاملات اليومية، وما أسهم به التطور التاريخي

(6) جهاد سعيد خصاونة، المالية العامة والتشريع الضريبي وتطبيقاتها العملية وفقاً للتشريع الأردني، ط1، دار وائل للنشر، عمان - الأردن، 2000، ص88.

(7) أعاد محمود القيسي، المالية العامة والتشريع الضريبي، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 1998، ص64-65.

(8) معين البرغوثي، المفهوم القانوني للرسم - تحليل للمبادئ الدستورية والسياسات التشريعية، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2005، ص9.

(9) المرجع السابق، ص19-21.

للأحداث المتلاحقة من التوسع في نطاق استخدام المصطلحات بسبب تقارب وتزاحم العلاقات الإنسانية بقدر متزايد في كل مجالات التعامل الإنساني⁽¹⁰⁾، فالبعض يجعلها اصطلاحاً واحداً على رغم وجود فروق دقيقة بينهما، ولكن الجامع المشترك في المظلة التي تربط الأثر القانوني أو التشريعي أو التنفيذي عند التعامل معها هو مظلة الظروف الاستثنائية الطارئة.

أولاً: مفهوم الأزمات

1- في اللغة: جاءت لفظة «أزمة» بمعنى الضيق والشدة والقحط، ومنها «المأزم» (بفتح الميم وكسر الزاي): المضيق، وكل طريق ضيق بين جبلين يسمى مأزماً. أما في الترجمة الإنجليزية من قاموس أوكسفورد، وقاموس وبستر الأمريكي، فإن الأزمة (CRISIS) تعني نقطة التحول إلى حالة خطيرة (في وقت الصعاب والخطر والقلق على المستقبل) تستلزم تدخلاً سريعاً مخافة الوقوع في نتائج وآثار سيئة⁽¹¹⁾.

2- وفي الاصطلاح: يوجد للأزمة كثير من التعريفات، يتخذ من خلالها كل مجتهد جانباً من جوانب التهديد الذي يجعله أساساً لبناء التعريف، فمنهم من يعتبر أساس التعريف: عنصر «الخطر الداهم» نتيجة لحدث ما وقع لا محالة، يجب التعامل معه قبل أن يؤدي إلى نتائج مدمرة، واعتبرها سايمون بوث حالة معينة يواجهها فرد أو جماعة أو دولة، ويتطلب التصدي لها استخدام إجراءات استثنائية لمواجهةها وعدم الاعتماد على التدابير والإجراءات العادية. وهناك من الباحثين من حاول إدخال عنصر «الصراع» على الأزمة، الذي يُعتبر أحد أنماط التفاعل الاجتماعي، وينشأ نتيجة لتضارب مصالح القوى والدول والحكومات، حيث يصل النزاع إلى مرحلة يعمل فيها كل من المتصارعين على تحطيم الآخر والتفوق عليه.

وقد يكون الصراع جزءاً من الإطار الاجتماعي، فتكون الأزمة توقفاً للأحداث المنظمة والمتوقعة واضطراب العادات والأعراف، مما يستلزم تغييراً سريعاً لإعادة التوازن، ولتكوين عادات جديدة أكثر ملاءمة، وهذا يعني أن الأزمة بمجموع عناصرها: التهديد المفاجئ، وضيق الوقت، ونقص المعلومات، تتطلب إدارة ومواجهة مبنية على قرارات رشيدة وسريعة تحقق أهدافها بالقضاء على الأزمة أو التخفيف من آثارها قدر المستطاع⁽¹²⁾.

(10) مبارك فالح جزوي العازمي، مفهوم الأزمات والكوارث وأساليب إدارتها، المؤتمر السعودي الأول لإدارة الأزمات والكوارث، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2013، ص 513.

(11) زين الدين عبدالقادر الرازي، معجم مختار الصحاح، ج 1، ط 5، المحقق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، 1420 هـ / 1999 م ص 18.

(12) مبارك فالح جزوي العازمي، مرجع سابق، ص 514 (بتصرف).

وتأسيساً على ما سبق لا يمكن تحديد نطاق معين بذاته للأزمة، فنطاق الأزمة يشمل كل مناحي الحياة، فقد تكون الأزمة بناءً على توافر عناصرها السابقة موجودة في أي واحدة من أنظمة الدولة الإدارية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية والثقافية والبيئية... الخ، وتكون بمنزلة تحد كبير للجهات المعنية حال وقوعها بضرورة اتخاذ قرارات سريعة ومستعجلة لمواجهتها أو احتوائها، ويتطلب الأمر في مواجهة الأزمة أحياناً تكاتف الجهود لأكثر من جهة بهدف احتواء الأزمة؛ فمثلاً في الأزمة الأمنية التي تنشأ من أفعال إجرامية وإرهابية في دولة معينة، وتوسع أثر الأعمال الإرهابية للعنف والنزاعات المسلحة والخطف والسرقة... الخ، لا يكفي أن تواجه الأزمة من قبل الجهات الأمنية فقط، لأسباب عدة منها: صعوبة السيطرة على الحدث، وخطورته وسرعة انتشاره، وتبعاته الاجتماعية والنفسية والاقتصادية، التي تفوق حجم عمل مؤسسة واحدة، بل يتطلب الوضع تقديم المعونة من جهات أخرى تدرس الأبعاد الحقيقية لتلك الأزمة لمنع تكرار حدوثها ودرء انتشارها، مثل الهيئات الثقافية، والمؤسسات التربوية والدينية وغيرها.

ثانياً: مفهوم الكوارث

يُعتبر مفهوم الكوارث من أكثر المفاهيم التصاقاً بالأزمات، ولكنها لا تعبر عنها بالضرورة، فالكارثة حالة مدمرة حدثت بالفعل⁽¹³⁾، وينتج عنها ضرر مادي أو نفسي، أو كلاهما، وقد تكون الكوارث سبباً للأزمات، أي تنجم عنها أزمة، وقد تكون حادثاً فجائياً ذا طبيعة عامة، أي وقعت بفعل الطبيعة لا دخل للبشر فيها، كالزلازل والبراكين والفيضانات والسيول والأوبئة والأمراض والآفات الزراعية وغيرها، أو تكون بفعل الإنسان، سواء كان فعلاً غير إرادي: كالإهمال البشري الذي تنجم عنه الكوارث، كسوء استخدام الطاقة الذي يؤدي إلى الحرائق والانفجارات، أو حوادث المنشآت نتيجة أخطاء التصميم، وحوادث المفاعلات النووية وتسرب الغازات السامة والتلوث البترولي للمياه، أو تكون الكوارث بفعل إرادي مخطط: كالحروب والحرائق العمدية وتلوث الهواء أو المياه أو التربة، إضافةً إلى استخدام أسلحة الدمار الشامل على اختلاف أنواعها، وكثيراً ما تصاحب الكوارث بأنواعها خسائر جسيمة في الأرواح والممتلكات، ولذا تتطلب مواجهتها جهد الدولة، أو الجهود الإقليمية أو الدولية، وفق حجم الكارثة ومدى الخسائر الناجمة عنها⁽¹⁴⁾.

(13) السيد عليوه، إدارة الأزمات والكوارث: مخاطر العولمة والإرهاب الدولي، دار الأمين، القاهرة، 2004، ص 13.

(14) مبارك فالج جزوي العازمي، مرجع سابق، ص 521-522.

وقد واجهت النصوص التحضيرية للاتفاقيات الأوروبية والأمريكية صعوبة في تحديد عناصر الظرف الاستثنائي الذي يستدعي تشريعات خاصة، وذلك لأنهم إما حصروه في حالة الحروب والنزاعات، وإما تركوه عامًا بتوافر عنصر واحد وهو الخطر الذي تتعرض له الأمة، من دون تحديد لمفهوم الخطر، ولكن مع تقدّم الزمن باتت عناصر الظروف الاستثنائية تتبلور لتشمل مناحي عدة، تتضمنها حالات الأزمات، وكذلك حالات الكوارث، وهذا التقارب بين الاتجاهات الدولية انعكس أيضًا على التشريعات العربية؛ ففي مصر مثلاً ترك المشرع تحديد الظرف الاستثنائي للقانون، ونص قانون الطوارئ في المادة الأولى منه على أنه «يجوز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرّض الأمن أو النظام العام في أرض الجمهورية أو منطقة فيها للخطر، سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب، أو قيام حالة تُهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة، أو انتشار وباء»⁽¹⁵⁾.

وفي ضوء التعريفات السابقة للأزمات والكوارث، أجد أنه يمكن الجمع بينها في مظلة واحدة، وهي مظلة «الظروف الاستثنائية»، لما لها من ارتباط وثيق بالتصور العام للمفهوم، وكذلك الآلية التنفيذية المرتبطة بتشريع القوانين الخاصة أو إعلان حالة الطوارئ عند مواجهة الخطر، وهذا يرتبط بحقوق الإنسان في أي دولة إذا ما تعرضت لما يهدد استقرارها، وتؤيد هذا التوجّه النصوص والاتفاقيات الدولية التي حددت وصف الظروف الاستثنائية على رغم اختلاف صياغاتها، إلا أنها تجمع بين عنصري «توافر الخطر أو التهديد» و«ضرورة اتخاذ التدابير المستعجلة» ضمن جميع الطرق المتاحة والتي تتطلب مواجهة الظرف الطارئ سواء كان أزمة أو كارثة لحين زوال التهديد.

(15) انظر: إسحاق صلاح أبو طه، الظروف الاستثنائية وشرعية قوانينها في ضوء حماية حقوق الإنسان، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، ع10، فبراير 2011، ص13-14 (بتصرف).

المبحث الأول

التطور التاريخي لفرض الضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية

لا يُقصد بالنظام الضريبي مجرد شكل واحد من أشكال تحصيل الموارد المباشرة أو غير المباشرة للدولة، فالتقدم البشري بكل مجالاته الاقتصادية والاجتماعية والدولية، أحدث تغيرات كبيرة على شكل النظام الجبائي ومضمونه ومعاييرهِ وأُسُس تشريعه، حفزت الدارسين والفقهاء والقانونيين إلى طرق أبواب النظام ودراسته بشكل تفصيلي لا نقدر على عرض تفاصيله الكبيرة في سطور هذه الدراسة، ولكن العودة إلى التاريخ مهمة دوماً في فهم خارطة الطريق التي وصلت بالنظام الضريبي إلى صورته الحديثة في مختلف التشريعات والنظم حول العالم، خصوصاً مع تقدّم البشرية وتشابك علاقاتها، وتعرضها بين الفينة والأخرى لعدد من الأزمات والكوارث تستدعي إجراءات مستعجلة، ولذا سنُعرِّج بشكل مختصر على تطوّر النظام الضريبي عبر التاريخ، ونستعرض جانباً من الأزمات والكوارث التي تعرضت لها بعض الدول مما تطلب تدخلاً من هذه الدول لمواجهتها.

المطلب الأول

تطوّر النظام الجبائي عبر التاريخ

تطوّر النظام الجبائي عبر التاريخ بتطور أنظمة الدول وكياناتها المستقلة، ويأتي السجل الأول الموثق للضرائب من مصر مؤرخاً بحوالي 3000 قبل الميلاد، حيث عرفت مصر الفرعونية الضرائب المباشرة وغير المباشرة، وفرضت الضرائب المباشرة على دخل الثروة العقارية والمنقولة بحسب أهميتها، وفرضت الضرائب غير المباشرة في صور ضرائب جمركية تخضع لها الحاصلات المستوردة، كما فرضت ضريبة التركات⁽¹⁶⁾.

وفي العصر الروماني، وامتداداً لتاريخ أوروبا الوسطى وقسم كبير من آسيا، فرضت الضرائب على المحاصيل الزراعية والسلع التجارية، ثم توسعت لتشمل ضرائب مباشرة على الأرض والرؤوس والمنازل والأراضي المشغولة بالبناء والمواشي والمهن، وغير مباشرة كضريبة المبيعات، ونقل الأفراد وضريبة الرقيق، وضريبة تسجيل العقود، وضريبة المعادن والتركات، وكان هذا العمل يُعتبر من أعمال السيادة، وكان

(16) زكريا بيومي، المالية العامة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 87.

الحاكم يفرض ضرائب إضافية كحالات استثنائية بين الحين والآخر نتيجة للظروف السياسية التي كانت سائدة، لمواجهة الأخطار الداهية كالحروب سواء لتمويلها أو الترويج لها، ومع ذلك فقد اقتصر الالتزام بالضرائب على عامة الشعب من دون غيرهم من طبقات المجتمع كالنبلاء ورجال الدين⁽¹⁷⁾.

واستمر هذا التقسيم في توزيع الالتزامات العامة بين طبقات المجتمع حقبة طويلة من الزمن، وإن تزايدت نسبياً أعباء الدولة الحديثة متمثلةً في دولة الملكية في غرب أوروبا خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر، وذلك حتى قيام كل من الثورة الصناعية في إنجلترا، التي رفعت الطبقة البرجوازية إلى مركز الصدارة نتيجة استحواذها على القوة الاقتصادية الرئيسية في المجتمع، والثورة الفرنسية التي نادت بالحرية والمساواة والإخاء بين جميع الطبقات، إلى أن ظهر النظام الرأسمالي، أو نظام الاقتصاد الحر الذي ربط تشريع الضريبة بالبرلمان، على الرغم من اختلاف الآراء وقتها حول تفسير المقابل الذي تؤديه الدولة إلى الأفراد من خدمات محدودة، أو نظير تأمينهم مما يواجهونه من مخاطر، إلا أن لها آثاراً بالغة في الأنظمة البرلمانية في ذلك الوقت، بحيث شكل فرض الضرائب بما يتضمنه من إجراءات إحدى الدعائم الرئيسية للأنظمة الديمقراطية البرلمانية.

ولعل «حفل شاي بوسطن» يُعد واحدة من أهم المفارقات التاريخية التي حققت صدًى تاريخياً ضد نظام الجباية البريطاني في العام 1773، عندما فرضت بريطانيا ضريبة الشاي على مستعمراتها الثلاث عشرة في أمريكا الشمالية لمساعدة شركة الهند الشرقية على تجاوز أزماتها المالية، وبعد صدور القانون أجبر عددٌ من المستوطنين الأمريكيين السفن المحملة بالشاي على العودة، وشعارهم أن هذه الضرائب مُجحفة ولا يوجد لها - في المقابل - تمثيل للمستوطنين في البرلمان البريطاني، بل هي ضربٌ من الاحتكار الجبائي، فيما ارتدى بعض السكان ملابس تنكرية واقتحموا السفن وألقوا محتوياتها من الشاي في البحر، ولم تكن حادثة حفل الشاي الأولى التي تظلم بسببها المواطنون، إلا أنها كانت الشرارة التي أشعلت ثورة وتمرداً أدبيا، في نهاية المطاف، إلى استقلال المستعمرات الأمريكية عن بريطانيا في العام 1776⁽¹⁸⁾.

ومع الوقت ظهر مبدأ التصويت على الضريبة والتصويت على الميزانية، ثم إلى وجود الرقابة على جميع أوجه النشاط الحكومي، وكذلك كان التطور بالنسبة إلى الوعاء

(17) المرجع السابق، ص 87-88.

(18) انظر: حادثة شاي بوسطن وأسباب الثورة الأمريكية:

، Boston Tea Party: <https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/boston-tea-party>.

تاريخ زيارة الموقع: 2026/4/15.

الضريبي الذي اتخذ عدة أشكال تتناسب مع المادة التي تُفرض عليها الضريبة ضمن التنظيم الفني للضريبة⁽¹⁹⁾.

أما الرسوم فقد كانت في العصور القديمة ذات أهمية كبيرة؛ لأنها إلزامية ولا تتطلب موافقة من السلطة التشريعية، ولذا كانت تحوي ظلمًا وتعسفًا كبيرين بسبب الاستغلال، ثم تضاءلت قيمة الرسوم كمورد من موارد الدول الحديثة في مقابل ارتفاع أسهم الضرائب، وذلك لعدة أسباب، منها: استقرار حق الشعب ممثلًا بالبرلمان في الموافقة على إصدار الرسوم كما الضرائب، كما أدى تطور مفهوم الدولة باسم التضامن الاجتماعي إلى ضرورة تقديم الخدمات للمواطنين بصرف النظر عن قدرتهم على دفع ثمن تلك الخدمات، وصارت تعتمد على بدائل أخرى لسد احتياجاتها من دون أن تزيد من دائرة الرسوم المرهقة للمواطن، كما أدى تقنين الرسوم في الدول الحديثة إلى السيطرة على أساليب الفساد التي كانت تنتشر بين الموظفين الذين يتولون أمور الجباية، كما أن الرسم بطبيعته لا ينطبق عليه مبدأ العدالة مقابل القدرة على الدفع، فلا يراعي ظرف المواطن أو إمكانياته، ولذا حدث في جميع الدول تنظيم القوانين الخاصة بالرسوم ومجالاتها ومناسبتها درءًا للتعسف فيها⁽²⁰⁾.

وعلى المستوى الفلسفي يُعد «تدخل الدولة» مصطلحًا يتناسب مع المجال الذي سيطبق من خلاله (اقتصاديًا، وسياسيًا، واجتماعيًا، وظرفيًا طارئًا... الخ) على الإجراءات التنفيذية والاستراتيجية التي ستتبعها الدولة في الإطار العام أو الخاص، (سواء كانت تشريعية، أو قانونية، أو سياسية... الخ)، وترتبط بأهداف تُسوِّغ هذا التدخل.

وترتبط عملية «التدخل» بمسألة «سلطة الدولة» ارتباطًا مباشرًا، ضمن تعدد «النظريات السياسية» التي تعتمد التوسيع أو التقييد من دائرة نفوذ الدولة على مر التاريخ⁽²¹⁾، ومع التطور الهائل الذي يشهده العصر الحالي على كل الصُّعد، العلمية والتكنولوجية والصناعية والاجتماعية، كان لذلك كله صدها الواسع في الفكر القانوني في وجود تيارين متقابلين، لمحاولة صياغة المعنى الفلسفي للحقوق والحريات بحيث يتفق مع معطيات العصر الحديث ومدى تدخل الدولة أو مبرراته، ونشأت مدرسة «الفكر

(19) عبد المنعم فوزي وعبد الكريم بركات ويونس البطريق، النظم الضريبية، ط2، المكتب الشرقي للنشر، بيروت، 1969، ص11-13.

(20) عادل العلي، المالية العامة والقانون المالي والضريبي، ط2، إثراء للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2011، ص104-105.

(21) منذ العصور القديمة ارتبطت الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والنفسية بالظاهرة السياسية، انظر تفصيل المسألة: حسن خليفة، تاريخ النظريات السياسية وتطورها، المطبعة الحديثة، القاهرة، 1929، ص403.

الفردية أو المصالح الخاصة»، في مقابل مدرسة «الفكر الاجتماعي أو مدرسة الصالح العام»؛ فالدولة في النظام الفردي تتدخل في نشاط الفرد بالقدر اللازم لمنع التعارض بينه وبين غيره من الأفراد؛ حتى تضمن التوافق اللازم لتحقيق الخير المشترك، غير أنهم عجزوا عن اشتقاق مبادئ تُحدّد مدى هذا التدخل، بسبب افتراضهم أن الصالح العام ليس إلا حصيلة المصالح الفردية، وهذا يعني أن تدخل الدولة لا يعدو كونه تلبية رغبات وتطلعات فئات معينة من أصحاب المصالح، ونقطة توازن أو «اتفاق اقتصادي سياسي» بين جماعات ضغط مختلفة من المنتجين والمستهلكين وصُناع القرار⁽²²⁾.

وفيما يُوسع الفكر الاجتماعي من سلطات الدولة ومدى تدخلها وإشرافها على الشؤون الفردية والاجتماعية بالنظر إلى طبيعة الظروف المستجدة، فإن هذه الدولة إذ تُشرف على رسم الغايات وتحديد الأهداف وبيان الطريق الذي يسلكه الفرد لمباشرة حقوقه في ضوء من مصلحة الجماعة، إنما تتفادى بذلك مظالم الفردية المطلقة، غير أنه تُثار بشأن هذه النظرية مأخذ كثيرة منها: إلغاء فكرة الحق، وتحويلها إلى مجرد وظيفة اجتماعية أو مركز قانوني، وجعل أصحاب الحقوق موظفين عامين موكلين باستعمالها، على وجه يحقق الخير المشترك من دون النظر إلى مصالحهم الذاتية، واختزل الشخصية الفردية بمجرد كونها عنصر تكوين مُسخرة لخدمة الجماعة، وهذا نوع من الإخفاق في تعارضها مع مطلق الحق والحريات الفردية⁽²³⁾.

المطلب الثاني

الضرائب في الإسلام

يُعد تنظيم الموارد المالية للدولة في الإسلام ذا صبغة تكاملية شرعية تخدم الصالح العام وتحقق الرفاه للأفراد وتكفل لهم الحياة الكريمة، ولذا كانت الزكاة، باعتبارها الركن الثاني من أركان الإسلام العملية تقوم على مبدأ التكافل والتضامن بين الغني والفقير من جهة، وخدمة الإنتاج المحلي وتقوية النشاط الاقتصادي من جهة أخرى، أما الضرائب فتختلف في آلية وضعها وتشريعها عن الزكاة، لكونها تقوم على الاجتهاد المرتبط بعلّة ثبوتها، وهذا يجعل فرقاً بين أحكام الزكاة التي هي جُعل من الشارع الحكيم، ولا ترتبط بأمور السيادة إلا من حيث التنفيذ أو مراقبة التنفيذ، ومحاسبة المانعين لها، أما الضرائب، فتخضع لسيادة الدولة، لأنها أحكام اجتهادية، وإن كانت قائمة على أصول

(22) عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966، ص 37؛ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط 3، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1984، ص 41-42.

(23) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 50.

وقواعد شرعية⁽²⁴⁾.

المسألة الأولى: الزكاة

وتُعرَّف الزكاة في اصطلاح الفقهاء بأنها: حق مقدَّر بالشرع يجب في أموال مخصوصة، على وجه مخصوص، يُصَرَّف لأصناف مخصوصين⁽²⁵⁾، فهي فريضة إلهية وعبادة مالية وشعيرة تكافلية، ثبت وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع في أموال الأغنياء لمصارفها الثمانية المعلومة عند توافر علتها وشروطها:

1- فمن الكتاب: يقول تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: 43]، ويقول تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ فُلُؤْهِمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: 60].

2- ومن السنة حديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «بُني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان»⁽²⁶⁾، وحديث ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن، فقال: «ادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لَذَلِكَ، فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ قَدْ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لَذَلِكَ، فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ قَدْ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً فِي أَمْوَالِهِمْ، تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيائِهِمْ، وَتُرَدُّ إِلَى فُقَرَائِهِمْ»⁽²⁷⁾.

3- وأما الإجماع فقد اتفق أهل العلم على وجوب الزكاة ولم يخالف ذلك أحد⁽²⁸⁾.

والأمر ذاته ينطبق على الأحكام المتعلقة بالعشور، والجزية، والغنائم، والخراج، والمعادن، والركاز، وغيرها من الموارد، فهذه لا تخضع لسيادة الدولة من حيث إقرارها

(24) أبو الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، ص161.

(25) أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج5، دار الفكر، بيروت، 1996، ص325: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج23، ط2، دار ذات السلاسل، دولة الكويت، 1427هـ، ص226.

(26) رواه البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل، (ت256هـ)، الجامع المسند الصحيح، كتاب الإيمان، باب «دعائكم إيمانكم»، الرقم 8، ج1، ص11.

(27) رواه البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل، (ت256هـ)، الجامع المسند الصحيح، كتاب الزكاة، الرقم 1395، ج2، ص104.

(28) علاء الدين أبو بكر الكاساني (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، ج2، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، القاهرة، د.ت، ص3.

أو فرضها، وإنما ترتبط بالجانب التنفيذي، ومتابعة تحصيلها وصرفها لمستحقيها⁽²⁹⁾، يقول تعالى: ﴿فَتِلْكَ الْأَیُّمُ لَا یُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْیَوْمِ الْآخِرِ وَلَا یُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا یَدِیْنُونَ دِیْنَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى یُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: 29].

المسألة الثانية: الضرائب

أما الضرائب، وإن اختلفت أسمائها في الفقه الإسلامي، فهي تشترك في مضمونها بكونها اقتطاعاً يوظفه الإمام أو الحاكم، على الأغنياء بما يراه كافياً لهم في الحال، عند خلو بيت المال من المال⁽³⁰⁾، وفي تعريف آخر: أنها ما يطلبه السلطان من رب المال أو من العامل ويسمونها الدواهي، والنوائب والمكوس⁽³¹⁾.

وقد تطورت هذه الضرائب في العصر الأموي واستمرت بعد ذلك بعدة أشكال في العصر العباسي، منها ما يفرض على البضائع، ومنها ما يفرض على المستغلات، ومنها ما تقررت زيادته على كل من الخراج والجزية، ولذا اختلف الفقهاء في الشريعة الإسلامية في أصل فرضها هل هي جائزة أو لا، لما في اقتطاعها من تدخل صريح ومباشر في الملكيات الخاصة، ولأن بعض الحكام كان يفرضها بغير حق مشروع فتكون تعدياً وظلماً من جهة أنها تسلط على أموال الأفراد⁽³²⁾، ومن جهة أن بيت مال المسلمين له موارده العامة التي يجب أن تُقنن في النفقات من غير إسراف أو تبذير، ولذا عمد بعض الحكام إلى إلغائها مثلما فعل عمر بن عبدالعزيز⁽³³⁾.

- (29) أبو الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، مرجع سابق، ص 145.
- (30) أبو حامد بن محمد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971، ص 236.
- (31) أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبدالسلام شاهين، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص 39، محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج 2، دار الفكر، بيروت، 2000، ص 336.
- (32) فقد زادت الضرائب في العصر العباسي، وكان بعض الولاة يرسلون الجبابة - عمال الخراج - فيلزمون دافعي الضرائب على دفع أرزاقهم وإطعامهم، وكانوا يأخذون ثمن الصحف والقراطيس، وأجور الكيالين ومؤنتهم، وكانوا يقطعون من الدراهم طائفة ويقولون هذا رواجها وصرفها، وفي ولاية المهدي تشدد كثيراً على فرض الضرائب واستخراج الخراج، ورتب دراهم على أهل السوق والدواب. انظر: نداء المصري، سلطة الحاكم في فرض الضرائب، الجامعة الإسلامية في غزة، 2012، ص 46.
- (33) أبو الحسن الماوردي، درر السلوك في سياسة الملوك، ج 1، دار الوطن، الرياض، د.ت، ص 116؛ محمد بن جرير الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج 4، دار المعارف، مصر، 1967م، ص 70؛ محمد صالح: النظام المالي والاقتصادي في الإسلام، ص 86؛ نداء المصري، مرجع سابق، ص 45.

وهذا واضح أيضاً قبل ذلك في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أن ما يجبيه الحاكم من الرعية، إنما هو لهم، ويصرف في مصالحهم، فقد ورد أن رجلاً جاء إلى أمير المؤمنين عمر، فقال له: «يا أمير المؤمنين لو وسَّعت على نفسك في النفقة من مال الله تعالى، فقال له عمر: أتدري ما مثلي ومثل هؤلاء؟ كمثّل قوم كانوا في سفر فجمعوا منهم مالا وسلموه إلى واحد منهم ينفقه عليهم، فهل يحل لذلك الرجل أن يستأثر عنهم من أموالهم؟».

وكذلك يروى أنه «لما فتح المسلمون القادسية أخذوا الغنائم ودفعوها إلى عمر رضي الله عنه، وجيء إليه بتاج كسرى وهو مرصع بالجواهر وبساطه منسوج بالذهب واللائي، وكان كسرى إذا جاء يدخل تحت تاجه ويجلس على عرشه وتاجه معلق بسلاسل الذهب؛ لأنه لا يستطيع حمله على رأسه من ثقله وكثرة ما فيه من الذهب والجواهر المرصعة، وملابس كسرى مرصعة بالجواهر، ولما رأى عمر بن الخطاب رضي الله عنه مقدار ما وصل إليه من أموال إلى المدينة، بكى وحمد الله وقال: (إن قوماً أدوا هذا لأمناء)، فأجابه علي رضي الله عنه: عففت فعفوا، ولو رتعت يا أمير المؤمنين لرتعت أمتك»⁽³⁴⁾.

ولكنهم يتفقون على أن الدولة يحق لها أن تقتطع من أموال الأغنياء وتفرض سيادتها بفرض الضرائب حال الأزمات والكوارث، أو عندما لا تعود الإيرادات العامة كافية لسد احتياجات الكفاية للدولة، خاصة مع تطور الزمن وتزايد عدد السكان، والحاجة إلى توفير التعليم والعلاج، وتأمين الأفراد ضد العجز والشيخوخة والمرض، أو عندما يتحقق ضرر متيقن من هجوم العدو مثلاً على البلاد، فتفرض الضرائب لتجهيز الجيوش حماية للثغور، ولدفع الضرر المحدث بالمسلمين⁽³⁵⁾، وغير ذلك من الأعباء التي تشكل نفقات لازمة يجب أن يتحمل أعباءها الجميع زيادةً على فريضة الزكاة ومصارفها المعلومة، وهذا نوع من الجهاد في سبيل الله، كما يفهم من الآيات الكريمة، وهو قد يكون بالنفس أو بالمال، يقول تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ أَكْثَرُ دَرَجَةً عِنْدَ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ﴾ [التوبة: 20]، ويقول تعالى: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [التوبة: 41].

ويمكننا القول: إن إقرار الضرائب بدأ منذ نشوء الدولة الإسلامية، التي عرفت وطبقت نُظماً ضريبية متكاملة، تستند إلى مفاهيم المالية العامة الإسلامية في تطبيق الأحكام والقواعد المالية الشرعية، التي تكفل تحقيق المصالح الفردية والعامة، والتي استمدت

(34) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور باز، ط3، ج28، دار الوفاء، القاهرة، 2005، ص268.

(35) أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج10، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ، ص214.

مصدريتها من الأحكام المقررة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والقواعد العامة في أصول الاجتهاد، وأما المبادئ التي تستند إليه الضرائب في الفقه الإسلامي فهي صيانة المجتمع؛ بتغطية جميع نفقات المصالح العامة، وتحقيق الوحدة الاجتماعية بين أفراد المجتمع الإسلامي الواحد على أساس التكافل والتضامن والتعاون، كما تضمن النظام الضريبي في الإسلام بحث أنواع الضرائب وفرق بين أحكامها وبين أحكام الزكاة، وتنظيم الوعاء الضريبي، ومنع الازدواج أو التعسف في إقرار الضرائب، كما أخذ بقواعد توزيع العبء الضريبي تنفيذاً لقواعد العدالة واليقين أو الشفافية، والملاءمة سواء في الظروف العادية أو في حالة الأزمات والكوارث⁽³⁶⁾.

المطلب الثالث

الأزمات والكوارث عبر التاريخ وعلاقتها بموارد الدولة المالية

تعاني المجتمعات البشرية بصفة دائمة من وجود عوامل مولدة للأزمات والكوارث، مما يحول دون تحقيق التنمية في كل المجالات، وعلى مر التاريخ ازدادت الأزمات وتعاضمت خطورتها بحيث صارت تمثل محل قلق لجميع دول العالم، وبات مصطلح الأزمة والكارثة من أكثر المصطلحات شيوعاً واستخداماً، نظراً إلى تنوع الأزمات والكوارث وآثارها في جميع مناحي الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية والصحية وغيرها، كما تصدر عن الأزمات والكوارث مفاجآت عدة تعكر صفو استقرار الدولة وتؤثر سلباً في مصالحها العليا⁽³⁷⁾.

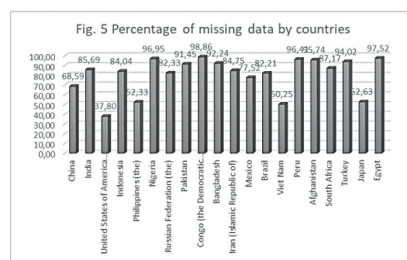
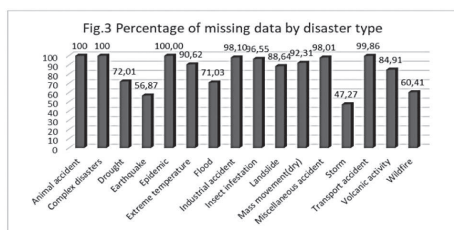
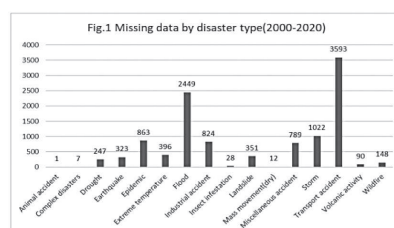
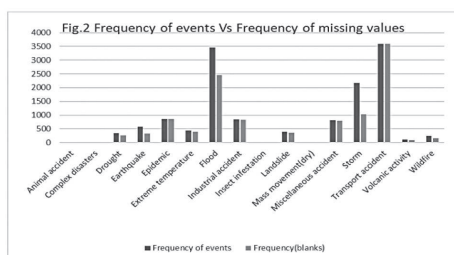
وتقدم قاعدة البيانات الدولية للكوارث (EM-DAT)⁽³⁸⁾ في تقاريرها الأسبوعية والشهرية والسنوية أرقاماً هائلة للآثار التي تعصف بالدول من جراء الأزمات والكوارث

(36) غازي عناية، المالية العامة والنظام المالي الإسلامي، ط1، دار الجبل، بيروت، 1999، ص305.

(37) هيثم سيد محمد، متطلبات ممارسات الدور الوقائي بمؤسسات مواجهة الأزمات والكوارث المحلي من منظور تنظيم المجتمع، مجلة دراسات في الخدمة المجتمعية والعلوم الإنسانية، أسوان، مج1، ع49، 2020، ص262.

(38) تأسس مركز الأبحاث (The International Disaster Database «EM-DAT»)، في العام 1973 كمؤسسة غير ربحية لجمع البيانات المرتبطة بالوبائيات والكوارث حول العالم، بالتعاون مع عدة منظمات دولية مثل منظمة الصحة العالمية، والصليب الأحمر، وإدارة الشؤون الإنسانية التابعة للأمم المتحدة، واللجنة الدولية للكوارث بسويسرا وغيرها، ويعمل المركز على تقديم البيانات والدراسات المسحية التي تمنح الاستجابة السريعة للمواقف وقدرة الدول على التدخل لمواجهة الأزمات والكوارث، كما تقدم رؤية حول تقديم المساعدات لدى الدول المتضررة، وغيرها من الأهداف، انظر موقع المركز: <https://www.emdat.be>

على جميع الصُّعد؛ ففي تقرير العام 2016، تعرضت أكثر من 113 دولة للكوارث، بواقع 346 كارثة، وتضرر بسببها 98.6 مليون شخص، بينما تسببت الأوبئة والزلازل وسقوط الطائرات وغرق السفن والحرائق في وفاة 1.2 مليون شخص، وتكبّدت البشرية أضراراً بنحو 1.7 تريليون دولار، ويشير التقرير الذي نشرته قاعدة البيانات في شهر يوليو من العام 2021، إلى أن الأضرار والخسائر الاقتصادية تأتي في الدرجة الأولى من سُلّم الأزمات، إذ تصل - وفق الدراسات المرفقة - إلى 80-83%. (انظر الجداول)⁽³⁹⁾.



وعلاوةً على مشاكل تغير العملات، وانهيار البورصات العالمية أكثر من مرة، وآثارها الاقتصادية المدمرة في الدول، والحروب العالمية وتبعات الحروب الاقتصادية وتنافس الشركات، فقد أضحت مواجهة الأزمات والكوارث أولى أولويات برامج الاقتصاد العالمي. ففي تقرير لصندوق النقد الدولي عن العام 2020 بعد جائحة كوفيد 19، واجه العالم أزمةً منقطعةً النظير أدت إلى أن يتحول النمو العالمي للاقتصاد إلى معدلات سالبة حادة أدخلت العالم في مسمى «الكساد الكبير»، وأدت إلى تسجيل نمو سالب لدى دخل الأفراد في أكثر من 170 دولة لأول ثلاثة أشهر من عام 2020، فيما رُصد انهيار في الأسواق العالمية فاق ثلاثة أضعاف ما رُصد خلال الأزمة المالية العالمية في العام 2012.

(39) جميع الأرقام المعروضة في الجداول من قاعدة البيانات للكوارث الدولية:

<https://www.emdat.be/publications>، واستُخلصت التحاليل والكتابة في الجداول المرفقة من التقرير: Cred Crunch 63 - Missing data on economic losses variables from EM-DAT-2021 - Centre for Research on the Epidemiology of Disasters

هذا بالإضافة إلى ازدياد الطلب من الدول النامية على المساعدات الخارجية التي تتجاوز تريليونات الدولارات، وهو حجم لا تستطيع أن تتحملة ميزانيات تلك الدول بمفردها، بعد أن تعرّضت لفجوات مالية وعجز يبلغ مئات المليارات من الدولارات⁽⁴⁰⁾.

وخلاصة الأمر أن مواجهة الأزمات والكوارث ضمن الموارد الضريبية يجب أن تتماشى مع (الواقع)؛ فليست المسألة مجرد تنظيرات غير قابلة للتطبيق، بل ينبغي لكل دولة أن تُشكل مجلس طوارئ يُعنى بدراسة هيكله الضرائب والرسوم في الدولة وإعادة صياغة القوانين المستعجلة، والمتضمنة كلا الأمرين: استحداث ضرائب ورسوم جديدة، أو الإعفاء منها وفق ما تقتضيه المرحلة ليحافظ على البنى التحتية ويسند مرتكزات الدولة ويخدم الصالح العام، كما يرجع الأمر إلى مصداقية الدول في نيتها لتجاوز الأزمات والظروف الاستثنائية، وهذا يعني أنها سلاح ذو حدين؛ فقد تكون في جانب آخر وسيلة إضرار في حال تم توظيفها لمصالح الدول التي تسعى إلى افتعال الأزمات أو الحروب، وهنا يوظف الوضع السياسي كوسيلة للضغط، وبدلاً من أن تكون الضرائب وسيلة إنقاذ من الأزمات تُصبح هي سبب الأزمة.

(40) كريستينا غورغييفا، مواجهة الأزمة: أولويات الاقتصاد العالمي، صندوق النقد الدولي، مقال: 9 إبريل
<https://www.imf.org/ar/News/Articles/2020/04/07/sp040920-SMs2020-Curtain-Raiser.2020>

المبحث الثاني

الأسس البنوية لإقرار الدولة للضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية

تتفق الاجتهادات المعاصرة على أن التعامل مع الأزمات والكوارث لا بد أن يكون ضمن خطة استراتيجية، تشمل ثلاث مراحل يمكن أن تقلل أو تتفادى الظروف الاستثنائية التي تهدد الاستقرار والأمن، سواء كان ذلك من جانب التشريع أو من جانب التنفيذ.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار أن «الظروف الاستثنائية» من أزمات وكوارث يمكن التنبؤ بها، فستكون مراحل التعامل معها من خلال سنّ الضرائب والرسوم لإنقاذ الوضع والحفاظ على البنى التحتية للدولة وتحقيق الأمن والاستقرار: إما بإعداد الخطط والنصوص والتشريعات الاحترازية، قبل وقوع الأزمة أو الكارثة، وهذا النشاط من أفضل ما يمكن أن تسنه الدولة بحيث يمكن تنفيذه بشكل مباشر حال حدوث الأزمة، وأما إذا لم يكن ممكناً التنبؤ بالأزمة أو الكارثة لحصولها مقترنةً بعنصر المفاجأة، فهنا ستكون الإجراءات مستعجلة فيما يخص الظرف الراهن، وعلاجية فيما يخص الوضع العام في الدولة بعد انتهاء الأزمة أو الكارثة.

وما دامت استراتيجية سنّ الضرائب والرسوم تعتمد على الأهداف والغايات التي تحفظ حقوق المواطنين، وتدرأ الأخطار التي قد تتكبدها كياناتها وأفرادها من جراء الأزمات والكوارث، فإن العملية بحد ذاتها تخرج عن مجرد النقد إلى البحث في الحلول العملية للخروج من الوضع الراهن.

وقد يختلف الأساس الفقهي والقانوني الذي يعتمد سنّ الضرائب والرسوم بالمنظور العام في الأحوال العادية ضمن التأطير الفلسفي لنفوذ سلطة الدولة ومدى تدخلها وعلاقتها بالحريات وحقوق الإنسان في الاجتهادات المختلفة. أما في حالة الظروف الاستثنائية، والأزمات والكوارث، فنجد التقارب الكبير بين الاجتهادات والتشريعات القانونية والفقهية في اتخاذ الإجراءات المستعجلة لمواجهة المخاطر.

المطلب الأول

الأسس الفقهية

تعتمد التوجيهات الفقهية لسنّ أحكام الضريبة والرسوم في الظروف الاستثنائية، كالأزمات والكوارث، على إمكانية تسويق تدخل الدولة في المسألة من جهة، ومن جهة

أخرى على النظر في غائية الحكم التي تنتج لزوم التنفيذ من قبل المواطنين والأشخاص الذين سينفذ عليهم مثل هذا التدخل:

ولذا سيتناول البحث هذا التأصيل ضمن مسألتين:

الفرع الأول

الأسس التي تُسوِّغ تدخل الدولة في إقرار ضرائب ورسوم جديدة

في الظروف الاستثنائية

تناول البحث في المبحث الأول أن منشأ تدخل الدولة إجمالاً في سن القوانين تتنازعه عدة نظريات سياسية تطورت عبر التاريخ، لتقف في خلاصتها مع مدرستين متقابلتين: مدرسة الفكر الفردي، ومدرسة الفكر الاجتماعي، وعلى الرغم من أن كل واحدة من المدرستين تحمل إيجابيات حول حماية الحقوق للأشخاص، إلا أن كل واحدة منهما لم تُعطِ تسويغاً مناسباً لتدخل الدولة وسلطة سن القوانين، ولذا بقيت ثغرات وعلامات استفهام لا تجيب عنها جهود الدارسين حول هذه الأسس، أما في الشريعة الإسلامية، فنجد أن تدخل الدولة في هذه المسألة يقوم على عدة أسس:

المسألة الأولى: نظرية الضرورة

ذُكرت تعريفات عدة وتطبيقات واسعة لنظرية الضرورة، سواء من حيث ارتباطها بالمقاصد، أو بالأحكام التكليفية والجنائية، أو بالعقود المدنية، أو بالسياسة الشرعية، ولا يكاد فرع من فروع التشريع إلا ويكون للنظرية ارتباط به؛ فهي إذن من النظريات العامة، وما يعيننا في الاستدلال بنظرية الضرورة في هذا المبحث هو مدى انطباق النظرية واعتبارها أصلاً ممكنًا لتدخل الدولة في إقرار الضرائب والرسوم حال وقوع الأزمات والكوارث.

وعوداً على تعريف الضرورة، فقد تقاربت التعريفات لدى الفقهاء للضرورة بتوافر عنصر أساسي فيها: بأن يكون الشخص في حال تُهدد مصلحته الضرورية، كالتعرض للخطر، أو الهلاك، أو المشقة الشديدة، وبالتالي يبرر للشخص التصرف والعمل بكل السبل لدرء الخوف أو الخطر الواقع على النفس أو الدين أو المال أو العقل وفقاً لأسباب معقولة. ويذهب بعض الفقه في تعريفها إلى أنها: حالة تطرأ على الإنسان من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب حرام، أو ترك واجب، أو تأخيرُه

عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع⁽⁴¹⁾.

وتنقسم الضرورة إلى خاصة وعامة، فالخاصة: هي المتعلقة بفرد بعينه تعرض لعنصر الضرر، والعامة: هي التي تتعلق بكامل الدولة أو جزء منها يرتبط بمجموعة من مواطنيها، ويتحقق ولي الأمر من وجود ظلم فاحش، أو ضرر واضح، أو حرج شديد، أو تعرض الدولة لخطر يستدعي من ولي الأمر أن يأخذ بمقتضى الضرورة لدفع ذلك الخطر أو المحافظة على كيان البلاد، فإذا تعرضت البلاد لخطر داهم ولم تعد خزانة الدولة أو مواردها العادية تكفي لمواجهة هذا الخطر لضخامة عبء الإنفاق، نتيجة لهذه الظروف القاهرة، وغير العادية، بل المفاجئة أحياناً كالظروف الطبيعية، من زلازل وبراكين وفيضانات وأوبئة وقحط، وكالظروف الحربية والاعتداءات (وكل ما يمكن أن يندرج تحت اسم الأزمات والكوارث)، عندئذ جاز للدولة أن تفرض ما تراه مناسباً من الضرائب والرسوم على الرعية؛ مناطه: التقرير الفقهي في ضرورة الالتجاء إلى حكم التوظيف بفرض ضرائب استثنائية تقتطع من رؤوس الأموال، عند عدم كفاية الموارد العادية⁽⁴²⁾.

يقول الإمام القرطبي: «واتفق العلماء على أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة يجب صرف المال إليها، قال مالك رحمه الله: يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم، وهذا إجماع أيضاً»⁽⁴³⁾. ويقول الشاطبي في الاعتصام: «إذا خلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما يكفيهم؛ فلإمام - إذا كان عادلاً - أن يوظف على الأغنياء بما يراه كافياً لهم من المال إلى أن يظهر مال في بيت المال، ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلات، والثمار، وغير ذلك»⁽⁴⁴⁾. وفي المحلى لابن حزم الظاهري: «وفرض على الأغنياء أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك، إن لم تقم الزكوات بهم ولا في سائر أموال المسلمين بهم، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك، وبمسكن يُكنهم من المطر، والصيف، والشمس، وعيون المارة»⁽⁴⁵⁾. وغيرها كثير من النصوص التي وردت في أقوال العلماء.

ويدعم أقوال العلماء السابقة جميع القواعد الفقهية المرتبطة «بإزالة الضرر» من خلال

(41) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص67-68.

(42) غازي عناية، مرجع سابق، ص497-498.

(43) أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص191.

(44) إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الاعتصام، ط1، ج2، دار ابن عفا، القاهرة، 1992، ص519.

(45) علي بن أحمد بن حزم، المحلى بالآثار، ج4، دار الفكر، بيروت، (ب.ت)، ص282.

«تدخل الدولة» رعاية للمصلحة العامة بما يدرأ المفسدة التي لحقت بالدولة أو أجزاء منها، ويحافظ على أمنها واستقرارها، ومن هذه القواعد⁽⁴⁶⁾:

- 1- لا ضرر ولا ضرار.
- 2- الضرر يُزال.
- 3- الضرورات تبيح المحظورات.
- 4- يُتحمّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.
- 5- الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف.
- 6- الضرر يُدفع بقدر الإمكان.
- 7- إذا تعارضت مفسدتان رُوِعتْ أعظمُهما ضرراً.
- 8- يُختار أهونُ الشرين.
- 9- درء المفسد أولى من جلب المصالح.

وترتبط هذه القواعد بفقه جلب المصلحة ودفع المفسدة، فأساسها منع الفعل الضار عن النفس والغير، وهي توجب رفع الضرر قبل وقوعه وبعده؛ لأن الوقاية خير من العلاج، ويمكن أن يقال إن جميع هذه القواعد تنفرع من أصل واحد وقاعدة واحدة: الضرر يُزال، ودليها قول النبي ﷺ: لا ضرر ولا ضرار⁽⁴⁷⁾.

وعليه فإن مصلحة الفرد لا تنفصل أبداً عن مصلحة المجتمع، والدولة بما تملك من صلاحيات مُنحت لها بحكم الشرع، يتحتم عليها وفق نظرية الضرورة ودراء المفسد أن تتخذ من التدابير والاستراتيجيات ما يدرأ أي مفسدة تلحق بالدولة، وتوظف كل السبل المتاحة لرفع أي ضرر حادث أو محتمل، وإن أنتج ذلك أو تضمّن نقصاً في أموال الأفراد بضرائب أو رسوم إضافية، فتحمل هذا الضرر الأدنى مقتضاه دفع الضرر الأعلى اللاحق بالدولة.

وينبغي أن تُراعى الضوابط عند تطبيق نظرية الضرورة، كما قرر العلماء، وإلا كانت

(46) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط10، دار القلم، دمشق، 2012، ص165.

(47) حديث «لا ضرر ولا ضرار» الذي رواه أبو سعيد الخدري، قال فيه الإمام النووي إنه حديث حسن، والحديث اختلف في وصله وإرساله ولكن طرقة تقوي بعضها بعضاً، انظر تفصيل القواعد: محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ط2، دار النفائس، عمان - الأردن، 2007، فقه قاعدة «الضرر يُزال»، ص163.

تعدّيًا في غير محلها، وفيما يلي هذه الضوابط⁽⁴⁸⁾:

- 1- الضابط الأول: أن يكون الضرر في المحذور الذي يحل الإقدام عليه أنقص من ضرر حالة الضرورة، وهذا واضح جدًا عندما ندرس حالة فرض الضرائب كضرورة مُقابل المفاصد الكثيرة من جراء الكوارث حال وقوعها، وعندها الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف، ويُتحمّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.
- 2- الضابط الثاني: أن يكون مقدار ما يباح أو ما يُرخص فيه مقيدًا بالقيد الذي يدفع الضرورة، وبالتالي الضرورة تُقدّر بقدرها، فلا يجوز أخذ الأموال أو فرض الضرائب فيما يزيد على حاجة دفع النازلة التي حدثت، أو الضرر الذي لحق بالأمة.
- 3- الضابط الثالث: أن يتقيد زمن الإباحة ببقاء الضرورة، فما جاز لعذر بطل بزواله، وإذا زال المانع عاد الممنوع، وهذا عين العدل، في أن زوال الوضّع الراهن من النازلة أو الظرف الاستثنائي، يترتب عليه زوال الضرائب التي فرضت لأجله.
- 4- الضابط الرابع: ألا توجد وسيلة أخرى تُدفع بها الضرورة غير هذه، وعادةً ما تلجأ بعض الدول إلى الاقتراض من صندوق النقد الدولي، أو تطلب الإغاثة والمساعدة من الدول المجاورة، فإن لم يتحقق الدعم، أو لم يكن كافيًا جاز عند ذلك فرض الضرائب استكمالًا لدفع الضرر الناشئ.
- 5- الضابط الخامس: أن تكون الضرورة حقيقية حالة، وليست مُتوهمة أو مُتوقّعة، بمعنى أن دفع الضرورة يعني استقامة حال الناس، وأن وجود الظرف الاستثنائي وعدم علاجه قد يضران بمصالح الأمة.

المسألة الثانية: قواعد السياسة الشرعية (غائية الحقوق)

يتفق أهل العلم على أن تصرف الحاكم منوط بالمصلحة⁽⁴⁹⁾، وأن للحاكم تقييدًا أو منع المباح الذي تنتج مفسدة بسببه ويصادم مصلحة، وله بمقتضى السياسة الشرعية

(48) عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ، ص96. زين العابدين بن إبراهيم بن نجم الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980، ص89؛ جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي، نهاية السؤل (شرح منهاج الوصول في علم الأصول، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ - 1999م، ص82؛ يعقوب عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية: المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور، مكتبة الراشد، الرياض، 1998.

(49) أصل هذه القاعدة هو قول أمير المؤمنين عمر: «إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة والي اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعفت»، ولذا نص كثير من العلماء أمثال الإمام الشافعي أن منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم. السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص216.

مسايرة الأوضاع الملائمة للناس فيما يحقق مصالحهم ويدفع عنهم المفساد. والسياسة الشرعية هي الأحكام والتصرفات التي تدبر شؤون الأمة في حكومتها وتشريعها وقضائها وفي جميع سلطاتها التنفيذية والإدارية وفي علاقاتها الخارجية التي تربطها بغيرها من الأمم، وذلك على أساس ما يراه الحاكم من مصلحة، وإن لم يرد به دليل شرعي مُعَيَّن؛ فللدولة أن تتدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة، سواء في أصل حق الملكية، أو في منع المباح وتملكه، أو فرض قيود على الملكيات، أو غيرها من سبل التدخل، إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة⁽⁵⁰⁾.

وقد بين الإمام الجويني في «غياث الأمم» تطبيقات مهمة بشأن تدخل الإمام عند الملومات، فيذكر أنه إذا أُلْتِ مُلَمَّةٌ بالدولة واقتضى ذلك مَالاً، فإنه يتوجه إلى بيت المال لكفائتها، فإن لم يكن نزلت على أموال المسلمين كافةً لقطع تبعاتها، كما يجوز للإمام أن يقتصر على بيت المال إن رأى في ذلك حاجة⁽⁵¹⁾. وهذا كله نوع من التدخل السيادي للدولة وفقاً لتطبيق القاعدة، وهو ذاته ما عبر عنه ابن عاشور بقوله في تطبيق القاعدة: «جميع تصرفات الأمراء منوطة بالمصالح»، وقوله: «كل مؤتمن على حق تصرفه فيه منوط بالمصلحة بحسب اجتهاده المستند إلى الوسائل المعروفة في استجلاب المصالح»، وعليه فإن للدولة تطبيقاً لهذه القاعدة⁽⁵²⁾:

– أولاً: ضبط الانتفاع بالمباحات، بتقييده أو منعه، كمنع الصيد وقت الحرائق لما له من أثر سلبي في انقراض الحيوانات.

– ثانياً: تقييد الحق الفردي: بالقدر الذي تُصان به المصلحة العامة، كمنع السفر والحجر، وتقييد سحب الأموال من البنوك عند التضخم، وغيرها.

– ثالثاً: فرض الضرائب الإضافية وفق الدخل لسد العجز المترتب وقت الظروف الاستثنائية، أو فرض الرسوم على أموال الأغنياء نهوضاً بالتنمية المستدامة.

ووفقاً لذلك فإن للدولة بما تراه من مصالح مرتبطة بغايات متحققة، إما دفعاً لأزمة وإما علاجاً لها وإما تخفيفاً من أعبائها، أن تفرض على رعايا الدولة من الضرائب والرسوم بشكل قسري ما يُعيد التوازن واستقرار المصالح وبما يخدم الأمة والصالح العام.

(50) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنةً مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص 311-312.

(51) أبو المعالي عبد الملك بن يوسف الجويني، (ت 478هـ)، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط 2، مكتبة إمام الحرمين، مكة المكرمة، 1401هـ، ص 276.

(52) مروة جبريت وعمر مونة، قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها في المجال البيئي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة غرداية، الجزائر، مج 9، ع 1، 2020، ص 633.

المسألة الثالثة: أصول التكافل والتضامن الاجتماعي

من الثابت علماً وواقعاً أن التضامن المادي هو ما تقتضيه ضرورات العيش في جماعة، وطبيعة العمران، إذ لا يستقيم أمر الحياة إلا بالتضامن الاجتماعي المادي بين الأفراد، وهي الحقيقة التي انبثق عنها مذهب التضامن الاجتماعي كأساس للقانون، والتي تبلورت في العصر الحاضر لدى بعض فقهاء القانون أمثال الفرنسي ديجوي، فاتخذ منها قاعدة تتفرع عنها القواعد القانونية جميعاً، غير أن مبدأ التضامن في الفقه الإسلامي يُمثل وفق الأحكام الشرعية جزءاً من التكافل الاجتماعي العام، والذي لا يقتصر على سد حاجات الأفراد أو المجتمع مادياً من حيث الغذاء والكساء والسكن، من كل ما هو ضروري لقيام الحياة في صورتها المادية؛ بل يتناول حفظ مقومات الفرد الأساسية في الحياة، من حفظ دينه ونفسه وماله وعقله، وكان التكافل بكل ما يحويه من أنظمة تفصيلية نتيجة طبيعية لأصول عامة مستقرة يقوم عليها التشريع كالرحمة والعدل والأخوة والولاية والتناصر والتعاون على البر والتقوى⁽⁵³⁾.

كما تنعكس على العلاقة التبادلية في الحقوق والواجبات والمصلحة المشتركة بين الأفراد والدولة، إذ لا بقاء لأحدهما من دون الآخر؛ فالرعية تستمد وجودها من وجود الدولة، وتتمتع باستغلال مرافقها العامة، من أمن ودفاع وعدل وفصل بين الخصومات، وتعليم وصحة وري وصرف وغير ذلك من المصالح العامة، وتستمد الرعية من حماية الدولة، وانتمائها إليها القدرة على تلبية حاجاتها الخاصة وتنمية أموالها، ولذا فالكل مكلف وفقاً لقواعد التكافل والتضامن بحماية الدولة، ودعم أسس وجودها، خاصة في الظروف غير العادية التي تتعرض لها الدولة من أزمات أو كوارث، والالتزام بدفع ما يترتب من ضرائب عارضة تفرضها الدولة، مراعيةً الطرف الاستثنائي الطارئ في فرضيتها للضرائب العارضة، وبما يتناسب مع حجم هذا الطرف الاستثنائي وبقائه⁽⁵⁴⁾.

الفرع الثاني

المعنى الشرعي للحق وارتباطه بالسلطة

اعتبر المذهب الفردي أن منشأ الحق هو ذات الإنسان ومحوره، والحق صفة مميزة لإرادته ومُظهرة لحريته، ولذا بُني القانون على أساس من هذا الحق الطبيعي المطلق لحمايته، وتمكين الفرد من التمتع به، وتقييده استثناء اقتضته الضرورة، أما المذاهب

(53) فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 224-225.

(54) غازي عناية، مرجع سابق، ص 497.

الاجتماعية فترى أن الحق منحة من الجماعة وللجماعة، وهو وظيفة تنظمها الدولة التي تنوب عن المجتمع في ضوء من مصلحة الجماعة، أما في الفقه الإسلامي، فإن منشأ الحق هو الحكم الشرعي، وهو ما يعني في الفقه القانوني «القاعدة القانونية»⁽⁵⁵⁾؛ فالإنسان لا يستحق الحق بحكم كونه إنساناً، بل الحق منحة من الله تعالى للفرد⁽⁵⁶⁾، يقول تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْفِلِينَ فِيهِ﴾ [الحديد: 7]، وقوله: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاهُمْ﴾ [النور: 33]، وفي الآيتين دلالة على استخلاف الله تعالى للإنسان في الأرض استخلاقاً محدوداً بحدود قيد فيها الحق - سبحانه - أصوله وقواعده، وحدد مداه وطريقة الانتفاع به بعيداً عن الفوضى أو التسلط⁽⁵⁷⁾.

ويترتب على هذا الأصل⁽⁵⁸⁾:

1- أنه تعالى منح الحق لحكمة هي مصلحة قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق، وأن الأصل في الحق التقيد، فهو مقيد بما يقيد به الشارع، وعليه يكون تصرف

(55) يذهب فقهاء القانون إلى أن «القاعدة القانونية» تُعبر عن الوحدة التي يتكون منها القانون، على اعتبار أن القانون مجموعة من القواعد التي يطلق على كل منها: «قاعدة»، ثم اختلفوا في تفسير هذه القواعد، فمنهم من نظر إلى الغاية من القواعد القانونية، فعرّفها على أساس أنها قواعد ملزمة، تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيمًا عادلاً، يكفل حرية الأفراد ويحقق الخير العام. ومنهم من نظر إلى ارتباطها بالجزاء، فعرّفها بكونها قواعد عامة جبرية تصدر عن إرادة الدولة، وتنظم سلوك الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها. ومنهم من نظر إلى الخصائص التي تميزها عن غيرها من العلوم، فاعتبرها مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في الجماعة تنظيمًا عامًا ومفروضًا بتهديد الجزاء الموضوع لمخالفتها، تُوقعه سلطة معيّنة في الدولة لكي يكفل لها احترامها. إبراهيم رحمان، المقارنة بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة أم درمان، السودان، 1 ع، إبريل 2004، ص 53-54.

- وتنقسم «القواعد القانونية» إلى قواعد أمرة وناهية، وقواعد مقررّة أو مفسرة أو مكملة، ويطلق على القواعد الأمرة والناهية اسم «قواعد النظام العام والآداب»، وهي مجموعة القواعد التي تتعلق بمصالح أساسية أو عامة للجماعة تعلق على مصلحة الأفراد، أو هي كل ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع، وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص 27.

(56) يقرر الشاطبي هذا المعنى بقوله: لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقاً بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل، ويقول: فإن ما هو لله - أي من الحقوق - فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله: إذ كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً، ويلاحظ أن الشاطبي يرى أن الحق الفردي ليس حقاً خالصاً لصاحبه، بل هو مُشترَب بحق الله. الموافقات، ج 2، ص 316؛ وانظر: فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 71.

(57) يقول القرطبي: وهذا يدل على أنها ليست بأموال الكم في الحقيقة، وما أنتم فيه إلا بمنزلة النواب والوكلاء. الجامع لأحكام القرآن، ج 17، دار الفكر، دمشق، ص 216، محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 11، دار سحنون، تونس، 1997، ص 369.

(58) فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 72-76 (بتصرف).

الفرد في حقّه مقيداً بما يُحقق تلك المصلحة؛ حتى يكون قصده في استعمال حقّه موافقاً لقصد الله في التشريع، وإلا كان مناقضاً للشرع، ومناقضاً الشرع باطلاً.

2- أن الحق ليس غاية في ذاته؛ بل وسيلة إلى مصلحة شرع الحق لأجلها، وعلى رغم أن الفرد ذو كيان مستقل وشخصية ذاتية في الجماعة لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية، إلا أن الأفراد لا يتصرفون بإراداتهم الحرة من دون أن يهدفوا إلى تحقيق غاية من وراء التصرف.

3- الدولة كالفرد كلاهما يتلقى الحق من الله تعالى، فالفرد عبدٌ لله لا للدولة، والله تعالى الذي منح الفرد حقّه هو الذي منح الدولة حق الطاعة على الرعاية في حدود رعايتها هي لأحكام الله ﴿وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 59]، وورد عن سيدنا أبي بكر قوله: «أطيعوني ما أطعت الله فيكم فإذا عصيته فلا طاعة لي عليكم»⁽⁵⁹⁾؛ فالدولة لا تملك أن تمنح الفرد حقاً، إذ ليس حقّها بأقوى من حق الفرد إلا في حالة الاعتداء على حق الغير، أو حالة التعسف فيه، وإذا لم تكن مانحة للحق، فليس لها أن تسلب الفرد حقه تحكماً وتعسفاً، ووظيفتها رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة، وتمكينه من التمتع به على وجه لا يضر غيره سواء الفرد أو المجتمع، فإذا تدخلت الدولة في شؤون الأفراد فإنما تتدخل في حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى، ولا يجوز أن يكون هذا التدخل إلا في حدود رسمها الشارع الحكيم ترجع كلها إلى مقتضيات الضرورة، وكفالة الصالح العام، وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد.

4- أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة الفردية عند التعارض، كما هو مقرر في الشريعة، ولو لحق الفرد من جراء ذلك ضرر؛ لأنه يجبر بالتعويض؛ ولأن في رعاية المصلحة العامة وتقديمها رعاية للمصلحة الخاصة ضمناً، فللدولة رعاية للمصلحة العامة أن تُقرر من القوانين والأنظمة والتعليمات ما يؤكد نفي الضرر عن مجموع الأمة أو يعالج خللاً أو ظرفاً طارئاً أو تهديداً أو غير ذلك، حتى لو كان ذلك نزاعاً للملكية الخاصة الفردية ما دامت موجهة للصالح العام، لأن الصالح العام مراعى في كل حق فردي.

(59) جزء من حديث طويل لتولي أبي بكر الصديق الخلافة بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم، عن أنس بن مالك، (إسناده صحيح)، ابن كثير، البداية والنهاية، ج 5، 218 ص.

المطلب الثاني الأسس القانونية

بوجه عام يدعو الإطار القانوني الأساسي في معظم الدول إلى أن فرض الضرائب أو إقرار الرسوم يجب أن يحدث وفقاً لسيادة القانون، وتتمثل أساسيات هذا الإطار في أنه: لا يمكن فرض ضريبة إلا إذا نص قانون تم سنّه بشكل قانوني على ذلك، وأن تطبق الضريبة بشكل محايد، وألا تُستخدم الإيرادات إلا للجمهور الشرعي وليس لأغراض خاصة، كما تنص سيادة القانون على أن هذه المبادئ تُنفذ من قبل محاكم مستقلة، لكن في بعض البلدان النامية أو التي تمر بمرحلة انتقالية، لا يؤدي النظام القضائي دوره بفاعلية لأسباب مختلفة، وإضافة إلى هذه المبادئ العامة، تخضع سلطة إصدار قوانين الضرائب لعدة أنواع من القيود تشمل مصادرها: المبادئ الدستورية أو غيرها من المبادئ القانونية الأساسية التي يقوم عليها المجتمع المنظم، والاتفاقات الدولية، وكذلك تفسير المحاكم لقوانين الضرائب، والإطار العام للقانون المدني والقانون العام، وأخيراً الهيكل الأساسي للدولة كدولة مركزية أو فيدرالية، وهذا يعني أنه يجب صياغة القوانين الضريبية في سياق هذا الإطار القانوني في كل دولة بما يتناسب معها⁽⁶⁰⁾.

وهنا يكمن السؤال المنطقي ضمن الاجتهادات والتفسيرات القانونية حول الأسس التي يمكن أن تُسوَّغ فرض ضرائب أو رسوم جديدة حال وقوع أزمة أو كارثة، أو الإعفاء منها، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الجميع يتفقون على اعتبار سيادة الدولة والقانون أساساً هيكلياً في صياغة أو إقرار أي قانون يواجه المشكلة.

الفرع الأول

علاقة تدخل الدولة في أوقات الظروف الاستثنائية

وارتباطها بنظرية الضرورة

تؤكد التشريعات الحديثة والدساتير على مبدأ سيادة القانون، وأن القانون هو أساس الحكم في الدولة، وأن الدولة تخضع للقانون، والثابت أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشّر نيابة عن الجماعة لصالحها، ومن ثم فقد أضحت خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة باعتباره الأساس الذي تقوم عليه الدولة

(60) Vanistendael, Frans, Legal Framework for Taxation2, International Monetary Fund, 23 Aug 1996, DOI: <https://doi.org/10.5089/9781557755872.071>, p.531.

القانونية. ومع ذلك تستجد أحداث تتسم بالخطورة الاستثنائية، ويكون من شأنها أن تضعف وتهدد كيان الدولة والأمة ومصالحها العليا، فتجد الدولة نفسها مضطرة إلى تجاوز بعض المبادئ الدستورية من أجل دفع هذه الظروف الخطرة، مبررةً تجاوزها بوجود حالة الضرورة، وفي سبيلها لمواجهة هذه الأحداث الخطرة، وتعتمد آليات وصلاحيات استثنائية تُقرها حال الضرورة لدفع مخاطر قائمة أو متوقعة⁽⁶¹⁾.

وتقوم نظرية الضرورة في القانون العام على نفس الأسس التي يُبنى عليها حق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي، لأن دفاع الدولة عن نفسها كدفاع الإنسان عن نفسه ضد ما يهدده من أخطار، وهذا نفسه ما قرره الفقه الألماني في اعتبار نظرية الضرورة نظرية قانونية تبيح إجراءات بحسب نصوص قانونية على أساس حق الدولة في السيادة؛ فللدولة شخصية معنوية تمتاز بالسمو والعلو على الشخصيات المعنوية الأخرى التي توجد في المجتمع، لذلك فإنها عندما تسن قانوناً معيناً فإنها تسنّه باعتباره تعبيراً عن إرادتها الملزمة لأفراد المجتمع الذين يقعون تحت سلطانها، فلرئيس الدولة أخذاً بحق الضرورة أن يعطل الدستور والقانون، أو يفرض قوانين جديدة كلما وجد ذلك ضرورياً للدفاع عن أمن الدولة وصيانة نظامها العام، وهو ما عبر عنه الفقه الألماني بنظرية التحديد الذاتي للدولة⁽⁶²⁾.

ويترتب على فكر هذه المدرسة أمران⁽⁶³⁾:

1- أن الفقهاء الألمان جعلوا فكرة الضرورة نظرية قانونية تُضفي صفة الشرعية على الأعمال والإجراءات التي تقوم بها الدولة في حالة الظروف الاستثنائية، مهما بلغت في مخالفتها للدستور والقانون، وبالتالي فإن الدولة لا تُسأل عن هذه الأعمال والإجراءات، ولا تجوز مثلاً المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالأفراد مهما بلغت جسامتها.

(61) وهكذا أصبحت نظرية الضرورة في الوقت الحالي جزءاً لا يتجزأ من غالبية الأنظمة القانونية والدستورية، إذ يصعب على أي نظام ديمقراطي يواجه أعباء ومصادر السلطة، من دون الاستعانة بهذه النظرية، وذلك باعتبارها آلية قانونية استثنائية تبيح للسلطة التنفيذية التصدي لكل ما يطرأ على الساحة من حوادث وظروف غير عادية تعجز الوسائل التقليدية عن مواجهتها. محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري - دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص1-2، وص11.

(62) أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987، ص236.

(63) عادل أحمد بو عكري، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة - دراسة مقارنة ما بين الأردن والكويت، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان - الأردن، 2010، ص30-31.

2- أن المدرسة الألمانية وسَّعت من اختصاصات السلطة التنفيذية بإعطائها سلطة التشريع مؤقتاً في حالة الضرورة، وحيث إن الضرورة تُعد مصدراً غير مشروط للقواعد القانونية، فإنه ليس بخاف أن هذه الرؤية تؤدي إلى نتيجة خطيرة وهي إطلاق السلطة التنفيذية وإخضاع القانون لإرادتها؛ فهي بالتالي تؤدي إلى عدم خضوع السلطة التنفيذية للقانون إلا حينما تريد وفي الحدود التي تريد.

أما فقهاء المدرسة الفرنسية (الفرنكفونية): فإن المبدأ الذي اتخذوه كأساس لهذه النظرية هو الخضوع للأمر الواقع، فلا يعترفون بغير الحكومة التي تخضع دائماً للقانون حتى في أوقات الأزمات والكوارث وأحوال الضرورة العاجلة؛ فالضرورة عندهم ليست نظرية قانونية، ولكنها محض تسوية سياسي عملي، أو واقع اضطرت إليه الدولة تحت تأثير الظروف، لا تلبث الدولة بعد زوال الخطر أن تُصلح ما اضطرت إليه، فتعتبر الإجراءات المخالفة للدستور أو القانون باطلة، وما ينتج عنها من تصرفات، ومسؤولية الحكومة وموظفيها تظل قائمة حتى يصححها البرلمان، وهكذا إذا ما اضطرت الدولة إلى اتخاذ إجراءات لدفع ضرر أو معالجة ظرف طارئ، فلا يرجع ذلك إلى حق قانوني لها، بل يرجع إلى الحوادث الاستثنائية التي لم يكن في الإمكان النص السابق لها حتى تكون إجراءات قانونية⁽⁶⁴⁾.

وعلى الرغم من التوسع أو التقييد في حدود سلطة الحاكم في التدخل بين المدرستين، إلا أن النتيجة التي تبنتها معظم الدول هي اعتبار نظرية الضرورة أساساً لسن القوانين حال الأزمات والكوارث تطبيقاً للنظرية، والتزاماً بالقاعدة العامة: «الضرورات تبيح المحظورات»، وقاعدة: «الضرر يُزال»، الذي تؤيد فيه ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني

نظرية الظروف الطارئة وارتباطها بمقتضيات العدالة

والتضامن الاجتماعي

ذكرنا في المبحث الأول أن نظريات المنفعة والعقد بين الأفراد والدولة من المبررات التي تبناها بعض الفقهاء لتدخل الدولة بفرض الضرائب والرسوم لتحمل الأعباء العامة في الأحوال العادية أو غير العادية، ويعتبر الفقهاء ممن يتبنون نظريات العقد والمنفعة

(64) سمير علي عبدالقادر، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1984، ص 164.

بين الأفراد والدولة أن هذا العقد الضمني بينهما يُكَيَّف على أساس بيع الخدمات أو عقد إيجار أعمال، فيما ينظر البعض الآخر إليه على أنه عقد تأمين، وفريق ثالث يعتبره عقد شركة إنتاج⁽⁶⁵⁾.

بينما اتجه عدد كبير من الفقهاء ممن رفض نظرية التعاقد، إلى نظرية سيادة الدولة أو نظرية التضامن الاجتماعي، وبناءً على هذه النظرية يقرر الفقهاء أحقية الدولة في سيادتها على أقاليمها ورعاياها، وبناءً على توفيرها وحمايتها للتضامن الاجتماعي بين أفرادها من الأجيال السابقة واللاحقة، ومن ثم تضامنهم في تغطية نفقات الدولة العامة لتحمل الأعباء العامة، وإشباع الخدمات العامة دون الخاصة، فهم أفراد مجتمع واحد، يجب عليهم التضامن لتسهيل قيام الدولة بأعبائها ووظائفها، بما يقدر عليه كل مكلف بغض النظر عن قيمة المنفعة والفائدة العائدة عليه⁽⁶⁶⁾.

وعلى الرغم من الانتقادات الكبيرة لنظرية العقد، باعتبارها تصطدم بعنصر الإلزام ولا تُقدم تفسيراً واضحاً له، إلا أنها لا تزال تلقى قبولاً عند المفكرين، فيما حازت نظرية التضامن الاجتماعي والسيادة قبول الفقه المعاصر على نطاق أوسع فيما يتعلق بتفسيرها لالتزام الأفراد بدفع الضرائب، ومن ثم بحق الدولة في إلزام الأفراد بدفع الضرائب لها؛ فنظرية التضامن الاجتماعي وارتباطها بسيادة الدولة تتلاقى مع مبدأ التكافل الاجتماعي الذي يتبناه الفقه الإسلامي، من حيث تقديم التسوية الكافي والتفسير المنطقي لتدخل الدولة في إقرار الضرائب والرسوم ضمن قاعدة العدالة الاجتماعية التي تحفظ حقوق الإنسان.

وأجد بعد دراستي لكلا النظريتين العقدية والتضامنية التي تربط بين الحاكم والمحكوم، أو بين الدولة ورعاياها، إمكانية انطباق نظرية «الظروف الطارئة» التي كانت مقتصرة على القانون الخاص قديماً ثم ازدهر تطبيقها في القانون العام والقانون الإداري، لتكون مبرراً لتدخل الدولة في إقرار الضرائب والرسوم حال الأزمات والكوارث، وذلك من خلال التفسيرين الآتين:

(65) من أنصار التكيف بعقد بيع خدمات: الاقتصادي «ميرانو»، و«آدم سميث»، ووفق هذا العقد يدفع الأفراد من الضرائب لقاء الخدمة، فالضريبة مساوية للمنفعة التي يحصل عليها الممول، كما يحق للدولة التوسع في سلطتها لفرض الضرائب على أكثر المنتفعين من الخدمات والمنافع المقدمة، فيما تبني المفكر الفرنسي «مونتسكيو» فكرة عقد التأمين، بينما اتجه المفكر «بروجلي» إلى كونها عقد شركة. انظر: عبد المنعم فوزي وعبد الكريم بركات ويونس البطريق، النظم الضريبية، ط2، المكتب الشرقي للنشر، بيروت، 1969، ص 10-12؛ عاطف أندراوس، الاقتصاد المالي العام في ظل التحولات الاقتصادية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 165؛ غازي عناية، مرجع سابق، ص 360.

(66) غازي عناية، مرجع سابق، ص 363.

1- من خلال فهم فلسفة النظرية وارتباطها بالمتعاقدين عندما يحدث طارئ، ما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً إلى درجة تُخرجه عن حد المألوف في الخسائر، ووقوع خلل في التوازن الاقتصادي للعقد بسبب التغيرات المفاجئة التي حدثت، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً يلزم القاضي رد الالتزام إلى الحد المعقول⁽⁶⁷⁾. وإن طبقنا ذلك على مستوى الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً وأحد أطراف العقد، فإن الخلل الذي يحدث عند وقوع الكوارث والأزمات من شأنه أن يُخل بالتوازن الاقتصادي في الالتزام الناشئ بين الدولة ورعاياها وفقاً للعقد الضمني بينهما، وأن تقديم المنافع والخدمات سيكون مرهقاً بسبب الخسائر الفادحة التي حدثت من جرّاء الأزمة أو الكارثة، يلزم منه إعادة الالتزام إلى الحد المعقول، أي اتخاذ إجراء يُعيد التوازن إلى الحد المعقول.

2- أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يعني إخلاء الدولة من مسؤولياتها تجاه الأفراد، وهنا ينشأ مفهوم التضامن الذي يشكل الجانب الثاني من جوانب تفسير العلاقة بين الدولة ورعاياها؛ فالتضامن يعني تضحية مشتركة من الجانبين حال وقوع الأزمة أو الكارثة، وليس التخلي عن الالتزام أو مضمونه، فالالتزام قائم بينهما، ولكن التضامن يقتضي توزيع آثار وتبعات الأزمات والكوارث وخسائرها بين الدولة ورعاياها، فتفرض من الضرائب والرسوم ما يبقى ضمن حيز مبادئ العدالة والملاءمة ووفق الأنسب للمكلف، بحيث لا تتعسف الدولة ضد حقوق الأفراد أو تتجاوز مقدراتهم.

(67) نصت (المادة 213) من المشروع التمهيدي في القانون المدني المصري على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ينقص الالتزام المرهق إلى حد المعقول، إن اقتضت العدالة ذلك»، والمقصود بالحوادث الاستثنائية: التي تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، وليست خاصة بالمدين، كالفيضان، وانتشار الأوبئة، والزلازل، والارتفاع الباهظ في الأسعار أو النزول الفاحش فيها وغيرها، واعترض أن القاضي في هذا يخرج عن وظيفته إذ إن وظيفته تفسير إرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة، وبدعى أن النص يؤثر مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات، لأن أقل حادث سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الأسعار، وأخرى انهيارها، فأجيب أن القاضي يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يوجد نص في العقد، وهو في هذا يعمل ضمن حدود وظيفته. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط3، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص704-705.

المطلب الثالث

خارطة الطريق للسياسات والبرامج الممكنة في إقرار الدولة للضرائب والرسوم حال الأزمات والكوارث

ليس من السهل صياغة برنامج ضريبي واحد أو خارطة طريق أحادية الجانب في أي دولة تعرضت لأزمة أو كارثة، فمن المحال أن تنفصل التشريعات عن المحيط سواءً من حيث آلية إعداد الخطة، أو من حيث دراسة الوعاء الضريبي مروراً إلى آلية التنفيذ، ولذا ينبغي لمركز الطوارئ المرتبط بالأزمات والكوارث أن يقدم جميع المعلومات والبيانات لأصحاب القرار في الدولة، للتوصل إلى خطة مستعجلة، وقد رأينا في المبحث السابق من خلال تقارير المركز الدولي للأزمات والكوارث، أهمية قاعدة البيانات في المسح الإحصائي لتكون موجّهًا في احتواء الأزمات.

وعندها تُقرر الدولة كيفية التعامل مع البرنامج الضريبي سواء من حيث: إقرار واستحداث ضرائب ورسوم جديدة تدعم ميزانية الدولة، أو الإعفاء من هذه الضرائب والرسوم لبعض القطاعات أو الأشخاص الذين لحقهم الضرر البالغ بسبب الأزمة أو الكارثة ضمن قواعد العدالة والملاءمة وعدم التعسف حفاظاً على حقوق الإنسان، ومن الأمثلة التطبيقية لفرض رسوم في مواجهة الكوارث البيئية ما يُسمى بضريبة الكربون، والتي فرضتها السويد لمواجهة مشكلة التلوث.

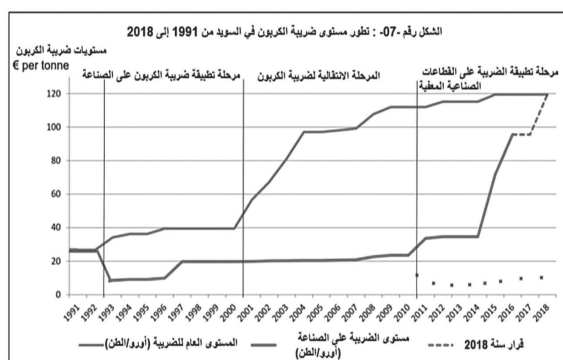
فلا يخفى حجم المشكلة البيئية التي تعصف بالعالم والكوارث التي تُسببها التغيرات المناخية على الأرض، كما مر سابقاً في تقارير قاعدة البيانات الدولية للأزمات والكوارث، وعلى رغم انعقاد عديد من المؤتمرات لمواجهة الكوارث البيئية إلا أن الجهود لا تزال ضئيلة في صياغة خطة شاملة تنقذ الأرض.

ومن ضمن برامج الإصلاح الضريبي لمواجهة الكوارث البيئية أُقرت في عدد من الدول تحت اسم: «الضريبة الخضراء»، وتُعرف الضريبة الخضراء بعدة أسماء من بينها: الضريبة الإيكولوجية، والضريبة البيئية، والضريبة التصحيحية، وتشمل عديداً من الأنشطة كضريبة الكربون، والضريبة على رخصة البناء، والضريبة على الطاقة، وتهدف جميعها إلى استحداث آلية جديدة للضرائب والرسوم للحد من التلوث تدعم إيرادات الدولة وتُسهم في خفض جانب آخر من الضرائب والرسوم، من خلال تغطيتها لكل التدابير المالية من ضرائب ورسوم وإعفاءات على جميع القطاعات مما له تأثير في البيئة؛ فهي خطة اقتصادية وجبائية تُفرض جبراً على المؤسسات التي تمثل أنشطتها خطراً على البيئة، وتهدف إلى إدماج تكاليف الفعاليات الاقتصادية (التجارية،

الصناعية، البناء، القطاع العام... الخ) مع تكلفة الأضرار البيئية الناجمة عن أنشطتها، وتهدف إلى تغيير سلوك الجهات الفاعلة إلى سلوك إيجابي لحماية البيئة، وتوجه نحو الابتكار والإبداع في مجال المياه والطاقة، والمواد الأولية والنفايات الخاضعة للضرائب، وهذا يقودهم إلى تطوير أساليب جديدة للإنتاج، والنقل، والإسكان، واستخدام الطاقة والاستهلاك العام قصد تخفيض الضرائب التي يدفعونها، وزيادة الإيرادات التي يمكن استخدامها لتحسين البيئة⁽⁶⁸⁾.

لا شك أن مثل هذا النوع من الضرائب يُعزز مفهوم المسؤولية الجماعية ضمن قواعد التكافل والتضامن تجاه البيئة، كما يبرر تدخل الدولة في إقرار هذا النوع من الضرائب وفق أسس السيادة، لتكون هذه الضرائب إلزامية قانوناً لمختلف المؤسسات التي تتحمل جزءاً من مسؤوليتها عن تلوث البيئة وفق المحيط الذي تنشط فيه.

وتُعد التجربة السويدية في تطبيق «ضريبة الكربون» من التجارب الريادية على مستوى العالم، حيث أقرت قانوناً في العام 1991 يواجه قطاعي الصناعة والطاقة وغيرهما من القطاعات لأجل احترام الأهداف البيئية، والتقليل من الانبعاثات الكربونية في العالم التي تُعد عاملاً أساسياً في ارتفاع نسبة التلوث وتسببها في كثير من الكوارث البيئية على الأرض، ونجحت السويد عبر السنوات في خفض انبعاث الكربون لتصبح أقل دولة في العالم تلوثاً بالكربون، كما أن ضريبة الكربون طُبقت بمعدلات متزايدة سنوياً لمعالجة خلل عدم التوازن في تطبيقها على القطاعات خاصة بعد العام 2018، والجدول التالي يوضح ذلك:



المصدر: (Ackva & Hoppe, 2018, p. 05)

(68) سبرينة مانغ وسامية بن زعيم، دور الضريبة الخضراء في تطوير التنافسية البيئية والاقتصادية للمؤسسات - دراسة حالة ضريبة الكربون الرائدة عالمياً في السويد، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، منشورات جامعة عبدالحاميد مهري، قسنطينة2، الجزائر، مج6، ع1، يونيو2020، ص58-59.

فضلاً عن مستوى الوعي لدى الأفراد الذي أسهم بشكل كبير في تقديم مسؤولياتهم الاجتماعية تجاه الدولة عندما تحمل الأفراد الجزء الكبير من نسبة الضريبة مقارنة بالقطاعات الصناعية، كما لم تضر ضريبة الكربون في السويد بالتنافسية الاقتصادية لمؤسسات الدولة، لأنها طبقت وفق برنامج ضريبي يسمح بتخفيف العبء الضريبي على المؤسسات الصناعية المنتجة بعد تزويدها بطاقات أخرى متجددة، وهذا كله جعل من السويد أنموذجاً في تفعيل هذا النوع من الضرائب يمكن أن يُحتذى في دول العالم بهدف الوصول إلى تنمية مستدامة تُعزز استدامة البيئة وتحفظ الأرض من الكوارث.

الخاتمة

فيما يلي عرض بأهم النتائج والتوصيات:

أولاً: أهم النتائج

- 1- أن المفهوم المعاصر للضريبة يقوم على اعتبارها إحدى الوسائل المالية التي تمكن الدولة من التدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وتوجيه النشاط الاقتصادي وجهةً معينة.
- 2- العناصر التي يقوم عليها الرسم، هي: العنصر النقدي، والعنصر الجبري، وعنصر المنفعة الخاصة والعامة.
- 3- يمكن الجمع بين الأزمات والكوارث في مظلة واحدة، وهي مظلة «الظروف الاستثنائية»، لما لها من ارتباط وثيق في التصور العام للمفهوم، وكذلك الآلية التنفيذية المرتبطة بتشريع القوانين الخاصة أو إعلان حالة الطوارئ عند مواجهة الخطر.
- 4- المبادئ التي تستند إليها الضرائب في الفقه الإسلامي هي: صيانة المجتمع؛ بتغطية جميع نفقات المصالح العامة، وتحقيق الوحدة الاجتماعية بين أفراد المجتمع الإسلامي الواحد على أساس التكافل والتضامن والتعاون.
- 5- تضمّن النظام الضريبي في الإسلام الأخذ بقواعد توزيع العبء الضريبي تنفيذاً لقواعد العدالة واليقين أو الشفافية، والملاءمة سواء في الظروف العادية أو في حالة الأزمات والكوارث.
- 6- الدولة والأفراد كلاهما مكلف وفق قواعد التكافل والتضامن بحماية الدولة، ودعم أسس وجودها، خاصة في الظروف غير العادية التي تتعرض لها الدولة من أزمات أو كوارث، والالتزام بدفع ما يترتب من ضرائب عارضة تفرضها الدولة، مراعيةً الطرف الاستثنائي الطارئ في فرضيتها للضرائب العارضة، وبما يتناسب مع حجم هذا الطرف الاستثنائي وبقائه.
- 7- تصلح نظريات: الظروف الاستثنائية من خلال ارتباطها بنظرية الضرورة، ونظرية الظروف الطارئة ومقتضيات العدالة والتضامن الاجتماعي أن تكون أساساً لتدخل الدولة في إقرار الضرائب والرسوم حال الأزمات والكوارث.
- 8- إن صياغة خارطة طريق لنظام ضريبي متكامل ينبغي أن تتضمن عدة مراحل

ودراسات مستعجلة تضمن حقوق الإنسان، وقواعد العدالة والملاءمة وعدم التعسف.

ثانياً: التوصيات

- 1- تُوصي الدراسة بإنشاء مجلس طوارئ: إن مواجهة الأزمات والكوارث ضمن الموارد الضريبية يجب أن تتماشى مع «الواقع»، فليست المسألة مجرد تنظيرات غير قابلة للتطبيق، بل ينبغي لكل دولة أن تُشكل مجلس طوارئ يُعنى بدراسة هيكلية الضرائب والرسوم في الدولة وإعادة صياغة القوانين المستعجلة، والمتضمنة كلا الأمرين: استحداث ضرائب ورسوم جديدة، أو الإعفاء منها وفق ما تقتضيه المرحلة ليحافظ على البنى التحتية ويسند مرتكزات الدولة ويخدم الصالح العام.
- 2- كما توصي بعقد مؤتمر خاص لمواجهة آثار الأزمات والكوارث على الميزانية العامة للدولة وكيفية تقديم أنظمة ضريبية عادلة لمواجهةها.
- 3- وأخيراً توصي الدراسة طلبة العلم بمزيد من البحث في موضوع الدراسة، لما له من أبعاد وطنية يمكن أن تكون مشاريع مستقبلية في تنمية اقتصادية مستدامة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- كتب

- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، 1996.
- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج10، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ.
- أبو حامد بن محمد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق: حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971.
- أبو الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006.
- أبو الحسن الماوردي، درر السلوك في سياسة الملوك، ج1، دار الوطن، الرياض، د.ت.
- أبو المعالي عبد الملك بن يوسف الجويني (ت478هـ)، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط2، مكتبة إمام الحرمين، مكة المكرمة، 1401هـ.
- أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
- إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الاعتصام، ط1، ج2، دار ابن عفان، القاهرة، 1992.
- أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبدالسلام شاهين، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط10، دار القلم، دمشق، 2012.
- أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987.
- أعاد محمود القيسي، المالية العامة والتشريع الضريبي، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 1998.

- جهاد سعيد خصاونة، المالية العامة والتشريع الضريبي وتطبيقاتها العملية وفقاً للتشريع الأردني، ط1، دار وائل للنشر، عمّان، 2000.
- جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، نهاية السؤل - شرح منهاج الوصول في علم الأصول، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ - 1999م.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنةً مع القانون الوضعي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
- زين الدين عبد القادر الرازي، معجم مختار الصّاح، ج1، ط5، المحقق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، 1420هـ / 1999م.
- زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980.
- زكريا بيومي، المالية العامة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- حسن خليفة، تاريخ النظريات السياسية وتطورها، المطبعة الحديثة، القاهرة، 1929.
- يعقوب عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية: المبادئ - المقومات - المصادر - الدليلية - التطور، مكتبة الرشد، الرياض، 1998.
- محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري - دراسة تحليلية، دار النهضة، القاهرة، 2002.
- محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 2000.
- محمد بن جرير الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج4، دار المعارف، القاهرة، 1967م.
- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دار سحنون، تونس، 1997.
- محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ط2، دار النفائس، عمّان - الأردن، 2007.
- معين البرغوثي، المفهوم القانوني للرسم - تحليل للمبادئ الدستورية والسياسات التشريعية، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2005.

- نداء المصري، سلطة الحاكم في فرض الضرائب، الجامعة الإسلامية في غزة، 2012.
- السيد عليوه، إدارة الأزمات والكوارث: مخاطر العولمة والإرهاب الدولي، دار الأمين، القاهرة، 2004.
- عادل العلي، المالية العامة والقانون المالي والضريبي، ط2، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- عاطف أندراوس، الاقتصاد المالي العام في ظل التحولات الاقتصادية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- عاطف صدقي، مبادئ المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- عبدالمنعم البدرأوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966.
- عبدالمنعم فوزي وعبدالكريم بركات ويونس البطريق، النظم الضريبية، ط2، المكتب الشرقي للنشر، بيروت، 1969.
- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
- علاء الدين أبو بكر الكاساني (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، القاهرة، د.ت.
- علي بن أحمد بن حزم، المحلى بالآثار، ج4، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط3، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1984.
- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوي، تحقيق: أنور باز، ط3، ج28، دار الوفاء، القاهرة، 2005.
- غازي عناية، المالية العامة والنظام المالي الإسلامي، ط1، دار الجيل، بيروت، 1999.

2- رسائل جامعية

- سمير علي عبدالقادر، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة، 1984.
- عادل أحمد بوعكري، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة - دراسة مقارنة ما بين الأردن والكويت، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان - الأردن، 2010.

3- أبحاث علمية ومقالات ومؤتمرات

- إبراهيم رحمانى، المقارنة بين القواعد الفقهية والقواعد القانونية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة أم درمان، السودان، ع1، إبريل 2004.
- إسحاق صلاح أبو طه، الظروف الاستثنائية وشرعية قوانينها في ضوء حماية حقوق الإنسان، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، ع10، فبراير 2011.
- هيثم سيد محمد، متطلبات ممارسات الدور الوقائي بمؤسسات مواجهة الأزمات والكوارث المحلي من منظور تنظيم المجتمع، مجلة دراسات في الخدمة المجتمعية والعلوم الإنسانية، مج1، ع49، أسوان، 2020.
- كريستينا غورغيفا، مواجهة الأزمة: أولويات الاقتصاد العالمي، صندوق النقد الدولي، مقال: 9 إبريل 2020.
- مبارك فالح جزوي العازمي، مفهوم الأزمات والكوارث وأساليب إدارتها، المؤتمر السعودي الأول لإدارة الأزمات والكوارث، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2013.
- مروة جبريط وعمر مونة، قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها في المجال البيئي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة غرداية، الجزائر، مج9، ع1، 2020.
- سبرينة مانع وسامية بن زعيم، دور الضريبة الخضراء في تطوير التنافسية البيئية والاقتصادية للمؤسسات - دراسة حالة ضريبة الكربون الرائدة عالمياً في السويد، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، منشورات جامعة عبد الحميد

مهري، قسنطينة2، الجزائر، مج6، ع1، يونيو2020.

4- معاجم وموسوعات

- أبو الحسين بن زكريا بن فارس (ت395هـ)، معجم مقاييس اللغة، ط2، دار الجليل، بيروت، 1972.

- الموسوعة الفقهية الكويتية، ج23، ط2، دار ذات السلاسل، دولة الكويت، 1427هـ.

ثانياً: باللغة الأجنبية

- Vanistendael, Frans, Legal Framework for Taxation2, International Monetary Fund, 23 Aug 1996, DOI: <https://doi.org/10.50899781557755872.071/>

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	577
المقدمة	578
المطلب التمهيدي: الإطار المفاهيمي واصطلاحات الدراسة	581
الفرع الأول: الضرائب	581
الفرع الثاني: الرسوم	583
الفرع الثالث: الأزمات والكوارث	584
المبحث الأول: التطور التاريخي لفرض الضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية	588
المطلب الأول: تطوّر النظام الجبائي عبر التاريخ	588
المطلب الثاني: الضرائب في الإسلام	591
المطلب الثالث: الأزمات والكوارث عبر التاريخ وعلاقتها بموارد الدولة المالية	595
المبحث الثاني: الأسس البنوية لإقرار الدولة للضرائب والرسوم في الظروف الاستثنائية	598
المطلب الأول: الأسس الفقهية	598
الفرع الأول: الأسس التي تُسوِّغ تدخّل الدولة في إقرار ضرائب ورسوم جديدة في الظروف الاستثنائية	599
الفرع الثاني: المعنى الشرعي للحق وارتباطه بالسلطة	604
المطلب الثاني: الأسس القانونية	607
الفرع الأول: علاقة تدخّل الدولة في أوقات الظروف الاستثنائية وارتباطها بنظرية الضرورة	607
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة وارتباطها بمقتضيات العدالة والتضامن الاجتماعي	609
المطلب الثالث: خارطة الطريق للسياسات والبرامج الممكنة في إقرار الدولة للضرائب والرسوم حال الأزمات والكوارث	612
الخاتمة	615
قائمة المراجع	617

الملخصات العربية للبحوث الإنجليزية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الرابعة عشرة - العدد 3 - العدد التسلسلي 55

ذو الحجة 1447هـ - محرم 1448هـ - يونيو 2026م

عمليات اندماج البنوك في دولة الكويت: عندما تُشكّل الرقابة من قبل جهات تنظيمية متعددة خطراً على الصفقة^(*)

د. نورة ميميتي

أستاذ قانون الاتحاد الأوروبي وقانون المنافسة المشارك

كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

تعكس عمليات اندماج واستحواذ البنوك في دولة الكويت السياسة العامة في اقتصاد صغير يعتمد على النفط؛ حيث تهيمن البنوك على الوساطة المالية. وخلال العقد الماضي، شهد قطاع البنوك خطوات اندماج رئيسية، أبرزها استحواذ بيت التمويل الكويتي، في العام 2022، على البنك الأهلي المتحد البحريني التابع لمجموعة البنك الأهلي المتحد، اعتباراً من 2 أكتوبر 2022. ثم في العام 2024 تم دمج البنك الأهلي المتحد - الكويت في بيت التمويل الكويتي، والذي تم الانتهاء منه في 22 فبراير 2024. في حين تعثرت مبادرات أخرى، أو عادت إلى الظهور، من خلال شراكات جديدة، أو تحولت إلى دراسات جدوى.

من منظور قانوني واقتصادي، تجادل هذه الورقة بأن العقبة الرئيسية لا تكمن في غياب التشريعات، بل في التداخل المعقد للوائح الشركات، واللوائح الاحترازية، ولوائح المنافسة، ولوائح أسواق رأس المال، وهذا يخلق مخاطر تتعلق بالتسلسل، ونقاط اعتراض على الحوكمة، وتوترات بين السرية والإفصاح.

وستتناول الورقة أولاً: رسم خرائط للقواعد المترابطة عبر أربعة مجالات تشريعية ذات صلة بالقطاع المصرفي. وثانياً: تعرض دراسات حالة مثل مسار بيت التمويل الكويتي - البنك الأهلي المتحد، بما في ذلك الاستحواذ، وتبادل الأسهم، والاندماج، والتكامل. وتدرس ثالثاً محاولات الدمج الفاشلة أو غير المكتملة مثل بنك الكويت الوطني - الخليج، وبوبيان / وربة - الخليج. كما تقارن بإيجاز الممارسات مع دول خليجية أخرى. وتختتم الورقة بتقديم بتوصيات بشأن قانون غير ملزم بشأن عمليات الاندماج الثانية، وبرتوكول تسلسل بين الوكالات.

كلمات دالة: دولة الكويت - عمليات اندماج البنوك - عمليات الاندماج والاستحواذ - الصيرفة الإسلامية - بنك الكويت المركزي - هيئة أسواق المال - التركيز الاقتصادي.

وتاريخ قبوله: 14 مايو 2026

(*) تاريخ تقديم البحث: 18 مارس 2026

تطبيق الذكاء الاصطناعي على الحق في العمل من منظور دولي وأوروبي وكويتي^(*)

د. فرح جولي ياسين

أستاذ القانون الدولي العام المشارك

كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

الحق في العمل هو حق أساسي من حقوق الإنسان، يضمن حصول الناس على فرص العمل، وظروف عمل لائقة. وله تأثير كبير في مجال القانون الدولي، باعتباره حقاً أساسياً من حقوق الإنسان تعترف به وتحميه العديد من الصكوك والاتفاقيات الدولية. وهذا يعني أن على الدول أن تضمن حق كل فرد في العمل، سواء كان ذلك باختياره أو بعمل يقبله بحرية، وأن تتخذ التدابير اللازمة لضمان هذا الحق. وهذا يعني الأجر العادل، وظروف العمل الآمنة والصحية، بالإضافة إلى تكافؤ فرص العمل والحماية من الفصل التعسفي.

وفي العصر الذي أصبح فيه الذكاء الاصطناعي (AI) سائداً، قد تتعرض هذه الحماية للتحدي بسبب التغيرات في سوق العمل. وفي حين أنه من الصحيح أن الذكاء الاصطناعي له العديد من المزايا، مثل زيادة الإنتاجية وزيادة الكفاءة، إلا أن هناك أيضاً مخاوف بشأن استبدال الوظائف، وعدم المساواة في الوصول إلى فرص العمل.

من ناحية، يمكن لتقنيات الذكاء الاصطناعي تحسين فرص العمل الحالية، وفتح فرص جديدة. يمكن للخوارزميات الخاصة بالأمثلة والتعلم الآلي تحسين سير العمل، وتخليص الموظفين البشريين من المهام المتكررة والروتينية، بالإضافة إلى ذلك، يمكن للأنظمة التي تعمل بالذكاء الاصطناعي خلق وظائف جديدة في البرمجة وعلم البيانات وتطوير الذكاء الاصطناعي، ويمكنها تعزيز الإمكانات البشرية؛ مما يؤدي إلى زيادة الإبداع والإنتاجية في مكان العمل.

ومع ذلك، أثار دمج الذكاء الاصطناعي - في عدد من الصناعات - مخاوف بشأن طبيعة العمل في المستقبل. ويخشى البعض من أن تؤدي الأمثلة الناتجة عن الذكاء الاصطناعي إلى خسارة كبيرة للوظائف، لا سيما في القطاعات التي تشيع فيها المهام

وتاريخ قبوله: 6 أبريل 2026

(*) تاريخ تقديم البحث: 25 فبراير 2026

المتكررة. وهذا يثير تساؤلات عن قدرة الناس على إيجاد عمل مرضٍ والتمتع بحقوقهم في العمل. علاوة على ذلك، قد تكون خوارزميات الذكاء الاصطناعي متحيزة وتمييزية، مما قد يؤدي إلى تفاقم التفاوتات الموجودة بالفعل في سوق العمل.

إن إنشاء إطار عمل شامل يحقق التوازن بين حماية حقوق العمال والتقدم التكنولوجي أمر ضروري لمعالجة هذه القضايا. ستجري دراستنا تحليلاً للأطر المعيارية الحالية. كما ستسعى إلى اقتراح تغييرات ومحاولة سد أي ثغرات قانونية؛ حيث يجب أن يؤدي القانون دوراً رئيسياً، من خلال تقديم إرشادات وموارد لمساعدة أصحاب المصلحة في مهامهم الفردية.

في الممارسة العملية، هناك تفاعلات معقدة بين الذكاء الاصطناعي والحق في العمل. يمكن للذكاء الاصطناعي أن يحول سوق العمل ويحدثه، لكن هناك بعض التحديات التي يجب التغلب عليها لضمان بيئة عمل شاملة ومنصفة في المستقبل. إذا تم تعزيز التعاون واتخاذ التدابير الصحيحة، فسيصبح الذكاء الاصطناعي مفيداً للغاية، وسيسهل في الحفاظ على الحق في العمل.

وتعتبر السياقات الوطنية مهمة في هذا الصدد. على سبيل المثال، يُظهر قانون العمل الكويتي رقم 6 لسنة 2010، واستراتيجيات التحول الرقمي الجارية في إطار «رؤية 2035»، والضمان الدستوري للحق في العمل (المادة 41)، كيف تواجه دولة ذات سوق عمل فريد، يعتمد بشكل كبير على العمال المهاجرين والتوظيف في القطاع العام، فرصاً ومخاطر – على حد سواء – عند التكيف مع الذكاء الاصطناعي. وعلى الرغم من أن الإطار الكويتي لا يخصص الذكاء الاصطناعي بشكل خاص بعد، إلا أنه يوفر نقطة انطلاق لإدراج حماية حقوق الإنسان في اللوائح التنظيمية في المستقبل.

كلمات دالة: الذكاء الاصطناعي – الحق في العمل، وحماية البيانات – عدم التمييز – الإطار القائم على المخاطر – السياسات الرقمية.

الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية

دراسة للنظام في إطاره النظري وتطوره التاريخي
وتطبيقاته العملية والتعقيب على ممارسات السلطتين
والتعليق على أحكام القضاء الدستوري

تأليف

الأستاذ الدكتور/ محمد عبدالمحسن المقاطع

أستاذ القانون العام - كلية القانون الكويتية العالمية

أستاذ القانون بكلية الحقوق - جامعة الكويت سابقاً

منشورات كلية القانون الكويتية العالمية

دولة الكويت

2025

Prompt English Series for Law Students

Dr. Abbas H. Al-Shammari

2021

Table of Contents

Subject	Page
Abstract	89
Introduction	91
I. AI and The Right to Work in International Law	95
A. The Organization for Economic Co-Operation and Development (Oecd)'S Advanced Efforts	95
B. The United Nations' Complementary Initiatives	100
1. General Human-Rights-Based Approaches	100
2. The ILO's Approach	102
II. The European Perspective on AI and The Right to Work	102
A. The EU's Framework	102
1. The AI Act	103
2. The GDPR and Worker Data Protection	105
3. The Charter of Fundamental Rights of the EU	106
B. The Council of Europe	106
III. National Approach, The Kuwaiti Example	107
A. The Right to Work in Kuwaiti Law	107
B. AI And Digital Policies in Kuwait	108
C. Integrating AI Into Labor Law	109
D. Regional Context and Comparative Instruction	109
Conclusion and Recommendations	110
Bibliography	115

- United Nations General Assembly, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1.
- United Nations, *Global Digital Compact: An Inclusive Global Framework to Overcome Digital, Data and Innovation Divides* adopted on 22 September 2024, A/RES/79/1.
- United Nations, *Secretary-General's Roadmap for Digital Cooperation: implementation of the recommendations of the High-level Panel on Digital Cooperation*, New York, United Nations, June 2020.
- United Nations, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 25 Sept. 2015.
- United Nations, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, New York and Geneva, United Nations, 2011.

- Council of Europe (CoE), *Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, available at https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence?utm_
- European Commission, Directorate-General for Communication, *AI Act enters into force*, 1 August 2024, available at https://commission.europa.eu/news-and-media/news/ai-act-enters-force-2024-08-01_en.
- *EU Artificial Intelligence Act, Historic Timeline*, available at https://artificialintelligenceact.eu/developments/?utm_.
- John G Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework* (Report of the Special Representative of the Secretary-General, A/HRC/17/31, 21 March 2011).
- Khaled A. Mahdi, *New Kuwait 2035: Kuwait National Development Plan* (presentation at the International Conference on Innovational and Economic Diversification in GCC National Development Plans, Kuwait, 14 March 2018), Kuwait: General Secretariat of the Supreme Council for Planning and Development (GSSCPD).
- OECD, *AI Principles*, available at https://www.oecd.org/en/topics/ai-principles.html?utm_.
- OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449, adopted on 22 May 2019, revised on 8 November 2023 and 3 May 2024, OECD Legal Instruments, OECD Publishing, Paris, 2025.
- *Shaping Europe’s digital future, AI Act*, available at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai?> .
- State of Kuwait, *Accession to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, deposited 21 May 1996, entry into force 21 August 1996, United Nations Treaty Collection, Chapter IV-3.
- UNESCO, *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*, 41st session of the General Conference, Paris, 23 November 2021.
- Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly, 10 December 1948, UN Doc A/RES/217(III).

tive Global AI Regulation: Policy Perspectives from the EU, China, and the US, (Working Paper, Kenyon College and University of Oxford), 1 October 2024, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5104429>, last accessed 10 May 2026.

- Martin Kwan, “*Automation and the International Human Right to Work*”, *Emory International Law Review – Recent Developments*, vol. 35, 2021, Emory University School of Law, available online: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr-recent-developments/30>.
- Mike Thomas, “*14 Risks and Dangers of Artificial Intelligence (AI)*”, *Built In*, updated by Matthew Urwin, reviewed by Artem Oppermann, 25 July 2024, available online: <https://builtin.com/data-science/risks-dangers-artificial-intelligence>.
- Oana-Alexandra Sarcea, *Work Security Perspective in a Digital Transformational Environment*, *Revue Européenne du Droit Social*, n.65, 2024, pp. 40-46.
- OECD, *Using AI in the Workplace: Opportunities, Risks and Policy Responses*, OECD Artificial Intelligence Papers, No. 11, March 2024, OECD Publishing, Paris.

C. Reports & Websites

- Aditi Shrikant, Companies Use AI To Monitor Workers—45% Of Employees Say it Has a Negative Effect on their Mental Health, CNBC, 8 September 2023, available at <https://www.cnn.com/2023/09/08/employers-using-ai-to-monitor-workers-has-negative-impact-on-employees.html>.
- *Artificial Intelligence Adoption and its Impact on Jobs*, Geneva, ILO, 2025.
- American Bar Association, ‘Practical Uses of ChatGPT in Your Legal Practice’, 5 March 2026.
- *Arab Charter on Human Rights*, adopted 22 May 2004, entered into force 15 March 2008.
- CAIT: Kuwait witnessing speedy digital journey in IT”, *Kuwait Times*, 13 May 2024, available at: <https://kuwaittimes.com/article/14226/kuwait/other-news/cait-kuwait-witnessing-speedy-digital-journey-in-it>

Bibliography

A. Books

- P. Roehrl, *Human Rights-Based Principles for AI Governance and Business* (Science-Policy Brief for the Multistakeholder Forum on Science, Technology and Innovation for the SDGs, United Nations Department of Economic and Social Affairs, May 2024) https://sdgs.un.org/sites/default/files/2024-05/Roehrl_Human%20rights-based%20principles%20for%20AI%20governance%20and%20business.pdf.
- *Work Transformed: The Promise and Peril of Artificial Intelligence*, Geneva, ILO, 2025.

B. Articles & Research Papers

- Blerina Muskaj, *The Role of the European Union in the Future Prospects between Employed and Self-Employed Work*, Revue Européenne du Droit Social, Issue 65, 2024.
- Emile Loza de Siles, *Artificial Intelligence Biases*, Notre Dame Journal on Emerging Technologies (JET), vol. 6, no. 1, March 2025.
- European Law Institute, *Towards a Targeted Revision of EU Data Protection Law: ELI Response – ‘Simpler, Fairer, More Effective’*, Working Paper, October 2025, available at https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_-_Simpler_fairer_more_effective.pdf?utm_
- *Generative AI and Jobs: A 2025 Update, Research Brief*, Geneva, ILO, May 2025.
- *Generative AI and Jobs: Policies to Manage the Transition*, Research Brief based on ILO Working Paper No. 96, Geneva, ILO, October 2023.
- Gioni Popa-Roman & Catalin Faghian, *How Artificial Intelligence (A.I.) Can Influence the Institutions of Collective Bargaining and the Initiation of Collective Labor Disputes and Strikes*, as Amended by Law No. 367/2022 (as Amended by OUG No. 42/2023), *Revue Européenne du Droit Social*, Vol.65.
- ILO, *AI Systems at Work: A Changing Psychosocial Landscape*, Working Paper No. 170.
- Jon Chun, Christian Schroeder de Witt and Katherine Elkins, *Compara-*

But ultimately, AI is an issue that is placed under the umbrella of human rights, and not just a technical one. By putting the right to work and accompanying labor protections at the heart of AI governance, societies can turn potential disruption into an opportunity to build more inclusive, effective and equitable workplaces. The next decade will determine whether AI will help advance social justice or worsen inequality. So the future challenge is no longer whether AI should be regulated, but whether legal systems can regulate it fast and effectively enough to preserve the human dimension of work. It is the law that must lead us to the latter.

demonstrates that AI needs to be regulated not only in terms of data and ethics but also as a structural change affecting the stability and dignity of work.

Moreover, any serious effort at global AI governance must align with the Sustainable Development Goals (SDGs). Indeed it is specifically essential to use AI to promote SDG goals 8 on “decent work and economic growth” and 10 on “reduced inequalities”⁽⁶⁸⁾. This entails actively guiding AI research and application toward the public good, such as increasing educational access, enhancing workplace safety, and encouraging sustainable labor practices, in addition to controlling risks. Additional research could explore the actual level of AI penetration in the Kuwaiti labor market, particularly in the areas of foreign labor, public sector employment, and AI-based management systems. Further studies could also examine the implications of upcoming regulatory changes with respect to innovation versus protection of workers’ rights.

4. Final Reflections

The relationship between AI and the right to work is best understood as a dynamic tension: There are real threats to equality and employment from AI but also real opportunities for progress and empowerment. Based on the analysis carried out in this paper, existing international, European and national frameworks provide a partial, but still insufficient protection against the risks generated by AI in the workplace, in particular in relation to discrimination, privacy, algorithmic opacity and automated employment decisions.

Governance is the key, nevertheless. With a strong and ethical legal framework built on IHRL, supported by regional efforts such as in the EU, and backed by international cooperation, AI can be made to serve rather than harm humanity. Policy makers will have to strike a difficult balance between promoting innovation and protecting fundamental rights. Employers will have the responsibility to deploy AI in a responsible, transparent and dignified manner.

In the future, employees will need to learn and adapt continuously with the help of retraining and improvement programs. The challenge of the international community will be to uphold the universal principles of equality and non-discrimination in alignment of regulatory approaches.

(68) United Nations General Assembly, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1, goals 8,10.

and the OECD Principles⁽⁶⁶⁾, such a framework would entail legally binding instruments which ensure that AI development is in line with fundamental human rights, like, in this context, the right to work.

In this regard, future AI governance frameworks should introduce more explicit transparency requirements relating to automated employment decisions, meaningful human oversight for AI systems that are employed in the workplace and stronger anti-discrimination safeguards that can address algorithmic bias. Regular AI auditing mechanisms should be encouraged for accountability, fairness and compliance with fundamental labor rights.

Future regulatory frameworks should also require greater transparency of AI-based employment decisions and ensure meaningful human oversight of workplace AI systems, especially those related to hiring, firing, promotion and performance evaluation. Furthermore, stronger anti-discrimination safeguards and regular AI workplace auditing mechanisms to detect algorithmic bias, hold AI accountable and strengthen the protection of workers' fundamental rights are recommended.

3. Future Perspectives

These upcoming initiatives will rely heavily on collaboration between the public and private sectors. AI is developing so quickly and is being implemented across borders that governments cannot regulate it effectively on their own. Instead, it will be the collaboration of governments, technology companies, civil society groups and academic institutions that will be critical to close regulatory gaps and set common standards. Partnerships between both types of sectors can further play a role in knowledge transfer, moral innovation and ensuring that regulations evolve in step with technology.

There are both opportunities and threats to job security from AI integration and other aspects of digital transformation. Automation may cut down on low-skill, repetitive jobs, but it has additionally the potential to create new jobs, particularly for those with digital skills. It is important to include change management and reskilling to reduce the risks, while incorporating cybersecurity, compliance and employee welfare in the transformation process⁽⁶⁷⁾. This view plays a major role in terms of the right to work, as it

(66) OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, op.cit., n.5.

(67) Oana-Alexandra Sarcea, Work Security Perspective in a Digital Transformational Environment, *Revue Européenne du Droit Social*, n.65, 2024, pp. 40-46.

including employment relationships. Taken together, these tools establish accountability and trust in digital systems, addressing concerns of ethical nature around the use of AI and safeguarding fundamental rights.

A well-crafted legal framework allows AI to fulfill its potential for good in addition to limiting its negative applications. AI can boost productivity by automating repetitive tasks when it is governed in accordance with human rights principles. This frees up human workers to focus on managerial, strategic, and original or innovative tasks. And it might switch business strategies in a way to promote augmented intelligence. Accordingly, people and machines would work together to improve creativity, efficiency, and decision-making, rather than to replace human labor.

Furthermore, AI creates new job opportunities⁽⁶⁴⁾. Data science, engineering related to machine learning, and ethics regarding AI are examples of completely new fields that have emerged as crucial future professions. In addition to technical specialists, these positions provide opportunities for skill development and career progression for social scientists, ethicists, and lawyers. States and employers can guarantee that workers are not displaced, but are instead equipped to be able to adapt to the changing demands of the digital economy by supporting AI literacy and upskilling initiatives.

Above all, AI is capable of taking part and actively contributing to the development of more equitable and inclusive work environments. AI can be developed to lessen inequality rather than increase it if algorithmic bias and discrimination are actively addressed through regulation. For example, it is possible to audit recruitment tools to make sure they do not systematically disadvantage migrant workers, women, or minorities. When properly managed, AI has the potential to further advance diversity and equality efforts by encouraging impartial and open evaluation standards in recruiting and advancement procedures.

2. Policy Recommendations

In the future, it is necessary to coordinate and combine AI regulation and labor rights protection between jurisdictions. In fact, what is becoming clear is the need for an international AI regulatory framework that includes legally binding treaties or multilateral agreements beyond voluntary guidelines. Building upon previous frameworks like the UNESCO Recommendation⁽⁶⁵⁾

(64) Generative AI and Jobs: A 2025 Update, op.cit., n.27.

(65) UNESCO, Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, op.cit., n.19.

Charter on Human Rights⁽⁶¹⁾, which guarantees labor rights⁽⁶²⁾. It is also fostered by Kuwait's international obligations under the ICESCR. Therefore, State of Kuwait has the regional momentum and the normative foundation to influence AI regulation in ways that protect human rights, even though there are still obstacles to overcome.

The Kuwaiti example shows that, although there is no specific framework on AI, the Kuwaiti Constitution, labor laws and digital transformation agenda provide a starting point to incorporate safeguards. The need for prompt legal action is highlighted by new issues, such as workplace surveillance and algorithmic hiring. The State of Kuwait could develop a rights-based national strategy that guarantees AI upholds rather than diminishes the dignity of labor by taking inspiration from OECD and UNESCO principles, as well as EU best practices.

Conclusion and Recommendations

1. Findings and Legal Assessment

Artificial intelligence has already started to change how labor markets are organized, what jobs are like, and how basic human rights are upheld or violated.⁽⁶³⁾ Although it serves as a foundation for normative guidance, IHRL does not directly regulate the use of AI technologies in the workplace. However, established values like equality, non-discrimination, and the right to fair and favorable working conditions can serve as a moral and legal guide for determining how AI is governed in employment settings.

These guidelines, which are based on sources such as the ICESCR and the CFR, set a normative standard that AI regulation must be built upon. In this regard, the EU has taken the lead. As stated before, the AI act is the first all-encompassing normative framework that was issued by a major regulator to categorize and handle AI applications according to risk. The EU recognizes the sensitivity of labor rights in the digital age by classifying AI systems affecting employment (automated dismissal mechanisms, promotion tools, recruitment algorithms) as high-risk.

This strategy is reinforced by the GDPR through the integration of consent, transparency and data protection measures into automated processing,

(61) Arab Charter on Human Rights, adopted 22 May 2004, entered into force 15 March 2008.

(62) Ibid., Article 34.

(63) OECD, Using AI in the Workplace: Opportunities, Risks and Policy Responses, op.cit., n.11.

vulnerability of workers to legal uncertainty and lead to lack of protection from discriminatory or non-transparent AI-based employment practices. Despite such gap, there are still a number of legal solutions that could be created within the current frameworks even though State of Kuwait does not currently have labor laws specifically addressing AI.

C. Integrating AI into Labor Law

Modifications to Labor Law No. 6/2010 may specifically govern AI in hiring, monitoring, and firing. For example, Kuwait might, like Article 22 GDPR, forbid hiring decisions that are made exclusively on the basis of automated processing. Moreover, State of Kuwait could enact a thorough data protection law that guarantees consent, openness, and protections for private employee information.

Otherwise employees would be at risk of abuse especially with the lack of a GDPR-style framework. State of Kuwait may release national guidelines to guarantee AI systems are human-centered, accountable, and equitable in employment contexts, drawing inspiration from the UNESCO Recommendation⁽⁵⁸⁾ on AI Ethics and the OECD Principles on AI⁽⁵⁹⁾.

Also, Kuwaiti courts may interpret current constitutional protections, particularly Article 29 on the equality before the law in addition to Article 41 on the right to work, as extending to damages associated with artificial intelligence. This would enable judges to offer remedies in situations involving discriminatory algorithmic decisions or arbitrary dismissal.

D. Regional Context and Comparative Instruction

State of Kuwait has yet to formalize a supervision based on risk, which could be similar to the EU AI Act; this may lead to accountability gaps. But, Kuwait's position in the GCC might encourage it towards adopting regional digital strategies. For example, the UAE's AI Strategy 2031 might compel Kuwait to adopt more robust security measures. Furthermore, State of Kuwait's constitutional guarantee of the right to work offers a legal foundation for the adoption of AI safeguards⁽⁶⁰⁾.

This duty is enhanced by the fact that Kuwait has acceded to the Arab

(58) UNESCO, Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, op.cit., n.19.

(59) OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, op.cit., n.5.

(60) Constitution of the State of Kuwait, op.cit., n.41, Articles 41-42.

These clauses are in line with international norms, especially Article 6 of the ICESCR, which was ratified by State of Kuwait in 1996⁽⁵³⁾.

The Kuwaiti Labor Law in the Private Sector, which governs hiring, working conditions, occupational safety, and termination, further codifies labor protections. This law does not specifically address the effects of automation or AI-driven decision-making, even though it guarantees basic protections like fair contracts and nondiscrimination⁽⁵⁴⁾. Similarly, Kuwait's Civil Service Law governs work in the public sector, which continues to be the main employer of Kuwaiti citizens⁽⁵⁵⁾.

B. AI and Digital Policies in State of Kuwait

Kuwait has started to take initiatives to modernize its own policies, such as Vision 2035 “New Kuwait”, which places a high priority on technological innovation and digital transformation, even though it has not passed a comprehensive AI law. The plan stresses the importance of creating a knowledge economy, promoting entrepreneurship, and renovating government services⁽⁵⁶⁾. Furthermore, State of Kuwait is an active participant in regional discussions within the Gulf Cooperation Council (GCC). Nevertheless, it did not take the same advanced steps as some neighboring countries, like Saudi Arabia or the United Arab Emirates, which have established specialized AI ministries and strategies. Still, the Central Agency for Information Technology (CAIT) issues reports where AI is regarded as a source of efficiency in industries like finance, education, and health⁽⁵⁷⁾.

One must note however that the effects on employment have not been adequately covered by policy. This regulatory gap may increase the

(53) State of Kuwait, Accession to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, deposited 21 May 1996, entry into force 21 August 1996, United Nations Treaty Collection, Chapter IV-3.

(54) Law No. 6 of 2010 Promulgating the Labor Law in the Private Sector (Kuwait Labor Law), published in the Official Gazette (Al-Kuwait Al-Youm), No. 943 (21 February 2010), entered into force 20 February 2010.

(55) Civil Service Law (Decree Law No. 15 of 1979), promulgated on 4 March 1979, published in the Official Gazette (Al-Kuwait Al-Youm), No. 1423 of 18 March 1979, as amended.

(56) Khaled A. Mahdi, New Kuwait 2035: Kuwait National Development Plan (presentation at the International Conference on Innovational and Economic Diversification in GCC National Development Plans, Kuwait, 14 March 2018), Kuwait: General Secretariat of the Supreme Council for Planning and Development (GSSCPD).

(57) CAIT: Kuwait witnessing speedy digital journey in IT”, Kuwait Times, 13 May 2024, available at <https://kuwaittimes.com/article/14226/kuwait/other-news/cait-kuwait-witnessing-speedy-digital-journey-in-it>

supporting the efforts of the European Union. The *Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law*, which is the first legally binding international agreement on AI, was finalized by the CoE in May 2024⁽⁴⁶⁾. The Convention takes a rights-based stance in an effort to stop AI from compromising social justice, democratic engagement, and fundamental freedoms. Protecting human dignity and non-discrimination is central to the CoE's treaty⁽⁴⁷⁾, in contrast to the EU AI Act, which is largely market-oriented and risk-based.

Given that the Convention mentions challenges in the labor and employment context⁽⁴⁸⁾, it must cover as well workers' rights. Accordingly, discriminatory practices are prohibited and arbitrary interference with their individual rights is not allowed. The CoE strengthens the EU's internal commitments under the CFR and international obligations such as under the ICESCR, by firmly establishing AI governance within the broader scope of human rights and rule of law⁽⁴⁹⁾. This establishes a multi-layered normative safeguard against potential workplace abuses of AI.

III. National Approach, the Kuwaiti Example

Addressing the Kuwaiti context requires the assessment of the right to work *per se* (A), before addressing the existing AI framework and digital policies (B) while looking for ways to integrate AI into Labor Law (C) and briefly describing the regional and comparative backgrounds (D).

A. The Right to Work in Kuwaiti Law

The right to work forms a fundamental social and economic entitlement that the Kuwaiti Constitution explicitly guarantees⁽⁵⁰⁾. While the latter expressly forbids forced labor unless otherwise authorized by law⁽⁵¹⁾, it provides that “every Kuwaiti has the right to work and to choose the type of work”⁽⁵²⁾.

(46) Council of Europe (CoE), *Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, available at <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence?utm>. Last Accessed on 6/11/2025.

(47) *Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, CETS No 225, adopted 17 May 2024, opened for signature 5 September 2024, Preamble.

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*

(50) Constitution of the State of Kuwait, adopted on 11 November 1962, entered into force on 29 January 1963 (Official Gazette No. 524, 27 January 1963), Article 41.

(51) *Ibid.*, Article 42.

(52) *Ibid.*, Article 41.

work if they are implemented properly and if there is effective judicial or administrative oversight.

d. The Context of Employment

Member States may establish particular regulations on workers' personal data processing. These regulations may address hiring, contract performance, work scheduling and equality. They can also involve health and safety as well as termination. This guarantees that AI in the workplace will continue to be protected by specific labor laws⁽⁴³⁾.

3. The Charter of Fundamental Rights of the EU

The right to work and the right to fair and just working conditions are expressly recognized and established by the CFR⁽⁴⁴⁾. In the EU legal system, these clauses act as constitutional pillars. In order to ensure that technological regulation does not compromise but rather strengthen fundamental protections, the AI Act and GDPR must be interpreted in accordance with these Charter rights.

Therefore, those three instruments must be perceived as a whole since they all address ethical concerns, protect and preserve basic rights and ensure transparency and accountability with regards to AI. In practice, in the EU, there is unclear practical implementation and disparities in Member States' application of EU norms⁽⁴⁵⁾.

Such implementation is beyond the scope of this paper and anyway one cannot conclude real conclusions from national implementation because the rules are still new and no concrete and consistent conclusions can be drawn. So the evaluation is mostly theoretical to assess whether the rules are comprehensive and whether they can be properly applied. So it is a test of feasibility more than practical assessment.

B. The Council of Europe

The CoE has become a key player within the global governance of AI,

(43) Ibid., Article 88.

(44) Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326, 26 October 2012, Articles 15, 31.

(45) For the discussion of the disparities and the way to reduce them, see European Law Institute, Towards a Targeted Revision of EU Data Protection Law: ELI Response – 'Simpler, Fairer, More Effective', Working Paper, October 2025, available at https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_-_Simpler_fairer_more_effective.pdf?utm_last accessed 6 November 2025.

2. The GDPR and Worker Data Protection

The GDPR offers an additional layer of protection, which is especially pertinent for AI in the workplace, while the AI Act concentrates on systemic risks.

a. Lawfulness of Processing

If the GDPR rules on data processing were applied to safeguard workers' rights, processing employees' personal data would only be permitted if it was supported by one of the following valid grounds: "consent", contractual necessity, "legal obligation", protection of "vital interests", "public interest", or "legitimate interests" that the controller may have. Due to power disparities between employers and employees, reliance on consent in the workplace is problematic; therefore, other bases (like contractual necessity) are more pertinent⁽³⁹⁾.

b. Sensitive Data

Except in very specific circumstances, the GDPR prohibits the processing of "special categories of personal data", including "biometric data", political beliefs, and racial or ethnic origin⁽⁴⁰⁾. When processing is required for social protection or labor law obligations, it may be permitted in employment contexts as long as safeguards are in place. For AI tools that examine sensitive characteristics, like those used in biometric workplace monitoring, this is extremely pertinent⁽⁴¹⁾.

c. Automated Decision-Making

Article 22, which is arguably the most important AI provision, gives people the right to be free from decisions that have legal or similarly important consequences that are made exclusively using automated processing, including profiling. AI-driven hiring, promotion, and termination decisions are directly affected by this. Employers must either avoid purely automated decisions or provide meaningful human involvement⁽⁴²⁾. But these safeguards can only

(39) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4 May 2016, Article 6.

(40) Ibid., Article 9.

(41) Ibid.

(42) Ibid., Article 22.

tools for scanning resumes, algorithms for promotions, or decisions about termination. Thirdly, the AI act mentions AI systems that pose limited risk, like chatbots or other AI systems with moderate risks and which are obligated to disclose their non-human nature as part of their transparency requirements⁽³⁵⁾. The last category is for low risk systems consisting of AI applications that pose very little risk; these are generally unregulated⁽³⁶⁾.

b. AI at High Risk in the Workplace

According to the Act, any AI systems used for hiring, managing employees, promoting, and terminating employees are specifically classified as “high-risk.” Employers who use these tools are subject to stringent requirements such as setting up and maintaining a system to assess and manage potential risk, ensuring the quality of training data to prevent discrimination and bias and maintaining logs to allow for system decision monitoring and adding the AI system to a database accessible throughout the EU⁽³⁷⁾.

By guaranteeing that AI-mediated employment decisions continue to be open, accountable, and subject to human review, these duties directly defend the right to work. The EU framework thus represents one of the most advanced efforts to maintain technological innovation while protecting basic labor rights.

Platform work and economically dependent self-employment are becoming more and more common, which highlights another way that AI and the right to work interact. Such workers are often subjected to algorithmic management, lack of social protection, and undignified conditions; the European Union has already acknowledged their vulnerability. These issues are made worse by AI-driven platforms that automate performance reviews and supervision, frequently with no accountability or transparency.

One can see the urgent need for regulatory responses by linking these vulnerabilities to the right to work, extending protections that are typically reserved for subordinate workers to those in the gray area of self-employment shaped by AI technologies⁽³⁸⁾.

(35) Regulation 2024/1689, *ibid.*, Chapter III, Section 1.

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*, Articles 9-10.

(38) Blerina Muskaj, The Role of the European Union in the Future Prospects between Employed and Self-Employed Work, *Revue Européenne du Droit Social*, Issue n. 65, 2024, pp.144-151.

the AI act (1), the *General Data Protection Regulation* (GDPR) (2), and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) (3).

1. The AI Act

The AI act is a regulation that the European Commission proposed on 21 April 2021⁽³⁰⁾. It was formally adopted then published in the Official Journal of the European Union on 12 July 2024⁽³¹⁾; it became effective on 1 August 2024⁽³²⁾. “The AI Act is the first-ever legal framework on AI, which addresses the risks of AI and positions Europe to play a leading role globally”⁽³³⁾.

Article 3 of the AI Act defines the AI system as “a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments”⁽³⁴⁾.

The EU’s dedication to a legally binding but technologically neutral framework is reflected in this definition. The EU’s role in turning soft law recommendations into legally binding standards is demonstrated by the close alignment with the OECD.

a. A Risk-Based Framework

The AI Act is organized using a risk-based methodology. It includes several classifications based on the risk level, the first one being the unacceptable risk, which involves AI systems that breach fundamental rights or violate EU values; these are categorically prohibited. Government-run social scoring and some deceptive biometric systems are two examples. The second one includes AI applications that can cause serious risks to people’s safety, health, or fundamental rights and these are governed by stringent regulations.

This category contains AI systems that are connected to employment, like

(30) EU Artificial Intelligence Act, Historic Timeline, available at <https://artificialintelligenceact.eu/developments/?utm>. Last Accessed on 2/11/2025.

(31) Ibid.

(32) European Commission, Directorate-General for Communication, AI Act enters into force, 1 August 2024, available at https://commission.europa.eu/news-and-media/news/ai-act-enters-force-2024-08-01_en. Last Accessed on 2/11/2025.

(33) Shaping Europe’s digital future, AI Act, available at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai?>. Last Accessed on 2/11/2025.

(34) Regulation 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending Regulations (Artificial Intelligence Act), OJ L 1689, 12 July 2024, Article 3.

2. The ILO's Approach

The ILO's perspective is focused on means to make AI work well in the workplace, which requires making policies that encourage augmentation to allow AI to add to human skills, instead of displacement. This calls for investing strategically in skills like digital literacy and critical thinking. Policy intervention is essential to alleviate escalating inequality risks, specifically by tackling the global AI divide and the unequal exposure to automation experienced by women in clerical positions.

To protect workers' rights, governments need to set up clear, fair, and open rules for how AI can be used at work. The fundamental human rights duty is to employ AI in a manner that safeguards and advances labor rights, necessitating stringent protections against discrimination, bias, and surveillance. Policy should also make sure that AI governance is in line with basic rights and social values.

This means dealing with risks like less worker freedom and threats to mental health that come from algorithmic management. And algorithmic auditing must be required to fight bias; also, workers should be able to contribute to the design and the oversight of AI to make sure it is fair and trustworthy. To help people who are about to lose their homes, proactive social protection measures and help with changing careers are very important. Lastly, investments should use AI's potential to protect the right to safety by automating dangerous tasks and improving tools for supervising workers⁽²⁹⁾.

II. The European Perspective on AI and the Right to Work

Europe has played a pioneering role in regulating artificial intelligence, creating new legal frameworks and putting in place policies that look to the future. This leadership is evident in both the European Union (EU) (A) and the Council of Europe (CoE) (B), with each entity employing unique mechanisms and strategies to achieve this goal.

A. The EU's Framework

The unique efforts of the EU will be examined on three levels:

(29) Work Transformed: The Promise and Peril of Artificial Intelligence, Geneva, ILO, 2025; Artificial Intelligence Adoption and its Impact on Jobs, Geneva, ILO, 2025; see also Generative AI and Jobs: Policies to Manage the Transition, Research Brief based on ILO Working Paper No. 96, Geneva, ILO, October 2023; Generative AI and Jobs: A 2025 Update, Research Brief, Geneva, ILO, May 2025; ILO Centenary Declaration for the Future of Work, adopted at the 108th Session of the International Labor Conference, Geneva, ILO, 2019.

Further, the UN *Secretary-General's Roadmap for Digital Cooperation* highlights the potential for inclusive development of AI while cautioning against its misuse and emphasizing multi-stakeholder cooperation on AI governance. It stresses how crucial it is to match human rights commitments with AI governance⁽²⁶⁾. In this context, one must additionally mention the UN Guiding Principles, since the development, application, and governance of AI are heavily influenced by the private sector.

The *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPs) list out the corporate obligations to uphold human rights. Accordingly, businesses must prevent or mitigate negative effects when they are directly connected to their operations, goods, or services through their business relationships. Moreover, they might avoid provoking or contributing to negative human rights impacts⁽²⁷⁾, while conducting their own activities that are AI-driven and might address those impacts when they happen.

When this is applied to AI, it can be interpreted in a way that requires tech companies which create hiring algorithms to make sure that the algorithms do not reproduce racial or gender bias. It can also infer that AI productivity monitoring does not allow employers to conduct over-surveillance, which compromises dignity and the right to fair and comfortable working conditions. Therefore, in the digital age, both public and private actors must protect labor rights in a shared governance model where business responsibilities reinforce state obligations⁽²⁸⁾.

When taken as a whole, these efforts strengthen the normative consensus around the world that AI should be regulated based on human rights principles, paying particular attention to how it affects labor markets.

Conference, Paris, 23 November 2021.

(26) United Nations, *Secretary-General's Roadmap for Digital Cooperation: implementation of the recommendations of the High-level Panel on Digital Cooperation*, New York, United Nations, June 2020.

(27) United Nations, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, New York and Geneva, United Nations, 2011, Principle 13; John G Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework* (Report of the Special Representative of the Secretary-General, A/HRC/17/31, 21 March 2011).

(28) See for example P. Roehrl, *Human Rights-Based Principles for AI Governance and Business* (Science-Policy Brief for the Multistakeholder Forum on Science, Technology and Innovation for the SDGs, United Nations Department of Economic and Social Affairs, May 2024). https://sdgs.un.org/sites/default/files/2024-05/Roehrl_Human%20rights-based%20principles%20for%20AI%20governance%20and%20business.pdf. Last Accessed on 26/10/2025.

enhances rather than diminishes labor rights by combining these frameworks, resulting in more efficient, equitable, and respectable workplaces.

B. The United Nations' Complementary Initiatives

Most initiatives concern human rights in general and are not necessarily related to the right to work (1). However, the International Labor Organization (ILO) has taken some normative steps that are mainly focused on the workplace (2).

1. General Human-Rights-Based Approaches

The OECD is not the only organization to address the growing effects of AI on human rights. The necessity of rights-based AI governance is emphasized by a number of UN initiatives, especially in relation to work and employment. For example, the UN Global Digital Compact⁽²³⁾ aims to address global digital governance, including AI ethics, privacy, and equitable access. It tackles the workplace by providing some standards such as global digital governance, including privacy, AI ethics, and fair access.

It highlights AI's influence on the workplace by directly connecting digital governance to the Sustainable Development Goals (SDGs). It is worth mentioning that the most relevant ones in this context are undoubtedly SDG 8 ("decent work and economic growth") and SDG 9 ("industry, innovation, and infrastructure")⁽²⁴⁾.

The UNESCO has also taken an important step by adopting the *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. This is the first international AI normative document, and 193 states have adopted it. In addition to urging member states to enact laws guaranteeing AI, it reduces harm, benefits humanity, and promotes sustainable development, in addition to establishing human rights-based principles, for example transparency, accountability, and inclusivity⁽²⁵⁾.

(23) The Global Digital Compact is a comprehensive framework for the global governance of digital technologies and artificial intelligence. It is a roadmap for global digital cooperation adopted 20 years after the World Summit on the Information Society, which seeks to harness the immense potential of digital technology and bridge the digital divides. World leaders met in New York for the Summit of the Future on 22 September 2024, where they adopted a Pact for the Future, including a Global Digital Compact. (United Nations, Global Digital Compact: An Inclusive Global Framework to Overcome Digital, Data and Innovation Divides (Adopted 22 Sept. 2024, A/RES/79/1.)

(24) Ibid., Article 13; United Nations, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 25 Sept. 2015, Goals 8,9.

(25) UNESCO, Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, 41st session of the General

developments, in addition to individual rights⁽¹⁹⁾. The OECD Principles provide protections against these risks: Human oversight requirements can stop sensitive employment matters from being left to opaque algorithms; accountability mechanisms can ensure that human actors continue to be responsible for decisions driven by AI; and transparency obligations can guarantee that workers understand how AI systems affect them. In this sense, the OECD Principles offer a useful set of instruments for implementing the normative obligations of the ICESCR in light of technological advancement⁽²⁰⁾.

The convergence of legally binding human rights standards with soft-law tools intended to handle emerging technologies is a larger trend in global governance that is reflected in the relationship between the ICESCR and the OECD Principles. The OECD Principles transform the legal obligations imposed by the ICESCR into practical recommendations for the digital age.

The necessity of interaction between various sources of international law and policy is highlighted by this dynamic. The ICESCR's rules and the OECD's human-centered approach are highly compatible, providing states with a guide for regulating AI in ways that promote rather than impede socio-economic rights. However, it also shows that in order to effectively regulate AI, normative guidelines that can quickly change in tandem with technological advancements are just as important as legally binding frameworks. For example, the ICESCR can be strongly considered to assess AI's social effects.

Additionally, as previously mentioned, although they are not legally binding, the OECD Principles on AI provide supplementary guidance that places an emphasis on accountability, transparency, fairness, and human oversight⁽²¹⁾.

However, as OECD Recommendations, these principles do not create legally binding obligations⁽²²⁾, which limits their practical enforceability and their ability to ensure effective protection of workers' rights. Still, when combined, they create a normative link between modern technological governance and international human rights law (IHL). Policymakers can guarantee that AI

(19) How Artificial Intelligence (A.I.) Can Influence the Institutions of Collective Bargaining and the Initiation of Collective Labor Disputes and Strikes, *supra* n.4.

(20) Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, *supra* n.5, Section 1.

(21) Using AI in the Workplace: Opportunities, Risks and Policy Responses, *supra* n.10.

(22) See OECD, AI Principles, available at <https://www.oecd.org/en/topics/ai-principles.html?utm>. Last Accessed on 12/5/2026.

working conditions.⁽¹⁴⁾ Lawyers for example are increasingly turning to generative AI tools like ChatGPT to assist with legal drafting and research. This can enhance productivity, but it also sparks concerns regarding confidentiality, reliability, and human oversight⁽¹⁵⁾.

Under ICESCR Article 6, the equality principle may be compromised by algorithmic bias in hiring, which can deny minorities or women employment opportunities. AI scheduling tools have the potential to enforce erratic or unpredictable work schedules, undermining Article 7's guarantee of rest and leisure. While opaque wage-setting algorithms may result in wage suppression or inequality, surveillance technologies may violate privacy and autonomy.

The OECD Principles, which place a strong emphasis on equity, inclusivity, and human-centered design, call on governments and businesses to make sure AI does not impede economic participation. Thus, they operationalize the ICESCR's obligations in this regard by offering a framework to guarantee that AI improves rather than limits access to employment and by suggesting policies to face bias and discrimination in the workplace⁽¹⁶⁾.

This covers the requirement for fair and favorable working conditions, because the OECD Principles provide that AI actors should act in accordance with human rights norms and abide by the rule of law principle, in addition to following a human-centered approach⁽¹⁷⁾.

Respecting workers' dignity and reflecting these values into AI governance can certainly guarantee that States and employers are fulfilling AI-shaped working conditions. AI systems are increasingly controlling the workplace itself, from automated evaluation systems and productivity monitoring tools to scheduling software and wage-setting algorithms. These technologies have the potential to boost productivity, but they also come with risks, such as unstable employment contracts, erratic work schedules, invasive monitoring, and opaque decision-making⁽¹⁸⁾.

The collective aspect of the right to work, which includes freedom of association as well as collective bargaining, is also in danger due to these

(14) Ibid, p.7, pp.11-14. See also ILO, AI Systems at Work: A Changing Psychosocial Landscape, Working Paper No. 170.

(15) American Bar Association, 'Practical Uses of ChatGPT in Your Legal Practice', 5/3/2026.

(16) Ibid., pp.9-10.

(17) Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, *supra* n.5, pp. 1-2.

(18) Ibid., background information, p.3.

These provisions consider work as a means of achieving dignity, independence, and social inclusion in addition to being a means of survival. Accordingly, two duties are imposed on states: to establish the framework for employment opportunities and to govern labor relations with respect for human dignity. Articles 6 and 7's relevance is particularly significant in a time when AI systems influence working conditions and affect access to jobs. The G20 later endorsed the OECD's Artificial Intelligence Principles⁽¹³⁾ which are not legally binding *per se*, but have persuasive power because they influence national AI policies and regulatory frameworks, especially among OECD members and beyond.

Their core argument lies in the notion that AI's development and deployment must be carried out in ways that place people at the center of the technological revolution. As both instruments are founded on a shared belief in social justice, fairness and dignity in economic life, this human-centered approach provides a significant normative bridge to the ICESCR. Looking closer at the ICESCR and the OECD AI Principles, there are clear points of agreement, particularly regarding how they treat the opportunities and address the risks of AI in the workplace.

More and more access to jobs is mediated by AI systems, through hiring algorithms, through predictive analytics in workforce management, through recruitment platforms. In the absence of safeguards, these technologies threaten to exacerbate socio-economic inequalities, marginalize groups or foster discrimination. The risks outlined in this framework are genuine and pervasive.

The risks are already apparent in practice with the rising use of AI recruitment systems, automated employee monitoring technologies, AI scheduling tools and generative AI applications in professional services. Algorithmic recruitment can automatically rank or exclude candidates, in this case, reproducing discriminatory outcomes and algorithmic bias.

Privacy, dignity and mental health concerns arise from systems that track employee communication, productivity and online activity. AI scheduling systems can optimize efficiency but also create volatile or unpredictable

(13) OECD, Using AI in the Workplace: Opportunities, Risks and Policy Responses, OECD Artificial Intelligence Papers, No. 11, March 2024, OECD Publishing, Paris, p.14.

The OECD has defined AI as a “machine-based system that can, for a given set of human-defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments”⁽⁹⁾. This identification has influenced later legislative documents, such as the AI Act of the European Union which has also considered AI as a machine-based system but it added that “it is used for explicit or implicit objectives” and that it “infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments”⁽¹⁰⁾. This conceptual convergence highlights the OECD’s role as a norm entrepreneur in global AI governance by showing how its guidance has not only remained aspirational but has also had a direct impact on legally binding frameworks within the EU.

A strong normative framework for addressing how AI affects the right to work is provided by the intersection of the OECD’s Principles on Artificial Intelligence and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR). The OECD Principles are a set of non-binding guidelines adopted in 2019 to promote human-centered and trustworthy AI, while the ICESCR is a binding treaty that codifies states’ obligations to respect, protect, and fulfill socio-economic rights. When combined, these two documents demonstrate the increasing understanding that technological advancements must be in line with the protection of fundamental rights, especially when it comes to work and employment⁽¹¹⁾.

The right to work is recognized as a fundamental human right by the ICESCR. Pursuant to Article 6, states are required to take action to attain full employment and acknowledges “the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts”. The right to “just and favorable conditions of work”, includes equal compensation for equal work, fair wages, working conditions that are safe and healthy, and reasonable restrictions on working hours; it is guaranteed by Article 7⁽¹²⁾.

(9) Ibid., Preamble, I.

(10) Artificial Intelligence Act, op.cit., n.5, Article 3.

(11) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the United Nations General Assembly on 16 December 1966, entered into force on 3 January 1976, United Nations Treaty Series, vol. 993, Articles 2(1), 6; Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, supra n.5.

(12) ICESCR, previous note, Articles 6, 7.

addressing the European perspective (II), and the efforts made on the national level with a special focus on the Kuwaiti context (III).

I. AI and the Right to Work in International Law

The regulation of AI in international law is still evolving. The subsequent paragraphs will show that it remains significantly underdeveloped and inefficient. It is true that more efforts are being made by various international organizations, states, and other relevant stakeholders. And all contribute to frameworks that address its ethical, legal, and safety implications. However, the current landscape is yet to be completed and tested, but it shows that it can certainly have repercussions on the workplace, which does not fall outside its scope of protection.

This indicates that international law still lacks sufficiently precise and enforceable mechanisms capable of addressing the concrete risks posed by AI in employment relationships. And it continues to lack a unified, binding regulatory framework for AI. Nevertheless, it is rapidly evolving through treaties, principles, and multi-stakeholder initiatives.

A. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)'s Advanced Efforts

The 37 democratic, market-based economies that make up the OECD work together to develop common policy frameworks for long-term economic growth and social prosperity. When it comes to establishing international standards for AI, the OECD has taken the lead. The OECD Principles on AI, the first intergovernmental AI guidelines approved by several states outside of OECD membership, were adopted in 2019. These guidelines place a strong emphasis on AI systems' responsibility, security, robustness, openness, and human-centered values⁽⁷⁾.

They highlight values like inclusivity, accountability, transparency, and respect for human rights, and are the first globally accepted standard on AI governance. According to the OECD, AI systems should be reliable, secure, and strong, and their implementation should promote inclusive economic growth and sustainable development⁽⁸⁾.

(7) OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, adopted on 22 May 2019, revised on 8 November 2023 and 3 May 2024, OECD Legal Instruments, OECD Publishing, Paris, 2025.

(8) Ibid.

human-rights perspective help to reduce the negative impact of AI on the right to work while preserving the right to privacy, non-discrimination and other human rights guarantees?

This paper thus seeks to examine the effect of artificial intelligence on the right to work from the perspective of human rights law. The objective is to examine whether existing legal frameworks provide sufficient protection for the protection of fundamental rights and freedoms in the context of technological development.

3. Methodology

The paper uses a legal analytical methodology based on the exploration of legal instruments, both on the international and European levels, with regards to artificial intelligence and the protection of human rights. It employs doctrinal analysis, academic literature and relevant legal frameworks pertaining to workplace monitoring, algorithmic decision-making and labor-market automation to evaluate whether existing protections for workers' rights are adequate.

4. Structure of the Paper

International law recognizes the principle that dignified and gainful employment is necessary for individuals to earn a livelihood, contribute to society and realize their full potential. As such, the right to work serves as a foundation for economic empowerment, social justice, and overall human development. The European framework is used as a comparative model because the EU currently represents one of the most advanced regulatory approaches to AI governance which may provide useful guidance for emerging AI policies in State of Kuwait⁽⁶⁾.

Nevertheless the existing legal regime governing AI is still primitive even if it is starting to develop on a faster pace due to growing interest from all relevant stakeholders. It is essential to examine such framework at the international level and assess its impact on the right to work (I), before

(6) Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, OJ L 202, 12.7.2024; see also Jon Chun, Christian Schroeder de Witt and Katherine Elkins, Comparative Global AI Regulation: Policy Perspectives from the EU, China, and the US, (Working Paper, Kenyon College and University of Oxford), 1 October 2024, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5104429>, Last Accessed on 10/5/2026.

endangering their right to work in respectable conditions⁽⁴⁾.

Those negative impacts for using AI in the workplace should not conceal the positive impact such use can have, especially on work efficiency, productivity, speed and progress. Therefore, this is a double-edged sword that requires some sharpening and polishing to make the best use of it. That is when the law intervenes to provide proper legal framework capable of defining the concept and regulating its applicability and enforcement.

The right to work holds significant importance in international law as it is a fundamental human right recognized and promoted by many international instruments and conventions. The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) preserves the right to work in its Article 23.1, stating that “Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work and to protection against unemployment”⁽⁵⁾.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) elaborates on the right to work in Article 6. It emphasizes that states have the obligation to ensure the right to gain a living through a work that individuals choose freely or accept, and to take appropriate steps to safeguard this right. This includes ensuring equal opportunities for employment, fair wages, safe and healthy working conditions, and protection against unjust dismissals.

Several other international conventions, such as the International Labor Organization (ILO) conventions, specifically address the right to work by advocating for decent work, labor standards, and social security for all individuals. These conventions highlight the significance of providing equality of opportunity and treatment in employment, eliminating discrimination, and promoting workplace freedom of association and collective bargaining.

2. Research Objective

Before finding the answers, the right questions have to be asked. In light of the effect AI has on individual rights and freedoms, the arising legal problems must be addressed from the perspective of individual rights and personal freedoms. First, what rights are undermined by the use of AI? And how can a

(4) Gioni Popa-Roman & Catalin Faghian, How Artificial Intelligence (A.I.) Can Influence the Institutions of Collective Bargaining and the Initiation of Collective Labor Disputes and Strikes, as Amended by Law No. 367/2022 (as Amended by OUG No. 42/2023), *Revue Européenne du Droit Social*, Vol. 65, pp. 58-62.

(5) Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly, 10 December 1948, UN Doc A/RES/217(III), Article 23.1.

or watching a Netflix show instead”⁽¹⁾. Such invasion of privacy cannot be tolerated without boundaries that must be imposed by proper legal framework. The same goes for other issues raised by AI automation, such as job losses, since the growing use of AI-powered tools is already affecting the job market. Positions are likely to disappear due to AI automation, such as administrative positions, especially the most vulnerable ones, and then law, architecture, and engineering occupations⁽²⁾.

Various kinds of AI-related biases can occur, ranging from automation and availability biases to class membership biases (race, gender, and disability). Because they disproportionately impact marginalized groups, these biases have systemic effects that perpetuate structural disparities in hiring, promotion, and workplace evaluation. The normative basis for regulating AI is revealed by placing these findings within human rights law perspectives and approaches: Even though the UDHR and ICCPR were not created with AI in mind, the equality and nondiscrimination principles still apply directly. Therefore, in order to make sure that digital tools support rather than compromise workplace equality, the right to work needs to be reinterpreted in light of algorithmic risks⁽³⁾.

As for collective labor negotiations, there are two sides to the application of AI: It may increase inequities by encoding pre-existing algorithmic biases, but it can also expedite negotiations by reducing repetitive tasks and increasing transparency. Opacity in AI-driven decisions runs the risk of compromising accountability, which erodes employee-employer trust. This directly relates to the freedom of association or the concept of collective bargaining, both from a human rights standpoint. In the absence of explicit protections, AI may weaken workers’ capacity to bargain for reasonable terms, thereby subtly

(1) Aditi Shrikant, *Companies Use AI To Monitor Workers-45% Of Employees Say it Has a Negative Effect on their Mental Health*, CNBC, 8 September 2023, available at <https://www.cnbc.com/2023/09/08/employers-using-ai-to-monitor-workers-has-negative-impact-on-employees.html>, last Accessed on 5/10/2025.

(2) Mike Thomas, “14 Risks and Dangers of Artificial Intelligence (AI)”, Built In, updated by Matthew Urwin, reviewed by Artem Oppermann, 25 July 2024, available online: <https://builtin.com/data-science/risks-dangers-artificial-intelligence>, last accessed 5 October 5, 2025. See also Martin Kwan, “Automation and the International Human Right to Work”, *Emory International Law Review – Recent Developments*, vol. 35, 2021, Emory University School of Law, available online: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr-recent-developments/30>, last Accessed on 5/10/2025.

(3) Emile Loza de Siles, *Artificial Intelligence Biases*, *Notre Dame Journal on Emerging Technologies (JET)*, vol. 6, no. 1, March 2025, pp.259-260; pp. 272-292.

“To be effective, to be humane, to put people at the heart of the development of new technologies, any solution – any regulation – must be grounded in respect for human rights.”

UN High Commissioner for Human Rights, 23 July 2023

Introduction

1. Context and Importance of the Topic

In the *Matrix* movie of 1999, intelligent machines have created a simulated reality entrapping humans to use their bodies to harvest their bio-electric power as a source of energy. This called for a rebellion against the machines conducted by human beings. It is for sure the plot of a science-fiction movie that reflected an AI reality shaped on the world as it was when the first *Matrix* movie was made. Nevertheless, the message of the movie was clear and is more relevant today than any time before. The obvious message is that machines cannot be trusted. The more indirect one is that each person has to make a choice between the real world and the artificial world and that even though free will and fate are both equally influential in life.

This means that when men no longer control machines, they would be enslaved by their power and they would lose their own energy, which would be transferred to machines. Does this mean that human beings should destroy machines so as to avoid the potential loss of control? The plot of the *Matrix* is not that far from reality. And it can be reflected in today's world and realities. We are starting to live in an era where robots and algorithms are used and applied everywhere, and they are replacing jobs that are usually done by humans, which takes away a lot of their regular job opportunities.

Employers are now using technologies that are capable of tracking employees in many ways, such as when they are logging in and off. And they are also using programs that monitor their communications, including who they are talking to and what they are saying. Companies are using AI to supervise workers, which has bad effect on employees' mental health. Software can detect apps a user spends long time on and can conduct “ethical video screen recording”.

So employers can see if workers are “actually working on their task

AI algorithms may be biased and discriminatory, which could exacerbate already-existing labor market disparities. Establishing a thorough framework that strikes a balance between worker rights protection and technological advancement is essential to addressing these issues. Our study will conduct an analytical analysis of the current normative frameworks. It will also make an effort to propose changes and try to fill any legal gaps, since the law must play a major role, by offering guidelines and resources to help stakeholders with their individual tasks.

In practice, there are complex interplays between artificial intelligence and the right to work. AI can potentially transform and modernize the labor market but there are some challenges to overcome for the purpose of ensuring an inclusive and equitable workplace in the future. If collaboration is promoted and the right measures are taken, AI would become highly beneficial and would contribute to the preservation of the right to work. National contexts are important in this regard. For example, Kuwait's Labor Law No. 6 of 2010, its ongoing digital transformation strategies under "Vision 2035," and its constitutional guarantee of the right to work (Article 41) demonstrate how a state with a unique labor market, that is heavily dependent on migrant workers and public-sector employment, faces both opportunities and risks when adjusting to AI. Although it is not yet AI-specific, the Kuwaiti framework offers a starting point for incorporating human rights protections into regulations in the future.

Keywords: AI, right to work, data protection, non-discrimination, risk-based framework, and digital policies.

Application of Artificial Intelligence to the Right to Work International, European and Kuwaiti Perspectives^(*)

Dr Farah Julie Yassine

Associate Professor of Public International Law
Kuwait International Law School



Abstract

The right to work is a fundamental human right ensuring people's access to jobs and to decent working conditions. It is highly influential in the field of international law as a basic human right which is recognized and protected by several international instruments and conventions. It means that states must guarantee the right of everyone to work, either of their own choice or work freely accepted, and shall take the measures that are required to secure this right. This means fair pay, safe and healthy working conditions, in addition to equal employment opportunity and protection from unjust termination. In the age where artificial intelligence (AI) is becoming predominant, these protections may be challenged by changes in the labor market. While it is true that AI has many advantages, like increased productivity and more efficiency, there are also concerns about displacement of jobs and unequal access to employment.

AI technologies could, on the one hand, improve current employment opportunities and open up new ones. Algorithms for automation and machine learning can optimize workflows, relieving human employees of repetitive and routine duties. Additionally, AI-powered systems can create new jobs in programming, data science, and AI development, and can enhance human potential, resulting in increased workplace creativity and productivity.

However, concerns about the nature of work in the future have been sparked by the incorporation of AI into a number of industries. Some people worry that automation generated by AI may result in a large loss of jobs, especially in sectors where repetitive tasks are common. This calls into question people's ability to find fulfilling work and enjoy their right to work. Furthermore,

(*) Submission Date: 25 February 2026

& Acceptance Date: 6 April 2026.

Table of Contents

Subject	Page
Abstract	37
1. Introduction	38
2. Kuwait's Banking Market and the Political Economy of Consolidation	41
3. Legislative and Regulatory Architecture for Bank M&A in State of Kuwait	44
3.1 Challenges and key issues in Kuwaiti Bank Mergers	49
3.2 Advocating a unified procedure framework for bank mergers (without altering the substantive law)	53
3.3 Priority map: which regime leads at each stage?	55
4. Completed Transaction in State of Kuwait: KFH-AUBK	57
4.1 KFH-AUBK: transaction chronology and execution	58
4.2 Post-merger integration as regulation: lessons from KFH	62
4.3 Measuring Outcomes: An Ex-Post Evaluation Framework	64
4.4 Merger externalities and the remedy toolbox	65
5. Uncompleted and Ongoing Consolidation Pathways	67
5.1 ABK-Gulf (2022–2023)	67
5.2 Boubyan Bank and Gulf Bank	68
5.3 Warba Bank and Gulf Bank	69
5.4 Early diagnostic checklist for Kuwait	70
6. Comparative GCC Perspective: Streamlined or Centralized Merger Procedures	70
- Policy Recommendations	73
Conclusion	75
Appendix: Draft outline of a CBK-led banking-sector merger bylaw	77
Bibliography	79

Samba Financial Group', (shareholder circular/announcements, 2021).

- Solactive AG, 'Acquisition | Ahli United Bank KSCP/Kuwait' (Corporate Action Notice, 13 February 2024).
- Sunil Singh, 'Al Ahli Bank of Kuwait and Gulf Bank call off merger talks', The National, (5 June 2023).
- Sunil Singh, 'Al Ahli Bank of Kuwait and Gulf Bank call off merger talks' The National (5 June 2023).
- Surge of New Financial Institutions Reinforces Bahrain's Regional Financial Hub Status' (Press Release, 3 July 2025) <https://www.cbb.gov.bh/media-center/bahrain-sees-robust-pipeline-of-financial-institutions-16-new-financial-institutions-licensed-52-in-progress-surge-of-new-financial-institutions-reinforces-bahrains-regional-financial-hub-status/> accessed 4 February 2026.
- Warba Bank, 'Warba Bank Receives Central Bank's Approval to Appoint Advisors for Merger Feasibility with Gulf Bank', (Press Release, 31 July 2025).
- Warba Bank, 'Warba Bank Receives Central Bank's Approval to Appoint Advisors for Merger Feasibility with Gulf Bank', (Press Release, 31 July 2025).
- World Bank, *Towards a National Jobs Strategy for Kuwait: Behavioral Jobs Diagnostic Study*, (World Bank 2023).

- Kuwait Finance House, 'KFH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFH in record time', (Press Release, 20 September 2024).
- Kuwait Finance House, 'KFH General Assembly Approves Acquisition of AUB-Bahrain', (Press Release, 25 July 2022).
- Kuwait Finance House, 'Offer Document', (25 July 2022).
- Kuwait Finance House, Annual Report 2024 (2025), 9.
- Kuwait Finance House, *Annual Report 2024* (KFH, 2025).
- Kuwait Finance House, *Annual Report 2024*, (2024).
- Marmore MENA Intelligence, 'KFH-AUB Merger', (Marmore First Take, October 2017) 1.
- Office of the Comptroller of the Currency, *Comptroller's Licensing Manual: Business Combinations* (January 2021), 5.
- Office of the Comptroller of the Currency, *Comptroller's Licensing Manual: Business Combinations* (OCC January 2021) 6 (OCC may impose conditions including 'specific measures for assessing and evaluating the bank's systems integration progress').
- Office of the Comptroller of the Currency, *Comptroller's Licensing Manual: Business Combinations* (OCC, 2021), 6.
- Reuters, 'Kuwait's Boubyan Bank and Gulf Bank explore merger' (31 July 2024).
- Reuters, 'Kuwait's Boubyan Bank and Gulf Bank explore merger', (31 July 2024).
- Samba Financial Group, *Shareholder Circular* (re proposed merger with The National Commercial Bank) (Saudi Exchange, 9 February 2021) 10, 40–41, 46. (*Transaction-level evidence of sequencing clarity: published expected timetable; conditions precedent including Saudi Central Bank/ SAMA and GAC non-objection; CMA steps for convening EGMs*).
- Saudi Arabian Monetary Agency (SAMA) (now the Saudi Central Bank), Banking Supervision Dept, 'Major Acquisitions' (circular, 21 March 2011), 1.
- Saudi National Bank (formerly National Commercial Bank), 'Merger with

- International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (Report of the Study Group, United Nations Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006).
- International Law Office, 'Kuwait's Constitutional Court invalidates revenue-based fines under the Competition Law', (2025).
- International Monetary Fund, 'Kuwait: 2024 Article IV Consultation-Press Release; Staff Report; and Statement by the Executive Director for Kuwait' (IMF Country Report No.24/328, November 2024).
- International Monetary Fund, *Kuwait: Financial System Stability Assessment*, IMF Country Report No.19/96, (Apr. 2, 2019).
- International Monetary Fund, *Kuwait: Financial System Stability Assessment* (IMF Country Report No.19/96, March 2019) (blanket deposit guarantee), (high concentration in banking assets), 18 (domestic systemically important banks (DSIB) framework), p.35 (10 largest banks ≈95% of banking-sector assets).
- International Monetary Fund, *Kuwait: Financial System Stability Assessment*, (IMF Country Report No 19/96, April 2019).
- International Monetary Fund, *Kuwait: Selected Issues* (IMF Country Report No.15/328, December 2015).
- International Monetary Fund, *Oman: Selected Issues*, (IMF Country Report No.24/32, 14 December 2023), 24 (noting the Sohar International–HSBC Oman merger, the likelihood of further consolidation, and the policy imperative to balance economies of scale with competition).
- Kuwait Finance House, 'KFH announces completion of merger by amalgamation of Ahli United Bank–Kuwait into Kuwait Finance House', (Press Release, 27 February 2024).
- Kuwait Finance House, 'KFH announces completion of merger by amalgamation of Ahli United Bank–Kuwait into Kuwait Finance House', (Press Release, 27 February 2024).
- Kuwait Finance House, 'KFH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFH in record time', (Press Release, 20 September 2024).

- Central Bank of Kuwait, Circular No.(2/BS/154/2004), ‘Executive Procedures of the Provisions of amended Item (2) of Article (57) Concerning the Excess of Acquisition per a Single Person Over 5% of the Bank’s Capital’ (6 April 2004).
- Clifford Chance, ‘M&A for UAE Banks and Financial Institutions – Regulatory Update’, (Briefing, June 2020).
- Dubai Islamic Bank, ‘Completion of acquisition/merger of Noor Bank’, (announcements, 2019–2020).
- European Banking Authority, *Final Report: Guidelines on ICT and security risk management*, (EBA/GL/2019/04, 2019).
- European Central Bank, *Guide on qualifying holding procedures*, (March 2023), Vol.2.
- European Central Bank, *Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector*, (ECB Banking Supervision January 2021).
- Executive Regulations art 4–5 (establishing the Competition Protection Agency as the competent authority; agency objectives and coordination role).
- Federal Financial Institutions Examination Council (FFIEC), *FFIEC IT Examination Handbook: Development, Acquisition, and Maintenance* (FFIEC, August 2024), pp.136–137 (system conversions as a major modification arising from ‘corporate mergers and acquisitions’; core-platform changes increasing operational risk; need for strong conversion controls to prevent operational disruption and resulting customer dissatisfaction/loss). <https://business.cch.com/BFLD/FFIEC-IT-DevelopmentAcquisitionMaintenance-Handbook-08292024.pdf>.
- Financial Conduct Authority, *Final Notice: TSB Bank plc*, (20 December 2022).
- Gulf Bank, ‘Gulf Bank and Al Ahli Bank of Kuwait enter into an MoU to evaluate a potential merger’ (Press Release, 1 August 2022).
- Gulf Bank, ‘Gulf Bank and Al Ahli Bank of Kuwait enter into an MoU to evaluate a potential merger’, (Press Release, 1 August 2022).
- HSBC Bank Oman SAOG, *Annual Report and Accounts 2022* (2023) 10 (Central Bank of Oman approval for the proposed merger; completion conditional on other regulators and shareholder approvals).

- Tingting Liu, et al, “The role of external regulators in mergers and acquisitions: Evidence from SEC comment letters”, *Available at SSRN 3464069* (2022).
- William Gaviyau, and Athenia Bongani Sibindi, “Anti-money laundering and customer due diligence: empirical evidence from South Africa”, *Journal of Money Laundering Control*, Vol.26, Iss.7, (2023).
- Wolfgang Kürsten, “Synergies, shareholder value and exchange ratios in “value-creating” mergers: Why shareholders should doubt management’s pre-merger promises”, *Managerial Finance*, Vol.34, Iss.4, (2008).

C- Online sources

- Abu Dhabi Commercial Bank, ‘Completion of the merger of ADCB, Union National Bank and Al Hilal Bank’, (announcements, 2019).
- Abu Dhabi Securities Exchange (ADX), Operational Rules Booklet.
- Barwa Bank QPSC (now Dukhan Bank), *Interim Condensed Consolidated Financial Statements for the Six Month Period Ended 30 June 2020* (30 June 2020) 8–9 (merger effective on receipt of Qatar Central Bank confirmation) and 29 (Qatar Central Bank approval as the final requirement pre-completion).
- Basel Committee on Banking Supervision, *Corporate governance principles for banks*, (Bank for International Settlements , July 2015).
- Basel Committee on Banking Supervision, *Principles for Operational Resilience*, (Bank for International Settlements, March 2021).
- Business and Industry Advisory Committee, ‘Ex-post Assessment of Merger Remedies – Contribution from BIAC’ (OECD, 2023), (transparency/public availability of assessment results).
- Capital Markets Authority (Kuwait), *The Executive Bylaws: Module Nine- Mergers and Acquisitions* (English version, CMA), available here. <https://www.cma.gov.kw/documents>.
- Central Bank of Bahrain, ‘Bahrain Sees Robust Pipeline of Financial Institutions: 16 New Financial Institutions Licensed, 52 in Progress.
- Central Bank of Kuwait, Circular No.(2/BS/154/2004), ‘Executive Procedures of the amended item (2) of art 57 of Law No.32 of 1968’, (2004).

- Mathieu Luybaert, and Wouter De Maeseneire. “Antecedents of time to completion in mergers and acquisitions”, *Applied Economics Letters*, Vol.22, Iss.4, (2015).
- Matteo Gatti, “Reconsidering the merger process: approval patterns, timeline, and shareholders’ role”, *Hastings LJ*, Vol.69, (2017).
- Michael A. Hitt, et al. “Creating value through mergers and acquisitions.” *The handbook of mergers and acquisitions*, Vol.71, (2012).
- Nazim Ullah, et al. “The impact of bank size on pre-and Post-Merger and acquisition performance and stability: new evidence from GCC and Pakistan”, *International Journal of Professional Business Review: Int. J. Prof. Bus. Rev.*, Vol.8, Iss.11, (2023).
- Nora Memeti:
 - “Administrative Discretion in GCC Merger Control”, *Arab Law Quarterly*, Vol.39, Iss.5, (2025).
 - *Kuwait: Antitrust developments and challenges, 1 July 2025, Concurrences N°7-2025, Art. N°126421, www.concurrences.com.*
- Oktay Akkus, J. Anthony Cookson, and Ali Hortacsu, “The determinants of bank mergers: A revealed preference analysis”, *Management Science*, Vol.62, Iss.8, (2016).
- Paul M. Healy, and Krishna G. Palepu, “Information asymmetry, corporate disclosure, and the capital markets: A review of the empirical disclosure literature”, *Journal of accounting and economics*, Vol.31, Iss.1-3, (2001).
- Pedro P. Barros, et al. “Counterfactual analysis of bank mergers”, *Empirical Economics*, Vol.46, Iss.1, (2014).
- Serkan Arslanalp and Yin Liao, ‘Contingent Liabilities from Banks: How to Track Them?’, (IMF Working Paper WP/15/255, December 2015).
- Stéphane Kerjean, *The legal implications of the prudential supervisory assessment of bank mergers and acquisitions under EU law*, No.6. ECB Legal Working Paper Series, 2008.
- Timothy H. Hannan, and Robert M. Adams, “Consumer switching costs and firm pricing: Evidence from bank pricing of deposit accounts”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol.59, Iss.2, (2011).

cations for the Future' (Federal Reserve Bank of New York Staff Report No 55, December 1998) .

- Allen N. Berger, Rebecca S. Demsetz, and Philip E. Strahan, "The consolidation of the financial services industry: Causes, consequences, and implications for the future", *Journal of banking & finance*, Vol.23, Iss.2-4, (1999).
- Andrew Sherman, *Mergers and Acquisitions from A to Z*. Amacom, 2010.
- Bernard S. Black, and Ronald J. Gilson, "Venture capital and the structure of capital markets: banks versus stock markets", *Journal of Financial Economics*, Vol. 47, Iss.3, (1998).
- Elijah Brewer III, and Julapa Jagtiani, "How much did banks pay to become too-big-to-fail and to become systemically important?", *Journal of Financial Services Research*, Vol.43, Iss.1, (2013).
- Ezekiel Tuma, Luis Cunha and Nader Abdelaziz, 'Mergers & Acquisitions: Kuwait', (Legal 500 *Country Comparative Guides* 2025).
- Fatma Zaki, and Khaled Hussainey, "Conversions to Islamic banks: Jurisprudence; Economic and AAOIFI requirements", *European Journal of Islamic Finance*, Vol.3, (2015).
- Juan A. Sole, "Introducing Islamic banks into conventional banking systems", (2007).
- Kenichi Ueda, and B. Weder Di Mauro, "Quantifying structural subsidy values for systemically important financial institutions", *Journal of Banking & Finance*, Vol. 37, Iss.10, (2013).
- Luc Renneboog, Peter G. Szilagyi, and Cara Vansteenkiste, "Creditor rights, claims enforcement, and bond performance in mergers and acquisitions", *Journal of International Business Studies*, Vol.48, Iss.2, (2017).
- Luca Enriques, and Matteo Gatti, "Creeping acquisitions in Europe: enabling companies to be better safe than sorry", *Journal of Corporate Law Studies*, Vol.15, Iss.1, (2015).
- M. F. M. Canoy, et al., "Competition and stability in banking", *CPB Document*, Vol.15, (2001).
- Malcolm B. Coate, "The use of natural experiments in merger analysis", *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.1, Iss.2, (2013).

Bibliography

A- Books

- Elena Carletti, and Philipp Hartmann, “Competition and stability: What’s special about banking”, *Monetary history, exchanges rates and financial markets: Essays in honour of Charles Goodhart*, Vol.2, (2003).
- Eva HG. Hüpkes, “Insolvency—why a special regime for banks?”, *Current developments in monetary and financial law*, (2002).
- Geert TMJ Raaijmakers, and Thijs PH Olthoff, “Creditor protection in cross-border mergers; unfinished business”, (2008).
- Ingo Walter, *Mergers and acquisitions in banking and finance: what works, what fails, and why*, Oxford University Press, 2004.
- Kamal Ghosh Ray, *Mergers and acquisitions: Strategy, valuation and integration*. PHI Learning Pvt. Ltd., 2022.
- M. A. M. Bioumy, “The effect of competitiveness of Kuwaiti banks on risk profile and profitability”, (2024).
- Peter Howson, *Due diligence: The critical stage in mergers and acquisitions*. Routledge, 2017.
- Pietro Calice, *Navigating the Competition-Stability Nexus in Financial Services*, World Bank, (2025).
- Samuel Aidoo, and Int Dip AML, “Regulatory Frameworks for Combating Financial Crime in Emerging Markets”, 10 May 2025.
- Tamy Ahmad Al-Binali, *Merger Between Islamic and Conventional Banks: Transition Process and Challenges in Qatar*. Diss. Hamad Bin Khalifa University (Qatar), 2023.
- Turan Ondes, “Bibliometric Analysis of PhD Dissertations Written in Islamic Banking and Finance in the United Kingdom”, (2022).

B- Articles

- Afra Afsharipour, “Transforming the allocation of deal risk through reverse termination fees.” *Vand. L. Rev.* Vol.63, (2010).
- Allen N Berger, Rebecca S Demsetz and Philip E Strahan, ‘The Consolidation of the Financial Services Industry: Causes, Consequences, and Impli-

- tion; communication and consent mechanisms (especially when Islamic conversion is involved); continuity of payments; customer support capacity; complaint handling; and branch and access continuity. The plan should define measurable KPIs and reporting obligations for the post-merger period.
- Article 7 (Workforce transition plan). Require a workforce transition plan for significant mergers, including: a redeployment and reskilling strategy; voluntary exit options; a timeline for organizational restructuring; and communication obligations. Where relevant, the plan should address the impacts of Kuwaitization and training commitments.
 - Article 8 (Remedies and conditions). Establish a joint mechanism to design and approve conditions and remedies. Competition remedies should be assessed for prudential compatibility, and prudential conditions should be assessed for competition implications. When behavioral commitments are used, specify monitoring and enforcement mechanisms.
 - Article 9 (Post-merger monitoring and ex post review). Require periodic reporting for at least 12–24 months after completion. Reporting should cover operational stability, consumer KPIs, complaint metrics, workforce outcomes, and competition-relevant indicators. The committee should publish anonymized ex post reviews of major mergers to improve transparency and build an evidence base.

Appendix: Draft outline of a CBK-led banking-sector merger bylaw

To move from recommendation to implementation, Kuwait could adopt a short bylaw (or joint circular) structured as follows. The content below is illustrative; it shows how coordination can be operationalized without rewriting the underlying statutes.

- Article 1 (Scope). Define the bylaw's scope to apply to mergers, amalgamations, and acquisitions of control involving CBK-licensed banks, whether listed or unlisted and whether conventional or Islamic. Clarify that the bylaw does not remove or limit the powers of the Competition Protection Agency or the Capital Markets Authority.
- Article 2 (Lead authority and inter-agency committee). Establish a CBK-chaired 'Bank Merger Coordination Committee' with designated contact points from the Competition Protection Agency and the Capital Markets Authority. The committee's function is procedural: to coordinate information requests, timetables, and sequencing, and to ensure that remedies or conditions proposed by one authority are compatible with the objectives of the other authorities.
- Article 3 (Pre-filing). Mandate a pre-filing meeting for transactions exceeding a specified size threshold. At the pre-filing meeting, parties present a high-level structure and receive non-binding feedback on market definition, data requirements, likely competition and prudential issues, and a proposed disclosure and communication plan.
- Article 4 (Single dossier and confidentiality ring). Require parties to submit a single merger dossier to CBK, which is then shared with other authorities. Define a confidentiality ring (named individuals and clean teams) for due diligence information, and specify rules for handling customer data, banking secrecy, and market-abuse risk.
- Article 5 (Sequencing and indicative timelines). Publish a standard sequencing timetable. For example: CBK 'in principle' non-objection within X days of a complete dossier; competition clearance within Y days; CMA documentation approval within Z days. Allow extensions upon reasoned notice. The purpose is not to create rigid deadlines but to create predictable expectations. Article 6 (Consumer migration plan). Make a consumer migration plan a mandatory annex to systemically significant mergers. The plan should cover: product and contract migra-

fee variations, complaint outcomes, SME credit conditions, and operational resilience incidents during mergers, the public debate will shift from assumptions to evidence. This evidence, in turn, will improve the quality of merger governance and reduce the risk that consolidation becomes either an unchecked ‘national champion’ project or a reflexively opposed policy taboo.

Conclusion

Kuwait's recent bank merger activity is more than mere consolidation; it reflects selective completion within a complex regulatory framework. KFH's 2024 merger with AUBK shows that a major deal can be completed and integrated quickly when strategic rationale, governance alignment, and execution capacity align with regulatory sequencing. Conversely, repeated stalled efforts, especially those involving Gulf Bank, highlight how valuation issues, governance challenges, Islamic conversion complexities, and multi-regulator coordination risks can narrow the negotiation range and halt transactions.

The refined claim, therefore, is not that regulators alone determine outcomes. Boards of directors, extraordinary general assemblies, and shareholder alignment remain independent approval nodes, while domestic and cross-border regulators shape the external sequencing environment.

The policy implications are clear. Kuwait should treat bank-merger governance as a coordinated process rather than as separate approval pathways. A CBK-led sequencing protocol, along with a banking-sector merger bylaw to standardize consumer and workforce transition planning, would reduce transaction costs, improve predictability, and increase the likelihood of completing welfare-enhancing deals. Simultaneously, strengthening competition and consumer protections focused on contestability, not just bank numbers, would help mitigate market power risks in a market with high switching costs.

Ultimately, a fundamental shift in perspective is needed. Bank mergers are not solely shareholder events; they are regulatory events that redistribute value and risk among consumers, workers, investors, and the state. Applying a law-and-economics approach makes these redistributions explicit and provides State of Kuwait with a principled basis for deciding not only which mergers to approve but also how to oversee them.

Future research should be data-driven. Kuwait's regulators and banks already collect extensive operational and prudential data; the key is to convert selected indicators into aggregated public reports that enable credible evaluation. If State of Kuwait publishes anonymized data on switching rates,

banking is an important skilled-employment sector in Kuwait, merger legitimacy depends on credible labour transition plans. Soft-law expectations (redeployment and reskilling targets, voluntary exit packages, transparency) can reduce social resistance and political risk and can improve integration outcomes.

Another recommendation must be the Banking-specific competition guidance and remedy design. Competition analysis of bank mergers should explicitly consider switching costs, the role of fintech entry, and the interaction between concentration and stability. Where concentration risks are identified, remedies can be designed to be less disruptive than structural divestitures: for example, commitments on SME lending, interoperability and switching facilitation, or transparency measures on fees and pricing.

Ex-post merger review must also be recommended. Kuwait should implement ex-post evaluations of major bank mergers, including reviews of whether promised efficiencies materialized, how service quality evolved, whether SME lending increased or decreased, and how pricing changed. Ex post review disciplines merger narratives and generates evidence for future policy decisions. The comparative discussion and the sequenced workflow proposed above both point in the same direction: Kuwait does not need fewer public-law controls, but it does need a more transparent framework for exercising those controls.

Finally, clarify the interface between corporate creditor protection and prudential depositor protection. Article 258's creditor-objection logic makes sense in corporate law but is awkward when applied to banks with large depositor bases. Kuwait should clarify, through a bylaw or statutory amendment, how depositor interests are protected in mergers and how corporate objection mechanisms interact with prudential supervision and consumer protection obligations⁽⁹⁸⁾.

(98) Kuwait Companies Law No.1 of 2016 (English translation) art.258, p.81.

interfaces, yet the process is more legible because the prudential supervisor's coordinating role is publicly visible and shareholder-facing documentation is aligned earlier with the transaction timetable. Bahrain, Qatar, and Oman reinforce the same point from a smaller sample: bank mergers are treated as supervised projects with identifiable dialogue, not as four separate approval tracks. Kuwait's comparative gap therefore lies less in substantive stringency than in the public visibility of coordination.

- Policy Recommendations

State of Kuwait should not pursue a policy of 'more mergers' or 'fewer mergers' in the abstract. The appropriate policy objective is better-governed mergers: transactions executed predictably that protect consumers and workers, maintain market integrity, and preserve financial stability. The following recommendations translate the paper's diagnosis of execution frictions into a reform agenda. The first recommendation is to publish a CBK-led sequencing protocol for regulators. The single most practical reform is procedural.

The CBK, CPA, and CMA should publish a public protocol that explains: (i) the standard order of filings; (ii) the minimum information set; (iii) confidentiality and information-sharing mechanisms; and (iv) indicative review timelines. Another important recommendation is to adopt a banking-sector merger bylaw, or 'Merger Handbook'. The bylaw should operationalize the sequencing protocol and specify the merger dossier's content, required governance disclosures, and integration obligations. It should also define how Islamic conversion issues are handled, where relevant, including a product migration and customer consent framework.

The paper also recommends treating consumer migration as a regulated plan with measurable KPIs. Consumer welfare in bank mergers is largely determined by transition governance: communication, service continuity, contract migration, dispute resolution, and protection for vulnerable customers. KFH's integration disclosures show that migration can be managed as a quantified program.

State of Kuwait should make such planning a regulatory expectation rather than an optional good practice⁽⁹⁷⁾. To require workforce transition commitments for systemically significant mergers should also be recommended. Because

(97) Kuwait Finance House, 'KFH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFH in record time', (Press Release, 20 September 2024).

For State of Kuwait, the comparative lesson is institutional rather than doctrinal: a publicly articulated sequencing protocol (even without statutory change) can materially reduce execution risk while preserving substantive protections.

Other GCC jurisdictions offer further evidence that procedural clarity matters. Bahrain, for example, has positioned itself as a regional financial hub, with a central bank that issues detailed rulebooks and provides strong supervisory oversight⁽⁹⁵⁾. Qatar and Oman have also used consolidation as part of their banking sector strategies⁽⁹⁶⁾. The details vary, but the common feature is that banking mergers are treated as supervised projects with clear supervisory dialogue, rather than as purely corporate events handled sequentially by unrelated authorities. For Kuwait, the objective is not to copy another jurisdiction's substantive choices, but to replicate the procedural benefit: a predictable, centralized pathway that lowers transaction costs while preserving substantive protections.

A sharper comparative lesson emerges when these jurisdictions are read together. Saudi Arabia and the UAE still subject bank mergers to multiple legal

Abu Dhabi Securities Exchange (ADX), Operational Rules Booklet, art 9(1) (ongoing disclosure of price-sensitive information, including mergers), pp 10-11 <<https://www.adx.ae/-/media/adx/related-documents/market-rules/adx-rules-book-english.pdf>> accessed 21 February 2026., check out also Clifford Chance, 'M&A for UAE Banks and Financial Institutions – Regulatory Update' (Briefing, June 2020) pp. 1-2.

<<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2020/06/cc-briefing-on-the-uae-fig-m%26a.pdf>> accessed 21 February 2026.

- (95) Central Bank of Bahrain, 'Bahrain Sees Robust Pipeline of Financial Institutions: 16 New Financial Institutions Licensed, 52 in Progress — Surge of New Financial Institutions Reinforces Bahrain's Regional Financial Hub Status' (Press Release, 3 July 2025).

<https://www.cbb.gov.bh/media-center/bahrain-sees-robust-pipeline-of-financial-institutions-16-new-financial-institutions-licensed-52-in-progress-surge-of-new-financial-institutions-reinforces-bahrains-regional-financial-hub-status/> accessed 4 February 2026; Central Bank of Bahrain, Rulebook Vol.1: Conventional Banks-Users' Guide (April 2020), p. 3 (UG-A.1.1–UG-A.1.4).

- (96) Barwa Bank QPSC (now Dukhan Bank), Interim Condensed Consolidated Financial Statements for the Six Month Period Ended 30 June 2020 (30 June 2020), pp.8-9 (merger effective on receipt of Qatar Central Bank confirmation) and 29 (Qatar Central Bank approval as the final requirement pre-completion); Qatar Financial Markets Authority, Offering and Listing, and Mergers and Acquisitions Rules 2025 (2025), pp.243-245 (pt 16.4, especially r 16.4.3(2)-(6) on merger completion certificates, required approvals/no-objections, and market/trading mechanics, including evidence of Qatar Central Bank approval where required). International Monetary Fund, Oman: Selected Issues (IMF Country Report No 24/32, 14 December 2023) 24 (noting the Sohar International–HSBC Oman merger, the likelihood of further consolidation, and the policy imperative to balance economies of scale with competition); HSBC Bank Oman SAOG, Annual Report and Accounts 2022 (2023) 10 (Central Bank of Oman approval for the proposed merger; completion conditional on other regulators and shareholder approvals).

documentation and clear roles for regulators⁽⁹⁰⁾. From a procedural standpoint, the Saudi model is characterized by: (i) early involvement of the prudential regulator (SAMA) and the General Authority for Competition (GAC); (ii) a structured process for shareholder approval and disclosure through the capital-markets regulator; and (iii) a clear post-merger integration mandate for operational migration⁽⁹¹⁾.

The legal system, therefore, reduces uncertainty about ‘which approval comes when’, making it easier for parties to price regulatory risk from the outset. The point is not that Saudi law is ‘lenient’. Rather, it is procedurally centralized: a merger is not treated as four separate procedural universes. This procedural centralization reduces transaction costs and can make it easier for regulators to impose conditions early, before parties incur high sunk costs.

In the United Arab Emirates, consolidation is driven by central bank oversight. The UAE has also carried out major bank consolidations, including Dubai Islamic Bank’s acquisition of Noor Bank and the mergers of Abu Dhabi Commercial Bank with Union National Bank and Al Hilal Bank⁽⁹²⁾. Compared with Kuwait, UAE merger governance is more visibly centralized around the Central Bank of the UAE and, for listed banks, securities-market disclosure rules⁽⁹³⁾.

The procedural architecture is therefore perceived as a ‘single track’ rather than a set of partially overlapping tracks. This makes it easier for market participants to understand the merger timetable and reduces the likelihood that deals are derailed by late-stage sequencing surprises⁽⁹⁴⁾.

(90) Saudi National Bank (formerly National Commercial Bank), ‘Merger with Samba Financial Group’ (shareholder circular / announcements, 2021).

(91) See Saudi Arabian Monetary Agency (SAMA) (now the Saudi Central Bank), Banking Supervision Dept, ‘Major Acquisitions’ (circular, 21 March 2011) 1. (Prior “no objection” requirement for restructurings/expansion through acquisition/merger; advance submission expectations-supports early prudential engagement.) see also Samba Financial Group, Shareholder Circular (re proposed merger with The National Commercial Bank) (Saudi Exchange, 9 February 2021) 10, 40-41, 46. (Transaction-level evidence of sequencing clarity: published expected timetable; conditions precedent including Saudi Central Bank/SAMA and GAC non-objection; CMA steps for convening EGMs.)

(92) Dubai Islamic Bank, ‘Completion of acquisition / merger of Noor Bank’ (announcements, 2019-2020).

(93) Abu Dhabi Commercial Bank, ‘Completion of the merger of ADCB, Union National Bank and Al Hilal Bank’ (announcements, 2019).

(94) Federal Decree-Law No.6 of 2025 Regarding the Central Bank, Regulation of Financial Institutions and Activities and Insurance Business (UAE) art 125(1)-(2), pp.77-78.

<<https://uaelegislation.gov.ae/en/legislations/3284/download>> accessed 21 February 2026; see also

workforce expectations. They can also create a ‘strategic limbo’ for investment decisions, where management might delay IT or branch investments while waiting for merger results, potentially weakening competitiveness in the short term. A coordinated merger process can reduce this risk by shortening periods of uncertainty. If parties can obtain early regulatory guidance and follow a predictable timetable, they can either move toward a binding agreement or exit quickly, thereby lowering the costs of prolonged ambiguity.

5.4 Early diagnostic checklist for State of Kuwait

To reduce the repetition of failed feasibility processes, regulators and parties can use a short diagnostic checklist early in the process: (i) Is the merger a pure horizontal combination, or does it embed an Islamic conversion that will require re-contracting with customers? (ii) Is there a plausible governance settlement (board composition, CEO/Chair separation, headquarters, key committee structures) that both parties can accept? (iii) Can the parties produce a credible integration plan with quantified milestones? (iv) Can regulators agree early on the sequencing and the likely competition issues (market definition and remedy space)? (v) Is there a credible consumer and workforce transition narrative that reduces political risk?

In Kuwaiti banking practice, this diagnostic should explicitly test for likely support at both the board and the extraordinary general assembly levels, as internal corporate approvals can fail independently of regulatory review. This checklist is not a substitute for legal compliance. It is a tool for reducing wasted transaction costs by surfacing deal-breakers early.

6. Comparative GCC Perspective: Streamlined or Centralized Merger Procedures

State of Kuwait is not unique in facing consolidation pressures. Across the GCC, banking sectors have consolidated to build scale, manage fixed costs, and align with national development strategies. What differs is not the presence of regulation but the predictability and centralization of merger procedures. This section briefly benchmarks Kuwait against Saudi Arabia and the UAE, focusing on procedural architecture rather than replicating substantive policy choices.

In Saudi Arabia, the 2021 merger between the National Commercial Bank and Samba Financial Group, which created Saudi National Bank (SNB), illustrates a consolidation pathway with structured capital-markets

transition.

5.3 Warba Bank and Gulf Bank

By 2025, Warba Bank had become a major shareholder in Gulf Bank and publicly announced that it had received approval from the Central Bank to appoint advisers for a merger feasibility study with Gulf Bank. This pathway is analytically important because it combines three legally intricate elements: stake-building (affected by ownership discipline), merger feasibility and execution (including corporate procedures and prudential approval), and potential dynamics of Islamic conversion. Each element introduces optionality: the parties can pause after assessing feasibility, proceed only if valuation and governance are aligned, and stage any conversion to minimize consumer disruption.

From a bargaining-range perspective, Warba's shareholder position can expand the bargaining range by reducing the risk of deal collapse due to misalignment; a major shareholder has stronger incentives to invest in negotiation and integration planning. However, the same position can also raise concerns among minority shareholders about fairness, valuation, and whether takeover rules are being used to reallocate value outside the open market. Warba-Gulf had not, as of early 2026, been publicly reported as completed.

The likely risks of failure remain familiar: valuation disputes, governance disagreements, and uncertainty about regulatory sequencing. A key variable will be whether regulators and the parties treat consumer migration and workforce transition as front-loaded planning tasks rather than as matters to be handled only after legal completion.

Why does Gulf Bank keep recurring as a key player in mergers? Kuwait's repeated 'Gulf-centered' stories point to two main reasons. First, Gulf Bank is large enough that any merger involving it would significantly alter the market structure, making it a natural choice for policymakers and investors discussing consolidation. Second, Gulf Bank's strategic position interacts with the Islamic-versus-conventional divide, creating several possible partner options depending on whether the long-term plan is conventional, Islamic, or involves staged conversion.

This frequent appearance is not just media repetition; it poses a governance risk. Repeated merger attempts can lead to organizational fatigue and disrupt

preserve competition. But that's incomplete. If the fundamental pressures for scale remain in place, abandonment might just delay consolidation into a less transparent process, such as building stakes and then conducting feasibility studies. From a policy standpoint, the key question isn't whether every merger should go through; it's whether the legal system efficiently screens mergers, enabling beneficial deals to succeed while preventing harmful ones. Multiple starts and stops burden the system: they divert management focus, create uncertainty for employees, and risk destabilizing investor expectations.

5.2 Boubyan Bank and Gulf Bank

In July 2024, Reuters reported that Boubyan Bank and Gulf Bank were exploring a potential merger⁽⁸⁹⁾. This pathway is important because it shows how Islamic conversion interacts with the execution of a merger. Boubyan is an Islamic bank; Gulf Bank, as noted above, has traditionally operated as a conventional bank. A merger between them is therefore not merely a balance-sheet combination; it also entails a strategic decision about Gulf Bank's future banking model and the conversion or transfer of significant product portfolios.

In legal and economic terms, Islamic conversion increases both fixed costs and the complexity of negotiations. It introduces new stakeholders (through Sharia governance), broadens due diligence to include product-contract compliance, and raises the risk of consumer disruption during migration. Even if the merger is welfare-enhancing in the long run, short-term execution risks may still be large enough to hinder completion unless the transition architecture is planned in advance.

A 'straightforward' merger process is often viewed as treating banking consolidation primarily as a shareholder transaction. In State of Kuwait, a merger that implicitly involves a conversion is less straightforward because it affects consumer contracts, operational systems, and the bank's regulatory status. If State of Kuwait seeks to encourage Islamic conversion mergers without compromising consumer protection, the proposed sequencing protocol should include a specific 'conversion-and-migration annex' detailing required consumer disclosures, consent processes, and transition KPIs. A conversion-specific annex should therefore identify which products can be migrated by consent, which require novation or replacement, the role of the post-merger Sharia governance body, and the process for handling complaints during the

(89) Reuters, 'Kuwait's Boubyan Bank and Gulf Bank explore merger', (31 July 2024).

conditions, such as ‘the bank shall protect customers,’ are nearly useless. Instead, conditions tied to clear KPIs, such as complaint resolution time, outage incidents, and switching process duration, are enforceable and can be monitored after completion.

5. Uncompleted and Ongoing Consolidation Pathways

Understanding Kuwait’s failed mergers is as important as understanding its successes. Failed mergers reveal when transaction costs and legal obstacles outweigh the expected benefits of the combined operation. In Kuwait, the pattern is not a single failed deal but a series of discontinued or redirected consolidation attempts, often involving the same institutions. This section examines three scenarios: ABK-Gulf (terminated), Boubyan-Gulf (considered), and Warba-Gulf (feasibility stage).

5.1 ABK-Gulf (2022–2023)

In August 2022, Gulf Bank and ABK announced a memorandum of understanding to assess a potential merger. In June 2023, the banks ended their discussions. Public reports indicated that the decision followed advisers’ completion of a feasibility study⁽⁸⁷⁾. The available public record does not reveal a single ‘fatal flaw,’ which is common in abandoned deals. A bargaining-range analysis indicates at least four likely deal-breakers: valuation differences; governance and control conflicts; regulatory sequencing uncertainty; and integration risk⁽⁸⁸⁾.

Valuation divergence becomes especially sharp when interest-rate conditions change quickly because bank valuations depend on net interest margin expectations, credit loss provisioning, and how the market prices funding stability. Governance disputes often go beyond egos; they can reflect logical concerns about accountability for integration risks. When two mid-tier banks merge, the new entity doesn’t automatically gain the organizational power of a large bank, which makes integration risky and prompts each side to seek governance protections. The more legal rules generate uncertainty, such as leaving unclear which approvals are needed and when, the more each side demands governance control to manage that uncertainty, narrowing the bargaining range.

Sometimes people celebrate the abandonment of mergers as a way to

(87) Ibid.

(88) Andrew Sherman, *Mergers and Acquisitions from A to Z*. Amacom, 2010.

achieve competition goals without compromising stability⁽⁸⁶⁾.

A practical toolbox of remedies for Kuwaiti bank mergers can be grouped into four categories. First, market-conduct remedies include commitments to fee transparency, complaint resolution, and service quality, along with limits on post-merger fee increases for a specified period, standardized account-switch packs, and faster salary-transfer processes. These remedies directly address consumer welfare rather than relying solely on market-share proxies. Second, access and inclusion measures should also be implemented. When a merger involves branch rationalization, regulators can require minimum service access in underserved areas, alternative delivery channels, and special protections for vulnerable customers.

The legal basis for these remedies can be grounded not only in competition law but also in consumer protection and financial stability, to prevent exclusion and payment disruptions. The third category focuses on SMEs and the real economy. In a small economy, SMEs can be disproportionately affected by relationship banking, and a merger that reduces the number of relationship banks might tighten credit even if overall banking capacity grows. Remedies can include commitments to SME lending, maintaining credit lines during the transition, and dispute-resolution mechanisms for issues related to repricing or credit withdrawal.

Lastly, prudential and integration remedies are needed. These include additional capital buffers, stricter governance requirements, independent verification of the core-system migration, and operational-resilience stress testing during the integration period. While primarily stability tools, they also help prevent consumers from bearing the costs of integration failures.

Importantly, remedies should be front-loaded and measurable. Vague

(86) European Central Bank, Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector (ECB Banking Supervision, January 2021), p.10 (reporting requirements on implementation progress, issues encountered and IT integration; enhanced monitoring framework); Business and Industry Advisory Committee, 'Ex-post Assessment of Merger Remedies – Contribution from BIAC' (OECD, 2023), p.3 (transparency/public availability of assessment results); see also Financial Conduct Authority, Final Notice: TSB Bank plc (20 December 2022), pp.2-3 (system migration causing service disruption, payment issues, customer detriment and very large complaint volumes); European Banking Authority, Final Report: Guidelines on ICT and security risk management (EBA/GL/2019/04, 2019), pp.14-17 (internal control functions and internal audit providing objective/independent assurance; audit coverage of ICT/security controls and incident management); Basel Committee on Banking Supervision, Principles for Operational Resilience (Bank for International Settlements, March 2021), pp.7-8 (business continuity planning, testing/exercises; cyber resilience and ongoing monitoring).

Table 3. Suggested ex post indicators for Kuwaiti bank mergers

Outcome domain	Illustrative indicators (non-exhaustive)
Competition and pricing	Deposit rates offered to households and SMEs; fee schedules (accounts, transfers, cards); SME lending margins; market share shifts; switching rates; HHI and concentration ratios by product market.
Consumer experience	Service outage incidents during migration; complaint volumes and categories; resolution times; branch and ATM accessibility; digital adoption rates; customer churn; product re-pricing after contract migration.
Workforce and skills	Headcount changes by function; retraining hours; internal redeployment rate; share of voluntary exits; wage distribution changes; Kuwaitisation and localisation outcomes.
Stability and risk	Capital and liquidity ratios; NPL and provisioning trends; operational resilience incidents; cyber events; concentration of large exposures; funding profile diversification.
Governance and accountability	Delivery against integration KPIs; board oversight structures; independent assurance findings; transparency of remedy compliance (competition and prudential conditions).

4.4 Merger externalities and the remedy toolbox

In most jurisdictions, bank mergers are regulated, or at least subject to regulation, because they generate externalities. Some externalities are positive, such as greater resilience and improved digital investment. Others are negative, such as increased market power, systemic concentration, and employment disruption. The main regulatory challenge is therefore not simply to ‘approve or reject’ mergers in the abstract, but to determine whether externalities can be managed effectively under the conditions⁽⁸⁵⁾.

In State of Kuwait, remedy design faces a specific challenge: remedies intended to address competition issues that fragment or weaken the merged bank may conflict with prudential objectives. For instance, a structural remedy such as divesting a portfolio or a branch network can boost competition but may also affect liquidity, capital allocation, and operational resilience. That is why coordination is crucial. Remedies should be developed collaboratively to

(85) See for instance the Basel Committee on Banking Supervision, Corporate governance principles for banks (Bank for International Settlements, July 2015), pp.35-36; or the European Central Bank, Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector (January 2021), pp.3-4; Office of the Comptroller of the Currency, Comptroller’s Licensing Manual: Business Combinations (December 2021), p.6.

From a law-and-economics perspective, integration reporting offers an additional benefit: it alters bargaining incentives. If parties understand that integration performance will be monitored and publicly assessed afterward, they are less likely to overpromise synergies upfront and more likely to invest in solid migration planning. This reduces the likelihood of value-destroying mergers that appear justified on paper but fail to create value in practice⁽⁸³⁾.

4.3 Measuring Outcomes: An Ex-Post Evaluation Framework

A critical perspective on bank mergers requires measurement. Kuwait's public debate often swings between two slogans: 'national champions' and 'competition,' without systematic ex-post evidence. To enhance policy quality and scholarly credibility, Kuwait should adopt an ex-post evaluation framework with measurable indicators. The goal is not to impose excessive reporting for its own sake but to align merger narratives with observable outcomes. An ex-post review also improves ex-ante negotiation incentives, as parties know that claims about efficiencies, service improvements, and employment protection will be tested.

KFH's public integration metrics indicate that some indicators can be shared without revealing sensitive commercial information. Other measures, such as complaint categories and outage incidents, are standard parts of operational resilience oversight and can be released in aggregate form.

An ex-post framework also supports competition policy without requiring the Competition Authority to rely solely on structural proxies. If switching rates rise and fee transparency improves, competition can be strengthened even in a concentrated market. Conversely, if fees rise and switching remains costly, even a modest merger can harm consumers' welfare⁽⁸⁴⁾.

(83) See European Central Bank, Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector (January 2021), pp.7-8 (integration plan and IT integration governance), p.8 (integration plan milestones and KPIs), p.11 (enhanced monitoring with "specific reporting requirements" on integration plan implementation); see also Paul M., Healy, and Krishna G. Palepu, "Information asymmetry, corporate disclosure, and the capital markets: A review of the empirical disclosure literature", *Journal of accounting and economics* 31.1-3 (2001), pp.405-440 (disclosure/credible reporting as a response to information asymmetry and agency conflicts).

(84) See Office of the Comptroller of the Currency, Comptroller's Licensing Manual: Business Combinations (OCC, 2021), p.6 (systems integration risk; conditions may include "specific measures for assessing and evaluating ... systems integration progress"); see also European Central Bank, Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector (ECB Banking Supervision, January 2021), pp.4-5 (requirement for a "robust ... integration plan" and "enhanced monitoring" during implementation).

welfare and stability risks are concentrated. KFH's integration disclosures are therefore unusually informative. They treat integration as a quantified program⁽⁷⁹⁾. In corporate governance terms, this is important: it transforms integration from an unclear managerial pledge into something that regulators and stakeholders can understand and interrogate⁽⁸⁰⁾. If State of Kuwait wishes to make mergers safer and more politically legitimate, integration metrics should become a standard disclosure obligation for systemically significant bank mergers⁽⁸¹⁾.

A critical perspective should also acknowledge the limitations of self-reported integration success. Firms tend to highlight achievements like 'record time' and program size. Therefore, regulators should require independent verification of key migration aspects-such as data integrity, cyber resilience, and continuity of payment services-and should oversee complaints and conduct risk assessments in the months following migration⁽⁸²⁾.

(79) Some of these issues are explained in the Federal Financial Institutions Examination Council (FFIEC), FFIEC IT Examination Handbook: Development, Acquisition, and Maintenance (FFIEC, August 2024), pp.136-137 (system conversions as a major modification arising from 'corporate mergers and acquisitions'; core-platform changes increasing operational risk; need for strong conversion controls to prevent operational disruption and resulting customer dissatisfaction/loss). <https://business.cch.com/BFLD/FFIEC-IT-DevelopmentAcquisitionMaintenance-Hankbook-08292024.pdf>.

(80) See Kuwait Finance House, Annual Report 2024 (KFH, 2025), pp.16-17 (operational integration and 'migration of systems and customers'), pp.48-49 (integration as a quantified programme: 'more than 250 phases' and 'over 2000 tasks'; 'Accounts and products for more than 280,000 ... customers were migrated'; 'over 80 systems were unified'), pp.54-55 (distinguishing 'Legal Day 1' and 'Operational Day 1 (OD1)' and managing customer/operations migration with 'full continuation of business'), available https://www.kfh.com/en/reports/kuwait/Annual-Reports/Annual-Report-2024/document_en/KFH%20Annual%20Report%20En%202024.pdf.

(81) Kuwait Finance House, Annual Report 2024, paras., pp.18-19, pp.48-49, pp.52-53; see also Basel Committee on Banking Supervision, Corporate governance principles for banks (Bank for International Settlements July 2015), pp.35-37; European Central Bank, Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector (ECB Banking Supervision January 2021), pp.3-4; Office of the Comptroller of the Currency, Comptroller's Licensing Manual: Business Combinations (January 2021), p.5.

(82) See European Central Bank, Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector (ECB Banking Supervision January 2021), pp.6-7 (integration plan, governance of IT integration, and use of KPIs linked to milestones); see also Office of the Comptroller of the Currency, Comptroller's Licensing Manual: Business Combinations (OCC January 2021) 6 (OCC may impose conditions including 'specific measures for assessing and evaluating the bank's systems integration progress'); Basel Committee on Banking Supervision, Principles for Operational Resilience (Bank for International Settlements March 2021), p.3, p.8 (operational resilience as delivery of critical operations through disruption; ICT/cyber governance, monitoring, and integrity controls).

and the prevalence of voluntary versus involuntary exits. From a stability perspective, larger banks can be more resilient through diversification and stronger risk-management investments.

But consolidation also increases systemic concentration and can intensify ‘too-big-to-fail’ expectations. A policy framework that supports consolidation should therefore be paired with credible recovery and resolution planning, strong capital and liquidity supervision, and post-implementation assessment to ensure that promised efficiencies and consumer benefits are realized.

Counterfactuals in mergers are also very important. Counterfactuals are not speculation for their own sake; they discipline policy analysis by forcing explicit consideration of alternative scenarios for comparison. If the KFH-AUBK merger had not succeeded, at least three plausible paths could have emerged. In the first, AUBK might have remained independent, continuing to face scale pressures and needing to invest in fixed-cost infrastructure in a small market. The second option would have been for AUBK to seek a different partner, which could have reopened questions about valuation and governance and potentially led to increased regulatory complexity if the new partner’s business model differed significantly.

The third possibility was that the failure might have slowed consolidation, leaving more mid-tier competitors intact and possibly strengthening competitive discipline, assuming mechanisms such as switching, transparency, and fintech entry remained strong. Therefore, the counterfactual scenario does not have an automatic welfare ranking.

More competitors can benefit consumers if switching is simple; if switching costs are high, competition may be weak despite the number of banks. Conversely, consolidation can enhance welfare if it yields real cost savings that are passed on through improved service quality or lower prices. The policy implication is that State of Kuwait should not evaluate consumer welfare solely by the number of banks; instead, it should focus on contestability and consumer protection as the primary objectives of merger oversight.

4.2 Post-merger integration as regulation: lessons from KFH

In bank mergers, legal completion is often the beginning rather than the end. The operational ‘cutover’ migration of customer accounts, cards, digital channels, core banking systems, and product contracts is where consumer

and product contract terms.⁽⁷⁸⁾ Regarding financing and capital flexibility, share-swap structures help preserve liquidity and reduce balance-sheet strain compared with cash transactions, thereby helping meet prudential requirements.

Additionally, governance consistency is key because, in mergers involving Islamic and conventional components, the question ‘what is the long-run business model?’ can be a deal-breaker. A merger with a major Islamic bank can reduce uncertainty by offering an Islamic ‘home’ for products, even if the transition is complex.

Mergers, in general and specifically in Kuwait’s banking sector, affect not only the market in an abstract sense and consumers in practice, but also workers and the national economy. Regarding consumers, in retail banking, the welfare effects of consolidation depend heavily on switching costs. When salary-transfer mechanisms, auto-debits, and credit-history lock-in are significant, the number of banks is a weak indicator of competitive pressure.

Therefore, a merger can have ambiguous effects on consumers: it may enhance service quality and digital capabilities through economies of scale, but it can also increase pricing power by reducing competitive constraints.

The KFH integration program indicates that at least one aspect of consumer welfare, service continuity during transition, was prioritized in governance. However, a thorough evaluation requires more than just a successful migration. Post-implementation review should analyze changes in fees and margins; service quality indicators; complaint volumes; branch access in underserved areas; and the terms offered to SMEs compared to pre-merger benchmarks.

Regarding labor impacts, bank mergers often achieve cost synergies through branch rationalization and back-office consolidation. In State of Kuwait, labor impacts are politically sensitive. KFH’s 2024 annual report notes that it hired 149 employees, with a Kuwaitization rate of 98 percent, indicating that the institution publicly emphasizes employment and localization as ongoing priorities.

However, a critical assessment cannot rely solely on gross hiring numbers. Mergers can hire for digital and compliance roles while reducing headcount in overlapping functions. A proper welfare assessment should therefore track net employment changes, shifts in wage distribution, reskilling investments,

(78) Ibid.

may be challenging to execute without affecting regulatory capital ratios⁽⁷⁵⁾. A share swap reduces immediate cash expenditure and distributes post-merger risk across the combined shareholder base. The exchange ratio becomes the primary focus for valuation: it determines how synergies (and integration costs) are divided between acquirer and target shareholders.

In Kuwait, share-swap structures also relate to capital markets governance. When shares are traded, valuation disputes can become evident in market reactions, and minority shareholders might be especially sensitive to whether the ratio accurately reflects a fair assessment of the standalone value and potential future gains and synergies⁽⁷⁶⁾. This point matters when analyzing failed mergers: valuation divergence is often not just a disagreement over current prices; it involves differing views on who will bear integration costs and who will gain future scale benefits.

Why did the KFH-AUBK merger succeed while other Kuwaiti mergers stalled? A bargaining-range explanation is convincing. A merger is considered complete when the combined surplus exceeds transaction costs and can be allocated based on an agreed-upon exchange ratio and governance structure. In the KFH-AUBK case, four factors likely expanded the bargaining range, such as strategic clarity, execution capacity, financing and capital flexibility, and governance coherence. KFH presented the transaction as part of a scale strategy in Islamic finance and highlighted its post-merger asset base and profitability, indicating that the merger aligned with a broader business model rather than being purely defensive consolidation⁽⁷⁷⁾.

Regarding execution capacity, as mentioned above, KFH's integration disclosure covers over 2,000 tasks across 250 phases and the migration of more than 280,000 customers/functions, which serves as a market signal of operational capability. Such signaling is important in bank mergers because regulators and markets understand that the highest consumer and stability risks often occur during the migration of core banking systems, customer accounts,

(75) Bernard S. Black, and Ronald J. Gilson, «Venture capital and the structure of capital markets: banks versus stock markets», *Journal of financial economics*, Vol.47, Iss.3, (1998), pp.243-277.

(76) Wolfgang Kürsten, «Synergies, shareholder value and exchange ratios in “value-creating” mergers: Why shareholders should doubt management’s pre-merger promises», *Managerial Finance*, Vol.34, Iss.4, (2008), pp.252-261

(77) Kuwait Finance House, ‘KFH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFH in record time’ (Press Release, 20 September 2024).

shares per AUBK share, indicating the shareswap component of the merger structure⁽⁷¹⁾. KFH announced the completion of the merger on February 27, 2024.

In that announcement, KFH highlighted its post-merger scale and performance, reporting assets of approximately KD 38.01 billion as of the end of 2023 and a net profit attributable to shareholders of KD 584.5 million, describing itself as Kuwait's largest bank and a leading Islamic bank globally⁽⁷²⁾. Post-merger integration is often where bank mergers fail in practice, even if they 'complete' legally. KFH's September 2024 announcement, therefore, matters: it asserted that operational integration had been completed in 'record time' and disclosed quantitative integration metrics, including the migration of over 280,000 customers and more than 5,000 products⁽⁷³⁾.

For terminological accuracy, the KFH-AUB sequence involved both acquisition and merger stages rather than a single undifferentiated 'takeover'. KFH first completed the cross-border acquisition of AUB-Bahrain and later implemented the domestic merger by amalgamation of AUB-Kuwait into KFH.

The pathway also shows that 'multiple regulators' did not stop at Kuwait's domestic institutions: KFH's 2022 offer materials contemplated consents and approvals from authorities in State of Kuwait and Bahrain and abroad, including the Central Bank of Egypt, the Central Bank of Oman, the United Kingdom PRA and FCA, the Central Bank of Iraq, the Dubai Financial Services Authority, and Bank Negara Malaysia. This broader cross-border supervisory matrix is analytically important because execution risk depends on aligning domestic merger steps with foreign supervisory and conversion approvals across a regional network.

To discuss the merger, one should explain the deal structure and the key valuation points. The question of why a share swap must be answered⁽⁷⁴⁾. In banking, cash-financed acquisitions can be costly in terms of capital and

(71) Solactive AG, 'Acquisition | Ahli United Bank KSCP/Kuwait' (Corporate Action Notice, 13 February 2024).

(72) Kuwait Finance House, 'KFH announces completion of merger by amalgamation of Ahli United Bank–Kuwait into Kuwait Finance House' (Press Release, 27 February 2024).

(73) Kuwait Finance House, 'KFH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFH in record time' (Press Release, 20 September 2024).

(74) Kamal Ghosh Ray, *Mergers and acquisitions: Strategy, valuation and integration*, PHI Learning Pvt. Ltd., 2022.

analytically because it offers a high-information case. It was completed, publicly announced, executed through a share exchange, and followed by an unusually detailed public description of operational integration. This section reconstructs the transaction and evaluates its legal-economic logic and distributional aspects and consequences.

Table 3 - Recent completed and non-completed Kuwaiti bank merger pathways

Transaction	Status	Key procedural milestones
KFH - AUBK	Completed	Share-swap amalgamation (0.3723118279 KFH shares per AUBK share) ⁽⁶⁴⁾ . Completion announced 27 February 2024 ⁽⁶⁵⁾ . Operational integration announced 20 September 2024. ⁽⁶⁶⁾
ABK - Gulf Bank	Terminated	Non-binding MoU to evaluate merger announced 1 August 2022 ⁽⁶⁷⁾ . Talks called off June 2023 following feasibility process ⁽⁶⁸⁾ .
Boubyan - Gulf Bank	Explored / not completed	Merger exploration reported 31 July 2024; no completed transaction publicly reported as at 5 January 2026 ⁽⁶⁹⁾ .
Warba - Gulf Bank	Feasibility stage	CBK approval to appoint advisers for merger feasibility announced 31 July 2025 ⁽⁷⁰⁾ .

4.1 KFHH-AUBK: transaction chronology and execution

KFH’s merger with AUBK was carried out through the integration of AUBK into KFHH using a share-exchange method. A corporate action notice related to the transaction specified an exchange ratio of 0.3723118279 KFHH

(64) Solactive AG, ‘Acquisition | AHLI UNITED BANK KSCP/KUWAIT’ (Corporate Action Notice, 13 February 2024).

(65) Kuwait Finance House, ‘KFHH announces completion of merger by amalgamation of Ahli United Bank–Kuwait into Kuwait Finance House’ (Press Release, 27 February 2024).

(66) Kuwait Finance House, ‘KFHH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFHH in record time’ (Press Release, 20 September 2024).

(67) Gulf Bank, ‘Gulf Bank and Al Ahli Bank of Kuwait enter into an MoU to evaluate a potential merger’ (Press Release, 1 August 2022).

(68) Sunil Singh, ‘Al Ahli Bank of Kuwait and Gulf Bank call off merger talks’ The National (5 June 2023).

(69) Reuters, ‘Kuwait’s Boubyan Bank and Gulf Bank explore merger’ (31 July 2024).

(70) Warba Bank, ‘Warba Bank Receives Central Bank’s Approval to Appoint Advisors for Merger Feasibility with Gulf Bank’ (Press Release, 31 July 2025).

of delayed disclosure and market abuse, and they may face abrupt trading halts that undermine confidence⁽⁶³⁾.

Either way, the merger becomes susceptible to information leaks, which can distort valuations and reduce the bargaining range. The solution is not to weaken disclosure. It is to provide clearer procedural tools that enable lawful confidentiality during exploration while ensuring prompt disclosure once probability and materiality thresholds are exceeded. In practice, this involves: (i) a regulator-endorsed confidentiality ring (including named individuals, logging, and audits); (ii) clean teams for handling competitively sensitive information; (iii) staged disclosure plans approved by the capital-market authority; and (iv) explicit protocols for trading halts and resumption to prevent disorderly markets. It should be clarified, however, that Kuwait's listed company framework does not start from zero on confidentiality.

Book Ten, Chapter Four of the CMA Executive Bylaws already allows delayed disclosure when immediate disclosure would compromise the confidentiality of negotiations or preliminary procedures, provided the delay is not misleading and confidentiality is effectively preserved. The reform claim advanced here is therefore narrower: bank mergers need a sector-specific coordination protocol that links those existing CMA tools to CBK supervision, clean-team due diligence, and competition review.

A banking-sector merger bylaw is an effective tool because it can balance banking secrecy, data protection, and market abuse risk. The bylaw can also set minimum protections for consumer data during due diligence, including anonymization, aggregation, and limits on crossuse of customer information. From legal and economic perspectives, disclosure tools do more than reduce legal risks. They help maintain the informational basis for bargaining.

Merger negotiations require a shared information set. If parties cannot legally share sensitive data, they tend to price the deal defensively. This increases the likelihood of valuation gaps and deal failure. Conversely, if the law permits controlled information sharing with strong safeguards, negotiations can focus on actual economic synergies and integration costs.

4. Completed Transaction in State of Kuwait: KFH-AUBK

The defining completed domestic consolidation in State of Kuwait during the study period is KFH's merger with AUBK. First, the transaction is valuable

(63) Ibid.,

3. Signing and announcement	CMA / Boursa Kuwait + CBK	When must the market be informed? How is confidentiality managed up to signing? What is the public narrative to prevent destabilizing speculation?
4. Regulatory review and remedy design	CBK (stability) with structured consultation	Does the merger satisfy prudential requirements? Does it create harmful economic concentration? If remedies are required, can they be designed without undermining stability?
5. Corporate execution and completion	Companies Law mechanics	Have shareholder approvals been obtained? Has the merger proclamation been published and the creditor objection window run? Are operational migration and customer-contract changes governed by a consumer plan?
6. Post-merger integration monitoring	CBK (with consumer-protection reporting)	Are service levels maintained? Are complaints handled? Are promised synergies materialising without consumer harm? What is the workforce transition outcome?

The last challenge involves confidentiality, data access, and market integrity-the ‘disclosure trap’. Bank mergers require thorough due diligence⁽⁵⁹⁾. Due diligence extends beyond financial statements; it also includes credit files, large-exposure concentrations, liquidity profiles, AML/CFT flags, operational resilience data, cyber incidents, and sensitive customer information⁽⁶⁰⁾. At the same time, under the capital markets regime, banks are required to disclose material information in a timely manner and to restrict insider trading⁽⁶¹⁾.

This creates a recurring practical problem: if parties disclose merger talks too early, they may destabilize the target bank (customers and counterparties could react defensively), and negotiations may become politicized before a viable structure is in place⁽⁶²⁾. If parties disclose too late, they risk allegations

(59) Peter Howson, *Due diligence: The critical stage in mergers and acquisitions*, Routledge, 2017;

(60) William Gaviyau, and Athenia Bongani Sibindi, «Anti-money laundering and customer due diligence: empirical evidence from South Africa», *Journal of Money Laundering Control*, Vol.26, Iss.7, (2023), pp.224-238.

(61) Ibid.

(62) Ingo Walter, *Mergers and acquisitions in banking and finance: what works, what fails, and why*, Oxford University Press, 2004.

Phase	Indicative output
3. Competition assessment and remedy design	CPA reviews concentration risks and tests whether any remedy package can preserve contestability without impairing prudential resilience.
4. Market documentation and disclosure planning	CMA and Boursa Kuwait settle announcement timing, share-swap documentation, trading controls, and minority-shareholder disclosures.
5. Corporate execution and closing mechanics	Shareholder approvals, Companies Law publication, Article 258 creditor window, and final regulatory conditions are coordinated in a single closing calendar.
6. Day-1 and post-merger monitoring	The merged bank reports migration KPIs, complaints, service continuity, workforce-transition outcomes, and remedy compliance during the first implementation period.

This implementation scenario also makes veto points more transparent. If a file stalls, the delay becomes attributable to a defined stage rather than to an undifferentiated sense of regulatory complexity.

3.3 Priority map: which regime leads at each stage?

One way to reduce doctrinal confusion is to create a ‘priority map’: a step-by-step guide showing which legal regime takes precedence, which regimes operate alongside each other, and what the decision outputs are. This is not a claim that one law overrides another; it is a governance tool that helps make cumulative compliance easier.

Table 2 - Priority map (illustrative): stage-by-stage allocation of lead regimes

Stage of transaction	Lead regime (practical)	Key legal questions (examples)
1. Pre-talks and stake building	CBK (ownership discipline) + CMA (if listed)	Is stake building above thresholds permitted without prior CBK approval? Are there disclosure obligations triggered by material ownership changes?
2. Negotiation and due diligence	CBK-led confidentiality framework	What information can be shared without breaching banking secrecy, data protection, or market-abuse rules? Is a ‘clean team’ needed?

The bylaw would not eliminate any authority’s legal power; it would organize decision-making and reduce overlap.

A feasible sequencing model might be: (1) pre-filing meeting (CBK+CPA+CMA) to agree on market definition, data requirements, and disclosure plan; (2) CBK’s conditional non-objection in principle (stability and governance), allowing parties to sign binding documents; (3) competition review based on finalized market definition and stability-adjusted remedy space; (4) CMA approval of takeover/merger documentation and disclosure schedule; (5) Companies Law merger proclamation and creditor-objection period; (6) final CBK approval after confirming competition clearance and market disclosures; and (7) post-merger integration monitoring, including consumer migration Key Performance Indicator (KPI) and workforce transition metrics.

Additionally, the bylaw should require two governance plans often considered afterthoughts: a consumer-migration plan and a workforce-transition plan. The consumer plan should address account and contract migration, complaint handling, service continuity, branch rationalization, and communication. The workforce plan should include redeployment, reskilling, voluntary exit mechanisms, and transparency commitments. These are not just ‘nice-to-have’ components; in a socially important sector, they are crucial for legitimacy and reduce risks that could otherwise jeopardize a merger’s success.

Table 1. Illustrative implementation scenario: sequenced review path

To make the proposed protocol more concrete, the following workflow shows how a listed bank merger could be sequenced without changing substantive decision-making powers. The timetable is indicative rather than mandatory; its value lies in clarifying when each regulator is expected to intervene and what the parties must produce at each stage.

Phase	Indicative output
1. Joint pre-filing and scoping	CBK, CPA, and CMA agree on the common dossier, confidentiality ring, market-definition assumptions, and likely transaction perimeter.
2. In-principle prudential screen	CBK tests capital, governance, fit-and-proper, business-model sustainability, and any Islamic-conversion feasibility issues.

matters: successful mergers require not only a strategic rationale but also a clear roadmap, early engagement with regulators, and transparent governance⁽⁵⁷⁾.

In law and economics terms, the bylaw would reduce transaction costs and execution risk. This increases the probability that privately rational transactions will be completed. But it also increases the likelihood that problematic transactions are detected early, because a structured information flow enables regulators to identify consumer and systemic risks at the outset rather than after parties have sunk costs and become committed.

The fourth challenge elaborates on the recurring deal-breakers in Kuwaiti bank mergers: valuation, governance, conversion, and social salience. Transaction outcomes in Kuwait show recurrent frictions that are partly market-based and partly legal-institutional: (i) valuation divergence in a volatile macro environment; (ii) governance and control disputes (board composition, CEO role, headquarters); (iii) Islamic-conventional integration costs and conversion risk; (iv) multi-regulator coordination risk; and (v) social and political constraints linked to employment and service access. These frictions interact. For example, regulatory delays magnify valuation divergence.

When the timeline is uncertain, each party discounts the other's valuation assumptions more heavily. Similarly, governance disputes are magnified when the legal regime creates multiple veto points: if a party expects that regulators may require governance adjustments late in the process, bargaining positions harden early.

The KFH-AUBK integration programme provides an instructive contrast. The post-merger operational integration was treated as a structured programme with quantified tasks and phases. This reduces execution uncertainty and, crucially, signals capability to regulators and markets⁽⁵⁸⁾.

3.2 Advocating a unified procedure framework for bank mergers (without altering the substantive law)

A banking sector merger bylaw could be designed around a 'single file' concept. Parties submit a single core dossier to a CBK-led merger committee, which then shares it with the CPA and CMA under a confidentiality framework.

(57) Marmore MENA Intelligence, 'KFH-AUB Merger' (Marmore First Take, October 2017), p.1.

(58) Kuwait Finance House, 'KFH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFH in record time' (Press Release, 20 September 2024).

The appropriate model is therefore a public-interest balancing framework with institutional checks: CBK should be decisive on stability and governance conditions; the Competition Protection Authority (CPA) should be decisive on market-power analysis and remedy design; the Capital Market Authority (CMA) should be decisive on disclosure and takeover compliance. Where the objectives conflict, for example, if a competition remedy would materially weaken capital or operational resilience, the conflict should be resolved through a joint committee process that produces a reasoned decision and, where possible, measurable substitute remedies⁽⁵⁶⁾.

Making this balancing explicit would reduce ‘silent veto’ dynamics in which one authority delays rather than openly disagrees, and it would improve the legitimacy of merger outcomes by showing the public that stability, competition, and investor protection were each analyzed rather than assumed.

The third challenge is whether Kuwait’s laws require coordination, and whether a bankingsector merger bylaw is necessary. State of Kuwait already has detailed procedures for corporate and capital markets. Yet the recurring pattern of stalled deals suggests that the procedural burden is not only about the existence of rules, but also about the lack of an integrated ‘one-window’ pathway for banks.

A practical reform would be a banking-sector merger bylaw or joint protocol issued by CBK, in consultation with the CPA and the Capital Markets Authority. It does not alter substantive legal standards but aims to harmonize the process. Such a protocol could: (i) establish a standard sequencing timetable; (ii) define a common information set and confidentiality circle for due diligence; (iii) synchronize disclosure triggers with prudential milestones; (iv) specify how to handle consumer migration and workforce impacts; and (v) introduce a structured mechanism for reconciling competition remedies with prudential constraints.

A policy note on GCC banking consolidation explains why the process

(56) Pietro Calice, *Navigating the Competition-Stability Nexus in Financial Services*. World Bank, 2025; see also International Monetary Fund, *Kuwait: Financial System Stability Assessment* (IMF Country Report No.19/96, April 2019) p.5, p.18; Law No.32 of 1968 Concerning Currency, the Central Bank of Kuwait and the Organisation of Banking Business (Kuwait) arts 62, 71 (English translation, CBK), pp.37-38, p.43; Law No.72 of 2020 on the Protection of Competition and its Executive Regulations (Kuwait) art 10 (economic concentration), p.22; Executive Regulations art 4-5 (establishing the Competition Protection Agency as competent authority; agency objectives and coordination role), p.67; see also Turan Ondes, “Bibliometric Analysis of PhD Dissertations Written in Islamic Banking and Finance in the United Kingdom”, (2022).

are remedies reconciled with prudential requirements? A coherent approach is to separate ‘mechanical priority’ from ‘policy priority’. Mechanical priority refers to the order in which steps are performed.

Policy priority refers to the hierarchy of objectives when regulators disagree. In banking, there is a strong argument for the CBK to hold mechanical priority (lead regulator) because it bears responsibility for systemic stability and is the only authority to make authoritative judgments on capital, liquidity, and the governance of the post-merger bank.

However, CBK should not have a unilateral policy priority over competition and investor protection. Rather, a lead-regulator model should require structured consultation with competition and capital markets authorities, with published reasoning where the public interest permits⁽⁵³⁾. The need for this clarity is not theoretical. In practice, parties negotiate around the perceived preferences of the regulator. A regime in which CBK is perceived to favour ‘national champion’ consolidation can raise political concerns about market power; a regime in which competition review is perceived to have broad discretion without stability safeguards can deter transactions that would, prudentially, be beneficial⁽⁵⁴⁾. A coordinated framework reduces both forms of risk.

Doctrinally, Kuwait can justify this coordination through familiar principles. Banks are special entities subject to special supervisory law; therefore, where a corporate-law mechanism would endanger financial stability, the *lex specialis* of banking supervision should prevail in practical application. But *lex specialis* cannot mean ‘banking law overrides everything’⁽⁵⁵⁾. Competition and market-integrity norms are also public-interest laws.

(53) Law No.32 of 1968 Concerning Currency, the Central Bank of Kuwait and the Organisation of Banking Business (Kuwait) arts 62, 64, 71 (English translation, CBK), pp.37–39, p.43; International Monetary Fund, Kuwait: Financial System Stability Assessment (IMF Country Report No.19/96, April 2019), p.5, p.18; Pietro Calice, Navigating the Competition-Stability Nexus in Financial Services, World Bank, 2025; see also Elena Carletti, and Philipp Hartmann, “Competition and stability: What’s special about banking”, Monetary history, exchanges rates and financial markets: Essays in honour of Charles Goodhart, Vol.2, (2003), pp.202-229.

(54) Elena Carletti, and Philipp Hartmann, «Competition and stability: What’s special about banking», Monetary history, exchanges rates and financial markets: Essays in honour of Charles Goodhart, Vol.2, (2003), pp.202-229, see also Pietro Calice, Navigating the Competition-Stability Nexus in Financial Services, World Bank, 2025;

(55) Eva HG. Hüpkes, «Insolvency—why a special regime for banks?» Current developments in monetary and financial law3 (2002); International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, (Report of the Study Group, United Nations Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006), p.25, pp.29-30;

The four-approval problem and sequencing risk, which are considered challenges in this process, are explained below. The first challenge is that a major bank merger in Kuwait typically requires: (i) corporate approvals and Companies Law mechanics; (ii) CBK prudential approval; (iii) competition clearance for economic concentration; and (iv) capital-markets approvals and disclosures where the banks are listed. If anyone's approval is delayed or contingent, the transaction's economics can change materially, especially when valuations are interest-rate-sensitive.

The KFH-AUBK merger, for instance, as elaborated in this paper, demonstrates that the system can function, but its success also entails a burden: the transaction required a carefully structured share-exchange process and multiple coordinated approvals⁽⁵²⁾. Sequencing is not merely administrative. It affects bargaining power. If the NCA reviews only after CBK has signaled strong support, the competition review may be perceived as a rubber stamp; if the NCA insists on early review without prudential clarity, the competition authority is asked to assess market definition and competitive effects without certainty about the post-merger business model (especially in Islamic conversion scenarios). In either case, uncertainty increases costs. The legal system thus affects the 'bargaining range', the interval of valuations for which both parties can agree, once expected costs and risks are priced in.

The second challenge is which law applies and which should take priority. In doctrinal terms, several bodies of law apply simultaneously to bank mergers. The Company Law governs the merger instrument and creditor procedures. The CBK Law and CBK practice govern licensing, prudential conditions, and ownership discipline. Competition law governs economic concentration. Finally, the Capital markets rules govern disclosure and takeover mechanisms.

In Kuwait, the prevailing structure is therefore not 'priority by displacement' but 'cumulative compliance'. The merger must comply with all applicable regimes unless an explicit statutory carve-out applies. Nevertheless, priority questions still arise in at least three practical senses. First, which regulator should act as the 'lead' in coordinating the timetable and information flow? Second, when objectives conflict (stability versus competition), which objective should be decisive and under what procedural safeguards? Third, if a merger is to be conditioned or remedied, who designs the remedy, and how

(52) Solactive AG, 'Acquisition | Ahli United Bank Kscpl/Kuwait' (Corporate Action Notice, 13 February 2024).

capital markets regulation includes a dedicated ‘Module Nine’ on acquisitions and mergers in the Capital Markets Authority’s executive bylaws, as well as Boursa Kuwait disclosure requirements⁽⁴⁹⁾.

For bank mergers, the main challenge is balancing market disclosure with banking confidentiality: due diligence requires access to sensitive data (credit exposures, liquidity positions, AML flags), while markets need quick access to price-sensitive information. The bigger the mismatch, the higher the risk of information leaks, negative market reactions, and merger failures.

In summary, most large bank mergers in State of Kuwait must meet several requirements: the mechanics of corporate mergers under the Companies Law, prudential approvals from the CBK, economic concentration clearance from the Competition Protection Authority (CPA), and market integrity rules for listed shares from the Capital Markets Authority and Boursa Kuwait. The legal process is cumulative: each regulation makes sense on its own, but without a clear sequence, their interaction raises the risk of delays and complications.

3.1 Challenges and key issues in Kuwaiti Bank Mergers

Kuwait’s merger regime, in general, and the merging process in the banking industry are sometimes described as cautious by practitioners⁽⁵⁰⁾. A more precise characterization is that it is multi-layered without a fully public sequencing protocol. Multi-layering is unavoidable because bank mergers inherently involve multiple objectives. The biggest challenge is coordination⁽⁵¹⁾. When regimes lack coordination, the law itself becomes a negotiable factor: parties must discuss not only price and governance but also the order of regulations, the timing of disclosures, and how regulatory risk is shared.

(49) Capital Markets Authority (Kuwait), The Executive Bylaws: Module Nine-Mergers and Acquisitions (English version, CMA), pp. 1-90, available here: <https://www.cma.gov.kw/documents>.

(50) Saeed Al-Muharrami, “Testing the Contestability in Kuwait Banking Industry”, *Studies in Economics and Finance*, Vol.25, Iss.4, (2008), pp.253-266, DOI: 10.1108/10867370810918146, concluding that the Kuwait Central Bank “should be very cautious in granting mergers among banks, in particular among large core banks.

(51) Ezekiel Tuma, Luis Cunha and Nader Abdelaziz, ‘Mergers & Acquisitions: Kuwait’, (Legal 500 Country Comparative Guides, 2025, pp.4-5 (noting (i) sectoral regulatory approval requirements such as CBK approval for CBK-regulated entities, (ii) the prevalence of contractual conditions precedent (including conditions tied to regulatory approvals), and (iii) public disclosure triggers/timing in listed-company contexts-e.g “Interested Person” disclosures and disclosure duties that can be triggered at defined transactional stages); see also Afsharipour, Afra. “Transforming the allocation of deal risk through reverse termination fees.” *Vand. L. Rev.*, Vol.63, (2010), p.1161 (explaining that the signing-to-closing delay drives contractual risk-allocation architecture, including negotiated closing conditions (expressly including “governmental and other third-party consents”) and the balance between seller certainty and buyer flexibility).

Competition law introduces a suspensory layer by regulating the concentration of economic activities. Competition Protection Law defines ‘economic concentration’ in terms that explicitly include mergers, acquisitions, or any act leading to the transfer of control or influence over a person or entity⁽⁴³⁾. In functional terms, this means that bank mergers can be reviewed (depending on the thresholds) not only for prudential soundness but also for their impact on market structure and consumer welfare (including pricing, fees, service quality, access, etc)⁽⁴⁴⁾.

Competition control is a crucial part of modern merger oversight, but in banking, it can create a classic conflict. While the prudential supervisor may favor consolidation to enhance resilience, the Competition Protection Agency (CPA) might worry about the formation of market power in a market with high switching costs. When the law does not clearly define how to resolve this tension, it introduces uncertainty that can increase transaction costs and potentially block deals.

An additional layer of uncertainty comes from the changing competition regime itself. In 2025, public reports indicated that the Constitutional Court had struck down certain revenue-linked fine provisions under the Competition Protection Law⁽⁴⁵⁾. Sometimes, even if merger control remains in force, changes to the design of sanctions affect deterrence, negotiation leverage, and the perceived consequences of mis-sequencing or non-notification⁽⁴⁶⁾.

Finally, capital markets regulation shapes mergers involving listed banks⁽⁴⁷⁾. Where shares are publicly traded, merger negotiations involve disclosure requirements, trading halts, and takeover rules. KFH’s merger with AUBK was conducted through a share exchange, making valuation and disclosure key to the transaction’s legitimacy and to market confidence⁽⁴⁸⁾. Kuwaiti

(43) Competition Protection Law No.72 of 2020 (Kuwait) (published with executive regulations) definitions including ‘economic concentration’, p.11.

(44) Nora Memeti, «Administrative Discretion in GCC Merger Control», Arab Law Quarterly, Vol.39, Iss.5, (2025), pp.537-580.

(45) Nora Ziba Memeti, Kuwait: Antitrust developments and challenges, 1 July 2025, Concurrences N° 7-2025, Art. N° 126421, www.concurrences.com.

(46) International Law Office, ‘Kuwait’s Constitutional Court invalidates revenue-based fines under the Competition Law’, (2025).

(47) Capital Markets Authority (Kuwait), The Executive Bylaws: Module Nine-Mergers and Acquisitions (English version, CMA), pp.1-90, available here: <https://www.cma.gov.kw/documents>.

(48) Solactive AG, ‘Acquisition | Ahli United Bank KSCP/Kuwait’ (Corporate Action Notice, 13 February 2024).

Where stake-building is limited, banks seeking consolidation are directed toward negotiated, regulator-visible structures (merger agreements, share-exchange offers) rather than toward informal accumulation of control. This shift can enhance transparency and stability, but it also increases the importance of certainty in regulatory sequencing: if a deal requires multiple approvals, parties must be confident that the process is predictable before incurring full transaction costs.

Islamic banking regulation adds an extra layer. Kuwait's Islamic banking system was strengthened by Law No. 30 of 2003, which created a specific section on Islamic banks within the CBK Law and established rules for their registration and supervision, including their branches⁽⁴⁰⁾. In mergers involving Islamic and conventional institutions, this legal layer is not merely descriptive; it creates conversion frictions⁽⁴¹⁾. Product books must be reviewed for Sharia compliance, governance structures must accommodate Sharia supervisory requirements, and customers might need to be migrated to new contract types⁽⁴²⁾. These frictions can be decisive in Kuwait because several merger options, both completed and proposed, rely on scaling up Islamic banking.

More specifically, the Islamic banking framework affects at least four merger workstreams. First, the post-merger institution must specify the composition and mandate of Sharia governance bodies and how their oversight will interface with the board and senior management. Second, legacy products and customer contracts may require conversion, novation, replacement, or orderly run-off rather than simple transfer. Third, operational integration must address product mapping, system rules, and data migration for Sharia-compliant processing. Fourth, customer communication becomes legally material because the merger may change not only the provider but also the juridical form of the banking relationship. These features help explain why an Islamic-conventional transaction entails execution risk beyond that of ordinary horizontal consolidation.

(40) Central Bank of Kuwait, 'Law No.30 of 2003 (Islamic Banks)-Summary of the Provisions (Section Ten, arts 86–88)', (CBK publication). The Central Bank of Kuwait's (CBK) Law No.30 of 2003 established specific regulations for Islamic banking in Kuwait, adding a dedicated section (Section Ten, Articles 86-88) to the main CBK Law (Law No.32 of 1968), outlining CBK supervision, requirements for establishing Islamic banks (including capital, ~KD 75 million, and branches), allowing existing banks to convert or set up Islamic affiliates, and enabling CBK to issue Islamic financial instruments for liquidity management, all while adhering to Islamic Sharia principles.

(41) Fatma Zaki, and Khaled Hussainey, «Conversions to Islamic banks: Jurisprudence; Economic and AAOIFI requirements», *European Journal of Islamic Finance*, Vol. 3, (2015); see also M. A. M. Bioumy, "The effect of competitiveness of Kuwaiti banks on risk profile and profitability", (2024).

(42) Ibid.

merging licensed banks is not financially meaningful unless the prudential supervisor is confident in the post-merger institution's capital adequacy, governance, risk management, and business practices⁽³⁶⁾. This is especially important in Kuwait because consolidation can significantly boost a bank's systemic influence and, in turn, shape market expectations of government support⁽³⁷⁾. Ownership discipline is a vital aspect of prudential oversight and influences merger dynamics even before any formal merger proposal. CBK regulations limit strategic stake-building without approval.

A CBK circular implementing the amended paragraph 2 of Article 57 of the CBK Law outlines procedures for increasing ownership beyond specified thresholds and includes restrictions on voting rights and potential disposal requirements when holdings surpass authorized level limits⁽³⁸⁾. For merger purposes, these ownership rules matter because they restrict 'creeping acquisitions' as a means of consolidation⁽³⁹⁾.

(36) See Law No.32 of 1968 Concerning Currency, the Central Bank of Kuwait and the Organisation of Banking Business (Kuwait) (English trans, Central Bank of Kuwait) art.62, (p.37); (bank mergers require the CBK's advance permission notwithstanding Companies Law mechanics); art.68, (pp.41-42); (CBK governance "fit and proper"/objection powers over bank directors and senior executives); arts.71-72, (pp.43-44), (CBK supervisory instructions; prudential rules to ensure liquidity and solvency). To compare, the European Central Bank provides a Guide on the supervisory approach to consolidation in the banking sector, (January 2021), pp.1-2, pp.5-6, (prudential assessment of consolidation transactions, including business model sustainability, governance and risk management expectations).

(37) International Monetary Fund, Kuwait: Financial System Stability Assessment (IMF Country Report No.19/96, March 2019), p.5 (blanket deposit guarantee), p.9, (high concentration in banking assets), p.18 (domestic systemically important banks (DSIB) framework), p.35 (10 largest banks ≈95% of banking-sector assets); see also Kenichi Ueda, and Di Mauro B. Weder, "Quantifying structural subsidy values for systemically important financial institutions", *Journal of Banking & Finance*, Vol.37, Iss.10, (2013), pp.3830-3842; see also Elijah Brewer III, and Julapa Jagtiani, "How much did banks pay to become too-big-to-fail and to become systemically important?", *Journal of Financial Services Research*, Vol.43, Iss.1, (2013), pp.1-35 (mergers used to cross perceived TBTF thresholds; market reactions consistent with a TBTF/funding-subsidy channel).

(38) Central Bank of Kuwait, Circular No.(2/BS/154/2004) 'Executive Procedures of the amended item (2) of art 57 of Law No.32 of 1968', (2004). https://www.cbk.gov.kw/en/images/executive-procedures-of-the-rules-of-item-2-of-article-57-concerning-the-increase-of-ownership-per-person-for-5-of-the-bank-capital-2804_v40_tcm10-2804.pdf.

(39) Luca Enriques, and Matteo Gattim, «Creeping acquisitions in Europe: enabling companies to be better safe than sorry», *Journal of Corporate Law Studies*, Vol.15, Iss.1, (2015), pp.55-101; see Central Bank of Kuwait, Circular No. (2/BS/154/2004), 'Executive Procedures of the Provisions of amended Item (2) of Article (57) Concerning the Excess of Acquisition per a Single Person Over 5% of the Bank's Capital' (6 April 2004), pp.2-3; European Central Bank, Guide on qualifying holding procedures, (March 2023), p.2, p.6, p.33; see also Pietro Calice, Navigating the Competition-Stability Nexus in Financial Services, World Bank, 2025; see also Afra Afsharipour, "Transforming the allocation of deal risk through reverse termination fees", *Vand. L. Rev.*, Vol.63, (2010), p.1161.

If a creditor objects and the objection remains unresolved, the merger may be delayed until the objection is settled or the court decides⁽³⁴⁾. The corporate layer also includes internal decision rights that should be made explicit. Under the Companies Law, the extraordinary general meeting is competent to decide on matters of merger, while the board of directors convenes the meeting, structures the proposal, and implements the resolutions once validly adopted (Companies Law arts 216-219). In practical terms, boards and general assemblies are internal governance veto points alongside regulators. Accordingly, some failed transactions may reflect shareholder or board misalignment, not only multi-agency friction.

For non-financial firms, this creditor window serves a standard purpose, which is to limit value-shifting mergers that externalize losses onto creditors. For banks, the same mechanism becomes more complicated because depositors are creditors, and there are many potential ‘creditor’ interests. In practice, depositors rarely file formal objections through corporate law channels; instead, they withdraw their funds⁽³⁵⁾.

However, the presence of a statutory objection window increases the risk of execution, prompting a design question: should bank mergers rely on creditor mechanisms under the Companies Law, or should depositor protection be managed primarily through bank supervision and deposit insurance systems? From a law and economics perspective, Article 258 of the Company Law can be viewed as a mandatory ‘option’ granted to creditors. Under stable conditions, this option is seldom used and incurs minimal cost.

However, during stressful periods or when information shocks happen, the option’s value rises, and the waiting period can pose a significant execution risk. This is why bank-specific merger coordination (discussed below) is crucial: it helps prevent a statutory waiting period from becoming a stage for destabilizing speculation or deposit flight.

Prudential oversight is primarily carried out by the Central Bank of Kuwait (CBK). Even if corporate mechanisms comply with the Companies Law,

or the company repays the debt if the debt is due, or provides sufficient security for its payment if the debt is not due. In case no objection is filed within the aforementioned time period, the merger shall be deemed final”.

(34) Ibid, art 258, (p.81).

(35) It is interesting to see that the bank sector enjoy a special regime, see Raaijmakers, Geert TMJ, and Thijs PH Olthoff, «Creditor protection in cross-border mergers; unfinished business», (2008); see also Eva HG. Hüpkens, “Insolvency—why a special regime for banks?” Current developments in monetary and financial law3, (2002).

unfolds within a macro-financial environment where stability remains a primary policy goal. IMF analysis of Kuwait's 2024 macroeconomic outlook highlights the interplay between oil-sector trends and the non-oil recovery, emphasizing financial stability as a vital policy anchor⁽³⁰⁾.

In this context, regulators might be more inclined to approve consolidation if it convincingly promotes stability, but they must weigh this against concerns for consumer welfare and competition⁽³¹⁾.

3. Legislative and Regulatory Architecture for Bank M&A in State of Kuwait

Bank mergers in State of Kuwait are governed by a layered framework that includes corporate law, banking regulations, competition law, and capital market regulation. These layers are not redundant; each serves a specific policy purpose. Corporate law (company law) ensures procedural fairness and protects creditors. Banking (prudential) regulation aims to maintain stability, promote good governance, and ensure ownership is fit and proper. Competition law seeks to prevent harmful increases in market power through economic concentration. Capital markets regulation protects investors through disclosure rules, public-M&A procedures, and measures to maintain market integrity. The challenge is not identifying the layers but arranging them properly and managing their interactions.

In State of Kuwait, corporate mergers are governed by the Companies Law. The merger provisions in the Companies Law apply to regular business firms, but they also apply to banks as companies, unless overridden by specific banking regulations. A key example is the creditor-protection window⁽³²⁾. This law requires that the merger announcement be published in the Official Gazette and states that the merger cannot be carried out until 30 days after publication; during this period, creditors of the combined company may object⁽³³⁾.

(30) International Monetary Fund, 'Kuwait: 2024 Article IV Consultation - Press Release; Staff Report; and Statement by the Executive Director for Kuwait', (IMF Country Report No 24/328, November 2024), p.1.

(31) Ibid.

(32) Luc Renneboog, Peter G. Szilagyi, and Cara Vansteenkiste, «Creditor rights, claims enforcement, and bond performance in mergers and acquisitions», *Journal of International Business Studies*, Vol.48, Iss.2, (2017), pp.174-194.

(33) Kuwait Companies Law No.1 of 2016 (english translation) art. 258: "Proclamation and Execution of the Merger: The merger shall be Proclaimed. The merger resolution shall not be implemented until after the lapse of thirty days from the date of Publication in the Official Gazette. The creditors of the merged company can object to the merger during this period by way of official notice, and the merger shall be suspended unless the creditors waive their objection or it is rejected by way of a final ruling,

efficient (in terms of cost synergies) can be socially contested if it is perceived to generate redundancies without credible transition pathways. In this context, merger governance cannot be narrowly focused on shareholder value; it must also account for employment and consumer protection as conditions of legitimacy⁽²⁶⁾.

To avoid overstatement, Kuwait is better described as an oil-dependent macroeconomy with a bank-dominated financial system. The claim advanced here is narrower: banks occupy the central position in domestic financial intermediation even though hydrocarbons remain the primary macroeconomic driver.

Finally, regarding market competition and changes in market structure, empirical research on Kuwaiti banking offers a more nuanced perspective than a straightforward ‘more banks equals more competition’ narrative⁽²⁷⁾. Bioumy writes that competition is not significantly high in Kuwait’s banking industry, given the level of concentration, and that concentration can have a favorable impact on profitability and risk profiles⁽²⁸⁾.

Seen from a law and economics perspective, this implies that the welfare analysis of mergers should focus on contestability (switching and entry) and service quality, not just on the number of licensed banking institutions. Cross-jurisdictional evidence also indicates that the size distribution of banks interacts with merger outcomes in complex ways. Ullah and co-authors find that, in their GCC and Pakistan sample, smaller banks can outperform larger ones on certain pre- and post-merger performance measures, while bank size is associated with stability outcomes⁽²⁹⁾.

This reinforces the policy point: consolidation may enhance resilience, but it is not automatically value-creating for shareholders nor necessarily beneficial for consumers. Lastly, Kuwait’s ongoing consolidation debate

(26) See also Allen N Berger, Rebecca S Demsetz and Philip E Strahan, ‘The Consolidation of the Financial Services Industry: Causes, Consequences, and Implications for the Future’ (Federal Reserve Bank of New York Staff Report No.55, December 1998), pp.16-17, pp.32-33, pp.34-35, pp.39-40; Serkan Arslanalp and Yin Liao, ‘Contingent Liabilities from Banks: How to Track Them?’, (IMF Working Paper WP/15/255, December 2015), pp.3-4.

(27) M. A. M. Bioumy, «The effect of competitiveness of Kuwaiti banks on risk profile and profitability», (2024)

(28) Ibid.

(29) Nazim Ullah, et al., «The impact of bank size on pre-and Post-Merger and acquisition performance and stability: new evidence from GCC and Pakistan», International Journal of Professional Business Review: Int. J. Prof. Bus. Rev., Vol.8, Iss.11, (2023), p.14.

Another structural feature is that, in State of Kuwait, a ‘bank merger’ as considered here often serves as a decision about the future balance between Islamic and conventional banking⁽²⁰⁾. The Islamic-conventional divide is not merely a branding distinction; it entails distinct product governance, such as Sharia supervisory requirements, and different integration costs when a conventional bank is migrated to a Sharia-compliant platform⁽²¹⁾. Transactions that appear, on paper, to be horizontal mergers can therefore behave like partial conversion projects, with significant legal, operational, and customer-migration consequences⁽²²⁾.

The other feature is fixed-cost inflation, which makes scale more valuable. Digital transformation programs, cybersecurity frameworks, sanctions screening, AML/CFT compliance infrastructure, and prudential reporting systems all impose material fixed costs⁽²³⁾. If revenue growth is constrained by market size, the marginal value of scale increases because larger banks can amortize these costs over larger balance sheets and wider customer bases⁽²⁴⁾. This establishes an economic rationale for consolidation, even if competition policy remains cautious about concentration.

Finally, the political economy of banking in State of Kuwait highlights the ‘social salience’ of mergers. Banks are also significant employers, and the sector is connected to national labor market policies through Kuwaitisation targets and wage expectations⁽²⁵⁾. Accordingly, a merger that is privately

(20) Certainly, this has also occurred in neighboring countries, see for instance, Tamy Ahmad Al-Binali, *Merger Between Islamic and Conventional Bank: Transition Process and Challenges in Qatar*, Diss. Hamad Bin Khalifa University, Qatar, 2023.

(21) Juan A. Sole, «Introducing Islamic banks into conventional banking systems», (2007), pp.5-6 (Sharia governance and the need to appoint Shariah boards/advisers and manage Shariah risk), 6 (segregation/firewalls requiring separate funds, accounts and reporting systems; Islamic “windows” operating in practice as a separate entity), pp.7-8 (customer awareness/disclosure obligations as part of introducing Islamic products), p.9 (incremental “overhead” and systems costs- e.g. computer systems and support infrastructure, when Islamic business lines are segregated into a subsidiary), pp.11-12 (operational challenges of converting interest-based balance-sheet items and the need to transform loans/deposits into Shariah-compatible instruments), p.15 (example of a merger/conversion pathway in which Islamic assets and liabilities of merging conventional banks’ Islamic windows were transferred into a newly created Islamic bank).

(22) Ibid.

(23) Samuel Aidoo, and Int Dip AML, «Regulatory Frameworks for Combating Financial Crime in Emerging Markets», 10 May 2025

(24) M. F. M. Canoy, et al., «Competition and stability in banking», CPB Document 15, (2001).

(25) International Monetary Fund, *Kuwait: Selected Issues*, (IMF Country Report No.15/328, December 2015), pp.53–55; World Bank, *Towards a National Jobs Strategy for Kuwait: Behavioral Jobs Diagnostic Study*, (World Bank 2023), p.53, pp.55–56.

bank consolidations there have made the sequencing among prudential review, competition assessment, and market disclosure more publicly legible. Bahrain, Qatar, and Oman serve as supporting reference points to test whether the key lesson lies in substantive law or procedural coordination. Across the Kuwaiti case studies, the analysis applies four criteria: sequencing clarity, allocation of regulatory risk, conversion and integration complexity, and stakeholder-protection capacity.

Two caveats are necessary. First, publicly accessible Kuwaiti judicial case law directly addressing the mechanisms of bank mergers and acquisitions is limited; the most informative ‘decisions’ are therefore regulatory approvals, stock-exchange disclosures, and official corporate announcements. Second, causal claims in merger analysis should be modest: mergers occur in macroeconomic contexts that shape valuations and stakeholder incentives⁽¹⁶⁾. For instance, Kuwait’s macroeconomic environment in 2023-2024, reflects the interaction between OPEC+ production cuts and a nonoil rebound, with moderating inflation, while financial stability was still maintained⁽¹⁷⁾.

2. Kuwait’s Banking Market and the Political Economy of Consolidation

The consolidation pressures in State of Kuwait are primarily driven by structural factors. As a small, oil-dependent economy, Kuwait’s banking sector has an outsized role in credit intermediation relative to its capital markets⁽¹⁸⁾. In such settings, the distributional and macroeconomic consequences of bank mergers are amplified: a single merger can alter the bargaining power of households and SMEs vis-à-vis their primary bank, affect the resilience of the payment system, and reshape the state’s policy space for financing investment⁽¹⁹⁾.

(16) Michael A. Hitt, et al., «Creating value through mergers and acquisitions», The handbook of mergers and acquisitions, Vol.71, (2012).

(17) International Monetary Fund, ‘Kuwait: 2024 Article IV Consultation-Press Release; Staff Report; and Statement by the Executive Director for Kuwait’ (IMF Country Report No 24/328, November 2024), p.1.

(18) International Monetary Fund, Kuwait: Financial System Stability Assessment, IMF Country Report No.19/96, at p.4, p.7, pp.11-12, (Apr. 2, 2019).

(19) See also International Monetary Fund, Kuwait: Financial System Stability Assessment (IMF Country Report No. 19/96, March 2019), Vol.4, pp.10-11; see also Allen N. Berger, Rebecca S. Demsetz, and Philip E. Strahan, “The consolidation of the financial services industry: Causes, consequences, and implications for the future”, *Journal of banking & finance*, Vol.23, Iss.2-4, (1999), pp.135-194 (Federal Reserve Bank of New York Staff Report No.55, December 1998), pp.1-2 (consolidation/mergers and market power affecting “small customers” and local markets), pp.30-33 (consolidation and small business lending outcomes), pp.34-35 (systemic consequences for payments system efficiency), pp.38-39 (systemic risk and expansion of the financial safety net/“too big to fail).

review creates clearance risk and potential remedies; and capital markets rules impose disclosure and public-M&A discipline that can conflict with due diligence confidentiality. None of these legislative regimes is individually wrong; the challenge is cumulative⁽¹¹⁾. When regimes are not coordinated, transactions become vulnerable. That delays costs, information leakage and stakeholder fatigue, all of which can shrink the bargaining range and ultimately kill deals that were, at the outset, economically sensible⁽¹²⁾.

Methodologically, the paper combines doctrinal mapping with transaction-level analysis. The doctrinal mapping identifies the relevant sources of law and regulatory practice, and isolates priority questions ('which law applies, and which law should lead?')⁽¹³⁾. The transaction analysis treats both completed and failed deals as natural experiments: it examines which frictions were resolved in the completed cases and which were most common in the failures.⁽¹⁴⁾ The paper also uses counterfactual analysis to evaluate distributional outcomes as to how the market might have evolved if a key merger had failed, and whether consumers or workers would plausibly have been better or worse off⁽¹⁵⁾.

The comparative method used below is functional rather than exhaustive. Saudi Arabia and the UAE serve as the primary comparators because recent

-
- (11) Mathieu Luybaert and Wouter De Maeseneire, «Antecedents of time to completion in mergers and acquisitions», *Applied Economics Letters*, Vol.22, Iss.4, (2015), pp.299-304. (explaining why prolonged completion time is costly and delays synergy realisation); see also Kerjean, Stéphane. The legal implications of the prudential supervisory assessment of bank mergers and acquisitions under EU law, No.6, ECB Legal Working Paper Series, 2008, pp.47–70 (analysing prior authorisation/notification of qualifying holdings and associated procedure/timelines).
 - (12) Mathieu Luybaert and Wouter De Maeseneire, «Antecedents of time to completion in mergers and acquisitions», *Applied Economics Letters*, Vol.22, Iss.4, (2015), pp.299-304 (explaining why prolonged completion time is costly and delays synergy realisation). see also Tingting Liu, et al., "The role of external regulators in mergers and acquisitions: Evidence from SEC comment letters", Available at SSRN 3464069 (2022), pp.3-5. (showing regulator review can delay deal completion and lengthen time to complete). Stéphane Kerjean, The legal implications of the prudential supervisory assessment of bank mergers and acquisitions under EU law. No.6, ECB Legal Working Paper Series, 2008), pp.47–70 (analysing prior authorisation/notification of qualifying holdings and associated procedure/timelines).
 - (13) Stéphane Kerjean, The legal implications of the prudential supervisory assessment of bank mergers and acquisitions under EU law. No.6, ECB Legal Working Paper Series, (2008), p.70, pp.76-77.
 - (14) See Malcolm B. Coate, «The use of natural experiments in merger analysis», *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.1, Iss.2, (2013), pp.437-467, mainly regarding the idea that natural experiments can be used in merger analysis to test propositions about competitive effects and to draw inferences from real-world variation/events.
 - (15) Pedro P. Barros, et al., «Counterfactual analysis of bank mergers», *Empirical Economics*, Vol.46, Iss.1, (2014), pp.361-391.

Why does the same sector generate both a completed mega-merger and a sequence of failed or unfinished proposals? For the policymakers, the question is more than academic. Bank mergers reshape household switching costs (salary accounts, auto-debits, credit histories), SME credit availability, the wage and skill structure of financial-services employment, and the state's contingent liabilities in a system where very large banks are perceived as strategically important⁽⁸⁾.

Accordingly, the paper addresses four interlocking questions: (1) what legislative and regulatory architecture governs bank mergers and acquisitions in Kuwait; (2) where the principal frictions and deal-breakers arise in practice; (3) how completed, abandoned, and re-routed transactions affect consumers, workers, shareholders, and the wider economy; and (4) which regime should lead when corporate, prudential, competition, and capital-markets rules overlap, and whether Kuwait should adopt a banking-sector merger bylaw to sequence these interfaces more clearly⁽⁹⁾.

The paper's core claim is that Kuwait's merger outcome cannot be explained solely by market economics. Usually, in small economies, the pressure from fixed compliance costs, cybersecurity investments, digital transformation, and prudential reporting is tangible, making consolidation a rational private choice. However, whether this privately rational decision culminates in a finalized transaction depends on the legal framework; the number of separate approvals required, their sequence, the discretion afforded within each regulatory regime, and how these rules allocate bargaining power among shareholders, managers, regulators, and other stakeholders⁽¹⁰⁾.

To make these mechanisms visible, the paper treats law as an incentive structure rather than a checklist. Corporate merger mechanisms create statutory delay windows that increase execution risk; prudential shareholding controls shape bargaining by constraining stake-building; economic concentration

(8) Surely this is not the case in the Gulf, see in order to compare research from Qatar, Timothy H. Hannan and Robert M. Adams, «Consumer switching costs and firm pricing: Evidence from bank pricing of deposit accounts», *The Journal of Industrial Economics*, Vol.59, Iss.2, (2011), pp.296-320.

(9) For the purposes of this article, «deal risk» refers to the probability that a transaction that is commercially sensible at signing will be delayed, repriced, conditioned, or abandoned before completion due to uncertain legal sequencing. «Governance veto points» refers to the decision nodes at which boards, controlling shareholders, or public regulators can block the transaction or materially alter its terms. Defining these concepts this way helps distinguish ordinary commercial bargaining from institutionally generated execution risk.

(10) Matteo Gatti, «Reconsidering the merger process: approval patterns, timeline, and shareholders' role», *Hastings LJ*, Vol.69, (2017), pp.835-845.

1. Introduction

This paper examines mergers and acquisitions, also known as takeovers, in Kuwait's banking sector in response to market changes in one of the country's dominant sectors⁽¹⁾. On 27 February 2024, Kuwait Finance House (KFH) announced that it had completed the merger by amalgamation of Ahli United Bank-Kuwait (AUBK) into KFH, describing the transaction as the largest acquisition in Kuwait's banking history⁽²⁾. Less than seven months later, KFH announced that it had completed the operational integration of AUBK into a unified KFH platform, reporting that the programme covered more than 2,000 integration tasks across approximately 250 phases, consolidated more than 80 subsystems, and migrated more than 280,000 customers and over 5,000 products⁽³⁾.

These announcements are a useful point of entry for a law-and-economics analysis because they show that the market is ready to complete a complex bank merger. Yet the same market has repeatedly produced non-completions. In August 2022, Gulf Bank and Al Ahli Bank of Kuwait (ABK) announced a non-binding memorandum of understanding to evaluate a potential merger⁽⁴⁾; in June 2023, the parties terminated the talks following a feasibility process⁽⁵⁾.

In July 2024, Reuters reported that Gulf Bank was exploring a merger with Boubyan Bank, a transaction that, if completed, would have accelerated consolidation around Islamic banking⁽⁶⁾. By mid-2025, Warba Bank publicly confirmed it had received the Central Bank's approval to appoint advisers to conduct a merger feasibility study with Gulf Bank, signaling a further re-routing of the Gulf consolidation pathway⁽⁷⁾.

(1) For the purposes of this paper, the terms are employed interchangeably, with 'M&A' also occasionally utilized, drawing inspiration from the EUMR, which stipulates that 'merger' comprehensively encompasses mergers, acquisitions, and joint ventures. Consequently, the title incorporates only this term to maintain conciseness.

(2) Kuwait Finance House, 'KFH announces completion of merger by amalgamation of Ahli United Bank-Kuwait into Kuwait Finance House', (Press Release, 27 February 2024).

(3) Kuwait Finance House, 'KFH completes the operational integration of AUB Kuwait into KFH in record time', (Press Release, 20 September 2024).

(4) Gulf Bank, 'Gulf Bank and Al Ahli Bank of Kuwait enter into an MoU to evaluate a potential merger', (Press Release, 1 August 2022).

(5) Sunil Singh, 'Al Ahli Bank of Kuwait and Gulf Bank call off merger talks', *The National*, (5 June 2023).

(6) Reuters, 'Kuwait's Boubyan Bank and Gulf Bank explore merger', (31 July 2024).

(7) Warba Bank, 'Warba Bank Receives Central Bank's Approval to Appoint Advisors for Merger Feasibility with Gulf Bank', (Press Release, 31 July 2025).

Bank Mergers in State of Kuwait: When Oversight by Multiple Regulators Becomes A Deal-Risk^(*)

Dr Nora Memeti^()**

Associate Professor of EU Law & Competition Law
Kuwait International Law School



Abstract

Bank mergers and acquisitions in Kuwait mirror public policy in a small, oil-dependent economy with bank-dominated financial intermediation. Over the past decade, major consolidation steps have occurred, most notably KFH's 2022 acquisition of Bahrain-based Ahli United Bank B.S.C. / AUB Group, effective 2 October 2022, and the 2024 merger by amalgamation of Ahli United Bank–Kuwait into KFH, finalized on 22 February 2024¹.

Other initiatives have stalled, reemerged through new partnerships, or shifted to feasibility studies. From a legal and economic perspective, this paper argues that the main obstacle is not the lack of legislation but rather a complex overlay of corporate, prudential, competition, and capital markets regulations. This creates sequencing risks, governance veto points, and tensions between confidentiality and disclosure. The paper (i) maps interconnected rules across four relevant legislative areas for the banking industry; (ii) presents case studies such as the KFH-AUB pathway, including acquisition, share exchange, merger, and integration; and (iii) examines failed or unfinished consolidation attempts such as ABK-Gulf and Boubyan/Warba-Gulf. It also briefly compares practices with those of other Gulf countries. It concludes with recommendations for secondary merger soft law and an inter-agency sequencing protocol.

Keywords: State of Kuwait; bank mergers; mergers and acquisitions, Islamic banking; Central Bank of Kuwait; Capital Markets Authority; economic concentration - JEL: G21 + G34 + G28.

(*) Submission Date: 18 March 2026

& Acceptance Date: 14 May 2026.

(**) n.memeti@kilaw.edu.kw - ORCID. 0000-0001-6406-4781

English Studies and Research

KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL JOURNAL

Volume 14 – Issue 3 – Serial Number 55
Dhul Hijjah 1447 AH – Muharram 1448 AH / June 2026 AD

The Legal and Sharia Basis for The State's Imposition of Taxes and Fees in Exceptional Circumstances^(*)

Dr Suna Omar Abadi

Associate Professor of Sharia Judiciary

The World Islamic Sciences and Education University – Jordan

Abstract

This study offers a vital analysis of the regulatory framework governing joint action between individuals and the State during exceptional circumstances. It marks a decisive juncture in the holistic construction of the state, which may either propel it positively toward sustainable development or plunge it into failure and collapse. This outcome depends primarily on both parties (the State and individuals) assuming their mutual responsibilities toward the public good.

Utilizing a descriptive, analytical, and comparative approach, the study underscores the continuous evolution of state sovereignty regarding intervention through taxation and fee imposition during crises and disasters, ensuring public interest and enforcing social solidarity. It further aims to elucidate the historical chronology of exercising such sovereignty via constitutions and domestic legislations regulating state-citizen relations.

The research problem lies in finding the proper justification for sovereign acts where the State intervenes in tax-related economic sectors, balanced against human rights considerations on one hand, and the State's duty to protect its citizens and institutions through equitable legislations on the other.

The study concludes that levying exceptional taxes activates the State's capacity to enhance revenues, thereby securing a dignified life, weathering crises, and rationally recovering from disasters, provided these measures align with the principles of justice and solidarity.

Keywords: State Intervention - Exceptional Circumstances Doctrine - Sovereign Acts - Tax Legislations.

(*) Submission Date: 28 April 2026

& Acceptance Date: 21 May 2026

ments—have demonstrably contributed to addressing the budget deficit and mitigating, albeit relatively, the costs of public debt servicing during the period 2018–2024.

Based on the foregoing analysis, the study recommends, as a matter of legislative priority, the promulgation of an independent statute dedicated exclusively to the regulation of sovereign sukuk issuance in the Kingdom of Bahrain.

Keywords: Islamic Finance - Development Projects Financing - Fiscal Policy - Public Debt.

The General Budget Deficit in The Kingdom of Bahrain and the Role of Sovereign Salam Sukuk in Addressing It^(*)

Dr Abduljabbar Ahmed Al Tayeb

Assistant Professor of Political Economy and Public Finance

College of Law – University of Bahrain

Abstract

The financing of the public budget deficit through conventional interest-bearing bonds constitutes a substantial risk to the fiscal sustainability of the State. This stems from its direct effect in augmenting public debt and, consequently, increasing public expenditure allocated for debt servicing. Such a mechanism exemplifies what is often designated in the literature as the “dual-effect relationship” between deficit and public debt, commonly described as the “vicious circle.”

Considering the foregoing, the present study advocates for a structural reconsideration of deficit-financing instruments, specifically through the adoption of Islamic sovereign sukuk as a viable alternative. These instruments provide funding for development projects without imposing excessive fiscal pressures on the State’s general budget.

The methodological framework of this study is grounded in a descriptive-analytical approach, applied to the case of the Kingdom of Bahrain. It entails, first, an examination of the nature of the deficit in accordance with the analytical frameworks developed by the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank; and second, an evaluation of deficit management through the sovereign Islamic *Salam* sukuk. Under this instrument, the State secures immediate liquidity against a future delivery of assets or usufructs to sukuk subscribers.

The findings of the study indicate, among other findings, that Bahrain’s budget deficit has not resulted in the disruption of economic growth. On the contrary, both nominal and real GDP continued their upward trajectory throughout the period 2003–2024. Moreover, the Government of Bahrain has shown a growing preference for issuing sukuk over conventional bonds. Notably, sovereign *Salam* sukuk-together with other Islamic financing instru-

(*) Submission Date: 19 July 2025

& Acceptance Date: 11 September 2025

Guaranteeing The Right of Litigation for Foreigners before The Constitutional Courts In Light of The Rulings of The Bahraini Constitutional Court Judiciary^(*)

Dr Marwan Mohammed AL Moders
Associate Professor
of Public Law
College of law - University of Bahrain

Dr Eman Majid AL Bureshaid
Assistant Professor
of International Private Law
College of law - University of Bahrain

Abstract

States today are keen to guarantee the right to litigation for all persons, whether they are citizens or foreigners, as it is one of the necessary natural rights that a person uses to seek legal protection before the judiciary. The ability to resort to the judiciary, whether ordinary or constitutional, is essential to protect the legitimate rights that individuals enjoy, and to say otherwise This strips these rights of their value, as there is no necessary means to protect them, including the Bahraini legislator, who emphasized the guarantee of this right in the Constitution of the Kingdom of Bahrain 2002, and through the Law Establishing the Constitutional Court No. (27) of 2002.

Because the general principle requires guaranteeing this right to everyone, whether they enjoy state citizenship or not, this was a reason to raise it before the constitutional judiciary, which emphasized the compatibility of guaranteeing this right with constitutional principles, including the right to litigation and the right to equality. This principle was addressed by the Bahraini Constitutional Court in its ruling issued in Case No. (D/3/06) of Judicial Year 4.

In this research, we will present the principle of guaranteeing the right to litigation for foreigners, its organization in Bahraini and comparative legislation, and the position of the Bahraini Constitutional Court in this scope.

Keywords: Right to Litigation – Foreigners - Bahraini Constitutional Court - Equality.

(*) Submission Date: 7 December 2023

& Acceptance Date: 25 March 2025

bat corruption. It must be reinforced by the issuance of professional codes of conduct that contribute to prevention and deterrence through the establishment of ethical standards. Moreover, the study emphasizes the importance of public awareness and regular training on these codes within institutional performance development programs, alongside the creation of internal self-monitoring mechanisms within institutions to track compliance and assess their practical impact.

Keywords: Work ethics – Employee conduct – Soft law – Social Responsibility.

The Role of Codes of Conduct in Combating Corruption: A Comparative Study^(*)

Prof Dr Sonia Elleuch Mallek
Professor of Private Law
College of Law - Qatar University

Abstract

This research paper aims to highlight the significance of codes of conduct and how they can complement traditional legal tools in the fight against corruption. Legislative texts, no matter how stringent, may not be sufficient to eradicate a deeply rooted phenomenon that permeates various aspects of social and economic life. The central research problem lies in exploring the true role of codes of conduct in combating corruption and how their function opens the door to considering them as supportive tools that enhance the effectiveness of legislation and increase its capacity to address evolving corruption challenges.

Practical reality has demonstrated the need for supplementary regulatory tools, most notably codes of conduct, which have increasingly been adopted across various sectors to promote integrity and transparency.

The study adopts descriptive, analytical, deductive, and comparative methodologies to present and analyze the content of several codes of conduct and compare the experiences of different countries and sectors in this field. The aim is to identify the role these codes play in preventing and deterring corruption. The study concludes that such codes contribute to reinforcing ethical practices that regulate employee behaviour and reduce legal violations.

However, their effectiveness remains contingent upon their practical implementation and the establishment of mechanisms for voluntary compliance. The mere theoretical existence of these codes is insufficient to achieve their objectives unless they are activated and applied within a clear institutional framework. Simply announcing them does not fulfil their intended purpose; rather, they must be implemented as genuine regulatory tools to realise their preventive and deterrent roles.

The study recommends that legal legislation alone is not sufficient to com-

(*) Submission Date: 31 July 2025

& Acceptance Date: 11 September 2025

The Evolution of Laws Regulating Securities Markets: A Study of Qatari Law^(*)

Prof Dr Chaker Mzoughi^()**

Professor of Private Law
College of Law - Qatar University

Abstract

This study addresses the following central question: What are the primary drivers behind the evolution of laws governing securities markets, and what mechanisms are employed to translate this evolution into an effective legal framework that aligns with economic, social, and political changes?

The study aims to explore the factors - whether internal or external - that necessitate the modernization of these laws, while also seeking to understand the legal and regulatory means used to achieve this evolution and ensure its continuity and effectiveness. Given the rapid pace of global economic developments and the growing need to enhance transparency and credibility within financial markets, it has become essential to adjust the legal framework to keep pace with emerging changes and the requirements of international institutions.

Consequently, this study requires an in-depth understanding of the underlying drivers of this evolution, including those related to achieving financial stability, improving the investment climate, and ensuring compliance with global standards. Furthermore, the study considers the legal and administrative mechanisms utilized to facilitate this evolution - such as the establishment of independent regulatory bodies, the modernization of legislation to bolster good governance, and the adoption of effective policies regarding trading and transparency.

Accordingly, the study focuses on two key areas: the first examines the drivers stimulating changes in securities market regulations (Section I), while the second analyzes the means and mechanisms adopted to ensure the effectiveness of these amendments and the achievement of their intended objectives (Section II).

Keywords: Finance - financial markets – law – development - Qatar.

(*) Submission Date: 22 July 2025

& Acceptance Date: 11 September 2025

(**) Chaker.mzoughi@qu.edu.qa

Tax Dispute Resolution in the Saudi System: A Comparative Analytical Study^(*)

Prof Dr Salah Hamed Hassanein

Professor of Economic Legislation and Tax Law
Dubai Police Academy – UAE

Abstract

This research addresses the resolution of tax disputes in the Saudi system. It reviews international trends in the distribution of judicial jurisdiction for tax disputes and demonstrates that the Kingdom of Saudi Arabia has adopted a new approach, whereby tax disputes are adjudicated by administrative committees with judicial authority. Litigation before these committees is conducted at two levels, and their decisions are not subject to appeal before any other judicial body. The Saudi system has also facilitated the adoption of amicable means for resolving tax disputes. Therefore, it has established settlement committees within the Zakat, Tax and Customs Authority to reconcile differing viewpoints and resolve disputes amicably.

Keywords: Tax disputes - Dispute resolution - Tax base – Jurisdiction.

(*) Submission Date: 13 March 2025

& Acceptance Date: 10 April 2025

liability, between attribution and causation, and between ordinary assistance and legally significant participation.

The article further argues that civil accessory liability has practical importance beyond its doctrinal classification. It is relevant to financial fraud, terrorism-related civil claims, banking and capital-market liability, and the civil liability of digital platforms and algorithmic systems. In these settings, the law must explain when participation in another's wrong is sufficiently serious to justify liability, without treating every form of assistance, facilitation, or commercial interaction as a civil wrong.

Although the analysis is based on U.S. and English law, the proposed model may assist Arab civil-law jurisdictions. Arab legal thought contains scattered examples of accessory participation, including an express provision in the Kuwaiti Civil Code and important indications in Sanhoury's treatment of multiple debtors and indivisible harm.

These materials have not yet developed into a general theory. The article seeks to contribute to that task by offering a more coherent account of civil accessory liability, one capable of addressing modern economic and digital forms of wrongdoing while preserving principled limits on liability.

Keywords: civil accessory liability - aiding and abetting - derivative liability - vicarious liability - joint tortfeasance - civil conspiracy - inducement.

A Legal Model of Civil Accessory Liability in U.S. and English Law: A Doctrinal and Comparative Analysis^(*)

Dr Abdullah Omar Alkholy

Associate Professor of Civil Law

Faculty of Law - King Abdulaziz University

Jeddah - KSA

Abstract

This article proposes a legal model of civil accessory liability, developed through a doctrinal and comparative analysis of U.S. and English law. The aim is to identify the features that make accessory liability a distinct form of civil liability, and to separate it from neighboring doctrines with which it is liable to be confused. The principal difficulty is that accessory liability is derivative without being vicarious. It depends on a primary wrong committed by another, but it is not based on a relationship of employment, control, or supervision. Nor is it simply a case of joint tortfeasance or concurrent causation. The accessory is liable for his own participation in another's wrong, not merely because another person has committed a wrong.

The article argues that civil accessory liability is best understood by reference to three elements. First, there must be a primary wrong. Accessory liability cannot arise in the abstract, nor can it stand without a wrong to which it is accessory. Secondly, there must be a participation link between the accessory's conduct and the primary wrong. The accessory's conduct must remain distinct from the principal wrong, but it must be sufficiently connected to it to justify liability for the resulting harm. Thirdly, there must be a mental element. Knowledge, intention, or conscious acceptance of risk explains why liability may be imposed on a person whose conduct is not the immediate cause of the claimant's loss.

The model is tested against a range of doctrines in U.S. and English law, including aiding and abetting, inducement, civil conspiracy, dishonest assistance, and tortious interference with contractual relations. These doctrines show both the usefulness and the limits of a general model. They also reveal the recurring difficulty of drawing the line between primary and accessory

(*) Submission Date: 22 July 2025

& Acceptance Date: 20 October 2025

The study reached conclusions revolving around the general restrictions on the exercise of freedom of association, and specific restrictions on its exercise for public employees. The study reached conclusions revolving around the general restrictions on the exercise of freedom of association, and specific restrictions on its exercise for public employees. Recommendations Strengthening the concept of freedom of association through explicit texts that regulate this right for public employees in Kuwait in light of the French legal system.

Key Words: Freedom of association – right to union representation – public employee – job duties – full-time union membership.

Trade Union Freedom for the Public Employee under Kuwaiti and French Law^(*)

Dr Muneera Alnemash

Assistant Professor of Public Law
College of Law – Kuwait University

Abstract

Freedom of association in Kuwait is one of the political freedoms granted since the issuance of the Kuwaiti Constitution in accordance with Article 43. The exercise of this freedom was regulated within the framework of the Private Sector Labor Law 38/1964, and then again in the Private Sector Labor Law 6/2010, which extended its application to workers in the government sector, with the condition that workers' exercise of freedom of association does not conflict with the laws regulating work in the government sector.

Since there is no particular law that regulates freedom of association for public employees, the question that that poses itself is: "What are the texts that might conflict with public employees' practice of freedom of association?" More specifically, "What are the guarantees and controls for public employees' practice of freedom of association in the Kuwaiti legal system?"

The goal of this research paper is to answer the abovementioned questions through defining, first, the legal organization of freedom of association in Kuwait by stating its nature, its legal basis, and its components.

Further, the research paper aims to define controls for public employees' exercise of freedom of association by specifying legal restrictions in light of the Civil Service Law and Decree, and the rules governing union work in ministries and government institutions, and comparing them with the French legal system. The goal of this comparison is to achieve a legitimate practice of freedom of association for public employees through balancing the collective interest in allowing union organization for public employees and the public interest in maintaining the smooth running of public service represented by the public employee himself, and to benefit from this comparative experience.

In addressing the problem posed in this research paper, we follow the descriptive and analytical approach, in addition to the comparative approach.

(*) Submission Date: 28 May 2025

& Acceptance Date: 1 September 2025

Liability of Multinational Corporations for Environmental Damage^(*)

Dr Ahmed Hamad Al Rashoud
Associate Professor of Commercial Law
College of Law – Kuwait University

Dr Zahra Abdulaziz Al Andaleeb
Assistant Professor of Commercial Law
College of Law – Kuwait University

Abstract

This paper aims to examine the environmental liability of multinational corporations, highlighting their commitment to environmental protection and their civil and criminal responsibility at both national and international levels. We also address the liability of holding companies for environmental violations committed by their subsidiaries. We critically analyzed relevant legislation, jurisprudential theories, and judicial rulings, in Kuwait and beyond.

The research finds that the legal systems governing environmental liability of multinational corporations vary from one country to another; they are more stringent and rigorous in developing countries, whereas they are timid and ineffective in poor countries, especially those seeking foreign investment. The research also concludes that holding companies must be held accountable for the environmental damage caused by their subsidiaries.

The research concludes with a recommendation to strengthen the rules governing the liability of multinational corporations at both national and international levels.

Keywords: Multinational corporation – Environmental damage – Environmental liability – Civil liability – Criminal liability – International liability – Holding company.

(*) Submission Date: 19 July 2025

& Acceptance Date: 11 September 2025

Sale of real state Property between the Preliminary and the Definitive Contract: A Comparative Study in Egyptian and Kuwaiti Law^(*)

Prof Dr Yasser Ahmed Kamel Elserafy

Professor of Civil Law – Kuwait International Law School (KILAW)

Professor of Civil Law – Faculty of Law – Cairo University

Abstract

This study aims to shed light on a judicial principle that has been firmly established in case law both in Egypt and Kuwait: The principle of giving precedence to the definitive Contract over the preliminary contract in real estate sales. According to this principle, the definitive Contract - rather than the preliminary one - is what ultimately governs the relationship between the parties and constitutes the law of the contract. It becomes the primary reference for determining the scope of the agreement, its terms, and the rights and obligations of the parties.

This is so even though the preliminary sale contract is, in itself, a binding contract that produces all its legal effects, including the seller's obligation to transfer ownership to the buyer. Meanwhile, the definitive Contract is often regarded as merely a procedural step in the registration of the preliminary contract. This contradiction calls for a reconsideration of the established judicial principle, suggesting that the preliminary contract should instead be treated as the governing law between the parties, defining their mutual rights and obligations in matters not expressly addressed in the definitive Contract.

The significance of this research lies in drawing the attention of legal professionals to the need of revesting this long-standing judicial principle, which prioritizes the final contract over the preliminary one in determining the rights and obligations of the contracting parties. In practice, when drafting the final contract, the parties do not usually restate all the terms contained in the preliminary contract, as the definitive Contract is primarily a procedural step for registering the preliminary agreement and effecting the transfer of ownership from seller to buyer. Therefore, the preliminary contract remains in force and should serve as the governing reference for regulating their relationship. The methodology adopted in this study is a comparative analytical approach, examining case law in both Egypt and Kuwait.

Keywords: Preliminary Sale Contract – Final/Definitive Sale Contract – Sale of Real Property – Registration – Mutual Rescission – Withdrawal.

(*) Submission Date: 27 September 2025

& Acceptance Date: 20 January 2026

Legislative Developments in the Regulation of Free Competition Protection in the State of Kuwait: A Comparative, Critical, and Analytical Study^(*)

Dr Shaikhah Nasser Al Helali

Assistant Professor of Commercial Law
Kuwait International Law School

Abstract

Since the issuance of the first historical legislation to protect free competition and prevent monopoly in the world, namely the American Sherman Act of 1890, countries have sought to protect free competition by prohibiting harmful practices that lead to its prevention, restriction, or reduction in markets. Kuwait has witnessed successive legislative developments in the field of protecting free competition, starting with limited legislative protection within the provisions and rules of Decree-Law No. 68 of 1980 regarding the issuance of the Kuwaiti Commercial Law, and culminating in the issuance of Law No. 72 of 2020 regarding the protection of competition as an independent law to activate the protection of free competition in Kuwait through the Competition Protection Authority.

This research paper aims to review and evaluate these legislative developments in Kuwait through a critical analytical study in comparison with the American Sherman Act of 1890, with reference to some other comparative laws, in order to monitor and analyze the obstacles faced by the state at each stage of protection.

The study concludes with the importance of amending Law No. 72 of 2020 regarding the protection of competition to include a prohibition of monopoly, attempted monopoly, or conspiracy to monopolize, and not merely the abuse of a dominant position by the monopolist merchant, as stipulated by the American legislator, in addition to the necessity to restrict the exceptions stipulated in the law regarding harmful practices to free competition, so that every practice that would prevent, restrict, or reduce free competition is prohibited, without limiting that to specific cases.

Keywords: Competition – Free – Sherman - Harmful, Monopoly – Horizontal - Vertical.

(*) Submission Date: 24 February 2026

& Acceptance Date: 19 April 2026

framing platform liability and the basis for corporate criminal responsibility. The study aims to offer a disciplined alternative to expanding the concept of incitement, to build an operational standard for platform liability, and to expose the jurisprudential and legislative gaps in Kuwaiti law. It relies on the descriptive, analytical, and comparative methods. Its key findings are that the deficiency of the traditional model is structural rather than textual, that indirect complicity is the least disruptive characterization with respect to the principle of legality, and that Kuwaiti law possesses an independent jurisprudential basis for holding liable those who fail to remove unlawful content, which requires a specialized legislative implementation.

Keywords: Algorithmic Amplification - Indirect Complicity - Platform Liability - Digital Services Act - Kuwaiti Court of Cassation.

Indirect Digital Incitement and Platform Liability

A Study on Reconstructing Criminal Attribution in Light of Algorithmic Amplification and Comparative Law^(*)

Dr Faisal Abdullah Al Kandari

Associate Professor of Criminal Law

Dean of Kuwait International Law School

& Faculty Member - Criminal Law Department

College of Law - Kuwait University (formerly)

Abstract

This study addresses the issue of indirect digital incitement in Kuwaiti criminal law, starting from the observation that the traditional concept of incitement - based on a direct relationship between an inciter and a recipient - can no longer accommodate the digital reality, which is based on collective interaction in which algorithms play a decisive role in amplifying the spread of content. Rather than expanding the concept of incitement in a manner that conflicts with the principle of legality, the study adopts the theory of indirect complicity (*la complicité indirecte*) in its two forms: complicity by instigation (*par instigation*) and complicity by means (*par fourniture de moyens*), as more suitable for capturing patterns of re-publication and endorsement on digital platforms.

The study proposes a tripartite test for platform liability inspired by the European Digital Services Act (DSA) of 2022 and by the case-law of the European Court of Human Rights, comprising: actual or constructive knowledge, reasonable control capacity, and a productive role in amplifying dissemination, all governed by the general principle of proportionality. The framework is then tested under Kuwaiti criminal law through an analysis of the jurisprudential line developed by the Kuwaiti Court of Cassation in cyber-crime cases - concerning digital publicity, criminal intent, and the suitability-for-effect standard - revealing three jurisprudential gaps that justify legislative intervention.

The study concludes with a proposed amendment to Law No. 63 of 2015 that incorporates the tripartite test within existing complicity rules, while

(*) Submission Date: 9 May 2026

& Acceptance Date: 28 May 2026

Arabic Studies and Research

KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL JOURNAL

Volume 14 – Issue 3 – Serial Number 55
Dhul Hijjah 1447 AH – Muharram 1448 AH / June 2026 AD

represent a serious violation of the good neighborly relations that have bound the two sides for decades.

Although the GCC states have distanced themselves from this war, condemned it individually and collectively, and some have sought to encourage negotiation and dialogue between the United States and Iran, the latter has launched most of its attacks against the GCC states, not against the states against which the war was launched, targeting undisputed civilian objects. At power and desalination plants, civilian airports, oil sites, and other locations, attacks have resulted in civilian casualties and the destruction of facilities and infrastructure. These acts fall under the category of international crimes, which are within the jurisdiction of the International Court of Justice and the International Criminal Court.

The Gulf Cooperation Council (GCC) states have filed complaints with the United Nations and several specialized regional organizations, such as the International Civil Aviation Organization (ICAO), following repeated attacks on Kuwait International Airport. They affirmed their right to respond and emphasized their preference to avoid involvement in a war that does not concern them, a war they have previously rejected. They are peaceful nations focused on developing their societies and actively contributing to the global economy, and they spare no effort in assisting with humanitarian relief efforts worldwide.

The gravity and illegitimacy of these attacks are underscored by the condemnations issued by the majority of the world's nations and regional and international organizations. On March 13th, the UN Security Council adopted, by a majority vote, a Gulf-Jordanian draft resolution condemning these attacks. The statement condemns Iranian attacks on the Gulf Cooperation Council (GCC) states and Jordan, asserting that these attacks constitute a violation of international law and a threat to international peace and security. It demands that Iran cease all threats and provocations against neighboring countries, including the use of proxies or affiliated groups, and immediately halt its attacks on the Gulf states and Jordan.

Furthermore, on March 25, the UN Human Rights Council adopted a resolution concerning the human rights implications of Iran's unjustified attacks on the UAE, Bahrain, Oman, Qatar, Kuwait, Saudi Arabia, and Jordan. This resolution was supported by more than 100 countries.

Undoubtedly, these international resolutions, along with regional decisions and positions, and close coordination with key international actors, provide significant political and legal support for the GCC states in defending their citizens, territorial integrity, and independence against this blatant Iranian aggression, and in preparing for future challenges.

Iranian Aggression Against the GCC States: Full-Found Crimes from the Perspective of International Law and International Relations

Prof Dr Badria Abdullah Al Awadi^(*)

Editor-in-Chief

For decades, in an effort to preserve global security and stability and to stem the bloodshed of wars and conflicts that have cost humanity so many lives, resources, and time, international institutions have been able to establish a legal definition of the crime of aggression and the use of military force in relations between states. This has been aided by the jurisprudence and jurisprudence of international law, which have spared no effort in clarifying the elements of the crimes of aggression, their types, their effects, and the means of addressing them.

A consensus has been reached that “aggression is the use of armed force by one State against the sovereignty, territorial integrity, or political independence of another State...”.

This is reflected in Article 2(4) of the 1945 Charter of the United Nations and UN General Assembly Resolution 3314 of 1974, which expanded upon the previous definition by specifying that acts of aggression include invasion, bombardment, blockade, attacks on armed forces, or the deployment of mercenaries. The Inter-American Treaty of Mutual Assistance of 1947 and the Charter of the Organization of American States, signed in 1948, also prohibit wars of aggression.

The African Union followed suit in its 2005 Charter of Non-Aggression and Collective Defense, where Article 1(c) defines aggression as acts committed against the territory of a State, and attacks against the political sovereignty of a State or its population. The Rome Statute of the International Criminal Court, as amended in 2010, reaffirmed the previous definition of aggression in Article 8. (Repeated) from the Statute. The International Court of Justice also affirmed this definition of aggression in the case of *Nicaragua v. United States of America*, June 27, 1986, adding that it includes a state sending armed gangs into the territory of another state and supplying those gangs with weapons and other forms of support.

In light of the above, the attacks launched by the Iranian military and security apparatus and its affiliated militias in neighboring countries against the Gulf Cooperation Council (GCC) states, including Kuwait, since the outbreak of the US-Israeli-Iranian war at the end of last February, constitute fully-fledged acts of aggression from the perspective of international law and jurisprudence. They also

(*) 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
The Evolution of Laws Regulating Securities Markets: A Study of Qatari Law <i>Prof Dr Chaker Mzoughi</i>	27
The Role of Codes of Conduct in Combating Corruption: A Comparative Study <i>Prof Dr Sonia E. Mallek</i>	28
Guaranteeing The Right of Litigation for Foreigners before The Constitutional Courts in Light of The Rulings of The Bahraini Constitutional Court Judiciary <i>Dr Marwan M. M. AL Moders</i> <i>Dr Eman M. AL Bureshaïd</i>	30
The General Budget Deficit in The Kingdom of Bahrain and the Role of Sovereign Salam Sukuk in Addressing It <i>Dr Abduljabbar A. Al Tayeb</i>	31
The Legal and Sharia Basis for The State's Imposition of Taxes and Fees in Exceptional Circumstances <i>Dr Suna O. Abadi</i>	33
English Studies & Research	
Bank Mergers in State of Kuwait: When Oversight by Multiple Regulators Becomes A Deal-Risk <i>Dr Nora Memeti</i>	37
Application of Artificial Intelligence to the Right to Work: International, European and Kuwaiti Perspectives <i>Dr Farah Julie Yassine</i>	89

Table of Contents

Subject	Page
Editorial	
Iranian Aggression Against the GCC States: Full-Found Crimes from the Perspective of International Law and International Relations <i>Prof Dr Badria A. Al Awadi</i>	13
Arabic Studies & Research	
Indirect Digital Incitement and Platform Liability - A Study on Reconstructing Criminal Attribution in Light of Algorithmic Amplification and Comparative Law <i>Dr Faisal A. Al Kandari</i>	17
Legislative Developments in the Regulation of Free Competition Protection in the State of Kuwait: A Comparative, Critical, and Analytical Study <i>Dr Shaikhah N. Al Helali</i>	19
Sale of real state Property between the Preliminary and the Definitive Contract: A Comparative Study in Egyptian and Kuwaiti Law <i>Prof Dr Yasser A. K. Elserafy</i>	20
Liability of Multinational Corporations for Environmental Damage <i>Dr Ahmed H. Al Rashoud</i> <i>Dr Zahra A. Al Andaleeb</i>	21
Trade Union Freedom for the Public Employee under Kuwaiti and French Law <i>Dr Muneera Alnemash</i>	22
A Legal Model of Civil Accessory Liability in U.S. and English Law: A Doctrinal and Comparative Analysis <i>Dr Abdullah O. Alkholy</i>	24
Tax Dispute Resolution in the Saudi System: A Comparative Analytical Study <i>Prof Dr Salah H. Hassanein</i>	29

**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).

Publication Rules & Procedures

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.

- **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 Burrridge**
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

- **Managing Editor**

Dr Sharifa Al Muhanna

- **Editorial Consultant**

Prof Dr Yousri Elassar

Prof Dr Seham Al Foraih

Prof Dr Iqbal Al Mutawa

Prof Dr Yasser Elserafy

Prof Dr Magdi Shehab

Dr Hamad Alhasawi

Dr Muaath Almulla

- **The Journal Committee**

Dr Ardit Memeti

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 Subscription
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: **KW94KWIB00000000000012010074824**

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



KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL JOURNAL

Quarterly, Peer-Reviewed Academic Journal, Dedicated to Publishing Legal & Sharia Studies & Research

The first Issue was Published in March 2013

Kilaw Journal – Volume 14 – Issue 3 – Serial Number 55
Dhul Hijjah 1447 AH – Muharram 1448 AH / June 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



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



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'V. Stott'.

Vicki Stott, Chief Executive, QAA

Volume 14 - Issue 3 - Serial Number 55
Dhul Hijjah 1447AH – Muharram 1448AH / June 2026 AD

P - ISSN: 2410-2237
E - ISSN: 3079-0220

55

Arabic Studies & Research

- **Indirect Digital Incitement and Platform Liability: A Study on Reconstructing Criminal Attribution in Light of Algorithmic Amplification and Comparative Law**
Dr Faisal A. Al Kandari
Kuwait International Law School
- **Legislative Developments in the Regulation of Free Competition Protection in the State of Kuwait: A Comparative, Critical, and Analytical Study**
Dr Shaikhah N. Al Helali
Kuwait International Law School
- **Sale of Real State Property between the Preliminary and the Definitive Contract: A Comparative Study in Egyptian and Kuwaiti Law**
Prof Dr Yasser A. K. Elserafy
Kuwait International Law School
- **Liability of Multinational Corporations for Environmental Damage**
Dr Ahmed H. Al Rashoud
Dr Zahra A. Al Andaleeb
College of Law - Kuwait University
- **Trade Union Freedom for the Public Employee under Kuwaiti and French Law**
Dr Muneera Alnemash
College of Law - Kuwait University
- **A Legal Model of Civil Accessory Liability in U.S. and English Law: A Doctrinal and Comparative Analysis**
Dr Abdullah O. Alkholy
Faculty of Law - King Abdulaziz University - Jeddah - KSA
- **Tax Dispute Resolution in the Saudi System: A Comparative Analytical Study**
Prof Dr Salah H. Hassanein
Dubai Police Academy - UAE

- **The Evolution of Laws Regulating Securities Markets: A Study of Qatari Law**
Prof Dr Chaker Mzoughi
College of Law - Qatar University
- **The Role of Codes of Conduct in Combating Corruption: A Comparative Study**
Prof Dr Sonia E. Mallek
College of Law - Qatar University
- **Guaranteeing The Right of Litigation for Foreigners before The Constitutional Courts In Light of The Rulings of The Bahraini Constitutional Court Judiciary**
Dr Marwan M. M. AL Moders
Dr Eman M. AL Bureshaid
College of law - University of Bahrain
- **The General Budget Deficit in The Kingdom of Bahrain and the Role of Sovereign Salam Sukuk in Addressing It**
Dr Abduljabbar A. Al Tayeb
College of Law - University of Bahrain
- **The Legal and Sharia Basis for The State's Imposition of Taxes and Fees in Exceptional Circumstances**
Dr Suna O. Abadi
The World Islamic Sciences and Education University - Jordan

English Studies & Research

- **Bank Mergers in State of Kuwait: When Oversight by Multiple Regulators Becomes A Deal-Risk!**
Dr Nora Memeti
Kuwait International Law School
- **Application of Artificial Intelligence to the Right to Work: International, European and Kuwaiti Perspectives**
Dr Farah Julie Yassine
Kuwait International Law School