

أبحاث ودراسات باللغة العربية

- الجوانب القانونية للتخفيضات الوهمية في عقود الاستهلاك: دراسة في التشريعين الإماراتي والكويتي

د. عواطف زرارو ود. مراد بن صغير
كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات

- الغش الإجرائي في مرحلة التقاضي

أ. أبرار القطان ود. علي عبد الحميد تركي
كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات

- التسوية الجزائية في الجنايات: دراسة تحليلية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي

د. أمين عبده محمد دهمش
كلية القانون، جامعة الفجيرة، الإمارات

- أزمة هوية قانون الوظيفة العامة: دراسة تأصيلية في ضوء الاجتهادين القضائي والفقه

أ. د. عبد الخالق علاوي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويدي
جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب

تعليق على أحكام قضائية

- التعليق على حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 284 لسنة 2023 الصادر في جلسة 11 مارس 2024 في إطار الحق في الخصوصية

د. صقر عيد الرويس
كلية الحقوق، جامعة البحرين

أبحاث ودراسات باللغة الإنجليزية

- الأسواق متعددة الجوانب في دولة الكويت .. حافظ نحو التحول الرقمي

د. نورة ميميتي
كلية القانون الكويتية العالمية

- مدى تحقق مبدأ المواجهة في إعلان الأوراق القضائية التقليدي والإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي: دراسة استقرائية نقدية

د. محمد عبدالله الهديب
كلية القانون الكويتية العالمية

- الحرب بالوكالة وفقاً لقواعد القانون الدولي - الحالة في السودان منذ العام 2023

د. ندى يوسف الدعيح
كلية الحقوق، جامعة الكويت

- حق تقادم أموال الدولة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

د. محمد ضاوي العصيمي
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت

- الاكتتاب في شركة شمال الزور - المشكلات والحلول: دراسة فقهية قانونية

د. سارة متلع القحطاني
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت

- موطن الشخص الطبيعي ودوره في تحديد موطنه الانتخابي في القانون الكويتي

د. عبد الكريم ربيع العنزي
د. تركي سظام المطيري
قسم القانون، كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، دولة الكويت

- الاعتراف بالأصول الافتراضية: تحديات وحلول وتجارب

د. بثينة علي عطوان
كلية القانون، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن
الرياض، المملكة العربية السعودية



كلية القانون الكويتية العالمية
KUWAIT INTERNATIONAL LAW SCHOOL

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

فصلية، علمية، محكمة

تعنى بنشر الدراسات والبحوث القانونية والشرعية

صدر العدد الأول منها في مارس 2013

السنة الثالثة عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي [52]
ربيع الأول - ربيع الآخر 1447 هـ - سبتمبر 2025 م

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. A4755

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، عُمان 1 ريال.
- الوطن العربي: ما يعادل دولاراً أمريكياً
- الدول الأجنبية: ثلاثة دولارات

الاشتراكات السنوية

نوع الاشتراك	سنوات الاشتراك	الكويت	الدول العربية	الدول الأجنبية
أفراد	سنة	3 دنانير	4 دنانير	15 دولاراً
مؤسسات		15 ديناراً	15 ديناراً	60 دولاراً
أفراد	ستتان	5 دنانير	5 دنانير	25 دولاراً
مؤسسات		25 ديناراً	25 ديناراً	100 دولار
أفراد	3 سنوات	7 دنانير	10 دنانير	25 دولاراً
مؤسسات		35 ديناراً	35 ديناراً	140 دولاراً
أفراد	4 سنوات	9 دنانير	13 ديناراً	45 دولاراً
مؤسسات		45 ديناراً	45 ديناراً	180 دولاراً

تُدفع الاشتراكات بإحدى الطرق التالية:

- شيك لأمر كلية القانون الكويتية العالمية على أحد المصارف الكويتية.

- تحويل بنكي لحساب كلية القانون الكويتية العالمية:

اسم البنك: بنك الكويت الدولي رقم الحساب: 012010074824

IBAN: KW94KWIB0000000000012010074824

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

هاتف بدالة: 22280222 (+965) - مباشر: 22280183 (+965) - فاكس: 22280209 (+965)

الموقع الإلكتروني: www.kilaw.edu.kw البريد الإلكتروني: Kilawjournal@kilaw.edu.kw

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

هيئة التحرير

- **رئيس التحرير**
أ. د. بدرية عبد الله 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 عُمان
- أ.د. جون موريسون
أستاذ القانون، كلية القانون
جامعة كوينز بلفاست، المملكة المتحدة
- أ.د. روجر 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
عمّان - 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 تصدر 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 البحثي.

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 أن تعتمد 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 موقع منهم يبين 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 العلمية:

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 ينصبَّ 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 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:
 - أ - بالنسبة للكاتب: اسم الكاتب الشخصي ثم لقبه العائلي / عنوان الكتاب / الجزء (ج)، الطبعة (ط)، دار النشر، بلد النشر، وسنة النشر، والصفحة (ص) بالنسبة للهوامش.
 - ب - وبالنسبة للأبحاث: اسم الباحث الشخصي ثم لقبه العائلي، عنوان البحث، اسم المجلة أو الدورية، الناشر (الكلية أو الجامعة أو الجهة، البلد، المجلد (مج)، السنة (س)، العدد (ع)، الشهر، السنة، الصفحة 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، يتكوّن 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)، تعبّر 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. ترسل البحوث أو الدراسات بطريقة إلكترونية عبر منصة المجلة أو البريد الإلكتروني، كما يمكن أن تسلم مطبوعة، من ثلاث نسخ، أو إلكترونية بصيغتي بي دي إف 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. يُشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث أو الدراسة، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.
 3. لا توضع إشارة إلى هوامش على العناوين الرئيسة 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 بموضوعاتها 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 التقييمية للكتب حديثة النشر، التي تخص أي حقل من حقول القانون والتي تتوافر فيها الشروط الآتية:

- أن يكون الكتاب متميزاً ومشتماً على إضافة علمية جديدة.
- أن يكون معد المراجعة متخصصاً في المجال العلمي للكتاب نفسه.

- ألا يكون قد سبق تقديم العرض للنشر في مطبوعة أخرى.
 - أن يعرض المراجع ملخصاً وافياً لمحتويات الكتاب، مع بيان أهم أوجه التميز والقصور، على ألا يزيد العرض على (5) صفحات.
 - تمنح المجلة مقابلاً مالياً لعرض الكتب الذي يتم بتكليف من المجلة فقط.
- ترسل البحوث إلى: السيد/ رئيس تحرير مجلة كلية القانون الكويتية العالمية:**

• البريد العادي:

الكويت - مدينة الدوحة - قطعة 4 - قسيمة 800005

ص.ب: 59062 - الرمز البريدي: 93151

الهاتف: بدالة +965 22280222 مباشر +965 66305615

• موقع المجلة على الإنترنت:

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

• البريد الإلكتروني:

kilawjournal@kilaw.edu.kw

محتويات العدد

الموضوع	الصفحة
كلمة العدد	
«من اقتصاد الاحتلال إلى اقتصاد الإبادة الجماعية»... جرائم مشاركة وتواطؤ مكتملة الأركان أ.د. بدرية عبدالله العوضي	13
بحوث ودراسات باللغة العربية	
مدى تحقق مبدأ المواجهة في إعلان الأوراق القضائية التقليدي والإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي: دراسة استقرائية نقدية د. محمد عبدالله الهديب	17
الحرب بالوكالة وفقاً لقواعد القانون الدولي - الحالة في السودان منذ العام 2023 د. ندى يوسف الدعيح	61
حق تقادم أموال الدولة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي د. محمد ضاوي العصيمي	113
الاكتتاب في شركة شمال الزور - المشكلات والحلول: دراسة فقهية قانونية د. سارة متلع الفحطاني	153
موطن الشخص الطبيعي ودوره في تحديد موطنه الانتخابي في القانون الكويتي د. عبدالكريم ربيع العنزي ود. تركي سظام المطيري	207
الاعتراف بالأصول الافتراضية: تحديات وحلول وتجارب د. بثينة علي عطوان	255
الجوانب القانونية للتخفيضات الوهمية في عقود الاستهلاك: دراسة في التشريعين الإماراتي والكويتي د. عواطف زرارعة ود. مراد بن صغير	337

377	الغش الإجرائي في مرحلة التقاضي في القانون والقضاء الإماراتي أ. أبرار القطان ود. علي عبدالحميد تركي
405	التسوية الجزائية في الجنايات: دراسة تحليلية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي د. أمين عبده محمد دهمش
479	أزمة هوية قانون الوظيفة العامة: دراسة تأصيلية في ضوء الاجتهادين القضائي والفقه أ. د. عبدالخالق علاوي
تعليق على أحكام قضائية	
533	التعليق على حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 284 لسنة 2023 الصادر في جلسة 11 مارس 2024 في إطار الحق في الخصوصية د. صقر عيد الرويس
بحوث ودراسات باللغة الإنجليزية	
571	الأسواق متعددة الجوانب في دولة الكويت .. حافز نحو التحول الرقمي د. نورة ميميتي

«من اقتصاد الاحتلال إلى اقتصاد الإبادة الجماعية»...

جرائم مشاركة وتواطؤ مكتملة الأركان

أ.د. بدرية عبد الله العوضي^(*)

رئيس التحرير

سلّط تقرير جديد صادر عن الأمم المتحدة، في 3 يوليو 2025، الضوء عن دور الشراكة والدعم الذي تقوم به مئات الشركات والمؤسسات الاقتصادية العالمية في دعم اقتصاد دولة الاحتلال، والذي شهد نسقاً تصاعدياً في السنوات والأشهر الأخيرة، من دون وجل أو خوفٍ من عقوبات دولية أو إقليمية، وهو ما يشكل جرائم مشاركة وتواطؤٍ مكتملة الأركان.

وكشف التقرير عن أن هذه الممارسات كانت تتم بأشكال مختلفة؛ بعضها علني مباشر، وبعضها الآخر غير مباشر يعتمد التضليل والتزوير، في محاولة للالتفاف على قواعد وأنظمة المسؤولية القانونية الدولية للمتواطئين في جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة التي ترتكبها قوات الاحتلال الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية المحتلة.

ويكتسب هذا التقرير أهميته من كونه يتعلق بطرف متهم رسمياً، من قبل الادعاء العام في المحكمة الجنائية الدولية، بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، ويُحاكم - في الوقت نفسه - أمام محكمة العدل الدولية بانتهاك اتفاقية الأمم المتحدة لمنع الإبادة الجماعية في القضية المرفوعة من دولة جنوب أفريقيا. كما يكتسب هذا التقرير أهميته من كونه تقريراً مهنيّاً موضوعياً مُعدّاً من قبل خبراء تابعين للأمم المتحدة، ويتضمن بيانات ومعطيات وإحصائيات، وقائماً على شهادات وتحليلات رصينة، وخلص إلى نتائج وتوصيات معقولة ومنطقية.

ومن ناحية أحكام وقواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الإنساني، فإن التقرير يُعد وثيقة مهمة تصلح لأن تكون أساساً قانونياً صلباً لتحريك المسؤولية القانونية ضد هذه الشركات والمؤسسات ذات الطابع الدولي. ومن المعلوم أن مؤسسات القضاء الدولي،

(*) أستاذ القانون الدولي العام المتقاعد ورئيس سابق لقسم القانون الدولي العام في كلية القانون الكويتية العالمية، وعميد سابق لكلية الحقوق، جامعة الكويت

والمحاكم الوطنية ذات الولاية القضائية المنتشرة عبر العالم، خاصة في دول أوروبا وأمريكا اللاتينية وآسيا... وغيرها، تقبل برفع الدعاوى المتعلقة بانتهاكات الاتفاقيات الدولية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية.

إن التقرير يبرز - بشكل لا لبس فيه - القطاعات المحورية التي أصبحت مكوناً أساسياً في المشروع الاستيطاني الاستعماري الإسرائيلي، ومن بينها شركات صناعة الأسلحة، وشركات تقنيات المراقبة، والمؤسسات المالية، وشركات البناء، والهيئات الأكاديمية. وهذه الجهات تشارك بفعالية في ترسيخ نظام يُسهّل ضم الأراضي، ويقمع الفلسطينيين ويمحو هويتهم، ويعسكر تفاصيل حياتهم اليومية في الأرض المحتلة. كما أن العديد من هذه الشركات ذات نشاط عابر للحدود، وتتمتع بصلات مع دول وأسواق توفر لها مظلة حماية من المساءلة.

ويشير التقرير إلى شركات إسرائيلية ودولية تقوم بتطوير وتسويق أنظمة أسلحة تم اختبارها عملياً على السكان الفلسطينيين، لا سيما في قطاع غزة. وقد استُخدمت تقنيات الذكاء الاصطناعي والطائرات المسيّرة - بشكل مباشر - في استهداف المدنيين، في حين تسهم أدوات الشرطة التنبؤية وقواعد البيانات البيومترية في تعزيز آليات السيطرة والقمع المنهجي. ويؤكد التقرير أن هذه الممارسات ليست حوادث عشوائية، بل تشكل جزءاً من استراتيجية متكاملة للهيمنة الديموغرافية والجغرافية.

كما يركز التقرير أيضاً على الدور المحوري للقطاع المالي في توسيع المستوطنات غير الشرعية، ومصادرة الأراضي الفلسطينية؛ حيث تستمر البنوك، وصناديق التقاعد، وشركات إدارة الأصول في ضخ الاستثمارات في شركات منخرطة في الأنشطة الاستيطانية والداعمة لها. وفي الوقت ذاته، توفر المؤسسات الأكاديمية دعماً أيديولوجياً وتقنياً للاحتلال، من خلال أبحاث تُستخدم في تطوير أدوات عسكرية وتقنيات المراقبة.

إن هذه الجوانب التي يكشفها التقرير هي جزء من الجرائم الاقتصادية والمالية الدولية التي تُرتكب بحق الشعب الفلسطيني والقضية الفلسطينية، في مساهمة جنائية لسحقهما ومحوهما، وهي تستحق التحريك والمتابعة من فرق قانونية متخصصة. كما تستحق الإثارة بكل قوة في المنابر القانونية والديبلوماسية الدولية وحشد الدعم لوقفها والتصدي لها. وبكل تأكيد فإن محاولات وأد آثار هذه التقارير والمبادرات والتقارير الدولية ستفشل، كما فشلت من قبلها العقوبات التي فُرضت على قضاة المحكمة الجنائية الدولية، وعلى دولة جنوب أفريقيا، وعلى مقرري الأمم المتحدة لحقوق الإنسان.

بحوث ودراسات باللغة العربية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الثالثة عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي 52

ربيع الأول - ربيع الآخر 1447 هـ - سبتمبر 2025م

مدى تحقق مبدأ المواجهة في إعلان الأوراق القضائية التقليدي والإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي: دراسة استقرائية نقدية^(*)



د. محمد عبد الله الهديب

أستاذ قانون المرافعات المساعد

وعميد الشؤون الطلابية المساعد

كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

يتناول هذا البحث جذور مشكلة إجرائية محددة، وهي إعلان المسجونين بصحيفة الدعوى المرفوعة ضدهم وفق الوسائل التي نص عليها قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980 والتعديلات اللاحقة عليه، خصوصاً ما يتعلق بوسائل الإعلان الإلكتروني المنصوص عليها في القانون رقم 9 لسنة 2020، والقرار الوزاري رقم 26 لسنة 2021، بالشروط والضوابط الخاصة بالإعلان الإلكتروني تنفيذاً للقانون الأنف الذكر، ثم ننتقل إلى القاعدة السامية والكلية الكبرى التي من أجلها شرع الإعلان، وهي تحقق مبدأ المواجهة المتمثل في علم المدعى عليه الحقيقي أو الحكمي بما هو مرفوع ضده من دعاوى. وتكمن أهمية البحث في تناوله للشريحة المستهدفة من وراء الإعلان، وهي نزلاء المؤسسات الإصلاحيات، التي هي بطبيعة الحال طرف ضعيف في الخصومة القضائية، الأمر الذي يستدعي - والحال كذلك - إلى المبالغة في التأكد من تحقق مبدأ العلم في مواجهتهم خصوصاً أنهم في متناول اليد وتحت رحمة مؤسسات الدولة وفي قبضتها.

ويهدف البحث لبيان مدى تحقق علم المسجون علماً حقيقياً أو حكماً بما هو مرفوع ضده من دعاوى يتحقق معها مبدأ المواجهة، وتمكينه من الدفاع عن نفسه

وتاريخ قبوله: 5 فبراير 2025

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 21 ديسمبر 2024

ترتيباً على ذلك في منهج استقرائي نقدي مقارنة نسب فيه أغوار جذور المشكلة، منطلقين إلى الكليات الثابتة والمبادئ الراسخة في مبحثين جعلنا أولهما للإعلان التقليدي للمسجون ومدى تحقيقه لمبدأ المواجهة في مطلبين: أحدهما للعلم الحقيقي والآخر للحكمي. أما المبحث الثاني فلإعلان الإلكتروني للمسجون، ومدى تحقيقه لمبدأ المواجهة في مطلبه: العلم اليقيني والعلم الحكمي كذلك.

وقد خلص البحث إلى عدة نتائج أهمها عدم كفاية تلك الوسائل في تحقق مبدأ المواجهة من خلال العلم اليقيني ولا العلم الحكمي لدى السجين في الدعاوى المرفوعة ضده سواء حدث الإعلان بالطرق التقليدية أو بالطرق الإلكترونية الحديثة، وبالتالي يوصي الباحث بتعديل بعض المواد في قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بإعلان السجين لتحقيق مبدأ المواجهة.

كلمات دالة: مبدأ المواجهة، والسجون، وحق الدفاع، وضمانات المدعى عليه، والمؤسسات الإصلاحية، والإعلان.

المقدمة

الخصومة أمام القضاء المدني محكومة بمبدأ أساسي هو مبدأ المواجهة، ولا تكون الخصومة منهجاً صحيحاً وأداة لتطبيق القانون على الوقائع بشكل صحيح وصدور حكم قضائي صحيح في نهايتها إلا إذا احترّم مبدأ المواجهة فيها بشكل صارم⁽¹⁾. ولذلك يكتسب مبدأ المواجهة أهميته من أنه يُعد من أهم تطبيقات حق الدفاع على الإطلاق، وأنه الضمان الأساسي لاحترام هذا الحق، وأنه الشرط الأساسي لحسن سير العدالة، وإذا أردنا تعريف مبدأ المواجهة فإنه: «الحق في العلم بما لدى الخصم الآخر من ادعاءات ووسائل دفاع قانونية وواقعية وحُجج ومستندات»⁽²⁾.

وإذا نظرنا إلى تطبيق ذلك عملياً، فإننا نجد أن الوسيلة التي رسمها قانون المرافعات لتحقيق مبدأ المواجهة الذي هو العلم كما أسلفنا تتمثل في الإعلان⁽³⁾؛ وعليه أضحي الإعلان من أهم الأعمال الإجرائية التي تشكل جزءاً مهماً من موضوعات القضاء المدني (المرافعات)؛ والمقصود بإعلان صحيفة الدعوى هو علم المدعى عليه بها وتمكينه من الاطلاع عليها ومعرفة فحواها بتسليمه صورتها عن طريق اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون⁽⁴⁾.

فالقانون يفترض عدم علم المدعى عليه بما تضمنته صحيفة افتتاح الدعوى، ما لم تُعلن إليه بالطريقة المحددة، حيث كان انعقاد الخصومة بين طرفيها مشروطاً بالإعلان الذي يرمي إلى إيصال واقعة معينة إلى علم المدعى عليه، وإذا تطلبه القانون فإنه يُعد الوسيلة الوحيدة لهذا العلم⁽⁵⁾.

(1) عزمي عبد الفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ج2، ط4، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، د.ت، ص31.

(2) عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، س10، يوليو 1990، ص21.

(3) وجدي راغب وسيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، ط1، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 1994، ص242.

(4) محمد عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج1، مكتبة الآداب للنشر، القاهرة، 1957، ص680.

(5) وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ع1، سنة 1976، ص50.

ولما كان ذلك، وكان العلم ينقسم إلى نوعين رئيسيين هما العلم اليقيني والعلم الحكمي، يتمثل الأول فيما ورد في رأس المادة (9) من قانون المرافعات الكويتي، التي تنص على أن: «تسلم صورة الإعلان إلى نفس الشخص المراد إعلانه»⁽⁶⁾، وهذا هو الأصل، وهو الأفضل لأنه يضمن علم المدعى عليه على وجه اليقين، وهو الغاية من الإعلان⁽⁷⁾، ولذلك نجد أن المشرع توسع في سبيل تحقيق ذلك العلم اليقيني بتسليمه إياها أينما وُجد⁽⁸⁾.

وأما النوع الثاني فهو العلم الحكمي، ولا يتمثل في اشتراط التيقن بإيصال الأوراق إلى شخص المدعى عليه، بل إيصالها إلى من يعيش في موطنه الأصلي أو موطنه المختار أو محل عمله ممن يفترض فيه الظن بوصولها إليه، واعتبر المشرع تلك الوسائل قرينة⁽⁹⁾ على علم المدعى عليه علماً حكماً يترتب ذات آثار العلم اليقيني⁽¹⁰⁾، ولا سيما أثر تحقيق مبدأ المواجهة⁽¹¹⁾.

ولقد استحدث المشرع الكويتي في القانون رقم 9 لسنة 2020 الإعلان بالوسائل الحديثة (إضافية وليست بديلة) التي ترتب الآثار ذاتها التي يرتبها الإعلان التقليدي المذكورة سلفاً، وجاء القرار الوزاري رقم 26 لسنة 2021 لبيان تلك الوسائل وتحديدتها كما وجه المشرع بذلك⁽¹²⁾.

وعلى رغم كل ما سبق ثار تساؤل في ذهني بشأن مدى كفاية تلك الوسائل، سواء التقليدية أو الحديثة، في تحقق علم المسجون علماً حقيقياً أو حكماً بالدعاوى المرفوعة ضده، الأمر الذي استدعى مني استقراء تلك المشكلة من جذورها توصلاً إلى الكليات والحقائق الكبرى بهذا الصدد.

(6) قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980

(7) عزمي عبدالفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مرجع سابق، ص 51.

(8) المادة (2/9) من قانون المرافعات الكويتي.

(9) لا يجوز دحضها إلا بسلوك سبيل الطعن بالتزوير

(10) عاشور مبروك، الإعلان القضائي ما بين العلم الحقيقي والعلم الاعتباري، أكاديمية شرطة دبي، 2010، ص 10.

(11) تمييز 2006/5 أحوال شخصية، جلسة 2006/3/19.

(12) قرار وزير العدل رقم 26 لسنة 2021.

أولاً: أهمية البحث

يستمد البحث أهميته من تركيزه على شريحة ضعيفة مغلوطة على أمرها من شرائح المجتمع، وهي المسجونون، الذين هم مسلوبو الحرية، ومع ذلك فإنهم معروفو الموطن (السجن)، ويُعد علمهم بالدعاوى المرفوعة ضدهم من أبسط حقوقهم، ومن جهة أخرى فإن هذا العلم لن يتحقق إلا بالإعلان الذي يُعد شكلاً مميزاً لا يمكن إجراؤه إلا وفقاً لنص القانون (إذ لا مجال للاجتهاد أو التوسع فيه) وإلا عُدَّ باطلاً⁽¹³⁾، لاسيما أنه قد تقرر أن الخصومة القضائية بقاؤها معلقٌ على شرط إعلانها إعلاناً قانونياً سليماً⁽¹⁴⁾.

وما أسفر عنه الواقع العملي لدينا، في دولة الكويت، من عدم علم كثير من المدعى عليهم المسجونين بشأن الدعاوى المرفوعة ضدهم مع تمام إعلانهم بها بحسب القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات، مما ينتج عنه اعتبار تحقق مبدأ المواجهة في حقهم مع عدم علمهم بها.

ثانياً: إشكالية البحث

تنحصر إشكالية البحث في معرفة مدى تحقق علم السجين بالدعاوى المرفوعة ضده من عدمه وفق نصوص قانون المرافعات الكويتي التي حددت الوسائل التي يحدث إعلانهم بها، وبيان مدى كفايتها من عدمها، للوصول إلى حقيقة علمه اليقيني أو الحكمي بها، وذلك لضمان تحقق مبدأ المواجهة الذي لا ينعقد لواء الخصومة إلا بعد تحققه⁽¹⁵⁾.

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى بيان مدى كفاية وسائل إعلان المسجونين المنصوص عليها في قانون المرافعات الكويتي في تحقق علمهم بالدعاوى المرفوعة ضدهم، أو أن هناك وسائل أكثر فعالية في تحقيق مبدأ المواجهة.

(13) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 367.

(14) تمييز 2008/984 تجاري، جلسة 2009/6/18، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل، دولة الكويت، س 37، ج 2، ص 232.

(15) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 329.

رابعاً: منهجية البحث

المنهج الرئيسي للبحث هو المنهج الاستقرائي النقدي المقارن، حيث نفحص مسألة إعلان السجين وفق نصوص قانون المرافعات الكويتي والقوانين المقارنة ثم نقوم بتفسيرها، ومن ثم نبحث مدى توافر العلاقة بين العلة (إعلان السجين بالدعوى المرفوعة ضده) والمعلول (تحقُّق علمه بهذه الدعوى)، مختمين بالوصول إلى حقيقة بشأن ذلك، ثم نقوم باقتراح توصياتٍ حيالها⁽¹⁶⁾.

خامساً: خطة البحث

في ضوء ما سبق، استقر الرأي على بحث الموضوع من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تحقُّق مبدأ المواجهة في الإعلان التقليدي للمسجونين في القانون الكويتي.

المبحث الثاني: تحقُّق مبدأ المواجهة في الإعلان الإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي.

(16) يسري العصار، أصول التفكير القانوني والبحث العلمي في مجال القانون، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، د.ت، ص 12.

المبحث الأول

تحقق مبدأ المواجهة في الإعلان التقليدي للمسجونين

في القانون الكويتي

نستقرئ في هذا المبحث إعلان المسجون بالطرق التقليدية للوقوف على بيان مدى تحقق مبدأ المواجهة، والذي لا يكون إلا بالعلم، ولقد أفردنا له مطلبين نتناول تحققه بالعلم اليقيني في أحدهما ونتناول العلم الحكمي في المطلب الآخر. ولا بد من إشارة تمهيدية إلى بيان المسجونين الذين نقصدهم من وراء هذه الدراسة، وهم كما نص على ذكرهم قانون تنظيم السجون فئتان: الفئة أ: وتشمل المحبوسين احتياطياً الموقوفين والمحكوم عليهم بالحبس حبساً بسيطاً، ويلحق بهم مَنْ تنفَّذ عليهم التزامات بطريق الإكراه البدني، والمحبوسون في دين مدني. والفئة ب: وتشمل المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل⁽¹⁷⁾.

المطلب الأول

تحقق العلم اليقيني في الإعلان التقليدي للمسجونين

في القانون الكويتي

تنص المادة (5) من قانون المرافعات الكويتي على أن: «كل إعلان - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - يكون بواسطة مندوبي الإعلان أو مأموري التنفيذ، وإلا كان باطلاً»⁽¹⁸⁾.

كما تنص المادة (9) من القانون ذاته على وسائل تحقق العلم اليقيني للمدعى عليه بشأن الدعوى المرفوعة ضده على النحو التالي: «تسلم صورة الإعلان إلى نفس الشخص المراد إعلانه، أو في موطنه أو محل عمله، ويجوز تسليمها في الموطن المختار في الأحوال التي يبينها القانون، وتسلم صورة الإعلان لشخص المدعى عليه أينما وجد»⁽¹⁹⁾.

(17) المادة (25) من القانون رقم 26 لسنة 1962، الجريدة الرسمية الكويت اليوم، ع390، بتاريخ 1962/08/19 بشأن تنظيم السجون.

(18) المادة (5) من قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

(19) المادة (9) من قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

بادئ ذي بدء فإن تحقق العلم اليقيني لإعلان المدعى عليه بالطريقة التقليدية مؤداه مما سلف من المادتين السابقتين أن مندوب الإعلان قد قام بالانتقال إلى شخص المدعى عليه وقام بتسليمه شخصياً صورة من صحيفة الدعوى بعد أن وقع على أصلها، وفي هذا المطلب سنُمنع النظر لتحقيق ما إذا كانت هناك إمكانية لإتمام هذا الإجراء بهذه الصورة في حق المدعى عليه، إذا كان سجيناً أو محبوساً لدى إحدى المؤسسات الإصلاحية أم لا.

ولكي نجيب عن هذا التساؤل فإننا سنتناول في هذا المطلب العلم اليقيني في الإعلان التقليدي للمسجونين، لنرى مدى تحقيقه لمبدأ المواجهة، وسنفرده في فرعين: الأول سنخصصه للعلم الحكمي في الإعلان التقليدي عموماً، وفي الفرع الثاني سنتناول العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين.

الفرع الأول

العلم اليقيني في الإعلان التقليدي

إعلان الأوراق القضائية هو الوسيلة الرئيسية التي رسمها قانون المرافعات لتمكين الطرف الآخر من العلم بإجراء مُعين، ويتم تسليم صورة من الورقة القضائية لهذا الإجراء إلى المعلن إليه، أو من يحدده القانون بدلاً منه على يد الموظف المختص⁽²⁰⁾.

ومتى تم الإعلان القضائي لصحيفة الدعوى بالشكل القانوني فإن المعلن إليه يُعدّ عالماً بالورقة القضائية ومضمونها، ولا يجوز الادعاء بعدم علمه بها لأي سبب كان⁽²¹⁾، ومؤداه أن الإعلان القضائي شأنه شأن نشر التشريع بالجريدة الرسمية يعد قرينة قاطعة على العلم به لا يُقبل معها الاحتجاج بالجهل⁽²²⁾.

ولكننا إذا كنا بصدد بيان العلم اليقيني في الإعلان التقليدي لصحيفة الدعوى

(20) وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 242.

(21) رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 444.

(22) وجدي راغب وسيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 243.

فإنما نعني به التسلمُّ الفعلي من قِبَل المدعى عليه شخصياً لصحيفة الدعوى؛ فهو - وحده - الذي يرتب العلم اليقيني أي الذي نقطع معه يقيناً بعلم المدعى عليه بالدعوى المرفوعة ضده.

وبالنظر إلى ما نصت عليه المادة (9) من قانون المرافعات نجد أن العلم اليقيني يتحقق في حالة تسلم المعلن إليه شخصياً صحيفة الدعوى، حيث نصت على أن: «تُسَلَّم صورة الإعلان إلى نفس الشخص المراد إعلانه، وتُسَلَّم صورة الإعلان لشخص المدعى عليه أينما وجد»⁽²³⁾، كما نصت المادة (651) من قانون المرافعات الفرنسي على أن: «الأوراق تصل إلى علم أصحاب الشأن عن طريق إعلانها إليهم»⁽²⁴⁾. يتبين من ذلك أن المعلن إليه قد يتم علمه الحقيقي بإعلانه بشخصه أينما وجد، فقد يتصادف مع مندوب الإعلان في المحكمة أو في الشارع في طريقه لموطنه بُغية إعلانه أو في موطنه الأصلي أو في محل عمله، ومتى ما تم ذلك ووقع المعلن إليه بالتسلم فإن العلم اليقيني للمدعى عليه قد تم⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني

العلم اليقيني في الإعلان التقليدي للمسجونين

إن إقامة السجين لدى المؤسسات الإصلاحية يعني بالضرورة أن إعلانه في الوسائل التقليدية بيته (موطنه الأصلي)، وإعلانه في موطنه المختار وإعلانه في محل العمل لا يرتب العلم اليقيني، ذلك أن مندوب الإعلان لن يصل إلى شخص المدعى عليه، وبالتالي فإن العلم اليقيني غير متحقق بلا شك، لأنه لن يصل إليه شخصياً لا في بيته ولا في عمله ولا في موطنه المختار؛ بسبب إقامته في السجن.

ولما كان ذلك، فإن المشرع - رغبةً منه في تحقيق العلم اليقيني - حدد الوسيلة التي يتم بها إعلان السجين، فنص على وسيلة تقليدية لإيصال الورقة المطلوب

(23) المادة (9) من قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

(24) المادة (651) من قانون المرافعات الفرنسي.

(25) عبد الباسط جميعي، مبادئ قانون المرافعات في قانون المرافعات الجديد، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص298.

إعلانها (صحيفة الدعوى) إلى المدعى عليه في السجن من خلال انتقاله إلى السجن، وتتمثل في المادة (10/ ج) التي تنص على ما يلي: «فيما عدا ما نص عليه في قوانين خاصة تُسَلَّم صورة الإعلان لمدير السجن أو من يقوم مقامه»⁽²⁶⁾.

فالمشرع الكويتي، وفقاً لهذا النص، قرر أن الوسيلة التقليدية لإعلان السجن بصحيفة الدعوى تتحقق من خلال إعلان مدير السجن أو من يقوم مقامه، وعليه فإن إعلانه في موطنه الأصلي أو محله المختار أو محل عمله لا يرتب أثر الإعلان.

وترتيباً على ما تقدم فإن مبدأ المواجهة يُعد متحققاً في حال انتقل مندوب الإعلان إلى مبنى السجن، وسلم صورة من صحيفة الدعوى إلى مدير السجن أو من يقوم مقامه، على سند من القول إن تسليم الصورة إلى مأمور السجن أو من يقوم مقامه يعني وصولها بالتأكيد إلى السجن⁽²⁷⁾. ولكننا لو استقرأنا هذا النص بمزيد من التأمل فسنقطع بالقول إن العلم اليقيني ليس متحققاً في هذه الحالة، ولا يقدح في ذلك ما نصت عليه المادة (7) من قانون تنظيم السجون من أنه: «على ضابط السجن أن يتخذ الوسائل الكافية لاطلاع المسجون على صورة أي حكم أو ورقة تعلن إليه في السجن، وإذا أبدى المسجون رغبة في إرسال صورة الإعلان لشخص مُعين وجب إرسالها إلى هذا الشخص. وكل عريضة دعوى أو عريضة استئناف يرغب المسجون في رفعها بواسطة ضابط السجن يجب التحقق من إيصالها إلى الجهة المختصة في الميعاد المقرر»⁽²⁸⁾.

وهذا رأي بعض الفقه أيضاً الذي يرى أن ثمة نقصاً في التشريع كان يمكن تجنُّبه لو نص المشرع على إحضار المسجون إلى مكتب مدير السجن وإعلانه لشخصه بما يحقق العلم اليقيني⁽²⁹⁾، ولو تمت إضافة تلك العبارة إلى المادة (10/ ج) لتحقيق معنى العلم اليقيني للسجين على نحو ما سنشير إليه في التوصيات في خاتمة البحث.

(26) المادة (10/ ج) من قانون المرافعات الكويتي.

(27) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص 438.

(28) المادة (7) من قانون رقم 26 لسنة 1962، بشأن تنظيم السجون.

(29) عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ج 2، ط 4، دار الكتب، دولة الكويت، 2017، ص 71.

المطلب الثاني

تحقق العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين

في القانون الكويتي

العلم الحكمي، أو العلم المفترض، هو فكرة من صنع المشرع وحدّه صنعها ليخالف بها المنطق القانوني ذاته، وهي تقوم على افتراض قيام أو وجود عمل إجرائي مُعيّن توافرت فيه مفترضاته الموضوعية من إرادة ومحل وسبب وصلاحيّة، ولكن أحد عناصره الشكلية سواء كان بياناً أو ظرفاً زمانياً أو ظرفاً مكانياً، أو إجراءات مُعيّنة يفترض صحة الإجراء أن تكون سابقة عليه، أو تم اتخاذها بعد اتخاذها، هذه الفكرة (تفترض) تخلف أو تعيب أحد هذه العناصر الشكلية مما يؤدي إلى إصابة الإجراء بالعيب⁽³⁰⁾.

وإذا كنا بصدد النظر في مدى تحقق مبدأ المواجهة في العلم المفترض في الإعلان التقليدي للمسجونين بالدعوى المرفوعة ضده، فإننا لا نتطرق إلى الأصل العام، وهو العلم اليقيني الذي تحدثنا عنه في المطلب السابق، إنما نتناول حالة لا يتم فيها العلم الفعلي، بل اتخاذ إجراءات أو وسائل تحقق أثر العلم، وإن لم يتم فيها العلم بشكل فعلي⁽³¹⁾، ويُعد المدعى عليه عندئذٍ قد مُنح الفرصة الكاملة للعلم⁽³²⁾.

وستتناول في هذا المطلب العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين لنرى مدى تحقيقه لمبدأ المواجهة، وسنفرده في فرعين الأول سنخصصه للعلم الحكمي في الإعلان التقليدي عمومًا وفي الفرع الثاني سنتناول العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين.

(30) محمد موسى جاب الله، النظام القانوني للافتراض في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 59.

(31) فتحي والي، مرجع سابق، ص 482.

(32) أحمد هندي، العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر والكويت وفرنسا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 6.

الفرع الأول

العلم الحكمي في الإعلان التقليدي

يتحقق العلم الحكمي في الإعلان التقليدي لصحيفة الدعوى من خلال تسلم غير المدعى عليه لها، وقد نص قانون المرافعات على أكثر من حالة جاءت مبثوثة في القانون يترتب فيها أثر تحقق العلم مع أن المدعى عليه لم يتسلم شخصياً صحيفة الدعوى، سنجمع شتاتها في ثلاثة غصون نخصص الأول للعلم الحكمي في الإعلان التقليدي الوارد في المادة (9) منه، حيث تناولت أكثر من حالة، ونخصص الغصن الثاني للحالات الخاصة بالإعلان لبعض الأشخاص، ونخصص الغصن الثالث للإعلان في المخفر والنيابة العامة، وأرى من خلال هذا التقسيم أن ثمة أماكن يحدث بها إعلان المدعى عليه في مواطن اختارها بنفسه حقيقة أو حكماً فأفردت لها الغصن الأول، وثمة حالات خاصة يحدث فيها إعلان المدعى عليه بطرق محددة نصاً لطبيعة أشخاص المدعى عليهم أفردت لها الغصن الثاني، وثمة أحوال يحدث فيها إعلان المدعى عليه في مواطن لم يختارها حقيقة ولا حكماً، وتتمثل في مخفر الشرطة والنيابة العامة، جعلت الغصن الأول للمواطن الثلاثة (الأصلي - العمل - المختار)، والغصن الثاني للإعلان في مواطن محددة، وجعلت الغصن الثالث للإعلان في جهة الإدارة (مخفر الشرطة - النيابة العامة).

ومن نافلة القول أن حديثنا في هذا الفرع بغصونه سيتناول العلم الحكمي دون الحقيقي، ويتمثل في حالة عدم تسلم المدعى عليه لصحيفة الدعوى بنفسه ولا توقيعه عليها.

الغصن الأول

العلم الحكمي في الإعلان التقليدي الوارد

في المادة (1/9) من قانون المرافعات

تنص المادة (9) من قانون المرافعات على أن: «تُسَلَّم صورة الإعلان إلى نفس الشخص المراد إعلانه، أو في موطنه أو محل عمله ويجوز تسليمها في الموطن

المختار في الأحوال التي يبينها القانون، وتُسلم صورة الإعلان لشخص المدعى عليه أينما وجد»⁽³³⁾.

يتضح من نص المادة الآتفة الذكر ثلاثة أماكن يتم فيها الإعلان لغير المدعى عليه تُرتب العلم الحكمي⁽³⁴⁾ سنتناولها على النحو التالي:

أولاً: الإعلان التقليدي في الموطن الأصلي

يتم الإعلان في الموطن الأصلي للمدعى عليه لضمان وصول الورقة إليه فعلاً، ويستدل الموظف القائم بالإعلان على هذا الموطن من بيانات الإعلان، ولكن العبرة بالموطن الحقيقي له وإلا كان باطلاً، فإذا تبين عدم صحة العنوان الوارد في صحيفة الدعوى فإن الإعلان عندئذ يُعد باطلاً، ومن الجدير بالذكر أن الموطن الأصلي للمعلن إليه يتمثل في المكان المستقر الذي يقيم فيه الشخص عادة⁽³⁵⁾.

ويختلف الموطن الذي يقيم فيه الشخص بصفة مستقرة، ولو لم تكن مستمرة، عن محل الإقامة؛ أي المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة مؤقتة غير مستقرة، فإذا توافرت نية الاستقرار تساوى محل الإقامة مع الموطن ولا يوجد فرق بينهما⁽³⁶⁾.

ولقد أجاز المشرع، في حال انتقل مندوب الإعلان إلى موطن المدعى عليه الأصلي ولم يجده، أن يسلم الأوراق إلى أحد الأشخاص الذين حددهم، وهم من يقرر أنه وكيله أو يعمل في خدمته، كالخادمة والسائق والسكرتير والبواب، أو من الأزواج أو إلى جميع من يقرر أنه من أقاربه أو أصحابه، بشرط كونه من الساكنين معه⁽³⁷⁾.

يتضح من النص السالف ذكره أن ثمة مجموعة كبيرة من الناس أجاز لهم المشرع تسلم صحيفة الدعوى نيابةً عن المدعى عليه، واعتبار تمام الإعلان من

(33) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص 438.

(34) المرجع السابق، ص 255.

(35) المادة (13) من قانون المرافعات الكويتي.

(36) نقض مدني مصري 1979/12/13، الطعن 103، السنة 48 قضائية.

(37) نقض مدني مصري 1980/1/28.

تاريخ تسلمهم، مستنداً إلى العلم الحكمي الذي اعتبره النص متحققاً في مواجهة المدعى عليه، ورتب عليه ذات آثار العلم اليقيني في حالة تسلم المدعى عليه بنفسه، مكتفياً باشتراط أن لا مصلحة ظاهرة لمتسلم الإعلان تتعارض مع مصلحة المدعى عليه⁽³⁸⁾.

ثانياً: الإعلان التقليدي في محل عمله

أجازت المادة (9) من قانون المرافعات الكويتي إعلان المدعى عليه في محل عمله، فإذا لم يجده الموظف في محل عمله كان عليه أن يسلم الصورة لمن يقرر أنه من القائمين على إدارة هذا المحل أو من العاملين فيه⁽³⁹⁾، وهو بذلك اعتبر محل العمل مساوياً للموطن الأصلي خلافاً للمشرع المصري⁽⁴⁰⁾، ونستشف من ذلك صورة أخرى من صور علم المدعى عليه علماً حكماً بمضمون صحيفة الدعوى المرفوعة ضده من خلال تسليمه في محل عمله إلى أحد القائمين على إدارة المحل أو حتى من العاملين فيه، فالمشرع ارتقى بعلاقة الزمالة التي تربط بين المدعى عليه وزملائه في العمل وعدّ تسليم صحيفة الدعوى إليهم كافية لضمان وصول صورة الإعلان إليه⁽⁴¹⁾؛ فهو بذلك يراها صورة من صور تحقق العلم الحكمي.

ثالثاً: الإعلان التقليدي في الموطن المختار

نصت المادة الآتفة الذكر على جواز تسليم صحيفة الدعوى في الموطن المختار، وجاء تفصيلها في المادة (15) قانون المرافعات الكويتي على النحو التالي: «يجوز لشخص أن يتخذ موطناً مختاراً لتنفيذ قانون معين، ويكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، إلا إذا اشترط صراحة قصره على أعمال دون أخرى، ولا يجوز إثبات الموطن إلا بالكتابة»⁽⁴²⁾.

(38) المادة (2/9) من قانون المرافعات الكويتي.

(39) المرجع السابق.

(40) عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 59.

(41) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق ص 438.

(42) المادة (15) من قانون المرافعات الكويتي

يتضح مما سبق أن الموطن المختار يأتي على نوعين⁽⁴³⁾، الأول منهما: الموطن المختار اختياريًا كأن يتم بالاتفاق بين طرفي عقد على اختيار موطن مختار يتم فيه كل الأعمال القانونية، وفي هذه الحالة يكون الإعلان فيه جائزًا تمامًا كالموطن الأصلي ويرتب جميع آثاره، والنوع الثاني: الموطن المختار إجباريًا، ويكون حينما يلزم القانون الأفراد باتخاذ، ومنه ما نصت عليه المادة (55) من قانون المرافعات الكويتي على أنه: «بمجرد صدور التوكيل من أحد الخصوم يكون موطن وكيله معتبرًا في إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى في كافة درجات التقاضي التي تنظر فيها، إلا إذا كان التوكيل مقيّدًا فيها»⁽⁴⁴⁾.

ونلفت إلى أن المشرع، في حالة الإعلان بالموطن المختار، لم يبيّن الأشخاص الذين يجوز تسليم الورقة إليهم، لكن بالقياس على موطن العمل فيجوز تسليم الصورة لأحد العاملين في الموطن المختار كمكتب محامٍ مثلاً إلى أحد العاملين به كمحامٍ أو سكرتير أو عامل⁽⁴⁵⁾.

الفصل الثاني

العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمدعى عليه

بطرق محدّدة نصًا لطبيعة أشخاصهم

نص قانون المرافعات الكويتي على فئات يتم إعلانهم بطريقة خاصة تختلف عما ورد في الفصل الأول، وهم الأشخاص العامة، ورجال الجيش والشرطة، وبحارة السفن التجارية، والمسجونون، كما نص عليهم في المادة (10) وما نص عليه في المادة (14) منه بشأن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب، وسنأتي على بيانها تباعًا على النحو التالي:

(43) عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 58.

(44) المادة (55) من قانون المرافعات الكويتي.

(45) نقض مدني مصري 1960/5/5، الطعن 433، السنة 25 قضائية.

أولاً: الأشخاص العامة

نصت المادة (10/ب) على أن: «ما يتعلق بالأشخاص العامة تُسلم (ورقة الإعلان) للنائب عنها قانوناً، أو لمن يقوم مقامه». ويبدو لأول وهلة من نص المادة أن الأشخاص العامة، كأُمير البلاد أو ولي العهد، فإنه لا يتم إعلانهما شخصياً بالدعوى، ولكن مع التأمل نجد أن هذه الحالة لا تُعد من باب العلم الحكمي للمدعى عليه في الدعوى؛ وعلته أن الدعوى أساساً لا يجوز رفعها في مواجهتهما، ولكن تُرفع عندئذ على النائب القانوني عنهما أو من يقوم مقامه، ولا ريب أن العلم المعتبر الذي يحقق مبدأ المواجهة هو علم النائب لا الأصيل.

ثانياً: رجال الجيش والشرطة

نصت المادة (10/و) على: «ما يتعلق برجال الجيش أو برجال الشرطة أو الحرس الوطني من ضباط وصف ضباط وأفراد يُرسل الإعلان إلى وزارة الدفاع أو وزارة الداخلية أو الحرس الوطني حسب الأحوال، ويكون ذلك متى طلب الإعلان في محل عمله».

ويتضح بجلاء من عجز نص المادة السابقة (10/و) أن تلك الفئات في البند ثانياً ليسوا بدءاً من الموظفين، فهؤلاء يجوز إعلانهم بحسب الأصل في موطنهم الأصلي أو موطنهم المختار أو محل عملهم، ولكن إذا تم إعلانهم في محل عملهم فإن الإعلان لا يتسلمه أحد زملائهم في العمل كما هي الحال في الإعلان في محل العمل، وإنما يتسلم الإعلان موظف تابع لتلك الجهات يتم تعيينه لهذا الغرض بوزارة الدفاع أو الداخلية أو الحرس الوطني، وتجدر الإشارة إلى انطباق هذه الحالة سواء كان المراد إعلانه في تلك الجهات الثلاث عسكريين أو مدنيين لاتحاد العلة⁽⁴⁶⁾، وسببه طبيعة العمل الخاصة، وللمحافظة على الأسرار المتعلقة بالأمن القومي التي لا يجوز اطلاع الكافة عليها⁽⁴⁷⁾.

وهو تقليد قديم اختفى في معظم التشريعات، لا سيما أن الدعاوى قد لا تتعلق

(46) محمد وعبد الوهاب العشماوي، مرجع سابق، ص 376.

(47) فتحي والي، مرجع سابق، ص 388.

بتلك المسائل، فقد يكون النزاع تجاريًا بحثًا أو مدنيًا بحثًا فلا حاجة إلى مثل هذا التشدد في تخصيص موظف خاص لإعلان المدعى عليه⁽⁴⁸⁾. ولا شك أن مثل هذه الوسيلة للإعلان لا تُرتب العلم اليقيني، وإنما تكتفي بالعلم الحكمي، ولهذا فقد انتهى مؤتمر العدالة الأول للقضاء في القاهرة إلى التوصية بالاستجابة لرغبة أفراد القوات المسلحة بأن يكون إعلانهم في غير حالة الحرب بالطريق العادي⁽⁴⁹⁾.

وحسنًا فعل المشرع الكويتي، إذ جعل هذه الوسيلة تقوم إلى جانب إعلان المدعى عليه بالطريق التقليدية، فالمدعي عندئذ يجوز له إعلان خصمه إذا كان منتميًا إلى تلك الفئات بالوسائل التقليدية المتاحة لكل أحد، ولكن في حال اختار إعلانه في محل عمله فإن الإعلان يتسلمه موظف مختص في تلك الجهات.

ثالثًا: بحارة السفن التجارية

نصت المادة (10/د) على: «ما يتعلق ببجارة السفن التجارية أو العاملين بها تُسَلَّم (ورقة الإعلان) - إذا كانت السفينة راسية في أحد الموانئ الكويتية - للربان أو لوكيل السفينة».

رابعًا: المسجونون

نصت المادة (10/ج) على: «ما يتعلق بالمسجونين تُسَلَّم (صورة الإعلان) لمدير السجن أو من يقوم مقامه»⁽⁵⁰⁾. ويترتب على هذا أن المشرع لم يُجزِ إعلان المسجونين إلا عن طريق مدير السجن أو من يقوم مقامه، ويُعد بذلك الإعلان قد تم، ولقد نصت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها على أن «صورة الإعلان الخاص بالمسجونين يجب تسليمها لمدير السجن أو من يقوم مقامه، وأن مخالفة ذلك أثره بطلان الإعلان؛ لعدم تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، ومؤداه وجوب إلغاء هذا الحكم»⁽⁵¹⁾. وستتناول تطبيق هذه المادة في الفرع المقبل.

(48) عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 69.

(49) الوثائق الأساسية، مؤتمر العدالة الأول، 20-24 أبريل 1986، نادي القضاة، القاهرة، ص 36.

(50) المادة (10/ج) من قانون المرافعات الكويتي.

(51) تمييز 2011/215 مدني، جلسة 2016/11/7، منظومة التشريعات والأحكام العربية.

خامساً: القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب

نصت المادة (14) من قانون المرافعات الكويتي على أن: «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانوناً».

وفي هذه الحالة فإن صحيفة الدعوى لا يتم إعلان تلك الفئات بها، بل من ينوب عنهم، ويعود ذلك إلى انعدام أهليتهم في التقاضي، ولقد أكدت محكمة التمييز الكويتية أنه: «يشترط قانوناً لصحة انعقاد الخصومة أن تكون صادرة من خصم أو موجهة إلى خصم يتمتع بأهلية الاختصاص والتقاضي، سواء عند افتتاحها أو عند استئناف الحكم الصادر فيها، لأن بطلان إجراءات الخصومة لعدم الأهلية هو بطلان متجدد يلحق بالخصومة في جميع مراحلها، ويجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى. ومناط الأهلية هو ثبوت الشخصية القانونية للخصم»⁽⁵²⁾.

ونجد أن من نافلة القول الإشارة إلى أن علم تلك الفئات في الدعاوى المرفوعة ضد من ينوب عنهم بصفتهم إنما هو علم حكمي لا حقيقي، لأن الدعوى لا تُرفع ضدهم وإنما ضد من ينوب عنهم قانوناً.

الفصل الثالث

العلم الحكمي في الإعلان التقليدي في جهة الإدارة

ستتناول في هذا الفصل إعلان المدعى عليه في غير المواطن الثلاثة المنصوص عليها في الفصل الأول، وغير الحالات المنصوص عليها في الفصل الثاني، بمعنى افتراض تحقق العلم (الحكمي طبعاً) من خلال إعلانه في مخفر الشرطة أو في النيابة العامة:

أولاً: الإعلان التقليدي في مخفر الشرطة

نص قانون المرافعات الكويتي على أنه: «إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه طبقاً للفقرات السابقة (كما تمت الإشارة إليه في الفصل الأول)،

(52) تمييز 2012/1537 تجاري، جلسة 2014/12/3، منظومة التشريعات والأحكام العربية.

أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن تسليم الصورة، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته لمسؤول مخفر المنطقة...»⁽⁵³⁾.

ويتضح من استقراء النص أن المشرع لم يجعل سلوك طريق إعلان المدعى عليه في مخفر المنطقة كطريق ابتدائي يلجأ إليه القائم بالإعلان أول أمره، بل يسلكه عندما تواجهه عقبات في طريق إعلانه بمواطنه الثلاثة المشار إليها آنفاً، وإذا تعمقنا في تلك الحالات وجدنا أنها تدور حول المدعى عليه الذي تم الوصول إليه أو إلى من ينوب عنه لإحدى مواطنه، ولم يتم الإعلان إما لعدم تسليمه أو توقيعه تملصاً منه أو غلقه للمحل مع أنه أحد مواطنه الصحيحة، واعتبر بذلك جهة الإدارة المختصة بتلقي الإعلانات في تلك الحالات.

وفي حال تسليم الإعلان لمخفر المنطقة التي يتبعها موطن المدعى عليه، فإن المشرع يوجب على القائم بالإعلان إرسال خطاب بريدي مسجل بعلم الوصول خلال 24 ساعة من وقت تسليمه، ومتى تم إرسال الخطاب كان إجراء مندوب الإعلان صحيحاً، ولا يجوز للمعلن إليه أن يتذرع بأن الإعلان لم يصله، فهو بذلك يُعد العلم الحكمي الذي يتحقق به مبدأ المواجهة⁽⁵⁴⁾.

ثانياً: الإعلان التقليدي في النيابة العامة

الإعلان التقليدي في النيابة العامة للأشخاص الطبيعيين يتم في حالات تناولتها النصوص في المادة (10) والمادة (1/11) والمادة (2/11) على التوالي، ونستطيع بالاستقراء تقسيمها إلى نوعين لم يسبق تناولهما كهذا التقسيم بحسب قراءتي، النوع الأول: الإعلان في النيابة أصلياً، النوع الثاني الإعلان في النيابة استثناءً.

1 - الإعلان في النيابة أصلياً:

المقصود بالإعلان في النيابة أصلياً، أي إتمام الإعلان عن طريق النيابة ابتداءً، ليس في حالات رفض التسلم أو امتناع جهة ما عن تسلم الإعلان، وتندرج هنا

(53) المادة (2/9) من قانون المرافعات الكويتي.

(54) تمييز 1982/60، تجاري، جلسة 1983/1/5، مجموعة قواعد محكمة التمييز، ص 26.

حالتان الأولى نص عليها المشرع في المادة (11) من قانون المرافعات بما يلي: «إذا كان للمعلن إليه موطن معلوم في الخارج تُسَلَّم الأوراق للنيابة العامة، وعلى النيابة إرسالها إلى وزارة الخارجية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية».

ويتضح من النص أن المدعى عليه إذا كان موطنه معلومًا، ولكن هذا الموطن خارج دولة الكويت فإن إعلانه يتم رأسًا عن طريق النيابة العامة التي تقوم بدورها بإيصاله إلى وزارة الخارجية في الكويت ليتم إعلانه وفق الطرق الدبلوماسية بحسب نظام المرافعات المعمول به في دولة المدعى عليه.

والحالة الثانية نص عليها المشرع في المادة (2/11) بقوله: «وإذا لم يكن موطن المعلن إليه أو محل عمله معلومًا، تُسَلَّم صورة الورقة للنيابة العامة». ومؤداها أن موطن المدعى عليه متى كان غير معلوم لدى المدعي فإن صحيفة الدعوى يتم إعلانها لدى النيابة العامة، ويُعد الإعلان قد تم بمجرد التسليم للنيابة العامة من دون حاجة إلى اتخاذ إجراء أكثر⁽⁵⁵⁾.

ولقد قررت محكمة التمييز الكويتية في حكم لها أن: «تسليم صورة الإعلان للنيابة العامة بعد إجراء التحريات الجادة يكون الطاعن قد أعلن بالدعوى إعلانًا صحيحًا، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقًا صحيحًا، ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس»⁽⁵⁶⁾.

وتعد هذه المادة (2/11) خطيرة لما يترتب عليها من تخلف مبدأ المواجهة في حقيقته، وأجد أن المشرع قد بالغ في الأخذ بتحقيق العلم الحكمي لدى المدعى عليه وإعمال آثاره⁽⁵⁷⁾.

2 - الإعلان في النيابة استثناءً:

وأعني به الحالات التي لا يتم فيها إعلان الشخص الطبيعي بالصورة الأصلية

(55) تمييز 1977/8، مدني، جلسة 1978/3/6، مجموعة قواعد محكمة التمييز، ص 66.

(56) تمييز 2008/460، مدني جلسة 2009/6/8، منظومة التشريعات والأحكام العربية.

(57) وهو أمر يستحق البحث والتعمق فيه، ولعلني أفرد لها بحثًا مستقلًا في مقبل الأيام.

التي رسمها القانون، فيتم اللجوء إلى النيابة العامة كوسيلة بديلة - وفقاً للنص القديم قبل التعديل - واعتبرها القانون تحقق العلم الحكمي للمدعى عليه بالدعوى المرفوعة ضده، وهي مذكورة في الفقرة الأخيرة من المادة (10) من قانون المرافعات، والتي تنص على ما يلي: «وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرات (أ) و(ب) و(ج) و(د)، إذا لم يجد القائم بالإعلان مَنْ يصح تسليم الصورة إليه أو امتنع المراد تسليمها إليه عن استلامها أو التوقيع على أصلها بالتسلم أثبت القائم بالإعلان ذلك في حينه في الأصل والصورة وسلم الصورة للنيابة العامة»⁽⁵⁸⁾.

ومن الجدير بالذكر أن تلك الفقرات جميعاً لا تدرج ضمن ما أوردناه في الغصن الأول للحالات الاعتيادية التي يتم فيها الإعلان للشخص الطبيعي في موطنه الأصلي أو محل عمله أو موطنه المختار، فهذه الحالات يتم الإعلان بها في مخفر الشرطة في حال رفض تسليم صحيفة الدعوى أو التوقيع أو عدم وجود من يصح تسليمه إياها، وإنما تدرج ضمن فئات الإعلان الخاصة التي أشرنا إليها في الغصن الثاني، وتشمل إعلان الأشخاص العامة والمسجونين وبحارة السفن التجارية؛ فهؤلاء يتم إعلانهم في النيابة العامة على سبيل الاستثناء، في حال لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه، أو امتنع المراد تسليمها إليه عن تسليمها أو التوقيع على أصلها، وكل ما تقدم كان وفق النص القديم المنظم لإعلان الفئات الأربع المشار إليها بالحروف (أ)، (ب)، (ج)، (د).

أما النص الحديث للمادة بعد تعديلها بالقانون رقم 9 لسنة 2020، فقد خلا من الفقرة الآنف الذكر، بما مؤداه أن المشرع لم يرسم طريق النيابة العامة (في حال قيام المدعي بالإعلان التقليدي) لإعلان المدعى عليه المندرج تحت الفئات الأربع المشار إليها، إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه أو امتنع عن تسليمها أو التوقيع على أصلها بالتسلم، وهذا من وجهة نظرنا فراغ تشريعي وقصور شديد يجب الالتفات إليه.

ولعل المشرع أسقط تلك العبارة عمداً على سند من القول إن الإعلان

(58) المادة (10) من قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980.

الإلكتروني سيفي بالغرض لتلك الفئات المشار إليها، لا سيما في البندين (أ)، (ب) وهما يتعلقان بالدولة والاشخاص العامة، ولكنه أغفل المذكورين في البندين (ج)، (د)؛ أي المسجونين والبحارة، فهؤلاء ليس بالضرورة أن يكون إعلانهما إلكترونياً، متيسراً، حتى يقوم المشرع بتضييق الشُّبُل في إعلانهم ويمنع إعلانهم بالنيابة العامة. وإنني أوصي بإعادة النص القديم إلى ما كان عليه بشأن ما يرد في إعلان تلك الفئات على نحو ما سيرد في التوصيات آخر البحث.

الفرع الثاني

العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين

مما سلف بيأنه في الفرع الأول من هذا المطلب يتبيّن لنا أن المشرع رسم للمسجونين وسيلتين لإعلانهما بالدعوى المرفوعة عليهم، الوسيلة الأصلية التي تكون من خلال تسليم صحيفة الدعوى لمدير السجن أو من يقوم مقامه، والوسيلة الثانية استثنائية تتمثل في حال لم يجد مندوب الإعلان مدير السجن ولا من يقوم مقامه لتسلّم صحيفة الدعوى أو رفض التسلم أو رفض التوقيع.

وفي هذا الفرع سننظر مدى تحقُّق مبدأ المواجهة في حق المدعى عليه من خلال الغصنين التاليين:

الغصن الأول

الوسيلة الأصلية لتحقُّق العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين

في البدء نؤكد أن السجين لا يجوز إعلانه إلا وفقاً لما تقدم من النصوص الخاصة بإعلانه، وعليه استقرت محكمة التمييز على أن: «مُفاد نص الفقرة (ج) من المادة (10) من قانون المرافعات أنه يتعيّن تسليم صورة الإعلان الخاص بالمسجونين لمدير السجن أو من يقوم مقامه، وإلا كان الإعلان باطلاً، ولما كان الثابت بالأوراق أن المستأنف كان مسجوناً على ذمة القضية رقم 482 لسنة 2005 من الفترة من 2005/7/5 حتى 2010/7/7 فإن إعلان صحيفة افتتاح الدعوى إذ وُجّه له بتاريخ 2008/6/24 خلال

مدة حبسه على موطنه يكون باطلاً، وإذا اعتدَّ الحكم المستأنف بهذا الإعلان الباطل، وقضى بالدعوى على موجه بطلبات المستأنف عليها الأولى المدعية، فإنه بدوره يكون باطلاً لعدم تحقق مبدأ المواجهة بين الخصوم؛ مما يتعين معه إلغاء هذا الحكم⁽⁵⁹⁾.

ولا شك أن المشرع اعتبر إعلان المدعى عليه في هذه الحالة عن طريق مدير السجن أو من يقوم مقامه يرتب العلم الحكمي للسجين، الأمر الذي يرتب من (وجهة نظره) تحقق مبدأ المواجهة، أي بصرف النظر عن وصولها أو عدم وصولها إليه فعلاً؛ لأن وصول الأوراق إلى مدير السجن أو من يقوم مقامه يعني وصولها بالتأكيد إلى المسجون⁽⁶⁰⁾، الأمر الذي لا يتفق وواقع الحال من وجهة نظرنا.

ولا يقدح في ذلك ما قرره محكمة التمييز من المبالغة في التحقق من شخصية مدير السجن أو من يقوم مقامه واشترائها: «لإعمال هذا الأثر أن يبين القائم بالإعلان اسم من سلمت إليه صورة الإعلان بالكامل وتوقيعه على الأصل بالتسلم، فإذا لم تشمل ورقة الإعلان على هذا البيان كان الإعلان باطلاً، ولما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن كان مسجوناً خلال الفترة من 2010/11/10 وحتى 2011/8/9 داخل السجن المركزي، وأن المطعون ضده قام بإعلانه بأمر الأداء المتظلم منه بتاريخ 2011/6/5 بمحبسه، وقد أثبت مندوب الإعلان أنه سلم صورة الإعلان للموظف المختص بالسجن، إلا أنه لم يبين بها اسم وصفة الشخص الذي تسلم الإعلان، حتى يمكن الوقوف على ما إذا كان من تسلم الإعلان هو مدير السجن أو من فوضه من قبله في ذلك، ومن ثم فإن هذا الإعلان يضحى باطلاً، ولا يرتب أثراً في حق الطاعن، ويبقى ميعاد التظلم مفتوحاً أمامه، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بسقوط حق الطاعن في التظلم لرفعه بعد الميعاد بعد أن اعتد بهذا الإعلان الباطل دون أن يرد على دفاع الطاعن الذي تمسك به بصحيفة استئنائه ببطلان هذا الإعلان، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبب بما يوجب تمييزه»⁽⁶¹⁾.

(59) تمييز 2011/215، مدني، جلسة 2016/11/7، منظومة التشريعات والأحكام العربية.

(60) محمد نصر الدين كامل، إعلان الأوراق القضائية، منشور على الرابط التالي: mohamah.net/law، ص 103. آخر زيارة بتاريخ: 2024/11/18.

(61) تمييز 2012/608، تجاري، جلسة 2014/2/12، منظومة التشريعات والأحكام العربية.

فَعَلَّةُ عدم علم المدعى عليه لازالت قائمة، وعليه فإننا نجد أن العلم الحكمي لا يكفي لتحقيق مبدأ المواجهة على نحو يمكننا معه الاطمئنان لأن تأخذ العدالة مجراها بإتاحة فرصة المواجهة بين الخصوم في الدعوى أمام المحكمة. ومن الجدير بالذكر بيان أنني تواصلت مع مندوب الإعلان في وزارة العدل والمختص بإعلانات المسجونين في لقاء مطول لأغراض هذا البحث، فأفاد بأن تسلم صحف الدعاوى لا يتم من خلال مدير السجن وإنما من خلال أحد العسكريين في أحد مراكز السجون الثلاثة (المركزي، العمومي، النساء) في إجراءات بدائية ومعقدة يخضع فيها مندوب الإعلان للتفتيش والانتقال بسيارات الدورية التابعة لوزارة الداخلية من مركز إلى مركز، للبحث عن مكان وجود السجين المعلن إليه.

وإنني أوصي في هذا الصدد بتحديد موظف مختص يقوم مقام مدير السجن، ويكون على البوابة الخارجية للسجن، ليتسلم صحيفة الدعوى بعد تأكده عبر النظام الآلي لديه من وجود النزير في أحد السجون الثلاثة، والأفضل من ذلك أن يوجد من يقوم مقام مدير السجن (موظف واحد يتم تفويضه لتسلم الإعلان) في المحكمة، ليسهل عملية الإعلان بقدر كبير، حيث يقوم بالتسلم بعد تأكده عبر النظام الآلي لديه من وجود النزير.

الفصل الثاني

الوسيلة الاستثنائية لتحقيق العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين

ذكرنا فيما سبق الحالات التي لا يتم فيها إعلان الشخص الطبيعي بالصورة الأصلية التي رسمها القانون، ومنها المسجونون (الفقرة ج)، حيث كان يتم اللجوء إلى النيابة العامة كوسيلة بديلة وفقاً للنص القديم قبل التعديل، واعتبرها القانون تحقيق العلم الحكمي للمدعى عليه بالدعوى المرفوعة ضده، وهي مذكورة في الفقرة الأخيرة من المادة (10) من قانون المرافعات الكويتي التي تنص على ما يلي: «وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرات (أ) و(ب) و(ج) و(د)، إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه أو امتنع المراد تسليمها إليه عن تسليمها أو

التوقيع على أصلها بالتسليم أثبت القائم بالإعلان ذلك في حينه في الأصل والصورة، وسلم الصورة للنيابة العامة».

وذكرنا أن النص للحديث للمادة بعد تعديلها بالقانون رقم 9 لسنة 2020؛ خلا من الفقرة الآنفه الذكر، بما مؤداه أن المشرع لم يرسم طريق النيابة العامة (في حال قيام المدعي بالإعلان التقليدي)، لإعلان المدعى عليه المندرج تحت الفئات الأربع المشار إليها، إذا لم يجد القائم بالإعلان من يصح تسليم الصورة إليه، أو امتنع عن تسلمها أو التوقيع على أصلها بالتسليم، وبينا في موضعه أن هذا من وجهة نظرنا فراغ تشريعي وقصور شديد يجب الالتفات إليه، ولكننا - والحال كذلك - لا بد من ملء الفراغ بألية يتم إعلان السجين من خلالها في حال رفض المخول بالتسليم.

ولقد استفسرتُ مندوب الإعلان في وزارة العدل والمختص بإعلانات المسجونين عن الإجراء المتبع في هذه الحالة فأفاد بأنه تواصل مع المكتب الفني للمحكمة فأفادوا شفهيًا بأن يتم الإعلان في المخفر الذي يقع فيه السجن، أي: مخفر منطقة الصليبية قياسًا على القواعد العامة في الإعلان في الموطن الأصلي، إذا رفض التسليم أو التوقيع، بالإضافة إلى تغريم الموظف الممتنع عن التسليم استنادًا إلى المادة (53) من قانون المرافعات الكويتي⁽⁶²⁾.

وإنني أعتقد أن هذا الحل لم يدُر في خلد المشرع إطلاقًا وهو يحذف الفقرة المتعلقة بإعلان النيابة في حال رفض الموظف التسليم، وعليه أوصي بشدة بإعادة سد الفراغ التشريعي الذي تم بعد التعديل لقانون المرافعات رقم 9 لسنة 2020.

(62) وتنص المادة المذكورة على «... الإجراءات الخاصة بتسليم صحيفة الدعوى من إدارة الكتاب إلى المدعي وإلى مندوب الإعلان وإعادتها من أيهما إلى إدارة الكتاب.... في مراعاة ما ينص عليه من مواعيد وإجراءات بشرط ألا تتجاوز العقوبة غرامة قدرها مائة دينار».

المبحث الثاني

تحقق مبدأ المواجهة في الإعلان الإلكتروني للمسجونين

في القانون الكويتي

سعت قوانين المرافعات في كثير من الدول إلى إيجاد بدائل لنظم التقاضي التقليدية التي يشوبها تعقيد الإجراءات وإطالة أمد الخصومة، وذلك من خلال الاستفادة من التطور التكنولوجي في وسائل التواصل الحديثة، واستخدامها على نحو يُختصر معه الوقت ويوفر فيه الجهد، ونصل به إلى العدالة الناجزة وتطبيق القانون وحماية الحقوق والمراكز القانونية⁽⁶³⁾، والتي هي مطمح الدول الجادة في تطوير مرفق القضاء والارتقاء به إلى مكانته السامية التي يجب أن تسود قمتها السامقة وربوتها المنيفة.

ومما يمكن الاستعانة به في هذا المجال إعلان الأوراق القضائية بالوسائل التكنولوجية الحديثة بحيث ترتب الآثار ذاتها المنشودة في الوسائل التقليدية التي تعاقبت السنين على ترسيخها في عامة نصوص المرافعات المقارنة، واستقرت عليها أحكام المحاكم العليا المختلفة بما يحقق «لوجستيات التقاضي»، أي الوصول إلى العدالة في أقل وقت وجهد وتكلفة ليس فقط في تجميع وتخزين وحفظ المعلومات وقيد الدعوى إلكترونياً، أو الدفع الإلكتروني للرسوم، بل أيضاً في عملية الإعلان والإخطار والإنذار لتكون أمام ما يُسمى بـ«إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني»⁽⁶⁴⁾.

ولكننا من زاوية أخرى ينبغي، ونحن نستجلب تلك الأفكار التطويرية والأساليب التحسينية، ألا نُغفل الغايات الكبرى والمقاصد الأساسية والمبادئ المستقرة في التشريعات، كمبدأ المواجهة ومبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ حياد القاضي، وغيرها من المبادئ التي يجب ألا تحيد عن تحقيقها أي وسيلة مهما بلغت حداتها وتطورها، وإلا فإن الإبقاء على الوسائل التقليدية هو الأسلم والأضمن ما دامت ستوصلنا إلى الغايات المرجوة والنتائج المأمولة، ولو مع بذل مزيد من الجهد واستنزاف كثير من الوقت، فكما يقال أن تصل متأخراً خيرٌ من ألا تصل.

(63) خالد محمود إبراهيم، إجراءات التقاضي عن بعد، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2019، ص6.

(64) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص321.

ولقد عدلت المواد (5) و(8) و(9) و(10) و(11) و(12) تباعاً من قانون المرافعات اتساقاً مع التطورات الحديثة في المجالات التكنولوجية، وسنستقرئ في هذا المبحث إعلان المسجونين بالطرق الحديثة، أو ما يُعرف بالوسائل الإلكترونية، للوقوف على بيان مدى تحقق مبدأ المواجهة الذي لا يكون إلا بالعلم، كما أسلفنا، فأفردنا له مطلبين نتناول تحققه بالعلم اليقيني في أحدهما، ونتناول العلم الحكمي في المطلب الآخر.

المطلب الأول

تحقق العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني

للمسجونين في القانون الكويتي

لما كان الأصل في الإعلان تحقيق مبدأ المواجهة من خلال العلم اليقيني والحكمي كما بيّنا فيما سلف، وتناولنا في الفصل السابق توافر مبدأ المواجهة في الإعلان التقليدي من خلال العلم اليقيني والحكمي، فلقد جعلنا هذا المبحث لتناول مبدأ المواجهة في الإعلان الإلكتروني، من خلال تحقق العلم اليقيني والحكمي. وفي حديثنا في هذا المطلب عن تحقق العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي، سنتناول في فرعين نخصص الأول منهما للحديث عن تحقق العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني عمومًا، ثم نخصص الثاني لتناول تحقق العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني للمسجونين على وجه الخصوص، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني

تنص المادة (5) من قانون المرافعات الكويتي، بعد تعديلها بموجب القانون رقم 9 لسنة 2020، على أن: «يتم الإعلان عن طريق البريد الإلكتروني، أو بأي وسيلة اتصال إلكترونية حديثة قابلة للحفظ والاستخراج يصدر بها قرار من وزير العدل»⁽⁶⁵⁾. ويتضح منها دخول الإعلان الإلكتروني حيز التنفيذ وترتيبه لآثار الإعلان

(65) المادة (5) من قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980 والتعديلات اللاحقة.

التقليدي، لا سيما تحقق مبدأ المواجهة بمنطوقه الصريح «يتم الإعلان»، ولكن ثمة تساؤلات عدة بشأن الآلية التي يتم بها هذا الإعلان الإلكتروني، والتي لم تكن واضحة المعالم للمشرع آنذاك، فجعلت عبارتها عامة بأن قال النص: «بأي وسيلة اتصال إلكترونية حديثة».

ولم تبعد المذكرة الإيضاحية للمادة الآنفة الذكر عن ذلك الإجمال من دون تفصيل بوسائل الإعلان فنصت على ما يلي: «... لمواجهة الأوضاع التي استجدت خلال الحقبة الزمنية اللاحقة لصدوره، ولمسايرة التطور الحديث بالقدر الذي يلائم الأوضاع المحلية، وللتسهيل على المتقاضين والقضاة والعمل الإداري بالمحاكم، وهدف حسم المنازعات في سرعة ويسر واطمئنان، وانطلاقاً من هذا الاتجاه جاء مشروع القانون في ظل ما صاحب نجاح تطبيق المعاملات الإلكترونية بين الأفراد وأجهزة الدولة أو الهيئات والمؤسسات العامة والخاصة. فقد تناول التعديل المادة (5) بأن يكون الإعلان عن طريق البريد الإلكتروني أو بأي وسيلة اتصال إلكترونية حديثة قابلة للحفظ والاستخراج، والتي يصدر قرار من وزير العدل باعتمادها».

وتضيف المذكرة بأنه: «وتحقيقاً للتوازن وضماناً لوصول الإعلان للمعلن إليه قررت أنه في حالة تعذر الإعلان بالوسيلة السابقة لجهل أطراف الدعوى في استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية أو لأي سبب آخر، أو في حال تعذر الإعلان بالبريد الإلكتروني، أو بأي وسيلة اتصال إلكترونية، يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم الإذن بإجراء الإعلان بالطريق العادي. وصرح المشرع بأن يُصدر وزير العدل، بالتنسيق مع الهيئة العامة للمعلومات المدنية، أو أي جهة أخرى مختصة، قراراً يوضح فيه الشروط والضوابط الخاصة بتنظيم إجراءات الإعلان وتسلمه والتوقيع الإلكتروني عليه، وذلك طبقاً للقانون. وأضاف المشروع الأفراد ضمن الفئات الملتزمة بموافاة الهيئة العامة للمعلومات المدنية ببيانات اتصال الهاتف المحمول أو البريد الإلكتروني أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني المعتمدة، ويعتد بآخراً تحديث لهذه البيانات.⁽⁶⁶⁾

(66) المذكرة الإيضاحية للمادة (5) من قانون المرافعات الكويتي، وقد أضيفت بالقانون رقم 9 لسنة 2020 بشأن تعديل بعض أحكام مرسوم قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980.

ثم جاء تنفيذاً لذلك قرار وزير العدل رقم 26 لسنة 2021 بالشروط والضوابط الخاصة بالإعلان، وقد اعتمدت ما يلي من الوسائل⁽⁶⁷⁾:

أولاً: تطبيق «هويتي»

وهو تطبيق اعتمدته الهيئة العامة للمعلومات المدنية بموجب القرار الوزاري رقم 1 لسنة 2020 بشأن الاعتماد بالبطاقة المدنية الرقمية - خلال أزمة كورونا - كوسيلة إلكترونية لإثبات شخصية المواطنين والمقيمين واعتماد التطبيق كوسيلة للدخول الآمن لكافة الخدمات الإلكترونية الحكومية - وأثبت نجاحه إلى حد كبير في التواصل مع الهيئة العامة للمعلومات المدنية⁽⁶⁸⁾. واعتبر قرار وزير العدل أن الإعلان سيكون منتجاً لآثاره من تاريخ ووقت تسلمه من خلال الخادم الخاص بالتطبيق، وفي حالة إنكار الإعلان سوف يكون الاعتماد في ذلك بشهادة تصدر من الهيئة العامة للمعلومات المدنية في هذا الشأن.

ثانياً: البريد الإلكتروني

والذي يُعرّف في اللغة الدارجة بـ «الإيميل»، وهو عبارة عن بيانات إلكترونية ترسل أو تُسَلَّم بوسائل إلكترونية، ويشترط لاعتبار البريد الإلكتروني وسيلة للإعلان أن يكون مسجلاً لدى الهيئة العامة للمعلومات المدنية، وفقاً لآخر تحديث لها، أو يكون سبق إثباته في أيٍّ من مراحل التقاضي، ويُعد الإعلان منتجاً لآثاره - وفقاً للقرار المذكور - من تاريخ ووقت تسلم الخادم الخاص بهذا البريد للرسالة الإلكترونية، وعند الإنكار يُعتدّ بالشهادة الصادرة من السجلات الإلكترونية لوزارة العدل.

ثالثاً: الرسائل النصية (SMS)

وهي اختصار لعبارة Short Message Service وهي الرسائل التي يتم توجيهها عبر الهاتف المحمول للمعلن إليهم، وذلك وفقاً للرقم المثبت للمعلن إليه لدى الهيئة العامة للمعلومات المدنية، أو على الرقم الذي تم إثباته في أي مرحلة من

(67) القرار الوزاري رقم 26 لسنة 2021 بشأن وسائل الإعلان الإلكتروني.

(68) القرار الوزاري رقم 1 لسنة 2020 بشأن المعلومات المدنية.

مراحل التقاضي، وعند الإنكار يُعتد بالشهادة الصادرة من مزود الخدمة (وفي الغالب هو إحدى شركات الاتصالات).

ونستخلص مما سبق أن المشرع قصد تحقق مبدأ المواجهة في الإعلان الإلكتروني، ويتحقق بإرسال مضمون الورقة المراد إعلانها (صحيفة الدعوى) عبر الوسائل الإلكترونية الثلاثة، إما تطبيق هويتي، وإما البريد الإلكتروني المسجل لدى الهيئة العامة للمعلومات المدنية، وإما الرسائل النصية، ولكن التساؤل يبقى قائماً بشأن تلك المواجهة: هل حققت العلم اليقيني أم الحكمي؟

وبالنظر والتأمل في الآلية المرسومة للإعلان الإلكتروني، نجد أن العلم اليقيني يتحقق في حالة قام المستخدم بفتح تلك الرسالة واطلع على مضمونها بنفسه، على سند من القول إن تلك الوسائل تحقق شيئاً من الخصوصية، بحيث لا يستطيع فتحها إلا صاحب العلاقة شخصياً، فضلاً عن أن المشرع - وكما يزيد من الحماية - اشترط أن الإعلان منتج لآثاره من تاريخ ووقت تسلمه وليس إرساله⁽⁶⁹⁾.

الفرع الثاني

العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني للمسجونين

لما كانت كل الوسائل الإلكترونية المشار إليها في قانون المرافعات المعدل، بإضافته إلى الإعلان الإلكتروني⁽⁷⁰⁾ والقرار الوزاري الصادر بشأنها⁽⁷¹⁾، تستلزم بالضرورة استعمال السجين بنفسه للهاتف المحمول أو جهاز الحاسوب لتحقيق علمه اليقيني بها؛ لأنها وسائل إلكترونية لا يمكن التوصل إليها إلا عن طريق الهواتف الذكية أو أجهزة الحاسوب، فإن العلم اليقيني يتحقق في هذه الحالة، ولكننا لو نظرنا من جانب آخر إلى قانون تنظيم السجون لوجدنا أن السجين بمجرد دخوله

(69) مساعد صالح العنزي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ط1، دار العلم، دولة الكويت، 2024، ص78.

(70) القانون رقم 9 لسنة 2020 بشأن تعديل بعض أحكام مرسوم قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980.

(71) القرار الوزاري رقم 26 لسنة 2021.

إلى السجن فإنه «يؤخذ منه ما يوجد معه من ... أو أشياء ذات قيمة»⁽⁷²⁾، على أن تُسلم إليه عند خروجه، ويشدد النص بأنه في حال ضبطها معه في أثناء إقامته في السجن فقد أجاز المشرع مصادرتها⁽⁷³⁾.

وترتيباً على ذلك فإن التطبيق العملي لتلك النصوص والواقع كذلك يشيران، بما لا يدع مجالاً للشك، إلى استحالة تحقق العلم اليقيني للسجين بالدعوى المعلنة إليه إلكترونياً لأنه محظور عليه إدخالها إليه في محبسه.

ولعلي أجد لها فرصة لتوجيه توصية للمشرع بإتاحة استعمال الأجهزة الذكية للمسجونين، ولو تحت إشراف إدارة السجن، للاطلاع على ما يتم إعلانهم به إلكترونياً من الجهات المختصة، لتحقيق العلم الحقيقي، ولضمانة تحقق مبدأ المواجهة في حقهم.

المطلب الثاني

تحقق العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني

للمسجونين في القانون الكويتي

سنتناول في هذا المطلب العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني للسجين، لنرى مدى تحقيقه لمبدأ المواجهة، وكما تكلمنا في المبحث الأول الذي خصصناه لتحقيق العلم الحكمي بالإعلان بالوسائل التقليدية سنبين هنا تحقق العلم الحكمي بالإعلان بالوسائل الإلكترونية، وسنتناوله في فرعين: نخصص الأول للعلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني عموماً، والثاني للعلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني للمسجونين، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني

بالنظر إلى النصوص المنظمة لوسائل الإعلان الإلكترونية الواردة في القرار

(72) المادة (22) من القانون رقم 26 لسنة 1962، بشأن تنظيم السجون.

(73) المادة (23) من القانون رقم 26 لسنة 1962، بشأن تنظيم السجون.

الوزاري نجد أنها كما بيّناها آنفاً ثلاث وسائل هي على التوالي: تطبيق «هويتي»، البريد الإلكتروني، الرسائل النصية.

ولقد أمعنت النظر فيها ملياً، فوجدت أمراً لفت انتباهي، وهو الممايزة في تلك الوسائل من حيث ترتيب أثر الإعلان واعتباره منتجاً لما يحقق العلم - الحكمي - بمضمونه، ذلك أن النص عندما تطرق إلى أول وسيلتين، وهما تطبيق «هويتي» والبريد الإلكتروني، اعتبرهما منتجين لآثارهما من تاريخ ووقت تسلم الخادم الخاص server بتطبيق «هويتي» أو بالبريد الإلكتروني، أما عندما ذكر الحالة الثالثة، وهي الرسائل النصية SMS، فإنه اشترط تسلم المعلن إليه الرسالة ليكون الإعلان تاماً ومنتجاً لآثاره.

ومؤدى تلك المفارقة أن الإعلان بالوسيلتين الأوليين المشار إليهما لا يكون تاماً إلا بتسلم الخادم الخاص server من دون اشتراط تسلم المدعى عليه الرسالة، في حين أن الحالة الثالثة، وهي الإعلان عن طريق الرسائل النصية SMS، اشترط تسلم المعلن إليه للرسالة. وتطبيقاً لذلك فإنني أستطيع القول بأن القرار توسّع في تحقيق العلم الحكمي في وسيلتي الإعلان بتطبيق «هويتي» والإعلان عن طريق البريد الإلكتروني توسّعاً لم نجده في الإعلان بالرسائل النصية الذي يشترط لإتمامه تسلم المدعى عليه الرسالة ليُعتبر تاماً، ويرتب آثاره.

وأياً يكن ما سبق فإن التطبيق العملي للإعلان الإلكتروني في دولة الكويت يقتصر على الوسيلة الإلكترونية الأولى المذكورة في القرار الآنف الذكر، وهي الإعلان عبر تطبيق «هويتي».

ولعلي أجدها فرصة لبيان ما يعرقل إتمام هذا الإعلان تتمثل في أن بعض المتقاضين ممن اعتادوا ماطلة الآخرين وهضم حقوقهم، فكثرت عليهم صحف الدعاوى بقضايا متنوعة، يترددون في تسجيل بياناتهم في تطبيق «هويتي» رغبةً منهم في إطالة أمد التقاضي لعدم تمكين الدائنين من إعلانهم بالطريق الإلكتروني، وإجبارهم على الطريق التقليدي الطويل الذي هو الآخر قام هؤلاء بوضع عراقيل به

تتعلق إما بمواطنهم الأصلي أو بمحل عملهم، فتجدهم ينتقلون من موطن إلى آخر، ومن محل عمل إلى آخر.

وإذا تلازم ذلك مع تشدد القضاء في قبول إعلانهم بطريق النيابة عملاً بنص المادة (2/11) والمتعلقة بإعلان من ليس له موطن معلوم في الداخل ولا في الخارج، فلا يكاد القضاء يقبل إعلاناً يتم بهذه الطريقة لمزيد من الاطمئنان والتثبت من تحقق علم المدعى عليه بما يُتخذ ضده من إجراءات، وهو مسلك محمود ولا شك من حيث العموم، ولكن يُفوّت القصد عندئذ من وراء تقنين القواعد الإجرائية المنظمة للإعلان بصحيفة الدعوى للتعامل مع أولئك المماطلين الذين يتذرعون (بلسان حالهم) بعدم تحقق مبدأ المواجهة، وهو - كما قيل - حقٌ أريد به باطل.

ومن جانب آخر فإن بعض أولئك، ممن أشرت إليهم آنفاً، قد قاموا بالتسجيل في التطبيق الحكومي «هويتي» أول الأمر، ثم ألغوا التسجيل في التطبيق في مرحلة لاحقة، الأمر الذي أعاد خصومهم إلى نقطة الصفر.

ولقد رفعت قضية شخصية على أحدهم فأعلنته إلكترونياً بعد قيد الدعوى لدى إدارة كتاب المحكمة الكلية، فلما صدر الحكم قاضياً ببعض طلباتي فاستأنفته فيما لم يقض لي به من طلبات، وأردت إعلانه بالاستئناف كما أعلنته في أول درجة، فتيّن لي من قسم الإعلان أن المستأنف ضده لم يُعد مسجلاً في التطبيق، فلا يمكن إعلانه إلكترونياً! وللأسف اضطررت إلى الرجوع إلى الإعلان التقليدي، وعليه فإننا لم نجن ثمار التشريعات الحديثة التطويرية على النحو المرضي بعد.

وإني أوصي من هذا المنطلق بتوصيتين: الأولى تتعلق بإلزام تسجيل كل مواطن أو مقيم سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً بتطبيق «هويتي»، والثانية بعدم إمكانية إلغاء التسجيل بالتطبيق بعد القيام به، وأن الإعلان بموجبه صحيح وتام طالما سجل به أول مرة، إلا إذا بدّل إلى بريد آخر أو جهاز آخر فيتم الإعلان به، إما إذا ألغاه من دون استبدال غيره به، فذلك باب خلفي للتحايل على إجراءات التقاضي وإطالة أمد الخصومة.

الفرع الثاني

العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني للمسجونين

أسلفنا أن العلم الحكمي يترتب بالوسائل الإلكترونية بمجرد إرسال وتسليم مضمون الرسالة عبر تطبيق «هويتي»، أو بالبريد الإلكتروني أو عن طريق الرسائل النصية على التفصيل الذي أوضحناه في الفرع السابق، وأياً ما كان فإن القرار الوزاري المنظم للإعلان الإلكتروني لم يشترط فتح الرسالة لتحقيق العلم المؤدي إلى تمام الإعلان، فقد أسلفنا أن الإعلان بتطبيق هويتي والبريد الإلكتروني يستلزمان تسلم الخادم الخاص بهما. أما الإعلان عبر الرسائل النصية فيستلزم تسلم المعلن إليه لها، بمعنى وصول الرسالة إلى الهاتف النقال حتى لو لم يكن على وضع التشغيل، وذلك مؤداه تحقق العلم الحكمي ولو لم يطلع المدعى عليه فعلاً على الرسالة.

وقد أكد قضاء حديث لمحكمة التمييز الكويتية عن الإعلان الإلكتروني أن «الأصل في إعلان الأوراق القضائية هو أن تصل إلى علم المعلن إليه علماً يقينياً بتسليم الصورة لنفس الشخص المعلن إليه، إلا أن المشرع يكفي بالعلم الظني في بعض الحالات»⁽⁷⁴⁾.

والتساؤل الذي يثور في هذا الفرع تحديداً هو ما مدى تحقق العلم الحكمي في حالة إعلان السجين إلكترونياً؟ والإجابة عن هذا التساؤل - في نظري - تتناول ثلاث نواحٍ: فقهية وقضائية وواقعية، نفردها كما يلي:

أولاً: الناحية الفقهية

استصحاب الحالة التي يكون فيها السجين، من عدم توافر أجهزته الخاصة معه، كالهاتف النقال وجهاز الحاسوب المحمول الذي يمكنه من الوصول إلى الإشعارات الإلكترونية إليه، «يؤخذ منه ما يوجد معه من... أو أشياء ذات قيمة»⁽⁷⁵⁾. وبالتالي فلا يتحقق علمه بما يرد إليه من إشعارات بخصوص الإعلان، وعليه لا نرى تحقق العلم بمواجهته.

(74) تمييز 2022/1925، مدني، جلسة 2022/12/19، منظومة التشريعات والأحكام العربية.

(75) المادة (22) من القانون رقم 26 لسنة 1962، بشأن تنظيم السجون.

ثانيًا: الناحية القضائية

وأعني ما قضت به محكمة التمييز في مدى اعتبار تحقق العلم الحكمي للسجين بما ورد إليه إلكترونياً. والحقيقة أنه حتى كتابة هذا البحث لم تقض محكمة التمييز - فيما هو منشور طبقاً لمنظومة التشريعات والأحكام (المحدثة حتى أغسطس 2024) - قضاءً بذلك بعد؛ حيث إنها مسألة مستجدة لم تصل الدعاوى المتعلقة بها إلى محكمة التمييز⁽⁷⁶⁾.

ثالثًا: الناحية الواقعية

وأعني به ما يحدث فعلاً في الواقع العملي في حالة إعلان السجين، وهنا لا بد من بيان أمر جرى العمل عليه في المحاكم الكويتية، وهو أن إدارة الإعلان ترفض إعلان أي مسجل بتطبيق «هويتي» بالطريقة التقليدية؛ على سند من القول إن المدعي، وإن كان المخوّل قانوناً باختيار الوسيلة التي يتم بها الإعلان، وأن المشرع لم يجبر المدعي على سلوك ترتيب معين في الإعلان، إلا أن رفض المدعي إعلان خصمه إلكترونياً وإلزام جهة الإعلان بإتمامه بالوسائل التقليدية لا يعدو أن يكون تعسفاً منه في استعمال حقه لا يحقق له منفعة سوى العنت والتضييق على جهة الإعلان بإلزامهم بالانتقال إلى المواطن التي نص عليها المشرع كوسائل للإعلان التقليدي.

واستبعاداً لذلك فإن المدعى عليه إذا تبين لدى جهة الإعلان أنه مسجل بتطبيق «هويتي» فإن مندوب الإعلان لن ينتقل لإعلانه تقليدياً، مكتفياً بإعلانه إلكترونياً وطبعاً ملصقاً (استيكر) على صحيفة الدعوى يفيد بتمامه إلكترونياً، والمشكلة تكمن في حالة ما إذا كان المطلوب إعلانه سجيناً، وفي الوقت نفسه هو مسجل في تطبيق هويتي، فهنا تقوم جهة الإدارة بإعلانه إلكترونياً، ثم يتم الانتقال إلى السجن لإعلانه تقليدياً، وفي اعتقادي أن لهذا الإعلان المزدوج ميزة ومشكلة، أما الميزة فتكمن في أن مندوب الإعلان لو انتقل لإعلان المدعى عليه السجين (بعد إعلانه إلكترونياً)،

(76) منظومة التشريعات والأحكام العربية.

وتبيّن أن السجين قد أنهى مدة حبسه أو سجنه، فهذا يكتفى بما تم من إعلان في مواجهته إلكترونياً، ولكن المشكلة في أن مندوب الإعلان لو لم يتم بتوصيل الصحيفة إلى السجن فهذا ستعتبر المحكمة أن الإعلان تام في مواجهة المدعى عليه مع أنه مسجون، ولن تصله إشعارات الإعلان الإلكتروني.

ومن جماع ما تقدم يتضح لدينا جلياً بما لا يدع مجالاً للشك، أن العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني للمسجون لا يتحقق، وعليه فإن إعلانه إلكترونياً لا يربط أثر مبدأ المواجهة في حقه، وعليه أوصي بتحديد بريد إلكتروني خاص لإعلان مدير السجن أو من يقوم مقامه إلكترونياً، بشرط أن يكون مشروطاً بتسلم مدير السجن بعد وضع إشارة من قبله تدل على أن السجين نزيل لديهم وقت إجراء الإعلان.

الخاتمة

انتهى البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات نعرضها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

- 1 - يفترض القانون عدم علم المدعى عليه بما تتضمنه صحيفة افتتاح الدعوى ما لم تعلن إليه بالطريقة المحددة.
- 2 - مؤدى تحقق مبدأ مواجهة المدعى عليه بصحيفة الدعوى يتم بعلمه بصحيفة الدعوى علماً يقينياً أو حكماً.
- 3 - أضيفت وسائل الإعلان الإلكترونية إلى الوسائل التقليدية وترتب ذات الآثار حال تمام الإعلان، وأهمها تحقق مبدأ المواجهة.
- 4 - المسجونون فئتان: المحبوسون احتياطياً، والموقوفون، والمحكوم عليهم بالحبس حبساً بسيطاً، ويلحق بهم من تنفذ عليهم التزامات بطريق الإكراه البدني، والمحبوسون في دين مدني. بالإضافة إلى الفئة الثانية وهم المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل.
- 5 - إقامة السجين لدى المؤسسات الإصلاحية تعني بالضرورة أن إعلانه في الوسائل التقليدية، بيته (موطنه الأصلي) وإعلانه في موطنه المختار وإعلانه في محل العمل، لا يرتب العلم اليقيني بسبب إقامته في السجن.
- 6 - الوسيلة التقليدية لإعلان السجين بصحيفة الدعوى لا تتحقق إلا من خلال إعلان مدير السجن أو من يقوم مقامه، ولا يتم إعلانه بشكل مباشر يحقق العلم اليقيني.
- 7 - يفترض المشرع أن مدير السجن أو من يقوم مقامه اتخذ الوسائل الكافية لاطلاع السجين على صورة أي حكم أو ورقة تعلن إليه في السجن، ويرتب على أثر ذلك العلم الحكمي في مواجهته.
- 8 - إذا رفض مدير السجن أو من يقوم مقامه تسلم صحيفة الدعوى أو التوقيع على أصلها بما يفيد التسلم فإن النص القديم يتم الإعلان بالنيابة، وقد حذفت هذه العبارة فأصبحت فراغاً تشريعياً.

- 9 - جرى العمل على إتمام إعلان السجين بمخفر منطقة الصليبية التي يقع فيها السجن إذا تحققت إحدى الحالات التي نص عليها القانون سداً للنقص وقياساً على إعلان المدعى عليه في الموطن الأصلي.
- 10 - تسلم صحف الدعاوى المرفوعة ضد السجين لا يتم من خلال مدير السجن، وإنما من خلال أحد العسكريين في أحد مراكز السجون الثلاثة (المركزي، العمومي، النساء) في إجراءات بدائية ومعقدة يخضع فيها مندوب الإعلان للتفتيش والانتقال بسيارات الدورية التابعة لوزارة الداخلية من مركز إلى مركز، للبحث عن مكان وجود السجين المعلن إليه.
- 11 - لم يتم النص على وسائل الإعلان الإلكتروني، إنما أحال المشرع إلى قرار يصدر من وزير العدل بهذا الصدد يحدد تلك الوسائل.
- 12 - حدد قرار وزير العدل ثلاث وسائل للإعلان الإلكتروني، وهي تطبيق «هويتي»، والبريد الإلكتروني، والرسائل النصية.
- 13 - وقت تمام الإعلان في تطبيق «هويتي» والبريد الإلكتروني لا يكون تاماً إلا بتسلم الخادم الخاص server من دون اشتراط تسلم المدعى عليه للرسالة في حين أن الإعلان عن طريق الرسائل النصية SMS، اشترط تسلم المعلن إليه للرسالة.
- 14 - يتيح تطبيق «هويتي» للمسجلين به حذف بياناتهم بعد تسجيلهم به، مما يؤدي إلى عدم إمكانية إعلانهم إلكترونياً بعد أن كان ذلك متاحاً في مواجهتهم قبل ذلك.
- 15 - تقوم جهة الإعلان بإعلان المسجلين بتطبيق «هويتي» إلكترونياً وترفض إعلانهم تقليدياً، مع أن القانون لم يشترط الترتيب في الإعلان بحق الأشخاص الطبيعيين.
- 16 - وسائل الإعلان الإلكتروني بالوضع الراهن لا ترتب العلم الحقيقي ولا الحكمي للسجين، لعدم توافر أجهزة حواسيب ولا هواتف ذكية معه لتصل إليه الإشعارات.

ثانيًا: التوصيات

- 1 - أن يتم النص في قانون المرافعات على الترتيب في الإعلان بين الإلكتروني والتقليدي، فلا يُلجأ إلى الإعلان التقليدي ما دام الإعلان الإلكتروني ممكنًا.
- 2 - في الحالات التي يكون فيها إعلان السجين تقليديًا نوصي بأن يتم تعديل المادة (10)، وذلك بتسلم السجين من مندوب الإعلان يدًا بيد، عن طريق تحديد مكان للتسلم، كأن يكون في غرفة مسؤول السجن.
- 3 - أن يقتصر دور مدير السجن ومن يقوم مقامه على تمكين مندوب الإعلان من مقابلة السجين لمناولته الإعلان، ولا يتم التسليم من قبل أيهما.
- 4 - إعادة النص المحذوف من المادة (10) والمتعلقة بإعلان النيابة، إذا رفضت الجهات التسلم أو التوقيع؛ للقصور التشريعي الحالي فيها بعد إلغائها.
- 5 - تسهيل إجراءات مندوب الإعلان للسجين حال إتمامه بالصورة التقليدية عن طريق تخصيص غرفة لتسلم السجين للإعلان، وعدم تعطيله ساعات طويلة ليقوم به.
- 6 - تخصيص مكتب في المحكمة تابع لإدارة السجون لإتمام الإعلان إلكترونيًا بشكل سريع عن طريق بريد إلكتروني خاص للسجن، ويتم الإعلان إلكترونيًا حال إفادة مدير السجن بأن السجين نزيل لديهم وقت الإعلان، وهذه تتطلب تعديلًا تشريعيًا.
- 7 - إتاحة استعمال السجين للتطبيقات الرسمية للدولة وتسلم الإشعارات بشكل مباشر، وذلك بمنحه هواتف ذكية بتطبيقات محدودة على أن يتم استعمالها في أوقات محدودة وتحت إشراف إدارة السجن.
- 8 - تعديل إعدادات تطبيق «هويتي» للمستخدمين، فلا يجوز أن يُتاح لهم حذف بياناتهم بعد تسجيلهم به، حتى نصل في المستقبل إلى الإعلان الإلكتروني بالكامل.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- أحمد هندي، العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر والكويت وفرنسا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- وجدي راغب وسيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الكويت، 1994.
- يسري العصار، أصول التفكير القانوني والبحث العلمي في مجال القانون، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، د.ت.
- محمد موسى جاب الله، النظام القانوني للافتراض في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- محمد نصر الدين كامل، إعلان الأوراق القضائية، منشور على الرابط التالي: mohamah.net/law.
- محمد عبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج1، مكتبة الآداب للنشر، القاهرة، 1957.
- مساعد صالح العنزي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ط1، دار العلم، دولة الكويت، 2024.
- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- عاشور مبروك، الإعلان القضائي ما بين العلم الحقيقي والعلم الاعتباري، أكاديمية شرطة دبي، 2010.
- عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.

- عزمي عبدالفتاح، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، ج2، ط4، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2017.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
- خالد محمود إبراهيم، إجراءات التقاضي عن بعد، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019.

ثانيًا- البحوث العلمية

- وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ع1، سنة 1976.
- عزمي عبدالفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، س10، يوليو 1990.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	19
المبحث الأول: تحقق مبدأ المواجهة في الإعلان التقليدي للمسجونين في القانون الكويتي	23
المطلب الأول: تحقق العلم اليقيني في الإعلان التقليدي للمسجونين في القانون الكويتي	23
الفرع الأول: العلم اليقيني في الإعلان التقليدي	24
الفرع الثاني: العلم اليقيني في الإعلان التقليدي للمسجونين	25
المطلب الثاني: تحقق العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين في القانون الكويتي	27
الفرع الأول: العلم الحكمي في الإعلان التقليدي	28
الفرع الثاني: العلم الحكمي في الإعلان التقليدي للمسجونين	38
المبحث الثاني: تحقق مبدأ المواجهة في الإعلان الإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي	42
المطلب الأول: تحقق العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي	43
الفرع الأول: العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني	43

46	الفرع الثاني: العلم اليقيني في الإعلان الإلكتروني للمسجونين
47	المطلب الثاني: تحقُّق العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني للمسجونين في القانون الكويتي
47	الفرع الأول: العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني
50	الفرع الثاني: العلم الحكمي في الإعلان الإلكتروني للمسجونين
53	الخاتمة
56	قائمة المراجع

الحرب بالوكالة وفقاً لقواعد القانون الدولي الحالة في السودان منذ العام 2023^(*)



د. ندى يوسف الدعيج
أستاذ القانون الدولي العام المشارك
كلية الحقوق، جامعة الكويت

الملخص

لقد كشفت الأزمات الداخلية الحديثة، في مختلف أنحاء العالم، عن أيادٍ خفية تدير هذه الصراعات، أو ما نسميه اليوم «الحرب بالوكالة». والصراع في السودان ليس مختلفاً عن تلك الصراعات. وتشكل تلك التدخلات انتهاكاً لأهم مبادئ القانون الدولي: سيادة الدول، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية؛ فالأصل عدم جواز هذا التدخل، والاستثناء جوازه في حالات الدفاع عن النفس، والدفاع الجماعي، والتدخل لمبررات إنسانية. والتدخل الجاري في السودان - من أطراف فاعلة دولية وإقليمية - يشكل انتهاكاً لمبدأ عدم التدخل في شؤون الدول، إلا أن الدول المتدخلة تحاول أن تضفي طابع الشرعية على تدخلها، والذي يظهر لنا - بعد فحصه - أن المصالح الخاصة لهذه الدول هي المحرك الأساسي لهذه التدخلات، والدليل أن أيّاً منها لم ينجح في وقف هذه الحرب الأهلية الدائرة منذ العام 2023 في السودان، بل زادت استعاراً.

وتسعى هذه الورقة إلى إبراز أهم الخطوط العريضة للتدخلات المشروعة، وفقاً لنظام الأمم المتحدة، والمنظمات الإقليمية الفاعلة، مع استعراض أهم القرارات الصادرة من مجلس الأمن الدولي، والجمعية العامة للأمم المتحدة، والسوابق القضائية في هذه الأحوال.

وتاريخ قبوله: 25 مارس 2025

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 18 فبراير 2025

وخلصت الدراسة إلى أن ادعاءات الدول بالنبل والتدخل الإنساني، تكشف دائماً عن تجارة غير مشروعة، وعن استغلال لشعوب بريئة من أجل تحقيق مصالح خاصة للدول المتدخلة لا علاقة لها بالإنسانية.

كلمات دالة: السودان، والتدخل الإنساني، ومجلس الأمن، وحقوق الإنسان، والصراع، والحرب.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

يشير مصطلح «التدخل» في القانون الدولي إلى التعرض للشؤون الداخلية والخارجية لدولة أخرى، أو في العلاقات بين الدول الأخرى، من دون أن يكون لهذا التعرض مسوغ قانوني⁽¹⁾. وقد عرّفه جان جاك روسو بأنه تدخل في الشؤون الداخلية، أو الخارجية، لدولة أخرى بقصد تنفيذ، أو الحيلولة دون تنفيذ، عمل أو خضوع معين، كما أن الدولة المتدخلة تتصرف عن طريق السلطة، وتسعى إلى فرض إرادتها بممارسة ضغوط مختلفة «اقتصادية، وسياسية، ونفسية، وعسكرية... إلخ»⁽²⁾.

ولعدة قرون، ظل مبدأ «عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية» مثيراً للجدل، وذلك لأن السيادة كانت - آنذاك - مطلقة ولا تقبل المساس بها. وفي ظل المتغيرات الحديثة التي يشهدها العالم، أصبح التدخل الدولي الإنساني من الآليات القانونية التي أقرّها المجتمع الدولي؛ لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من كل أشكال التهديد والاعتداء⁽³⁾؛ فهذا النوع من التدخل يعد استثناءً من الأصل العام في القانون الدولي، والذي يقضي بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول واحترام سيادتها، على اعتبار أن عدم التدخل والسيادة يشكلان أهم المبادئ التي تقوم عليها العلاقات الدولية المعاصرة. وأصبح التدخل الإنساني من أكثر الموضوعات الجدلية؛ لما يطرحه من إشكالات قانونية وتناقضات، فهو يحمل - في بعض جوانبه - اعتداءً على مبدأي عدم التدخل والسيادة من جهة، ومن جهة أخرى يشكل تعزيزاً لحماية حقوق الإنسان من الانتهاكات الجسيمة⁽⁴⁾.

(1) عبدالكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 1997، ص2.

(2) روسو شارل، القانون الدولي العام، ترجمة: شكرالله خليفة، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987، ص141.

(3) أبكر علي عبدالمجيد أحمد، مدى تأثير التدخل في الشؤون الداخلية لدواعٍ إنسانية على مبدأ السيادة: دراسة فقهية في ضوء القانون الدولي المعاصر، مجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مج3، ع3، يونيو 2017، ص8.

(4) محمد جاريد، التدخل الدولي الإنساني ومبدأ السيادة بين التناقض ومقتضيات حقوق الإنسان، مداخلة

وعلى الرغم من أهمية مبدأي السيادة وعدم التدخل في القانون الدولي اللذين يعتبران وجهي عملة واحدة، فإن تفشي حالات التدخل في الشؤون الداخلية للدول وانتشارها لا يمكن إنكارها. والمتداول منها التدخل غير المباشر، أو غير المعلن، أو ما يسمى الحرب بالوكالة. وقد كانت حماية حقوق الإنسان من الانتهاكات الجسيمة هي المظلة التي تم التذرع بها للحد من السيادة المطلقة للدول، وتحفيز التدخل في الشؤون الداخلية. وقد أثارت هذه المظلة كثيراً من الجدل بشأن العديد من التدخلات التي حدثت في تيمور الشرقية في العام 1974، وفي دولة الكويت في العام 1992، والحرب الأهلية في البوسنة، وحرب كوسوفو في العام 1999. وتتمثل النقطة المحورية في هذه الحجة في استمرار أهمية سيادة الدولة ومبادئ عدم التدخل في عالم اليوم، وحق الدول أو المجتمع الدولي، أو التزامهما، بالتدخل في الأزمات الداخلية، والتأثيرات الإيجابية للتدخل على سلام الدول واستقرارها⁽⁵⁾.

إن الوضع في السودان مشابه لتلك الأوضاع، إن لم يكن أسوأ، ففي العام 2023 زودت دول عديدة المتحاربين في السودان بالسلح لتحقيق أجندتها الخارجية، بما في ذلك روسيا التي تبحث لها عن قاعدة عسكرية على البحر الأحمر، والولايات المتحدة التي تسعى إلى منع روسيا من تحقيق هدفها. وبعض الدول الأفريقية المجاورة التي تحاول بسط سيطرتها على السودان، أو تعزيز علاقتها الآن مع الفريق المتوقع حكمه البلاد لضمان ولائه المستقبلي.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في بيان المواءمة بين مبدأ عدم التدخل في شؤون الدول والتدخل الإنساني المحمود، وشروط كل منهما، ومحاولة بلورة كليهما، بحيث لا يتم استغلال الأخير للانتفاع من الأول لمصالح خاصة بالدول المتدخلة. وجاءت عملية اختيار السودان كونه دولة منسية من دول العالم الثالث، إلا أن ذلك الوصف

في مؤتمر الوبينار الدولي حول التدخل الدولي الإنساني على ضوء القانون والواقع الدوليين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، ديسمبر 2020.
(5) غسان الجندي، حق التدخل الإنساني، ط1، الجامعة الأردنية، عمان، 2000، ص75.

لم يحل دون تسابق الدول للاستحواذ على هذا البلد ومقدراته وموقعه، غير عابئة بمن يسقط من أرواح، وما يتشتت من أسر، وما يلحق به من دمار.

ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث حول الخلط الذي يحاول البعض التلبس به على قواعد القانون الدولي للحد من التدخل في شؤون الدول، ومحاولة إظهاره بالمظهر الإنساني الذي يُخوّلها التدخل للحد من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. وذلك من خلال الإجابة عن عدد من التساؤلات:

- 1 - ما التدخل المنبوذ وما معاييرهِ؟
- 2 - ما التدخل المحمود وما شروطه ومعاييرهِ؟
- 3 - ما الأجهزة التي تشرف على ضمان عدم الخلط بين كلا النوعين من التدخل؟

رابعاً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى وضع الخطوط الفاصلة بين كل من التدخل المحمود والتدخل المنبوذ، مع توضيح كل منهما، للحد - بقدر الإمكان - من محاولة البعض - عن قصد - الخلط بينهما، مع إبراز أهم محاولات الخلط بين كلا النوعين من أنواع التدخل، وإساءة استخدامهما.

خامساً: منهج البحث

اتبعت المناهج التالية في هذا البحث:

- 1 - المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من أجل وصف وتحليل مفهوم التدخل في الشؤون الداخلية، وتمييزه عن التدخل الإنساني.
- 2 - المنهج الاستقرائي، وذلك لاستعراض قرارات المنظمات الدولية ذات الشأن بموضوع البحث، ومنها مجلس الأمن الدولي، والجمعية العامة للأمم المتحدة.

سادساً: خطة البحث

وبناءً على ما سبق، يحلّل هذا البحث مشكلة حق عدم التدخل في الشؤون الداخلية، والتطور التاريخي له في القانون الدولي عمومًا، وفي السودان خصوصًا في مبحث أول، ثم يستعرض ممارسة التدخل بغطاء شرعي في مبحث ثان، وفي المبحث الثالث سيتم تسليط الضوء على الأسانيد القانونية التي ساقها كل من المؤيدين والرافضين لهذا التدخل.

المبحث الأول

مشكلة الدراسة والتطور التاريخي لمبدأ عدم التدخل في القانون الدولي عمومًا وفي السودان خصوصًا

لا بد من دراسة مشكلة الدراسة، لتبرير بحث الموضوع، وإبراز أهميته على الصعيد القانوني والعملي. وبعد بحث مشكلة الدراسة، لا بد من دراسة التطور التاريخي لمبدأ عدم التدخل في شؤون الدول، لنعرف أن ما وصلنا إليه اليوم ليس وليد فترة زمنية قصيرة، وتأكيد أن المؤشرات تدفع نحو مزيد من التطور الذي يلحق بهذا المبدأ، كما سنبحث تطور النزاع السوداني، وأسباب وصوله إلى ما هو عليه اليوم.

المطلب الأول

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في الصراع بين سيادة الدول على أراضيها، والحق الاستثنائي المقيّد بالتدخل في شؤون الدول في حال الحروب الأهلية؛ فبينما هناك دول ما زالت متمسكة بالسيادة المطلقة للدول على أقاليمها، فإن دولاً أخرى ترى أن السيادة المطلقة لم يعد لها وجود؛ حيث يملك المجتمع الدولي التدخل.

وما يجعل مشكلة الدراسة أكثر بروزاً هو عدم وضوح الخطوط العريضة والحالات التي يجوز التدخل فيها على سبيل الحصر، وأن الدول تستخدم مصالحها الخاصة لتبرير تدخلاتها في الحروب الأهلية، وإضفاء الطابع الإنساني على هذه التدخلات للحصول على الدعم الدولي، وإضفاء الشرعية على تلك التدخلات.

ولم تعد التدخلات، كما كانت سابقاً، تقوم بحثاً عن المصالح الاقتصادية فقط، بل توسعت أفكار وأطماع الدول المتدخلة، لتتجاوز حدود الدوافع الاقتصادية الآنية، وأضحت تسعى نحو السيطرة على المواقع الإستراتيجية في كل قارات العالم، والاستحواذ على ثروات الشعوب، واستعمارها من خلال مضاعفة الديون التي تدفع للأطراف المتقاتلة. وهو ما برز جلياً من مطالبة الولايات المتحدة الأمريكية أوكرانيا

بسداد ما عليها من مبالغ سددها الإدارة الأمريكية السابقة، من خلال توقيع عقد شراكة للمعادن النادرة في باطن أرض أوكرانيا.

المطلب الثاني

تطور مبدأ عدم التدخل في شؤون الدول وما يرتبط به

من مبادئ في القانون الدولي العام عموماً وفي السودان خصوصاً

في هذا المطلب سيتم بحث التطور الذي لحق بمبدأ عدم التدخل عموماً، ومن ثم بحثه في السودان خصوصاً.

الفرع الأول

مبادئ القانون الدولي ذات الصلة بعدم التدخل

تنحصر مبادئ القانون الدولي ذات الصلة بموضوع الدراسة في مبدأ عدم التدخل، وسيادة الدول على أراضيها، وحظر استخدام القوة والتدخل الإنساني.

1 - عدم التدخل في القانون الدولي:

أكد ميثاق الأمم المتحدة في المادة (2) الفقرة السابعة على عدم جواز التدخل في شؤون الدول، حين نص على أنه لا يجوز «تدخل الدول في قضايا تقع أساساً ضمن إطار الاختصاص المحلي لأي دولة». ويهدف هذا المبدأ إلى الحفاظ على استقلالية جميع الدول - خاصة الضعيفة منها - من تدخلات الدول الأقوى وضغوطها. إلا أن هذا المبدأ تعرض لردة عصفت به وهزته، بسبب التطورات التي لحقت بالقانون الدولي وزعزعت مكانته، فاخرقت هذا الحق بذريعة التدخل لأسباب إنسانية⁽⁶⁾.

والتأكيد مستحق على أن هذا التدخل لأسباب إنسانية ليس تدخلاً مطلقاً، وإنما على سبيل الاستثناء، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه؛ الأمر الذي استدعى العمل على تقنينه، من دون إنكار وجود وجهات نظر تاريخية وقانونية تتغير بتغير المكان والزمان. كما أن التدخل كان محلاً للتغيير والتطوير على مدى

(6) أبكر علي عبدالمجيد أحمد، مرجع سابق، ص 11.

عقود عديدة؛ فموقف الولايات المتحدة بشأن التدخل يرتبط ارتباطاً وثيقاً بسياساتها الخارجية، ويتغير معها وجوداً وانعداماً وتساهلاً وتشدداً، بينما في أوروبا وآسيا، كان الموقف يركز على وجود التحديات السياسية المعقدة؛ لتحديد مكان التدخل وتوقيته وشكله وعواقبه؛ لضمان فعاليته.

إن الغموض الذي حاق بمصطلح التدخل في القانون الدولي⁽⁷⁾، نتيجة الفشل في رسم الخطوط العريضة لقيوده، إنما يرجع إلى التدخل الإنساني الذي يتضخم ويضمحل وفق الأحوال، بل والأهواء والمصالح السياسية للدول المتدخلة. وعليه كانت هناك تدخلات محمودة تشمل الحد من إهدار الأرواح البشرية للسكان المدنيين، وتوفير الغذاء والملابس والمأوى⁽⁸⁾، أو كما يطلق عليها المساعدات الإنسانية، بينما التدخل التقليدي المنبوذ ينطوي على استخدام القوة، أو التهديد باستخدامها، من دولة أخرى تحت ذرائع إنسانية واهية⁽⁹⁾.

ويمكن وصف التدخل الإنساني - بشكل ضيق - بأنه موقف يتم فيه استخدام القوة لمنع انتهاكات حقوق الإنسان الصارخة والجسيمة⁽¹⁰⁾، خاصة عندما تكون الدولة المتدخل في شؤونها عاجزة، أو غير راغبة في القيام بدورها في ظل هذه الظروف⁽¹¹⁾. أما وصف التدخل الإنساني - بشكل موسّع - فهو أي عمل عسكري تحت مبررات إنسانية⁽¹²⁾. وهذا التدخل لم تتجرأ أي اتفاقية دولية على النص عليه أو تعريفه بعد.

(7) P.H. Winfield, The History of Intervention in International Law, Brit. Y.B. Int'l L., Vol.3, (1922), pp.31-130.

(8) Qatar Int'l Law Conf' 94, International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade of Law 891 (Najeeb Al-Nauimi & Richard Meese Eds., Kluwer Law Int'l 1995). A Non-Violent Intervention Occurs When A State is Providing Food, Clothing, And Shelter to and Within Another Country.

(9) Michael Wood, The Law on the use of Force: Current Challenges, Sing. Y.B. Int'l L., Vol.11, Iss.3 (2007).

(10) Christine Gray, International Law and the Use of Force, Oxford Univ. Press, Vol.13, 2000.

(11) Sean D. Murphy, Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order 8-12, Univ. Of Penn. Press, 1996.

(12) Antonio Cassese, Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?, 10 Eur. J. Int'l L. 23, 27 (1999).

فطبيعة الحق في التدخل هي طبيعة استثنائية؛ لأن بها خروجاً على الأصل العام، وهو عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ويجب أن يكون هذا الاستثناء لأسباب إنسانية شديدة الخطورة؛ فلا يُسمح به لمجرد وجود ظروف إنسانية تستدعي التدخل، وإنما يجب أن تكون تلك الظروف نتيجة انتهاكات جسيمة وتهدد بخلق أوضاع إنسانية قاسية، من شأنها أن تهدد الأوضاع في المنطقة، وتفاقم النزاع لدرجة تهديده للسلم والأمن الدوليين.

2 - سيادة الدول على أراضيها:

يُقصد بسيادة الدولة على أراضيها أن سلطاتها الثلاث هي التي تسود وحدها على كامل إقليم الدولة. ومبدأ السيادة ذو شقين؛ شق إيجابي: يتمثل في السلطة الإيجابية للدولة على إقليمها. وشق سلبي: يتمثل في منع أي دولة أخرى من ممارسة أي شكل من أشكال السيادة على إقليم تلك الدولة. وبمعنى آخر، يمكن القول إن سيادة الدولة على إقليمها هي سيادة جامعة مانعة، تجمع من خلالها الدولة بيدها كامل السلطات في حدود إقليمها، ومانعة لأي دولة أخرى من ممارسة أي شكل من أشكال السلطة على إقليم تلك الدولة.

وفي هذا المقام، فإن الشق الذي يتعلق بموضوع البحث هو ذلك الشق السلبي (المانع) الذي يمنع أي دولة من ممارسة أي شكل من أشكال السلطات على إقليم تلك الدولة. ويعتبر التدخل في شؤون الدول، من خلال إذكاء الحروب الأهلية، أو دعم طرف على حساب طرف آخر - لأي سبب من الأسباب، أو لأي مصلحة من المصالح - إنما يشكل تدخلاً في الشؤون الداخلية، والذي يحمل في طياته تعدياً على سيادة تلك الدولة المتدخل في شؤونها.

ولهذا يستنكر الرأي العام الدولي ما يقع أحياناً من انتهاك للسيادة الإقليمية للدولة، ويقف القضاء الدولي الداخلي ضد هذه التجاوزات؛ ففي قضية «نوليه» Nollet الشهيرة قضت محكمة استئناف فرنسية، في 15 أبريل 1891م، ببطالان توقيف نوليه (مهرب هارب من الإقليم الفرنسي إلى الإقليم البلجيكي)، من قبل الشرطة

الفرنسية في الأراضي البلجيكية (كان على بعد 2 كيلومتر داخل إقليم بلجيكا)، وقالت: «لقد كان على الشرطة الفرنسية أن تتوقف عن ملاحقته عند الحدود»⁽¹³⁾.

وكذلك كان الأمر مشابهاً في قضية «جولي»⁽¹⁴⁾، وقضية ري أرجود Re - Argoud الفرنسي الفار من دولته، والذي اختطفته المخابرات الفرنسية من ألمانيا الاتحادية، والضجة التي أثارت، وقرارات محكمة النقض بهذا الخصوص⁽¹⁵⁾. أما قضية إرخمان فقد شكلت فضيحة دولية أدانها مجلس الأمن والأرجنتين معاً⁽¹⁶⁾. واعترفت إسرائيل بمسؤوليتها عنها، وقدمت اعتذاراً عن الحادث، ثم كانت عملية عين تيبين الإسرائيلية (في الرابع من يوليو 1976م) في أوغندا، حيث أغارت إسرائيل على المطار لإنقاذ رهائن الطائرة المختطفة، غير أن مجلس الأمن الدولي لم يتمكن من إصدار قرار شاف بشأن الموضوع، كما تمكن الإشارة أيضاً إلى قضية مضيق كورفو⁽¹⁷⁾.

ولا تعني سيادة الدولة على إقليمها حرية مطلقة بشأنه؛ ذلك لأن السيادة تُبأشَر في إطار القانون الدولي الذي تخضع له الدولة؛ فعلى الدولة أن تمارس سيادتها على إقليمها من دون تعسف، وفي سبيل المصلحة العامة للمجتمع الذي تبأشَر عليه هذه الاختصاصات، ومن دون إلحاق الأذى بالأسرة الدولية، خاصة الدول المجاورة. هذا مع العلم أن الاجتهاد القضائي الدولي يخلع - من حيث المبدأ - قرينة السلامة والصحة على كل عمل قانوني تصدره الدولة على إقليمها؛ ليحدث آثاره على هذا الإقليم.

وقد عبرت عن هذا المبدأ محكمة العدل الدولية (قضية مضيق كورفو 1949م) بالقول: «على الدول المستقلة احترام السيادة الإقليمية كقاعدة أساسية في العلاقات

(13) Case of Nollet, 15 April 1891, 18 journal de droit international privé (1891), 1188.

(14) Re Jolis, Tribunal Correctionnel d'Avesnes, 7 Ann Dig 191 (1933-1934).

(15) Re Argoud, Cour de Cassation 4 June 1964.

(16) قرار مجلس الأمن رقم 138 بخصوص قضية أدولف إرخمان، الصادر بتاريخ 23 يونيو 1960م.

(17) تراجع مجموعة المحكمة لسنة 1949م، ص35. وفي هذا القرار كانت لغة محكمة العدل صريحة فصيحة تدین إقدام الحكومة البريطانية على نزع الألغام بوسائلها الخاصة من المياه الإقليمية اللبنانية، وتعتبره تدخلاً غير مشروع وفق أوليات مبادئ القانون الدولي.

الدولية، وهذا الأمر مفروغ منه عمومًا في ميدان القضاء، وتنظيم المرافق العامة؛ حيث لا تقبل الدولة شراكة فيها على إقليمها»⁽¹⁸⁾.

3 - حظر استخدام القوة:

لقد حظر نص المادة (2) الفقرة الرابعة من ميثاق الأمم المتحدة استخدام القوة في العلاقات بين الدول، وقد استقر هذا الحظر كمبدأ من مبادئ القانون الدولي، وتبنته جل مواثيق المنظمات الدولية. ويعتبر استخدام القوة في معظم الأحوال تدخلًا في شؤون الدول⁽¹⁹⁾.

واستخدام القوة لم يعد بالشكل التقليدي الذي عهدناه؛ فقد أضحت له أشكال وطرق عديدة ومختلفة، ومنها تسهيل استخدام القوة من قبل أطراف وطنية متورطة في النزاع المسلح، سواء بتزويدها بالسلاح والعتاد، أو الأموال أو المرتزقة أو بالتدريب. وكل هذه الأشكال محل إدانة في القانون الدولي، وتقوم مقام استخدام القوة المحظور في القانون الدولي.

وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى إعلان الأمم المتحدة الصادر عن الجمعية العامة بشأن عدم جواز التدخل - بجميع أنواعه - في الشؤون الداخلية للدول، والذي دعا إلى حظر جميع أنواع التدخل في شؤون الدول المباشر والسافر والمستتر، وتجنيد العصابات والمرتزقة، واستخدامها ضد الدول ذات السيادة⁽²⁰⁾.

4 - التدخل الإنساني الاستثنائي:

لقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة، في أثناء نظرها قضية لوتس الشهيرة، أنه «لا يجوز للدولة أن تمارس سلطتها بأي شكل من الأشكال في إقليم

(18) Corfu Channel Case, ICJ, 1949, Op. Cit.

(19) شاهين علي، التدخل من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 28، ع 4، سنة 2004، ص 271.

(20) إعلان بشأن عدم جواز التدخل بجميع أنواعه في الشؤون الداخلية للدول، رقم 36/103، الجلسة العامة للجمعية العامة رقم 91، بتاريخ 9 ديسمبر 1981.

دولة أخرى... وعليه فلا يجوز للدولة أن تمارسه خارج إقليمها إلا في حال وجود قاعدة قانونية تبيح ذلك، سواء في العرف الدولي أو في اتفاقية ما⁽²¹⁾.

وبالفعل فإن بعض الدول تمارس اختصاصات خارج حدود إقليمها، من خلال التدخلات العسكرية بأنواعها، واستتجار القواعد الإستراتيجية، بالإضافة على حقوق الارتفاق، وامتداد تطبيق قانون حقوق الإنسان.

والتدخل في الشؤون الداخلية قد يبدأ تحت مظلة حماية حقوق الإنسان، فيكون ذا طبيعة إنسانية، وينتهي باستخدام القوة المسلحة، وربما الاحتلال، والذي هو ذو طبيعة عسكرية. وعلى الرغم من أن الاحتلال ذو طبيعة مؤقتة، فهو لا ينقل السيادة بأي حال من الأحوال، وفي حال المطالبة بذلك فإنه يهدد وجود الدولة الواقعة تحته، ويعتبر تدخلاً سافراً في الشؤون الداخلية والخارجية للدولة الراحة تحته. ولا أدل على ذلك من الاحتلال الأمريكي للعراق، والذي بدأ في العام 2002، بحجة حماية الديمقراطية، والقضاء على الديكتاتورية، وبناء عراق ديمقراطي جديد، الأمر الذي انتهى باحتلال عسكري استحوذ على كامل مقدرات الشعب العراقي وثرواته.

والتدخل الإنساني - في ظاهره - غاية نبيلة، وفي ثناياه مطامع وأبعاد لإنسانية. والحالات التي كشفها الواقع العملي تدعو إلى الفخر - في بعض الأحيان - خاصة عندما يسود حسن النية، واحترام الإنسانية، والأمثلة على ذلك كثيرة، مثل التدخل الإنساني في الصومال، في العام 1993، لإيقاف المجاعة الناجمة عن الحرب الأهلية بين الفصائل المتحاربة، والتي تسببت في قتل ما لا يقل عن مليون صومالي، وحالة التدخل الإنساني في يوغسلافيا في العام 1999 لوقف الإبادة الجماعية التي استهدفت المسلمين في كوسوفو والتدخل في كل من سورية والعراق، بهدف خفض التوتر، ومنع تغلب طرف من أطراف النزاع على الآخر، ونزع السلاح، وخلق مناطق منزوعة السلاح لحماية السكان المدنيين.

(21) Lotus Case, PCIJ, 1927, Op. Cit. p.18.

الفرع الثاني

تطور مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي العام

تعتبر سيادة الدولة من أهم العقبات التي تحول دون التوسع في مبدأ التدخل. وترجع فكرة السيادة إلى معاهدة وستفاليا التي أنهت - في العام 1648 - حرب الثلاثين عاماً؛ حيث أنشأت المعاهدة نظاماً سياسياً يسمح للدولة بممارسة السيادة الإقليمية الحصرية على كامل إقليمها⁽²²⁾. وقد تطور مبدأ عدم التدخل بغرض الحد من النزاعات المسلحة الدولية والأهلية، وذلك بالتماشي مع أهداف الأمم المتحدة التي تحظر على الدول الأعضاء التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى⁽²³⁾.

كما يعود حق التدخل إلى مقولة غروتوريوس Grotius «إذا كانت يد من يقوم بالعقاب نظيفة، فيمكن خوض الحرب لمعاقبة الأشرار، ونياية عن المظلومين»⁽²⁴⁾. كما أيد ألبريكو جيتيلي Alberico Gentili حق التدخل لإنقاذ المظلومين الذين ثاروا ضد حكوماتهم، لكنه أكد أنه في غير تلك الظروف فالتدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى غير مسموح به. هذا المفهوم للتدخل الإنساني بُني على الاعتقاد بأن حقوق الشعوب، وليس الحكومات، هو أساس العالم الآمن⁽²⁵⁾.

والمحاولات المرتبطة بإظهار التدخلات في شؤون الدول بمظهر نبيل، لم تكن بالحديثة، وإنما شهد عليها التاريخ، فمن هذه التبريرات الدفاع عن حقوق الإنسان، والأقليات، ومواطنيها. وبدأ هذا مع فكرة «الحرب العادلة»، ثم تلتها أفكار البلدان الأوروبية للتدخل بهدف حماية المسيحيين في الدول الإسلامية في القرن التاسع

(22) أحمد، أبكر علي عبدالمجيد، مرجع سابق، ص2.

(23) تنص المادة (2) من ميثاق الأمم المتحدة على أن «تعمل الهيئة وأعضاؤها في سعيها وراء المقاصد المذكورة في المادة الأولى وفقاً للمبادئ الآتية: 7- ليس في هذا الميثاق ما يسوغ «للأمم المتحدة» أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخلّ بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع».

(24) Humanitarian Intervention, Supra Note 5.

(25) Taylor, Humanitarian Military Intervention, The conditions for success of failure, oxford Taylor pub., University of New York.

عشر، واستمرت خلال السبعينيات، عندما تدخلت الهند - مثلاً - في باكستان؛ لحماية الشعب البنغالي من استفزازات الجيش، والنقطة المشتركة - في كل هذه التدخلات - هي استعمال القوة لفرض احترام المبادئ الإنسانية⁽²⁶⁾.

وقبل تبني ميثاق الأمم المتحدة، لم تكن هناك ممارسة راسخة لتبرير تدخل الدول في الشؤون الداخلية لدول أخرى باستخدام القوة. ومع ذلك، فالعديد من التدخلات البارزة التي بررت التدخلات الإنسانية لم تكن محلًا للاستنكار، مثل: التدخلات في الإمبراطورية العثمانية في القرن التاسع عشر.

وقد تنامي، في العصر الحديث، مبدأ التدخل في الشؤون الداخلية للدول بسبب تفعيل مبدأ الأمن الجماعي⁽²⁷⁾ الذي نصت عليه المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، والذي غير - بشكل كبير - الإطار الذي يتم من خلاله التدخل الإنساني؛ ففي أحكام الفصل السابع، تتمتع الأمم المتحدة بسلطة التدخل لأغراض إنسانية في الأزمات التي تثار في أي دولة عضو. وعلى هذا النحو، لا ينطبق تحفظ الدول بموجب الفقرة السابعة من المادة (2) من ميثاق الأمم المتحدة⁽²⁸⁾.

ومع ذلك، فإن هذه السلطة الممنوحة بموجب المادة (39) من الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة محدودة، وترتبط فقط بالظروف التي ترقى إلى وصفها بأنها تشكل تهديدًا للسلم والأمن الدوليين، أو كونها تشكل عملاً من أعمال العدوان، أو خرقاً للسلم. إلا أن الواقع العملي الذي استقرت عليه الأمم المتحدة، ومنذ تسعينيات القرن العشرين، صنف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان على أنها تعتبر شكلاً

(26) القاموس العملي للقانون الدولي الإنساني، Médecins Sans Frontières | القاموس العملي للقانون الإنساني

(27) Fernando R. Tesón, Collective Humanitarian Intervention, 17 Mich. J. Int'l L. 323, 370 (1996). Available at: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol17/iss2/5>. Last accessed: 18/1/2025.

(28) تنص المادة (2) فقرة 7 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه «ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع».

من أشكال تهديد السلم والأمن الدوليين؛ لأن آثارها عابر للحدود نتيجة انفجار هجرة اللاجئين، وزعزعتها الاستقرار الإقليمي⁽²⁹⁾.

ولا شك في أن الأمن الجماعي يختلف عن التدخل الإنساني أحادي الجانب، والذي يشير إلى المواقف التي تتدخل فيها دولة أو أكثر في أزمة دولة أخرى، وتتصرف الدولة المُتدخلة بمفردها، أو من خلال منظمة دولية منفصلة عن الأمم المتحدة، كما حدث مع تدخل منظمة حلف شمال الأطلسي (ناتو) في حرب يوغوسلافيا السابقة، وتدخل منظمة الوحدة الأفريقية في بروندي وساحل العاج وليبيريا والكونغو⁽³⁰⁾.

ولما كان القانون الدولي الإنساني ينص - بشكل واضح - على عدم اعتبار الأنشطة الإنسانية تدخلاً في نزاع مسلح، أو على أنها أعمال غير ودية⁽³¹⁾، فقد كانت تلك البوابة التي بدأت بعض الدول تبرر من خلالها تدخلاتها في بعض النزاعات الدولية، متحيلة على مبدأ عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول.

وللأسف، فإن الدول حين تتدخل لأسباب إنسانية، فإنها تتدخل بناءً على سلطاتها وتقديراتها ومصالحها الخاصة على أساس «الاعتبارات الإنسانية»؛ فتدخلها في وضع ما، وفي وقت ما، لا يجبرها على التدخل في أوضاع مماثلة، وفي أوقات وأزمات مختلفة. والدليل على ذلك والبيّن عليه، تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في العراق في العام 2002، لخلق مناطق حظر الطيران شمال العراق وجنوبه لأسباب إنسانية؛ بحجة حماية الأكراد في شمال العراق، والشيعة في جنوبه، إلا أنها لم تحرك ساكناً على الرغم من الأوضاع الإنسانية الكارثية في قطاع غزة في العام 2024.

وقد حددت محكمة العدل الدولية، في العام 1986، المعايير التي تساعد على التمييز بين العمل الإنساني والتدخل؛ حيث أكدت المحكمة أن «مبدأ عدم التدخل يتضمن حق كل دولة ذات سيادة في القيام بشؤونها من دون تعرض خارجي؛ وبرغم

(29) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at3.

(30) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at3.

(31) البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع للعام 1977، المادتان (64 و 70).

أن الأمثلة على انتهاك هذا المبدأ ليست نادرة، فإن المحكمة ترى أنه جزء لا يتجزأ من القانون الدولي العرفي⁽³²⁾.

كما خلصت المحكمة إلى أن المساندة التي قدمتها الولايات المتحدة، حتى نهاية سبتمبر 1984، لأنشطة الكونترا العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، عن طريق الدعم المالي والتدريب والتزويد بالسلاح والمعلومات والمساندة اللوجستية، تشكل انتهاكاً واضحاً لمبدأ عدم التدخل (...). و«لا يمكن أن يكون هناك شك في أن تقديم مساعدة إنسانية فقط للأفراد أو القوات في دولة أخرى، بصرف النظر عن انتماءاتها أو أهدافها السياسية، لا يمكن اعتباره تدخلاً غير قانوني، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع القانون الدولي»⁽³³⁾.

وخلصت المحكمة إلى أن «الحجة الناشئة من صيانة حقوق الإنسان في نيكاراغوا لا يمكن أن توفر تبريراً قانونياً لسلوك الولايات المتحدة، ولا يمكن - بأي حال - أن يتوافق مع الاستراتيجية القانونية للدولة المدعى عليها، والتي تقوم على الحق في الدفاع الجماعي عن النفس»⁽³⁴⁾.

وعندما تتدخل دول أو منظمات دولية في أزمة دول أخرى، فقد يُنظر إلى هذا الاجراء على أنه تدخل من جانب واحد؛ لأنه لم يُصرَّح به من الأمم المتحدة. وعلى الرغم من رسوخ الحق في الدفاع عن النفس، فإن ميثاق الأمم المتحدة يؤكد نظرية التفويض، وبالتالي فإن أي تدخل من دون تفويض من الأمم المتحدة يشكل تدخلاً منبوذاً في الشؤون الداخلية من جانب واحد.

الفرع الثالث

تطور مبدأ عدم التدخل في الصراع الأهلي في السودان

هناك حالياً العديد من الصراعات المتوازية والمتداخلة الجارية في السودان، والتي تبدو على أنها غير دولية (أهلية)، ولكنها في عمقها تحمل جذوراً وامتدادات

(32) قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا وضدها (نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية)، تقارير محكمة العدل الدولية، 1986، ص14، الفقرة 202.

(33) المرجع السابق، الفقرة 242.

(34) المرجع السابق، الفقرة 268.

دولية. وتشمل الأمثلة البارزة الصراع بين المناصرين لجمهورية تشاد وإثيوبيا من ناحية، والمناصرين لجمهورية مصر العربية من ناحية أخرى، والصراع بين المناصرين لحكومة موسكو من ناحية، والمدعومين من حكومة واشنطن من ناحية أخرى.

فالاتحاد الروسي لديه أطماع واضحة في خلق موطنٍ قدم له في المنطقة، وقد نجحت روسيا، منذ العام 2020، في توقيع اتفاق مع حكومة السودان - آنذاك - على إنشاء قاعدة بحرية روسية في بورتسودان، ويتضمن الاتفاق إقامة منشأة بحرية روسية على البحر الأحمر، قادرة على استقبال سفن حربية تعمل بالطاقة النووية، واستيعاب 300 عسكري ومدني؛ إلا أن تنفيذ هذه الاتفاق قد تعرقل لسنوات بسبب غياب موافقة البرلمان الذي قام الرئيس البرهان بحله وقتها⁽³⁵⁾.

كما شوهدت صواريخ مضادة للدبابات من طراز «كورنيت إيه تي - 14»، وأسلحة روسية أخرى في أيدي قوات الدعم السريع⁽³⁶⁾. ولا ترغب دول كثيرة في حصول روسيا على قاعدة مطلة على البحر الأحمر، وتحاول - بقدر الإمكان - عرقلة هذا الاتفاق، من خلال دعم الخصوم المساندين لروسيا، ومدّهم بالسلح - بشكل مباشر - أو من خلال حلفاء؛ للحيلولة دون تحقق الحلم الروسي.

وقد دخلت إيران على الخط، بتقديم الدعم العسكري، وتزويد قوات البرهان بطائرات مسيرة من طراز «مهاجر-6»، والتي تتمتع بالقدرة على التحليق لفترة طويلة، ويصل مدى طيرانها إلى 500 كيلومتر، كما تحمل أسلحة مواجهة تعيق استهدافها بفعالية، من خلال التدابير المضادة الإلكترونية المحلية⁽³⁷⁾.

وأخيراً، تدخلت أوكرانيا على الساحة، وذلك لضرب المصالح الروسية التي

(35) مجلة AA الإلكترونية التركية، وزير الخارجية الروسي: ندين التدخل الخارجي في شؤون السودان، 12 فبراير 2025 وزير الخارجية الروسي: ندين التدخل الأجنبي في شؤون السودان.

(36) جوناثان كامبل جيمس، الحد من التدخل الخارجي في السودان، مؤسسة واشنطن لسياسة الشرق الأقصى، منشور على الرابط التالي:

<https://www.washingtoninstitute.org/ar/policy-analysis/alhd-mn-altkhl-alkharjy-fy-hrb-alswdan>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2025/1/18.

(37) المرجع السابق.

تضرب أوكرانيا في عقر دارها، وتحتل جزءاً من أراضيها، إلا أن تدخل الرئيس الأمريكي المنتخب ترامب، في وقف تمويل أوكرانيا في حربها ضد روسيا، وتوجهه لإيقاف الحرب الروسية - الأوكرانية سيكون له أثر واضح على التدخل الأوكراني في السودان.

ومن الملاحظ أن الدول المتدخلة في النزاع في السودان تباينت مواقفها بين إنكار هذا التدخل، أو إضفاء حلة قانونية عليه؛ بحيث يكون بموجب اتفاق مع أحد الأطراف المتصارعة، أو حلة إنسانية بأنه يكون لأسباب إنسانية بحته.

المبحث الثاني

التدخل القسري بغطاء شرعي

على الرغم من أن القانون الدولي يحظر التدخل في شؤون الدول باستخدام القوة، فإن هناك استثناءات على ذلك الحظر، والمتمثلة في التدخل الإنساني الذي يستدعي الإجابة عن التساؤل حول ما إذا كان ذلك التدخل الأحادي الجانب يشكل استثناءً؟ ومن ثمّ استعراض الأغطية الشرعية التي تضيفها المؤسسات الدولية، مثل: تفويض مجلس الأمن، والجمعية العامة للأمم المتحدة، والدفاع عن النفس.

المطلب الأول

شروط التدخل الإنساني أحادي الجانب وطبيعته

في هذا المطلب سيتم استعراض شروط التدخل الإنساني، ومن ثم طبيعة هذا التدخل الاستثنائية، والخارجة على ما استقرت عليه قواعد القانون الدولي التي تصب جميعها في محاربة التدخل في شؤون الدول.

الفرع الأول

شروط التدخل الإنساني أحادي الجانب

لا شك في أن الحق في التدخل الإنساني، من جانب واحد، لا يستند إلى القانون الدولي. وقد حدد بعض الفقه شروطاً يجب الوفاء بها قبل اللجوء إلى التدخل الإنساني من جانب واحد. ووفق هذا الرأي، يجوز للدول أن تتدخل من جانب واحد، من دون إذن من مجلس الأمن، عندما تتحقق هذه الشروط. والأمر الأكثر أهمية هنا هو كيفية تحقيق هذه الشروط، ومن الذي يحدد ما إذا كانت هذه الشروط قد تحققت أم لا.

وعلى الرغم من عدم قدسية هذه الشروط، والشك في شرعيتها، فإنها لا تخرج عن:

أ - «وجود حالة طوارئ أو كارثة أو أزمة أو ضرورة أو مأساة» إنسانية تتعلق بانتهاك

حقوق الإنسان التي يكون ضحيتها سكان دولة ما (أو أي جزء منهم)، أو ارتكاب جرائم دولية شديدة الخطورة.

ب - عدم رغبة أو قدرة الدولة على التصدي لها.

ج - استنفاد جميع سبل الانتصاف الممكنة، بما في ذلك اللجوء إلى مجلس الأمن، أو الجمعية العامة للأمم المتحدة، وجميع سبل الانتصاف السلمية الأخرى.

د - أن يكون استخدام القوة محدود النطاق والوقت، وأن يقتصر على الأهداف الإنسانية مع احترام قاعدة التناسبية. ومع ذلك، يظل النقاش قائماً فيما يتعلق بمن يحدد توافر الشروط الموضوعية من عدمه⁽³⁸⁾.

ولتحديد تلك الإجراءات، فإن المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة منحت مجلس الأمن سلطة تحديد ما إذا كانت الكارثة الإنسانية تشكل «تهديداً للسلم والأمن الدوليين»، إلا أن تحديد بقية الشروط مسألة أكثر تعقيداً، ومن المرجح أن تؤدي إلى تقليص سلطة مجلس الأمن في الترخيص الفعلي لاستخدام القوة. ومع ذلك، لن يُسمح بالتدخل الأحادي الجانب، من دون شروط؛ لأن ذلك من شأنه أن يتناقض - بشكل فج - مع حظر استخدام القوة. وعلاوة على ذلك، فإن الإجراءات التي تنشأ عن التدخل الإنساني الأحادي الجانب ستفشل في التوافق مع تلك الشروط. وعلى أرض الواقع فإن الدول تواصل تأكيد حقها في التدخل، من دون أي اعتبار للمعايير اللازمة لمثل هذا التدخل، وهو ما يغض المجتمع الدولي الطرف عنه، وفي أحسن الأحوال يدينه.

إن مفهوم المسؤولية عن الحماية، من خلال التدخل الإنساني، لم يأخذ حقه من الدراسة، بشكل يكون بمنأى عن التأويلات؛ وفقاً لمصالح الدول. فبعد أزمة يوغسلافيا السابقة، برزت الحاجة إلى وضع نظام محدد المعالم للتعامل مع حالات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. وقادت كندا مثل هذه المبادرة، وأنشأت اللجنة الدولية للتدخل وسيادة الدولة، والتي تبنت تقرير المسؤولية عن الحماية،

(38) أبكر علي عبدالمجيد أحمد، مرجع سابق، ص 9 و 10.

بهدف خلق توازن دقيق بين الاستجابة الفعالة للأزمات الإنسانية، والحفاظ على إطار قانوني فعال للاستجابة لمثل هذه الأزمات. ورفض هذا التقرير التدخل الإنساني من جانب واحد، بموجب القانون الدولي الحالي.

كما أرست الجمعية العامة للأمم المتحدة، في العام 2005، الطريقة التقليدية لاستخدام القوة لأغراض إنسانية، وأخضعتها لصلاحيات الفصل السابع من ميثاق مجلس الأمن؛ مما يدل على أن الدول لا ترغب في الاعتراف بحق التدخل الإنساني بشكل منفصل عن أحكام ميثاق الأمم المتحدة، والاستجابة الجماعية المنصوص عليها فيه.

وعلى الرغم من تلك التوجهات، فإن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان مازالت ظاهرة للعيان؛ مما يجعل احترام القانون الدولي الإنساني محل قلق لدى المراقبين، ويجعل تطبيقه خارج حدود السيطرة. ويزداد الأمر سوءاً عندما تُحجم الأمم المتحدة، أو تغض الطرف، عن تفعيل دورها في المواقف التي تستلزم وجودها الفعال لتجنب الكوارث الإنسانية.

ولكن يبدو أن العديد من الدول ذات المصالح في استمرار تلك الكوارث الإنسانية، أو تلك التي لا مصلحة لها في استقرار السودان، غير راغبة في تقديم الدعم المالي أو المادي، وتوفير الموارد اللازمة لمثل هذه التدخلات الإيجابية؛ مما يجعل الأمم المتحدة غير قادرة على اتخاذ أي إجراء للحد من تلك التدخلات.

كما لا ينبغي استبعاد مجلس الأمن عن الصورة، بل ينبغي أن تسعى الدول إلى تحديثه؛ حتى يتمكن من مواكبة التطورات في السودان والأوضاع المثيلة؛ مما قد يسمح له باستخدام سلطته للسيطرة والحد من أي تدخل يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين.

إن جميع التدخلات - اليوم - في السودان لم تستوف أيًا من الشروط التي حددها خبراء القانون الدولي. وحتى لو افترضنا أن هذه الشروط قد استوفيت، فإن شرعية هذه الشروط - في ضوء مواقف القانون الدولي الوضعي - محل شك ونقاش.

وتشكل التدخلات الإنسانية الأسباب الرئيسية للمأساة الإنسانية في السودان، بما في ذلك الخسائر المدنية والعسكرية، والفقر، والمرض، والتلوث البيئي. كما أن الأموال التي أُنفقت على تكاليف التدخلات، لو استُخدمت في البناء بدلاً من التدمير، لكان يمكنها أن ترفع الهياكل الصناعية في السودان إلى مستوى البلدان النامية.

الفرع الثاني

الطبيعة الاستثنائية للتدخل أحادي الجانب

إن التدخل الإنساني من دون إذن من مجلس الأمن الدولي، أو الجمعية العامة للأمم المتحدة، أو من دون مظلة الدفاع عن النفس، لا يمكن أن يُبرَّر، من خلال استخدام القوة. ونظرًا إلى صعوبة تبرير تدخلات الدول في شؤون بعضها البعض، فقد ظهرت حجج بشأن استثناءات جديدة بموجب القانون الدولي العرفي⁽³⁹⁾. وتريد الدول الآن إعادة تفسير الأحكام ذات الصلة بميثاق الأمم المتحدة، أو اعتماد نشأة قاعدة عرفية جديدة في هذا المقام. وعلى سبيل المثال، قد تشير بعض الدول - بموجب تفسير جديد - إلى المادة (2) الفقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة بـ «السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي»، كاستثناء من حظر استخدام القوة⁽⁴⁰⁾. وقد تزعم الدول أن هذا التفسير يعطي مفعولاً للمادتين (108) و(109) من ميثاق الأمم المتحدة؛ الأمر الذي يتطلب - بلا شك - قبول الأغلبية الساحقة من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة.

الحجة الأخرى تتعلق بممارسة الدولة، والاعتقاد بالإلزام كقاعدة جديدة بموجب القانون الدولي العرفي. ولكن هل يمكن الإقرار بأن هذا الاستثناء لاستخدام القوة قد اكتسب بالفعل صفة القواعد الآمرة؟ الجواب هو بالنفي؛ لأنه يجب أن يفي بمتطلبات العرف الذي يتمتع بصفة القواعد الآمرة، أو يجب أن يكون أكثر دقة من العرف العادي⁽⁴¹⁾.

(39) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، 13 مايو 1969، U.N.T.S. 331 1155.

(40) ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق، المادة (2) الفقرة 4.

(41) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، مرجع سابق، المادة (53).

وفي هذا الصدد، حاولت بعض الدول والمؤلفين الاستشهاد بهذا كدليل يدعم الحق في التدخل من جانب واحد، كوسيلة لإنهاء الأزمات الإنسانية، أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في دولة مُستهدَفة. وتشمل الأمثلة التي تعتمد عليها الدول عادة تدخل الهند في شرق باكستان، في العام 1971، وتدخل تنزانيا في أوغندا في العام 1978، وتدخل فيتنام في كمبوديا الديمقراطية في العام 1978، وتدخل فرنسا في إمبراطورية أفريقيا الوسطى (جمهورية أفريقيا الوسطى الآن) في العام 1979، وتدخلات الولايات المتحدة في غرينادا في العام 1983، وبنما في العام 1989، وتدخلات الجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا، أو مجموعة دول غرب أفريقيا في ليبيريا في العام 1990، وسيراليون في العام 1997.

وتشمل الأمثلة الأخرى التدخلات الأمريكية والبريطانية والفرنسية في العراق لـ «حماية الأكراد والشيعة» من العام 1991 إلى العام 2003، والتدخلات في الصومال في العام 1992، والتدخلات في رواندا في العام 1994، والتدخلات في تيمور الشرقية في العام 1999، وتدخلات حلف شمال الأطلسي في كوسوفو في العام 1999⁽⁴²⁾.

وعلى هذا فإن الدول، من أجل إثبات نشوء قانون عرفي جديد، لا بد من أن تثبت أن تدخلاتها قانونية وترتكز على أساس إنساني؛ ففي قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، ذكرت محكمة العدل الدولية أن أحداً لا يملك «سلطة إسناد آراء قانونية إلى الدول لا تتبناها هي نفسها»⁽⁴³⁾. ويزعم بعض المؤيدين أن الدول قد تتخذ إجراءات إذا اعتقدت أنها مخولة بذلك، وأنها قادرة - في وقت لاحق - على تبرير أفعالها. ولكن هذه الحجة ضعيفة، والممارسة نفسها محدودة؛ لأنها

(42) UK House of Commons Select Committee on Foreign Affairs Fourth Report (Kosovo) (2000) available at <https://publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmfa/28/2802.htm>, (last visited Nov., 27, 2019); M Kohen 'L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau des ordre juridique international' 1 Rev.Belge Droit International (1999)122-48; G Nolte 'Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten' (1999) 59 ZaöRV 941-60 available at https://www.zaoerv.de/59_1999/59_1999_4_a_941_960.pdf (last accessed: 16/1/2025).

(43) قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية، مرجع سابق، الفقرة 207

Lowe & Tzanakopoulos, supra note.

تسمح للدول المتمردة بالتصرف بشكل غير عادل، بسبب اعتقادها أن أفعالها لن تعتبر غير قانونية إلا في وقت لاحق.

وعلى هذا فإن أي رأي قانوني قد يدعم استثناءً جديداً للقانون العرفي، لا يمكن استنتاجه من الحظر الذي يفرضه ميثاق الأمم المتحدة على الدول التي تتلقى تفويضاً من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة. وقد حظيت التدخلات المختلفة المذكورة أعلاه، مثل تدخلات الجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا (مجموعة دول غرب أفريقيا العسكرية) في ليبيريا وسيراليون، بتفويض من مجلس الأمن.

إن الادعاء القائم على الاعتقاد القانوني لا يمكن أن يُقدّم إلا في حالة عدم وجود تفويض من مجلس الأمن. وعلى الرغم من ذلك فإن العديد من الدول المذكورة أعلاه لم تبرر أفعالها استناداً إلى أي قاعدة جديدة من قواعد القانون العرفي التي تسمح بالتدخلات الإنسانية. والواقع أن العديد من الدول المتدخلّة، مثل الهند وتنزانيا وفيتنام، بررت تدخلاتها باعتبارها دفاعاً عن النفس ضد التوغلات الحدودية وغيرها من أعمال القوة أو التهديد باستخدامها⁽⁴⁴⁾. وقد أثارت هذه التدخلات إدانة واسعة النطاق من جانب المجتمع الدولي، على الرغم من إدانة تنزانيا؛ حيث ظل المجتمع الدولي صامتاً⁽⁴⁵⁾.

وعلاوة على ذلك، اعتمدت بعض الدول المذكورة أعلاه على تفويض ضمني من مجلس الأمن لتبرير استخدامها القوة، بدلاً من الاعتماد على قاعدة عرفية جديدة. على سبيل المثال، في العامين 1991 و1992، زعم أولئك الذين أنشأوا - بالقوة - الملاذات الآمنة ومناطق حظر الطيران في العراق، أنهم تلقوا قراراً ضمنيّاً من مجلس الأمن⁽⁴⁶⁾. وفي العام 1993، حيث فرضت الولايات المتحدة - بالقوة - مناطق حظر الطيران في العراق، على أساس الدفاع عن النفس ضد تهديدات الهجمات على

(44) See generally Julia Brower et al., Historical Examples of Unauthorized Humanitarian Intervention, Yale Law School, Aug. 26, 2013, available at pdf/cglc/glc_historicaexamples.pdf (last visited Nov. 27, 2019).

(45) See Id. at 6-7.

(46) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 688، بتاريخ 5 أبريل 1991، الفقرة 1.

طائرات دوريات المنطقة التابعة للتحالف⁽⁴⁷⁾. ومع ذلك، فإن هذه الحجج تتطلب أيضاً مبرراً.

كما ادعت فرنسا والمملكة المتحدة الحصول على تفويض ضمني من مجلس الأمن⁽⁴⁸⁾. وفي العديد من الحالات التي تنطوي على استخدام القوة، مثل التدخلات الأمريكية في غرينادا وبنما، بررت الولايات المتحدة التدخل على أساس إنقاذ المواطنين الأمريكيين في الخارج، على أساس أن حكومة شرعية دعت إلى التدخل، أو على أساس إعادة تثبيت الحكم الديمقراطي⁽⁴⁹⁾. ولقد أدانت قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه المبررات. وعلى هذا فلا توجد أمثلة لدول ادعت أن التدخل الإنساني هو المبرر الوحيد للتدخل؛ بل إن هذه المطالبات اقترنت ببعض الاستثناءات الأخرى، مثل الدفاع عن النفس، أو الحصول على تفويض صريح أو ضمني من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة.

وعلى الرغم مما كان سائداً قبل العام 1999، فمن غير المرجح أن نستنتج من تدخل حلف شمال الأطلسي في جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية أن الرأي القانوني والممارسة الدولية يشكّلان استثناءً من حظر استخدام القوة في التدخل الإنساني. والسبب هو أن بعض الدول المتدخلة أنكرت صراحة أن حملة كوسوفو قامت استناداً على حقها في التصرف بموجب القانون الدولي.

في الواقع، في السادس عشر من أكتوبر 1998، أقر وزير الخارجية الألماني أمام البرلمان الألماني بأن قرار حلف شمال الأطلسي بالتدخل بضربات جوية في جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية «ينبغي ألا يشكل سابقة»⁽⁵⁰⁾. ويتعلق النقاش

(47) "The No-Fly Zone War" (U.S./U.K.-Iraq Conflict) 1991-2003, The History Guy available at https://www.historyguy.com/no-fly_zone_war.html (last accessed 16/1/2025).

(48) See generally Marc J. Bossuyt, Human Rights and Non-Intervention in Domestic Matters, 35 Int'l Comm'n of Jurist 45 (1985).

(49) Andrew Glass, United States Invades Grenada, Oct. 25, 1983, Politico (Oct. 25, 2017), <https://www.politico.com/story/2017/10/25/united-states-invades-grenada-oct-25-1983-244072>; Andrew Glass, United States Invades Panama, Dec. 20, 1989, Politico (Dec. 20, 2018), <https://www.politico.com/story/2018/12/20/united-states-invades-panama-1989-1067072>.

(50) Regierungsentwurf, Deutscher Bundestag: Drucksachen [BT] 13/248, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/13/13248.pdf> (Ger.).

الرئيسي في البرلمان الألماني بإنكار القيم السابقة لقرار حلف شمال الأطلسي بشأن جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية⁽⁵¹⁾. وعلى نحو مماثل، في جلسة للجمعية العامة للأمم المتحدة في السادس والعشرين من سبتمبر 1999، ذكرت بلجيكا أن قرار مجلس الأمن رقم 1244 حقق «عودة إلى الشرعية»، وأنها تأمل ألا تلجأ الدول إلى القوة من دون إذن من مجلس الأمن كسابقة⁽⁵²⁾. إن حجة الولايات المتحدة الأمريكية مماثلة، وهي مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بوجهة النظر الألمانية⁽⁵³⁾.

وتكشف كل هذه الآراء عن غياب أي رأي قانوني فيما يتصل بالحق الأحادي في التدخل الإنساني. فضلاً على ذلك، زعمت الدول غير الأعضاء في حلف شمال الأطلسي بأغلبية ساحقة أنه لم يكن هناك أساس قانوني لحملة القصف في كوسوفو⁽⁵⁴⁾. فضلاً على ذلك، فقد أدان نصف الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، بوضوح استخدام حلف شمال الأطلسي للقوة ضد جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية⁽⁵⁵⁾. وعليه، وبناءً على هذه المواقف، فمن الواضح أن الحق في التدخل الإنساني القسري لم يظهر بعد كقاعدة بموجب القانون الدولي العرفي.

ويزعم البعض أن الدافع وراء التدخلات في الأمثلة المذكورة آنفاً هو في الواقع إنساني، وعلى الرغم من المبررات القانونية التي تقدمها الدول، فإنها لاتزال تشكل ممارسة دولة تؤيد الحق في مثل هذا التدخل الإنساني. ومع ذلك، فإن هذا المنظور يتعارض مع قرارات محكمة العدل الدولية الواضحة بشأن تشكيل العرف، والتي تتطلب كلاً من ممارسة الدولة والرأي القانوني. إن شرط الرأي القانوني يهتم بالسبب وليس الدوافع. ومن الواضح أن الاثنين مختلفان.

وعلاوة على ذلك، فإن الدول التي تدحض افتراض الرأي القانوني وتبرر أفعالها

(51) Bruno Simma, NATO, The UN and the Use of Force: Legal Aspects, 10 Eur. J. Int'l L., 1, 12-13 (1999).

(52) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33.

(53) Wedgwood, supra note 126, at 829.

(54) Louis Henkin, Kosovo and the Law of «Humanitarian Intervention», 4 Am. J. Int'l L. 825 (1999).

(55) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 12.

على أساس قانوني توضح بشكل أكبر أن هذا ليس من ممارسات الدولة. ومرة أخرى، فإن حقيقة أن العديد من الدول المتدخلة مترددة للغاية في الاعتماد على حق التدخل الإنساني تُظهر أنه من الصعب للغاية العثور على أي رأي قانوني يمكن اعتماده بشكل صحيح، وبالتالي يمكن من خلاله إثبات حق التدخل الإنساني.

وعلاوة على ذلك، لا تظهر الممارسة المتبعة بعد كوسوفو اعتماداً على حق التدخل الإنساني؛ فقد شهدت الأزمة الليبية، في العام 2011، استخدام القوة، بعد أن تبنى مجلس الأمن قراراً لحماية المدنيين⁽⁵⁶⁾. وقد فوّض مجلس الأمن الدول الأعضاء بضمان الحماية لـ «المدنيين الليبيين والمناطق المأهولة بالسكان المدنيين المعرضين لخطر الهجوم»⁽⁵⁷⁾، «بكل الوسائل الضرورية» وضمان فرض منطقة حظر جوي⁽⁵⁸⁾. وعندما اقترب موعد اتخاذ القرار، أكدت العديد من الدول، مثل المملكة المتحدة والولايات المتحدة ودول حلف شمال الأطلسي، بشكل مشترك، الحاجة إلى الحصول على إذن من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة قبل استخدام أي قوة مسلحة في ليبيا. وبناءً على التحليل أعلاه، فمن الواضح أن التدخلات في السودان هي تدخلات أحادية الجانب، ولم تدعمها قط قرارات مجلس الأمن المتعلقة بالسودان⁽⁵⁹⁾. وفي الوقت الحالي، لا يدعم القانون الدولي العرفي التدخلات الإنسانية الأحادية الجانب، من خلال استخدام القوة. ولا توجد ممارسات حكومية أو آراء قانونية تدعم هذا التدخل الأحادي الجانب.

المطلب الثاني

الأسانيد القانونية للتدخل الإنساني

من أهم المظاهرات الشرعية للتدخل الإنساني تلك التي يمنحها مجلس الأمن الدولي، وتمنحها الجمعية العامة للأمم المتحدة، والتي تقوم على أساس الدفاع عن النفس.

(56) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1973، 17 مارس 2011، الفقرة 3.

(57) المرجع السابق، الفقرة 4.

(58) المرجع السابق، الفقرة 8.

(59) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 2481، 15 يوليو 2019، الفقرة 4.

الفرع الأول

تفويض مجلس الأمن الدولي

إن استخدام القوة من قبل الجيش يقع ضمن ما يسمى «التدخل الإنساني الجماعي المصرح به من قبل مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة»، أو ببساطة «التدخل الإنساني الجماعي» بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة⁽⁶⁰⁾. منذ العام 1990، ومن أجل الحفاظ على السلام والأمن الدوليين واستعادتهما، فسّر مجلس الأمن «التهديد للسلم» ليشمل النزاعات المسلحة المتعمدة البحتة، وانتهاكات حقوق الإنسان الجسيمة داخل الدولة والنزاعات المسلحة الداخلية البحتة⁽⁶¹⁾ في الواقع، لتحرير دولة الكويت من الاحتلال العراقي الذي استمر بين أغسطس 1990 وفبراير 1991.

كما تكررت هذه الممارسة في قضية المدعي العام ضد تاديتش المذكورة أعلاه في العام 1995⁽⁶²⁾. هذا التفسير مبرر على أساس أن مثل هذه الإجراءات من شأنها أن تؤدي إلى تدفقات اللاجئين التي يمكن أن تزعزع استقرار المناطق، وتشعل رد فعل مسلح من الدول المجاورة⁽⁶³⁾. ولكن مجلس الأمن أقر - أيضاً - بأن الأمور الداخلية الصّرفة قد تشكل تهديداً للسلام، على الرغم من الطبيعة الهامشية للعواقب العابرة للحدود. ويجوز لمجلس الأمن أن يفرض عقوبات على الدول لاتخاذ تدابير إلزامية لوقف انتهاكات حقوق الإنسان ومنع الأزمات الإنسانية.

وفي مثل هذه الحالات، يعتبر مجلس الأمن استخدام القوة عملاً إنسانياً بطبيعته،

(60) Thomas M. Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, 136 (Cambridge Univ. Press 2002) (ebook).

(61) See generally Jost Delbruck, *A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations*, 67 Ind. L.J. 887 (1992) (In 1990, after the Cold War era, the former American president, George Bush, talked for the first time about the new world order, which gives priority to human rights protection over state's sovereignty).

(62) *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, supra note 79, at 30.

(63) Philip Alston, *The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath*, 13 Austl. Y.B. Int'l L., 107, 133 (1992); Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 5-6.

وتنخرط الدول التي تستجيب لهذا النداء بالتدخل في شؤون المجتمع الدولي في «التدخل الإنساني». ومن الأمثلة على هذه التدخلات المسلحة التي تأذن بها الأمم المتحدة الأزمات في الصومال⁽⁶⁴⁾، وهايتي⁽⁶⁵⁾، ورواندا⁽⁶⁶⁾، والبوسنة والهرسك⁽⁶⁷⁾، وألبانيا⁽⁶⁸⁾، وتيمور الشرقية⁽⁶⁹⁾.

وفي كل حالة، أذن مجلس الأمن باستخدام «كل الوسائل الضرورية» لتقديم المساعدات الإنسانية، أو لمراقبة تنفيذ اتفاق السلام⁽⁷⁰⁾. ومن الأمثلة الأخرى، عندما سمح الأمين العام للأمم المتحدة لفرنسا، وعملية الأمم المتحدة في ساحل العاج بالتدخل بالقوة مع أحد الأطراف المتحاربة؛ لمنع استخدام الأسلحة المدمرة ضد غير المقاتلين في أبيدجان⁽⁷¹⁾. إن الإجراءات التي اتخذتها القوات الفرنسية، وقوات الأمم المتحدة في كوت ديفوار، كانت متوافقة مع توجيهات مجلس الأمن باستخدام «كل الوسائل الضرورية» لحماية المدنيين المهددين بالعنف⁽⁷²⁾.

وعلى الرغم من تأكيدات الأمم المتحدة بأن العمليات كانت لحماية المدنيين في إطار الدفاع عن النفس؛ فقد كشفت الأدلة العكسية أن الهجمات كانت موجهة ضد أحد أطراف الصراع⁽⁷³⁾. وعلى الرغم من أن تفويض الأمم المتحدة باستخدام القوة

(64) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 794، 3 ديسمبر 1992.

(65) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 940، 31 يوليو 1994.

(66) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 929، 2 يونيو 1994.

(67) قرار مجلس الأمن الدولي المتعلق بالبوسنة والهرسك رقم 836، 4 يونيو 1993، والقرار 1031 بتاريخ 15 ديسمبر 1995، والقرار 1088 بتاريخ 12 ديسمبر 1996.

(68) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1101، 28 مارس 1997.

(69) المرجع السابق، الفقرة 5.

(70) See generally U.N. Dep't of Peacekeeping Operations (DPKO), United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines, U.N. Doc., USG/DPKO (2008), <https://www.refworld.org/docid/484559592.html>.

(71) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 6.

(72) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1933، 30 يونيو 2010، الفقرتان 16 و 17، والقرار 1775، 30 مارس 2011، الفقرة 6، والقرار 1739، 10 يناير 2007، والقرار 1962، 20 ديسمبر 2010، الفقرة 17.

(73) See U.N. Secretary-General, Letter dated Mar. 4, 2011 from the Secretary General addressed to the President of the General Assembly, U.N. Doc. SG/SM/1346(Mar. 4, 2011).

المفرطة في ليبيا، كان يهدف إلى حماية «المدنيين... المعرضين لخطر الهجوم»⁽⁷⁴⁾، فإن القوة كانت مُوجَّهة على نحو مماثل ضد أحد أطراف الصراع. وبالتالي فإن نطاق التفويض والأهداف والتدابير المتخذة هي مسائل قابلة للتفسير. ولا يمكن القيام بذلك إلا عندما لا يكون أعضاء مجلس الأمن متحيزين لطرف ضد طرف ما، ويظلون محافظين على حيادهم طوال فترة النزاع.

وعلاوةً على ذلك، فقد أجاز مجلس الأمن ضمناً، وبأثر رجعي، التدخلات من خلال عدة حالات؛ ففي العام 1991، تدخلت المملكة المتحدة وفرنسا والولايات المتحدة في العراق «لتخفيف» معاناة المدنيين الأكراد، ثم الشيعة لاحقاً⁽⁷⁵⁾. وفي القيام بذلك، اعتمدت الدول المُتدخلَة - في المقام الأول - على قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة لدعم إجراءاتها التدخلية⁽⁷⁶⁾.

وقد توقف بالفعل تفويض الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بتنفيذ قرارات مجلس الأمن بالقوة⁽⁷⁷⁾ لاستعادة السلام والأمن في البلاد⁽⁷⁸⁾، بعد غزو العراق لدولة الكويت، بما يتماشى مع قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 687 الصادر في 3 أبريل 1991⁽⁷⁹⁾. وزعمت الدول الأعضاء أن إنشاء ملاذات آمنة ومناطق حظر طيران يتماشى مع قرار مجلس الأمن رقم 688. ومع ذلك، لم يتم تبني الفصل السابع من الميثاق، كما لم يتضمن شعار «كل الوسائل الضرورية» الذي ورد في قرار مجلس الأمن الدولي لتحرير دولة الكويت آنذاك، والذي أقر ضمناً الاستخدام المحدود للقوة لحماية المدنيين الأكراد والشيعة.

(74) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1973، 17 مارس 2011، الفقرة 4.

(75) Gordon W. Rudd, Humanitarian Intervention: Assisting the Iraqi Kurds in Operation Provide Comfort, 1991 (CMH Pub. 2004) (They intervened by the creating safe havens and subsequent introduction of no-fly zones over the country [Iraq, Non-Fly Zones] which were kept in place until the 2003 Iraqi invasions, though France withdrew from their enforcement in 1998).

(76) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 688، 5 أبريل 1991.

(77) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 660، 2 أغسطس 1990.

(78) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 687، 3 أبريل 1991.

(79) Lowe & Tzanakopoulos, supra note, at 7.

وعلى المنوال نفسه، هناك حالات تتصرف فيها الدول المتدخلة بناءً على تفويض ضمني. ويشكل تدخل حلف شمال الأطلسي في كوسوفو مثالاً بارزاً على ذلك⁽⁸⁰⁾؛ فقد كان التفويض الضمني يهدف إلى تبرير عمليات القصف التي يشنها حلف شمال الأطلسي على أساس قرار صادر عن مجلس الأمن⁽⁸¹⁾، والذي نص على أن مجلس الأمن سوف ينظر في اتخاذ تدابير إضافية، إذا كانت التدابير الأولية المنصوص عليها في القرار⁽⁸²⁾ غير فعالة في الحد من العنف والإرهاب.

وعلى نحو مماثل، فسرت فرنسا هذا الأمر باعتباره تفويضاً ضمناً من جانب مجلس الأمن⁽⁸³⁾، عندما لاحظت حدوث كثير من الانتهاكات للتدابير. كما زعم البعض أن مجلس الأمن أعطى سراً، وبأثر رجعي، تفويضاً باستخدام القوة ضد جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية آنذاك. ولدعم هذا الادعاء، يشير المؤيدون إلى أن مجلس الأمن آيد، بدلاً من إدانته، تهديد حلف شمال الأطلسي باستخدام القوة، الأمر الذي أدى إلى إبرام اتفاقيات بين جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية وحلف شمال الأطلسي ومنظمة الأمن والتعاون في أوروبا في العام 1998⁽⁸⁴⁾.

وعلى نحو مماثل، هناك تفويضات أصدرها مجلس الأمن بأثر رجعي، ومن بينها التصديق اللاحق على تدخلات الجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا في سيراليون وليبيريا، وكذلك الإجراءات التي اتخذتها مجموعة مراقبة الجماعة الاقتصادية لدول غرب أفريقيا بين العامين 1990 و1999. ولم يكتفِ مجلس الأمن بالشأن على مثل هذه الإجراءات، بل سمح بها أيضاً. وعلى نحو مماثل، وافق مجلس الأمن على التدخل الفرنسي في جمهورية أفريقيا الوسطى، وسمح به في العام 1997⁽⁸⁵⁾.

(80) Independent International Commission On Kosovo, The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned (Oxford University Press 2000) At 55-61 available At <https://Reliefweb.Int/Sites/Reliefweb.Int/Files/Resources/6d26ff88119644cfc1256989005cd392-Thekosovoreport.Pdf>. (last accessed 16/1/2025).

(81) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1199، 23 سبتمبر 1998، الفقرتان 2 و3.

(82) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1160، 31 مارس 1998، الفقرة 6.

(83) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1203، مرجع سابق، الفقرة 1.

(84) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1203، مرجع سابق، الفقرة 1.

(85) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1136، 6 نوفمبر 1997.

وعلى هذا فإن مجلس الأمن يأذن - بأثر رجعي - ويصادق على الاختراعات القسرية؛ حتى عندما تكون هناك تحفظات كبيرة بسبب حق الدولة المستهدفة في الدفاع عن النفس ضد استخدام القوة، وهو حق غير قانوني في ذلك الوقت، ولكن مجلس الأمن يأذن به بأثر رجعي. وعلى العكس من ذلك، لم يصدر أي تفويض ثابت بأثر رجعي للوجود المدني والعسكري الدولي في كوسوفو، بعد قصف حلف شمال الأطلسي⁽⁸⁶⁾.

وعلى هذا فإن التدخلات القسرية التي يأذن بها مجلس الأمن (حتى ولو بأثر رجعي) بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة من شأنها أن تؤسّس لمطالبة باتخاذ إجراءات إنفاذ جماعية، وهو أمر قانوني بموجب ميثاق الأمم المتحدة كاستثناء مقبول من حظر استخدام القوة⁽⁸⁷⁾. ولا يمكن اعتبار مثل هذه الإجراءات تدخلاً مبرراً، ولا تدعم الانخراط في تدخل أحادي الجانب.

ولا يمكن إخفاء فشل مجلس الأمن في التصرف في مواقف مماثلة، خاصة عندما يكون المتدخل عضواً دائماً في مجلس الأمن. فعلى سبيل المثال، لم يبحث مجلس الأمن - بجديّة - التدخل الروسي في أوكرانيا؛ لأن الأعضاء الخمسة الدائمين - ومنهم الدولة المتدخلّة - يتمتعون بحق النقض، والذي من شأنه أن يشل إصدار قرارات مجلس الأمن⁽⁸⁸⁾.

إن حالة السودان تقدم مشهداً مثيراً للاهتمام للتدخل باستخدام القوة؛ فمنذ العام 2023، كانت هناك أزمة مستمرة بين من كانا حليفين في عملية إدارة الدولة، بعد إسقاط الرئيس السوداني السابق عمر البشير، وهما قائد قوات التدخل السريع اللواء محمد حمدان دقلو المعروف بـ «حميدتي»، وقائد الجيش النظامي اللواء عبدالفتاح البرهان. وفي سبيل نجاح كل من القطبين المتصارعين في هذه الحرب

(86) قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1244، 10 يونيو 1999، الفقرة 7.

(87) ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق، المادة (43) الفقرة 2.

(88) Illia Ponomarenko, Russia to Offer Citizenship to Residents of Occupied Donbas, Kyiv Post, <https://www.kyivpost.com/russia/russia-to-offer-citizenship-to-residents-of-occupied-donbas.html?cn-reloaded=1>. (last accessed: 16/1/2025).

الأهلية الدموية التي أفضت إلى سقوط ما بين 18 ألفاً و150 ألف ضحية، إضافة إلى نزوح ما يربو على 10.9 مليون نازح، بدأ تجار الحروب يقدمون العروض والعروض المقابلة، ما أدى إلى دخول أمريكا وروسيا وأوكرانيا والجزائر على الخط.

وقد أجهض الفيتو الروسي مشروع قرار لوقف إطلاق النار في السودان، وضمان إيصال المساعدات الإنسانية. وقد نجح مجلس الأمن الدولي، في مارس 2024، في اعتماد القرار 2724 لوقف إطلاق النار خلال شهر رمضان، وذلك بموافقة 14 صوتاً وامتناع روسيا، إلا أن وقف للنار لم يصمد أكثر من سبعة أيام.

وفي نوفمبر 2024 حصل المشروع المُقدّم من كل من سيراليون والمملكة المتحدة على تأييد 14 عضواً من أعضاء مجلس الأمن، واستخدم الاتحاد الروسي الفيتو. وقد كان مشروع القرار يدين استمرار اعتداءات قوات الدعم السريع في الفاشر، ويطالبها بالوقف الفوري لجميع هجماتها ضد المدنيين في دارفور وولايتي الجزيرة وسنار وأماكن أخرى، كما دعا أطراف النزاع إلى وقف الأعمال العدائية فوراً، والدخول - بحسن نية - في حوار للاتفاق على خطوات وقف تصعيد النزاع؛ للاتفاق بصورة عاجلة على وقف إطلاق النار على المستوى الوطني.

الفرع الثاني

تفويض الجمعية العامة للأمم المتحدة

كما أشرنا سابقاً، لا مكان للتدخل الإنساني الأحادي الجانب في القانون الدولي العرفي⁽⁸⁹⁾. ويجب على مجلس الأمن أن يأذن بالتدخلات، أو يجب على الدول المُتدخلّة أن تتصرف دفاعاً عن النفس. ومع ذلك، فإن غياب تفويض مجلس الأمن ليس الكلمة الأخيرة في تحديد شرعية التدخل؛ فالجمعية العامة للأمم المتحدة لها دور تقوم به أيضاً؛ إذ إن المشاركة المباشرة للاتحاد الروسي والولايات المتحدة (كعضوين دائمين) في الصراع المسلح في السودان، لدعم أطراف النزاع، كل وفق مصالحه، يمنع مجلس الأمن من القيام بدوره المتمثل في حفظ السلم والأمن

(89) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 13; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian State, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 162 (July 9).

الدوليين⁽⁹⁰⁾؛ وذلك لأنه على الرغم من أن مجلس الأمن لديه واجب الحفاظ على السلم والأمن الدوليين واستعادتهما⁽⁹¹⁾، فإنه لا يستطيع ممارسة هذه السلطة بسبب حق الفيتو.

إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة حرة لا قيد عليها من تسلط حق الفيتو؛ حيث سبق لها أن فرضت إجراءً، تم إنشاؤه بموجب قرار الاتحاد من أجل السلام (1950)⁽⁹²⁾، والذي يمكنها من التصرف، إذا لم يتمكن مجلس الأمن من التصرف بسبب ممارسة حق النقض بموجب الميثاق. وهكذا، في الحالات التي يكون فيها مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة مشلولاً، فإن الدول التي تنوي التدخل تفضل رفع الأمر إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة لتفويضها بالتدخل بدلاً من الانخراط في تدخل أحادي الجانب.

يعتقد حلف شمال الأطلسي أنه سيكون مستعداً «للتحرك إذا مُنِع مجلس الأمن من أداء دوره المتمثل في حفظ السلم والأمن الدوليين»⁽⁹³⁾. ومع ذلك، فإن مثل هذا الموقف محل جدل، حيث يثار التساؤل عن كيفية منع مجلس الأمن من القيام بوظيفته؟ هل يحدث ذلك عندما يفشل المجلس في الحصول على الأغلبية المطلوبة؟ أم عندما يرفض ببساطة التصرف؟ هل يمكن أن يكون ذلك أيضاً نتيجة الموقف العنيد لعضو دائم في المجلس؟

تتطلب الإجابات عن هذه الأسئلة شيئاً من التمهيص. وعلى أي حال، يمكن للجمعية العامة للأمم المتحدة الحصول على أغلبية ثلثي الدول الأعضاء في صف واحد من أجل إحلال السلام⁽⁹⁴⁾. وفي السودان، لا يوجد مؤشر يثبت أن التدخلات تحوز دعم أغلبية الثلثين من الدول الأعضاء اللازمة لتبني قرار مماثل لقرار الاتحاد من أجل السلام.

(90) See generally Musa, supra note 114.

(91) G.A. Res. 377 (V), at A (Nov. 3, 1950).

(92) G.A. Res. 377 (V), at 1 (Nov. 3, 1950).

(93) North Atlantic Assembly, Resolution 283, 15 (e), Supra note (124); Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 13.

(94) Bruno Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, 10 Eur. J. of Int'l Law, 1, 17 (1999).

الفرع الثالث

الدفاع عن النفس

إن القانون الدولي يمنح الحق في الدفاع عن النفس في داخل الدولة، ولكن هذا الحق غير قابل للتطبيق على كيان فرعي من الدولة، يتألف من سكان محليين⁽⁹⁵⁾. وعلى هذا فإن الدفاع عن النفس لا يُبرَّر بمجرد إظهار أنه كان يهدف إلى تخفيف معاناة السكان المحليين. ولا بد من أن يحدث هجوم مسلح ضد دولة قبل أن يصبح الدفاع عن النفس مُبرَّرًا بموجب القانون الدولي⁽⁹⁶⁾. وفي كثير من الحالات، قد لا تصل الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان إلى حد شن هجوم مسلح. وحتى في الحالات التي يصل فيها القمع إلى حد شن هجوم مسلح، فإن الهجوم يكون ضد سكان الدولة، مع تقاعس - أو دعم - من جانب سلطات الدولة، وليس ضد الدولة. والأمر الأكثر من ذلك أن القمع لا يبدأ عادة في دولة أخرى، بل يبدأ عندما تتصرف الحكومة ضد شعبها.

وفي حلف شمال الأطلسي (الناتو)، ظهر اقتراح لتوسيع نطاق الحق في الدفاع عن النفس ليشمل مواقف مثل «الدفاع عن المصالح والقيم المشتركة، بما في ذلك عندما تتعرض هذه المصالح والقيم للتهديد من الكوارث الإنسانية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب»⁽⁹⁷⁾. ولكن القانون الدولي لا يؤيد هذا الاقتراح في الوقت الحالي، ولم يمتد حتى الآن ليشمل هذه المواقف المحددة. والحجة هنا هي أنه بما أن الدفاع عن السكان ضروري بقدر ما هو ضروري للدفاع عن بنية سياسية، فإن الحق في الدفاع عن النفس ينبغي أن يمتد إلى ما هو أبعد من مجرد الهجمات على الدول ليشمل أيضًا الهجمات على السكان⁽⁹⁸⁾. وهذه الحجة من شأنها أن تمد تفسير المادة

(95) Richard B. Lillich, *Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights*, 53 Iowa L. Rev. 325, 326-27 (1967).

(96) U.N. Charter ch. 7 art. 51, 1.

(97) North Atlantic Assembly, Resolution 283, 15 (e), *Recasting Euro-Atlantic Security: Towards the Washington Summit* (Nov. 1998), in Marialetizia Longo, *Legitimation of Interventions of International Organizations in Peacekeeping Operations*, available at <https://www.nato.int/acad/fellow/99-01/longo.pdf> (last visited Nov. 27, 2019) (2001) at 17.

(98) Ruth Wedgwood et al., *Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention*, NATO's Campaign in Yugoslavia, 93 Am. J. Int'l L. 829, 833 (1999).

(51) من ميثاق الأمم المتحدة إلى ما هو أبعد كثيرًا من نقطة الانهيار المقصودة. كما يفترض هذا الاقتراح إلى أي أساس في الممارسة والرأي القانوني للدول.

وتطبيقاً لذلك، فإن الهند عندما تدخلت في الأزمة في شرق باكستان (بنغلاديش الآن)، في العام 1971، طرحت حجة مماثلة، لكن الجمعية العامة للأمم المتحدة رفضتها⁽⁹⁹⁾؛ حيث زعمت أن هناك «عدواناً مدنيًا» ضد الدولة نتيجة تدفق ملايين اللاجئين البنغاليين الفارين من القمع الباكستاني. وشبّه هذا العدوان المدني بالهجوم المسلح، ورفضت الجمعية العامة - بأغلبية ساحقة - هذا الادعاء، وتبريرات الهند الأخرى، وأمرت الهند - في نهاية المطاف - بوقف العدوان وسحب قواتها المسلحة.

ومع ذلك، ادعت الدول المتدخلّة الحقّ في الدفاع عن النفس في المواقف التي تزعم فيها الدولة المتدخلّة أن الدولة المستهدفة هاجمتها في هجوم مسلح تقليدي، وهو أسلوب هجوم يندرج تحت المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة. واستخدمت فيتنام هذا الادعاء لتبرير تدخلها في كمبوديا الديمقراطية في العام 1978⁽¹⁰⁰⁾. وأنهى تدخل فيتنام في نهاية المطاف الحكم العنيف للخمير الحمر⁽¹⁰¹⁾. وفي العام 1979، استخدمت تنزانيا أيضًا هذا الادعاء لتبرير تدخلها عند استخدام القوة ضد أوغندا⁽¹⁰²⁾. ولقد أدى التدخل - في وقت لاحق - إلى وضع حد للانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان التي ارتكبتها نظام عيدي أمين⁽¹⁰³⁾. ولم يكن اعتماد تنزانيا على هذه النظرية قائمًا على الوضع الإنساني في أوغندا، بل على حق تنزانيا في الدفاع عن النفس، في إطار النموذج التقليدي.

وعلى هذا فإن الاعتبار الإنساني لا يكفي لتبرير الدفاع عن النفس بموجب

(99) Secretariat of the Int'l Comm'n of Jurists, The Events in East Pakistan, 1971 57 (1972).

(100) Oscar Schachter, Editorial Comments, The Legality of Pro-Democratic Invasion, 78 Am. J. Int'l L. 645, 648 (1984).

(101) Pol Pot Overthrown, History (July 28, 2019),

<https://www.history.com/this-day-in-history/pol-pot-overthrown>.

(102) W. Michael Reisman, Editorial Comments Coercion and Self-Determination- Construing Charge Article 2(4), 78 Am. J. Int'l L. 642, 644 (1984).

(103) Ugandan Dictator Idi Amin Overthrown, History (July 27, 2019),

<https://www.history.com/this-day-in-history/idi-amin-overthrown>.

القانون الدولي، إلا عندما تنخرط الدولة المتدخلة، أو حلفاؤها، في الدفاع الجماعي عن النفس ردًا على هجوم مسلح⁽¹⁰⁴⁾. ومرة أخرى، فإن استثناء الدفاع عن النفس يبرر فقط استخدام الدولة المتدخلة القوة عند مواجهة الهجوم المزعوم، وليس عندما تحاول الدولة تغيير نظام الدولة المستهدفة.

وكما هو موضح أعلاه، لا يمكن تبرير التدخلات على أساس الدفاع عن النفس. وبما أن الدفاع عن النفس لا ينطبق إلا على الدول ضمن استثناءات محدودة بموجب القانون الدولي، فلا يمكن لروسيا، أو الولايات المتحدة، أو الجزائر، أو تشاد الادعاء أنها تتدخل في السودان لحماية السكان المحليين أو رعاياها في الخارج. إن الادعاء بأن هذه التدخلات هي دفاع عن النفس من شأنه أن يوسع تفسير المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة إلى ما هو أبعد من حدودها المقصودة.

(104) Reisman, supra note 130, at 645.

المبحث الثالث

التدخلات في السودان بين المشروعية والحظر في القانون الدولي

تجاوزت النظريات، والمصالح والأهواء، عملية التنظير لإضفاء الصبغة القانونية المنشودة على التدخل في السودان؛ فمنهم من يحاول شرعنة هذا التدخل، ومنهم من يحاول أن يجرّم هذا التدخل، وبين هذا وذاك نترك الحُجج القانونية لتقول مقالتها.

المطلب الأول

أسانيد الفريق الداعم للتدخل

تأرجح أسانيد الفريق الداعم للتدخل في السودان حول الاستثناءات التي أقحمها الواقع العملي وإساءة استخدام السلطة، والاستثناءان الرئيسيان اللذان يمكن التعويل عليهما - لإضفاء شكل من أشكال المشروعية المشبوهة على التدخل في السودان - هما اللذان سطرتهما المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة⁽¹⁰⁵⁾: الدفاع عن النفس، وتفويض مجلس الأمن الدولي.

كما لوححت المملكة المتحدة بشرعية التدخل في الشؤون الداخلية، من خلال دفاعها في قضية قناة كورفو⁽¹⁰⁶⁾؛ حيث زعمت في تفسيرها للمادة (2) الفقرة 4 أن القوة عندما تُستخدم لغرض محدود فقط، بحيث لا تستهدف الاستقلال السياسي لدولة ذات سيادة، أو تؤثر على سلامة أراضيها فلا بأس به⁽¹⁰⁷⁾. كما أن هناك فريقاً يرى أن استخدام القوة - بما لا يتعارض مع أهداف الأمم المتحدة - لا ضير منه. وقد عبّد هذا التفسير الضيق للمادة (4) الفقرة 2 الطريق للمطالبات بالتدخل لأغراض إنسانية، وهو ما لا يتعارض مع أحكام المادة؛ لأن الدولة المتدخلة تنسحب بمجرد إخماد الكارثة الإنسانية، أو الخطر المحفّز لهذا التدخل.

(105) Id.at4

(106) Id. Corfu Channel Case (U.K. and N. Ir. v. Alb.), Merits, 1949 I.C.J. Rep 4, (Apr. 9) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf> [hereinafter Corfu Channel Case].

(107) Arts 1 (3); 55 (c) and 56 UN Charter;Lowe &Tzanakopoulos, supra note 33, at4.

وفي قضية الأنشطة العسكرية، وشبه العسكرية، في نيكاراغوا فإن محكمة العدل الدولية أكدت أن ما لا يمكن إدانته من تدخلات إنسانية هو تلك التي تقتصر على «المساعدة الإنسانية» المكرسة لمنع المعاناة الإنسانية والتخفيف منها، وحماية الحياة والصحة وضمان احترام الإنسان، لكن - وفي المقام الأول - يجب أيضاً أن تُقدّم من دون تمييز لجميع من يحتاجون إليها⁽¹⁰⁸⁾.

وعلى هذا، فاستخدام القوة لأغراض إنسانية محتملة أضحي مسموحاً، وقد صرحت به الأمم المتحدة في حالات، مثل حماية المواطنين في ليبيا⁽¹⁰⁹⁾، وساحل العاج في العام 2011.

المطلب الثاني

أسانيد الفريق الرافض للتدخل

تقوم أسانيد هذا الفريق، وترتكز على ميثاق الأمم المتحدة الذي لا يعزز مبدأ المساواة في السيادة بين جميع الدول فقط⁽¹¹⁰⁾، بل يلزم هذه الدول بتسوية منازعاتها بالوسائل السلمية⁽¹¹¹⁾، ويحظر استخدام القوة⁽¹¹²⁾، ويؤكد مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء⁽¹¹³⁾. وقد تم التأكيد على هذه المبادئ وتطويرها بشكل أكبر في إعلان العلاقات الودية⁽¹¹⁴⁾. وبالتالي، فإن أي تدخل لا يتوافق مع هذه المبادئ ليس له أي أساس قانوني مشروع في القانون الدولي.

(108) حكم محكمة العدل الدولية (الولايات المتحدة ضد نيكاراغوا)، مرجع سابق، الفقرة 243.
(109) Mehrdad Payandeh, The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya, 52 Va. J. Int'l L. 355 (2012).

(110) ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق، المادة (1) فقرة 2.

(111) المرجع السابق، المادة (3) فقرة 2.

(112) المرجع السابق، المادة (4) فقرة 2.

(113) Maziar Jamnejad and Michael Wood 'The Principle of Non-Intervention' (2009) 22 L.J.Int'l L. 345-82; V Lowe 'The Principle of Non-Intervention: Use of Force' in V Lowe and C Warbrick (eds) The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst (Routledge London 1994) 66-84; C'Oman Kenny* And Se'An Butler 'The Legality of 'Intervention By Initiation' in Situations of R2P Violations' (2018) 51Int'l L. & Pol. 135.

(114) See generally Friendly Relations Declaration (1970). Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at4.

كما تمنع المادة (4) الفقرة 2 من ميثاق الأمم المتحدة «التهديد باستخدام القوة، أو استخدامها ضد سلامة أراضي أي دولة أو استقلالها السياسي، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع أغراض الأمم المتحدة»⁽¹¹⁵⁾. كما كان لمحكمة العدل الدولية، في قضية قناة كورفو، رأي في تفسير هذا النص؛ حيث زعمت المملكة المتحدة أن هذه المادة تسعى فقط إلى تقييد استخدام القوة التي تستهدف الاستقلال السياسي لدولة ذات سيادة، أو التي قد تؤثر على سلامة أراضي الدولة.

إلا أن محكمة العدل الدولية، في قضية قناة كورفو، رفضت الحجج البريطانية القائلة بأنها لم تنتهك سلامة أراضي ألبانيا وسيادتها، عندما أجرت عملية نفتيش إجبارية بحثاً عن الألغام في المياه الألبانية⁽¹¹⁶⁾. وأعلنت المحكمة أن تدخل المملكة المتحدة كان «مظهرًا لسياسة القوة»⁽¹¹⁷⁾. وعلى هذا فإن محكمة العدل الدولية ترى أن عبارات «الاستقلال السياسي»، و«سلامة الأراضي»، و«بأي طريقة أخرى تتعارض مع أغراض الأمم المتحدة» تعزز الحظر المفروض على استخدام القوة⁽¹¹⁸⁾، وهو التوجه الذي يحقق الطمأنينة للدول الأصغر والأقل قوة، ويؤكد لها أن استخدام القوة محظور.

وفي قضية الأنشطة العسكرية، وشبه العسكرية، في نيكاراغوا، كررت محكمة العدل الدولية الحظر المطلق ذاته للتدخل الإجباري، وقررت أن «استخدام القوة لا يمكن أن يكون الطريقة المناسبة لمراقبة أو ضمان... احترام حقوق الإنسان»⁽¹¹⁹⁾.

ومن الواضح أن التدخلات العسكرية في السودان ترقى إلى الاستخدام غير المشروع للقوة، بموجب روح ونص المادة (4) الفقرة 2، والتي تلزم الدول بتسوية النزاعات بالوسائل السلمية⁽¹²⁰⁾، ويتفق مع أحكام محكمة العدل الدولية في القضايا المشار إليها أعلاه. ولا شك في أن التدخلات في الشأن السوداني انتهكت سيادة

(115) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 4.

(116) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 5.

(117) Corfu Channel Case, supra note 68, at 35; Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 5.

(118) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33.

(119) Lowe & Tzanakopoulos, supra note 33, at 5.

(120) Mehrdad Payandeh, The United Nations, Military Intervention, And Regime Change In Libya, 52-2 Va. J. Int'l L. 355 (2012) At 359.

السودان، كما أن الدعم المالي والتسليح من أطراف خارجية لطرفي النزاع في السودان غير قانوني وغير إنساني، ويتعارض مع المادة (4) الفقرة 2، وأحكام محكمة العدل الدولية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، فإن أي دولة تقوم بتسليح أو تدريب أو تجهيز أو تمويل القوات المتمردة، أو تدعم أو تشجع أو تساعد الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في دولة ما وضدها، تكون قد انتهكت التزاماتها بموجب القانون الدولي العرفي - الالتزامات التي تفرض واجب عدم التدخل في الشؤون الداخلية لدول أخرى⁽¹²¹⁾.

(121) حكم محكمة العدل الدولية بشأن الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية (الولايات المتحدة ضد نيكاراغوا)، مرجع سابق، الفقرة 268.

الخاتمة

حظر استخدام القوة مبدأً أساسياً من مبادئ القانون الدولي، والراسخة ضمن القواعد العرفية والتي قننتها الاتفاقيات الدولية، باستثناء استخدامها وفقاً لنص المادة (4) الفقرة 2، والمادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة. واستخدام القوة الاستثنائي لحل النزاع، أو الحد من الآثار غير الإنسانية التي يتسبب فيها، يجب أن يستند التدخل إلى تفويض مجلس الأمن، والذي قد يكون ضمناً أو صريحاً. وقد بررت بعض الدول تدخلاتها، إما بتفويض صريح، وإما ضمنياً من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة. والاستثناء الآخر الذي يسمح باستخدام القوة هو حق الدفاع عن النفس.

وقد كانت لمحكمة العدل الدولية وقفة مع التدخلات في الأزمات الداخلية للدول؛ حيث إن أحكامها لا تدعم التدخل الأحادي الجانب في الأزمات الداخلية، أو لا يمكن إغفال الدور الذي تقوم به الجمعية العامة للأمم المتحدة في تفويض التدخلات، خاصة في حالة الشلل التي تصيب مجلس الأمن الدولي من جراء التعسف في استخدام حق الفيتو لمصالح الدولة حاملة الفيتو، أو لمصلحة حلفائها؛ لأن الجمعية تستطيع أن تحل محل المجلس في التفويض بأغلبية ثلثي أعضائها، ولا شك في أن التدخل المؤسسي هو نهج أفضل من التدخلات الأحادية الجانب.

وعلى الرغم من محاولات البعض وضع شروط تسمح بالتدخلات الأحادية الجانب، فإن مشروعية مثل هذه الشروط محل شك. وعليه فإن مبادئ القانون الدولي لا تدعم التدخلات التي تمارسها روسيا وأوكرانيا والولايات المتحدة الأمريكية في السودان. وهذه التدخلات ليست متكافئة أحياناً، وليست مكثفة أحياناً أخرى؛ فالولايات المتحدة يأتي تدخلها من خلال الوجود الأوكراني فقط للحد من - وإجهاض - الوجود الروسي، وبقدر المصلحة يتفاوت حجم التدخل، إلا أنها كلها تدخلات مخالفة لأبسط قواعد القانون الدولي، مع التأكيد على مخالفتها نص المادة (4) الفقرة 2 من ميثاق الأمم المتحدة، ولا يندرج أي من تلك التدخلات ضمن الاستثناءات الواردة في نص المادة (51) من الميثاق.

كما أن الجمعية العامة للأمم المتحدة لم تصرح بأي من تلك التدخلات، ولا

حتى باركها مجلس الأمن، كما لا يندرج أي منها تحت مظلة الدفاع عن النفس. وقد ساند القانون الدولي العرفي هذا الرفض لمثل ذلك التدخل؛ حيث إن هناك رسوخاً عرفياً في نبد التدخل الأحادي أو غير المؤسسي، فلم توجد أي قاعدة عرفية في القانون الدولي تدعم أيّاً من تلك التدخلات.

وللأسف فإن أيّاً من تلك التدخلات لم تحل المشكلة، وإنما زادت تعقيداً، وزادت من سوء الوضع الإنساني في السودان، وتفشي وانتشار الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. ويبدو أن ما بدأ كصراع مسلح داخلي قد تطور إلى صراع مسلح دولي مع وسطاء لأكثر من عامين. ولا يبدو أن هذه التدخلات وعواقبها في طريقها إلى الزوال؛ فهي كالبركان الخامد المعرض للانفجار، ما لم تكن هناك خطوات جدية وعاجلة لتسوية هذا النزاعات سلمياً، وفق ما نصت عليه المادة (4) الفقرة 2، والفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة.

إن التدخل في السودان لم يكن له أي سند أو مباركة من مجلس الأمن، ولكن التدخل لحماية الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان أصبح اليوم استحقاقاً على المجتمع الدولي، وبطلب من مجلس الأمن للحد من إزهاق الأرواح الذي يزداد يوماً بعد يوم، ولا يخفى على أي مراقب أن هذه الحرب بالوكالة، أو التدخل تحت أي مظلة من المظلات بين دول متضاربة المصالح، من شأنه أن ينقلنا من حرب الوكالة إلى الحرب المباشرة، وأبرز وجوه هذا التصعيد هو الحرب بين أوكرانيا والاتحاد الروسي اللتين لكل منهما وجود في السودان.

ومن الضروري، التأكيد في هذا المقام أن ما يقوم به الرئيس الأمريكي دونالد ترامب، من إعادة رسم التدخل على أسباب مصلحة بحتة؛ حيث إن التدخل لمصلحة أي فريق في أي نزاع يكون لمن يدفع أكثر، ويتم حصاد مقابل هذه التدخلات في المستقبل، ويتم سدادهما من حقوق الأجيال المقبلة؛ الأمر الذي يجعل جلوس الفرقاء في النزاعات المحلية والدولية الخيار الوحيد، وهو التسوية السلمية لنزاعاتهم، وعدم تركها سلعة تعرض لتجار الأزمات والحروب.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ - الكتب:

- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 1997.
- القاموس العملي للقانون الدولي الإنساني، منشور على الرابط التالي:
<https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/tdkhwul>
- روسو شارل، القانون الدولي العام، ترجمة: شكرالله خليفة، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1987.
- غسان الجندي، حق التدخل الإنساني، ط1، الجامعة الأردنية، عمان، 2000.

ب - الأبحاث العلمية:

- أبكر علي عبدالمجيد أحمد، مدى تأثير التدخل في الشؤون الداخلية لدواعٍ إنسانية على مبدأ السيادة .. دراسة فقهية في ضوء القانون الدولي المعاصر، كلية القانون والشريعة، قسم القانون العام، جامعة نيالا، السودان، مجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، مج3، ع3، يونيو 2017.
- محمد جاريد، التدخل الدولي الإنساني ومبدأ السيادة بين التناقض ومقتضيات حقوق الإنسان، مداخلة في مؤتمر الوبينار الدولي حول التدخل الدولي الإنساني على ضوء القانون والواقع الدوليين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ديسمبر 2020.
- شاهين علي، التدخل من أجل الإنسانية وإشكالاته، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج28، ع4، سنة 2004.

ثانياً: باللغة الأجنبية

A - Books

- Christine Gray, International Law and the use of Force, Oxford Univ. Press 2000.
- G Nolte 'Kosovo Und Konstitutionalisierung: Zur Humanitären Intervention Der Nato-Staaten' (1999) 59 Zaörv 941-60 available at https://Www.Zaoerv.De/59_1999/59_1999_4_A_941_960.Pdf.
- Gordon W. Rudd, Humanitarian Intervention: Assisting The Iraqi Kurds In Operation Provide Comfort, 1991 (Cmh Pub. 2004).
- Illia Ponomarenko, Russia to offer Citizenship to Residents of Occupied Donbas, Kyiv Post, Apr. 24, 2015, <https://Www.inivpost.Com/Russia/Russia-To-Offer-Citizenship-To-Residents-Of-Occupied-Donbas.Html?Cn-Reloaded=1>.
- Independent International Commission on Kosovo, The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned, Oxford University Press 2000, available at: <https://Reliefweb.Int/Sites/Reliefweb.Int/Files/Resources/6d26ff88119644cfc1256989005cd392-Thekosovoreport.Pdf>.
- Pol Pot Overthrown, History (July 28, 2019), <https://Www.History.Com/This-Day-In-History/Pol-Pot-Overthrown>.
- Ryan Goodman & Michael Schmitt, Having Crossed the Rubicon: Arming and Training Syrian Rebels, Just Sec. (Sept. 26, 2014), <https://Www.Justsecurity.Org/15660/Crossed-Rubicon-Arming-Training-Syrian-Rebels>.
- Sean D. Murphy, Humanitarian Intervention: The United Nations in An Evolving World Order, Univ. Of Penn. Press, 1996.
- Taylor, Humanitarian Military Intervention, The Conditions for Success of Failure , Oxford Taylor Pub., University of New York.

- "The No-Fly Zone War" (U.S./U.K.-Iraq Conflict) 1991-2003, The History Guy Available At https://www.historyguy.com/no-fly_zone_war.html.
- Thomas M. Franck, Recourse to Force: State Action Against Threats And Armed Attacks, Cambridge Univ. Press, 2002. (eBook).
- Ugandan Dictator Idi Amin Overthrown, History (July 27, 2019), <https://www.history.com/this-day-in-history/idi-amin-overthrown>.
- V Lowe 'The Principle Of Non-Intervention: Use Of Force' In V Lowe And C Warbrick (Eds) The United Nations And The Principles Of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst, Routledge London, 1994.

B - Research

- Antonio Cassese, Ex Iniuria Ius Oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?, 10 Eur. J. Int'l L. (1999).
- Bruno Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, 10 Eur. J. of Int'l Law, 1, 17 (1999).
- C'Oman Kenny* And Se'An Butler 'The Legality of 'Intervention By Initiation' in Situations of R2P Violations' (2018) 51Int'l L. & Pol.
- Fernando R. Tesón, Collective Humanitarian Intervention, 17 Mich. J. Int'l L. (1996) Available at: <http://repository.law.umich.edu/mjil/vol17/iss2/5>.
- Jost Delbruck, A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations, 67 Ind. L.J. 887 (1992).
- Julia Brower et al., Historical Examples of Unauthorized Humanitarian Intervention, Yale Law School, Aug. 26, 2013, available at [pdf/cglc/cglc_historical_examples.pdf](http://pdf.cglc.org/cglc_historical_examples.pdf).

- Louis Henkin, Kosovo and the Law of «Humanitarian Intervention», 4 Am. J. Int'l L. 825 (1999).
- M Kohen 'L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau désordre juridique international' 1 Rev. Belge Droit International (1999).
- Marc J. Bossuyt, Human Rights and Non-Intervention in Domestic Matters, 35 Int'l Comm'n of Jurist (1985).
- Maria letizia Longo, Legitimation of Interventions of International Organizations in Peacekeeping Operations, available at <https://www.nato.int/acad/fellow/99-01/longo.pdf>.
- Maziar Jamnejad and Michael Wood 'The Principle of Non-Intervention' (2009) 22 L.J.Int'l L.
- Mehrdad Payandeh, The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya, 52 Va. J. Int'l L. 355 (2012).
- Michael Wood, The Law on the Use of Force: Current Challenges, 11 Sing. Y.B. Int'l L. (2007).
- Oscar Schachter, Editorial Comments, The Legality of Pro-Democratic Invasion, 78 Am. J. Int'l L. 645, 648 (1984).
- P.H. Winfield, The History of Intervention in International Law, 3 Brit. Y.B. Int'l L. (1922).
- Philip Alston, The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath, 13 Austl. Y.B. Int'l L., (1992).
- Qatar Int'l Law Conf. '94, International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade of Law 891 (Najeeb Al-Nauimi & Richard Meese eds., Kluwer Law Int'l 1995).

- Richard B. Lillich, Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights, 53 Iowa L. Rev. 325, 326-27 (1967).
- Ruth Wedgwood et al., Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention, NATO's Campaign in Yugoslavia, 93 Am. J. Int'l L. 829, 833 (1999).
- W. Michael Reisman, Editorial Comments Coercion and Self-Determination- Construing Charge Article 2(4), 78 Am. J. Int'l L. 642, 644 (1984).

ثالثاً: الصحف والمجلات

- مجلة AA الإلكترونية التركية، وزير الخارجية الروسي: ندين التدخل الخارجي في شؤون السودان، 12 فبراير 2025، وزير الخارجية الروسي: ندين التدخل الأجنبي في شؤون السودان
- جوناثان كامبل جيمس، الحد من التدخل الخارجي في السودان، مؤسسة واشنطن لسياسة الشرق الأقصى.
- The Washington Institute for the Far East Policy بتاريخ 4 أبريل 2024.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	61
المقدمة	63
المبحث الأول: مشكلة الدراسة والتطور التاريخي لمبدأ عدم التدخل في القانون الدولي عموماً وفي السودان خصوصاً	67
المطلب الأول: مشكلة الدراسة	67
المطلب الثاني: تطور مبدأ عدم التدخل في شؤون الدول وما يرتبط به من مبادئ في القانون الدولي العام عموماً وفي السودان خصوصاً	68
الفرع الأول: مبادئ القانون الدولي ذات الصلة بعدم التدخل	68
الفرع الثاني: تطور مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي العام	74
الفرع الثالث: تطور مبدأ عدم التدخل في الصراع الأهلي في السودان	77
المبحث الثاني: التدخل القسري بغطاء شرعي	80
المطلب الأول: شروط التدخل الإنساني أحادي الجانب وطبيعته	80
الفرع الأول: شروط التدخل الإنساني أحادي الجانب	80
الفرع الثاني: الطبيعة الاستثنائية للتدخل أحادي الجانب	83
المطلب الثاني: الأسانيد القانونية للتدخل الإنساني	88
الفرع الأول: تفويض مجلس الأمن الدولي	89

94	الفرع الثاني: تفويض الجمعية العامة للأمم المتحدة
96	الفرع الثالث: الدفاع عن النفس
99	المبحث الثالث: التدخلات في السودان بين المشروعية والحظر في القانون الدولي
99	المطلب الأول: أسانيد الفريق الداعم للتدخل
100	المطلب الثاني: أسانيد الفريق الراض للتدخل
103	الخاتمة
105	قائمة المراجع

حق تقادم أموال الدولة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي^(*)



د. محمد ضاوي العصيمي
أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصول الفقه
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

الملخص

يهدف هذا البحث إلى بيان ماهية التقادم وشروطه، والحكم الشرعي المترتب عليه في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الكويتي؛ حيث تضمن البحث الحديث عن التقادم، وشروط انطباق سماع الدعوى، وعوارض سريانه، وعدم سماع الدعوى بمرور الزمن، ومَن الذي يملك حق الإسقاط، وتقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق.

وقد اعتمد البحث المنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنباطي؛ في استنباط المسائل الفقهية والقانونية، مع تحليلها تحليلًا مقارنًا، وذلك في مقدمة، وخمسة مباحث؛ حيث تناول المبحث الأول التعريف بمصطلحات البحث، وتناول المبحث الثاني شروط انطباق التقادم أو الدفع بعدم سماع الدعوى وعوارض سريانه. أما المبحث الثالث فكان للحديث عن عدم سماع الدعوى بمرور الزمن، والمبحث الرابع للحديث عن يملك حق الإسقاط رضاء أو قضاء، وحُصِّص المبحث الخامس للحديث عن تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق.

وخلصت الدراسة إلى أن للحاكم وضع مدة معينة يقبل فيها رفع الدعاوى بالتقادم ويرفض من خلالها، وأن التقادم يختلف باختلاف الأمر المرفوع فيه، وأن حكم الحاكم أو القاضي لا يزيل الشيء عن صفته؛ فالحرام يبقى على حرمة، وأن نص المادة (21) من المرسوم بقانون الخدمة المدنية يكتنفه شبهة عدم الدستورية.

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 5 ديسمبر 2024

وتاريخ قبوله: 5 فبراير 2024

كلمات دالة: تقادم، وعدم سماع الدعوى، والإسقاط، وحق الدولة، ومبالغ مدفوعة بغير حق.

المقدمة

الحمد لله، وصلّ اللهم على أشرف الخلق وخاتم رسلك، وعلى آله وصحبه وأزواجه وذرياته وأتباعه إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الله تعالى أكمل بنبيه محمد ﷺ دينه القويم، وهدى به من شاء إلى الصراط المستقيم، وأسس شرعه المطهر على أحسن الطرائق وأحكم القواعد، وشيّد بالتقوى والعدل وجلب المصالح ودرء المفاسد، وأيده بالأدلة الموضّحة للحق، وأسبابه المرشدة إلى إيصال الحق لأربابه، وحماه بالسياسة الجارية على سنن الحق وصوابه، ولذلك قال سبحانه وتعالى: ﴿وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدِّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ (الأنعام، الآية 115)، فالمراد بالكلمات القرآن العظيم الذي تمت دلائله وحججه وأوامره ونواهيه وأحكامه وبشارته ونذارته وأمثاله، وقال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ...﴾ [المائدة، الآية 3].

ولما كان علم القضاء من أجل العلوم قدرًا، وأعزها مكانًا، وأشرفها ذكرًا؛ لأنه مقام عليّ ومنصب نبويّ به الدماء تُعصم وتُسفك، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب، وكانت طرق العلم به خفية المسارب، مخوفة العواقب، والحجج التي يفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القطا ويقصر فيها الخطأ، كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجل ما صرفت له العناية، وحمدت عقباه في البداية والنهاية، ومن ثمّ استعنت بالله في كتابة هذا البحث بعنوان «حق تقادم أموال الدولة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي».

أولاً: موضوع البحث وإشكاليته

للمال العام حرمة شرعية وقانونية، وهو مال المجتمع كافة؛ ومن ثم يجب الحفاظ عليه بغير وسيلة، لكن أثبت الواقع العملي تهاون بعض الموظفين فيه؛ حيث يتم صرفه بغير حق، وتمضي المدد القانونية لاسترداده دون استقصاء السبل القانونية المختلفة لذلك، بل ويستسيغ البعض استحقاق ذلك المال عبر بوابة التقادم؛ من هنا يأتي هذا السؤال الرئيس الذي يوضح إشكالية البحث، ويمكن صياغته كالتالي: ما

مدى اعتبار التقادم في إثبات الملكية أو نفيها؟ وما الحكم الشرعي الواجب اتباعه في حل أو حرمة أموال الدولة بعد الحكم قضاءً للمحكوم له بسقوطها بالتقادم؟

ثانيًا: أهمية البحث

تتصل أهمية هذا الموضوع مع إشكاليته العامة التي تفسح في المجال أمام الباحث لدراسته وخوض غماره، ويمكن صياغتها في النقاط التالية:

- 1 - قلة البحوث المعنية بهذه القضية المهمة.
- 2 - رغبة الباحث في إظهار الفارق بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي.
- 3 - عناية الفقهاء القدامى بهذه القضية؛ مما يجعلها محل نظر للبحث والاستدلال.
- 4 - تعريف المتخصصين بالمواطن التي يكون التقادم فيها غير معتبر.
- 5 - بيان عوارض سريان التقادم.

ثالثًا: أهداف البحث

يمكن إجمال أهداف هذا البحث فيما يلي:

- 1 - بيان ماهية التقادم والتعريف به، والأوضاع التي يثبت فيها الحكم بالتقادم.
- 2 - بيان المصدر الذي اعتمد عليه القانون من الشريعة في تلك القضية، والتعريف بحد الزمن الذي يُحكم فيه بالتقادم.
- 3 - التعريف بزمان التقادم، وشروط انطباقه، وإمكان الدفع بعدم سماع الدعوى، وعوارض سريانه.
- 4 - معرفة الحكم الشرعي المترتب على الحكم بالتقادم، والذي يجب اتباعه في حل أو حرمة أموال الدولة، بعد الحكم قضاءً للمحكوم له بسقوطها بالتقادم.

رابعًا: الدراسات السابقة

هناك بعض الدراسات التي تعرضت للتقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ومنها:

1- التقادم المانع من سماع الدعوى بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، زكية عبدالرحيم الحواس، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثامن والثلاثون، الإصدار الأول 2/1، سنة 2023م، ص 437 - 501. وقد تناولت الباحثة هذه الدراسة في مقدمة، وخمسة مباحث، وخاتمة. المبحث الأول: تعريف التقادم وبيان مشروعيته. والمبحث الثاني: حكم سقوط الحق بالتقادم، وحكم السكوت عن المطالبة بالحق. والمبحث الثالث: بيان أنواع مدة التقادم المانع من سماع الدعوى في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. المبحث الرابع: بيان أنواع التأريخ، وكيفية حساب مدة التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. المبحث الخامس: وقف التقادم وانقطاعه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

- ما يضيفه البحث: وإن تناولت هذه الدراسة التقادم وبعض أحكامه، لكن يختص بحثي بمسألة: حق تقادم أموال الدولة، وهو ما لم تفصل فيه هذه الدراسة، فضلاً على اقتصار هذه الدراسة على المقارنة بالقانون المصري، في حين أن بحثي يتعلق بالقانون الكويتي، وتطبيقات القضاء الكويتي في هذا الصدد.

2- أحكام التقادم في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، محمد أحمد حسن إبراهيم، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2004م. تناول الباحث هذه الدراسة من خلال مقدمة، وبابين، وخاتمة؛ الباب الأول: الأحكام العامة للتقادم، وتعرض فيه الباحث لتعريف التقادم، وطبيعة التقادم، وأساس التقادم، ونطاق التقادم، ومدة التقادم، ووقف التقادم، وانقطاع التقادم، وأثر التقادم. الباب الثاني: من مسائل التقادم في الفقه الإسلامي. وذكر فيها الباحث تقادم العبادات والمعاملات والجرائم والعقوبات.

- ما يضيفه البحث: تبيان حق تقادم أموال الدولة خاصة، وهو ما لم تفصل فيه هذه الدراسة، فضلاً على اقتصار هذه الدراسة على المقارنة بالقانون المصري، واختصاص البحث القانون الكويتي، وتطبيقات القضاء الكويتي في هذا الصدد.

خامساً: منهج البحث

تقتضي طبيعة البحث أن نحتكم إلى محددات المنهج الاستقرائي والاستنباطي؛ إذ سأشرع في استقراء موضوع البحث وفقاً لعناصره الموضحة في خطة البحث، وبعدها أشرع في استنباط المسائل الفقهية والقانونية، مع تحليلها تحليلاً مقارناً بُغية الوصول إلى نتائج البحث، وسيتحقق تطبيق تلك المنهجية من خلال بعض الإجراءات البحثية كالتالي:

- 1 - الرجوع إلى المصادر والمراجع والدراسات التي لها صلة بموضوع البحث.
- 2 - عزو الآيات القرآنية إلى مواقعها من السور.
- 3 - عزو الآثار إلى مصادرها التي أخرجتها بسندها.
- 4 - تعريف بعض المصطلحات التي تحتاج إلى تعريف، والرجوع إلى المعاجم اللغوية لبيان معانيها.

سادساً: خطة البحث

تم ترتيب البحث على مقدمة، وخمسة مباحث، وخاتمة، وتحت كل مبحث مطالب، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الثاني: شروط انطباق التقادم أو الدفع بعدم سماع الدعوى وعوارض سريانه.

- المبحث الثالث: عدم سماع الدعوى بمرور الزمان.
- المبحث الرابع: من يملك حق الإسقاط رضاءً أو قضاءً.
- المبحث الخامس: تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق.
- الخاتمة.

المبحث الأول

التعريف بمصطلحات البحث

سيتناول المبحث الأول تعريف الاسترداد، ثم المطالبات، والتقدم في اللغة والاصطلاح، على أن يليها بيان انقضاء الدين أو الحق المطالب به بمضي المدة قانوناً، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

الاسترداد لغةً واصطلاحاً

أولاً: الاسترداد في اللغة

طلب الرد، يقال: استرد الشيء وارتمه؛ أي: طلب رد ما له من الغير؛ فالرد: صرف الشيء ورجعه، والرد: مصدر رددت الشيء، ورده عن وجهه يرده رداً ومرداً وتردداً: صرفه، وهو بناء للتكثير؛ قال ابن سيده: قال سيبويه: هذا باب ما يكثر فيه المصدر من فعلت فتلحق الزائد وتبينه بناء آخر، كما أنك قلت في فعلت: فعلت حين كثرت الفعل، ثم ذكر المصادر التي جاءت على التفعّل كالترداد والتلعاب والتهذار والتصفاق والتقتال والتسيار وأخواتها؛ قال: وليس شيء من هذا مصدر أفعلت، ولكن لما أردت التكثير بنيت المصدر على هذا، كما بنيت فعلت على فعلت. والمرد كالرد، وارتمه كرده⁽¹⁾.

ثانياً: في الاصطلاح

هو طلب إرجاع الشيء⁽²⁾.

(1) انظر: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منثور الأنصاري الرويفعي الأفرقي (ت: 711هـ)، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ، 3/ 172.

(2) انظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، 5/ 302. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج، ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م، 2/ 99. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، شرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، 1414هـ - 1993م، 2/ 40.

المطلب الثاني

المطالبات لغةً واصطلاحاً

أولاً: المطالبة في اللغة

مصدر من الفعل الثلاثي طلب. والطلب: محاولة وجدان الشيء وأخذه. والطلبية: ما كان لك عند آخر من حق تطالبه به. والمطالبة: أن تطالب إنساناً بحق لك عنده، ولا تزال تطالبه وتتقاضاه بذلك. والغالب في باب الهوى: الطلاب. والتطلب: طلب في مهلة من مواضع⁽³⁾.

ثانياً: في الاصطلاح

المطالبة في الاصطلاح كمعناها اللغوي: أن تطالب إنساناً بحق لك عنده⁽⁴⁾.

المطلب الثالث

التقادم لغةً واصطلاحاً

أولاً: التقادم في اللغة

مصدر، يقال: تقادم الشيء أي: صار قديماً، ومنه قَدُم الشيء بالضم قَدَمًا، وزَانَ عَنَبَ خلاف حدث، فهو قديم⁽⁵⁾.

(3) انظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، 1/ 560.

(4) انظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م، 12/ 203. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، 3/ 409. الروياني، أبو المحاسن عبدالواحد بن إسماعيل (ت: 502هـ)، بحر المذهب، تحقيق: طارق فتحي السيد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م، 6/ 446. محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: عبداللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، ط1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425هـ - 2004م.

(5) انظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت، 2/ 492.

ثانيًا: التقادم في الاصطلاح

والتقادم في الاصطلاح: لا يخرج عن المعنى اللغوي، وهو مرور الزمان على الشيء⁽⁶⁾.

المطلب الرابع

انقضاء الدين أو الحق المطالب به بمضي المدة قانونًا

أولاً: سقوط الحق بالتقادم

سقوط الحق بالتقادم معناه: عدم الأحقية في المطالبة بالحق بعد مرور الزمن، وذلك يختلف من أمرٍ لأمر.

ثانياً: عدم سماع الدعوى بالحق بمرور الزمان

وذلك معناه: عدم السماح لصاحب الحق برفع أمره للقضاء، والمطالبة بما له من حق بعد مرور زمنٍ ما على هذا الحق.

فالدين، كما هو معلوم، ينقضي وينتهي الالتزام به، وتبرأ الذمة المنشغلة به بطريقتين؛ إما الأداء، وإما الإبراء. إلا أن القانون سلك مسلكاً ثالثاً وهو انقضاءه بمضي المدة، وهي مدة نص القانون على تحديدها بمضيها دون المطالبة به، مع تمسك من له مصلحة (المدين) بذلك قضاءً يقضي عادة له بها، ويسمى التقادم المسقط للدين⁽⁷⁾؛ حيث يتم الانتهاء من المديونية قانوناً؛ فتسقط بمضي المدة المقررة قانوناً، من دون مطالبة، ويسقط حق المطالبة بالدولة، وليس سقوط الدين ذاته، ويسمى عدم السماع به.

(6) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، الميسوط، مرجع سابق، 9/ 93. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، 1412هـ - 1991م، 11/ 170.

(7) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية رقم (1112)، و(1124/ 2018)، مدني جلسة 1 - 2022/3/22.

المبحث الثاني

شروط انطباق التقادم أو الدفع بعدم سماع الدعوى

وعوارض سريانه

وفيه سيتم مناقشة شروط انطباق التقادم، ثم شروط انطباق الدفع بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان، ويليه عوارض سريان التقادم أو الدفع بعدم سماع الدعوى، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

شروط انطباق التقادم

يُشترط لانطباق التقادم مرور المدة الزمنية المسقطة للحق، والفقهاء - على الرغم من اتفاقهم على سقوط الحق بتركه وعدم المطالبة به - اختلفوا في المدة الموجبة لذلك بالنظر لنوع الحق⁽⁸⁾.

أما الحنفية فلهم في ذلك أقوال ثلاثة؛ الأول: أنها ست وثلاثون سنة. الثاني: أنها ثلاثون سنة. الثالث: أنها ثلاث وثلاثون سنة. واختلاف الحنفية في الواقع ناشئ من اختلافهم في النظرة إلى طبيعة الحقوق، والظروف التي تحيط بها، والعلاقة بين المدعي والمدعى عليه.

ولقد اختارت مجلة الأحكام العدلية المقتبسة - في معظمها من الفقه الحنفي - الرأي الأول، وبه أفتى الفقهاء الحنفية المتأخرون وصار العمل بمقتضاه⁽⁹⁾.

جاء في درر الحكام ما نصه: «أَنَوَاعُ مُرُورِ الزَّمَنِ: إِنَّ مُرُورَ الزَّمَنِ عَلَى نَوْعَيْنِ: النَّوعُ الْأَوَّلُ مُرُورُ الزَّمَنِ الَّذِي حُكْمُهُ اجْتِهَادِيٌّ وَمُدَّتُهُ سِتُّ وَثَلَاثُونَ سَنَةً، وَلِذَلِكَ

(8) زكية عبدالرحيم، التقادم المانع من سماع الدعوى بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع38، الإصدار الأول، 2023م، ص437 - 501، ص460.

(9) انظر: الرملي، خير الدين، الفتاوى الخيرية لنفع البرية، المطبعة المنيرة العثمانية، 1310هـ، 2/ 48، ص118. محمود الطرابلسي، شرح مجلة الأحكام العدلية، المادتان (1661) و(1801)، سليم رستم باز، 910/1.

فَالدَّعْوَى الَّتِي تُتْرَكُ سِتًّا وَثَلَاثِينَ سَنَةً بَلَا عُذْرَ لَا تُسْمَعُ مُطْلَقًا؛ حَيْثُ إِنَّ تَرْكَ الدَّعْوَى تِلْكَ الْمُدَّةَ مَعَ الْاِقْتِدَارِ عَلَيْهَا، وَفُقْدَانِ الْعُذْرِ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْحَقِّ. إِنَّ اِعْتِبَارَ نِهَايَةِ مُدَّةِ مُرُورِ الزَّمَنِ سِتًّا وَثَلَاثِينَ سَنَةً مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَادَّةِ (661).

النَّوعُ الثَّانِي: مُرُورُ الزَّمَنِ الْمُعَيَّنِ مِنْ قَبْلِ السُّلْطَانِ: إِنَّ عَدَمَ اسْتِمَاعِ الدَّعْوَى فِي مُرُورِ الزَّمَنِ الَّذِي هُوَ مِنْ هَذَا النَّوعِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَادَّةِ (1801) مِنَ الْمَجْلَةِ؛ فَلِذَلِكَ إِذَا تَحَقَّقَ فِي دَعْوَى مُرُورِ زَمَنٍ مِنْ هَذَا النَّوعِ، وَأَمَرَ مِنْ قَبْلِ السُّلْطَانِ بِاسْتِمَاعِ تِلْكَ الدَّعْوَى فَتُسْمَعُ. وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يَمْنَعَ قَاضِيًا مِنْ اسْتِمَاعِ الدَّعْوَى الَّتِي يَقَعُ فِيهَا مُرُورُ زَمَنٍ مِنْ هَذَا النَّوعِ، وَأَنْ يَأْذَنَ قَاضِيًا آخَرَ بِسْمَاعِ مِثْلِ هَذِهِ الدَّعْوَى؛ وَلِذَلِكَ فَالْفَتَاوَى الَّتِي أَفْتَى بِهَا مَشَايِخُ الْإِسْلَامِ بِعَدَمِ اسْتِمَاعِ الدَّعْوَى فِي مِثْلِ هَذَا النَّوعِ مِنْ مُرُورِ الزَّمَنِ قَدْ ذَكَرَ فِيهَا بِأَنَّهَا لَا تُسْمَعُ بَلَا أَمْرٍ. إِنَّ هَذَا النِّهْيَ هُوَ فِي حَقِّ الْقَاضِي، وَلَيْسَ فِي حَقِّ الْحَكَمِ؛ فَلِذَلِكَ إِذَا فَصَلَ الْحَكَمَ دَعْوَى مَرَّ عَلَيْهَا خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَصَحِيحٌ وَيُنْفَذُ حُكْمُهُ (الْحَمَوِيُّ)، حَتَّى لَوْ «أَنَّ شَخْصَيْنِ عَيْنَا الْقَاضِي حَكَمًا بِفَضْلِ دَعْوَى «فَلِلْحَكَمِ الْمَذْكُورِ أَنْ يَفْضَلَ تِلْكَ الدَّعْوَى وَلَوْ مَرَّ عَلَيْهَا خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً (رَدُّ الْمُحْتَارِ)»⁽¹⁰⁾.

والحاصل أن متأخري الحنفية انتهوا إلى تحديد مدة التقادم بناء على الأمر السلطاني بخمس عشرة سنة⁽¹¹⁾.

أما المالكية فلهم في تحديد المدة آراء عديدة، أبرزها رأي أن المدة لا تُحدَّد بسنين مُقدَّرة، بل يترك أمرها إلى اجتهاد الحاكم، وهو رأي الإمام مالك، ويُقدَّم وفقاً لقواعد ترجيح الأقوال بالمذهب؛ لأنه المؤسس للمذهب، فأريه مُقدَّم على غيره⁽¹²⁾.

(10) حيدر خواجه أمين علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، 1411هـ - 1991م، 4/ 295.

(11) محمد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التقادم في الفقه الإسلامي .. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2004م.

(12) مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، ط1، دار ابن حزم، 1422هـ - 2002م، أصل الكتاب: رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، مصر، ص216.

قال العلامة ابن عبد البر، رحمه الله: «إذا قامت دار ملكاً بيد رجل مدة طويلة متقدمة أقلها عشرة أعوام يتصرف فيها المالكين بالكراء والسكنى والهدم والبنيان، ثم قام فيها قائم قد كان حاضراً يرى فعله ولا ينكره ببلد يمكنه الاستعداد عليه فيها، والانتصار منه، ولم يعترض في شيء من ذلك، فلا مقال له إن كان أجنبياً، ولا حق في شيء منها، وهي لمن ثبتت حيازته لها، وإن كان وارثاً في مثل هذه المدة حلف بالله ما كان سكوته وترك الإنكار والتعرض للساكن الحائز إلا إرفاقاً وصلة لرحمه، فإذا حلف بهذا قضى له بما استحق من حقه، وقد قيل في الحيازة أقل من هذه المدة، ولا يعمل به، وليس بشيء إلا فيما يهدم أو يبني وتغير تغيراً بيناً عن حاله أو يفوت بيع أو أمهار، فإن مثل هذا يكفي فيه أقله على ما يراه ولا ينكره، إلا أن يكون له عذر واضح لسكوته، وترك إنكاره، فيسمعه الحاكم منه ويجتهد فيه، والحيازة بين الأقارب أطول، والحد فيها اضطرب فيه الفقهاء من أهل المدينة، وضرب الحدود في مثل هذا بغير أثر ليس من شيم أهل الفقه والنظر، ووفق الحاكم والمفتي فيما لا نص فيه ولا إجماع أن يجتهد ولا يخرج عن أقاويل من مضى»⁽¹³⁾.

وقال العلامة الخطاب، رحمه الله: «تحصل في مدة الحيازة ثلاثة أقوال:

الأول: قول مالك في المدونة أنها لا تحدد بسنين مُقدَّرة بل باجتهاد الإمام، وهكذا نقل ابن يونس فقال: ولم يُحدَّ مالك في الرباع عشر سنين ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر فيما يُهدم ويُنَى ويسكن ويكرى. وهكذا نقله ابن شاس وابن عرفة وسيأتي لفظه.

والقول الثاني: إن مدة الحيازة عشر سنين، وهو القول الذي مشى عليه المصنف في كتاب الشهادات وعليه اقتصر في الرسالة، قال في النوادر وبه أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، وهكذا عزاه ابن يونس وابن شاس وتقدم نحوه عن التوضيح، ونقله ابن عرفة عن النوادر، وقال ابن يونس: قال ابن سحنون: لما أمر

(13) انظر: ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1400هـ - 1980م، 2/ 938.

الله نبيه بالقتال بعد عشر سنين كانت أبلغ شيء في الأعذار، واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم، وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة، ولا شك في أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل على انتقاله عنه.

والقول الثالث: أن مدة الحيازة سبع سنين فأكثر وهو قول ابن القاسم الثاني، وقد ذكر ابن عرفة هذه الأقوال الثلاثة، فقال: وفي تحديد مدة الحيازة بعشر أو سبع، ثالثها: لا تحديد بعدة بل باجتهاد الإمام، وقال في المسائل الملقوطة⁽¹⁴⁾.

وقد اختار القانون الكويتي أن التقادم يختلف باختلاف ثلاث جهات: فيتم سقوط الدعوى الجنائية بالتقادم بمرور الفترات الزمنية التالية من وقت ارتكاب الجريمة⁽¹⁵⁾:

- 10 سنوات إذا كانت الجريمة جنائية، ويسمى التقادم في الجنايات.

- 5 سنوات إذا كانت جنحة.

- سنة واحدة إذا كانت مخالفة.

جاء في المادة (21) من المرسوم بقانون الخدمة المدنية رقم 15 لسنة 1979 التي تنص على أنه: «يتقادم حق الجهات الحكومية في استرداد المبالغ المدفوعة منها للموظف من دون وجه حق، بانقضاء خمس سنوات من تاريخ الصرف»⁽¹⁶⁾.

ونصت المادة (123) من القانون المدني رقم 67 لسنة 1980 على أنه إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة، أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة... أو لجهة الوقف، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر أو التزامه بما يرفع عنه الفحش في الغبن⁽¹⁷⁾.

(14) شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1412هـ - 1992م، 6/ 223.

(15) انظر: هذا الرابط: <https://mohamiekuwait.com/blog>، آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2025/1/28.

(16) حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1112، و1124، 2018 مدني جلسة 1 - 22 / 3 / 2022.

(17) المرجع السابق.

وقد بينت المادة (166) من القانون ذاته متى يسقط الحق برفع دعوى الغبن، بقولها: «تسقط دعوى الغبن إذا لم تُرفع خلال سنة بالنسبة إلى الدولة، أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية»⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني

شروط انطباق الدفع بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان

إن إفراغ النصوص القانونية على الواقع بشأن حالة معينة، وتطبيق القاضي لها يستلزم التأكد من توافر الشروط اللازمة لذلك، وانتفاء موانعها وعوارضها، خاصة إذا كان المطلوب إسقاطه بالتقادم لأموال الدولة صرفت لشخص ما من دون وجه حق، ويطالب بعدم استردادها، ويتحقق هذه الشروط يتحقق التقادم، ويتخلف أي شرط يتحقق موانع التقادم ورفضه في القضاء، ومن هذه الشروط باختصار ما يلي:

أولاً: مضي المدة الزمنية المحددة قانوناً للإسقاط⁽¹⁹⁾

وإن كانت الحقوق لا تسقط بالتقادم إلا أن الدعوى القديمة التي طالت مدتها بحيث يتعذر، أو يصعب، صدقها، أو إصابتها عرفاً وعادة، لولي الأمر منع القاضي من سماعها تلافياً للتحايل والتدليس والتزوير، وهذا مما يتوافق مع الشريعة الإسلامية ولا يخالفها، كما نص عليه الفقهاء. قال العلامة الحصكفي، رحمه الله: «القضاء مظهر لا مثبت، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة، حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ. قلت: فلا تسمع الآن بعدها إلا بأمر إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي، وبه أفتى المفتي أبو السعود فليحفظ»⁽²⁰⁾. وقال العلامة ابن عابدين: «قد أستفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو للنهي عنه من السلطان؛ فيكون القاضي

(18) المرجع السابق.

(19) الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، الطعن 164 لقانون 57 قضائية، جلسة 1993/12/12.

(20) الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (ت: 1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م، ص473.

معزولاً عن سماعها لما علمت من أن القضاء يتخصص؛ فلذا قال: إلا بأمر. أي: فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع، وسبب النهي قطع الحيل والتزوير، فلا ينافي ما في الأشباه وغيرها من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان. ولذا قال في الأشباه أيضاً: ويجب عليه سماعها أي: يجب على السلطان الذي نهى قضاياه عن سماع الدعوى، بعد هذه المدة، أن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها؛ كي لا يضيع حق المدعي، والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعي أمانة التزوير، وفي بعض نسخ الأشباه: ويجب عليه عدم سماعها، وعليه فالضمير يعود إلى القاضي المنهي عن سماعها، لكن الأول هو المذكور في معين المفتي⁽²¹⁾.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية ما نصه: «القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات، مثلاً: القاضي المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط، وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها، وكذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء، وليس له أن يحكم في قضاء آخر، والقاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط، وليس له أن يحكم في محل آخر، وكذلك لو صدر أمر سلطاني بألا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة، ليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها، أو كان القاضي بمحكمة مأذوناً باستماع بعض الخصوصيات المعينة، ولم يكن مأذوناً باستماع ما عدا ذلك، فله أن يسمع الخصوصيات التي أذن بها فقط، وأن يحكم فيها، وليس له استماع ما عداها والحكم بها. وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لَمَّا أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق، فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه»⁽²²⁾.

(21) ابن عابدين، محمد أمين (ت: 1252هـ)، حاشية ابن عابدين، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1386هـ - 1966م، 5/ 420.

(22) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدد من العلماء والفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانة تجارِ كتب، آرام باغ، كراتشي. ص 367.

ثانيًا: أن يكون الدين المطالب بإسقاطه أو عدم سماع الدعوى به مُحقق الوجود مُعين المقدار

ثالثًا: أن يتمسك من له صفة أو مصلحة بهذا الإسقاط أمام القضاء

فلا تسقط المديونية بعدم السداد مهما طال الزمن، إلا أن القانون جعل أمد إسقاط التقادم شريطة أن يحكم بذلك قضاء للشخص نفسه، أو من بيده توكيل عنه، وبذلك نصت المادة (452/1) من القانون المدني الكويتي أنف الذكر على أنه: «لا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو دائئه أو أي شخص له مصلحة فيه، ولو لم يتمسك فيه المدين»، وعليه، فهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، ويجب أن يتمسك به من له مصلحة فيه (الطعن بالتمييز رقم 2002/10، تجاري جلسة 2004/1/17م).

رابعًا: ألا يرد على التقادم وقف أو انقطاع في أثناء سريانه

خامسًا: إنكار الحق أو الدين محل المطالبة بالدعوى⁽²³⁾

المطلب الثالث

عوارض سريان التقادم أو الدفع بعدم سماع الدعوى

مرور الزمان أو مضي المدة المحددة قانوناً وسريانها سنين قد تتخللها عوارض مستحقة، ولا تسلم من عدم الاستقرار، وأثر هذه العوارض يتفاوت في تأثيره على الزمن الماضي من مدة التقادم والباقي منه، وهما عارضان:

1 - وقف مدة التقادم أو مدة عدم سماع الدعوى.

2 - انقطاع مدة التقادم أو عدم سماع الدعوى.

(23) نص المادة (441) من القانون المدني «لا تُسمع عند الإنكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضي خمس سنوات...»، وغيرها مع ملاحظة أنه في النصوص التي تشترط التقادم فقط لا يستلزم هذا الإنكار مع الأسف، كما في نص المادة (21) من مرسوم قانون الخدمة المدنية 1979/15 محل البحث وغيرها.

والفرق بينهما أن الأول (الوقف): تستأنف، أي تستكمل المدة بعد زوال سبب الوقف، ولا تبدأ مدة جديدة، والأثر القانوني للوقف هو عدم احتساب المدة التي حصل الوقف خلالها - فلا تُحسب ضمن مدة التقادم. وتحسب المدة السابقة والتالية لها. أما الانقطاع وتحقق أثره فإن زال سبب الانقطاع تبدأ مدة جديدة، والأثر القانوني لانقطاع مدة التقادم هو زوال أثره، وعدم احتساب المدة قبل انقطاع التقادم؛ فقد أصبحت كأن لم تكن⁽²⁴⁾.

وقد نصت المادة (466) من القانون المدني الكويتي على أنه «لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وُجد مانع يتعذر على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً».

والقانون المصري يجري النص كالتالي: «لا يسري التقادم كلما وُجد مانع يتعذر على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً»⁽²⁵⁾.

بمعنى: أن هناك سببين لوقف التقادم، وهما إما سبب مادي، وإما معنوي أدبي. ومن الأسباب المادية تحقق أحد الأعدار القانونية، مثل: الصغر والجنون والعتة والغياب الطويل خارج البلاد والقوة القاهرة أو السجن أو الحجز في المستشفى مدة طويلة.

وينقطع التقادم، أو مدة عدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية الصريحة الجازمة، برفع الدعوى أمام القضاء، والتي تنتهي بالحكم لمصلحة رافعها⁽²⁶⁾.

وذلك الأمر هو ما نص عليه الفقه الإسلامي؛ فقد نص الفقهاء على وجود عدة عوارض لسريان التقادم، أو الدفع بعدم سماع الدعوى، ومن ذلك: فقد الأهلية أو

(24) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت، ص 1114 - 1115.

(25) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966م، 1/1259.

(26) حكم محكمة التمييز القطرية القاضي بأن الحكم برفض الدعوى أو عدم قبولها مؤداه زوال ما كان للمطالبة القضائية من أثر في قطع التقادم، وزارة العدل، دولة قطر، البوابة القانونية القطرية، الميزان، رقم 2015/245، تمييز مدني تجاري، جلسة 2015/10/27.

نقصها، كما لو كان صاحب الحق صغيراً أو محجوراً عليه لجنون أو سفه أو ما شابه ذلك، ولم يكن له ولي يرفع شؤونه؛ فالمدة التي تمر في أثناء فقد الأهلية أو نقصها لا تدخل في حساب مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى، مهما قصرت تلك المدة أو طالت⁽²⁷⁾.

وكذلك الغيبة، وهي من الأعذار التي توقف مرور الزمن، وهي عند الحنفية معتبرة في المدعى والمدعى عليه. أما عند المالكية فهي معتبرة في غيبة المدعى فقط دون المدعى عليه، وجوهر الخلاف هو أن المالكية يجيزون الحكم على الغائب، خلافاً للأحناف الذين يشترطون في صحة الحكم حضور المدعى عليه، واعتبار الغيبة عذراً مقيّداً بما لو كان ثبوت الحق لصاحبه في حالة غيابه، فلو ثبت في حال حضوره وهو عالم بذلك، ولم يدّع ثم غاب؛ فإن غيابه مدة لا يعتبر عذراً يوقف مرور الزمان، ومنها التغلب، بأن يكون المدعى عليه صاحب سلطة أو نفوذ أو سطوة، ويخشى المدعى سطوته ونفوذه وسلطانه، ويخاف منه على نفسه أو حقه⁽²⁸⁾.

قال أطفيش: «والذي عندي أن من شرط الحيابة أن يكون صاحب الأصل قادراً على أن يتكلم على حقه ويخاصم، وإلا فلا يُجاز عنه أصله إلا أنه إذا لم يقدر أشهد سرّاً أنه على حقه لم يتركه، وأنه إذا قد تكلم به، ولعل جابراً دفع الرجل عن أصله مع قوله: إنه لا يقدر على دفع خصمه ولا على خصومته؛ لأنه لم يشهد على ذلك، ثم رأيت في الديوان النص على اشتراط القدرة؛ إذ قالوا: وإنما تجوز الحيابة على الحر البالغ الصحيح العقل، ذكراً كان أو أنثى، موحداً أو مشركاً، إلا أرض الجزية، فلا يحوزها المسلمون ويحوزها أهل الكتاب فيما بينهم، وهذا كله إذا حضر صاحب الحق حتى تمت مدة الحيابة، ولم يغير ولم ينكر من حاز أصله شيئاً، فسكت ولم يمنعه، ولم يحتج عليه عند المسلمين في موضع يدرك حقه فيه، حتى مكث فيه وحازه عشر سنين، أو عشرين سنة، فيكون لا حجة له عليه»⁽²⁹⁾.

(27) محمد أمين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، 4/ 477.

(28) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، 6/ 222.

(29) محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ط3، مكتبة الإرشاد، جدة، 1405هـ - 1985م، 516/13.

فإذا وُجد عذر من هذه الأعذار، فلا تعتبر المدة التي قام فيها العذر ضمن الزمن المعترف في التقادم.

ومن الأسباب الموجبة للقطع ما يرجع إلى صاحب الحق أو المدعي، ومنها ما يرجع إلى المدعى عليه.

أما ما يرجع إلى المدعي فهو المطالبة القضائية، والمقصود بها قيام صاحب الحق برفع دعوى إلى القاضي الذي له صلاحية النظر فيها على خصمه الشرعي، يطالبه فيها بحقه، فإذا صنع ذلك اعتبر سبباً لقطع التقادم، أعني: للزمن الذي سبق المطالبة القضائية، حتى لو ترك المدعي دعواه قبل الحكم فيها، أما السبب الذي يرجع إلى المدعى عليه فهو إقراره بالحق الذي يدعيه المدعي، فإذا أقر به صراحة انقطع التقادم، وعلل بأن تقييد القضاة بقبول الدعوى التي لم يمض عليها التقادم دون غيرها، مع أن الحق لا يسقط بمرور الزمان، إنما قرر سقوطه أو سقوط حق المطالبة به هو لمنع التزوير والاحتيال، ومع الإقرار ينتفي ذلك، وبأن الإقرار إذا كان يلزم القاضي بالحكم بموجبه، حتى عند مضي مدة التقادم وانقضائها، فأولى به أن يكون سبباً لقطع المدة وإسقاطها⁽³⁰⁾.

وفي القانون، من شروط التقادم المسقط للدين - بمضي الزمن - أن يتمسك به صاحب المصلحة والصفة، أما إن لم يتمسك وأقر بالدين فقط انتفى هذا الشرط وسقط التقادم ذاته، كما أن من شروط عدم سماع الدعوى، بمرور الزمان، أن يجحد المدين الدين وينكره، أما إن أقر به فقط سقط عدم سماع الدعوى.

(30) ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، 4/ 476.

المبحث الثالث

عدم سماع الدعوى بمرور الزمان

وفيه سيتم بيان عدم سماع الدعوى بسبب من المدعى عليه، وعدم سماع الدعوى بتفريط من المدعي، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

عدم سماع الدعوى بسبب من المدعى عليه

نصَّ الفقهاء على أنه لا تُسمَع الدعوى من المدعى عليه بعد قضاء القاضي، وقد نص على ذلك العلامة ابن نجيم⁽³¹⁾ رحمه الله.

وفي القانون يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى السابق الفصل فيها، إن كان قد حكم قاضٍ سابق بها، وأخذ الحكم صفة النهائية.

وكذلك قيام البيئة بالحق للمدعي على المدعى عليه، وقد نص على ذلك العلامة الشرواني الشافعي، رحمه الله⁽³²⁾، وفي قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980 نصت المادة (46) فيه على إلزام المدعي بتقديم جميع المستندات المؤيدة لدعواه مع الصحيفة، أو في أول جلسة لنظر الدعوى، وكذلك فرضت غرامة في حال تعمد تأخر تقديم المستندات أو تعطيل الجلسات (المادتان (68) و(70) من القانون ذاته)، وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بهذا الشأن؛ أن الدعوى بلا دليل هي والعدم سواء.

(31) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت: بعد 1138هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، 6/ 151.

(32) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، القاهرة 1357هـ - 1983م، 336/10.

المطلب الثاني

عدم سماع الدعوى بتفريط من المدعي

وذلك نص القانون عليه بأنه لا تقبل الدعوى بعد انقضاء مدة التقادم، وقد نص على ذلك العلامة ابن عابدين، فقال ما نصه: «مطلب في عدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة (قوله: بعد خمسة عشر سنة) المناسب خمس عشرة بتذكير الأول وتأنيث الثاني لكون المعدود مؤنثاً وهو سنة، وأجاب بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول (قوله: فلا تسمع الآن بعدها)، أي: لنهي السلطان عن سماعها بعدها، فقد قال السيد الحموي في حاشية الأشباه: أخبرني أستاذي شيخ الإسلام يحيى أفندي الشهير بالمنقاري أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم، في جميع ولايتهم، ألا يسمعوا دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة سوى الوقف والإرث»⁽³³⁾.

(33) محمد أمين، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، 5/ 419.

المبحث الرابع

من يملك حق الإسقاط رضاءً أو قضاءً

ونتناول فيه هل لولي الأمر إسقاط حق المطالبة بمضي الزمان، ثم عود ولي الأمر على المقصر فيما أسقط وضوابط ذلك، من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

هل لولي الأمر إسقاط حق المطالبة بمضي الزمان؟

لولي الأمر منع القضاة من سماع الدعوى في أحوال بشروط مخصوصة، ومن ذلك منع سماع الدعوى في بعض الحالات بعد مدة محددة معلومة، ومع أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان، إلا أن وجه هذا المنع (منع المطالبة القضائية بالحق) هو لتلافي التزوير والتحايل؛ لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من إقامتها يدل على عدم الحق ظاهراً.

وعدم سماع الدعوى بعد المدة المحددة ليس مبنياً على سقوط الحق في ذاته، وإنما هو مجرد منع القضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه، حتى لو أقر الخصم يلزمه، ولو كان التقادم مسقطاً للحق لم يلزمه.

وقد نص على ذلك العلامة الخليلي الشافعي - رحمه الله - فقد «سئل» في معنى اشتهر؛ أن الدعوى لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة؟

فأجاب: اعلم وفقك الله تعالى أن حق الخلق لا يسقط بمضي الزمن ولو ألف عام؛ لقوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا». قاله في يوم عرفات وعلى من يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدفع ما عليه من حقوق العباد؛ كي لا تبقى روحه محبوسة عن مقامها؛ لما ورد في الحديث الشريف. وإنما المعنى المذكور وهو عدم سماع الدعوى في ذلك إنما مشاع من طرف السلطان نصره الرحمن من منع القضاة أن يسمعو دعوى فيما زاد على خمس عشرة سنة رفعاً بالنزاع، ولأجل حسن النظام، ولكن هذا مشروط بأن ينص السلطان للقاضي على ذلك، فيصير ليس له حكم فيما زاد لأنه بالنسبة إليه

كالمعزول، فله أن يعرف المدعى عليه بوجوب الحق عليه كالعالم والمفتي وليس له إلزامه، فإن أردت طريق الجنة دفعت ما عليك من حقوق الخلق، وإن سلكت طريق النار فلا تأمن من العار⁽³⁴⁾.

وجاء في شرح مجلة الأحكام ما نصه: «قد منع القضاة من سماع الدعوى التي تركت عشر أو خمس عشرة سنة، وهذا عام مهما كان الطرفان في تلك القضية، وبتعبير آخر: هي خصوصيات عامة باعتبار الطرفين»⁽³⁵⁾.

المطلب الثاني

عود ولي الأمر على المقصر فيما أسقط وضوابط ذلك

إذا أهمل الموظف أو قصّر في أداء عمله، وترتب على ذلك سقوط حقوق الدول، وضياع حقوقها المالية؛ فيجوز لولي الأمر تعزيره لمعاقبته إزاء تفريطه وتقصيره في ذلك، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يمكن أن تعود الدولة على الموظف الذي تسبب في ضرر أو خسارة للحقوق العامة، أو أموال الدولة بسبب تقصيره أو إهماله في أداء واجباته.

ومقتضى ذلك أنه عندما يقوم موظف بإهمال أو تقصير في أداء مهامه الوظيفية؛ مما يؤدي إلى إضاعة حقوق الدولة أو الإضرار بها، يكون للدولة ممثلة في السلطة الإدارية الحق في عقاب ذلك الموظف، والرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار والخسائر الناجمة عن هذا التقصير.

ويتم ذلك من خلال اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لاسترداد الحقوق أو الأموال الضائعة من الموظف نفسه.

(34) محمد بن محمد، ابن شَرَف الدين الخليلي الشافعيّ القادري (ت: 1147هـ)، فتاوي الخليلي على المذهب الشافعي، طبعة مصرية قديمة.

(35) حيدر خواجه أمين علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 4/ 600.

أولاً: أساس عود ولي الأمر على المقصر فيما أسقط في الشريعة الإسلامية

من المبادئ الأساسية المقررة في الشريعة الإسلامية أن أي شخص يتسبب في ضرر للآخرين يجب أن يتحمل تبعات ذلك الضرر.

ثانياً: مسؤولية الموظف عن الأضرار المالية

إذا تسبب موظف في إلحاق ضرر مالي بالدولة، من خلال إهماله أو تقصيره، فإنه يجب أن يتحمل المسؤولية عن ذلك الضرر، وهناك العديد من الأدلة الشرعية التي تتناول مسؤولية الموظف عن الأضرار المالية الناجمة عن التقصير والإهمال، ومنها ما يلي:

أ - القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء، الآية: 58].

وجه الدلالة: هذه الآية تدعو إلى أداء الأمانات الموكلة إلى كل شخص، ومنها المسؤوليات الملقاة على عاتق الموظف بالحفاظ على الأموال العامة وتتبع مواردها، فإن قصر أو أهمل فقد خان تلك الأمانة ولم يؤدِّ المسؤولية حق أدائها؛ مما يوجب عليه تحمل تبعه ذلك.

ب - السنة النبوية:

عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «أَلَا كَلَّكُمْ رَاعٍ وَكَلَّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلَا فَكَلَّكُمْ رَاعٍ وَكَلَّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»⁽³⁶⁾.

وجه الدلالة: قال ابن حجر: «قال الطيبي: في هذا الحديث أن الراعي ليس

(36) متفق عليه: أخرجه البخاري، الحديث رقم 893 في الجمعة، باب في القرى والمدن وفي الاستقراض، 5/2، ومسلم رقم 1829 في الإمامة، باب فضيلة الإمام العادل، 3/1459.

مطلوباً لذاته، وإنما أقيم لحفظ ما استرعاه المالك، فينبغي ألا يتصرف إلا بما أذن الشارع فيه»⁽³⁷⁾.

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽³⁸⁾.
وجه الدلالة: قال الشوكاني: «هذا فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان»⁽³⁹⁾، ومن ثم يجب على الموظف أن يتجنب إلحاق الضرر بمال الدولة، وفي حال تسببه في ضرر يجب التعويض.

والحاصل من ذلك: أن من تسبب في ضرر أو خسارة نتيجة ضياع أموال الدولة؛ فيجب عليه تحمل التبعات، وجبر ذلك بالضمان والتعويض عن الأضرار التي يسببها ذلك التقصير والإهمال، وهذا من قبيل تعزيز فكرة حماية الأموال العامة، وتحقيق جانب المسؤولية والمساءلة.

وتراعى حال تقرير التعويض وفق الشريعة ثمة ضوابط لذلك:

- 1 - ثبوت الضرر: يجب أولاً إثبات وقوع الضرر بثبوت ضياع الأموال على الدولة، ويتأتى ذلك من خلال أدلة الإثبات المختلفة كالمستندات النظامية ونحوها.
- 2 - التثبت من تسبب الموظف في ضياع أموال الدولة من خلال التقصير والإهمال: يجب أن تكون هناك أدلة واضحة وشهادات قوية تُثبت وقوع الإهمال والتقصير من قبل الموظف وعدم أدائه واجباته بالتحري والمتابعة؛ مما ترتب عليه ضياع أموال الدولة.

(37) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، 113/13.

(38) أخرجه مالك 2/745، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، الحديث (31)، عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله - صَلَّى الله عليه وسلم - قال: «لا ضرر ولا ضرار»، هكذا مرسلًا. وقد ورد هذا الحديث من حديث عبادة بن الصامت عن عبدالله بن عباس وأبي هريرة وعائشة وجابر وعمرو بن عوف وأبي لبابة. حديث عبادة بن الصامت: أخرجه ابن ماجه، 2/784، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، الحديث 2340، وصححه الألباني في «الصحيحة» 250.

(39) محمد بن علي بن محمد بن عبدالله اليميني الشوكاني (ت: 1250هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1413هـ - 1993م، 5/311.

- 3 - التعويض المالي: أن يُطالب الموظف المتسبب في الضرر بتعويض مالي يتناسب مع حجم الضرر الذي أحدثه، فيجب أن يكون التعويض عادلاً ومتوازناً، ويجب ألا يتجاوز حجم الضرر الفعلي.
- 4 - العدالة وعدم الظلم: يجب تجنب أي ظلم أو تعسف في التعامل مع الموظف المقصر.

ثالثاً: ومن الناحية القانونية

فحرصاً على المال العام في دولة الكويت، تم تدشين العديد من الإجراءات الوقائية والمحاسبية للحفاظ على الأموال العامة، وإبراز جوانب الحوكمة وتفعيلها في هذا الصدد.

رابعاً: الإجراءات الوقائية

- 1 - التدريب المستمر: حيث يتم توفير العديد من الدورات التدريبية للموظفين عن أهمية النزاهة والشفافية في إدارة الأموال العامة، وسُبل الحفاظ عليها، خاصة في الجوانب القانونية.
- 2 - الرقابة الداخلية: حيث يتم تفعيل أنظمة رقابة داخلية قوية لكشف أي مخالفات في وقت مبكر.
- 3 - الشفافية: تعزيز مبدأ الشفافية في جميع العمليات المالية الحكومية لتقليل فرص الفساد والإهمال.

خامساً: إجراءات التحقيق والمحاسبة

- 1 - التدقيق المالي: تقوم الهيئات الرقابية، مثل ديوان المحاسبة، بإجراء التدقيقات المالية الدورية، والتحقيق في أي مخالفات، باعتبار أن دور ديوان المحاسبة يتمثل في مراقبة استخدام الأموال العامة، والتحقق من قانونية ونزاهة الإجراءات المالية؛ وفقاً للقانون رقم 30 لسنة 1964 بشأن إنشاء ديوان المحاسبة.

- 2 - التحقيق الإداري: تقوم الجهات الحكومية بإجراء التحقيقات الإدارية عند الاشتباه في وجود إهمال أو تقصير أو فساد.
- 3 - إجراءات التقاضي: في حال تم إثبات المخالفات وثبتت مسؤولية الموظف، يتم إحالته للقضاء.

سادساً: المسؤولية الجنائية والإدارية

- 1 - المسؤولية الجنائية: في حال ثبوت إهمال أو فساد من قبل الموظف الذي تسبب في ضياع أموال الدولة، يمكن أن يتعرض الموظف للمساءلة الجنائية، والتي قد تتضمن العقوبات الجنائية المختلفة إذا توافرت فيه ارتكاب الجرائم المقررة في قانون العقوبات الكويتي.
- 2 - المسؤولية الإدارية: وتشمل الإجراءات التأديبية التي يمكن أن تتخذها الجهات الحكومية، مثل:
- 3 - التحقيق الإداري: يتم التحقيق في الواقعة للتحقق من حدوث الإهمال.
- 4 - المسؤولية التأديبية: يمكن فرض عقوبات إدارية على الموظف وفق الفعل المرتكب، مثل: الإنذار أو الخصم من الراتب، أو النقل أو الفصل والعزل من الوظيفة، إذا ثبتت المخالفات. يمكن دراسة حالات واقعية حدثت في دولة الكويت، أو في دول أخرى، للاستفادة من هذه الدروس، وتعزيز الإجراءات الوقائية.

المبحث الخامس

تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق

وفيه سنتناول بيان ما أخذ به القانون الكويتي في تقادم المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق وضوابط ذلك، ثم حكم الشرع في تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق بسبب الإهمال والتفريط، على أن نعرض تطبيقات قضائية لمحكمة التمييز في تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

بيان ما أخذ به القانون الكويتي في تقادم المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق وضوابط ذلك

نصت المادة (21) من المرسوم بقانون الخدمة المدنية رقم 15 لسنة 1979 على أنه «... يتقادم حق الجهة الحكومية في استرداد المبالغ المدفوعة للموظف من دون وجه حق بانقضاء خمس سنوات من تاريخ الصرف، ولا يسري التقادم المنصوص عليه في الفقرة السابقة إذا كان الصرف قد تم بغش أو تدليس من الموظف»⁽⁴⁰⁾.

وقد تضمن النص ضوابط التقادم المسقط لحق استرداد المبالغ المعروفة من دون وجه حق، حيث اشترط النص وقيد تقادم حق الجهة الحكومية باسترداد مبالغها المدفوعة من دون وجه حق لأحد موظفيها بما يلي:

- 1 - مضي خمس سنوات من تاريخ الصرف من دون أن تنتبه الجهة الحكومية لإجرائها خطأً بالصرف واسترداد المبالغ.
- 2 - ألا يكون الصرف قد تم بغش بإظهار غير الحقيقة، أو تدليس باستخدام طرق احتيالية من الموظف.
- 3 - ألا يكون قد اكتنف مدة التقادم المنسي وقف أو انقطاع.

(40) حكم محكمة التمييز الكويتية رقم 1112، و1124، لسنة 2018، مدني جلسة 1 - 2022/3/22.

المطلب الثاني

حكم الشرع في تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف

بغير حق بسبب الإهمال والتفريط

لا يسقط الحق بمضي المدة، ولذلك نص العلامة ابن نجيم على أن «الحق لا يسقط بتقادم الزمان»⁽⁴¹⁾. وحكم السلطان بعدم سماع الدعوى بعد المدة المنصوص عليها إنما هو للنهي عن قطع الحيل والتزوير، كما نص العلامة ابن عابدين.

وقال: «إنه يجب على السلطان الذي نهى قضاة عن سماع الدعوى، بعد هذه المدة، أن يسمعها بنفسه، أو يأمر بسماعها، كي لا يضيع حق المدعي، والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعي أمانة التزوير، وفي بعض نسخ الأشباه: ويجب عليه عدم سماعها، وعليه فالضمير يعود للقاضي المنهي عن سماعها، لكن الأول هو المذكور في معين المفتي»⁽⁴²⁾.

والحكم الشرعي في حل أو حرمة أموال الدولة بعد الحكم قضاءً للمحكوم له بسقوطها بالتقادم يتمثل في أنه لا يحل للمحكوم له أموال الدولة، وإن صدر بسقوط حق الدولة بالمطالبة بها بالتقادم، ودل على ذلك ما يلي:

1 - من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝١٩ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ۝٢٠﴾ (سورة النساء، الآيتان 29 و30).

وجه الدلالة: حرمة أكل الأموال بالباطل، وأؤكد هذه الأموال أموال الدولة.

(41) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م، ص188.

(42) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، 5/ 420.

2 - من السنة النبوية:

عَنْ أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ، قَالَ: اسْتَعْمَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلًا عَلَى صَدَقَاتِ بَنِي سُلَيْمٍ، يُدْعَى ابْنُ اللَّثِيَّةِ، فَلَمَّا جَاءَ حَاسِبُهُ، قَالَ: هَذَا مَالُكُمْ وَهَذَا هَدِيَّةٌ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَهَلَّا جَلَسْتَ فِي بَيْتِ أَبِيكَ وَأُمِّكَ، حَتَّى تَأْتِيَكَ هَدِيَّتُكَ إِنْ كُنْتَ صَادِقًا»، ثُمَّ خَطَبَنَا، فَحَمَدَ اللَّهَ وَاثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «أَمَّا بَعْدُ، فَإِنِّي اسْتَعْمَلُ الرَّجُلَ مِنْكُمْ عَلَى الْعَمَلِ مِمَّا وَلَانِي اللَّهُ، فَيَأْتِيَنِي قِيْقُولُ: هَذَا مَالُكُمْ وَهَذَا هَدِيَّةٌ أَهْدَيْتُ لِي، أَفَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ حَتَّى تَأْتِيَهُ هَدِيَّتُهُ، وَاللَّهِ لَا يَأْخُذُ أَحَدٌ مِنْكُمْ شَيْئًا بِغَيْرِ حَقِّهِ إِلَّا لَقِيَ اللَّهَ يَحْمِلُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، فَلَا عَرَفَنَّ أَحَدًا مِنْكُمْ لَقِيَ اللَّهَ يَحْمِلُ بَعِيرًا لَهُ رُغَاءٌ، أَوْ بَقْرَةً لَهَا خَوَارٌ، أَوْ شَاةً تَعِيرُ»⁽⁴³⁾.

وجه الدلالة: إبطال كل طريق يتوصل بها من يأخذ المال العام بغير حله. فالتصرفات الباطلة لا تنقلب صحيحة بتقادم الزمان، ولو حكم حاكم بنفاذ التصرفات الباطلة، فإن ثبوت الحق وعودته يعتبر قائماً في الأمر نفسه، ولا يحل لأحد الانتفاع بحق غيره نتيجة تصرف باطل مادام يعلم بذلك، فإن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، والقضاة إنما يقضون بحسب ما يظهر لهم من أدلة وحُجج يبنون عليها أحكامهم، وقد تكون غير صحيحة في الأمر نفسه، والإجماع على ذلك.

قال العلامة ابن فرحون، رحمه الله: «حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً على من علمه في باطن الأمر؛ لأن الحاكم إنما يحكم بما ظهر، وهو الذي تعبد به، ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم. قال رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشر ولعلكم تختصمون إليّ، فلعن أحدكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيتُ له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً؛ فإنما أقطع له قطعة من النار»، وهذا إجماع من أهل العلم في الأموال⁽⁴⁴⁾.

(43) أخرجه البخاري في الحيل، باب احتيال العامل ليهدي له، رقم (6979)، ومسلم في الإمامة، باب تحريم هدايا العمال، رقم (1832).

(44) إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ - 1986م، 1/ 84.

وقال العلّامة ابن قدامة، رحمه الله: «حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته، في قول جمهور العلماء؛ منهم: مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، ومحمد بن الحسن»⁽⁴⁵⁾.

المطلب الثالث

تطبيقات قضائية لحكمة التمييز في تقادم حق الدولة

في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق

أولاً: منطوق الحكم

صدر حكم محكمة التمييز رقم 67 لسنة 2006 إداري بجلسة 2009/4/7م بتقادم حق الدولة في المبالغ التي تم دفعها للموظفة بغير حق، أخذاً بالدفع المبدى من الموظفة الطاعنة بسقوط حق الجهة الحكومية في استرداد المبالغ المصروفة بمضي خمس سنوات، من دون أن توقف بدل السكن المصروف لها من ضمن بدلات الراتب، بعدما توافر لها ولزوجها السكن، والتفتت المحكمة عن دفاع الجهة الحكومية بعدم أحقية الموظفة في ذلك إزاء غشها في ذلك، وأسست المحكمة حكمها على ما يلي:

- 1 - إن الغش الذي يعدم التصرفات والقرارات هو الذي يحجب واقعة كان يلزم ذكرها من الموظفة، ولا سبيل للعلم بها إلا من طريقه.
- 2 - عدم قدرة الجهة الحكومية على تبين حدوث واقعة الغش إلا من خلال الموظفة.
- 3 - إن من يدعي وجود غش أو تدليس أن يثبته، فهو لا يفترض، وقد أجذبت الأوراق - كما يقول الحكم - عما يفيد التيقن من وقوعه من الموظفة، أو أنها قصدت حجب هذه الواقعة عن الجهة الحكومية.

(45) ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي، عبدالله بن قدامة، المغني، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي وعبدالفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ - 1997م، 37/14.

ثانيًا: الملاحظات الواردة على الحكم وشبهات عدم الدستورية على النص القانوني المذكور

أ - الملاحظات الواردة على الحكم:

1 - إن الحكم لم يتطرق إلى صفة من صُرف له بدل السكن؛ فالصفة تظهر عدم افتراض الجهل بالعلم وضوابط صرف بدل السكن أو ما شابه، ولعل سبب ذلك أن الجهة الحكومية لم تتمسك به أو تثيره في دفاعها.

2 - إن الحكم لم يركن أو يستلزم إنكار الموظف بالعلم بعدم استحقاق البدل بمجرد توافر السكن، وبنى حكمه على قول مرسل بعدم العلم.

ب - في العام 2015م أصدرت محكمة التمييز حكمًا جديدًا برقم 2015/1017 إداري، بتاريخ 2016/4/12، خلصت فيه إلى أن نص المادة (21) آنفه الذكر لا تنطبق إلا على المبالغ التي صُرفت ابتداءً بغير حق، أما إذا صُرفت بحق ابتداءً فلا تنطبق عليها، وأن بقاء المبالغ تحت يد الموظف برغم انتفاء حقه فيها ينطبق عليه التقادم الطويل خمسة عشر عامًا.

ج - شبهات عدم الدستورية في النص القانوني المذكور

ومن جانب القانون، فإن القاضي بالواقع المُطبَّق الحالي يطبق ما فرض عليه من قانون ملزم باتباعه، إلا أن ذلك يجب ألا يحل بسلطان إرادته في قضائه، ومطلق تقديره موضوع الدعوى التي يبحثها، وإثارة ما يتعلق بالنظام العام من دون انتظار أن يثار من أحد الخصوم أو ممن له مصلحة، فنص المادة (21) من مرسوم الخدمة المدنية رقم 1979/15 محل البحث يكتنفها شبهة عدم الدستورية لمخالفتها الدستور الكويتي من النواحي التالية:

1 - المادة (17) من الدستور الكويتي، والتي تنص على أنه «للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن»، فمفاد ذلك، ومن باب أولى على جميع السلطات.

2 - المادة (91) من الدستور الكويتي، والتي تنص على أنه «قبل أن يتولى عضو مجلس الأمة أعماله في المجلس أو لجانه يؤدي أمام المجلس في جلسة علنية اليمين الآتية: أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً للوطن وللأمير... وأذود عن حريات الشعب ومصالحه وأمواله، وأؤدي أعمالي بالأمانة والصدق»، فمفاد ذلك أن العضو خالف قسمه، ونكل به؛ لما وافق على إهدار حق الدولة وإسقاطه بالتقادم.

3 - المادة (2) من الدستور الكويتي التي تنص على التالي: «دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع».

الخاتمة

بعد رحلتنا مع هذا البحث توصلت إلى جملة من النتائج التي يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار، والتي يمكن أن تكون ركيزة للباحثين ينطلقون منها لموضوعات فقهية وقانونية مماثلة، تخدم الواقع الفقهي والقانوني المعاصر، وهي كالتالي:

أولاً: النتائج

- 1 - احتكام القوانين - في أغلب أحكامها - إلى الشريعة الإسلامية، وتستأنس بالأحكام القضائية.
- 2 - اكتناف نص المادة (21) من المرسوم بقانون الخدمة المدنية شبهة عدم الدستورية.
- 3 - عدم حل أموال الدولة للمحكوم له، وإن صدر بسقوط حق الدولة في المطالبة بها بالتقادم.
- 4 - للحاكم الحق في تقييد القاضي فيما يحكم به، فيما يحقق المصلحة العامة.
- 5 - للحاكم وضع مدة معينة يقبل فيها رفع الدعاوى بالتقادم ويرفض من خلالها.
- 6 - التقادم يختلف باختلاف الأمر المرفوع فيه.
- 7 - حكم الحاكم أو القاضي لا يزيل الشيء عن صفته؛ فالحرام يبقى على حرمة.

ثانياً: التوصيات

- 1 - يوصي الباحث الجهات ذات الصلة بتعديل نص المادة (21) من المرسوم بقانون الخدمة المدنية لرقم 15 لسنة 1979 والتي تنص على أنه «يتقادم حق الجهات الحكومية في استرداد المبالغ المدفوعة منها للموظف من دون وجه حق، بانقضاء خمس سنوات من تاريخ الصرف»، إزاء اكتنافها شبهة عدم الدستورية على الوجه المبيّن في البحث.
- 2 - يوصي الباحث بمزيد من الدراسات المقارنة المتعمقة بين الشريعة والقانون في العديد من النصوص القانونية، والتي تثار حيالها شبهة عدم الدستورية.

قائمة المراجع

- إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ - 1986م.
- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، القاهرة، 1357هـ - 1983م.
- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم (ت: 970هـ):
 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت: بعد 1138هـ)، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د.ت.
 - الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م.
- زكية عبدالرحيم الحواس، التقادم المانع من سماع الدعوى بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع38، الإصدار الأول 2/1، سنة 2023م.

- حيدر خواجه أمين علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، 1411هـ - 1991م.
- يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحميد ولد ماديك الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1400هـ - 1980م.
- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
- موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي، عبدالله بن قدامة، المغني، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي وعبدالفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ - 1997م.
- محمد بن أحمد الأزهري الهروي، أبو منصور (ت: 370هـ)، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.
- محمد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التقادم في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2004م.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- محمد أمين ابن عابدين، (ت: 1252هـ)، حاشية ابن عابدين، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1386هـ - 1966م.

- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، بيروت، 1422هـ.
- محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ط3، مكتبة الإرشاد، جدة، 1405هـ - 1985م.
- محمد كامل الطرابلسي، الفتاوى الكاملية في الحوادث الطرابلسية، د.ن، د.ت.
- محمد بن محمد الخليلي، ابن شرف الدين الخليلي الشافعي القادري (ت: 1147هـ)، فتاوي الخليلي على المذهب الشافعي، طبعة مصرية قديمة.
- محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الأفرقي (ت: 711هـ)، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
- محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (ت: 1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ - 2002م.
- محمد بن علي بن محمد بن عبدالله اليمني الشوكاني، (ت: 1250هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1413هـ - 1993م.
- محيي الدين يحيى بن شرف النووي أبو زكريا (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، 1412هـ - 1991م.
- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، شرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 1414هـ - 1993م.

- مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، ط1، دار ابن حزم، 1422هـ - 2002م، أصل الكتاب: رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، (مصر).
- عبدالرزاق أحمد السنهوري:
 - الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.
 - الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.
- عبدالواحد بن إسماعيل الروياني أبو المحاسن، (ت: 502هـ)، بحر المذهب، تحقيق: طارق فتحي السيد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م.
- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ - 1986م.
- شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، دمشق، 1412هـ - 1992م.
- خير الدين الرملي، الفتاوى الخيرية لنفع البرية، المطبعة المنيرة العثمانية، 1310هـ.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	113
المقدمة	115
المبحث الأول: التعريف بمصطلحات البحث	119
المطلب الأول: الاسترداد لغةً واصطلاحاً	119
المطلب الثاني: المطالبات لغةً واصطلاحاً	120
المطلب الثالث: التقادم لغةً واصطلاحاً	120
المطلب الرابع: انقضاء الدين أو الحق المُطالَب به بمضي المدة قانوناً	121
المبحث الثاني: شروط انطباق التقادم أو الدفع بعدم سماع الدعوى وعوارض سريانه	122
المطلب الأول: شروط انطباق التقادم	122
المطلب الثاني: شروط انطباق الدفع بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان	126
المطلب الثالث: عوارض سريان التقادم أو الدفع بعدم سماع الدعوى	128
المبحث الثالث: عدم سماع الدعوى بمرور الزمان	132
المطلب الأول: عدم سماع الدعوى بسبب من المدعى عليه	132
المطلب الثاني: عدم سماع الدعوى بتفريط من المدعي	133

134	المبحث الرابع: من يملك حق الإسقاط رضاءً أو قضاءً
134	المطلب الأول: هل لولي الأمر إسقاط حق المطالبة بمضي الزمان؟
135	المطلب الثاني: عود ولي الأمر على المقصر فيما أسقط وضوابط ذلك
140	المبحث الخامس: تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق
140	المطلب الأول: بيان ما أخذ به القانون الكويتي في تقادم المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق وضوابط ذلك
141	المطلب الثاني: حكم الشرع في تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق بسبب الإهمال والتفريط
143	المطلب الثالث: تطبيقات قضائية لمحكمة التمييز في تقادم حق الدولة في المبالغ المدفوعة للموظف بغير حق
146	الخاتمة
147	قائمة المراجع

الاكتتاب في شركة شمال الزور - المشكلات والحلول:

دراسة فقهية قانونية^(*)

د. سارة متلع القحطاني

أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصول الفقه

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى استقصاء الإشكالات الفقهية التي خلّفت آراء متباينة بخصوص الاكتتاب في شركة الزور، من خلال تقديم تحليل فقهي تأصيلي في أسباب الخلاف، على ضوء القانون الكويتي المنظم لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص؛ فتحدد أسباب الخلاف، وتدرس مدى مشروعيته وفق الضوابط الفقهية والقواعد الأصولية ذات العلاقة.

واتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي والمقارن في الجانب الشرعي بجمع الآراء وأدلتها، وفي الجانب القانوني بجمع القوانين ذات العلاقة وتوظيفها في تحديد الإشكالات الشرعية والقانونية للحكم بمدى مشروعية الخلاف. كما اتبعت المنهجين الوصفي والتحليلي للوصول إلى أساس تلك الإشكالات، وأسباب الخلاف، ومدى تناسبهما مع حجمه، وتوظيفهما في تقليله وفق القانون الكويتي.

وتوصّلت الدراسة إلى أن حكم الفقهاء في الاكتتاب في شركة شمال الزور لم يكن ناتجاً عن اطلاعهم على العقود المنظمة لها، إنما استند إلى توصيف العلاقة بين الدولة وشركة المشروع بالاعتبار المحاسبي، كما انتهت إلى مشروعية اختلاف الفقهاء في حكم الاكتتاب، باعتبار أنه راجع إلى أسباب اجتهادية واقعة تحت إمكان التعديل شرعاً وقانوناً.

(*) تم تقديم البحث للنشر في: 17 أكتوبر 2024

وتم قبوله في: 20 نوفمبر 2024

وُخِّتَت الدراسة بعدد من التوصيات، كان من أهمها: ضرورة سن تشريع يمكن الفقهاء من النظر في العقود ذات العلاقة؛ للوقوف على التكيف الفقهي المناسب لها، بما يمكن من البت في حكم الاكتتاب في هذا النوع من الشركات، وتفعيل بعض القوانين التي تدعم انضباط هذه الشركات من الوجهة القانونية والشرعية.

كلمات دالة: الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وشركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه، وقروض ربوية، وتأجير تمويلي، والشركات الكويتية المساهمة.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين، ثم أما بعد:

أولاً: موضوع البحث

إثر دعوة هيئة مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص المواطنين المؤهلين للإسهام في شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه - كونها أول مشروعات الهيئة - ظهر خلاف شرعي بشأن حكم إسهام المواطنين، استناداً إلى ما ورد في تقرير التوزيع الذي احتوى على مجموعة من المخالفات الشرعية، كانت قد وقعت فيها الشركة؛ مما استدعى دراسة الإشكالات الواردة فيه، وأثرها على الخلاف، ومدى مشروعيته من جهة، وإمكان معالجته بتقديم عدد من الحلول القانونية من جهة أخرى.

ثانياً: أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث في الوقوف على الإشكالات التي أدت إلى الخلاف من جهة، وأثرها على مدى مشروعيته من جهة أخرى، ودراسة إمكان تقليلها من جهة ثالثة، وتقديم عدد من الملاحظات والحلول التي تفيد في مثل تلك النوازل مستقبلاً من جهة رابعة، وذلك على ضوء القانون الكويتي المنظم لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

ثالثاً: إشكالية البحث وأسئلته

تتمثل إشكالية البحث في مدى إمكان إجراء مقارنة فقهية وقانونية بين الإشكالات الشرعية التي أدت إلى الاختلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور؛ والإشكالات القانونية التي تستند إليها في التكييف الشرعي من جهة، وبين القدرة على حل تلك الإشكالات من الوجهة القانونية والشرعية من جهة أخرى، وفي ضوء هذه الإشكالية تُثار أسئلة عدة من أهمها:

- ما الإشكالات التي أدت إلى الاختلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور؟ وما أساسها على ضوء القانون الكويتي المنظم لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص؟
- ما سبب اختلاف الفقهاء في حكم الاكتتاب في شركة الزور؟
- ما مدى مشروعية الخلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور؟
- هل من معالجات شرعية تفيد في تقليل الخلاف، وتضمن حقوق المساهمين المهتمين بالالتزام الشرعي للشركة؟

رابعاً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى:

- بيان الإشكالات التي أدت إلى الاختلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور، وتحديد أساسها على ضوء القانون الكويتي المنظم لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.
- تحديد أسباب الاختلاف الفقهي في حكم الاكتتاب في شركة الزور.
- الوقوف على مدى مشروعية الخلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور.
- تقديم عدد من المقترحات التي تفيد في تقليل الاختلافات وفق ضوابط فقهية وأصولية من جهة، وأخرى تضمن حقوق المساهمين المهتمين باستمرار الالتزام الشرعي للشركة التي أقدموا على الاكتتاب فيها بناء عليه من جهة أخرى.

خامساً: البحوث السابقة

لم أقف على دراسة تتناول الموضوع بالغرض البحثي ذاته؛ لكنني وقفت على دراستين ذات علاقة مباشرة، تناولت عرض الآراء الفقهية بأدلتها في المسألة ثم الترجيح بينها، وهما:

- الحكم الشرعي في مساهمة المواطنين في مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دولة الكويت: شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه نموذجًا، د. عدنان الملا ود. عبدالعزيز الناهض، وقد نُشرت في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، ع1، ع37، ديسمبر 2021م، ص17 - 87.

- حكم الاكتتاب في شركات مباحة النشاط مختلطة التصرفات في الفقه الإسلامي: شركة شمال الزور الكويتية، د. خالد المطيري، وقد نُشرت في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج37، ع130، سنة 2022م، ص134 - 171.

إضافة إلى دراسات غير مباشرة تناولت بعض أطراف الموضوع في الجانب الفقهي والتأصيلي من أمّهات الكتب، أو الدراسات المعاصرة.

والقيمة المضافة للبحث تتمثل في بيان الإشكالات التي أدت إلى الاختلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور، وتحديد أساسها على ضوء القانون الكويتي المنظم لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص من جهة، وتوضيح مدى مشروعية الخلاف من جهة أخرى، وبيان ما يمكن فعله لتقليل الخلاف في مثيلاتها من الشركات في المستقبل من جهة ثالثة، وتقديم عدد من الاقتراحات لمعالجة بعض الإشكالات الشرعية التي كانت سببًا في الخلاف الفقهي من جهة رابعة.

سادسًا: منهج البحث

اعتمد هذا البحث المنهج الاستقرائي للوقوف على الاختلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور، إضافة إلى المنهج الوصفي والتحليلي؛ لتحديد حدود الاختلاف، وتحرير أسبابه، والوقوف على أثره على المشروعات التنموية المستقبلية، وذلك على ضوء القانون الكويتي المنظم لعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

سابعًا: خطة البحث

في ضوء ما سبق، فقد اختار الباحث خطة لبحثه تتكون من الآتي:

التمهيد: التعريف بمشروع شركة شمال الزور وأهم بيانات نشرة الاكتتاب.

المبحث الأول: القوانين المنظمة لشركة الزور والتكييف القانوني لعقودها.

المبحث الثاني: حكم الاكتتاب في شركة الزور، والتكييف الشرعي لعقودها، وأسباب الخلاف ومدى مشروعيته.

الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات.

التمهيد

في التعريف بمشروع شركة شمال الزور

أُسِّست شركة شمال الزور⁽¹⁾ الأولى للطاقة والمياه - باعتبارها أول مشروع يُقام بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص طويل الأجل، يعكس سياسة شاملة لإشراك المواطنين في ملكية المشروعات الكبرى التي تُطرح للمستثمرين في القطاع الخاص - في 19 أغسطس 2013 كشركة مساهمة كويتية، بهدف إنشاء وتشغيل محطة «الزور الشمالية الأولى» لتوليد الطاقة، وتحلية المياه، وفق القانون رقم 39 لسنة 2010 بتأسيس شركات كويتية مساهمة تتولّى بناء وتنفيذ محطات القوى الكهربائية وتحلية المياه في دولة الكويت، تلبية للاستهلاك المتزايد في الكهرباء والماء.

وعن هيكل مساهمي الشركة عند التأسيس: يمتلك التحالف المالي المكوّن من شركة «إنجي»، وشركة «سوميتومو كوربوريشن»، وشركة «عبدالله حمد الصقر وإخوانه» 40 في المائة من أسهم شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه، وتمتلك الهيئة العامة للاستثمار والمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية 5 في المائة من أسهم الشركة لكل منهما، وتمتلك هيئة مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص - باعتبارها مساهماً مؤقتاً - ما نسبته 50 في المائة من أسهم الشركة بعد اكتتابها بهذه النسبة نيابة عن المواطنين الكويتيين.

وفي مطلع أكتوبر 2019م، قامت هيئة مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالإعلان عن خطة لتوزيع خمسمائة وخمسين مليون سهم (550,000,000 سهم) من الأسهم المملوكة لها في رأسمال شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه على المواطنين الكويتيين المؤهلين، ودعتهم إلى المشاركة في عملية التوزيع، عن طريق سداد قيمة الأسهم المراد تملكها، وذلك خلال فترة التسوية من 1 أكتوبر حتى 29 نوفمبر 2019م.

ووفقاً لقرار مجلس مفوضي هيئة أسواق المال، في اجتماعه رقم 33 لسنة

(1) KAPP || Kuwait Authority for Partnership Projects

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/9/18.

2018م، فإن هيئة أسواق المال رأت أن عملية التوزيع لا تُعد اكتتاباً في إصدار جديد، كما لا تُعد اكتتاباً في عملية طرح الأسهم بهدف دعوة الغير إلى شرائها، وإنما هي دعوة المواطنين لسداد المبالغ المدفوعة نيابة عنهم في الحصة المخصصة لهم من أسهم رأسمال الشركة.

ووفقاً لأحكام المادة (64) من اللائحة التنفيذية، تتولى الهيئة بيع الأسهم التي لم يكتب فيها المواطنون الكويتيون المؤهلون، وكذلك كسور الأسهم الناتجة عن عملية التوزيع، بقيمتها السوقية على جهات عامة أخرى، أو على المستثمر، أو عرضها في سوق الأوراق المالية، وذلك وفقاً لما تراه الهيئة ملائماً.

ومما تجدر الإشارة إليه، ما جاء في نشرة الاكتتاب بخصوص البيانات المالية للشركة، حيث كشفت القوائم المالية الواردة فيها عن الحقائق التالية:

- وجود قروض ربوية بمبلغ 389 مليون دينار كويتي، تمثل 71 في المائة من إجمالي موجودات الشركة من جهة، وما نسبته 93 في المائة من القيمة السوقية للشركة في أول يوم تم فيه إدراج أسهم الشركة.
- وجود دين بقيمة 491 مليون دينار كويتي تتقاضى منه الشركة فوائد ربوية بمعدل 5.5 في المائة سنوياً، نتج عن عقد تأجير تمويلي تقليدي لمحطة الزور الشمالية الأولى (إيجار ساتر للبيع) مع وزارة الكهرباء والماء، وهذا الأصل يمثل نحو 90 في المائة من إجمالي موجودات الشركة.
- وجود وديعة لأجل بقيمة 41 مليون دينار كويتي مودعة لدى بنك أجنبي، وتحمل فائدة فعلية تتراوح بين 2.37 في المائة و 2.6 في المائة سنوياً.

العلاقة بين شركة المشروع والدولة:

جاء في نص إيضاحات حول البيانات المالية البند (1) ما يأتي: «وفقاً لاتفاقية شراء المياه وتحويل الطاقة المبرمة بين شركة شمال الزور ووزارة الكهرباء والماء، بتاريخ 12 ديسمبر 2013، تلتزم شركة شمال الزور بإنتاج الكهرباء وتحلية المياه

باستخدام المحطة، كما تنص على أن وزارة الكهرباء والماء لها القدرة على تقييد إمكان انتفاع أي طرف آخر بالمنافع الاقتصادية للمحطة، وكذلك تحدد الاتفاقية شروط الدفعات المتسلّمة مقابل الطاقة الإنتاجية والإنتاج الفعلي، وعليه فإن هذا الترتيب ينقل الحق في استخدام المحطة ويتم تصنيفه كعقد إيجار تمويلي، وفقاً لتفسير لجنة تفسيرات المعايير الدولية للتقارير المالية رقم 4، على اعتبار أن شركة شمال الزور هي الطرف المؤجّر».

المبحث الأول القوانين المنظمة لمشروع شركة الزور والتكييف القانوني لعقودها

يسلّط هذا المبحث الضوء على القوانين المنظمة لمشروع شركة الزور في المطلب الأول، ويتناول التكييف القانوني لعقود شركة الزور في المطلب الثاني.

المطلب الأول القوانين المنظمة لمشروع شركة الزور

يخضع المشروع لمجموعة من التشريعات المنظمة له، وهي:

1 - القانون رقم 39 لسنة 2010 بتأسيس شركات كويتية مساهمة تتولّى بناء وتنفيذ محطات القوى الكهربائية وتحلية المياه في دولة الكويت:

حدّد القانون رقم 39 لسنة 2010م ولائحته التنفيذية وتعديلاتهما المتطلبات الخاصة لبناء وتنفيذ محطات القوى الكهربائية وتحلية المياه في دولة الكويت كجزء من مشروعات الشراكة، ويُعمل بأحكام هذا القانون باعتباره قانوناً خاصاً ينظم تنفيذ مشروعات الطاقة أو تحلية المياه وفقاً لنظام الشراكة.

2 - القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

حلّ القانون رقم 116 لسنة 2014 ولائحته التنفيذية محل القانون رقم 7 لسنة 2008 ولائحته التنفيذية، ويهدف إلى تعزيز وتمكين الإطار المؤسسي لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتوسيع نطاق الفوائد الناتجة عن تلك المشروعات. ويحدد القانون مهام اللجنة العليا لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وتأسيس هيئة مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص مع تحديد مهامها ومسؤولياتها. ويُعد مشروع محطة الزور من المشروعات التي تُنفذ وفقاً لأحكام القانون رقم 39 لسنة 2010م، بتأسيس شركات كويتية مساهمة تتولّى بناء وتنفيذ محطات القوى الكهربائية وتحلية المياه.

وكان من شأن ذلك، ووفقاً لما تقرر في المادة (2) من القانون رقم 28 لسنة 2010م بتعديل بعض أحكام القانون رقم 39 لسنة 2010م المشار إليه آنفاً، ووفقاً للمادتين (2) و(3) من المرسوم رقم 1 لسنة 2015م بإصدار اللائحة التنفيذية لهذا القانون، أن قامت الدولة - ممثلة بالجهة الحكومية المعنية - بالاكتتاب برأسمال الشركة المساهمة العامة المنشأة لهذا الغرض، على أن تدعو المواطنين، عند تشغيل المشروع كلياً، لسداد قيمة الاكتتاب التي تولت الدولة بالنيابة عنهم دفع قيمته عند تأسيس الشركة، من دون أي فوائد أو رسوم أو زيادة فوق سعر السهم.

وإذ يخضع المشروع لأحكام القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (7) على أنه: «عند انقضاء مدة العقد أو الترخيص تؤول الأرض والأموال والمنشآت التي أقيمت بمقتضى هذه العقود أو التراخيص إلى الدولة من تاريخ انقضاء مدة العقد أو الترخيص أو أي تجديد تم على أي منهما وفقاً لنصوصهما».

كما جاء في نص المادة (18): «وعند انقضاء مدة العقد تؤول إلى الدولة ملكية المشروعات والمنشآت وما يعتبر من مستلزمات المشروع من دون مقابل أو تعويض، بعد استبعاد الأصول التي يمتلكها المستثمر والمبينة في وثائق العقد والتي لا تؤول إلى الدولة أو تؤول إليها بمقابل أو تعويض، وينظم العقد طريقة تصفية المشروع وأيلولته إلى الدولة، ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق على خلاف هذه المادة، كما يبطل كل ما يترتب على ذلك من آثار».

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقود شركة الزور

يسلّط هذا المطلب الضوء على التكييف القانوني لعقود شركة الزور في فرعين: الفرع الأول: تكييف عقود شركة الزور باعتبار الجهة المختصة في الفصل عند النزاع.

الفرع الثاني: تكييف عقود شركة الزور باعتبار تسميتها.

الفرع الأول

تكييف عقود شركة الزور باعتبار الجهة المختصة

في الفصل عند النزاع

تنطلق أهمية التكييف القانوني لشركة الزور - باعتبارها أولى ثمار عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص - من الآثار القانونية التي ترتبها هذه العقود بالنسبة إلى أطرافها من جهة، وتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات التي تُثار بصددّها من جهة أخرى. وقد شهد الفقه انقسامًا واضحًا بصدد تحديد التكييف القانوني لعقود الشراكة عمومًا على ثلاثة اتجاهات⁽²⁾:

أولاً: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقود إدارية

على اعتبار أن الدولة، أو إحدى هيئاتها، تعتبر طرفًا في هذا العقد الذي يرد دائماً على مرفق عام من جهة، وأن الدولة - أو إحدى هيئاتها - بوجه عام لا يمكن أن تخضع في التزاماتها لغير القانون العام، بالنظر إلى السيادة التي تتمتع بها من جهة أخرى، وأن هذا العقد يتضمن شروطاً استثنائية تضعها الدولة، أو القطاع العام، وذلك بغية تحقيق المصلحة العامة من جهة ثالثة⁽³⁾.

(2) أسامة بالهدي، دور الظاهرة الاقتصادية والرهانات المالية في تنميط أنظمة التعاقد - عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص نموذجًا، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، مج18، 2018، ص13 - 136. معيني لعزیز، إشكالية التكييف القانوني لعقود الشراكة العمومية - الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2020م، ص455 - 460. عبدالرحمن الشرقاوي، تكييف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أعمال الندوة العلمية الدولية، نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2014، ص35. نفيسة خيرياني، عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018، ص17.

(3) إلياس جوادي، معايير تحديد العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنراست، الجزائر، ع9، سنة 2015، ص17. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مج27، ع3 و4، سنة 1957، ص120. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت، 1989، ص29. محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص26.

ثانيًا: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقود خاصة

على اعتبار أن عقود الشراكة تتسم بقدر كبير من المرونة؛ إذ تخضع لمبدأ سلطان الإرادة⁽⁴⁾، حتى لا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل من الالتزامات بصورة منفردة، ولا يجوز لأي من المتعاقدين تعديل العقد أو إنهائه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر⁽⁵⁾.

ثالثًا: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقود ذات طبيعة خاصة

على اعتبار حداثة العقود نسبيًا، وصبغتها بطابع مختلط؛ حتى أن أنماط عقود الشراكة لتعدددها، يصعب حصرها تحت نظام قانوني واحد؛ إذ يمكن أن تكون ذات طبيعة تعاقدية أو غير تعاقدية، كما يمكن أن تجمع بين خصائص القانون العام والقانون الخاص في آن واحد؛ حيث تضم العديد من العناصر التعاقدية كملكية المشروع محل العقد، وكيفية إعادة المشروع المشترك إلى الدولة... إلخ، وهذه العناصر تختلف باختلاف كل مرحلة من مراحل العقد؛ مما يلزم النظر إلى كل عقد من هذه العقود على حدة لمعرفة طبيعته⁽⁶⁾.

أما بخصوص الطبيعة القانونية لعقود الشراكة في القانون الكويتي، وهل هي من قبيل العقود المدنية أم العقود الإدارية؛ فيمكن استجلاء الأمر من خلال القانون الكويتي رقم 114 لسنة 2016؛ فحيث إن:

أ - المادة (1) حددت تعريف كل من:

- مشروع الشراكة بأنه «مشروع لتنفيذ أحد الأنشطة الذي تستهدف الدولة منه

(4) نفيسة خيراني، مرجع سابق، ص 22. سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص - مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، مج 6، ع 3، سنة 2017، ص 11. مصطفى عبدالمحسن الحبشي، الوجيز في عقود B.O.T. دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 31. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، ط 1، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1998، ص 19.

(5) منى الهاجري، نطاق سلطة تعديل العقد الإداري الكويتي أثناء تنفيذه ومقارنة بعض جوانبها بالقانون المصري والفرنسي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 36، ع 89، سنة 2022م، ص 335.

(6) سيف باجس الفواعير، مرجع سابق، ص 11.

تقديم خدمة عامة لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية، أو تحسين خدمة عامة قائمة، أو تطويرها، أو خفض تكاليفها، أو رفع كفاءتها، يتم طرحه من قبل الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة وفقاً لنظام الشراكة، وبعد اعتماده من اللجنة العليا، وبما لا يتعارض مع المادتين (152) و(153) من الدستور».

- نظام الشراكة بأنه «نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة - متى تطلّب المشروع ذلك - في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة، بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشروعات الخدمية أو البنية التحتية، وتدير تمويل له، وتشغله أو إدارته وتطويرة، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة».

ويحدد القانون صور الشراكة في صورتين:

- الصورة الأولى: أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصّل عليه المستثمر - عن الخدمة أو الأعمال المنفّذة - من المستفيدين أو من الجهات العامة التي يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها، والتي قامت بالتعاقد معه، أو من كليهما.

- الصورة الثانية: أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة إلى الاقتصاد الوطني، واستثماره لمدة محددة، ويدفع مقابلاً لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع - متى وجدت - في الحاليتين.

عقد الشراكة بأنه «مجموعة الاتفاقيات التي يتعين إبرامها بشأن تنفيذ أحد مشروعات الشراكة بين الجهة العامة وشركة المشروع وفقاً لهذا القانون».

ب- المادة الثانية حددت اختصاصات اللجنة العليا للشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، ابتداء من وضع السياسات العامة للمشروعات، مروراً باعتماد اللوائح الإدارية والمالية، واختيار المستثمر الفائز، إلى آخر هذه

الاختصاصات، بما فيها النظر في التقرير نصف السنوي بشأن مشروعات الشراكة، وذلك إلى آخر المادة (6).

ج - المادة (17) أجازت إجراء مفاوضات مع المستثمر المفضل، تشمل ما يتعلّق بالاشتراطات الفنية والمالية للوصول إلى نتائج واضحة ومُحدّدة في شروط التعاقد وعملية التنفيذ، وحظرت إجراء أي تعديل على الشروط المرجعية بعد اختيار المستثمر الفائز بما يؤثر على أسس ترسية مشروع الشراكة.

د - المادتان (18) و(19) حددتا سقفًا أعلى لمدة التعاقد بخمسين سنة، ونظّمت أيلول المشروع إلى الدولة في نهاية مدة التعاقد، واشترطت المادة (18) الإعلان عن مدة التعاقد مسبقًا في وثائق الطرح حرصًا على الشفافية، وبهدف منح المشاركين فرصة استثمارية عادلة لاحتساب عوائدهم وتقديم عروضهم، كما اشترطت أن يُبيّن في وثائق العقد الأصول التي ستكون مملوكة للمستثمر من بين أصول المشروع، وأيضًا تلك التي تملكها الدولة، والنص على ضوابط تصفية أصول المشروع وأيلولته إلى الدولة، مشترطة تنظيم ذلك في وثائق التعاقد وفق الطبيعة الخاصة لكل مشروع، مع بطلان ما يخالف ذلك بطلانًا مطلقًا.

هـ - المادة (19) نصت على مبدأ جواز إنهاء العقد للمصلحة العامة، مع تقدير تعويض عادل للمستثمر المتعاقد.

و - المادة (23) بيّنت الوسائل المتاحة للتمويل، بما في ذلك رهن العوائد والأسهم المملوكة له، من خلال إنشاء الضمانات اللازمة لتمويل المشروع وتنفيذه.

ز - المادة (24) جاءت لتبيّن الآلية التي يتم من خلالها التنازل عن العقد أو جزء منه، أو تغيير الشكل القانوني للمستثمر، وذلك بعد تحديد اللجنة العليا لمدة ملائمة، بعد تشغيل المشروع لضمان تنفيذه وفقًا لما خُطّط له.

ح - المادة (25) نصت - نظرًا إلى ما تتميز به عقود هذه المشروعات بمدد زمنية طويلة - على قواعد استبدال المستثمر، وعرضت المادة لحالة تخلف المستثمر المتعاقد عن أداء التزاماته التعاقدية، أو ارتكابه أخطاء جسيمة بما يؤثر في سير

المشروع بانتظام واطراد، أو يؤدي إلى توقفه، أو تعرض المستثمر لشهر إفلاسه، حيث أجازت للجنة العليا - بناء على طلب الهيئة أو الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهات الممولة، إن وجدت - أن تستبدل بالمستثمر المتعاقد مستثمرًا آخر يحل محله لاستكمال مدة التعاقد، بشرط ألا يترتب على هذا الاتفاق تحميل الجهة العامة أي التزامات أو ضمانات من أي نوع، وألا يخالف شروط الترسية.

ونصت المادة عينها على أنه لا يجوز للجهة العامة فسخ العقد إلا بمقتضى حكم قضائي، مع مراعاة ما جاء في المادة (19) بشأن إنهاء العقد للمصلحة العامة، وحفاظًا على مصالح المستثمر.

ط - المادة (26) نصت على إجراءات تُتخذ في حال تعثر المشروع، ونصت المادة (29) على اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات بشأن تطبيق أحكام هذا القانون وجوازية تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد عن طريق التحكيم، على أن يكون ذلك مشروطًا بموافقة اللجنة العليا على ذلك.

ي - المادة (43) بيّنت - فيما يتعلق بآلية فض النزاع - تطبيق قانون الشركات رقم 25 لسنة 2012 على شركات التحالف، أو شركة المشروع، فيما لم يرد بشأنه نص في القانون.

وتضمن القانون أحكامًا ختامية من المواد (42) إلى (48)؛ حيث نصت المادة (42) على جواز الاستعانة بجهات استشارية محلية أو عالمية متخصصة لتقدير التعويضات التي جاء ذكرها في مواد القانون، سواء لمصلحة الجهة العامة، أو لمصلحة المتعاقد.

ك - المادة (36) نظمت سلطة الجهة المتعاقدة في تعديل بعض شروط تنفيذ العقد للمصلحة العامة، وذلك في إطار الحدود المتفق عليها في العقد.

فيظهر - من خلال ما سبق من هذه المواد - أن هناك جملة من الملامح التي تشكّل شبهًا بين عقد الشراكة والعقود الإدارية، ممثلة في التالي:

- 1 - وجود الإدارة التي تتمثل في الهيئة العليا واللجنة النائبة عنها في إدارة التعاقد.
 - 2 - وجود الاختصاصات الاستثنائية التي يتمتع بها القطاع العام ممثلاً في هيئة المشروع، كالانفراد بإعداد نماذج للعقود تتضمن الشروط والأحكام الأساسية الواجب توافرها، وإعداد الصياغة القانونية لعقود الشراكة والشروط المرجعية لها، بل أجازت المادة (19) للهيئة إنهاء العقد للمصلحة العامة، مع تقدير تعويض عادل للمستثمر المتعاقد، وهذا يعني صلاحيات استثنائية، وأرجحية لموقف القطاع العام في هذه الشراكة.
 - 3 - وجود المرفق العام، فهي مشروعات واردة على مرافق عامة في الدولة، وهذا يعزّز الجانب الإداري في هذه العقود.
- غير أن عدم تحديد القضاء الإداري بأنه جهة الفصل في المنازعات بل النص على أن المنازعات الواردة في هذا الشأن تخضع لأحكام قانون الشركات رقم 25 لسنة 2012، فضلاً على صلاحيات تعديل بعض البنود، كما في المادة (36) التي أعطت الجهة المتعاقدة سلطة تعديل بعض شروط تنفيذ العقد؛ للمصلحة العامة، وذلك في إطار الحدود المتفق عليها في العقد؛ مثل هذه المواد تنفي عن العقد صفة العقد الإداري، فنحن إذن أمام عقد ذي طبيعة خاصة، فيه شبه من العقود الإدارية، وذلك في النقاط الثلاث المشار إليها، كما أنه يحتوي على شبه من العقود المدنية؛ حيث إن جهة الفصل في منازعاته هي القضاء المدني الذي تخضع له شركات المساهمة التي يقيمها الأفراد.
- وترى الباحثة أن هذه الطبيعة تمثل أساساً متيناً في ظهور الإشكالات الشرعية التي أدت إلى الاختلاف في حكم الاكتتاب؛ خصوصاً مع عدم الاطلاع على العقد المنظم للعلاقة بين الجهتين.

الفرع الثاني

تكييف عقود شركة الزور باعتبار تسميتها

لا خلاف على كون شركة الزور الأولى للطاقة والمياه شركة مساهمة عامة كويتية، إلا أن العقود التي تخضع لها، باعتبارها منظمة بقوانين الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، قد تأخذ أشكالاً عدة حسب الترتيبات العقدية بين الدولة ممثلة بالقطاع العام والقطاع الخاص، والناظر في النصوص المنظمة للمشروع يمكن له أن يتوصل إلى النتائج التالية:

تحتّم هذه النصوص استبعاد تكييف العلاقة على أنها إيجار سائر للبيع، وتسمح بتكييف العقد بعدد من الصور: منها أن يكون بيعاً أو عقد مقاول، أو عقداً ذا تنظيم خاص - على أن هذا التنظيم يعتبر عقداً من عقود نظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، ويتضمن هذا النظام علاقات تعاقدية متنوعة، يرتبط بعضها ببعض.

وقد رجّح بعض القانونيين، في تكييف العلاقة بين شركة المشروع والدولة، على أنها عقد «مقاوله بناء مع تشغيل المشروع»، مستنداً إلى: أن موضوع العقد يتعلّق بإقامة بناء، وأن رب العمل (وهو الحكومة في هذا العقد) قد قدّم الأرض، بينما قدّم المقاول (وهو هنا الشركة) مواد البناء.

أما ما جاء في البيانات المالية، من وصف للترتيبات الخاصة بالعلاقة بين الوزارة وشركة المشروع، على أنها تُصنّف على أنها عقد إيجار تمويلي تشغيلي؛ فأجيب عنه بأن هذا التوصيف - عقد الإيجار التمويلي / التشغيلي - قد جاء متوافقاً مع المعايير الدولية للتقارير المالية، لا على أنه تكييف للعقد؛ حيث جاء في البند (2.11) من إيضاحات حول البيانات المالية - 31 ديسمبر 2016 عقود الإيجار - المحاسبة عن الترتيبات التي تحتوي على عقد إيجار، ما يأتي نصه: «تفسير لجنة تفسيرات المعايير الدولية للتقارير المالية... 4 - تحديد ما إذا كان ترتيباً يحتوي على عقد إيجار (يتعلق بتحديد الخدمات وعقود الأخذ أو الدفع والبيع أو الشراء، والتي لا تأخذ الشكل القانوني لعقد الإيجار، ولكن تنقل حقاً للعملاء والموردين باستخدام أصل أو

مجموعة من الموجودات مقابل دفعة ثابتة، إن العقود التي تلبي هذه المعايير تعرف إما كعقود إيجار تشغيلي وإما تمويلي⁽⁷⁾.

فالتوصيف القانوني للعقد بين أطراف العلاقة هو ما ذكر في بداية البيانات المالية لسنة 2016 من أن الشركة، في ديسمبر 2013 قد أبرمت ترتيبات تعاقدية لبناء وتشغيل وتحويل («الترتيبات») مع وزارة الكهرباء والماء، وهو ما يتفق مع أغراض شركة المشروع، وفقاً لما جاء في المادة (6) من عقد تأسيس الشركة، والمادة (4) من نظامها الأساسي، وهو ما يؤكد أن توصيف العلاقة بالإيجار التمويلي / التشغيلي قد كان لأغراض محاسبية، لا أنه تكييف للطبيعة القانونية.

على أن توصيف العلاقة بأنها إيجار تمويلي / تشغيلي غير كافٍ في تحديد العلاقة بين أطرافها، ذلك أن اصطلاح الإيجار التمويلي التشغيلي هو وصف عام تندرج تحته العديد من صور العلاقات التعاقدية⁽⁷⁾.

والشكل (1) يبين المشتقات المختلفة لمشروعات B.O.T

اختصارات	التعريف باللغة الإنجليزية	التعريف باللغة العربية
BOT	Build-Operate-Transfer	بناء تشغيل - نقل ملكية
BOO	Build-Own-Operate	بناء - تملك - تشغيل
SOR	Build-Own-Operate-Licence Renewal	بناء - تشغيل - وتجديد امتياز
BOOT	Build-Own-Operate-Transfer	بناء - تملك - تشغيل - تحويل الملكية
BLT	Build-Lease-Transfer	بناء - تأجير - تحويل ملكية
BLT	Build-Lease-Transfer	بناء - إيجار - تحويل ملكية
BTO	Build-Transfer-Operate	بناء - تحويل ملكية - تشغيل
DBFO	Design-Build-Finance-Operate	تصميم - بناء - تمويل - تشغيل

(7) عبدالعزيز أبو خشبة، اكتتاب شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه - وجهة نظر قانونية، على الرابط: الآن | اكتتاب شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه .. وجهة نظر قانونية دكتور عبدالعزيز أبو خشبة (alaan.cc)، آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/9/18.

DCMO	Design-Construct-Manage-Operate	تصميم - إنشاء - إدارة - تشغيل
UOOT	Upgrade-Own-Operate-Transfer	تحديث - تملك - تشغيل - نقل ملكية
ROO	Renew-Own-Operate	تجديد - تملك - تشغيل
ROT	Renew-Own-Operate	تجديد - تملك - نقل ملكية

الشكل (1): بيان المشتقات المختلفة لمشروعات الـ B.O.T⁽⁸⁾

ونحن نرى أن هذا الأمر يعتبر أساساً ثانياً في بروز الإشكالات الشرعية التي أدت إلى الاختلاف في حكم الاكتتاب، خصوصاً مع عدم الاطلاع على العقد المنظم للعلاقة بين الجهتين.

(8) محمد محمود عبدالحافظ، الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومتطلبات التنمية: الإمكانيات والتحديات، الحالة المصرية في ضوء التجارب الدولية، المجلة العربية للإدارة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2013، ص9.

المبحث الثاني

حكم الاكتتاب في شركة الزور: تكييفها وأسباب الخلاف

نرى وجود أساسين قانونيين لبروز الإشكالات الشرعية التي أسهمت في وجود الخلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور؛ وسيسلط هذا المبحث الضوء على حكم الاكتتاب في شركة الزور من جهة، وتكييفها من جهة أخرى في المطلب الأول، ودراسة أسباب الخلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور ومدى مشروعيتها من جهة أخرى في المطلب الثاني.

المطلب الأول

حكم الاكتتاب في شركة الزور وتكييفها الشرعي

يتناول هذا المطلب حكم الاكتتاب في شركة الزور في الفرع الأول، بينما يسلط الضوء على التكييف الشرعي لشركة الزور في الفرع الثاني.

الفرع الأول

حكم الاكتتاب في شركة الزور

اختلف الفقهاء في حكم الاكتتاب في الشركة على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى عدم جواز الاكتتاب في شركة الزور، وإلى هذا الرأي ذهب د. نايف العجمي⁽⁹⁾، ود. عجيل النشمي⁽¹⁰⁾، وهيئة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية⁽¹¹⁾، ومستندهم - في التحريم - يتلخص في أمرين⁽¹²⁾:

(9) نايف العجمي، حكم الاكتتاب في شركة الزور وشركة البورصة - YouTube، آخر زيارة بتاريخ: 2024/9/19.

(10) عجيل النشمي، فتوى بعنوان «المشاركة في شركة الزور والوساطة»، منشورة على موقعه الرسمي: www.dr-nashmi.com، آخر زيارة بتاريخ: 2024/9/18.

(11) هيئة الفتوى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الفتوى رقم 22هـ/ 2019م، 20 أكتوبر 2019م.

(12) عدنان الملا وعبدالعزیز الناهض، الحكم الشرعي في مساهمة المواطنين في مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دولة الكويت: شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه نموذجاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، ع1، ع37، ديسمبر 2021م، ص57 - 60. خالد أبا الصافي المطيري، مرجع سابق، ص155.

- التعاملات الربوية في الشركة، ومنهم من رأى أن مجرد التعامل الربوي يحرم الاكتتاب في الشركة بغض النظر عن نسبته، ومنهم من يرى أن التعاملات الربوية في الشركة تجاوزت النسب التي تبتتها بعض الجهات لإباحة الاكتتاب فيها.
- تحقّق المحظور الشرعي المتمثل في نهْي النبي عن عقدين في عقد من جهة، واجتماع عقدي معاوضة يتعارض مقتضى كل منهما مع الآخر من جهة أخرى.
- الرأي الثاني: يرى جواز الاكتتاب في شركة الزور - مع توجيه إدارة الشركة باستبدال القروض التقليدية بتمويلات إسلامية - وإلى هذا الرأي ذهب د. محمد الطبطبائي⁽¹³⁾، ومستنده في الجواز يتلخص في ثلاثة أمور، هي⁽¹⁴⁾:
- أصل نشاط الشركة مباح.
- موضوع الشركة يمثّل حاجة عامة.
- إمكان تجنّب التعاملات الحرام من وجهين: بالتطهير من جهة، وبالإستفادة من الاكتتاب في سداد أو خفض التمويلات التقليدية من جهة أخرى.
- الرأي الثالث: يرى وجوب الاكتتاب في شركة الزور، مع التوصية بضرورة:
- السعي إلى الوصول إلى مجلس الإدارة للمساعدة في التخلص من التعاملات المحرّمة وتقليل الفوائد الربوية قدر الإمكان.
- سعي أعضاء مجلس الأمة لسن قوانين تمنع التعامل بالمعاملات المحرّمة، لا سيما فيما يتعلّق بالبنية التحتية للبلد على الوجه الأخص، وغيرها على وجه العموم، وإلى هذا الرأي ذهب الشيخ عدنان القادري⁽¹⁵⁾، ومستنده في الوجوب يتلخص في أمرين⁽¹⁶⁾:

(13) محمد الطبطبائي، فتوى حول حكم المساهمة في شركة الزور الأولى، 30 سبتمبر 2019.

(14) عدنان الملا وعبدالعزیز الناهض، مرجع سابق، ص 60 - 62. خالد أبا الصافي المطيري، مرجع سابق، ص 156.

(15) عدنان عبدالقادر، فتوى في مقطع مرئي بعنوان: «يجب المساهمة في شركة شمال الزور»، 2019 [فيديو]، يوتيوب، آخر زيارة بتاريخ: 2024/9/18.

(16) عدنان الملا وعبدالعزیز الناهض، مرجع سابق، ص 62 - 64.

- التعليل المقاصدي، واعتبار المصلحة العامة.
- النظر في البعد السياسي والاجتماعي والترجيح بين المصالح والمفاسد.

الضرع الثاني

تكييفها الشرعي

لا خلاف في تكييف⁽¹⁷⁾ الشركة بكونها شركة مساهمة، وكونها شركة أصل نشاطها مباح، وأنه قد اختلط الحرام بالحلال في إيراداتها واستثماراتها، ولا خلاف أيضًا في توصيف العلاقة بين شركة المشروع والمكتتبين بالوكالة.

أما عن العلاقة بين شركة المشروع والدولة فلم يتطرق الفقهاء المعاصرون - في حدود ما اطلعت عليه - ممن ناقشوا هذه النازلة لتكييف هذه العلاقة، ويظهر أنهم اكتفوا في تكييفه بما ورد في نشرة الاكتتاب من كونه: عقد إيجار تمويلي.

وأرى أن التكييف الفقهي لهذه العلاقة، بالنظر إلى الأوصاف المذكورة في المبحث السابق، وبالنظر إلى القانون المنظم لها من جهة أخرى:

1 - لا ينطبق عليه كونه عقد إجارة تمويليًا للأسباب التالية:

- عقود الشراكة عقود يقع الاتفاق فيها على تشييد مشروع من المشروعات ذات الطبيعة العامة، على أن يكون للمستثمر استغلالها لمدة معينة مقابل انتفاعه بالأرض التي يقع عليها المشروع، ولا يدل جوهر هذه الاتفاقيات على أن العوض فيها الذي هو أيلولة المشروع للدولة يكون لمجرد إجارة الأرض؛ لأن العقد يكون مشروطًا فيه أن يكون المشروع المقام على هذه الأرض ذا طبيعة خاصة، ومواصفات معينة، ولو كان العقد واردًا على استغلال الأرض لما تحتم هذا المشروع أو ذاك، ومن هنا وجب النظر في جوهر هذه الاتفاقية بعيدًا عن وجوه الشبه بين عقد الشراكة وبعض العقود المسمّاة في الفقه الإسلامي.

(17) وفق ما ورد في نشرة الاكتتاب (zouripo.com) pdf (KAPP-AZN-DIS-REPORT-OCT15، آخر زيارة بتاريخ: 2024/9/18.

- لو نُظر إلى هذه الأجرة وحدها لكان للقطاع العام أن يسترد أجزتها حالة فترة بفترة؛ فذلك أجدى له وأنفع وأقرب إلى معنى الاستغلال، لكن الدولة تهدف من وراء هذه المشروعات إلى توفير خدمة عامة أو إعداد مرفق معين للاستغلال العاجل، ولذلك تُغري المستثمرين لا بحق الانتفاع بالأرض وحدها، لكن بحق الامتياز على هذا المرفق أو ذلك، وفي هذه الحالة تضعف المنافسة وتنفرد تلك الشركة أو تلك بمرفق من المرافق العامة. ومن المعلوم أن الطلب على هذه المرافق متسع كمّا؛ ما يعني احتمالية ربح كبير، وهذا يبرّج نظرية منح الحق، أي الحق في إدارة مشروع معين لفترة معينة، مع ضمان أن تضيق دائرة المنافسة مع شروط معينة لا تضر بسعر الخدمة الممنوحة من هذه الشركة أو تلك، ويكون المقابل في ذلك هو أيلولة الشركة إلى القطاع العام مرة أخرى بجاهزية تامة للاستغلال.

2 - لا يصح أن ينظر إلى هذه العقود على أنها ذات تركيب من عقود معينة، ويخضع النظر فيها لضوابط اجتماع العقود، فهو - وإن كان منهجاً معتبراً في دراسة بعض العقود - مقيد بالحالات التي يظهر فيها وضوح الانفصال بين العقود؛ لتعدد الأغراض، أو لاختلاف الرغبات بين الأطراف. أما الحالات التي يظهر فيها أن الاجتماع من طبيعة التعاقد أو من ضرورة العقد، أو أنه ليس مقصوداً بذاته - كما في عقود الشراكة - فالظاهر أن دراسة العقود، وفقاً لطبيعتها التركيبية، قد لا تتلاءم مع طبيعتها، ويتعزّز ذلك في ظل القاعدة الشهيرة: «العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، والمراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود⁽¹⁸⁾.

3 - تؤيد القرائن المختلفة التي تُعلم من نصوص القوانين، ومن الاشتراطات التي تُضاف إلى هذه العقود، أن يكون التكيف الشرعي في تلك العقود من قبيل: بيع الحق، وهو ما يميل إليه البحث ويراها أقرب إلى مقاصد الشريعة ومقاصد

(18) أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص268. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1989، ص55.

المكلفين، ذلك أن سائر التخريجات الأخرى التي راعت جانب المشابهة بين هذا العقد وغيره من التطبيقات، أو تعرضت لتفكيك تلك الاتفاقيات ودراستها في ضوء اجتماع العقود؛ تتعد عن مقصد هذه الأنظمة وطبائعها بقدر ما تقرّبها إلى العقود المسماة المعروفة في كتب الفقه⁽¹⁹⁾، وهو ما يفسر ظهور إشكاليات فقهية في هذه العقود كالغرر والجهالة... وغيرهما؛ مما كان سبباً في اختلاف الفقهاء في حكم الاكتتاب في شركة الزور كما سيأتي بيانه.

4 - إن الجزم بتكليف العقد يحتاج إلى دراسة تبدأ من الاطلاع على العقود القانونية المنظمة، وعلى الالتزامات المترتبة عليها، لذا نوصي بإعادة النظر في تكليف العقد، ولحصول ذلك في هذه النازلة ومثيلاتها يجب تعيين مستشار شرعي يطلع على العقود المنظمة، وينقل التصور إليها من حيث التوصيف والالتزامات المؤثرة في بناء الحكم للجهة التي تصدر الفتوى في حكم الاكتتاب.

المطلب الثاني

أسباب الخلاف ومدى مشروعيتها

بالتأمل في أقوال الفقهاء، في حكم الاكتتاب في شركة الزور، ظهر أن الاختلاف يستند إلى أربعة أمور:

- 1 - الاختلاف في حكم الاكتتاب في شركة المساهمة.
- 2 - الاختلاف في تحديد المقصود من «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة»⁽²⁰⁾.

(19) خالد حسين ملحم، عقد البناء والتشغيل والتحويل: دراسة فقهية قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العليا، الأردن، 2017م، ص 80.

(20) أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب البيوع، باب ذكر الزجر عن بيع الشيء بمائة دينار نسيئة وبتسعين ديناراً نقداً، الحديث (4973)، 347/11 عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيعتين في بيعة. والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، الحديث (10660)، 343/5. والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، الحديث (1231)، 533/3، قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم.

- 3 - الاختلاف في حكم اجتماع الإجارة والبيع في عقد واحد.
 - 4 - عدم تصريح الشركة بالتزامها بأحكام الشريعة في نشاطاتها.
- سيسلط البحث الضوء على كل منها في فرع مستقل؛ على التفصيل التالي:

الفرع الأول

حكم شركة المساهمة المختلطة

إن تكيف شركة الزور، باعتبارها شركة مساهمة عامة، ذات أثر في اختلاف الفقهاء في حكمها على اعتبار أنها شركة مساهمة مختلطة، بمعنى أن أصل نشاطها مباح، إلا أن نسبة من تعاملاتها واستثماراتها في الحرام، وفي صورتنا هنا يتمثل الحرام في الإقراض والاقتراض الربوي.

وقد وقع الخلاف في حكم المساهمة المختلطة فيها على أقوال كثيرة، يمكن ضبطها باتجاهين عامين:

الاتجاه الأول: المنع؛ ومنهم من منع مطلقاً، ومنهم من استثنى من المنع بعض الحالات، إلا أنهم متفقون على أن مناط المنع مبني على دليلين متلازمين هما⁽²¹⁾:

- عموم الأدلة الدالة على تحريم الربا.
- إن الشركة المساهمة مبنها على الوكالة؛ فالمساهم موكل للشركة؛ بحيث تُنسب إليه تصرفات الشركة، ولا يجوز التوكيل بمحرّم؛ فيصدق أنه موكل للربا.

وإلى القول بالمنع مطلقاً: ذهب المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁽²²⁾، مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁽²³⁾،

(21) أحمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، الدمام، 2003، ص142.

(22) علي محيي الدين القرة داغي، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ط3، ج9، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2009، ص343. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، ص297.

(23) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ص135.

وهو قول عدد من العلماء المعاصرين منهم: الشيخ ابن عثيمين في أحد قوليهِ⁽²⁴⁾، ود. صالح المرزوقي⁽²⁵⁾، ود. أحمد محيي الدين حسن⁽²⁶⁾، ود. أحمد خليل⁽²⁷⁾، ود. صالح العصيمي⁽²⁸⁾.

وإلى القول بأن الأصل هو المنع مع استثناء بعض الحالات: ذهب كل من الشيخ السلامي⁽²⁹⁾، ود. مصطفى الزرقا⁽³⁰⁾، ود. ابن بيه⁽³¹⁾، ود. علي القرّة داغي⁽³²⁾، ود. عبدالله العمراني⁽³³⁾.

وفيما يأتي ما استثنوه من المنع⁽³⁴⁾:

1 - الأصل المنع، ويُستثنى إذا كانت الشركة من شركات القطاع العام، وإليه ذهب الشيخ السلامي ود. مصطفى الزرقا، مستنديّن في الجواز على قاعدة: الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة.

-
- (24) محمد بن صالح العثيمين، فتاوى نور على الدرب للشيخ محمد بن صالح العثيمين، ط1، ج18، دار القاسم، الرياض، 1419، ص195.
- (25) صالح المرزوقي، حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفائدة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مج6، ع21، سنة 1414، ص145 و146.
- (26) أحمد محيي الدين حسن، عمل شركات الاستثمار الإسلامية في السوق العالمية، ط1، الدار السعودية، الرياض، 1986، ص175.
- (27) أحمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص16.
- (28) صالح العصيمي، الأسهم المختلطة، أسهم الشركات التي أنشئت لغرض مباح ولكنها تتعامل بالمُحرّم أحياناً، ط1، د. ن. الرياض، 1426هـ/ 2006، ص104.
- (29) أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، دار النفائس، عمان - الأردن، ص20 - 25.
- (30) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط6، أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل، دار النفائس، عمان - الأردن، 2007، ص206. وأعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل، ص64.
- (31) عبدالله بن بيه، المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مج7، ع1، سنة 1992م، ص53، 58 و59.
- (32) علي القرّة داغي، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ج1، مرجع سابق، ص109.
- (33) عبدالله العمراني، الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة .. مراجعة فقهية ومقترحات للبحث المستقبلي، دار أنبيليا، 2008، ص49 و50.
- (34) المرجع السابق، ص10.

2 - الأصل هو المنع، لكن تجوز المساهمة فيها بشرط ألا ينص نظامها الأساسي على أن من أغراضها الإقراض أو الاقتراض بفائدة، أو التعامل بأي محرم، إضافة إلى كون المباح هو الأصل الغالب، وضرورة التخلص من نسبة الحرام، وإليه ذهب ابن بيه وعلي القرّة داغي، مستندّين في الجواز على قاعدة: يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، وقاعدة للأكثر حكم الكل.

3 - الأصل هو المنع، ويُستثنى أن يدخل المساهم بنية التغيير، وإليه ذهب د. العمراني، وما تبنته الندوة الثالثة للأسواق المالية المنعقدة في البحرين، مستندين في الجواز على قاعدة: المصلحة المعتبرة شرعاً.

الاتجاه الثاني: الجواز بضوابط؛ وممن ذهب إلى هذا الرأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية⁽³⁵⁾، وهو قول عدد من العلماء المعاصرين، منهم: الشيخ ابن عثيمين في أحد قوله⁽³⁶⁾، والشيخ عبدالله المنيع⁽³⁷⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه قد اختلف أصحاب هذا الاتجاه في تعداد الضوابط وفي كنهها من جهة، وفي مناط الجواز من جهة أخرى، وتفصيل ذلك في المسائل التالية:

المسألة الأولى: من حيث المناط

وقد انقسموا إلى اتجاهين⁽³⁸⁾:

الأول: يرى أن مناط الجواز يتلخص في عموم الأدلة الدالة على رفع الحرج، وعموم البلوى والحاجة، وأنه يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، وللاكثر حكم الكل، واختلاط جزء محرّم يسير لا يؤدي إلى تحريم الكثير، وهو ما ذهب إليه غالب القائلين بالجواز⁽³⁹⁾.

(35) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة بالمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار 21، ص 385.

(36) محمد بن صالح العثيمين، رسالة حول الأسهم وحكم الربا، ص 20 و 21.

(37) عبدالله المنيع، بحث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1416هـ/ 1995م، ص 246.

(38) عبدالله العمراني، مرجع سابق، ص 48 و 49.

(39) المرجع السابق، ص 10.

الثاني: يرى أن مناط الجواز أن الشركة المساهمة لها شخصية اعتبارية مستقلة، وتصرفات مجلس إدارتها لا تُنسب إلى المساهم؛ فليست مبنية على الوكالة، وممن ذهب إليه د. محمد علي القري⁽⁴⁰⁾.

المسألة الثانية: من حيث تقدير النسبة اليسيرة في الحرام

انقسموا في تقدير النسبة اليسيرة في الحرام إلى أربعة اتجاهات:

الأول: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية

نص معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية على النسب التالية⁽⁴¹⁾:

- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المقترض بالربا (30 في المائة) من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة.
- ألا يتجاوز الإيراد الناتج من عنصر مُحَرَّم نسبة (5 في المائة) من إجمالي إيرادات الشركة.
- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المودع بالربا (30 في المائة) من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة.

الثاني: مؤشر داو جونز الإسلامي⁽⁴²⁾

نص مؤشر داو جونز الإسلامي على ما يأتي:

- ألا يتجاوز إجمالي قروض الشركة، أو يساوي، 33 في المائة من إجمالي أصولها.
- ألا تشكل الإيرادات غير التشغيلية، أو تساوي، 9 في المائة من الإيرادات التشغيلية.

الثالث: الهيئة الشرعية لشركة الراجحي

(40) محمد القري، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحددة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، مج5، ع2، سنة 1419هـ، ص23، 49، 50.
(41) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية .. المعايير الشرعية، المعيار 21، ص283 - 388.
(42) عبدالله العمراني، مرجع سابق، ص54.

نص قرار الراجحي (485) على النسب التالية⁽⁴³⁾:

- ألا يتجاوز إجمالي المبلغ المقترض بالربا - سواء أكان قرضاً طويل الأجل أم قصير الأجل - (25 في المائة) من إجمالي موجودات الشركة، علماً بأن الاقتراض بالربا حرام مهما كان مبلغه، ويعتبر هذا معدلاً للنسبة المذكورة في القرار ذي الرقم (310) من تحديد المحرّم بأن يكون أقل من ثلث مالية الشركة.
- ألا يتجاوز مقدار الإيراد الناتج من عنصر محرّم (5 في المائة) من إجمالي إيراد الشركة، سواء كان هذا الإيراد ناتجاً عن الاستثمار بفائدة ربوية، أو عن ممارسة نشاط محرّم، أو عن تملك لمحرّم، أو عن غير ذلك، وإذا لم يتم الإفصاح عن بعض الإيرادات في معرفتها، ويُراعى جانب الاحتياط.
- ألا يتجاوز إجمالي حجم العنصر المحرم - استثماراً كان أو تملكاً لمحرّم - نسبة (15 في المائة) من إجمالي موجودات الشركة.

الرابع: الهيئة الشرعية للبنك الأهلي السعودي

نص قرار البنك الأهلي على النسب التالية⁽⁴⁴⁾:

- ألا تتجاوز الفوائد الربوية (5 في المائة) من إجمالي إيراد الشركة.
 - أن يكون إجمالي المبلغ المقترض بالربا أقل من الثلث من قيمة الشركة السوقية.
- ومن هذا الخلاف يمكن القول:

- 1 - إن من يحرمون الاكتتاب يتبنون:
 - الرأي الأول: القائل إن الأصل في الاكتتاب في الشركات المساهمة المختلطة هو المنع: إما على وجه الإطلاق، وإما لكون الحالات الاستثنائية لا تنطبق عليها.
 - أو قد يتبنون الرأي الثاني، إلا أنهم أفتوا بالحُرمة لعدم انطباق الضوابط عليها: إن في تحقق الحاجة، أو في تقديرات النسب.

(43) قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار 485، ص 717.

(44) عبدالله العمراني، مرجع سابق، ص 53 و 54.

- 2 - بينما يتبنّى المجيزون أو الموجبون للاكتتاب الرأي الثاني القائل بالجواز بضوابط، وذلك لانطباق الضوابط عليها.
- 3 - شرعية كل اتجاه فيما ذهب إليه في الحكم.

الفرع الثاني

المقصود من نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة

- اختلف الفقهاء في تفسير المراد بيعتين في بيعة، وفي الصور التي ينطبق عليها معنى الحديث، على عدة آراء، أشهرها التالي:
- الأول: يُراد به قول البائع: أبيعك هذه السلعة نقدًا بعشرة، ونسيئة بأحد عشر، ويعقدان العقد من غير تحديد لأحد الثمنين، وهو قول ابن مسعود من الصحابة، وجمع من السلف، وإليه ذهب المالكية والشافعية في أحد الوجهين، ورواية عن الإمام أحمد، وذكره ابن حزم تفسيراً لبيعتين في بيعة⁽⁴⁵⁾.
 - الثاني: يُراد به اشتراط عقد في عقد، كأن يقول له: لا أبيعك هذه السلعة، حتى تؤجرني بيتك، وإليه ذهب الحنفية، وهو أحد تفسيري الشافعية، وقال به الحنابلة، وذكره ابن حزم تفسيراً لبيعتين في بيعة⁽⁴⁶⁾.
 - الثالث: أن يعقد البائع مع المشتري بيعتين (عقدين)؛ على ألا تتم منهما إلا واحدة؛ مع كون العقد لازماً بأحدهما، وقد ذكر مالك هذا التفسير في الموطأ، وبعض المالكية، ويلحظ أنه في هذا التفسير تم التعاقد من غير تحديد المبيع⁽⁴⁷⁾.

(45) عبدالله بن محمد ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج4، مكتبة الرشد، الرياض، 1989م، ص307. محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ط2، ج4، دار الفكر، بيروت، 1398هـ ص364. إبراهيم بن علي الشيرازي، التنبيه، ج1، عالم الكتب، بيروت، 1983م، ص89. علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، ج4، دار إحياء التراث، بيروت، ص350. علي بن أحمد ابن حزم، المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، ج9، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص15. الشيرازي، التنبيه، ج1، مرجع سابق، ص89.

(46) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج13، دار المعرفة، بيروت، ص16. المرادوي، الإنصاف، ج4، مرجع سابق، ص350. علي بن أحمد ابن حزم، المحلى، ج9، مرجع سابق، ص15.

(47) العبدري، التاج والإكليل، ج4، مرجع سابق، ص364.

- **الرابع:** إنَّ المراد ببيعتين في بيعة، بيع العينة، وهي: أن يبيع الشيء نسيئةً، ثم يشتريه بأقل من الثمن الذي باعه به نقدًا (عاجلاً)، وقد قال بهذا القول: مالك، وابن تيمية، وابن القيم⁽⁴⁸⁾.
- ومن هنا يتبين:
- أن المُحرِّمين للاكتتاب يتبنون التفسير الثاني، بينما يستند المجيزون على بقية التفسيرات.
- شرعية كل اتجاه فيما ذهب إليه في تفسير النهي الوارد في هذا الحديث، وذلك لكون هذه التفسيرات مقبولة شرعاً، ويمكن بناء الحكم عليها.

الفرع الثالث

حكم اجتماع الإجارة والبيع في عقد واحد

- والخلاف فيه ناشئ عن اختلافهم في اشتراط عقد معاوضة مع عقد البيع، وقد اختلف الفقهاء في تلك المسألة على ثلاثة آراء:
- **الأول:** لا يجوزُ اشتراطُ عقد معاوضة في عقد معاوضة، وإليه ذهب الظاهرية، والحنفية، والشافعية، والحنابلة في المذهب⁽⁴⁹⁾.
- واستدلوا بالنهي عن:
- أ - بيعتين في بيعة، حيث حمل النهي الذي يقتضي الفساد على صورة اشتراط عقد في عقد⁽⁵⁰⁾.

(48) عمر بن يوسف بن عبد البر، الاستذكار، ط6، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ص449. أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج29، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، 1416هـ، ص432.

(49) علي بن أحمد ابن حزم، المحلى، ج9، مرجع سابق، ص15. السرخسي، المبسوط، ج13، مرجع سابق، ص16. أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى لابن تيمية، ج29، وزارة الشؤون الإسلامية، 1996م، ص85 - 88. الشيرازي، التنبية، ج1، مرجع سابق، ص89. المرداوي، الإنصاف، ج4، مرجع سابق، ص349. (50) عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ط2، ج5، دار الهجرة، القاهرة، 1412هـ، ص230. ابن عبد البر، الاستذكار، ج6، مرجع سابق، ص452. محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد، ج5، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص115.

ب - بيع وسلف وعن شرطين في بيع، حيث قيس على القرض غيره من العقود⁽⁵¹⁾.
ج - بيع وشرط، حيث يشمل عموم التهي صورة اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة⁽⁵²⁾.

- الثاني: لا يجوز اشتراط عقد الجعالة، أو الصّرف، أو المساقاة، أو الشّركة، أو القراض في عقد البيع، ولا يجوز اشتراط عقد منها مع الآخر، ويجوز فيما عدا ذلك، كالبيع مع الإجارة، وإليه ذهب المالكية في المشهور⁽⁵³⁾.

واستدلوا: بأن اجتماع هذه العقود جمع بين المتنافيين؛ لتضاد أحكام كل منهما مع الآخر، ومن المعلوم أن تنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات⁽⁵⁴⁾.

ونوقش هذا الرأي: بأن التضاد، والتنافي، إنما يتصور؛ فيما إذا كان العقد على محل واحد في وقت واحد، ومحل النقاش فيما إذا كان العقدان واردين على محلين مختلفين بثمانين مختلفين⁽⁵⁵⁾.

- الثالث: يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وإليه ذهب مالك في رواية⁽⁵⁶⁾، والحنابلة في قول⁽⁵⁷⁾، واختاره ابن تيمية وابن القيم⁽⁵⁸⁾.

واستدلوا بالتالي:

- الأصل في العقود والشروط هو الإباحة، إلا ما دل الدليل على تحريمه، واشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة مما لم يرد دليل على تحريمه⁽⁵⁹⁾.

(51) عمر بن يوسف بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ط2، ج24، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1991م، ص391. عبدالله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ج4، مرجع سابق، ص211.

(52) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق، ط2، ج6، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ص92.

(53) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص32.

(54) أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج4، دار الغرب، بيروت، 1994م، ص392.

(55) عبدالله بن محمد العمراني، العقود المالية المركبة - دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، دار كنوز أشبيلية، الرياض، 2006، ص108.

(56) العبدري، التاج والإكليل، ج4، مرجع سابق، ص314.

(57) المرداوي، الإنصاف، ج4، مرجع سابق، ص350.

(58) محمد بن أبي بكر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، دار الجيل للنشر والتوزيع، بيروت، 1973، ص342.

(59) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج29، مرجع سابق، ص346.

- حديث «المسلمون عند شروطهم»⁽⁶⁰⁾، واشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة داخل في عموم الحديث؛ إذ لم يتناوله نص صريح يحرمه.
 - حديث جابر في استثناء ظهر الجمل الذي فيه: «واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي»، وفي لفظ: «على أن لي ظهره على المدينة»⁽⁶¹⁾؛ إذ جمع فيه بين عقد إجارة وعقد البيع⁽⁶²⁾.
 - فعل الصحابة، حيث روي عن بعض الصحابة والتابعين ما يدل على جواز اشتراط عقد الإجارة في البيع؛ مما يدل على جواز اشتراط عقد في عقد⁽⁶³⁾.
- ومن هنا يتبين:
- أن المحرمين للاكتتاب يتبنون الرأي الأول أو الثاني، بينما يستند المعجزون على الرأي الثالث.
 - شرعية كل اتجاه فيما ذهب إليه في حكم اجتماع الإجارة مع البيع، وذلك لكون هذه الاجتهادات مقبولة شرعاً، ويمكن بناء الحكم عليها.

الفرع الرابع

عدم تصريح الشركة بالتزامها بأحكام الشريعة في نشاطاتها

- إن الشركة محل النزاع، لم تصرّح في الأغراض التي أنشئت من أجلها، أو في النشاطات التي تعمل بها أنها تتعامل بالربا قرضاً وإقراضاً - فضلاً على اشتراطها ذلك - إلا أنها صرّحت بحريتها في استثمار أموال الشركة بالصورة والنسب التي تحددها

(60) محمد بن عبدالله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ص57، الحديث رقم (2310).

(61) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج3، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص221، الحديث رقم (1221).

(62) منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ط2، ج2، عالم الكتب، بيروت، 1996، ص29 و30. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، مرجع سابق، ص123. ابن القيم، حاشية ابن القيم، ج9، ص294.

(63) عبدالله بن محمد بن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج4، مرجع سابق، ص546. ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3، مرجع سابق، ص389.

إدارة الشركة، وقد أظهرت بنود قوائمها المالية وجود نسب من الإقراض والاقتراض الربوي في آخر ميزانية لها.

وقد اتفق الفقهاء على حُرمة الربا، وحُرمة التعامل فيه، فضلاً على حُرمة اشتراطه في العقد، واختلفوا في مدى جواز التعليل بالحاجة - وحدودها - في قبول اليسير من الأنشطة المحرمة - بما فيها الربا - على الشركات المساهمة المختلطة، وعلى الحكم عليها.

إن الناظر في أقوال الفقهاء، في حكم الشركات المساهمة المختلطة، يرى أن هناك جانباً مشتركاً يؤسّس عليه الجواز، وهو وجود الحاجة، وعليه فسينظر البحث فيما يأتي، في:

أولاً: الحاجة التي تجيز الترخّص

الحاجة لغة: اسم مصدر للفعل احتاج، وأصل الكلمة (حوج)، قال ابن فارس: «والحاء والواو والجيم أصل واحد، وهو الاضطرار إلى الشيء»⁽⁶⁴⁾. والحاجة: الرغبة⁽⁶⁵⁾.

وفي الاصطلاح عُرِفَتْ بأنها:

- ما يفتقر إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدي - في الغالب - إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب؛ فإذا لم ترأَ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة⁽⁶⁶⁾.
- الحاجة هي الافتقار إلى الشيء لأجل التوسعة ورفع الضيق والمشقة مما يخالف الأدلة أو القواعد الشرعية⁽⁶⁷⁾.

(64) أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، دار الفكر، بيروت، 1979م، ص114.

(65) أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام .. دراسة نظرية تطبيقية، ط1، ج1، دار كنوز أشبيلية، الرياض، 2008م، ص45.

(66) إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ط1، ج2، دار ابن عفان، الرياض، 1997م، ص21.

(67) أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام، ج1، مرجع سابق، ص61.

- ما يحتاج إليه الأفراد أو تحتاج إليه الأمة، للتوسعة ورفع الضيق، إما على جهة التأقيت وإما التأييد، فإذا لم ترأع دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة، وقد تبلغ مبلغًا لفساد في الضرورة⁽⁶⁸⁾.

وبالنظر في تحقق هذا المعنى في المسألة يتبين وجوده من وجهين:

- مع التسليم بعدم تحقق الحاجة على مستوى الأفراد، فإن تحققها على مستوى الأمة العام متحقق، ذلك أن المشقة غير المعتادة التي تؤدي إلى الحرج والضيق - مع عسر التحرز منها - متحققة في هذه الصورة، باعتبار الأمة لا باعتبار الأفراد؛ إذ التعامل الربوي واقع في أغلب مؤسسات الدولة من جهة، ومن جهة أخرى ليست هذه الشركة من شركات الاستثمار التجارية المحض، بل فيها معنى من معاني المصلحة العامة والملكية العامة - المتمثل في الطاقة - وقد سبق القول إن الدولة تتجه إلى خصخصة قطاعاتها العامة، فإذا لم يكن ثمة حاجة حاصلة هنا - باعتبار العموم - تدعو إلى المشقة والحرج في احتراز الربا، فلا حاجة متصورة ألّبتة، وليس الاستثمار هنا متعلقًا بملكية خاصة، بل الاستثمار حاصل بملكية عامة.

- وليست الحال هنا فتوى خاصة بأفراد، وإنما فتوى عامة يتجلى معها معنى التعاون على البر والتقوى.

إذ لما كان محل الشركة من الأموال العامة من جهة، والسياسة قاضية في إشراك القطاع الخاص الربوي، فإن الدخول بنية تطهير الأسهم، من أسهم الشركة الكلية، يعتبر من أبواب التعاون على البر والتقوى في تقليل وجود الربا في شركة مساهمة عامة تتعلق مصالحها بالأمة، ومنع المساهمة فيها يؤدي إلى ضرر أكبر، هو الاستمرار في الربا على مستوى الأمة بشكل كلي.

(68) كافي أحمد، الحاجة الشرعية .. حدودها وقواعدها، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م، ص33 و34.

ثانيًا: شروط تحقُّق الحاجة

اشترط الفقهاء والأصوليون؛ لتحقق الحاجة المعتبرة شرعًا، شروطًا منها:

1 - ألا يعارض الحاجة ما هو أقوى منها⁽⁶⁹⁾:

يقول شيخ الإسلام: «فإن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، وأنها ترجح خير الخيرين وشر الشرين، وتحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما»⁽⁷⁰⁾.

وبالنظر في تحقق هذا الشرط على المسألة محل النظر يتبين تحققها في المسألة؛ من جهة أن الربا في شركة مساهمة عامة مُتحقق باعتبار الكل، والقول بالجواز في المساهمة يؤدي إلى تقليل الربا في شركة مساهمة عامة.

2 - أن تكون الحاجة قائمة متحققة يقينًا أو ظنًا⁽⁷¹⁾:

لما كانت الأحكام الثابتة بالحاجة أحكامًا استثنائية؛ فلا يجوز العمل بالحاجة إلا إذا كان السبب الداعي لها متحققًا وقائمًا، إلا أن هذا الشرط إنما هو في حق الحاجة الخاصة، فهي التي يشترط تحققها يقينًا، أو ظنًا، أما الحاجة العامة فلا يشترط فيها ذلك؛ لأن «الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له حاجة»⁽⁷²⁾، ولأن «كل ما أبيع للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة»⁽⁷³⁾.

وبالنظر في تحقق هذا الشرط في المسألة، يتبين تحققه؛ إذ الحاجة متحققة قائمة.

3 - ألا يكون في الأخذ بالحاجة مخالفة لقصد الشرع⁽⁷⁴⁾:

قال الشاطبي: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة

(69) أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص 194.

(70) ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، ج 20، مرجع سابق، ص 48.

(71) أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص 184.

(72) عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ج 3، مرجع سابق، ص 134.

(73) المرجع السابق، ج 7، ص 35.

(74) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ص 340.

بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة مخالفة؛ فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات⁽⁷⁵⁾. وإذا كان الشارع قاصداً لتحقيق المصالح المعبرة، من خلال ما شرعه من تلبية الحاجات، فإنه لا يجوز لنا أن نقصد من هذه الحاجات أموراً تخالف ما يقصده الشارع الحكيم⁽⁷⁶⁾.

وبالنظر في تحقق هذا الشرط يتبين تحققه في المسألة.

وهنا يمكن أن يعترض بالقول: إن الوقوع في الربا - المتحقق في المسألة - يعتبر مخالفة لمقصود الشارع من التكليف بالتزام أوامره واجتناب نواهيه، ويُجاب عن ذلك من وجهين:

الأول: إن التعارض هنا واقع بين مقصدين من مقاصد الشرع

أحدهما: في أن ارتكاب الربا حرام، لما فيه من مخالفة لمقصد الشرع من الانقياد لأوامره، ويسمى هذا حكمة التكليف.

وثانيهما: في أن ترك المال العام لمن لا يراعي شرع الله حرام، ذلك أن الشركة المساهمة العامة من أفراد المال العام وأفراد الاقتصاد الكلي، وهو أمر كلي متعلق بحفظ الحوزة، وفي تركه بيدهم تحكم بأسعار الحاجات العامة من الكهرباء والماء على المدى البعيد، فضلاً على عدم مراعاتهم لشرع الله في الابتعاد عن الربا ونحوه. وإذا تعارض الأمران، فإنه يقدم الثاني على الأول؛ لأن الجزئي محتقر أمام الكلي.

الثاني: إن المقصود بالشرع أعلاه أمران:

- ألا تؤدي الحاجة إلى إتلاف أحد مقاصد الشرع العامة التي تقتضيها «حكمة التشريع»، وليس «حكمة التكليف»، والفرق بينهما معروف.

(75) المرجع السابق، ج3، ص120.

(76) أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص190 و191.

- ألا تتخذ الحاجة - ولو تحققت شروطها - قنطرة للتحلل من التكاليف، ولو وافقت صورتها الصورة المرغوبة شرعاً، وهنا تحصل مخالفة حكمة التشريع، وهذا أمر باطن لا يمكن الحكم به إذا كانت الحاجة التي تقتضي مخالفة العزيمة من الأحكام معتبرة في صورتها بتحقق شروطها وضوابطها، فيكون الحكم فيها لله.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الباحثين يخلطون بين المقصدين والأمرين، وهو ملحظ دقيق، ولذلك يقول الشاطبي: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والشرعية موضوعة لمصالح العباد، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وألا يقصد خلاف ما قصد الشارع»⁽⁷⁷⁾.

4 - أن تكون الحاجة بالغة درجة الحرج والمشقة غير المعتادة⁽⁷⁸⁾

لما كانت الحاجة - في معناها الشرعي - متعلقة بما يفتقر إليه الإنسان، ويشق عليه عدم الاستجابة له، إلا أن هذه المشقة على درجات متفاوتة، وقد قسم أهل العلم المشقة إلى ثلاثة أقسام:

- المشقة المعتادة: وهي التي يتحملها الناس غالباً، وهذا لا أثر له في التخفيف.
- المشقة غير المعتادة: وهي التي لا يتحملها الناس غالباً، وهذا النوع من المشقات له اعتبار في الشرع.
- المشقة الواقعة بين القسمين السابقين: وحكم هذا النوع أنها تلحق بأكثرهما شبهاً.

وبالنظر في تحقق هذا المعنى في الصورة يمكن القول: إن المشقة المجيزة للأخذ بالحاجة باعتبار تعلقها الكلي بالأمة محل اختلاف في النظر، نظراً إلى كونها واقعة في النوع الثالث المتردد بين المشقة المعتادة وغير المعتادة، والبحث يرجح وجودها وتحققها، لدخولها في أفراد القاعدة الشرعية: المصالح الحاجية إذا اكتفتها

(77) الشاطبي، الموافقات، ج3، مرجع سابق، ص23.

(78) أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص182.

من خارج أمور لا ترضى شرعاً، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح من غير حرج⁽⁷⁹⁾، وذلك من جهة أن التعاملات الربوية في الشركات المساهمة العامة مما لا مفر منه للفرد؛ إذ هو لا يباشره بنفسه، فكان مما عمّت به البلوى.

5 - أن تكون الحاجة متعيّنة⁽⁸⁰⁾:

يشترط لصحة العمل بالحاجة ألا تكون هناك سبيل أخرى من الطرق المشروعة عادة للتوصل إلى الغرض المقصود سوى التخفيف بمخالفة الأحكام الشرعية الأصلية، وقد يعبر عن هذا الشرط بعبارة أخرى: «ألا يكون لدفع الحاجة وسيلة أخرى من المباحات»⁽⁸¹⁾.

وبالنظر في تحقق هذا الشرط في المسألة يتبين تحققه، وقد يُعترض بأن الحاجة غير متحققة لوجود شركات توفر الاستثمار بالطرق الحلال، وفي ذلك غنية عن المساهمة فيها، ويمكن أن يُجاب عنه من وجهين:

- إن الغرض من الاستثمار هنا ليس في ملكية خاصة، بحيث يتحقق وجود البديل الشرعي عنها، ولكن الاستثمار هنا في ملكية عامة، ولا يوجد لها بديل.
- إن الاستثمار في الأموال العامة ليس مثل الاستثمار في الأموال الخاصة؛ إذ الغرض الاستثماري في الثاني محض من جهة، ومتعلّق بالأفراد من جهة أخرى، بينما استثمار الأفراد في الأموال العامة لا يتحقق فيه الغرض الاستثماري المحض - لوجود معنى الملكية العامة - من جهة، وتتعلّق به مصالح عامة من جهة أخرى.

ثالثاً: ضوابط العمل بالحاجة

1 - وجوب الرجوع إلى أهل العلم في الحكم بالحاجة والعمل بمقتضاها⁽⁸²⁾:

نص كثير من أهل العلم على أن ما كان واقعاً في مرتبة الحاجيات لا يجوز الأخذ

(79) الشاطبي، الموافقات، ج5، مرجع سابق، ص199.

(80) أحمد بن عبدالرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص187.

(81) جميل محمد مبارك، نظرية الضرورة الشرعية - حدودها وضوابطها، دار الوفاء، 1988، ص313.

(82) أحمد بن عبدالرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص196.

به إلا إذا كان له شاهد بالاعتبار، ومن دون شك فإن هذه الشواهد لا يعرفها ويفهم اعتبارها إلا أهل العلم.

وبالنظر في هذا الضابط؛ فقد وجد العمل به، إذ تحقق النظر في الحكم بالحاجة أو عدمها - كاجتهادين شرعيين - قد صدرا من أهل العلم.

2 - السعي إلى تقصير وقت الاستباحة المبنية على الحاجة⁽⁸³⁾:

حيث أباح الشرع - حال الاحتياج والاضطرار - ترك المأمورات وفعل المنهيات، إلا أنه يجب على المرء - تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: 16] أن يجتهد في فعل ما يخرج به عن هذا الوصف، وذلك بالصبر على ما يحتاج إليه إن لم تكن هناك حاجة أو ضرورة داعية إليه، أو بالسعي في الاستغناء عن حاجته مستقبلاً؛ خاصة إذا ما كان العبد سبباً في إنشاء من الحاجات.

وفي هذا الشأن يقترح البحث أمراً يفيد في تطبيق هذا الضابط على تلك المسألة، وهو استخدام آلية التصويت التراكمي للتقليل من التعاملات الربوية للشركة، والتأثير على سياسات الشركة المخالفة للشرع.

ويقصد بالتصويت التراكمي: «أسلوب في التصويت يمنح المساهم قدرة تصويتية بعدد الأسهم التي يملكها؛ بحيث يحق له التصويت بها كلها لمرشح واحد، أو توزيعها على أكثر من مرشح، من دون تكرار لهذه الأصوات، على ألا يتجاوز عدد الأصوات التي يمنحها للمرشحين عدد الأصوات التي يملكها بأي حال من الأحوال»⁽⁸⁴⁾.

فحقيقة آلية التصويت التراكمي تنطوي على إعطاء القدرة لتوسيع قاعدة المرشحين لمجلس الإدارة بما يسمح لصغار المساهمين بالحصول على الأصوات التي تمكنهم من دخول مجلس الإدارة والمشاركة والمساهمة في إدارتها، وتقليل

(83) المرجع السابق، ج1، ص198.

(84) البنك التجاري الكويتي أول بنك يطبق نظام التصويت التراكمي، منشور على موقع الجزيرة: <https://www.aljarida.com/articles/1656435666769377000>، آخر زيارة بتاريخ: 2024/9/18.

سيطرة كبار المساهمين، بحكم تملكهم أغلبية الأسهم التي عن طريقها يمكن احتكار إدارة الشركة.

وقد أتاح القانون الكويتي للشركات المساهمة استعمال التصويت التراكمي في المادة (209) من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016، حيث جاء نصها «يجوز أن ينص عقد الشركة على نظام التصويت التراكمي بشأن انتخاب أعضاء مجلس إدارة الشركة، والذي يمنح كل مساهم قدرة تصويتية بعدد الأسهم التي يملكها، بحيث يحق له التصويت بها لمرشح واحد، أو توزيعها بين من يختارهم من المرشحين، من دون تكرار لهذه الأصوات»⁽⁸⁵⁾.

وبالبحث يوجّه من بيده القرار إلى تفعيل تلك المادة، وإيجاب العمل بها - مرحلياً - في الشركات المساهمة العامة كشركة الزور، أو ما يماثلها مما سينشأ في المستقبل.

3 - أن يتقيد ما يُباح للحاجة بوجودها⁽⁸⁶⁾:

والقاعدة في ذلك «ما جاز لعذر بطل بزواله»⁽⁸⁷⁾، وهذا الضابط يفيد جواز المساهمة، ما لم يحصل ما يزيل هذا الجواز بوجود شركات مساهمة عامة تقتضي الجواز من جهة، أو بزوال العذر المبيح بأن تحصل القدرة على تغيير هذا المنكر.

4 - أن يقدر ما يُباح للحاجة بقدرها⁽⁸⁸⁾:

بمعنى أنه يجب على المحتاج الالتزام بالقدر الذي تندفع به حاجته، فإذا كانت حاجته تندفع بقدر معين جاز التخفيف بهذا القدر، ولا تجوز الزيادة عليه.

وهذا الضابط قد حصل الاختلاف في تطبيقه في مسألة النسب التي تجيزها الحاجة إلى جواز المساهمة في الشركات المختلطة، وقد سبق التفصيل فيها.

(85) منشور على الرابط التالي: (moj.gov.kw)، آخر زيارة بتاريخ: 2024/9/18.

(86) أحمد بن عبدالرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص 199.

(87) عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص 61.

(88) أحمد بن عبدالرحمن الرشيد، مرجع سابق، ص 200 و 201.

إلا أن الباحثة تقترح في المسألة محل البحث:

- أولاً: إعطاء البنوك الإسلامية فرصة المساهمة في هذه المشروعات؛ لتقليل نسب العنصر المحرّم في الشركة، إيراداً وتمويلًا ونشاطات؛ إذ السياسة تقتضي أحياناً تفضيل البنوك التقليدية على الإسلامية.

- ثانياً: إنشاء ضابط جديد في المسألة - محل البحث ومثيلاتها - يناسب واقع الحال للجهاز المصرفي والقطاع المالي في الدولة؛ إذ يدعو إلى ضرورة أن يتواءم الضابط - على الأقل - مع حجم الأصول المالية للبنوك الإسلامية من جهة، ومع النسبة بين عدد البنوك التقليدية في مقابل البنوك الإسلامية، من جهة أخرى.

مع التوصية بأن يتجه من بيده القرار، أو من له التأثير على القرار، إلى إلزام الشركات المساهمة العامة بالتزام الحلال 100 في المائة في أنشطة الشركة، ابتغاءاً للعدالة التي يكفلها الدستور للجميع في الملكية العامة؛ حيث إن الأنشطة المحرّمة تمنع كثيراً من المساهمة طلباً لرضا رب العالمين، وهو ما يعني اختلال العدالة في الفرص الاستثمارية في الأموال العامة، بينما التزام الشريعة في الأنشطة لن يؤثر في قرار من لا يهتم برأي الشرع للمشاركة في مثل تلك الشركات العامة، على الأغلب.

وبهذا العرض يظهر مدى انطباق الاستثناء بالجواز من أصل المنع في أصل الشركة عند القائلين به على شركة الزور، ومدى تحقق الحاجة - وتقديرها - عند القائلين بجواز المساهمة بضوابط في شركة الزور.

ويظهر أن الاختلاف في مدى تحقق الحاجة، أو عدمه، راجع إلى تحقيق المناط في المسألة محل البحث؛ حيث سلط الضوء على مدى تحقق الحاجة؛ فهو يتبنّى وجهة نظر المجيزين بقيد المساهمة في تفعيل التشريعات التي تحد من المخالفات الشرعية، والسعي إلى إقرار مزيد من التشريعات في بابها.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث للموضوع، يمكن تسجيل النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

- 1 - إن التكييف القانوني لعقود شركة الزور - بالنظر في القوانين المنظمة للمشروع - باعتبار طبيعته، هو عقد ذو طبيعة خاصة.
- 2 - يظهر أن التكييف القانوني لعقود الشراكة بين الدولة والمشروع من قبيل بيع الحق، وتندرج تحت عقود الـ B.O.T؛ إلا أن تسميتها بعقد ما يمكن أن تتعدد لصور كثيرة، منها: البيع، أو المقاوله، أو عقد ذو تنظيم خاص، أو غير ذلك، وفق العقد الناظم لها، إلا أنها حتماً تستبعد أن يكون إيجاراً ساتراً للبيع.
- 3 - يحتاج إصدار توصيف فقهي دقيق في النازلة إلى الاطلاع على العقود المنظمة لها.
- 4 - استند الفقهاء في حكم الاكتتاب في شركة الزور إلى ما ورد من توصيف للعلاقة بين الدولة وشركة المشروع - بالاعتبار المحاسبي - أنه عقد إيجار تمويلي، وهو ما أسس للخلاف في حكمه الشرعي.
- 5 - اختلف الفقهاء في حكم الاكتتاب في شركة الزور على ثلاثة آراء: التحريم، والجواز، والوجوب.
- 6 - يمكن عزو الاختلاف في حكم الاكتتاب، في شركة الزور، إلى أسباب عدة، منها:
 - أ - الخلاف في حكم الاكتتاب في شركة المساهمة المختلطة.
 - ب - تفسير المقصود من: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة، حكم اجتماع الإجارة والبيع في عقد واحد.
 - ج - عدم تصريح الشركة بالتزامها بأحكام الشريعة في نشاطاتها.
- 7 - بدراسة الخلاف على مقتضى الأسباب المذكورة، وما يتعلّق بها من مسائل، يمكن القول: بمشروعية الخلاف في حكم الاكتتاب في شركة الزور.

8 - يمكن تقليل الخلاف في هذا النوع من العقود بتفعيل عدد من التشريعات القانونية الموجودة من جهة، وبتشريع قوانين خاصة تعنى بهذا النوع من العقود، بما يضمن تحقيق المصلحة العامة محل عناية القطاع العام.

ثانياً، التوصيات

أ- حيث كانت شركة الزور هي أولى ثمار الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وحيث يستتبعها انطلاق عدد من المشروعات المشابهة، فإن البحث يوصي -
نفيًا لوجود مثل ذلك الخلاف الفقهي - ب:

1 - وجود مستشار قانوني، أو فقهي، للاطلاع على العقود المنظمة لمحل العقد، لبيان تفاصيل العقد لمن يتصدّر الفتوى.

2 - العدالة والمساواة في التمويلات بين البنوك الإسلامية والتقليدية، بإعطاء فرصة للبنوك الإسلامية للمساهمة في مثل هذه المشروعات.

3 - إنشاء ضابط جديد في مسألة العنصر المحرّم في الشركات المساهمة المختلطة العامة - تمويلًا وإيرادًا ونشاطًا - يناسب واقع الحال للجهاز المصرفي والقطاع المالي في الدولة، بحيث يتواءم الضابط - على الأقل - مع حجم الأصول المالية للبنوك الإسلامية من جهة، ومع النسبة بين عدد البنوك التقليدية في مقابل البنوك الإسلامية، من جهة أخرى.

4 - الإلزام بآلية التصويت التراكمي في الشركات العامة - على الأقل - لما له من دور في إزاحة الربا من تعاملات الشركة في المستقبل.

5 - دعوة من بيده القرار، أو من له التأثير فيه، إلى إلزام الشركات المساهمة العامة بالتزام الحلال 100 في المائة في أنشطة الشركة، ابتغاء للعدالة التي يكفلها الدستور للجميع في الملكية العامة.

ب- في سبيل تقليل الخلاف الفقهي في شركة الزور، وتحقيقًا للعدالة والمساواة، فإن البحث يوصي ب:

- 1 - إعادة تكييف العقد، وإعادة النظر في حكم المساهمة في شركات القطاع العام، بإعداد دراسة تُبين مدى تحقق المصلحة في حال المساهمة فيها.
- 2 - تجنب الربا، وإمكان تحويل التمويلات الربوية عن طريق: التصويت التراكمي لما له من دور في إزاحة الربا من تعاملات الشركة.
- 3 - المسارعة إلى التخلص من الفوائد الربوية وتطهيرها.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ط1، ج2، دار ابن عفان، الرياض، 1997م.
- إبراهيم بن عليّ الشيرازي، التنبه، ج1، عالم الكتب، بيروت، 1983م.
- إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، دولة الكويت، 1989م.
- أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج4، دار الغرب، بيروت، 1994م.
- أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى لابن تيمية، ج29، وزارة الشؤون الإسلامية، دولة الكويت، 1996م.
- أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام: دراسة نظرية تطبيقية، ط1، ج1، دار كنوز أشبيليا، الرياض، 2008م.
- أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م.
- أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، دار الفكر، بيروت، 1979م.
- أحمد محيي الدين حسن، عمل شركات الاستثمار الإسلامية في السوق العالمية، ط1، الدار السعودية، الرياض، 1986م.
- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، 1989م.
- أحمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، الدمام، 2003م.
- إلياس جوادي، معايير تحديد العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تانراست، الجزائر، ع9، سنة 2015م.

- أسامة بالهدي، دور الظاهرة الاقتصادية والرهانات المالية في تنميط أنظمة التعاقد .. عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص نموذجًا، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، مج18، سنة 2018م.
- جميل محمد مبارك، نظرية الضرورة الشرعية - حدودها وضوابطها، دار الوفاء، 1988م.
- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق، ط2، ج6، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- نفيسة خيراني، عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018م.
- سيف باجس الفواعير، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: مفهومها وطبيعتها القانونية - دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، مج6، ع3، سنة 2017م.
- عبدالله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ط2، ج5، دار الهجرة، القاهرة، 1412هـ.
- عبدالله بن بيه، المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مج7، ع1، سنة 1992م.
- عبدالله بن محمد ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، مكتبة الرشد، الرياض، 1989م.
- عبدالله بن محمد العمراني، العقود المالية المركبة - دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، دار كنوز أشبيليا، الرياض، 2006م.
- عبدالله المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1995م.
- عبدالله العمراني، الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة - مراجعة فقهية ومقترحات للبحث المستقبلي، دار كنوز أشبيليا، الرياض، 2008م.

- عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- عبدالرحمن الشرقاوي، تكييف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أعمال الندوة العلمية الدولية، نحو إطار قانوني لتنظيم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2014م.
- عبدالعزيز أبو خشبة، اكتتاب شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه - وجهة نظر قانونية، مجلة الآن، 13 أكتوبر 2019، <https://shorturl.at/Ed5p7>.
- عجيل النشمي، فتوى بعنوان «المشاركة في شركة الزور والوساطة»، منشورة على موقعه الرسمي، 2020: www.dr-nashmi.com.
- عدنان الملا وعبدالعزیز الناهض، الحكم الشرعي في مساهمة المواطنين في مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص في دولة الكويت: شركة شمال الزور الأولى للطاقة والمياه نموذجًا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، ع1، ع ت37، ديسمبر 2021م.
- عدنان عبدالقادر، فتوى بعنوان «يجب المساهمة في شركة شمال الزور»، 2019م، [فيديو]، يوتيوب: <https://www.youtube.com/watch?v=o9oLrexSbeY>
- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، ط1، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1998م.
- علي بن أحمد ابن حزم، المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، ج9، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ت.
- علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، ج4، دار إحياء التراث، بيروت، د.ت.
- علي محيي الدين القرة داغي، الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ط3، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2009م.
- عمر بن يوسف بن عبدالبر، الاستذكار، ط6، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.

- عمر بن يوسف بن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ط2، ج24، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1991م.
- صالح المرزوقي، حكم الاشتراك في شركات تودع أو تقرض بفائدة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مج6، ع21، سنة 1994م.
- صالح العصيمي، الأسهم المختلطة، أسهم الشركات التي أنشئت لغرض مباح ولكنها تتعامل بالمحرّم أحياناً، د. ن، 2006م.
- أحمد كافي، الحاجة الشرعية .. حدودها وقواعدها، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م.
- مبارك آل سليمان، الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم، دار كنوز أشبيلية، الرياض، 2006م.
- محمد بن أبي بكر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل للنشر والتوزيع، بيروت، 1973م.
- محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد، ج5، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج13، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، ط2، ج4، دار الفكر، بيروت، 1977م.
- محمد بن صالح العثيمين، فتاوى نور على الدرب للشيخ محمد بن صالح العثيمين، ط1، ج18، دار القاسم، الرياض، 1999م.
- محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م.
- محمد الطبطبائي، فتوى حول حكم المساهمة في شركة الزور الأولى، 30 سبتمبر، 2019.
- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، دار الفكر، بيروت، د.ت.

- محمد محمود عبدالحافظ، الشراكة بين القطاعين العام والخاص ومتطلبات التنمية .. الإمكانات والتحديات، الحالة المصرية في ضوء التجارب الدولية، المجلة العربية للإدارة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2013م.
- محمد القري، الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحددة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، مج5، ع2، سنة 1998م.
- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط6، أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل، دار النفائس، عمان - الأردن، 2007م.
- محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977م.
- منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ط2، ج2، عالم الكتب، بيروت، 1996م.
- منى الهاجري، نطاق سلطة تعديل العقد الإداري الكويتي أثناء تنفيذه ومقارنة بعض جوانبها بالقانون المصري والفرنسي، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج36، ع89، سنة 2022م.
- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- معيفي لعزیز، إشكالية التكييف القانوني لعقود الشراكة العمومية - الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مج11، ع1، سنة 2020م.
- مصطفى عبدالمحسن الحبشي، الوجيز في عقود B.O.T. دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
- نايف العجمي، حكم الاكتتاب في شركة الزور وشركة البورصة، 2019 [فيديو]، يوتيوب: <https://www.youtube.com/watch?v=1wYqck60F3s>

- ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مج27، ع3 و4، سنة 1957م.
- خالد أبا الصافي المطيري، حكم الاكتتاب في شركات مباحة النشاط مختلطة التصرفات في الفقه الإسلامي .. شركة شمال الزور الكويتية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مج37، ع130، سنة 2022م.
- خالد حسين ملحم، عقد البناء والتشغيل والتحويل: دراسة فقهية قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العليا، الأردن، 2017م.

ثانياً: الروابط والمواقع الإلكترونية

- KAPP || Kuwait Authority for Partnership Projects
- نبذة عنا - شمال الزور (wpengine.com)
- الموقع الرسمي لاكتتاب شركة شمال الزور / الكويت (zouripo.com).
- كونا: (الشراكة) الكويتية: جاهزون لإطلاق الاكتتاب في أسهم «شمال الزور» بعد غد- اقتصاد- 2019/09/29 (kuna.net.kw).

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	153
المقدمة	155
التمهيد: في التعريف بمشروع شركة شمال الزور	159
المبحث الأول: القوانين المنظمة لمشروع شركة الزور والتكيف القانوني لعقودها	162
المطلب الأول: القوانين المنظمة لمشروع شركة الزور	162
المطلب الثاني: التكيف القانوني لعقودها	163
الفرع الأول: تكيف عقودها باعتبار الجهة المختصة في الفصل عند النزاع	164
الفرع الثاني: تكيف عقودها باعتبار تسميتها	170
المبحث الثاني: حكم الاكتتاب في شركة الزور: تكيفها وأسباب الخلاف	173
المطلب الأول: حكم الاكتتاب في شركة الزور وتكيفها الشرعي	173
الفرع الأول: حكم الاكتتاب في شركة الزور	173
الفرع الثاني: تكيفها الشرعي	175
المطلب الثاني: أسباب الخلاف ومدى مشروعيتها	177
الفرع الأول: حكم شركة المساهمة المختلطة	178
الفرع الثاني: المقصود من نهى النبي عن بيعتين في بيعة	183

184	الفرع الثالث: حكم اجتماع الإجارة والبيع في عقد واحد.
186	الفرع الرابع: عدم تصريح الشركة بالتزامها بأحكام الشريعة في نشاطاتها.
196	الخاتمة
199	قائمة المراجع

موطن الشخص الطبيعي ودوره في تحديد موطنه الانتخابي في القانون الكويتي^(*)



د. تركي سطاتم المطيري
أستاذ القانون الدستوري والإداري المشارك
قسم القانون، كلية الدراسات
التجارية، الهيئة العامة للتعليم
التطبيقي، دولة الكويت



د. عبد الكريم ربيع العنزي
أستاذ القانون المدني المشارك
قسم القانون، كلية الدراسات
التجارية، الهيئة العامة للتعليم
التطبيقي، دولة الكويت

الملخص

تناول هذا البحث موضوع موطن الشخص الطبيعي ودوره في تحديد موطنه الانتخابي، وقد سلطت الدراسة الضوء على ماهية هذا الموطن وأحكامه، وبيان دور موطن الشخص الطبيعي في تحديد موطنه الانتخابي. وقد اتبعنا في دراستنا الماثلة المنهجين الوصفي والتحليلي، وانتهينا في ختام البحث إلى جملة من النتائج أهمها أن مصطلحي السكن والعنوان هما مصطلحان مرادفان للموطن، وأن الموطن المعتبر قانوناً للشخص الطبيعي هو المثبت في سجلات نظام المعلومات المدنية، ولكنه قابل لإثبات العكس، وأن تغيير الموطن مُقيد بضرورة إبلاغ الهيئة العامة للمعلومات المدنية بالتغيير خلال الموعد المحدد. كما اتضح لنا أن المشرع قد حدد الموطن الانتخابي بمحل الإقامة الفعلي والدائم المثبت في البطاقة المدنية، وأن القيد في الجداول الانتخابية وتعديله ومراجعة الموطن الانتخابي في الجداول الانتخابية من اختصاص المفوضية العامة للانتخابات، بالتنسيق مع الهيئة العامة للمعلومات المدنية.

علاوةً على أن الدراسة انتهت إلى العديد من التوصيات، منها توحيد المشرع المصطلح الذي يُعبر به عن الموطن، بالإضافة إلى ضرورة معالجة المشرع مشكلة الموطن الانتخابي الصوري بوسائل فاعلة، وكذا تبني فكرة الموطن الانتخابي الاحتياطي.

كلمات دالة: الموطن، والإقامة، والسكن، والعنوان، والموطن الانتخابي، والانتخاب.

وتاريخ قبوله: 5 فبراير 2025

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 24 نوفمبر 2024

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

من المعلوم أن مصطلح الشخص - بصفة عامة - ينصرف لدى غير المتخصصين في مجال القانون إلى الإنسان، أما مدلول هذا المصطلح في علم القانون فيعني كل كائن صالح في نظر القانون لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات؛ فهو يشمل الإنسان، ويطلق عليه الشخص الطبيعي، بالإضافة إلى جماعات الأفراد ومجموعات الأموال التي يسبغ عليها القانون الشخصية القانونية، ويطلق عليها الأشخاص الاعتبارية⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (16) من القانون رقم 12 لسنة 1996 بالموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: «لكل إنسان في كل مكان الحق في أن يُعترف له بالشخصية القانونية». والشخصية القانونية للشخص الطبيعي تبدأ بحسب الأصل منذ ولادته حياً، أي بتوافر شرطين هما: الولادة والحياة؛ حيث نصت المادة (9) من القانون المدني الكويتي على أن: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بوفاته، وذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن المفقود والغائب»⁽²⁾.

ويترتب على اكتساب الشخص الطبيعي الشخصية القانونية جملة من الآثار القانونية، يعتبرها البعض في الفقه معينات للشخص الطبيعي، ويطلق عليها مسمى: تعيين الشخص الطبيعي⁽³⁾، ويصفها البعض الآخر بالخصائص المميزة للشخص

(1) نصت المادة (18) من القانون المدني الكويتي على أن: «تثبت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية».

(2) نعتقد أن تقرير المشرع الكويتي انتهاء الشخصية القانونية للإنسان بوفاته محل نظر، ذلك أن الشخصية القانونية لا تنتهي فقط بالوفاة وهو الموت الحقيقي، بل تنتهي كذلك بصدور حكم باعتبار المفقود ميتاً، وهو ما يُطلق عليه بالموت الحكمي، ولم تغب هذه الملاحظة عن ذهن المشرع المصري، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (29) من القانون المدني المصري على أنه: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته».

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي .. أصول القانون، نظرية الحق، ج2، ب. ن، 2000، ص178.

الطبيعي⁽⁴⁾، فيما يطلق عليها البعض السمات أو المميزات التي تميز الشخص عن غيره، سواء داخل الدولة أو خارجها⁽⁵⁾.

ويتناول الفقه موطن الشخص الطبيعي باعتباره أحد معينات أو سمات أو مميزات شخصيته القانونية، وإذا كان الأصل أن الموطن يخضع لأحكام القانون الخاص، فإن له صدى في بعض روابط القانون العام، ومن ضمنها الموطن الانتخابي للشخص.

لذا نرى من الأهمية تناول هذا الموضوع للوقوف على ماهية موطن الشخص الطبيعي؛ فنسلط الضوء على تعريف هذا الموطن وأحكامه، كما نتناول دور موطن الشخص الطبيعي في تحديد موطنه الانتخابي.

ثانياً: أهمية البحث

يكتسب موطن الشخص الطبيعي والآثار القانونية التي تترتب على ثبوته أهمية كبيرة في المجتمعات المعاصرة؛ فهذا الموطن هو المعتبر في المخاطبات والمعاملات التي تقتضي إثبات موطن الشخص لإتمامها، كما أن لهذا البيان دوراً في تحديد الموطن الانتخابي الذي يمارس فيه الناخب حقه الدستوري والسياسي في الانتخاب، فضلاً على أن الدراسات التي تناولت هذا الموضوع تُعدُّ قليلة جداً؛ لذا رأينا أن هذا الموضوع جدير بأن نتناوله بالدراسة، ولفت انتباه الفقه إليه.

ثالثاً: إشكالية البحث

يناقش البحث إشكالية تحديد موطن الشخص الطبيعي كمصطلح قانوني، والمصطلحات القانونية التي استعملها المشرع الكويتي للتعبير عن هذه الفكرة، والآثار القانونية المترتبة على تحديد الموطن، وكذا بيان موقف المشرع الكويتي من تحديد الموطن الانتخابي الذي يمارس فيه الناخب حقه في الانتخاب.

(4) عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1965، بند 268، ص 349. وانظر كذلك: سعيد سليمان جبر ومحمد سامي عبدالصديق، المدخل للعلوم القانونية، ط1، د. ن، القاهرة، د. ت، ص 255.

(5) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون .. نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 151.

رابعاً: تحديد نطاق البحث

يقتصر نطاق هذا البحث على موطن الشخص الطبيعي، ومن ثم فإننا لن نتناول موطن الشخص الاعتباري، كما أننا سنقتصر في دراستنا على دور موطن الشخص الطبيعي في تحديد موطنه الانتخابي، من دون التطرق إلى بقية الآثار الموضوعية أو الإجرائية لثبوته، مع مراعاة أننا تعرضنا، في ثنايا البحث، لبعض هذه الآثار بشكل مقتضب وفقاً لما يخدم الأفكار الرئيسة فيه.

خامساً: منهج البحث

آثرنا أن نتبع، في دراستنا الماثلة، المنهجين الوصفي والتحليلي؛ لتناسبهما مع طبيعة الأفكار التي تم تناولها في ثنايا هذا البحث.

سادساً: خطة البحث

نرى من المناسب تناول موضوع البحث وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث الأول: ماهية موطن الشخص الطبيعي وأحكامه

المبحث الثاني: دور موطن الشخص الطبيعي في تحديد موطنه الانتخابي

المبحث الأول

ماهية موطن الشخص الطبيعي وأحكامه

نتناول في هذا المبحث ماهية موطن الشخص الطبيعي، حيث نبدأ بتعريف موطن الشخص الطبيعي، والتمييز بينه وبين بعض المصطلحات التي استعملها المشرع الكويتي في هذا الخصوص، وذلك في المطلب الأول، ثم نتبع ذلك بالكلام عن أحكام هذا الموطن في المطلب الثاني، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف موطن الشخص الطبيعي والمصطلحات القانونية

قريبة الشبه بالموطن

نرى من المناسب أن نتناول هذا المطلب في أربعة فروع، نخصص أولها لدراسة تعريف موطن الشخص الطبيعي، ونتناول في الثاني التمييز بين الموطن ومحل الإقامة، فيما نخصص الثالث لدراسة مصطلح السكن الوارد في قانون المعلومات المدنية، فيما نختم هذا المطلب بتناول مصطلح العنوان في قانون المعلومات المدنية في الفرع الرابع، وذلك على النحو التالي:

الفرع

تعريف موطن الشخص الطبيعي

إذا كان الاسم المدني هو الوسيلة القانونية التي تستخدم لتمييز الإنسان وتفريده، باستعمال كلمة أو مجموعة من الكلمات التي تطلق على الشخص لتمنع الخلط بينه وبين غيره من الناس، فهو بحق ضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية⁽⁶⁾، فإن المكان الذي يزاوِل فيه الشخص نشاطه القانوني يسهم أيضاً في تمييزه من الناحية الجغرافية، بحيث يمكن الوصول إليه فيه⁽⁷⁾.

(6) حمدي عبدالرحمن أحمد، مقدمة القانون المدني - الحقوق والمراكز القانونية، ب.ن، القاهرة، 2002 - 2003، بند 152، ص 187.

(7) عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية .. الحق، ب. ن، 1970، بند 527، ص 467.

وعلى الرغم من أن الإنسان - بطبيعته - يتنقل من مكان إلى آخر، إلا أن لكل إنسان مكاناً يفضل على غيره، يقيم فيه على سبيل الاستقرار، فإن غادره فبينة العودة إليه، ويطلق على هذا المكان في لغة القانون مسمى: «الموطن»، وموطن الشخص الطبيعي هو مكان وجوده المعتد به قانوناً، بمعنى أن القانون يعتد به في مخاطبة الشخص بشأن مسألة قانونية معيّنة.

فالغاية من تعيين موطن للشخص هي تيسير الاتصال به على نحو يعتد به القانون إذا أُريد مخاطبته بشأن أمر يتعلق بنشاطه القانوني، ويمكن القول إجمالاً إن الموطن يعتبر بالنسبة إلى الشخص الطبيعي مقراً لشخصيته القانونية⁽⁸⁾.

وقد عرّف بعض الفقه الموطن بأنه: «المقر القانوني للشخص، أي المكان الذي يعتد به القانون لمخاطبة الشخص في الأنشطة القانونية والإدارية وعلاقاته بالغير»⁽⁹⁾، فيما عرّفه البعض الآخر بأنه: «حالة واقعية ومفهوم قانوني تترتب عليه آثار قانونية»⁽¹⁰⁾. وفي الفقه الإسلامي يُعرّف البعض الموطن بأنه: «وطن الإنسان في بلده أو بلدة أخرى اتخذها داراً أو توطن بها مع أهله وولده، وليس من قصده الارتحال عنها بل التعيش بها»⁽¹¹⁾.

وينقسم الموطن إلى نوعين هما: الموطن العام والموطن الخاص، فالموطن العام هو الذي يُخاطب فيه الشخص قانوناً بصفة عامة؛ حيث يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وعلاقاته بشكل عام. أما الموطن الخاص فيعتد به القانون بالنسبة إلى فريق معيّن من أوجه نشاط الشخص أو علاقاته دون غيره⁽¹²⁾. ولموطن الشخص الطبيعي عنصران، هما: العنصر المادي، وهو الإقامة الفعلية المعتادة غير المؤقتة، والعنصر المعنوي، وهو اعتياد الإقامة بمعنى استقرارها.

(8) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 198.

(9) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 182.

(10) حسام الدين فتحي ناصيف، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، س 36، ع 2، يوليو 1994، ص 634.

(11) أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 1، ط 1، شركة المطبوعات العلمية، القاهرة، 1327هـ - 1328هـ، ص 103.

(12) عبدالمنعم فرج الصدة، مرجع سابق، بند 290، ص 373.

وقد عرّفت المادة الحادية عشرة من القانون المدني الكويتي موطن الشخص الطبيعي بأنه: «هو المكان الذي يقيم فيه على نحو معتاد»⁽¹³⁾. ويتضح من النص السابق أن مصطلح الموطن هو الذي اختاره المشرع الكويتي للتعبير عن هذه الفكرة، إلا أنه توجد بعض المصطلحات الأخرى التي استعملها المشرع الكويتي، ولها علاقة بفكرة الموطن، ونتولى استعراضها فيما يلي:

الفرع الثاني

التمييز بين الموطن ومحل الإقامة

نصت المادة الأولى من القانون رقم 32 لسنة 1982، بشأن إنشاء الهيئة العامة للمعلومات المدنية⁽¹⁴⁾ على أن: «المعلومات المدنية هي: الوقائع المدنية والبيانات الفردية. والوقائع المدنية هي: عناصر الحالة المدنية للفرد، وهي: الميلاد، والزواج، والطلاق، والجنسية، والإقامة، والوفاة».

وبالرجوع إلى قانون المعلومات المدنية ومذكرته الإيضاحية يتبين خلوه من بيان لمفهوم مصطلح الإقامة الوارد في النص السابق، وعلى صعيد الفقه يرى أن محل الإقامة هو ذاته موطن الشخص الطبيعي⁽¹⁵⁾. ويذهب رأي آخر إلى أن الإقامة هي المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً، مما يستتبع إمكان تعدد محال الإقامة⁽¹⁶⁾.

فيما يذهب رأي فقهي إلى عكس ذلك؛ حيث يقرر أن الموطن غالباً ما يرتبط بمحل الإقامة، إلا أن هذا الارتباط بين الموطن ومحل الإقامة الفعلي ليس حتمياً؛ فقد يختلف

(13) وهذا التعريف للموطن هو ذاته الذي تبناه المشرع الكويتي في المادة (13) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي جرى نصها على أن: «الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ومحل العمل هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، أو يقوم على إدارة أمواله فيه، وبالنسبة إلى الموظف والعامل هو المكان الذي يؤدي فيه عمله عادة. ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، أو أكثر من محل عمل، وفي أحوال التعدد يتساوى الجميع».

(14) صدر هذا القانون بتاريخ 1982/4/25، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد 1414، س 28، بتاريخ 1982/5/2.

(15) عبدالحى حجازي، مرجع سابق، الموضع ذاته.

(16) إبراهيم الدسوقي أبو الليل وجلال محمد إبراهيم، نظرية الحق في القانون المدني، مطبوعات جامعة الكويت، 1994، بند رقم 79، ص 120.

الموطن عن محل الإقامة، إما أخذًا بالتصوير الحكمي أو الافتراضي للموطن بدلاً من التصوير الواقعي، وإما لاعتبارات أخرى تقتضيها ضرورات التعامل بين الأفراد⁽¹⁷⁾. ويضيف صاحب الرأي السابق، في معرض التمييز بين الموطن ومحل الإقامة، بأن موطن الشخص الطبيعي يتطلب توافر عنصرين، هما: عنصر مادي وهو الإقامة الفعلية، والثاني عنصر معنوي، وهو الاعتقاد، أي اعتياد الإقامة بمعنى استقرارها⁽¹⁸⁾.

ووفقاً للتصوير السابق لمفهوم موطن الشخص الطبيعي يمكن تصور تعدد الموطن، فمادام كان مناط الموطن هو الإقامة المعتادة للفرد فإن الموطن يتعدد بتعدد هذه الأماكن، ومن ثم يُتصور أن يكون للشخص أكثر من موطن، كمن يتزوج أكثر من زوجة، ويقوم مع كل منهن إقامة معتادة في مكان مستقل.

ويتضح، مما سلف بيانه، أن مفهوم الإقامة يقتصر على العنصر المادي للموطن، أي بالإقامة الفعلية، في حين أن مفهوم الموطن يتطلب توافر عنصر آخر، وهو العنصر المعنوي، ويتمثل في الاعتقاد واستمرار الإقامة الفعلية في مكان ما.

يضاف إلى ما تقدم أن مصطلح الإقامة - كواقعة مدنية - في مفهوم قانون المعلومات المدنية ينصرف إلى المواطنين والأجانب، بدليل أنه ورد ضمن عناصر الحالة المدنية، وهذه العناصر تتوافر بالنسبة إلى أي فرد، سواء كان مواطناً أو غير مواطن، وهو ما يثير الخلط بينه وبين مصطلح الموطن؛ لذا فإن استعمال المشرع الكويتي لمصطلح الإقامة، بوصفه أحد عناصر الحالة المدنية للأفراد، مسلك مُتَقَدِّد لاختلاف مضمونه عن مفهوم الموطن.

ومن جانب آخر يظهر من نص المادة الأولى من قانون المعلومات المدنية سالف الإشارة أن المشرع الكويتي قد اعتبر واقعة الميلاد وواقعة الإقامة كليهما وقائع مدنية، ووفق رأي في الفقه⁽¹⁹⁾ فإن الوقائع المدنية، أو ما أسماه «الوقائع المادية»، إما

(17) إبراهيم أبو الليل، أصول القانون، مرجع سابق، بند 160، ص 182.

(18) المرجع السابق، بند 163، ص 184.

(19) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام، مج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، بند 32، ص 142 و 143.

أن تكون طبيعية، وإما اختيارية، والوقائع الطبيعية هي التي ترجع إلى فعل الطبيعة، كالعواصف والبراكين. أما الوقائع الاختيارية، وهي التي ترجع إلى إرادة الإنسان، فهي على نوعين، الأول: وقائع يريد صاحبها أن يحدث بها أثرًا في الروابط القانونية الموجودة. أما الثاني فهي وقائع لا يريد بها إحداث ذلك الأثر.

فواقعة الميلاد هي بلا شك واقعة مادية لم يرد صاحبها أن يحدث بها أثرًا في الروابط القانونية الموجودة، ومع ذلك فإن القانون يربط عليها بعض الآثار القانونية، من أهمها أن تمام ولادة الإنسان حيًا يترتب عليه بدء شخصيته القانونية وفقًا للمادة (9) من القانون المدني.

ومن جانب آخر نعتقد أن المشرع الكويتي قد اتجهت إرادته من وصف الإقامة بالواقعة المدنية أنها واقعة مادية قصد بها صاحبها إحداث أثر في الروابط القانونية الموجودة، ومن ذلك اعتبار موطن الفرد مُعْتَبَرًا في الوفاء بالالتزامات القانونية وفقًا للمادة (214/ مدني)، فإقامة الفرد في مكان ما تتم وفق المجرى المألوف للأمر بإرادته واختياره، ولا شك في أنه يدرك ما يترتب على تحديد مكان إقامته من آثار قانونية.

الفرع الثالث

السكن في قانون المعلومات المدنية مصطلح

مرادف لفكرة الموطن

وبالعودة إلى قانون المعلومات المدنية نجد أن نص المادة الأولى من قانون المعلومات المدنية قد عدّد البيانات الفردية للأشخاص الطبيعيين، والتي يُقصد بها الخصائص التي تُعيّن كل فرد بذاته وهي: الاسم، والجنس، وفصيلة الدم، والديانة، والسكن.

وما يلفت نظرنا، في النص السابق، أن المشرع اعتبر السكن أحد البيانات الفردية التي تُعيّن كل فرد بذاته، ويثور التساؤل: ما المقصود بمصطلح «السكن»؟ وهل هو مرادف لمفهوم موطن الشخص الطبيعي؟

في الحقيقة أن قانون المعلومات المدنية لم يتضمن أي إيضاحات بخصوص

تحديد مفهوم السكن كأحد البيانات الفردية التي تميز كل فرد عن سواه في المجتمع، ولا سبيل أمامنا سوى الاجتهاد في هذه المسألة، فنقول بأن مفهوم السكن لا يخرج عن أحد احتمالين، هما:

أ - أن يكون معناه مرادفًا لمعنى الموطن؛ فإن كان الأمر كذلك فلماذا لم يستعمل المشرع الكويتي مصطلح الموطن في التعبير عن هذا البيان الفردي؟ لا شك في أن هذا المسلك من المشرع يؤدي إلى اضطراب مفهوم موطن الشخص الطبيعي، وتترتب عليه إشكاليات عملية تتعلق باختلاف المصطلحات التي تعبر عن الفكرة ذاتها.

ب - أن يكون له معنى آخر يختلف عن مفهوم الموطن؛ فقد يكون المقصود به العنصر المادي للموطن، كالمنزل أو البيت الذي يقيم فيه الفرد، ومن جانبنا لا نرجح أن يكون هذا المعنى هو مقصود المشرع؛ إذ إن الفرض أننا بصدد بيان فردي يهدف إلى تمييز كل فرد عن سواه، ولا يتحقق هدف المشرع هذا في الحالات التي يكون للفرد فيها أكثر من منزل.

وفي اعتقادنا أن مفهوم السكن هو ذاته مفهوم موطن الشخص الطبيعي؛ إذ لا يستقيم اعتبار السكن بياناً فردياً شأنه شأن الاسم والجنس وفصيلة الدم والديانة - وأنها تعد من الخصائص التي تُعين كل فرد بذاته - ما لم يكن مرادفًا لفكرة موطن الشخص الطبيعي، وهو ما يستقيم مع غاية المشرع من تنظيم البيانات الفردية للأفراد.

ولا يُغيّر من النتيجة السابقة ما ورد في نص المادة (216) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، والتي عدت الحالات التي لا يجوز فيها الحجز على أموال المدين، ومن ضمنها السكن الخاص اللازم لإقامة المدين الكويتي وأسرته، وذلك وفق الشروط التي حددها النص⁽²⁰⁾.

(20) جرى نص هذه المادة على أنه: «مع عدم الإخلال بما ينص عليه أي قانون آخر، لا يجوز الحجز على ما يأتي:

- أ - الأموال العامة أو الخاصة المملوكة للدولة.
- ب - ما يلزم المدين وزوجته وأقاربه وأصهاره المقيمين معه في معيشة واحدة من الثياب، وما يكون ضرورياً

فالنص السابق حدّد مفهوم السكن تحديداً مادياً بأنه المنزل؛ إذ مضمون النص يتعلق بالحجز على أموال المدين، فهنا مقصود النص من مصطلح السكن هو مفهوم مادي، أي باعتباره مالا يتمثل في عقار مملوك للمدين وأسرته، وهو ما يعني أن مفهوم السكن في قانون المرافعات المدنية والتجارية مفهوم خاص بهذا القانون، وتحديداً لأغراض تطبيق نص المادة (216) سالفة الذكر، ويقتصر على العنصر المادي للموطن، ولا يمكن الأخذ بهذا المفهوم إلا في حدود النص السابق.

لهم من أثاث المنزل وأدوات المطبخ، وما يلزمهم من الغذاء والوقود لمدة شهر، كما لا يجوز الحجز على ما يلزم للقيام بواجباتهم الدينية.

ج - الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون هي أو عائدها نفقة أو مرتباً مؤقتاً أو مدى الحياة، وما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها في غرض معين، وكل ذلك إلا بقدر الربع وفاءً لدين نفقة مقررة.

د - الأموال الموهوبة أو الموصى بها، مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها، وذلك إذا كان الحاجز من دائتي الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية، إلا لدين نفقة مقررة وفي حدود الربع. هـ - ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه، وذلك ما لم يكن الحجز لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة.

و - المنقول الذي يعتبر عقاراً بالتخصيص إذا كان الحجز عليه مستقلاً عن العقار المخصص لخدمته، وذلك ما لم يكن الحجز لاقتضاء ثمنه أو مصاريف صيانتها.

ز - الأجور والمرتبات التي لم يصدر قانون خاص بتنظيم شروط عدم جواز الحجز عليها إلا بقدر النصف، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من ديون.

ح - السكن الخاص اللازم لإقامة المدين الكويتي وأسرته بشرط أن يكون شاغلاً له قبل نشأة الدين، ولا يسري هذا الحكم إلا على سكن واحد له، وكل ذلك ما لم يكن الحجز لاقتضاء دين مقرر لبنك التسليف والادخار، أو دين مقرر له امتياز على هذه العين، وفقاً للمواد (1080) و (1081) و (1082) من القانون المدني أو نفقة محكوم بها. ولا يستفيد المدين من هذا الحكم إذا أثبت الدائن أن المدين تصرف في أمواله قبل أو بعد نفاذ هذا القانون تصرفاً يضر بحق الدائن. ويعتبر السكن لازماً إذا كان من البيوت الحكومية أو ما يماثلها من السكن الخاص المقام على أرض لا تزيد مساحتها على ألف متر مربع. ويفصل قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات الناشئة عن تقدير حاجة المدين وأسرته للسكن، بما يراعي حقوق الدائن، ويوفر حماية المدين في سكنه الخاص.

الفرع الرابع

العنوان في قانون المعلومات المدنية مصطلح

مرادف لفكرة الموطن

نصت الفقرة الثانية من المادة (4) من قانون المعلومات المدنية على أن العنوان بالنسبة إلى القاصر أو المحجور عليه هو عنوان من يقيم معه في معيشة واحدة، أو من ينوب عنه قانوناً، أما عنوان الغائب أو المفقود فهو عنوان من ينوب عنه قانوناً. كما قررت المادة (5) من القانون ذاته أن لكل فرد مُقيّد في نظام المعلومات المدنية عنواناً، والعنوان هو مكان السكن الذي يقيم فيه الفرد على نحو معتاد، ويصدر الوزير - بعد موافقة مجلس الإدارة - قراراً بتحديد العنوان في حال تعدده.

فالمشرع في النصين السابقين استحدث مصطلحاً جديداً هو: «العنوان»، وإن كان قد حدّد معناه في المادة (5) من القانون ذاته بأنه مكان السكن، وقد تأكد ذلك بما قرره المادة الأولى من القرار رقم 2 لسنة 1985 بشأن تحديد العنوان في حال تعدده، والتي جرى نصها على أن: «العنوان هو مكان السكن الذي يقيم فيه الفرد على نحو معتاد، فإذا كان الفرد قاصراً أو محجوراً عليه أو غائباً أو مفقوداً فيكون عنوانه هو عنوان من ينوب عنه قانوناً»⁽²¹⁾.

وفي اعتقادنا أن مصطلح العنوان يُعد مرادفاً أيضاً لمصطلح الموطن، ودليل ذلك أن المشرع ألزم كل فرد مُقيّد في نظام المعلومات المدنية عند تعدد الوحدات السكنية التي يقيم فيها أن يختار إحداها عنواناً، وإخطار الهيئة العامة للمعلومات المدنية بذلك⁽²²⁾؛ ما يعني عدم جواز تعدد عنوان الشخص الطبيعي، وهو ما يتفق مع فكرة الموطن.

يضاف إلى ذلك أن المذكرة الإيضاحية لقانون نظام المعلومات المدنية قد عدت مزايا هذا القانون، ومن ضمنها تيسير الحصول على عناوين الأفراد وتنظيمها،

(21) صدر هذا القرار بتاريخ 1985/7/29، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد رقم 1625، س31، ص7.
(22) ورد هذا الحكم في القرار رقم 2 لسنة 1998 المعدل للقرار رقم 2 لسنة 1985 بشأن تحديد العنوان في حالة تعدده.

ومتابعة أي تغييرات فيها بما يوفر البيانات اللازمة والدقيقة عنها لسرعة أداء الخدمات العامة أو الخاصة أو الطارئة، كالإسعاف والحريق والبريد⁽²³⁾.

ويتضح مما سلف بيانه أن المشرع الكويتي قد استعمل أكثر من مصطلح للتعبير عن فكرة الموطن، على الرغم من أن حسن الصياغة يفترض ضبط المصطلحات؛ فلكل علم مصطلحاته الخاصة به، ولكل فكرة قانونية مدلول خاص بها يُعبّر عنه بمصطلح مُعيّن، ولا يجوز استعمال مصطلح يخص فكرة ما، واستعماله للتعبير عن فكرة أخرى؛ لما يؤدي إليه ذلك من الخلط بين الأفكار القانونية، ومن ثم صعوبة التمييز بينها⁽²⁴⁾.

وكما يرى بعض الفقه أنه: «لا يجوز أن يتغيّر معنى اللفظ الواحد باستعماله عبارات مختلفة، كما أنه إذا عبّر عن معنى بلفظ مُعيّن، وجب ألا يتغيّر هذا اللفظ إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى»⁽²⁵⁾. وعدم التدقيق وضبط المصطلحات في النصوص القانونية يفرض إشكالات عملية، فهذا التدقيق أمر لازم لوضع النص القانوني، وبه يتحقق أمران متلازمان: أحدهما أداء المعنى المطلوب، وثانيهما جلاء هذا المعنى ووضوحه في الأذهان⁽²⁶⁾.

(23) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، الجريدة الرسمية، ع1414، ص28، ص7.
(24) لغة القانون هي: «لغة متخصصة مستقاة من القانون كعلم نظري وكنشاط تطبيقي، فهي تترجم الأحكام القانونية والوقائع القانونية والعلاقات والمراكز القانونية بلغة محددة خاصة بهذا العلم، وتكمن جدوى اللغة القانونية في التعبير عن الحقائق القانونية بلغة مطابقة لإرادة المشرع، ومن ثم تفسير النصوص طبقاً لهذه الإرادة». عبدالقادر الشخيلي، الصياغة القانونية، ط1، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2014، ص312.

(25) عبدالرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني وعلى أي أساس يكون التنقيح، ج1، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص105.

(26) عبداللطيف هداية الله، البناء اللغوي في صياغة النص القانوني، إصدار جماعي بعنوان: لغة الحق ولغة القانون، ج2، معهد الدراسات والأبحاث للتعريب، المغرب، 2004، ص205.

المطلب الثاني

أحكام موطن الشخص الطبيعي

يترتب على ثبوت موطن للشخص الطبيعي جملة من الأحكام القانونية، منها ما يتعلق بالموطن المُعْتَبَر قانوناً للشخص الطبيعي، وهو ما نستعرضه في الفرع الأول، ومنها ما يتعلق بتغيير الموطن، وهو ما نتناوله في الفرع الثاني، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

الموطن المُعْتَبَر قانوناً للشخص الطبيعي هو المُثَبَّت

في سجلات نظام المعلومات المدنية

إن وجود موطن ثابت ومُحدَّد للشخص الطبيعي هو - بلا شك - أمر ضروري لا بد منه؛ فالموظف الذي يرفض تسلم مخاطبات جهة عمله في شؤونه الوظيفية، أو تعذر على جهة الإدارة تسليمه إياها؛ لغيابه أو انقطاعه عن العمل، والشخص الذي يرغب في مقاضاة شخص آخر، والمؤجّر الذي يريد إخطار المستأجر بعدم الرغبة في تجديد عقد الإيجار، كل هؤلاء يهمهم معرفة موطن من يريدون مخاطبته بشكل رسمي، وهو ما يقتضي وجود موطن رسمي يمكن التواصل فيه رسمياً مع الشخص المعني.

وفي معرض بيان قانون المعلومات المدنية لمفهوم الوحدة السكنية التي يجوز اعتبارها موطناً في قانون المعلومات المدنية؛ فقد حدد الفصل الثالث من القرار رقم 1 لسنة 2006، بإصدار اللائحة الخاصة بقواعد وإجراءات قيد عناوين المواطنين الكويتيين بنظام المعلومات المدنية، الوحدات السكنية التي يجوز اعتبارها موطناً للشخص الطبيعي في سجلات الهيئة العامة للمعلومات المدنية، وهذه الوحدات هي: أ - قصر. ب - فيلا. ج - بيت شرقي. د - شقة. هـ - ملحق. و - شاليه. ز - مزرعة.

واشترط القرار في الوحدات سالفة الذكر؛ لصلاحياتها كموطن، أن تكون الوحدة معدة ومهيأة للسكن، وأن تكون مزودة بالكهرباء من الدولة، وألا تكون مشغولة بجهة عمل، وحظر القرار قيد موطن الأشخاص الطبيعيين على خلاف الوحدات السكنية

سالفه البيان، وهو ما يعني أن تعداد المشرع لهذه الوحدات جاء على سبيل الحصر وليس المثال⁽²⁷⁾.

وقد نصت المادة (6) من قانون نظام المعلومات المدنية على أن: «يكون العنوان المُقَيَّد لدى الهيئة هو المعتمد في جميع المعاملات التي تقضي إثبات عنوان الفرد فيها، وتعتبر الهيئة مرجعاً رسمياً لتوفير البيانات الخاصة بعناوين الأفراد». ويتضح من النص السابق أن موطن الشخص الطبيعي الثابت في نظام المعلومات المدنية هو الموطن المُعْتَبَر قانوناً له، ويظهر ذلك من ناحيتين:

الأولى: ما قرره المشرع من أن هذا العنوان هو المعتمد في جميع المعاملات التي تقضي إثبات عنوان الفرد فيها، وهو ما يستتبع - في رأينا - أن لهذا البيان المثبت في نظام المعلومات المدنية - أي الموطن - حجية فيما يتعلق بموطن الشخص الطبيعي، وهو الحكم الذي أكدته المادة (21) من القانون ذاته، والتي أوجبت على الجهات الحكومية وغيرها الاعتراف بما تتضمنه سجلات الهيئة من معلومات مدنية؛ لذا فقد اعتبر هذا النص الصور والشهادات المُستخرَجة من الهيئة حجة فيما هو ثابت فيها.

وحرصاً من المشرع على أن تكون المعلومات المدنية للشخص الطبيعي المثبتة لدى الهيئة العامة للمعلومات المدنية - ومن ضمنها موطنه - معبرة بصدق عن حقيقة الواقع، فقد ألزمت المادة (12) من القانون ذاته الأفراد المُقَيَّدِينَ في نظام المعلومات المدنية بإبلاغ الهيئة عن أي تغيير في المعلومات المدنية المتعلقة بهم خلال الموعد المحدد.

وقد أكدت محكمة التمييز، في أحكامها، حجية الموطن الثابت لدى الهيئة العامة للمعلومات المدنية؛ ففي حكم لها جاء فيه أنه: «لما كان ذلك، وكان البين أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بانعدام الحكم في الدعوى رقم 95/870 تجاري ومدني كلي حكومة لصدوره في خصومة لم تتعد؛ حيث أعلن بصحيفة الدعوى - بطريق الغش - على غير محل إقامته، بغية عدم علمه بها، أو إبداء دفاعه فيها،

(27) صدر هذا القرار بتاريخ 2006/1/8، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد 752، س52، بتاريخ 2006/1/22.

وصدر الحكم في غيبته؛ فلا حجية له قبله، وقدم تدليلاً على ذلك صورة من بطاقته المدنية ثابت بها أن محل إقامته يغير محل الإقامة الثابت بديباجة الحكم المذكور، وطلب تمكينه من الرد على صورة البطاقة المدنية المُقدّمة من المطعون ضده، والتي تحمل العنوان الأخير، إلا أن المحكمة التفتت عن تحقيق هذا الدفاع، برغم أنه دفاع جوهرى من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأي في النزاع، على قول منها أن الحكم المُحاج به اكتسب قوة الأمر المقضي، فلا يجوز إهداره بمقولة أنه صدر باطلاً، فإن حكمها يكون معيباً؛ مما يوجب تمييزه أيضاً في هذا الشق من قضائه⁽²⁸⁾.

كما أكدت محكمة التمييز التوجه ذاته في حكم آخر قررت فيه: «أن المشرع قد ناط بالخصم نفسه تقديم الدليل على صحة ما يتمسك به من أوجه الطعن عند إيداع صحيفته، على اعتبار أن ذلك من الإجراءات الجوهرية في الطعن، ولما كانت الطاعنة لم ترفق بصحيفة طعنها الدليل على ما أثارت به بسبب النعي من أن إعلانها بصحيفة الدعوى واستئنافها قد تم في غير موطنها، كما أنها لم تقدم صورة إعلانها بالحكم المطعون فيه، أو البطاقة المدنية الثابت بها محل إقامتها، وذلك حتى تتمكن هذه المحكمة من التحقق من صحة ما تنعاه على الحكم المطعون فيه من بطلان، فإن النعي عليه بهذا السبب يضحى عارياً عن دليله، وبالتالي غير مقبول»⁽²⁹⁾.

وعلى الرغم من وضوح وصراحة نص المادة (6) من قانون المعلومات المدنية في اعتماد العنوان المقيّد لدى الهيئة في جميع المعاملات التي تقضي إثبات عنوان الفرد فيها، فإن المادة (21) من القانون ذاته، والتي جرى نصها على أنه: «على الجهات الحكومية وغيرها الاعتراف بما تتضمنه سجلات الهيئة من معلومات مدنية، وتعتبر الصور والشهادات المُستخرجة من الهيئة عنها حجة فيما هو ثابت فيها ما لم يقيم الدليل على عكسه».

(28) الحكم رقم 3 لسنة 2003 مدني، الصادر بتاريخ 2004/5/17، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، مج2، قاعدة 8، المكتب الفني في محكمة التمييز، القسم الخامس، ديسمبر 2008، ص 689 و690.

(29) حكم محكمة التمييز رقم 130 لسنة 1998 تجاري (غير منشور)، الصادر بتاريخ 1999/6/5.

فالنص الأخير - وفق صياغته - أجاز إثبات عكس الثابت في سجلات الهيئة من معلومات مدنية، ومن ضمنها الموطن، ونعتقد - من جانبنا - أن الحكم المقرر في النص السابق مُنتَقَد؛ إذ إن إثبات واعتماد عنوان الشخص لدى الهيئة يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة؛ تتمثل في إعلام الكافة بحقيقة موطن الشخص، وأنه هو المُعْتَبَر في كل التعاملات القانونية.

علاوةً على أن إجازة النص السابق للشخص إثبات عكس ما هو ثابت في سجلات الهيئة فيما يتعلق بموطنه، أي إثبات أنه له موطن يختلف عن الثابت لدى الهيئة يعني أنه يقيم إقامة فعلية في مكان آخر، في حين أن المادة (12) من القانون ذاته ألزمت الأفراد المقيدين في نظام المعلومات المدنية بإبلاغ الهيئة عن أي تغيير في المعلومات المدنية المتعلقة بهم - ومن ضمنها الموطن - خلال الموعد المحدد.

فكيف يستقيم في شرعة العقل والمنطق أن يعتد المشرع بموطن الشخص الطبيعي الثابت في سجلات الهيئة، واعتباره الموطن المعتمد في كل معاملاته القانونية، وإلزامه - عند رغبته في تغييره - بإبلاغ الهيئة لإثبات التغيير في سجلات الهيئة، وفق الإجراءات المعتمدة لديها، ثم يأتي نص المادة (21)، ويجيز إثبات عكس الموطن الثابت لدى الهيئة؟!

لا شك في أن هذا المسلك من المشرع الكويتي يعد مسلكاً غير محمود، ويهدر كل قيمة قانونية، وكل فائدة عملية لإثبات موطن الأشخاص الطبيعيين في سجلات الهيئة؛ الأمر الذي ندعو معه المشرع الكويتي إلى إجراء تدخل تشريعي في المستقبل القريب لحل هذه المعضلة.

وقد لاقى مضمون نص المادة (21) بإجازة إثبات عكس الموطن الثابت في سجلات الهيئة صدى في بعض أحكام القضاء الكويتي؛ حيث تقرر محكمة التمييز في حكم لها أنه: «لما كان الثابت من الأوراق أن مندوب الإعلان قد توجه إلى محل إقامة المطعون ضده الأول الثابت بطلب الأداء لإعلانه بالأمر فأثبت تركه السكن، وقام عقب ذلك بإعلانه في مواجهة النيابة العامة على مسؤولية الطاعن باعتباره

مجهول العنوان، وقد خلص الحكم المطعون فيه إلى أن هذا الإعلان قد تم من دون القيام بالتحريات الكافية الدقيقة للوقوف على محل إقامة المعلن إليه، ولا يصلح لذلك مجرد وجود هذا العنوان في بطاقته المدنية لما هو ثابت من أن تاريخ انتهاء البطاقة في 8 يونيو 1999، بينما التوقيع على السند الإذني في 26 يوليو 2002، فيكون إعلان الأمر قد وقع باطلاً ولا يفتح به معاد التظلم⁽³⁰⁾.

والحكم السابق مُنتَقَد في رأينا؛ لمخالفته حجية الموطن المُثَبَّت لدى المعلومات المدنية للأسباب التالية:

- 1 - إن إثبات مندوب الإعلان ترك المعلن إليه سكنه لا يمنع من اعتبار الإعلان في هذا الموطن إعلاناً قانونياً صحيحاً؛ إذ إن المادة (12) من قانون المعلومات المدنية أوجبت على الأفراد المقيدين في نظام المعلومات المدنية إبلاغ الهيئة عن أي تغيير في المعلومات المدنية المتعلقة بهم، ومن ضمنها موطنهم، ومن ثم فإن تغيير الشخص موطنه لا يؤثر على بقاء هذا الموطن مُعْتَبَراً في كل الإجراءات القانونية، ومن ضمنها إعلان الأوراق القضائية، لعدم اتخاذ صاحب العلاقة الإجراءات المقررة قانوناً لتغيير موطنه، وإثباته في سجلات الهيئة.
- 2 - إن ثبوت انتهاء صلاحية البطاقة المدنية للمعلن إليه لا ينفي حجية موطنه المُثَبَّت فيها؛ فعلاوة على أن العبرة بالموطن بما هو ثابت في سجلات الهيئة، فإن هذا الموطن يعد هو المُعْتَبَر في كل المعاملات الرسمية ما لم يثبت تغييره وفق الإجراءات المقررة قانوناً، والقول بغير ذلك يؤدي إلى فوات الحكمة من اعتماد الموطن المُثَبَّت في سجلات الهيئة لمجرد انتهاء صلاحية البطاقة المدنية؛ فانهاء صلاحية البطاقة المدنية لا يعني البتة زوال حجية المعلومات المدنية الثابتة في سجلات الهيئة، ومن ضمنها الموطن.
- 3 - إن الصور والشهادات المُسْتَخْرَجَة من الهيئة، فيما يتعلق بالمعلومات المدنية،

(30) حكم محكمة التمييز رقم 483 لسنة 2004، تجاري، الصادر بتاريخ 2006/4/11، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، المكتب الفني في محكمة التمييز، القسم الخامس، مج2، قاعدة 55، ديسمبر 2008، ص722.

ومن ضمنها الموطن، هي حجة فيما هو ثابت فيها، باعتبارها أوراقاً رسمية تثبت لها الحجية، ولا يجوز إثبات عكسها إلا باتباع طريق الطعن بالتزوير⁽³¹⁾.

أما الناحية الثانية التي تؤكد أن موطن الشخص الطبيعي الثابت في نظام المعلومات المدنية هو الموطن المُعْتَبَر قانوناً له فتتمثل فيما ورد النص عليه من أن الهيئة تعتبر مرجعاً رسمياً لتوفير البيانات الخاصة بعناوين الأفراد، وهو ما يؤكد حجية الموطن الثابت في سجلات الهيئة، واعتبارها مرجعاً رسمياً للأفراد ولكل الجهات الحكومية والخاصة، وهو ما يقتضي اعتماد الموطن الثابت في سجلات الهيئة، واعتباره حجة في هذا الصدد.

ومما يقطع بعدم سلامة مسلك المشرع الكويتي في إجازة إثبات عكس ما هو ثابت في سجلات الهيئة فيما يخص الموطن، ما نصت عليه المادة (5) من القانون ذاته، والتي جرى نصها على أن: «يكون لكل فرد مُقَيَّد في نظام المعلومات المدنية عنوان، والعنوان هو مكان السكن الذي يقيم فيه الفرد على نحو معتاد، ويصدر الوزير، بعد موافقة مجلس الإدارة، قراراً بتحديد العنوان في حال تعدده».

وقد صدر تطبيقاً للنص السابق القرار رقم 2 لسنة 1998 بشأن تحديد العنوان في حال تعدده، ونص في المادة الأولى منه على أنه في حال تعدد الوحدات السكنية التي يقيم فيها الفرد وجب عليه أن يختار إحداها، وإخطار الهيئة بذلك لتكون عنواناً له⁽³²⁾.

فالشاهد من النصوص السابقة أن المشرع الكويتي كان حريصاً كل الحرص على وجود موطن وحيد للشخص الطبيعي المقيّد في نظام المعلومات المدنية؛ لذا فقد عالج حالة تعدد موطن الشخص، والهدف من ذلك هو وجود موطن محدّد لا يتعدد للشخص الطبيعي، ومن ثم يتم إثباته في سجلات الهيئة، وهو ما يستقيم مع فكرة حجية الموطن الثابت في سجلات الهيئة، وعدم جواز إثبات خلافه.

(31) أضفت المادة (9) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الحجية على الأوراق الرسمية بنصها على أنه: «الورقة الرسمية حجة على الكافة بما دوّن فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً».

(32) صدر هذا القرار بتاريخ 1998/5/31، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد 365، ص 44، ص 10.

وعلى الرغم من وضوح النصوص السابقة فإن حُكمًا صادرًا عن محكمة التمييز قضى بجواز إعلان الشخص الذي له أكثر من موطن في الأوراق القضائية إذا تم على أحدها⁽³³⁾، وهو بلا شك حكم مُتَّعَد ومخالف لصريح نص القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له.

ومن نافلة القول الإشارة إلى خلو قانون المعلومات المدنية من نص يُجرِّم إدلاء الشخص لأي جهة خاصة أو عامة بموطن آخر غير موطنه الحقيقي الثابت في سجلات الهيئة، ونتمنى من المشرع استدراك هذا القصور في المستقبل القريب، وتوفير حماية قانونية لبيان الموطن، وذلك على غرار الحماية التي قررها المشرع للرقم المدني⁽³⁴⁾.

الجدير بالذكر أن تحديد موطن الشخص الطبيعي يترتب عليه اعتبار هذا الموطن مكاناً مُعْتَبَرًا كأصل عام للوفاء بالالتزامات المدنية؛ فالأصل أن يكون الوفاء في موطن المدين، ذلك أن الوفاء بالدين تحكمه قاعدة أنه استيفاء الدين مطلوب وليس محمولاً، وبتعبير آخر: أن يسعى الدائن إلى موطن المدين لاستيفاء دينه، واستثناءً يجوز أن يكون في مكان عمله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذا العمل، أما إذا كان الوفاء يتعلق بتسليم شيء مُعَيَّن بالذات فيكون الوفاء في المكان الذي كان فيه هذا الشيء وقت نشوء الالتزام، وكل ذلك ما لم يقض الاتفاق أو القانون أو طبيعة الالتزام بغيره⁽³⁵⁾.

(33) الحكم رقم 69 لسنة 2011 تجاري، الصادر بتاريخ 2012/3/22، غير منشور.

(34) فقد نص البند (ب) من المادة (35) من قانون المعلومات المدنية على أنه: «مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يُطَلَب منه الإدلاء إلى أي جهة عامة أو خاصة برقم بطاقته المدنية فيدلي عن عمد برقم بطاقة ليست له».

(35) نصت على هذه الأحكام المادة (412) من القانون المدني بقولها: «1- يكون الوفاء في موطن المدين، كما يجوز أن يكون في مكان عمله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذا العمل. 2- ومع ذلك يكون الوفاء بتسليم شيء معين بالذات في المكان الذي كان فيه وقت نشوء الالتزام. 3- وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق أو القانون أو طبيعة الالتزام بغيره».

الفرع الثاني

تغيير موطن الشخص الطبيعي

إن الحكمة من إثبات موطن الشخص الطبيعي في سجلات المعلومات المدنية هو جعله معلوماً للكافة؛ ليسهل التعرف على مكان وجود الشخص للتعامل معه في مختلف التعاملات القانونية؛ لذا فإن قانون المعلومات المدنية ألزم الأفراد المقيدين في نظام المعلومات المدنية بإبلاغ الهيئة عن أي تغيير في المعلومات المدنية المتعلقة بهم - ومن ضمنها موطنهم - خلال الموعد المحدد⁽³⁶⁾.

وقد نظم المشرع الكويتي تغيير موطن الشخص الطبيعي في الفصل الثالث من القرار رقم 1 لسنة 2006 بإصدار اللائحة الخاصة بقواعد وإجراءات قيد عناوين المواطنين الكويتيين بنظام المعلومات المدنية⁽³⁷⁾، وسنقتصر على تناول أهم الأحكام الرئيسة في هذا القرار، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تغيير الموطن يتطلب تغيير موطن كل أفراد الأسرة

نص القرار سالف الذكر على أن تغيير العنوان (الموطن) يشمل كل أفراد الأسرة، مع استثناء بعض الحالات الخاصة التي أوردها النص⁽³⁸⁾، والحكمة من اشتراط شمول تغيير العنوان لكل أفراد الأسرة هو رغبة المشرع في توحيد موطن أفراد الأسرة

(36) وهو الحكم الذي أكدته المادة الثانية من القرار رقم 1 لسنة 2006.

(37) صدر هذا القرار بتاريخ 2006/1/8، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد 752، س 52، بتاريخ 2006/1/22.

(38) نصت المادة (5) من القرار المشار إليه على أنه: «يتم تغيير العنوان لكل أفراد الأسرة، ويجوز استثناء تغيير عنوان أحد أفراد الأسرة في الحالات التالية:

- 1 - وجود خلافات بين الزوجين دون حدوث طلاق، على أن يُقدّم كتاب خطي موقع عليه من أحد الزوجين بطلب تغيير العنوان مرفقاً به ما يثبت رسمياً هذه الخلافات.
- 2 - ملكية الفرد المتزوج لأكثر من مسكن، فيجوز تغيير العنوان بعد تقديم المستندات الدالة على ملكيته للمسكن.
- 3 - إذا كان رب الأسرة نزيلًا بإحدى المؤسسات العقابية، فيجوز تغيير عنوان أفراد أسرته بناءً على طلب الزوجة، أو أحد الأصول أو الفروع.
- 4 - يجوز قيد عنوان نزلاء دور الرعاية الاجتماعية والصحية والمؤسسات العقابية وما في حكمها على هذه الأماكن إذا زادت مدة إقامة الفرد في أحد هذه الأماكن على عام».

الواحدة، والتأكد من جدية تغيير العنوان، ومنعاً للتلاعب في إثبات هذا البيان في سجلات الهيئة⁽³⁹⁾.

ثانياً: حظر تغيير موطن الشخص إلا بعد استرداد البطاقات المدنية لذوي العلاقة

حظرت المادة (7) من القرار المشار إليه إجراء تغيير الموطن إلا بعد استرداد البطاقات المدنية للأفراد المطلوب تغيير موطنهم، والهدف من هذا الشرط واضح جلي؛ إذ إن أحد البيانات التي تتضمنها البطاقة المدنية عنوان الشخص (موطنه)⁽⁴⁰⁾؛ لذا كان من المنطقي طلب تسليم البطاقة المدنية المثبت بها الموطن الذي سيصار إلى تغييره، تمهيداً لتعديل هذا البيان في البطاقة الجديدة المزمع إصدارها.

ثالثاً: عدم جواز تغيير الموطن للشخص في حال الإقامة مع الأقارب إلا إذا كانت درجة القرابة من الدرجة الأولى أو الثانية

ويبدو من الشرط السابق أن المشرع قد وضع مفهوماً خاصاً للأسرة لأغراض تحديد فكرة الموطن في تطبيق قانون المعلومات المدنية؛ حيث افترض المشرع أن الأسرة - لأغراض تحديد الموطن - هي مجموعة من الأفراد تجمع بينهم رابطة الزوجية والقرابة حتى الدرجة الثانية⁽⁴¹⁾.

رابعاً: ميعاد الإبلاغ عن تغيير الموطن

أوجب القرار المشار إليه على الشخص الطبيعي الذي يرغب في تغيير موطنه أن

(39) الجدير بالذكر أن وحدة مكان الإقامة لأفراد الأسرة لا يخلو من فوائد قانونية، فعلى سبيل المثال نصت الفقرة الأولى من المادة (801) من القانون المدني على أنه: «في التأمين من الأضرار يحل المؤمن قانوناً بما أداه من تعويض في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل المسؤول قانوناً عن الضرر المؤمن منه، وذلك ما لم يكن المسؤول عن الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسؤولاً عن أعماله».

(40) وقد صدر القرار رقم 4 لسنة 1985 بشأن البطاقة المدنية متضمناً البيانات التي تشتمل عليها البطاقة المدنية، ومن ضمنها بيان الموطن. صدر هذا القرار بتاريخ 1985/7/29، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد رقم 1625، س31.

(41) نصت المادة (8) من القرار المشار إليه على أنه: «لا يجوز قيد أو تغيير العنوان للفرد في حالة الإقامة مع الأقارب إلا إذا كانت درجة القرابة من الدرجة الأولى أو الثانية».

يقوم بإبلاغ هيئة المعلومات المدنية خلال ثلاثين يومًا من تاريخ التغيير⁽⁴²⁾، ويوقف هذا الميعاد إذا توافر أحد الأعدار التالية⁽⁴³⁾:

- 1 - المرض ويثبت بشهادة مُعتمدة من وزارة الصحة.
 - 2 - السجن أو الإيداع بإحدى المؤسسات العقابية، ويثبت ذلك بشهادة صادرة من هذه الجهات.
 - 3 - الغائب أو المفقود أو المحجور عليه بشرط تقديم المستندات المؤيدة لذلك.
 - 4 - السفر للخارج بعد تقديم ما يثبت ذلك.
- ويبدأ حساب ميعاد الإبلاغ المشار إليه في القرار اعتبارًا من اليوم التالي لتاريخ زوال العذر.

وحرصًا من المشرع على ضمان تعبير الموطن المثبت في سجلات هيئة المعلومات المدنية عن حقيقة الواقع، بالنسبة إلى كل الأشخاص المقيدين في نظام المعلومات المدنية؛ فقد اشترطت المادة (22) من القانون ذاته على أصحاب المباني والوحدات السكنية - أو من ينوب عنهم - إبلاغ الهيئة عن حدوث أي تغيير من شأنه أن يؤثر في عنوان المبنى أو الوحدة السكنية، وذلك خلال الموعد المحدد.

ويظهر مما تقدم اهتمام المشرع بتنظيم تغيير موطن الشخص الطبيعي، وعدم تركه لمطلق إرادة الأشخاص، وهو بلا شك موقف يُحمد له، لاسيما أن ثبوت هذا الموطن وتغييره سيؤثران على تحديد الموطن الانتخابي للشخص، وهو ما سنتناوله في المبحث الثاني.

(42) المادة رقم (22) من القرار سالف الإشارة.

(43) المادة (23) من القرار المشار إليه.

المبحث الثاني

دور موطن الشخص الطبيعي في تحديد موطنه الانتخابي

يمارس الناخب حقه في انتخاب ممثليه في البرلمان عن طريق التصويت، ولكن في حدود نطاق جغرافي مُحدّد يُسمى الدائرة الانتخابية، وجرى العمل في الأنظمة المقارنة - في تحديدها الدوائر الانتخابية - على وجود نظامين: نظام الدائرة الواحدة، أي أن تكون الدولة كلها دائرة انتخابية واحدة يُمارس فيها الناخبون اختيارهم أعضاء البرلمان في حدود الدولة كلها. أما النظام الآخر - وهو الغالب - فهو تقسيم الدولة إلى عدة دوائر يقوم ناخبو كل دائرة باختيار ممثليهم من المرشحين في حدود هذه الدائرة⁽⁴⁴⁾.

وينتمي الناخب - في ظل تعدد الدوائر الانتخابية - إلى الدائرة الانتخابية التي يقع فيها موطنه؛ فالموطن الانتخابي هو الذي يُحدّد للناخب الدائرة الانتخابية التي يمارس فيها حقه في التصويت، وبذلك يكتسب الموطن الانتخابي أهمية بالغة؛ حيث إنه يُحدّد الإطار الجغرافي الذي يمارس فيه الفرد حقه الدستوري في انتخاب ممثليه في البرلمان، بل وحقه في الترشح باعتبار أن ممارسة هذا الحق تتطلب - عادة - في المرشح توافر شروط الناخب، وأخصها القيد في الجداول الانتخابية، وهو ما يفترض أن يكون للفرد موطن انتخابي.

وعلى ذلك يُقصد بالموطن الانتخابي المكان الذي يمارس فيه الشخص حقه في انتخاب ممثليه أعضاء البرلمان، وقد يكون هذا الموطن هو محل إقامته الفعلية، وقد يكون مكاناً آخر مثل محل عمله الرئيس، أو محل إقامة عائلته أو غيرها، وتحديد الموطن الانتخابي يكون - عادةً - من اختصاص المشرع الذي

(44) لمزيد من التفاصيل حول الدوائر الانتخابية وتطبيقاتها في بعض الدول راجع: ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، 256 - 259. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، ب. ن، القاهرة، 2002، ص 770 - 831. محمد فرغلي محمد علي، نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 484 - 496. عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 1989، ص 519 - 522. خليفة ثامر الحميدة، الدوائر الانتخابية .. أساسها الدستوري وتنظيمها القانوني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، س 34، ع1، مارس 2010، ص 73 - 77.

يحدده وفق تقديره المصلحة العامة، وضرورة أن يكون الانتخاب معبراً عن إرادة الأمة ومتوافقاً مع توجهاتها⁽⁴⁵⁾.

وقد أوجب الدستور الكويتي أن يتم تنظيم الحق في الانتخاب بقانون؛ حيث تنص المادة (80) منه على أن: «يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً ينتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر، وفقاً للأحكام التي بينها قانون الانتخاب». كما أوجب أن تُحدّد الدوائر الانتخابية بقانون؛ حيث تنص المادة (81) منه على أن: «تُحدّد الدوائر الانتخابية بقانون»، الأمر الذي يعني أن تنظيم الموطن الانتخابي يكون بقانون، باعتباره جزءاً أصيلاً من عملية الانتخاب، ومرحلة مهمة من مراحل ممارسة الأفراد حقهم الانتخابي.

وقد تناول المشرع الكويتي الموطن الانتخابي في قانون الانتخاب، وكان تحديد الموطن الانتخابي محلاً للتنظيم وفقاً لقانونين، أولهما: هو القانون رقم 35 لسنة 1962 بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة وتعديلاته، وقد ألغي هذا القانون، وصدر القانون الثاني، وهو القانون رقم 120 لسنة 2023 بشأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة، وهو ما سنتناوله في المطالب الثالثة التالية؛ حيث سنتناول في المطالب الأول موقف القانون رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته، ثم نتناول موقف القانون رقم 120 لسنة 2023 في المطالب الثاني، أما المطالب الثالث فسيكون للمقارنة بين قانوني الانتخاب الملغى والجديد، في تنظيمهما الموطن الانتخابي.

المطلب الأول

الموطن الانتخابي وفقاً لقانون الانتخاب الملغى

رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته

لقد تناول القانون رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته الموطن الانتخابي على ثلاث مراحل، نتناولها فيما يلي:

(45) لمزيد من التفاصيل حول تطبيقات الموطن الانتخابي في بعض الدول راجع: سعاد الشقراوي وعبدالله ناصف، نظم الانتخابات في العالم ومصر، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 293 و 294. عفيفي كامل عفيفي، مرجع السابق، ص 902 - 906. خليفة ثامر الحميدة، مرجع سابق، ص 78 - 84.

الفرع الأول

الموطن الانتخابي وفقاً للقانون رقم 35 لسنة 1962 في أول صدوره

لقد صدر قانون الانتخاب الكويتي رقم 35 لسنة 1962⁽⁴⁶⁾، ونظم في المادة (4) الموطن الانتخابي، مقررًا ما نصه: «على كل ناخب أن يتولى حقوقه الانتخابية بنفسه في الدائرة الانتخابية التي بها موطنه. وموطن الانتخاب هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة أو الذي فيه مقر عائلته، وعليه في حالة تعدد موطنه أن يُعَيَّن الموطن الذي يريد استعمال حقوقه الانتخابية فيه. ويجب على الناخب إذا غير موطنه أن يعلن التغيير كتابة إلى وزارة الداخلية لإجراء التعديل اللازم في جدول الانتخاب. فإذا لم يعلن تغيير الموطن قبل دعوة الناخبين استعمال حقوقه الانتخابية في الدائرة التي كان اسمه مُقَيَّدًا بها أولاً».

ويتضح مما سبق أن المشرع حدد الموطن الانتخابي على الوجه التالي:

أ - أخذ المشرع بوحدة الموطن الانتخابي، وحدده بأحد مكانين، فهو إما المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، أي موطنه الفعلي، أو المكان الذي يقع فيه مقر إقامة عائلته، وترك للشخص اختيار أحدهما ليكون موطنه الانتخابي الذي يمارس فيه حقه في الانتخاب، وبذلك أجاز المشرع أن يكون للشخص أكثر من محل إقامة، أحدهما محل إقامته الفعلية، والآخر محل إقامة عائلته، وترك له اختيار أحدهما ليكون موطنه الانتخابي.

وقد كان هذا التنظيم محل نقد رأي في الفقه - بحق - باعتبار أن التطبيق العملي كشف عن مساوئ هذا التنظيم؛ حيث إن معيار موطن العائلة غير منضبط، كما أن جعل الشخص مُخَيَّرًا بين مكانين للإقامة إلى حين صدور مرسوم الدعوة للانتخابات يؤثر بشكل سلبي على استقرار الجدول الانتخابي، ويفتح مجالاً واسعاً للتأثير في نتيجة الانتخاب، عن طريق نقل الأصوات بتغيير الموطن الانتخابي⁽⁴⁷⁾.

(46) نشر في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، ملحق ع402، س8، 1962/11/12.

(47) محمد الفيلي، اتجاهات القضاء الكويتي في الطعون المتعلقة بانتخابات مجلس الأمة، مجلة الحقوق،

ويشير رأي آخر - في هذا السياق - إلى أن فتح باب الخيار للناخب في تحديد موطنه الانتخابي خارج معيار الإقامة الفعلية، وإن كان ظاهره التسهيل على الناخب، إلا أنه يُسهّل على المتحايّلين، سواء كانوا ناخبين يسعون إلى التكتل في دائرة معيّنة لإنجاح مرشح معيّن، أو مرشحين يسعون إلى تجميع مناصريهم في دائرة معيّنة بغية إنجاحهم في الانتخابات⁽⁴⁸⁾.

ب - أوجب المشرع على الشخص إبلاغ وزارة الداخلية في حال تغيير موطنه، وإلا كان عليه أن يمارس حقه الانتخابي في الموطن المحدّد سلفاً في الجدول الانتخابي.

الضرع الثاني

الموطن الانتخابي وفقاً للتعديل الصادر بالمرسوم

بالقانون رقم 64 لسنة 1980

لقد قام المشرع بتعديل نص المادة (4) من قانون الانتخاب المشار إليه بالمرسوم بالقانون رقم 64 لسنة 1980⁽⁴⁹⁾؛ ليجري نضه على أنه: «على كل ناخب أن يتولى حقوقه الانتخابية بنفسه في الدائرة الانتخابية التي بها موطنه. وموطن الانتخاب هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة فعلية ودائمة، وعليه في حال تعدد موطنه أن يُعيّن الموطن الذي يريد استعمال حقوقه الانتخابية فيه. ويجب على الناخب

مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج21، ع3، سبتمبر 1997، ص44. عادل الططباي، النظام الدستوري في الكويت، ط5، نشر خاص، دولة الكويت، 2009، ص808. محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، نشر خاص، دولة الكويت، 2006، ص332. (48) داود الباز، القيد في جداول الانتخابات ومنازعاته أمام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص49.

(49) نشر في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، ع1318، س26، 1980/9/7. وقد صدر هذا التشريع بمرسوم بقانون (مرسوم ضرورة) في أثناء غياب مجلس الأمة وحله حلاً غير دستوري، وهو ما كان محل انتقاد رأي في الفقه، باعتبار أن صدور هذا المرسوم قبل عودة مجلس الأمة بمرسوم ضرورة قد تم بغرض التأثير في نتائج الانتخابات. محمد الفيلى، تطوير النظام الانتخابي في الكويت (حلقة نقاشية عقدتها مجلة الحقوق بتاريخ 2004/1/10)، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ملحق العدد الثالث، س28، سبتمبر 2004، ص15.

إذا غيّر موطنه أن يعلن التغيير كتابة إلى وزارة الداخلية لإجراء التعديل اللازم في جدول الانتخاب في المواعيد وبالإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ووفقاً للنموذج الذي تصدره وزارة الداخلية، وإلا سقط حقه في الانتخاب».

وبذلك يتضح أن التعديل تضمن ما يلي:

1 - حدد المشرع الموطن الانتخابي للشخص بأنه مكان إقامته الفعلية والدائمة، واستبعد جواز أن يكون محل إقامة العائلة موطنًا انتخابيًا⁽⁵⁰⁾.

وتذهب المحكمة الدستورية - في هذا السياق - إلى أن نص المادة الرابعة، بعد تعديله وما ورد في مذكرته الإيضاحية «أن المشرع قد جعل محور الموطن الانتخابي هو الإقامة الفعلية الدائمة، فيشترط لوجوده أن يتوافر فيه عنصرا الاستقرار ونية الاستيطان، ولو تخللت الإقامة فترات غياب متباعدة أو متقاربة، ومن ثم فلا يحول دون توافر الإقامة انقطاع الشخص عن الإقامة في مكان ما لسبب عارض طالما لم يكشف عن نيته في إنهاء هذه الإقامة بإرادته، وتقدير وجود الموطن بعنصريه وبيان تفرد أو تعدده - على نحو يبيحه المشرع - هو من الأمور الواقعية التي يمكن الاستدلال عليها من الظروف المادية المحيطة»⁽⁵¹⁾.

ويذهب رأي في الفقه - بحق - إلى أن قانون الانتخاب تفوّق على القانون المدني في تحديد الموطن الانتخابي؛ حيث لم يكتف باشتراط أن الموطن هو محل الإقامة الفعلي، بل اشترط المشرع الديمومة في محل الإقامة الفعلي

(50) وقد بيّنت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بالقانون رقم 64 لسنة 1980 أسباب هذا التعديل، قائلة: «نظرًا لما لوحظ من توزيع العائلات على الدوائر المختلفة وعدم إمكانية ضبط المعنى الدقيق للعائلة في هذا الشأن مما مكن الكثيرين من قيد أسمائهم في مناطق بمجرد أن لهم أقارب بعيدين فيها، وإذا كان العمران المتنامي قد غيّر كافة مناطق الكويت وأنشأ مناطق جديدة، ونظرًا لما لوحظ من أن القيد في مقر العائلة استغل لتجميع الأصوات في منطقة معينة بقصد إنجاح مرشح مُعين، لذلك حذف من هذا النص عبارة (أو الذي فيه مقر عائلته) وجعل الموطن الانتخابي هو المكان الذي يقيم في الشخص بصفة فعلية ودائمة، أي مكان سكنه الحقيقي».

(51) الطعن رقم 1996/2 انتخابات مجلس الأمة، 1996/12/28. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، مج3، يوليو 2004، ص139.

للشخص، وإن كان يُفَضَّل أن يضع المشرع معياراً رقمياً منضبطاً للديمومة بدلاً من اشتراطها بشكل عام وموضوعي، بمعنى أن يحدد مدة زمنية يمكن أن تحقق الديمومة المطلوبة⁽⁵²⁾.

2 - أجاز المشرع أن يتعدد محل إقامة الشخص، وفي هذه الحال عليه أن يختار أحد هذه الأماكن ليكون موطنه الانتخابي. وقد ألغى المشرع تخيير الناخب بين محل إقامته الفعلية ومحل إقامة عائلته؛ ليكون أحدهما موطناً انتخابياً له، واكتفى بمحل الإقامة الفعلية والدائمة، وذلك حرصاً على منع ما يسمى بالنقل من دائرة إلى أخرى؛ مما يوتر في سلامة تعبير القاعدة الانتخابية عن رأيها في اختيار ممثليها.

وتؤكد المحكمة الدستورية هذا المعنى بقولها: إن «المستفاد من نص المادة الرابعة المذكورة (قانون 35 لسنة 1962) أن المشرع تغيا من تعديلها بلورة مفهوم المواطن الانتخابي، فبين فكرة أساسية في تحديده يدفع بها ما يحيط به من إيهام، ويزيل ما يشوبه من لبس أو غموض، فجعل محور المواطن الانتخابي هو الإقامة الفعلية الدائمة، أي مقر السكن الحقيقي للشخص، وللحفاظ على هذا المفهوم - نأياً عن استغلاله لتجميع الأصوات في منطقة بذاتها، بقصد إنجاح مرشح معين، وللقضاء على التكتلات - فقد وضع المشرع جزءاً على مخالفة ما تضمنته تلك المادة بشأن المواطن الانتخابي؛ إذ رتبت سقوط حق الناخب في الانتخاب إذا غيّر موطنه ولم يعلن التغيير كتابة إلى وزارة الداخلية لإجراء التعديل اللازم في جداول الانتخاب»⁽⁵³⁾.

3 - أوجب المشرع على الشخص إبلاغ وزارة الداخلية بتغيير موطنه، وإلا سقط حقه في الانتخاب.

(52) محمد الفيلي، اتجاهات القضاء الكويتي في الطعون المتعلقة بانتخابات مجلس الأمة، مرجع سابق، ص45.

(53) الطعن رقم 1981/1 انتخابات مجلس الأمة، 1981/6/30. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، مج3، ص89 و90.

وتؤكد المحكمة الدستورية سقوط حق الناخب في الانتخاب من دون أن يقوم بالإبلاغ عن ذلك؛ حيث تقول: «قيّد المشرع تعديل الموطن بوجوب إجرائه في المواعيد وبالإجراءات المنصوص عليها في القانون طبقاً للأوضاع، ولمنع إجراء أي تعديل في غير هذه المواعيد؛ فإذا أخل الناخب بذلك كأن لم يُغيّر موطنه وفقاً لما سبق سقط حقه في الانتخاب»⁽⁵⁴⁾.

وتبرز المحكمة الدستورية - في حكم آخر - أثر هذا التعديل على تغيير الموطن الانتخابي بقولها: «وضع المشرع جزءاً على مخالفة ما تضمنته تلك المادة (أي المادة الرابعة) بشأن الموطن الانتخابي؛ إذ رتبت سقوط حق الناخب في الانتخاب إذا غير موطنه ولم يعلن التغيير كتابة إلى وزارة الداخلية لإجراء التعديل اللازم في جداول الانتخاب، وخلافاً لما كان يقضي به حكم هذه المادة قبل التعديل من إعطاء الحق للناخب في طلب التعديل إلى ما قبل دعوة الناخبين، ومن استعمال حقه الانتخابي في الدائرة التي كان مُقيّداً بها أولاً إذا تأخر طلبه إلى ما بعد دعوة الناخبين، فقد تحرز المشرع في موعد تعديل الموطن الانتخابي بأن اشترط إجرائه في المواعيد وبالإجراءات المنصوص عليها في القانون ضبطاً للأوضاع، ومنعاً لإجراء أي تعديل في القيد في غير هذه المواعيد»⁽⁵⁵⁾.

الفرع الثالث

الموطن الانتخابي وفقاً للتعديل الصادر

بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٨

لقد قام المشرع لاحقاً بتعديل النص السابق بالقانون رقم 14 لسنة 1998⁽⁵⁶⁾ مقررًا ما نصه: «على كل ناخب أن يتولى حقوقه الانتخابية بنفسه في الدائرة الانتخابية التي بها موطنه. وموطن الانتخاب هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة فعلية ودائمة،

(54) الطعن رقم 1996/1 انتخابات مجلس الأمة، 1996/1/11. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، مرجع سابق، ص 158 و 159.

(55) الطعن رقم 1981/1 انتخابات مجلس الأمة، 1981/6/30. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، مرجع سابق، ص 90.

(56) نُشر في الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، ع 367، س 44.

وعليه في حالة تعدد موطنه أن يعين الموطن الذي يريد استعمال حقوقه الانتخابية فيه. ويجب على الناخب إذا غير موطنه أن يعلن التغيير كتابة إلى وزارة الداخلية لإجراء التعديل اللازم في جدول الانتخاب في المواعيد وبالإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ووفقاً للنموذج الذي تصدره وزارة الداخلية. ويعتبر موطناً المكان الذي يتواجد فيه الناخب إذا استحال إقامة في موطنه الأصلي لقوة القاهرة أو ظروف طارئة».

وبذلك يتضح أن التعديل تضمن ما يلي:

1 - حدد المشرع الموطن الانتخابي للشخص بأنه مكان إقامته الفعلية والدائمة، وأوجب على الشخص إبلاغ وزارة الداخلية في حال تغيير موطنه الانتخابي. وبذلك يكون المشرع قد سعى - بهذا التعديل - إلى تحقيق رابط حقيقي بين الشخص ودائرته الانتخابية، من خلال إقامته في موطنه الانتخابي في هذه الدائرة بصورة فعلية، يكشفها وجود مقومات حياته اليومية فيه، ودائمة تمنع الاعتراف بالإقامة الطارئة؛ الأمر الذي يغلق الباب أمام التلاعب في التجمعات الانتخابية، فلا الانتقال المؤقت في الإقامة يفيد في تجميع الموالين لمرشح معين لإنجاحه، ولا وقائع الإقامة الطارئة تقطع الارتباط بين الشخص وموطن إقامته الفعلي⁽⁵⁷⁾.

2 - أجاز المشرع أن يتعدد محل إقامة الشخص، وفي هذه الحال عليه أن يختار أحد هذه الأماكن ليكون موطنه الانتخابي. وبذلك أكد المشرع إلقاء عبء تحديد الموطن الانتخابي على الشخص متى ما تعددت أماكن إقامته الفعلية، كما لو كان متزوجاً من أكثر من زوجة واحدة، وكان سكن كل زوجة من زوجاته يقع في موطن مختلف ودائرة مختلفة؛ حيث إن اختيار أحد هذه الأماكن ليكون موطناً انتخابياً له، وقيده في الجدول الانتخابي يلغي حقه في القيد في جدول الموطن الآخر⁽⁵⁸⁾.

3 - قرر ما يمكن تسميته بالموطن الاستثنائي، وهو محل وجود الشخص الفعلي إذا استحال إقامته في موطنه الطبيعي لقوة القاهرة أو ظروف طارئة. وبذلك يكون

(57) خليفة ثامر الحميدة، مرجع سابق، ص 86.

(58) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

المشرع قد سعى إلى تعزيز مشاركة الناخب في العملية الانتخابية، في حال انفصال الناخب عن موطنه الانتخابي الفعلي، كما حصل مع سكان جزيرة فيلكا الذين هجروا الجزيرة بعد الغزو العراقي إلى أماكن أخرى نتيجة التدمير الذي لحق بالمنشآت في هذه الجزيرة⁽⁵⁹⁾، أو كما هي الحال عند هدم المنزل الذي يقيم فيه الشخص، أو خضوع محل السكن للعزل الصحي للحد من وباء معين، وانتقال الشخص إلى مكان آخر على سبيل الاضطراب⁽⁶⁰⁾.

المطلب الثاني

المواطن الانتخابي وفقاً لقانون الانتخاب الجديد

رقم 120 لسنة 2023

لقد قام المشرع أخيراً بإلغاء قانون الانتخابات رقم 35 لسنة 1962 المشار إليه أعلاه برمته، وأصدر قانوناً جديداً ينظم العملية الانتخابية من جميع جوانبها، وهو القانون رقم 120 لسنة 2023⁽⁶¹⁾، وأنشأ هذا القانون هيئة عامة تشكل من عناصر قضائية أوكل إليها الاختصاص بالإشراف على العملية الانتخابية في جميع مراحلها، بالتعاون من الجهات ذات الشأن⁽⁶²⁾.

(59) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(60) عذبي خميس العازمي، صورية المواطن الانتخابي وأثره على إرادة الناخب الكويتي، المجلة القانونية، كلية الحقوق بجامعة القاهرة - فرع الخرطوم، مج7، ع8، 31 مايو 2020، ص139.

(61) نشر في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، ع1650، س69، بتاريخ: 2023/8/27، ص11 - 19.

(62) تنص المادة (2) من القانون رقم 120 لسنة 2023 على أن: «تشأ المفوضية العامة للانتخابات، وتتولى الإشراف على الانتخابات وتنظيم العملية الانتخابية بالتنسيق مع الجهات الحكومية وغير الحكومية المعنية بالانتخابات، وتلحق بوزير العدل ويمثلها أمام القضاء وفي علاقتها بالغير رئيسها. وتشكل المفوضية العامة للانتخابات من خمسة قضاة كويتيين شاغلي درجة وكيل بمحكمة التمييز أو محكمة الاستئناف، أو ما يعادلها من أعضاء النيابة العامة، برئاسة أقدمهم، ويصدر مرسوم بتعيينهم للعمل بالمفوضية لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة.

ويصدر قرار من مجلس الوزراء بتحديد مقر عمل المفوضية، ومكافآت أعضائها.

ويكون للمفوضية العامة للانتخابات أمانة عامة تتألف من أمين عام وأمين عام مساعد أو أكثر، وعدد كاف من الموظفين ترشحهم المفوضية، ويصدر بتشكيلها وتحديد اختصاصاتها ولوائحها المالية والإدارية قرار من رئيس المفوضية بعد موافقة أعضائها.

ولرئيس المفوضية الصلاحيات المخولة لوزير المالية بشأن استخدام الاعتمادات المالية المقررة في

وكان مما تناوله هذا القانون الجديد تحديد الموطن الانتخابي الذي حدده المشرع في المادة الأولى منه، والتي تناولت التعريفات، ومنها تعريف الموطن الانتخابي، مقرر ما نصه: «موطن الانتخاب: المكان الذي يقيم فيه الناخب بصفة فعلية ودائمة والثابت في البطاقة المدنية»، كما أكدت المادة (9) منه أن يقيد الموطن الانتخابي في الجدول الانتخابي وفقاً لمقر إقامة الشخص الثابت في البطاقة المدنية⁽⁶³⁾، كما أوجب في المادة (10) منه أن تقوم الهيئة العامة للمعلومات المدنية بتزويد الأمانة العامة للمفوضية العامة للانتخابات بكشوف متضمنة أسماء وبيانات الكويتيين الذين توافرت فيهم شروط الناخب؛ لتقوم الأمانة العامة في المفوضية العامة للانتخابات بقيدهم في الجدول الانتخابي وفقاً لمحل إقامتهم الثابت لدى الهيئة المذكورة في البطاقة المدنية، وذلك بشكل دوري في كل شهر⁽⁶⁴⁾، كما جعلت

ميزانية المفوضية، وللمفوضية ممارسة الصلاحيات المقررة لديوان الخدمة المدنية فيما يتعلق بتنظيم أعمالها وشؤون موظفيها.

وتدرج الاعتمادات المالية للمفوضية ضمن ميزانية وزارة العدل.

(63) تنص المادة (9) من القانون 120 لسنة 2023 على أن: «يشمل جدول الانتخاب اسم كل كويتي توافرت فيه الشروط اللازمة لمباشرة حقوقه الانتخابية يقيم في الدائرة الانتخابية وفقاً لما هو ثابت بسجلات المفوضية العامة للانتخابات وموطنه الانتخابي المحدد في البطاقة المدنية، ولقبه وتاريخ ميلاده ورقم مرجع وزارة الداخلية الخاص به وعنوان السكن الذي يقيم فيه».

(64) تنص المادة (10) من القانون رقم 120 لسنة 2023 على أن: «تزود الهيئة العامة للمعلومات المدنية الأمانة العامة للمفوضية العامة للانتخابات بكشوف متضمنة أسماء وبيانات الكويتيين كاملة الذين بلغوا السن القانوني لمباشرة حق الانتخاب، وذلك بترتيب حروف الهجاء لكل دائرة انتخابية على حدة شاملة رقم بطاقاتهم الانتخابية ورقم شهادة الجنسية وتاريخ الحصول عليها ومحل عنوان سكنهم الثابت في البطاقة المدنية، وتقوم الأمانة العامة بقيد أسماء الكويتيين في دوائرهم الانتخابية وفقاً لما هو وارد في الكشف بعد التحقق من توافر جميع الشروط المطلوبة لتولي حقوقهم الانتخابية في موعد لا يتجاوز اليوم العاشر من كل شهر في الجدول الانتخابي، ويراعى في تحديث هذه البيانات أن تشمل ما يأتي:

أ - إضافة أسماء من بلغوا السن القانونية للانتخاب حتى نهاية الشهر السابق.

ب - إضافة أسماء من أهملوا بغير حق لأي سبب من الأسباب.

ج - حذف أسماء المتوفين.

د - حذف أسماء من فقدوا الشروط المطلوبة أو من كانت أسماؤهم قد أدرجت بالمخالفة لهذا القانون.

هـ - أسماء من غيروا عناوين سكنهم.

على أن يتم نشر جداول الانتخاب في الجريدة الرسمية خلال يومي الحادي عشر والثاني عشر من كل شهر».

المادة (3) إعداد الجداول الانتخابية وتعديلها من اختصاص المفوضية العامة للانتخابات وفقاً للبيانات التي تزودها بها الهيئة العامة للمعلومات المدنية⁽⁶⁵⁾.

ويتضح مما سبق أن من أهم ما جاء به القانون الجديد بالنسبة إلى المواطن الانتخابي ما يلي:

- 1 - جعل المشرع للشخص موطناً انتخابياً واحداً.
- 2 - حدد المشرع المواطن الانتخابي بأنه محل إقامة الشخص الفعلية والدائمة، وهو الثابت في البطاقة المدنية التي تصدر عن الهيئة العامة للمعلومات المدنية.
- 3 - جعل المشرع تعديل المواطن الانتخابي بيد الهيئة العامة للمعلومات المدنية والمفوضية العامة للانتخابات.
- 4 - جعل المشرع مراجعة المواطن الانتخابي وتعديله من اختصاص الجهات المشار إليها، وذلك بشكل شهري.
- 5 - ألغى المشرع في القانون الجديد المواطن الاستثنائي الذي تنبأه القانون الملغى.

المطلب الثالث

المقارنة بين قانوني الانتخاب الملغى والجديد

في تنظيمهما المواطن الانتخابي

عرضنا فيما سبق التنظيم القانوني للمواطن الانتخابي في القانون الكويتي، وذلك وفقاً لقانوني الانتخاب الملغى رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته، والقانون الجديد رقم 120 لسنة 2023، وبالنظر إلى هذا التنظيم والمقارنة بين القانونين المشار إليهما يتضح لنا ما يلي:

إن من أهم ما تميز به القانون الجديد، بالنسبة إلى المواطن الانتخابي، ما يلي:

(65) تنص المادة (3) من القانون 120 لسنة 2023 على أن: «تختص المفوضية العامة للانتخابات بما يأتي:

1 - إعداد جداول الانتخابات وتحديث القيود وفقاً لما تزود بها الهيئة العامة للمعلومات المدنية تنفيذاً لها القانون».

أولاً: سائر المشرع، في القانون الجديد، القانون الملغى في تقرير أن يكون للشخص موطن انتخابي واحد، وهو توجه محمود؛ ففي القانونين - الملغى والجديد - يكون للشخص موطن انتخابي واحد، وإن تعددت أماكن الإقامة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يأخذ بما يسمى الموطن الانتخابي الاحتياطي⁽⁶⁶⁾، وهو موطن الشخص الذي ليس له محل إقامة فعلي ودائم، مثل العاملين أو المقيمين في الخارج؛ الأمر الذي يعني حرمان هذه الفئة من ممارسة حقها الانتخابي، وكنا نأمل لو قام المشرع بتحديد موطن انتخابي احتياطي لهذه الفئة، حتى لا تُحرَم من حقها الانتخابي لهذا السبب⁽⁶⁷⁾.

ثانياً: ربط المشرع، في القانون الجديد، الموطن الانتخابي بمحل إقامة الشخص الفعلية والدائمة، كما فعل القانون القديم، لكنه - وعلى خلاف القانون القديم - جعل الموطن الانتخابي مرتبطاً بمحل إقامة واحد وهو الثابت في البطاقة المدنية، في الوقت الذي كان القانون القديم يتيح للشخص أن يكون له أكثر من محل إقامة، ويختار أحدها موطناً انتخابياً؛ سواء كان المحل الآخر هو مقر إقامة عائلته، كما هي الحال في القانون القديم قبل تعديله، أو السماح للشخص بأن يكون له أكثر من محل إقامة، كما هي الحال بعد تعديله.

ولا شك في أن تحديد الموطن الانتخابي بمحل إقامة واحد هو محل الإقامة الفعلية والدائمة للشخص، والثابت في البطاقة المدنية أمر يستحق الإشادة، بالنظر إلى أنه يتوافق مع القانون رقم 32 لسنة 1982 بشأن نظام المعلومات المدنية الذي يجعل موطن الشخص هو محل إقامته الثابت في سجلات هيئة المعلومات المدنية؛ حيث

(66) بدر محمد عادل، القيد في جداول ناخبين لأعضاء مجلس النواب البحريني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع51، ص26، يوليو 2012، ص48 - 51.

(67) تجدر الإشارة إلى أن المكرة الإيضاحية للقانون رقم 120 لسنة 2023 قد أشارت إلى معنى قريب من ذلك، حيث تقول: «كما عرض الباب الثاني في المواد من (2) إلى (7) أحكام المفوضية العامة للانتخابات، وذلك في بيان إنشائها وتنظيمها، وتحديد اختصاصها ودورها في تطوير العملية الانتخابية على ضوء الممارسة الفعلية، وعلى سبيل المثال بحث المتطلبات التشريعية لتمكين المواطنين في الخارج من التصويت في الانتخابات...».

تنص المادة (5) من هذا القانون على أن: «يكون لكل فرد مُقيّد في نظام المعلومات المدنية عنوان، والعنوان هو مكان السكن الذي يقيم فيه الفرد على نحو معتاد»، كما تنص المادة (6) منه على أن: «يكون العنوان المقيّد لدى الهيئة هو المعتبر به في جميع المعاملات التي تقتضي إثبات عنوان الفرد فيها، وتعتبر الهيئة مرجعاً رسمياً لتوفير البيانات الخاصة بعناوين الأفراد».

ومن جانب آخر، فإن ربط الموطن الانتخابي بمحل إقامة واحد، ومن دون أن يترك للشخص فرصة أن يكون له أكثر من محل إقامة، وتمكينه من اختيار أحدها موطناً انتخابياً له يقلل من فرص التلاعب في تحديد الأفراد لموطنهم الانتخابي، ويساعد في القضاء على ما عُرف بنقل الأصوات الانتخابية لمصلحة بعض المرشحين، على نحو لا يتوافق مع واقع الحال لمحل إقامة الناخبين؛ مما يدعم سلامة القاعدة الانتخابية من أي شوائب أو ثغرات تقلل من تعبيرها الصادق عن هيئة الناخبين في الدائرة الانتخابية⁽⁶⁸⁾.

وفي المقابل فإن هذا الأمر يضع على كاهل المفوضية العامة للانتخابات، والهيئة العامة للمعلومات المدنية، مسؤولية ممارسة الرقابة الصارمة على قيام الأشخاص بتحديد محل إقامتهم، أو تعديله، والحرص على التأكد من صحة هذا الإجراء من الناحية الواقعية بكل الوسائل الممكنة.

(68) وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 120 لسنة 2023 على ذلك بقولها إنه «لعل أخطر المعوقات وأهمها التي تحيط العملية الانتخابية هي عملية نقل الأصوات؛ إذ تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 35 لسنة 1962 المشار إليه قد تبنى معيار الموطن الانتخابي الذي يختاره الناخب بنفسه، من دون وجود تنظيم قانوني ينظم هذا الموطن والبيانات الرسمية، إلا أنه وبعد صدور القانون رقم 32 لسنة 1982 في شأن نظام المعلومات المدنية، وتنظيمه للحالة المدنية للمواطنين وغيرهم، وتقريره البيانات الرسمية والتي منها تحديد الموطن الانتخابي الفعلي بما ينتهي معه التمسك بتبني المعيار القديم ذاته، وما أسفرت عنه الحاجة وفقاً لتقرير لجنة تقصي الحقائق - بشأن هذه الظاهرة - المشكلة بمعرفة نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الداخلية بالقرار الوزاري رقم 698 لسنة 2022، بتاريخ 2022/8/13، إلى ثبوت تلاعب في القيود الانتخابية في جميع الدوائر ونقلها على خلاف الحقيقة والواقع بالمخالفة لأحكام القانون، والرغبة في تصحيح أوضاع ورط بها عموم الناخبين بحسن أو سوء نية، حينما يدلون بأصواتهم خلافاً لعناوينهم الفعلية، وهو ما يوقعهم تحت طائلة العقوبات المقررة، ولتمثيل الإرادة الحقيقية للأمة تمثيلاً يتماشى مع صحيح الموطن الانتخابي والقانون».

ثالثاً: جعل المشرع، في القانون الجديد، تعديل الموطن الانتخابي في يد المفوضية العامة للانتخابات، بالتنسيق مع الهيئة العامة للمعلومات المدنية، وليس للشخص أي دور في ذلك، وهو بدوره يحتمل الهيئة العامة للمعلومات المدنية مسؤولية ممارسة رقابة صارمة على مسألة تغيير محل الإقامة.

ويُحَمَّد لهذا التعديل أنه جعل تعديل أوضاع الناخبين في الجداول الانتخابية في يد الجهات الرسمية المشار إليها، ولم يتركه للأفراد أنفسهم، كما فعل القانون القديم؛ مما يتلافى مشكلة تقاعس الأشخاص عن تعديل أوضاعهم في الجدول الانتخابي عند تغير ظروفهم، لاسيما في حال تغيير محل الإقامة، ويرفع عن كاهل الأفراد مثل هذا العبء الإداري، ويختصر الإجراءات، ويوفر الوقت والجهد.

إلا أنه في المقابل، فإن ربط تعديل الموطن الانتخابي بتعديل محل الإقامة في البطاقة المدنية، من دون أن تكون هناك آليات واضحة ومُحدَّدة لمنع تغيير محل الإقامة بشكل صوري، يشكل قصوراً في هذا التنظيم، لنكون أمام موطن انتخابي صوري وليس فعلياً ودائماً، ومن مظاهر صورية الموطن الانتخابي أن يقوم الفرد بنقل محل إقامته إلى مكان آخر بعقد إيجار صوري، أو إلى عقار وهمي لا وجود له، أو تكديس أعداد كبيرة من الناخبين في عقار واحد على خلاف الحقيقة⁽⁶⁹⁾.

وهذا ما يدفعنا إلى التنبيه إلى خطورة هذا الأمر، وضرورة معالجته بوسائل واضحة وقادرة على التحقق - بشكل صارم - من سلامة عنوان محل الإقامة الفعلي والدائم، وتمنع التباين في الموطن الانتخابي بين الموطن الفعلي الدائم والموطن الصوري أو الوهمي.

رابعاً: أسند المشرع، في القانون الجديد، مهمة مراجعة الموطن الانتخابي وتعديله إلى الجهات المشار إليها، وذلك بشكل شهري، بدلاً من المراجعة السنوية، كما كانت عليه الحال في القانون القديم⁽⁷⁰⁾.

(69) عذبي خميس العازمي، مرجع السابق، ص 132 - 151.

(70) تنص المادة (8) من القانون رقم 35 لسنة 1962 على أن: «يتم تحرير جداول الانتخاب أو تعديلها خلال شهر فبراير من كل عام، ويشمل التعديل السنوي:

ويُحَمَّد للقانون الجديد أنه جعل مراجعة الجداول الانتخابية تتم بشكل شهري بدلاً من سنوي، كما هي حال القانون القديم، وهو ما يجعل من الجداول الانتخابية أكثر صدقاً في التعبير عن إرادة الناخبين في الدائرة الانتخابية، ومتابعة تعديل أوضاع الناخبين في مدة قصيرة نسبياً بالمقارنة بالمدة التي حددها القانون القديم.

خامساً: جعل المشرع الإشراف على تحديد الموطن الانتخابي وتعديله وإجراء القيود اللازمة لذلك في الجداول الانتخابية من اختصاص المفوضية العامة للانتخابات بالتنسيق مع الهيئة العامة للمعلومات المدنية، بدلاً من وزارة الداخلية، كما هي حال القانون القديم؛ حيث تشكل هذه المفوضية من عناصر قضائية، وتتمتع باستقلال مالي وإداري؛ الأمر الذي يجعل منها أكثر حيطة ونزاهة في إدارة هذه الاختصاصات المهمة والحساسة، لاسيما في مسألة تعبير الأمة عن إرادتها باختيار ممثليها في البرلمان، وممارستهم حقهم الدستوري في الانتخاب.

وبذلك نخلص إلى أن المشرع قد حاله التوفيق في تنظيمه الموطن الانتخابي، وما يتعلق به من مسائل في قانون الانتخابات الجديد رقم 120 لسنة 2023، سواء في تحديده الموطن الانتخابي ذاته، وربطه بمحل الإقامة الفعلية والدائمة الثابت في البطاقة المدنية، أو في طريقة مراجعة مواعيد هذا التعديل في الجداول الانتخابية، أو في تحديد الجهة القائمة على هذا الأمر المتمثلة في المفوضية العامة للانتخابات التي تشكل من عناصر قضائية، وتتمتع باستقلال إداري ومالي.

أ - إضافة أسماء الذين أصبحوا حائزين للصفات التي يتطلبها القانون لتولي الحقوق الانتخابية.
ب - إضافة أسماء الذين بلغوا سن العشرين واستوفوا سائر الصفات التي يتطلبها القانون لتولي الحقوق الانتخابية ويؤشر أمام أسمائهم بوقف مباشرتهم حق الانتخاب إلى حين بلوغهم سن الحادية والعشرين.

ج - إضافة أسماء من أهملوا بغير حق في الجداول السابقة.
د - حذف أسماء من فقدوا الصفات المطلوبة منذ آخر مراجعة، أو من كانت أسمائهم أُدرجت بغير حق.
و - حذف من نقلوا موطنهم من الدائرة، وإضافة من نقلوا موطنهم إليها.
ولا يجوز إجراء أي تعديل في الجداول بعد صدور مرسوم دعوة الناخبين للانتخاب.

الخاتمة

انتهينا في بحثنا إلى استخلاص مجموعة من النتائج وتقديم مجموعة من التوصيات، نعرضها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

من أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث:

- 1 - إن استعمال المشرع الكويتي مصطلح الإقامة، كأحد عناصر الحالة المدنية للأفراد، مسلك مُنتَقَد لاختلاف مضمونه عن مفهوم الموطن.
- 2 - إن مصطلحي السكن والعنوان في مفهوم قانون المعلومات المدنية يعدان مصطلحين مرادفين لفكرة الموطن.
- 3 - إن الموطن المُعْتَبَر قانوناً للشخص الطبيعي هو المُثَبَّت في سجلات نظام المعلومات المدنية، ولكنه بيان قابل لإثبات العكس.
- 4 - ألزم قانون المعلومات المدنية الأفراد المُقيدين في نظام المعلومات المدنية بإبلاغ الهيئة عن أي تغيير في موطنهم خلال الموعد المُحدَّد قانوناً، وهذا التغيير مُقَيَّد بعدة ضوابط أوردها القرار الصادر من الهيئة العامة للمعلومات المدنية.
- 5 - إن تحديد موطن الشخص الطبيعي يترتب عليه اعتبار هذا الموطن مكاناً مُعْتَبَراً كأصل عام للوفاء بالالتزامات المدنية.
- 6 - لقد وفق المشرع في تنظيم الموطن الانتخابي في القانون الجديد رقم 120 لسنة 2023، وعلى وجه الخصوص في المسائل التالية:
 - أ - حدد المشرع الموطن الانتخابي بمحل الإقامة الفعلي والدائم، وربطه بالعنوان المُثَبَّت في البطاقة المدنية.
 - ب - جعل المشرع القيد في الجداول الانتخابية وتعديله من اختصاص المفوضية العامة للانتخابات، بالتنسيق مع الهيئة العامة للمعلومات المدنية، وهي هيئة تتشكل من عناصر قضائية، وتتمتع باستقلال إداري ومالي، بدلاً من وزارة الداخلية.

ج - جعل المشرع مراجعة الموطن الانتخابي وتعديله في الجداول الانتخابية تتم من المفوضية العامة للانتخابات، بالتنسيق مع الهيئة العامة للمعلومات المدنية، وذلك بشكل شهري بدلاً من المراجعة السنوية.

7 - يُؤخذ على قانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023 ما يلي:

أ - إنه لم يضع آليات واضحة ومحددة لمنع تغيير محل الإقامة بشكل صوري أو وهمي؛ الأمر الذي يهدد سلامة الجداول الانتخابية وصحة الموطن الانتخابي المثبت فيها على نحو يخالف الحقيقة والواقع. وهذا يدفعنا إلى التنبيه إلى خطورة هذا الأمر، وضرورة تلافيه.

ب - لم يأخذ المشرع بفكرة الموطن الانتخابي الاحتياطي، كما فعلت بعض الأنظمة، وهو ما يترتب عليه حرمان فئة من المواطنين من ممارسة حقهم الانتخابي.

ثانياً: التوصيات

من أهم التوصيات التي توصلنا إليها في هذا البحث:

1 - إزاء ورود عدة مصطلحات للتعبير عن فكرة موطن الشخص الطبيعي في التشريع الكويتي وهي: «العنوان - السكن»؛ فإننا نهيب بالمشرع الكويتي توحيد المصطلح الذي يعبر به عن هذه الفكرة، من خلال تعديل تشريعي في المستقبل القريب.

2 - إن استعمال المشرع الكويتي مصطلح الإقامة كأحد عناصر الحالة المدنية للأفراد مسلك متقد لاختلاف مضمونه عن مفهوم الموطن، وندعو المشرع إلى تعديل قانون المعلومات المدنية بما يتلافى هذا الانتقاد.

3 - نهيب بالمشرع الكويتي اعتبار موطن الشخص الطبيعي المثبت في سجلات الهيئة العامة للمعلومات المدنية بياناً ذا حجية مطلقة، وغير قابل لإثبات العكس، من خلال تعديل نص المادة (21) من قانون المعلومات المدنية التي تجيز للشخص إثبات موطن آخر له، على خلاف موطنه الثابت في سجلات الهيئة، وذلك تماشياً مع مسلكه في اشتراط اتباع الإجراءات التي حددها عند

- الرغبة في تغيير الموطن، وأهمها إلزام الفرد - عند رغبته في تغيير موطنه - بإبلاغ الهيئة لإثبات التغيير في سجلات الهيئة.
- 4 - نظرًا إلى أهمية بيان موطن الشخص الطبيعي، مما يقتضي ثبات هذا البيان، وعدم السماح بتغييره إلا في حال ثبوت تغير مكان إقامة الشخص بشكل معتاد، فإننا نهيب بالمشروع الكويتي إلى التشدد في شروط وضوابط تغيير هذا البيان، بما يضمن جدية هذا التغيير، وتعبيره بصدق عن حقيقة الواقع.
- 5 - تأكيد أهمية ممارسة المفوضية العامة للانتخابات، والهيئة العامة للمعلومات المدنية، رقابة صارمة على تحديد الموطن الانتخابي وتعديله.
- 6 - ندعو المشروع إلى ضرورة معالجة مشكلة الموطن الانتخابي الصوري أو الوهمي بوسائل فاعلة تمكن من التحقق - بشكل صارم - من سلامة عنوان محل الإقامة الفعلي والدائم، وتمنع التباين في الموطن الانتخابي - واقعًا - بين الموطن الفعلي والدائم، والموطن الصوري أو الوهمي، حرصًا على سلامة الجداول الانتخابية، وأن تكون هذه الجداول معبرة بشكل صحيح عن الموطن الانتخابي للناخبين، وهو ما يدعم سلامة تعبير الأمة عن إرادتها في اختيار ممثليها في البرلمان.
- 7 - ندعو المشروع إلى تبني فكرة الموطن الانتخابي الاحتياطي، حرصًا على عدم حرمان فئة من المواطنين من ممارسة حقهم الانتخابي.
- 8 - ندعو الباحثين إلى مزيد من الاهتمام بقانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023، ودراسة أحكامه؛ لاسيما الأحكام الجديدة التي خرج فيها عن القانون القديم رقم 35 لسنة 1962.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة

- أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، شركة المطبوعات العلمية بمصر، ط1، ج1، 1327هـ - 1328هـ.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
 - شرح القانون المدني الكويتي .. أصول القانون، نظرية الحق، ج2، د.ن، دولة الكويت، 2000.
 - أحكام الالتزام، ط1، دار الشريف للنشر، 1995 - 1996.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل وجمال محمد إبراهيم، نظرية الحق في القانون المدني، مطبوعات جامعة الكويت، 1994.
- داود الباز، القيد في جداول الانتخابات ومنازعاته أمام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- حمدي عبدالرحمن أحمد، مقدمة القانون المدني، الحقوق والمراكز القانونية، ب.ن، القاهرة، 2002 - 2003.
- محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، نشر خاص، دولة الكويت، 2006.
- محمد فرغلي محمد علي، نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون .. نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- سعاد الشرقاوي وعبدالله ناصف، نظم الانتخابات في العالم ومصر، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- سعيد سليمان جبر ومحمد سامي عبدالصادق، المدخل للعلوم القانونية، ط1، د.ن، القاهرة، د.ت.

- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، ط5، نشر خاص، دولة الكويت، 2009.
- عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية .. الحق، دن، القاهرة، 1970.
- عبدالمعنى فرج الصدة، أصول القانون، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1965.
- عبدالقادر الشخلى، الصياغة القانونية، ط1 دار الثقافة، عمان - الأردن، 2014.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري:
 - الوسيط، نظرية الالتزام، مج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
 - وجوب تنقيح القانون المدني وعلى أي أساس يكون التنقيح، ج1، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.
- عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دن، القاهرة، 2002.
- عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط1، نشر خاص، دولة الكويت، 1989.
- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

ثانياً: الأبحاث العلمية المتخصصة

- بدر محمد عادل، القيد في جداول ناخبين لأعضاء مجلس النواب البحريني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع51، س26، يوليو 2012.
- حسام الدين فتحي ناصيف، الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ع2، س36، يوليو 1994.

- خليفة ثامر الحميدة، الدوائر الانتخابية .. أساسها الدستوري وتنظيمها القانوني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، س 34، ع 1، مارس 2010.
- عبدالكريم ربيع العنزي، إشكالية تشابه الأسماء ودور الرقم المدني في حلها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مج 9، ع 33، مارس 2021.
- عبداللطيف هداية الله، البناء اللغوي في صياغة النص القانوني، إصدار جماعي بعنوان: لغة الحق ولغة القانون، ج 2، معهد الدراسات والأبحاث للتعريب، المغرب، 2004.
- عذبي خميس العازمي، صورية الموطن الانتخابي وأثره على إرادة الناخب الكويتي، المجلة القانونية، كلية الحقوق بجامعة القاهرة - فرع الخرطوم، مج 7، ع 8، 31 مايو 2020.
- محمد الفيلي:
- اتجاهات القضاء الكويتي في الطعون المتعلقة بانتخابات مجلس الأمة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 21، ع 3، سبتمبر 1997.
- تطوير النظام الانتخابي في الكويت (حلقة نقاشية عقدتها مجلة الحقوق بتاريخ 2004/1/10)، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ملحق العدد الثالث، س 28، سبتمبر 2004.

ثالثاً: دوريات القضاء

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، مج 3، يوليو 2004.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، مج 2، المكتب الفني في محكمة التمييز، القسم الخامس، ديسمبر 2008.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

- مقالة بعنوان المشروع الوطني للرقم الآلي للعنوان، منشورة على الموقع الإلكتروني (web.web.archive.org).
- الموقع الإلكتروني لوكالة الأنباء الكويتية (كونا) (www.kuna.net.kw).

خامساً: مراجع أخرى

- الجريدة الرسمية (الكويت اليوم).
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	207
المقدمة	208
المبحث الأول: ماهية موطن الشخص الطبيعي وأحكامه	211
المطلب الأول: تعريف موطن الشخص الطبيعي والمصطلحات القانونية قرينة الشبه بالموطن	211
الفرع: تعريف موطن الشخص الطبيعي	211
الفرع الثاني: التمييز بين الموطن ومحل الإقامة	213
الفرع الثالث: السكن في قانون المعلومات المدنية مصطلح مرادف لفكرة الموطن	215
الفرع الرابع: العنوان في قانون المعلومات المدنية مصطلح مرادف لفكرة الموطن	218
المطلب الثاني: أحكام موطن الشخص الطبيعي	220
الفرع الأول: الموطن المُعْتَبَر قانوناً للشخص الطبيعي هو المُثَبَّت في سجلات نظام المعلومات المدنية	220
الفرع الثاني: تغيير موطن الشخص الطبيعي	227

230	المبحث الثاني: دور موطن الشخص الطبيعي في تحديد موطنه الانتخابي
231	المطلب الأول: الموطن الانتخابي وفقاً لقانون الانتخاب الملغى رقم 35 لسنة 1962 وتعديلاته
232	الفرع الأول: الموطن الانتخابي وفقاً للقانون رقم 35 لسنة 1962 في أول صدوره
233	الفرع الثاني: الموطن الانتخابي وفقاً للتعديل الصادر بالمرسوم بالقانون رقم 64 لسنة 1980
236	الفرع الثالث: الموطن الانتخابي وفقاً للتعديل الصادر بالقانون رقم 14 لسنة 1998
238	المطلب الثاني: الموطن الانتخابي وفقاً لقانون الانتخاب الجديد رقم 120 لسنة 2023
240	المطلب الثالث: المقارنة بين قانوني الانتخاب الملغى والجديد في تنظيمهما الموطن الانتخابي
245	الخاتمة
248	قائمة المراجع

الاعتراف بالأصول الافتراضية: تحديات وحلول وتجارب^(*)

د. بثينة علي عطوان

أستاذ القانون التجاري المشارك

كلية القانون، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن

الرياض، المملكة العربية السعودية

الملخص

لقد أسفر استخدام التكنولوجيا الرقمية عن استحداث خدمات وسلع جديدة تدور في عالمنا الافتراضي، وأصبحت للبيئة الافتراضية مساحة ليست بصغيرة، وتزداد حجمًا يومًا بعد يوم. وإزاء هذا التزايد في أشكال الخدمات والسلع في عالمنا الافتراضي، وتطورها وزيادة التعامل بها، كان ضروريًا أن ينتبه المشرع الوطني والدولي لمواجهة التحديات الناتجة عن الفراغ التشريعي أو النقص فيه، لمواجهة هذه المستجدات. وهو ما دعا عددًا من الدول والمنظمات الدولية والإقليمية إلى وضع القواعد القانونية التي تنظم البيئة الافتراضية. إلا أنه على صعيد آخر، لم تزل بعض الدول ساكنة تنتظر ما ستؤول إليه البيئة الافتراضية، ثم تُقدم على الاعتراف بها وتنظيمها قانونًا.

وتتناول هذه الدراسة التحديات التي يفرضها غياب التنظيم القانوني لهذه البيئة الجديدة، مع عرض تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة لتنظيم الأصول الافتراضية، ومقدمي خدماتها على المستوى الاتحادي والمحلي لتحقيق تطوير المنظومة التشريعية لقطاع الأصول الافتراضية في الدولة والأنشطة المرتبطة بها ومزودي خدماتها، بما يحدد ويضمن حقوق وواجبات جميع الأطراف ذات العلاقة. وكذلك بيان موقف عدد من التشريعات التي لا تزال لم تنظم بعد هذه الأصول، موضحين التحديات التي مازالت تواجهها بسبب غياب التنظيم القانوني للأصول الافتراضية ومزودي خدماتها.

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 11 نوفمبر 2024

وتاريخ قبوله: 5 فبراير 2025

وقد استخدم الباحث المنهج التحليلي المقارن لتحليل النصوص القانونية وبيان مدى كفايتها لمواجهة متطلبات تنظيم الأصول الافتراضية قانونياً، مع عرض تجارب وممارسات لعدد من الدول بشأن تنظيم الأصول الافتراضية. كما تم تقسيم الدراسة إلى مبحث تمهيدي تناول مفهوم الأصول الافتراضية وأهميتها ومميزاتها. ومبحث أول تناول التحديات القانونية التي تفرضها الأصول الافتراضية، ثم أخيراً: مبحث ثانٍ تناول التنظيم القانوني للأصول الافتراضية. وانتهت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات تُلخّص في أنه أمام عدم كفاية النصوص القانونية ذات الصلة، والتي كانت موجودة بالفعل قبل ظهور التكنولوجيا الرقمية وتطبيقاتها، والتي يصعب تطبيق نصوصها على هذه التطبيقات، يجب على الدول وضع التنظيم القانوني للأصول الافتراضية.

كلمات دالة: الأصول الافتراضية، والجريمة المنظمة، والبلوك تشين، والتشفير، وغسل الأموال، والعقود الذكية.

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

العالم الافتراضي هو عالم غير مادي، أدت التكنولوجيا الرقمية إلى تزايدهِ وكبر حجمه بشكل سريع، ولقد ساعدت تطبيقات التكنولوجيا الرقمية على تزويد هذا العالم الافتراضي بعددٍ من السلع والخدمات، وأصبح الفضاء الإلكتروني عالمًا جديدًا يوازي عالمنا التقليدي الواقعي، وفي عالمنا الواقعي أصبح عدد من يشاركون في العالم الافتراضي كثيرًا ويتجه إلى الازدياد، ولم تُعد المشاركة في العالم الافتراضي مجرد عمل فردي يقوم به فرد منفصل، بل أصبحت أسلوب حياة له عديد من المظاهر في العالم الافتراضي.

ونحن بصدد هذا العالم الجديد نحتاج إلى ما ينظمه ويحمي حقوق مستهلكيه وزواره والمتعاملين خلاله، بأنظمة وقوانين وتشريعات تتناسب وطبيعة هذا العالم الذي يختلف في طبيعته وفي أدواته عن عالمنا التقليدي. إن القانون يجب أن يتناسب وطبيعة البيئة التي ينظمها، وقد أصبحت القوانين القديمة التقليدية لا تتناسب وطبيعة العالم الجديد الافتراضي.

ولقد ظهرت في هذا العالم الافتراضي سلع وخدمات جديدة أُطلق عليها «الأصول الافتراضية» التي انتشرت أخيرًا نتيجة التوسع في استخدام تطبيقات التكنولوجيا الرقمية، ومنها تطبيقات البلوك تشين تلك التقنية التي ساعدت على انتشار الأصول الافتراضية والتوسع في التعامل بها. وتتميز الأصول الافتراضية بعدد من الخصائص التي جعلتها ذات طبيعة مختلفة عن السلع التقليدية؛ فهي أصول لامركزية لا تخضع لرقابة سلطة أو دولة، وهي أيضًا عالية السرية، إذ لا يتم الإفصاح عن المتعاملين بها، فهي تؤسس على الترميز والتشفير، كما أن التعامل بها يتم من خلال عقود جديدة سُميت بالعقود الذكية تختلف في طبيعتها عن العقود التقليدية. إضافةً إلى ذلك فإن التعامل في هذه الأصول، وما تتمتع به من خصائص، وعلى وجه الخصوص السرية، وكون التعامل فيها عابرًا للقارات، تنطوي على مخاطر تهدد الأمن القومي للدول. فهي ملجأ لغسل الأموال وتمويل الإرهاب وغيرها من الجرائم

المنظمة. كل هذا جعل من هذه الأصول محل اهتمام ونظر في ضرورة تنظيمها أو منعها ومراقبتها.

ثانياً: إشكالية الدراسة وأسئلتها

إن القانون هو وسيلة الأفراد في العصر الحديث لتنظيم العلاقات فيما بينهم، مما يتطلب النظر إلى المتطلبات القانونية اللازمة لتنظيم معاملات الأصول الافتراضية وحماية المستهلكين في هذا العالم الافتراضي، بما يتناسب مع طبيعة هذا العالم، وما يفرضه من تحديات تتطلب وضع قواعد تتناسب وطبيعة هذا العالم الافتراضي، وتراعي خصوصيته بعيداً عن النصوص القانونية التقليدية التي لم تعد مناسبة لتنظيم هذه البيئة الجديدة كلياً.

وتأتي هذه الدراسة لتبيّن التحديات القانونية الناتجة عن الأصول الافتراضية، مبيّنة تجربة دولة الإمارات العربية المتحدة على المستوى الاتحادي والمحلي (مدينة دبي)، واستعراض التحديات التي تواجه عدداً من الدول التي مازالت لم تنظم الأصول الافتراضية. وبناء على هذا العرض تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة عن السؤال الأساسي: ما مدى كفاية النظم القانونية التقليدية لتنظيم بيئة الأصول الافتراضية، ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة الفرعية التالية:

- ما الأصول الافتراضية وماهيتها ومميزاتها؟
- ما التحديات القانونية الناجمة عن استخدام الأصول الافتراضية وتداولها؟
- هل تتناسب النصوص التقليدية وطبيعة الأصول الافتراضية؟
- ماذا ينقص التشريعات الحالية لتنظيم الأصول الافتراضية؟
- لماذا قامت الإمارات العربية المتحدة بتنظيم الأصول الافتراضية؟ وما أهمية ذلك؟
- ما التحديات التي تواجهها النظم القانونية التي لم تعترف حتى الآن بالأصول الافتراضية؟

ثالثاً: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى تبني تنظيم قانوني للأصول الافتراضية، بما يؤدي إلى تطوير المنظومة التشريعية لقطاع الأصول الافتراضية في الدولة والأنشطة المرتبطة بها ومزودي خدماتها، بما يحدد ويضمن حقوق وواجبات كل الأطراف ذات العلاقة، وبما يساعد على جني ثمار تطبيقات التكنولوجيا الرقمية في هذا المجال والحد من آثارها السلبية.

رابعاً: أهمية الدراسة

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من العناصر التالية:

- حداثة الدراسة ومواكبتها للتغيير المحلي والإقليمي والعالمي في مجال التكنولوجيا الرقمية؛ ومن ثم توفير الإرشاد الكافي للقائمين على وضع القوانين لبيان التشريعات اللازم وضعها أو تحديثها لتنظيم الأصول الافتراضية.
- تحقيق التنمية المستدامة من خلال توفير المتطلبات التشريعية التي من شأنها العمل على الاستفادة من التكنولوجيا الرقمية وتطبيقاتها.
- عرض التجارب القانونية الحديثة في تنظيم الأصول الافتراضية للمساعدة على تبني تنظيم هذه الأصول وفق أفضل الممارسات الدولية.
- التوصية بالتشريعات اللازمة لإقامة بيئة قانونية متكاملة في كل المجالات القانونية، لاستكمال المتطلبات القانونية لتنظيم بيئة الأصول الافتراضية.
- العمل على استقرار المجتمع الافتراضي وحماية متعاملي العالم الافتراضي، من خلال تبني تنظيم قانوني للأصول الافتراضية، بما يضمن استقرار التعاملات.

خامساً: منهجية الدراسة

استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، من خلال الرجوع إلى المراجع العلمية والدراسات والبحوث الأكاديمية والقوانين المتعلقة بموضوع

الدراسة، لبيان مدى كفايتها لمواجهة متطلبات تنظيم الأصول الافتراضية قانونيًا، ومقارنة تجارب وممارسات عدد من الدول بشأن تنظيم الأصول الافتراضية.

سادسًا: خطة الدراسة

في ضوء ما سبق تم تقسيم الدراسة إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: نشأة وماهية وأسباب انتشار الأصول الافتراضية

المبحث الثاني: التحديات القانونية التي تفرضها الأصول الافتراضية

المبحث الثالث: التنظيم القانوني للأصول الافتراضية والاعتراف بها

المبحث الأول

نشأة وماهية وأسباب انتشار الأصول الافتراضية

الأصول الافتراضية تُعتبر أحد المفاهيم وليدة التحول الرقمي، والتي تزايد استخدامها في الآونة الأخيرة عبر كل دول العالم مع تزايد تداول المنتجات الرقمية. ويختلف مدلول الأصول الرقمية إلى القدر الذي نجد معه تفاوتاً ملحوظاً بحسب ما لم يدركه التعريف من تطور في السنوات الأخيرة للأصول الافتراضية. وتتميز الأصول الافتراضية بعدد من الخصائص التي جعلتها ذات طبيعة مختلفة عن السلع التقليدية، فهي أصول لامركزية لا تخضع لرقابة سلطة أو دولة، كما أنها عالية السرية فلا يتم الإفصاح عن المتعاملين بها، إذ هي تؤسس على الترميز والتشفير.

في ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول نشأة الأصول الافتراضية وتعريفها. وفي المطلب الثاني أسباب انتشار الأصول الافتراضية.

المطلب الأول

نشأة الأصول الافتراضية وتعريفها

سنتناول في هذا المطلب بيان نشأة الأصول الافتراضية في فرع أول، ثم تعريف الأصول الافتراضية في فرع ثان، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

نشأة الأصول الافتراضية

لقد عُرفت «العملات الافتراضية»⁽¹⁾ كنوع من الأصول الافتراضية، وقد جاءت كنتيجة

(1) تسمى أيضاً «العملات الرقمية»، وقد بدأت في العام 2007م، وفي مقدمتها عملة البتكوين (Bitcoin) من خلال بحث نشره ساتوشي ناكاموتو في العام 2008م، ليتجه نحو تأسيس نظام للدفع الإلكتروني، وتقوم الفكرة على مبدأ التعامل المباشر بين المستخدمين، بطريقة الند للند (Peer to Peer)، وهو مصطلح تقني يعني التعامل المباشر بين طرفين من دون الاستعانة بطرف وسيط؛ كالبنوك والمؤسسات المالية التي تتقاضى رسوماً على تحويل الأموال، وفي العام 2010م تم إنشاء أول سوق إلكترونية لعملية صرف «البتكوين» مقابل العملات العالمية كالدولار. انظر: أثير صالح إبراهيم، التنظيم القانوني للعملات الرقمية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، يونيو 2021. وكذلك: حمد عبدالرحمن

لما يشهده النظام النقدي العالمي من تطورات متعددة على مختلف الصُّعد، وأهمها ما يمر به العالم من تطور في التكنولوجيا الرقمية. ولقد تعددت أشكالها وأنواعها⁽²⁾، وحقت أرقامًا غير متوقعة في التداول والاستخدام على الرغم مما يكتنفها من غموض وحذر شديد عكسته المنظمات الدولية والبنوك المركزية الوطنية تجاه التعامل بها.

ففي عدد من الدول تم إصدار تعليمات وتوجيهات بشأن التعامل في العملات الرقمية الافتراضية؛ فحذرت اللجنة السعودية الدائمة للتوعية والتحذير من التعامل أو الاستثمار في العملات الرقمية الافتراضية، أو ما يسمى Virtual Currencies، لما لتلك التعاملات من سلبيات ومخاطر عالية على المتعاملين، لكونها خارج نطاق المظلة الرقابية⁽³⁾. وفي الجزائر تم حظر استخدام العملات المشفرة بكل الصور بموجب قانون المالية لسنة 2018، حيث نصت المادة (117) منه على: «يُمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها»⁽⁴⁾. وكان البنك المركزي العراقي قد أصدر بياناً في العام 2017 يحظر استخدام هذه العملات، وجدد دعوته في العامين 2021، و2023، لعدم خضوعها لأي ضوابط أو تشريعات قانونية أو رقابية أو فنية⁽⁵⁾.

المجالي، الطبيعة القانونية للعملة الافتراضية، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ع81، يناير 2020. وكذلك: أسماء سالمين محمد العرياني، العملات الافتراضية: حقيقتها وتكييفها وحكمها الشرعي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مج14، ع1، سنة 2012م.

(2) ظهرت فئات من العملات الافتراضية: العملات الافتراضية المشفرة وهي: عملة افتراضية بالكامل ولا يمثلها أي شيء مادي، ويتم تأمينها بواسطة التشفير، مما يصعب جداً من تزويرها، وهي تعتمد على تقنية السجلات اللامركزية، ومنها العملات الافتراضية المستقرة (stable coin): وهي أصل مشفر يهدف إلى الحفاظ على قيمة مستقرة بالنسبة إلى أصل بعينه، أو مجموعة معينة من الأصول. ومنها العملات الافتراضية للبنوك المركزية: (CBDCs)، وهي نسخ رقمية من النقود التي تصدرها البنوك المركزية وتنظم العمل بها، فهي تتيح درجة أعلى من الأمان وليست متقلبة بطبيعتها، على عكس الأصول المشفرة. راجع: أندرو ستانلي، صعود العملات الرقمية للبنوك المركزية، صندوق النقد الدولي، سبتمبر 2022م، تاريخ الاطلاع: 2023/9/24م، متوافر على الرابط التالي:

<https://www.imf.org/ar/Publications/fandd/issues/2022/09/Picture-this-The-ascent-of-CBDCs>

(3) منشور على رابط هيئة السوق المالية السعودية بتاريخ 2021-11-18:

https://cma.org.sa/MediaCenter/PR/Pages/FOREX_.aspx

(4) منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية ع76، س54، بتاريخ 28 ديسمبر 2017م.

(5) جاء تعميم 2023 ليؤكد على ما جاء بالتعميم المرقم: 9/5/125 في 2022/3/29 والذي تقرر فيه منع

وفي جمهورية مصر العربية، وعلى الرغم من أن قانون البنك المركزي لم يحظر مطلقاً التعامل بالعملات الافتراضية (العملات المشفرة) إلا أنه اشترط موافقة مجلس إدارة البنك المركزي، فنصت المادة (206) من قانون البنك المركزي⁽⁶⁾، على: «أن يُحظر إصدار العملات المشفرة أو النقود الإلكترونية⁽⁷⁾ أو الاتجار فيها أو الترويج لها أو إنشاء أو تشغيل منصات لتداولها أو تنفيذ الأنشطة المتعلقة بها دون الحصول على ترخيص من مجلس الإدارة طبقاً للقواعد والإجراءات التي يحددها». وإلى الآن لم يصدر البنك المركزي المصري أي إجراءات في هذا الصدد.

وعلى صعيد دول مجلس التعاون الخليجي، فإنه لا يزال تداول أو استخدام أو إصدار العملات المشفرة غير مرخص به في كل من المملكة العربية السعودية، كما وجدنا في الفقرة السابقة، وفي قطر والبحرين والكويت؛ ففي قطر حذرت دائرة الإشراف والرقابة على المؤسسات المالية في مصرف قطر المركزي، في العام⁽⁸⁾ 2018، البنوك من التعامل مع «البيتكوين»، أو استبدال عملة أخرى بها، أو فتح حساب للتعامل معها، أو إرسال أو تسلم أي تحويلات مالية لغرض شراء أو بيع هذه

استخدام البطاقات والمحافظ الإلكترونية لغرض المضاربة والتداول بالعملات الرقمية بجميع أنواعها والتزام كل المؤسسات باتخاذ جميع التدابير لمنع وتبعية مثل هذه الأنواع من المعاملات والتداولات. وقد أشار التعميم إلى أنه سيتم اتخاذ جميع الإجراءات القانونية الصارمة تجاه المخالف بموجب قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 39 لسنة 2015 والتعليمات الصادرة بموجبه. منشور على رابط البنك المركزي العراقي بتاريخ 6 فبراير 2023. <https://cbi.iq/news/view/2226>.

(6) القانون رقم 194 لسنة 2020 بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي، منشور بالجريدة الرسمية، ع37 مكرراً (و)، في 15 سبتمبر 2020.

(7) تختلف النقود الإلكترونية عن العملات الافتراضية، فالأولى: قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدماً وغير مرتبطة بحساب بنكي وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة للدفع». راجع بشأن الفرق بين العملات الافتراضية والنقود الإلكترونية: أثير صالح إبراهيم، التنظيم القانوني للعملات الرقمية، مرجع سابق، ص 50-53. وكذلك دراسة بعنوان: «العملات المشفرة» صادرة من البنك المركزي الأردني، 2020، ص 12. تاريخ الاطلاع: 2023/9/24م، موجودة على الرابط التالي:

<https://www.cbj.gov.jo/DetailsPage/CBJAR/NewsDetails.aspx?ID=274>

(8) اتحاد المصارف العربية، التحول الرقمي في المنطقة العربية، الأمانة العامة، إدارة الأبحاث والدراسات، يونيو 2021، ص 7.

العملة. كما حذر مصرف البحرين المركزي من التعامل في الأصول المشفرة⁽⁹⁾. وفي الكويت حذر بنك الكويت المركزي، في بيان بشأن الأصول الافتراضية ومخاطرها، وحذر من التعامل أو الاستثمار في الأصول الافتراضية، لما لذلك من مخاطر مرتفعة وعواقب سلبية مختلفة على المتعاملين، لعدم خضوعها لأي جهة رقابية أو تنظيمية في دولة الكويت⁽¹⁰⁾.

وعلى صعيد المؤسسات الدولية دعا صندوق النقد الجهاًت المسؤولة إلى تنظيم ومراقبة العملات المشفرة والتعاون الدولي لسن التشريعات التي تكافح مخاطرها⁽¹¹⁾، وهو ذاته نهجُ الاتحاد الأوروبي، حيث قرر وزراء مالية الاتحاد الأوروبي خلال اجتماع لهم في 2015 ضرورة سن تشريعات لتنظيم العملات الافتراضية بسبب كثرة تداولها واستخدامها في تمويل التنظيمات الإرهابية.

الفرع الثاني

تعريف الأصول الافتراضية

العملة الافتراضية، كما عرفتها المادة (117) من قانون المالية الجزائري لسنة 2018 «هي تلك التي يستعملها مستخدمو الإنترنت عبر شبكة الإنترنت، وهي تتميز بغياب الدعامة المادية، كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية». وعرفها البنك الدولي بأنها «تمثيلات رقمية ذات قيمة محددة في وحدة الحساب الخاصة».

وعرفها بعض الفقه⁽¹²⁾ بأنها «العملات التي ليس لها وجود فيزيائي، ويمكن

(9) منشور على موقع مصرف البحرين المركزي بتاريخ 28 يناير 2020م: <https://www.cbb.gov.bh/ar/media>

(10) راجع بيان البنك المركزي الكويتي على الرابط التالي:

<https://www.cbk.gov.kw/ar/cbk-news/announcements-and-press-releases/press-releases/2021/05/202105221100-cbk-issues-a-statement-on-crypto-assets-and-their-risks>.

(11) عاصم محمد عادل العضاية، العملات الافتراضية طريق لتمويل الإرهاب، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الأردن، مج 1، ع 1، سنة 2020م، ص 20.

(12) عبدالفتاح محمد أحمد صلاح، «البيتكوين» عملة إلكترونية مشفرة قد تُسبب أزمة اقتصادية عالمية جديدة، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية، دمشق، ع 33، ديسمبر 2017م، ص 34.

مقابلتها بالعملات الرسمية المستخدمة حاليًا كالدولار واليورو، ويتم تداولها عبر الإنترنت، ودون وجود سلطة مركزية أو بنك مركزي يقف وراء إصدارها». وعُرفت بأنها «قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدمة وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتُستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة»⁽¹³⁾.

غير أن فضاء الأصول الافتراضية قد تطور في السنوات الأخيرة، ليشمل مجموعة جديدة من المنتجات والخدمات ونماذج الأعمال والأنشطة والتعاملات⁽¹⁴⁾. فالأصول الافتراضية لم تعد تقتصر على «العملات الافتراضية»، بل تعددت وأخذت عدة أشكال⁽¹⁵⁾، من أشهرها الأصول غير القابلة للاستبدال (NFT)، وهي عبارة عن أصول افتراضية مشفرة، مكونة من رموز وبيانات، موجودة في المنصات الرقمية بلوكتشين (Blockchain)⁽¹⁶⁾، وتستخدم كعناصر في الألعاب، مثل: الصورة الرمزية (Avatars)، أو مبانٍ أو قطع أرض، وتستخدم أيضًا في الأعمال الفنية كاللوحات والمقطوعات الموسيقية، التي لا تكون موجودة إلا في العالم الافتراضي⁽¹⁷⁾.

ويُعتبر مفهوم الافتراضية من المفاهيم الحديثة نسبيًا، والتي تنامت بقدر كبير في الآونة الأخيرة مع زيادة عمليات التحول الرقمي، وأصبح يستخدم على نطاق واسع، وقد تم تعريفها بأنها «أصول الشبكة الرقمية غير المادية، بما في ذلك العملات

(13) الوليد أحمد حسين درابيع، غسل العملات الافتراضية مظهر للفساد الرقمي (البتكوين نموذجًا)، المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي، مكافحة الفساد في البيئة الإلكترونية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا/برلين، 4-5 أبريل 2021، ص 82.

(14) بما في ذلك معاملات الأصول الافتراضية- الافتراضية.

(15) by Michael Walker, Esq., and Victoria Blachly, Esq. * Samuels Yoelin Kantor LLP Portland, Oregon Virtual Assets, Oregon, Tax Management Estates, Gifts and Trusts Journal, pp.1-8.

(16) تسمى أيضًا قواعد البيانات المتسلسلة، وهي نوع من تقنيات السجلات اللامركزية. راجع: هشام رويبي، تقنيات العملات الرقمية، سلسلة كتيبات تعريفية، موجهة إلى الفئة العمرية الشابة في الوطن العربي، صندوق النقد العربي، ع 23، سنة 2012، ص 9.

(17) راجع مقالًا منشورًا في مجلة الويبو بعنوان: الميتافيرس والرموز غير القابلة للاستبدال وحقوق الملكية الفكرية: هل يتم تنظيمها أم لا؟ منشور بتاريخ: 2022/2 على الرابط التالي:

https://www.wipo.int/wipo_magazine/ar/2022/02/article_0002.html

تاريخ الاطلاع: 2023/9/24م

الافتراضية وحقوق النشر الرقمية وعملات الألعاب عبر الإنترنت ومعدات الألعاب عبر الإنترنت، والتي يُمكن تحويلها إلى أصول حقيقية في ظل ظروف معينة⁽¹⁸⁾.

ويُعرفها المعهد الأمريكي للمحاسبين القانونيين (AICPA)⁽¹⁹⁾ بأنها «سجلات رقمية يتم إجراؤها باستخدام التشفير لأغراض التحقق والأمان، على دفتر الأستاذ الموزع يشار إليه باسم بلوكتشين (blockchain)». وعرفها البعض بأنها «أصل رقمي، وهو مصدر معلومات مشتق من الحق في القيمة، ويتم تداوله في دفتر الأستاذ الموزع في شكل معرف فريد». ووفقاً للتشريع الأوكراني، فإنها «السلعة غير الملموسة التي هي موضوع الحقوق المدنية، ولها قيمة، ويتم التعبير عنها بمجموعة من البيانات في شكل رقمي»⁽²⁰⁾.

ويُطلق البعض على الأصول الرقمية مصطلح (Assets Crypto)، وهي عبارة عن تمثيلات رقمية قابلة للتحويل تم تصميمها بطريقة تمنع نسخها أو تكرارها، ويشار إلى التكنولوجيا التي تُسهل نقل أصول التشفير باسم بلوكتشين (blockchain)، أو تكنولوجيا دفتر الأستاذ الموزع. ويُعرفها آخر بأنها «المعلومات الإلكترونية المخزنة على جهاز كمبيوتر، أو من خلال التكنولوجيا المتعلقة بالكمبيوتر، والتي يمكن أن تشمل بذلك الصور الرقمية من الصور الفوتوغرافية، وبيانات حساب الاستثمار الإلكتروني، ورسائل البريد الإلكتروني، وحسابات الإنترنت الاجتماعية مثل فيسبوك Facebook أو لينكدن LinkedIn، وكشوف الحساب المصرفي، وما إلى ذلك»⁽²¹⁾.

(18) Manninen, Tony; Kujanpää, Tomi, The value of virtual assets: The role of game characters in MMOGs, International Journal of Business Science & Applied Management (IJBSAM), pp.1-14.

(19) American Bar Association (2020), «Digital and Digitized Assets: Federal and State Jurisdictional Issue working Paper, available at: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/bus_iness_law/bus_law/committees/CL620000pub/digital_assets.pdf. (Last accessed: 24/9/2023).

(20) The Law of Ukraine “On Virtual Assets”, Verkhovna Rada of Ukraine. No. 2074-IX. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2074-20>. (Last accessed: 24/9/2023).

(21) Michael Walker, Esq., and Victoria Blachly, Esq.* Samuels Yoelin Kantor LLP Portland, Orego, “Virtual Assets: Tax Management Estates, Gifts and Trusts Journal, p.1.

وفي أحد التقارير الصادرة عن مركز تنافسية سوق رأس المال التابع للغرفة التجارية الأمريكية في 27 يناير 2021 عُرِّفَت الأصول الرقمية بوجه عام بأنها أصول تم إصدارها أو نقلها باستخدام تقنية بلوكتشين (blockchain)، التي تمثل التكنولوجيا الرقمية التي من خلالها تداول الأصول الرقمية.

وقد عرِّفَها مجموعة العمل المالي⁽²²⁾ بأنها «تمثيل رقمي للقيمة التي يمكن تداولها رقمياً أو تحويلها، ويمكن استخدامها لأغراض الدفع والاستثمار»⁽²³⁾. وقد أُرِدَت المجموعة التعريف بأن الأصول الافتراضية لا تتضمن عمليات التمثيل الرقمي للعملات الورقية والأوراق المالية وغيرها من الأصول المالية. وبهذا لا تدخل في مفهوم الأصول الافتراضية السجلات البنكية المحفوظة بصيغة رقمية وتمثل ملكية شخص ما لعملة ورقية.

وعرِّفَها قانون تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي⁽²⁴⁾ بأنها «تمثيل رقمي للقيمة التي يمكن تداولها رقمياً أو تحويلها أو استخدامها كأداة للمبادلة أو الدفع لأغراض الاستثمار...». ونعتقد أن تعريف الأصول الافتراضية الذي ورد في قانون دبي أشمل وأعم، ويحتمل ظهور أنواع جديدة من الأصول الافتراضية؛ فالتعريف يشمل كل تمثيل رقمي للقيمة سواء تم تداولها أو تحويلها، أو كانت غير قابلة للتداول أو التحويل، وتُستخدم كأداة للمبادلة أو في عمليات الدفع، كما أنه أتاح للسلطة المختصة⁽²⁵⁾ إضافة أي تمثيل رقمي آخر كأصل افتراضي، ليستوعب النص القانوني ما ستشهد الساحة من تطورات في الأصول الرقمية؛ حيث من المفترض أن يتضمن النص القانوني ما يتيح إمكانية إضافة أنواع من الأصل الافتراضي بالمعنى الواسع لاستيعاب التطورات التقنية ونماذج الأعمال المبتكرة.

(22) فاتف «FATF»: هيئة مستقلة ذات حكومات متعددة تقوم بوضع وتعزيز سياسات لحماية النظام المالي العالمي من غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل. لمزيد من المعلومات حول المجموعة راجع الموقع الإلكتروني: (Home (fatf-gafi.org).

(23) FATF. 2022. Virtual assets and virtual asset service providers. Available at: Updated Guidance for a Risk-Based Approach for Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers (fatf-gafi.org) [Last Accessed 17 September 2023]

(24) القانون رقم 4 لسنة 2022، منشور بالجريدة الرسمية لحكومة دبي، س 56، 11 مارس 2022م.

(25) سلطة دبي لتنظيم الأصول الافتراضية.

كما أن التعريف يمتد ليشمل كل العمليات والأنشطة، فيندرج تحته إصدار أصل مالي، أو تبديله، أو تحويله، ونرى أن يضاف ما يسمح للسلطة المختصة بإضافة أنشطة أخرى قد تظهر مستقبلاً، كتغيير ملكية الأصل الافتراضي أو إدخال تعديلات عليه أو تأجيله، وغيرها من الأنشطة المتوقعة ظهورها، وتحتاج إلى تنظيمها بموجب القانون.

وتجب ملاحظة أن الأصول الرقمية التي تكون فريدة وليست قابلة للاستبدال، وتستخدم كمقننات وتكون غير قابلة للاستبدال لا يمكن اعتبارها أصولاً افتراضية تدخل ضمن نطاق تعريف مجموعة العمل المالي وقانون دبي، حيث يجب أن يكون الأصل الافتراضي الخاضع لأحكامهما هو ذلك الأصل الذي يمكن استخدامه في عمليات الدفع والاستثمار، وليس غير القابل للاستبدال.

وجاء قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022م، بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، ليُعرّف الأصول الافتراضية بأنها «تمثيل رقمي للقيمة التي يمكن تداولها أو تحويلها رقمياً، ويمكن استخدامها لأغراض الاستثمار، ولا تتضمن عمليات التمثيل الرقمي للعملات الورقية أو الأوراق المالية أو غيرها من الأموال»⁽²⁶⁾. وبهذا يكون القرار قد استبعد التمثيل الرقمي للعملات الورقية والتمثيل الرقمي للأوراق المالية، وهي النقود الإلكترونية أو السندات الإلكترونية، وهي تختلف عن الأصول الافتراضية باعتبارها تمثيلاً رقمياً لا يتم ربطه بالعملات الورقية أو الأوراق المالية.

ووفقاً لهذه التعريفات فإن الأصول الافتراضية يجب أن تكون رقمية، ويجب تداولها أو تحويلها ضمن الفضاء الرقمي، مع إمكانية استخدامها لأغراض الدفع والاستثمار. وتُغطي التعريفات مجموعة واسعة من الأصول، التي تعتمد في وجودها على العالم الافتراضي وتقنية دفتر الأستاذ الموزع، ومنها⁽²⁷⁾:

- 1 - الرموز المميزة للدفع التبادلي (payment/exchange-type) بما في ذلك ما يسمى بالعملات الافتراضية.

(26) المادة (6/1) من القرار.

(27) George Pavlidis, (2020), "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", Journal of Investment Compliance, Vol.21, No.1, (2020), pp. 1-8, p.1.

2 - الأصول المميزة آمنة الاستثمار (investment/security-type).

3 - الرموز المساعدة المستخدمة للوصول إلى التطبيقات أو الخدمات كرموز المنفعة (Utility Tokens)، وهي أصول مشفرة تعطي حاملها حق الحصول على منتج أو خدمة قائمين أو مرتقبين من جهة الإصدار أو الشبكة المصدرة.

وإجمالاً فإن الأصول الرقمية تُعتبر أحد المفاهيم وليدة التحول الرقمي، والتي تزايد استخدامها في الآونة الأخيرة عبر كل دول العالم مع تزايد تداول المنتجات الرقمية⁽²⁸⁾، وتختلف هذه الأصول عن الأصول المادية في أنها متاحة على الإنترنت، ويمكن استخدامها على أجهزة الكمبيوتر كما أنه لا يتم تسليمها من خلال الشحن أو التسليم للمستهلك، ولكن عن طريق تنزيلها بعد أقل من دقيقة من دفع ثمنها والحصول عليها فوراً وفي أثناء ذلك، فهي أصول غير ملموسة لا يمكن حملها أو الاحتفاظ بها.

وقد نشرت محكمة الشعب في الصين⁽²⁹⁾ تقريراً عن شرعية الأصول الافتراضية، وأشارت إلى أن الأصول الافتراضية، بموجب إطار السياسة القانونية الحالي، لا تزال ملكية قانونية ومحمية بموجب القانون⁽³⁰⁾.

(28) في سبتمبر 2021 بلغت القيمة السوقية الكلية لجميع الأصول المشفرة تريليوني دولار أمريكي - بمعدل زيادة قدرها عشرة أضعاف عما كانت عليه في مطلع 2020. مقال بعنوان: رواج الأصول المشفرة يفرض تحديات جديدة على الاستقرار المالي، صادر من صندوق النقد الدولي، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023/9/24م، منشور على الرابط التالي:

<https://www.imf.org/ar/Blogs/Articles/2021/10/01/blog-gfsr-ch2-crypto-boom-poses-new-challenges-to-financial-stability>.

(29) المحكمة الشعبية العليا في الصين هي أعلى جهاز قضائي في الصين. راجع في ذلك: محمد علي عائض وآخرين، تنظيم المحاكم واختصاصاتها في جمهورية الصين الشعبية (دراسة مقارنة بمحاكم المملكة العربية السعودية)، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الآداب والعلوم الإنسانية، مج 27، ع 6، سنة 2019، ص 53.

(30) راجع مقالاً منشوراً على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع: 2022/10/17م:

<https://ar.cointelegraph.com/news/china-court-declares-virtual-assets-as-legal-properties-protected-by-law-report>.

المطلب الثاني

أسباب انتشار الأصول الافتراضية

الأصول الرقمية قد ازداد انتشارها في الآونة الأخيرة، ويُرجع البعض هذه الزيادة إلى فترة كورونا التي جعلت كثيرين يلجؤون إلى استخدام الأصول الرقمية⁽³¹⁾، غير أن الحقيقة أن الأصول الرقمية قد ساهمت التقنيات الجديدة والتكنولوجيا الرقمية وتطبيقات الذكاء الاصطناعي في ظهورها وانتشارها⁽³²⁾؛ فلقد أصبحت التكنولوجيا تتغلغل وتشابك في حياتنا اليومية بقدر كبير ومتزايد في كل مجالات الحياة، ومنها التعاملات والنواحي المالية، فساهمت التقنيات الجديدة والمنتجات والخدمات ذات الصلة في دفع عجلة الابتكار المالي، ورفع الكفاءة المالية، وتحسين الشمول المالي⁽³³⁾، وخلق منتجات مالية جديدة كلية غير تلك التقليدية، وظهرت الأسواق والمنصات الافتراضية لسلع وخدمات وقيم وأصول، يمكن إنشاؤها واستخدامها وتداولها افتراضياً من دون معادل مادي.

ونتيجة ما تتميز به الأصول الافتراضية، وتماشياً مع التكنولوجيا الرقمية وإتاحتها علاقات تجارية واستثمارية من دون لقاء مباشر، ومن دون الاستعانة بوسيط أو مؤسسة مالية، إضافة إلى كونها تحرك الأموال بسرعة عالية، وتسهل الأنشطة المالية، سواء تحويل الأموال أو القيمة أو الأوراق المالية أو السلع أو الأنشطة المرتبطة بالمشتقات المالية، كل ذلك ساهم في ازدياد تداولها وانتشارها.

لقد أضحت الأصول الرقمية ضرورية للمنشآت الاقتصادية، لبناء علامة تجارية

(31) Andressa Patricia Silva Dias, "Virtual Assets: A Legal, Causal, and Case Study Analysis of the Influence of COVID-19 on the Use of Virtual Assets to Launder Money and of the European Union Regulatory Reaction on it", Utrecht University, (2022), pp.11-15.

(32) 32 Ramy Metwally El-Kady, "Criminal confrontation of encrypted digital currencies and artificial intelligence crimes Analytical study in Egyptian and comparative legislation," Journal Sharia and Law, Vol.2022: No.89, Article 6. (2022), pp.256-330, p.2, Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss89/6. (Last accessed 24/9/2023).

(33) إمكانية حصول الأفراد ومؤسسات الأعمال على ما يُلبى احتياجاتهم من منتجات وخدمات مالية نافعة وذات تكلفة ميسورة - مثل المعاملات والمدفوعات والمدخرات والائتمان - ويتم تقديمها بشكل مسؤول ومستدام.

ناجحة وحملات تسويقية، ودعم جهود المبيعات وتدريب الموظفين وتوسيع نطاق سير العمل الإداري. وفي هذا الإطار تنفق المؤسسات الاقتصادية الآن ما بين 150 مليون دولار و250 مليون دولار على أنشطة المحتوى الرقمي كل عام. وتشير الأبحاث إلى أن سوق الأصول الرقمية من المقرر أن ينمو من 1.24 مليار دولار في العام 2018 إلى 6.9 مليار دولار بحلول العام 2024⁽³⁴⁾.

وتتميز الأصول الافتراضية بعدد من المميزات هي⁽³⁵⁾:

1 - انخفاض تكلفة الأصل الافتراضي: ويعود ذلك لغياب الوسطاء في المعاملات التي تتم من خلال الأصول الرقمية، مقارنةً بعمليات الدفع التي تتم من خلال بطاقات الائتمان والحوالات المالية التقليدية. فالتعامل بها لا يتطلب دفع أي رسوم أو مصاريف تحويل كالتى تتقاضاها البنوك والمؤسسات المالية، كما لا توجد بشأنها رسوم تسجيل أو نقل ملكية كتلك المفروضة عند شراء أو نقل ملكية الأصول التقليدية. كما يمكن أن يُعزى سبب انخفاض التكلفة إلى غياب الامتثال للمتطلبات التنظيمية والتشريعية التي تفرضها السلطات المختصة بالإشراف على الأصول التقليدية. فليست هناك قيود تتعلق بحركة الأصول الافتراضية، كتلك التي تُفرض - على سبيل المثال - بالنسبة إلى تداول الأسهم في أسواق المال العالمية أو الدولية.

2 - سرعة أنشطة الأصول الافتراضية: فتتم معالجة العمليات التي تنفذ بواسطة الأصول الافتراضية بسرعة أكبر من المعاملات التي تتم بالعملة التقليدية، فتحويل أو نقل الأصل الافتراضي يتم بمجرد انتقال الرمز الممثل للأصل⁽³⁶⁾.

3 - القدرة على الوصول إلى الأصول الافتراضية والتعامل بها: حيث تم تصميم

(34) تقرير الاستقرار المالي لصندوق النقد الدولي للعام 2022، ص10.

(35) راجع بخصوص هذه المميزات: أحمد عبدالرحمن المجالي، الطبيعة القانونية للعملة الافتراضية، مرجع سابق، ص244-245.

(36) Ariane Tichit, Pascal Lafourcade et Vincent Mazenod, Les monnaies virtuelles décentralisées sont-elles des dispositifs d'avenir? La nature sociale de la monnaie. Enjeux théoriques et portée institutionnelle, Revue Interventions Économiques, (2018), p.6.

الأصول الافتراضية لاستخدامها في معاملات ذات تكلفة منخفضة، ومن دون رسوم، الأمر الذي يزيد من انتشار هذه الأصول. كما تميز بالعالمية وعبورها للحدود، فيمكن استخدامها من أي بلد وفي أي بلد، فهي ليست مرتبطة بدولة معينة، فلا يمكن للحكومات تجميدها أو مصادرتها أو الحجر عليها⁽³⁷⁾.

4 - توفير درجة عالية من الأمان: تُعد التقنية المستخدمة في الأصول الرقمية الافتراضية هي أكبر مشاريع الحوسبة المزودة بخدمات عالية، وتتوافر فيها درجات الأمان ضد السرقة أو التزيف، فسجلاتها مشفرة بطريقة مُحكمة لا تُخترق بسهولة.

5 - اللامركزية: تتميز الأصول الافتراضية بعدم وجود سلطة مركزية تصدر عنها أو تشرف على تداولها، كما أنها رمزية هدفها هو السماح بتداولها واستخدامها من دون الحاجة إلى سلطة مركزية لمراقبة عمليات الدفع والتحويل⁽³⁸⁾.

6 - الخصوصية والسرية: تتمتع الأصول الافتراضية بالخصوصية، حيث لا يمكن لأي شخص أو جهة رقابية أو مؤسسة الاطلاع على المحافظ الإلكترونية بها، فكل عملية تحويل تتم بين شخصين تسجل في سجل عام يسمى «البلوك تشين»، ولا يحتاج هذا السجل إلى اسم أو هوية أو أي بيانات شخصية، فالمعلومات عبارة عن رموز لا يُعرف اسم صاحبها أو هويته⁽³⁹⁾.

(37) أحمد عبدالرحمن المجالي، الطبيعة القانونية للعملة الافتراضية، مرجع سابق، ص 244.

(38) صويلحي نورالدين، أثر تعدين (البتكوين-Bitcoin) والعملات الافتراضية على استقرار النظام النقدي العالمي، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى، الجزائر، مج 10، ع 2، نوفمبر 2018، ص 22.

(39) خالد محمد حمدي، تداول العملات المشفرة وخطره على الأمن المجتمعي، حولية كلية الدعوة الإسلامية بالقاهرة، جامعة الأزهر، مج 2، ع 33، السنة 2020/2021.

المبحث الثاني

التحديات القانونية التي تفرضها الأصول الافتراضية

كانت الأصول المادية هي حجر الزاوية والأساس في ظل بيئة العمل التقليدية، ولكن مع تنامي عمليات التحول الرقمي في كافة دول العالم، أصبحت الأصول الرقمية هي الأساس الذي تعتمد عليه الشركات في ظل بيئة العمل الحديثة وذات أفضلية كبيرة مقارنة بالأصول المادية، فوفقاً لتقرير الاستقرار المالي لصندوق النقد الدولي للعام 2022، فإنه منذ العام 2009 نمت سوق الأصول الافتراضية وتوسع النظام البيئي لسلسلة الكتل blockchain.

لقد أصبحت الأصول الافتراضية وسيلة دفع وتبادل إلى حد ما مقبولة لدى البعض، وظهرت منها أنواع يمكن استبدالها أو شراؤها بالدولار أو اليورو بين الأفراد والهيئات والشركات، ولا يتدخل أحد في تحديد سعرها، وإنما يتوقف سعرها على العرض والطلب، وهي تفرض تحديات قانونية عديدة؛ فبالنظر إلى الطابع المبتكر لها وعدم إمكانية تطويع النصوص التقليدية، ومن ثم عدم خضوع هذه الأصول للتشريعات والقوانين الحالية بقدر كبير، وعلى الرغم من المميزات التي تتمتع بها الأصول الافتراضية، فإن هناك عدداً من التحديات التي تواجه الأصول الافتراضية؛ فلامركزية الأصول الافتراضية جعلتها بعيدة عن جهات الإشراف والمراقبة، وتنظيم العلاقات الناشئة بين أطرافها وعدم وجود جهات تفصل في المنازعات الناشئة عنها.

كما أنها قد تُستخدم من أجل إبرام صفقات مخالفة للقانون، كعمليات غسل الأموال، وتمويل الإرهاب، والاتجار في الأسلحة والبشر وغيرها من العمليات المشبوهة، كما تستخدم في عمليات التهرب الضريبي وذلك بسبب جهل المتعاملين بها⁽⁴⁰⁾.

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول: تحديات مواجهة الجرائم الجنائية باستخدام الأصول الافتراضية. وفي

(40) منير ماهر أحمد وآخرون، التوجه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، (البيتكوين) نموذجاً، مجلة بيت المشورة، الدوحة، أبريل 2018م ص9.

المطلب الثاني: تحديات حماية المستهلك عند تعامله في الأصول الافتراضية، وفي المطلب الثالث والأخير: تحديات غياب التنظيم القانوني لتعاملات الأصول الرقمية.

المطلب الأول

تحديات مواجهة الجرائم الجنائية باستخدام الأصول الافتراضية

سنتناول في هذا المطلب اتساع نطاق استخدام الأصول الافتراضية في الأنشطة الإجرامية عبر شبكة الإنترنت في فرع أول، ثم الأصول الافتراضية وغسل الأموال، تليها الأصول الافتراضية وجرائم تمويل الإرهاب وغيرها من الجرائم المنظمة، ثم الأصول الافتراضية وجرائم التهرب الضريبي، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

اتساع نطاق استخدام الأصول الافتراضية في الأنشطة

الإجرامية عبر شبكة الإنترنت

يرى البعض اتساع نطاق استخدام الأصول الرقمية في أنشطة إجرامية متنوعة، وعدم اقتصرها على أنشطة غسل الأموال وتمويل الإرهاب فحسب؛ إذ يضيف الرأي السابق أنشطة الإجرام المنظم⁽⁴¹⁾، كجرائم المخدرات والأسلحة والاتجار بالبشر والأعضاء البشرية، وجرائم الاحتيال المالي وجرائم المساس بالأسواق المالية والمقامرة، وجرائم الابتزاز والتهديد في الفضاء الإلكتروني، وجرائم التزييف والتزوير وتقليبات أسعار العملات الورقية، والتهرب الضريبي، إلى جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب التي تُستخدم فيها الأصول الافتراضية⁽⁴²⁾.

(41) تمثل الجريمة المنظمة تهديداً للأمن القومي للدول، وتُعرف بأنها: «الأنشطة الإجرامية واسعة النطاق، والمعقدة التي تقوم بها جماعات إجرامية منظمة تستخدم الوسائل غير المشروعة وتتجاوز أنشطتها حدود الدول». راجع: رضا محمد عبدالعزيز مخيمر، المواجهة الجنائية للجريمة المنظمة عابرة الحدود (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، جامعة عين شمس، مقالة 4، مج 2، العدد 1، يوليو 2022، ص 281.

(42) Dr Ramy Metwally El-Kady, "Criminal confrontation of encrypted digital currencies and artificial intelligence crimes Analytical study in Egyptian and comparative legislation," Journal Sharia and Law, No.89, Article 6, p.286. Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss89/6. (Last accessed: 24/9/2023).

وهو ما لاحظته مجموعة العمل المالي أيضًا، فالنشاط الإجرامي المرتبط بالأصول الافتراضية قد أصبح أوسع نطاقًا، وركزت غالبية الجرائم المرتبطة بالأصول الافتراضية على جرائم غسل الأموال، وجمع الأموال لدعم الإرهاب، والاتجار غير المشروع بالعقاقير الخاضعة للرقابة، وبيع المواد غير المشروعة كالأسلحة، وارتكاب جرائم الاحتيال، والغش، وهجمات طلب الفدية والابتزاز، واستغلال الأطفال، والاتجار بالبشر، والتهرب من العقوبات⁽⁴³⁾.

ترجع خطورة الأصول الرقمية إلى إمكانية استخدامها لإخفاء أو تمويل المصدر غير المشروع للمال، ومن ثم تسهيل الأنشطة الإجرامية، فعمليات غسل الأموال باستخدام العملات المشفرة، على سبيل المثال، بوصفها أصلًا افتراضيًا، تتشابه مع عمليات غسل الأموال التقليدية، لكنها تستغل التكنولوجيا في عملها، ومن ثم فإن عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب وأنشطة الجريمة المنظمة يمكن أن تُرتكب باستعمال الأصول الافتراضية، في إطار شبكة الإنترنت، بل ويزداد معدل هذه الجرائم بفضل ما تتمتع به هذه الأصول من مميزات تجعلها غير خاضعة لإشراف أي جهة⁽⁴⁴⁾.

فالتنظيمات الإرهابية والإجرامية تُقبل على استخدام هذا النوع من الأصول المستحدثة، والتعامل بها من خلال مواقع أو تطبيقات إلكترونية، بالشكل الذي يصعب معه على السلطات الرسمية تتبع هذه العمليات، بسبب وجود معظم الخوادم الخاصة بهذه المواقع خارج سيطرة الدول، حيث تجذب الأصول الافتراضية غاسلي الأموال، بسبب غموضها، وسهولة تحويلها إلى مبالغ مالية كبيرة بنحو سريع وفوري

(43) مجموعة العمل المالي، إرشادات مجموعة العمل المالي، البيانات الإحصائية المتعلقة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، أكتوبر 2015، ص 57-70.

(44) توفيق حمد صالح الدين الشربجي، العلاقة بين العملات الافتراضية وجرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2019، ص 19. ومن الفقه المقارن،

Everette and others: Risks and vulnerabilities of virtual currency, cryptocurrency as a payment method, Public-Privat Analytic Exchange Program 2017, p.18. Denis B. Desmond, David Lacey and Paul Salmon, "Evaluating cryptocurrency laundering as a complex socio-technical system: a systematic literature review", Journal of Money Laundering Control, vol.22, No.3. (July 2019), pp.480-497.

عبر شبكة الإنترنت، وهو ما دفع المشرعين الجنائيين إلى حظر التعامل بها، وتجريم استخدامها في الأنشطة الإجرامية المختلفة.

وعلى الرغم من أن النظام المصرفي العالمي وضع عددًا من اللوائح التنظيمية الصارمة المتعلقة بغسل الأموال، وتمويل الإرهاب وتحديد هوية العميل عقب أحداث 11 سبتمبر 2001، وتزويد الحكومات الوطنية بها، إلا أن الأصول الافتراضية تمثل تحديًا جديدًا تجب مواجهته بمجموعة جديدة من اللوائح والأنظمة تتناسب مع اعتمادها على معاملات «نظير إلى نظير»⁽⁴⁵⁾، حيث لا تخضع المعاملات بين النظراء بصورة صريحة لضوابط مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وفق معايير مجموعة العمل المالي⁽⁴⁶⁾، وذلك لأن المعايير لا تفرض التزامات على الأشخاص أنفسهم مع بعض الاستثناءات مثل المتطلبات المرتبطة بالعقوبات المالية المستهدفة⁽⁴⁷⁾ بشكل يقيها بعيدة ومستقلة عن المؤسسات المالية المراقبة على المعاملات والأنشطة المالية.

الفرع الثاني

الأصول الافتراضية وغسل الأموال

تُعتبر أنشطة مزودي خدمات الأصول الافتراضية، كتقديم خدمات تشغيل وإدارة منصات الأصول الافتراضية، وخدمات المبادلة بين الأصول الافتراضية والعملات سواء الوطنية أو الأجنبية، وتحويل الأصول الافتراضية وغيرها من أنشطة، من أهم

(45) المعاملات بين النظراء هي: تحويلات بالأصول الافتراضية تُجرى من دون الاستعانة بمزود خدمات أصول افتراضية أو جهة ملزمة أخرى (مثل تحويل الأصول الافتراضية بين محفظتين غير مستضافة يتصرف مستخدموها بالأصالة عن أنفسهم). الدليل المحدث للنهج القائم على المخاطر على الأصول الافتراضية ومزودي خدمات الأصول الافتراضية، مرجع سابق، ص 20.

(46) عرفت هذه المجموعة جرائم غسل الأموال بأنها: «تحويل الممتلكات مع العلم بأن مصدرها جريمة بهدف إلغائها أو إخفاء الأصل غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص مشترك في ارتكاب تلك الجريمة لتجنب العوائق القانونية لأعماله، أو إلغائها أو إخفاء الطبيعة الحقيقية ومصدر ومكان وحركة وحقوق أو ملكية الممتلكات مع العلم بأن مصدرها جريمة أو من شخص ساهم في ارتكابها». راجع: مني الأشقر، تبييض الأموال الناتجة عن الإتجار غير المشروع بالمخدرات، مركز المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، 1995م، ص 25.

(47) الدليل المحدث للنهج القائم على المخاطر على الأصول الافتراضية ومزودي خدمات الأصول الافتراضية، مرجع سابق، ص 20.

مصادر عمليات غسل الأموال⁽⁴⁸⁾ في الآونة الأخيرة⁽⁴⁹⁾. ويرجع ذلك إلى التطور السريع لأنشطة الأصول الافتراضية، وزيادة أساليبها وتنامي استخدامها وطبيعتها العالمية العابرة للحدود، واستمرار مزودي الخدمة في استخدام أدوات وأساليب إخفاء الهوية في تحويلات الأصول الافتراضية وتطويرها.

والأصول الافتراضية بهذا الشكل تخلق تحدياً أمام الدول في إخضاعها للرقابة والإشراف، حيث يمكن استخدام الأصول الافتراضية لتحريك الأموال بسرعة على مستوى العالم، وبشكل فوري وبصفة نهائية، بالإضافة إلى تسهيلها مجموعة من الأنشطة المالية، سواء تحويل الأموال أو القيمة أو الأوراق المالية أو السلع أو الأنشطة المرتبطة بالمشتقات المالية وغيرها⁽⁵⁰⁾.

وتنشأ أيضاً مخاوف استغلال الأصول الافتراضية في نطاق جرائم غسل الأموال، حتى لو كانت الدولة تطبق التدابير والإجراءات اللازمة لمواجهة هذه الجريمة، ويتبين ذلك في الفرض الذي يكون فيه متلقي الأصل الافتراضي في دولة يخضع للالتزامات رقابية لمكافحة غسل الأموال، بينما لا تخضع الدولة التي يوجد فيها مزود الأصل الافتراضي لمثل هذه التدابير، أو كانت موجودة لكنها ضعيفة، أو تكون الأخيرة دولة تعاني ضعفاً في قدرتها على التعاون الدولي في مكافحة جرائم غسل الأموال. فالهدف من مواجهة جرائم غسل الأموال كشف جميع العمليات غير المشروعة التي تنطوي عليها هذه الجرائم، وهو ما أكدته أحكام النقض المصري⁽⁵¹⁾.

على الصعيد الدولي، ولمواجهة مخاطر الأصول الافتراضية في مجال غسل

(48) أثير صلاح إبراهيم، التنظيم القانوني للعمليات الرقمية، مرجع سابق، ص 151.

(49) تم تجريم جرائم غسل الأموال (تجريم غسل عائدات الجرائم) بموجب المادة (6) من اتفاقية مكافحة الجريمة غير المنظمة عبر الحدود الوطنية لسنة 2000، وأوجبت الاتفاقية على الدول الأطراف اتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة لتجريم تلك الأفعال في قوانينها الوطنية. للاطلاع على نصوص الاتفاقية راجع الرابط التالي:

<https://www.unodc.org/romena/ar/untoc.html>

(50) C. Albrecht and K.M. Duffin and S. Hawkins and V.M.M. Rocha, "The use of cryptocurrencies in the money laundering process", Journal of Money Laundering Control, Vol. 22, No.2, (2019), pp.210-216.

(51) طعن رقم 9671 لسنة 87 ق، جلسة 2018/12/22م.

الأموال وتمويل الإرهاب، اعتمدت مجموعة العمل المالي النسخة الأولى من الدليل الإرشادي المعني بتطبيق النهج القائم على المخاطر الناشئة من الأصول الافتراضية في يونيو 2019، وحُدث الدليل في أكتوبر 2021م، ويهدف إلى مساعدة السلطات الوطنية على فهم وتطوير استجابات إشرافية وتنظيمية على أنشطة الأصول الافتراضية ومزودي خدمات الأصول الافتراضية من جهة، ومساعدة مؤسسات القطاع الخاص الراغبة في تنفيذ أنشطة الأصول الافتراضية على فهم التزاماتها في مجال مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وكيفية التزامها بهذه المتطلبات بصورة فعالة من جهة أخرى⁽⁵²⁾.

الفرع الثالث

الأصول الافتراضية وجرائم تمويل الإرهاب

وغيرها من الجرائم المنظمة

تُشير التقارير الدولية إلى زيادة في استخدام خدمات الأصول الافتراضية، بما في ذلك العملات المعززة مُخفاة الهوية/العملات المشفرة (AECs)، لتمويل الإرهاب. ففيما يتعلق بتمويل داعش والقاعدة والمنتسبين إليهما، لوحظ تحول في الفترة من أكتوبر 2022 وفبراير 2023 نحو استخدام الأصول الافتراضية، حيث تم استخدام الأصول الافتراضية لتجميع ونقل الأموال إلى أفريقيا وأوروبا والشرق الأوسط، وبالإضافة إلى ذلك لوحظ استخدام الأصول الافتراضية من قبل جماعات إرهابية أخرى عبر منصات التمويل الجماعي. كل هذا وأكثر يُشير إلى خطورة الأصول الافتراضية، واستخدامها في تمويل الإرهاب وشراء الأسلحة⁽⁵³⁾. فالجماعات الإرهابية أدركت كيفية استغلال التقنيات والآليات الحديثة في توفير آليات تمويل جديدة لأنشطتها، وإخفاء مواردها المالية للحفاظ على أنشطتها غير المشروعة، من خلال تشفير عمليات تجميع ونقل الأموال.

(52) George Pavlidis, (2020), "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", Journal of Investment Compliance, Vol.21, No.1, (2020), pp.1-8, p.2.

(53) (فاتف)، تحديث مستهدف حول تنفيذ معايير مجموعة العمل المالي للأصول الافتراضية ومزودي خدمات الأصول الافتراضية، يونيو 2023، ص4.

وإن دل وجود هذه الأنشطة غير المشروعة وتزايدها على شيء، فإنها تدل على أن الدول لا تزال تواجه تحديات بشأن تقييم وتخفيف مخاطر وتمويل الإرهاب الناشئة عن الأصول الافتراضية، ومقدمي خدمات الأصول الافتراضية، ويرجع ذلك إلى نقص البيانات الموثقة والمتاحة بشأن الأصول الافتراضية كعدد مزودي الخدمات الخاصة بالأصول الافتراضية، أو حصر المعاملات المشروعة وغير المشروعة، كما يرجع ذلك أيضاً إلى محدودية الإرشادات أو المنهجيات لإجراء مثل هذا التقييم للمخاطر، نتيجة عدم تعزيز أطر التعاون الدولي المشترك في هذا الصدد. إن الأصول الافتراضية بما تتميز به من لامركزية وعدم خضوعها لسلطة مركزية أو هيئة مالية تمثل حافزاً للتنظيمات الإرهابية وغير الشرعية على التعامل بها⁽⁵⁴⁾.

الضرب الرابع

الأصول الافتراضية وجرائم التهرب الضريبي

الضريبة فريضة مالية يدفعها الفرد جبراً إلى الدولة، مساهمة منه في التكاليف والأعباء العامة، وتعتبر الضريبة من أهم موارد الدولة في الوقت الحاضر، وتعمل الدول جاهدة على تحصيل الضرائب لتنمية مواردها، لكنها تواجه مشكلة التهرب الضريبي⁽⁵⁵⁾، التي تبدو جلية في الأنشطة الخاصة بالأصول الافتراضية⁽⁵⁶⁾، فالأخيرة تتميز بالبعد عن الرقابة والإشراف، وإخضاعها للضرائب عملية معقدة تحتاج إلى التعامل معها بصورة غير تقليدية.

وقد أوضح الأمين العام لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)، في تقرير مارس 2018 الموجه إلى وزراء مالية مجموعة العشرين ومحافظي البنوك المركزية، أن الأصول الافتراضية توفر تحديات جديدة للسياسات الضريبية، بما يتجاوز نظم

(54) رامى متولى القاضي، المواجهة الجنائية لجرائم العملات الرقمية المشفرة والذكاء الاصطناعي، دراسة تحليلية في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 291.

(55) ياسر حسين بهنس، الجرائم الضريبية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015، ص 9.
(56) Serhii Hrytsai, Taxation of Profits from Operations with "Virtual Assets" – Legal Analysis of The Draft Law on Changes in The Tax Code of Ukraine, Scientific Journal of Polonia University, Vol.56, No.1, (2023), pp.344-345.

الضريبة الحالية فعدم تسجيل هذه الأنشطة المالية يؤدي إلى زيادة حجم السوق غير الرسمية، وعدم رقابة أي سلطة مركزية ورسمية على تبادل السلع والخدمات من خلال عمليات الأصول الافتراضية، وعدم قدرة الدولة على ربط الضريبة على تلك الصفقات، مما يؤدي إلى زيادة جرائم التهرب الضريبي والتأثير سلباً في سياسات الدولة المالية. فمع تلاشي فكرة الحدود المكانية والجغرافية لممارسة النشاط الاقتصادي وتسلم الدخل والأرباح، أو أي عملية تداول لأموال منقولة وغير منقولة، لن يمكن تحديد لأي ولاية ضريبة سيخضع هذا النشاط، بل قد تكون هناك حالات أو أنشطة لا تخضع لقانون ضريبي، ولو جرى فرضاً تحديد المكان أو النشاط، فإن عائد هذا المال أو ملكيته لن يتم ربطهما بأي شخص طبيعي أو معنوي بسهولة، فنظام بلوكتشين (blockchain) سجل رقمي ذو رموز مشفرة وليس مجرد سجل توثيق عادي⁽⁵⁷⁾.

المطلب الثاني

تحديات حماية المستهلك عند تعامله في الأصول الافتراضية

تواجه مسألة حماية المستهلك عند تعامله في الأصول الافتراضية عدة تحديات من أهمها: غياب الشفافية والإفصاح، وحماية بيانات المستهلك، وحماية ملكية المتعاملين، وهو ما سنعرض له بالشرح والتفصيل في الفروع التالية:

الفرع الأول

غياب الشفافية والإفصاح

إن توفير النظم اللازمة لحماية المُستثمرين والمُتعاملين في الأصول الافتراضية، والعمل على الحد من الممارسات غير المشروعة بالتنسيق مع الجهات المعنية من أبرز التحديات التي تواجه الحكومات فيما يتعلق بتعاملات الأصول الافتراضية،

(57) قبس حسن عواد البدراني، الثوابت والمتغيرات في التشريعات المالية في ضوء التقنيات الحديثة دراسة قانونية مقارنة، ورقة عمل مقدمة ضمن فعاليات المؤتمر الدولي الثاني (تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون رؤية مستقبلية في دولة الإمارات العربية المتحدة - الجزء الثاني) (التطبيقات الذكية في القانون)، كلية الإمام مالك للشرعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002م، ص 60.

فوضع الأنظمة والمعايير المعنية بحماية المستهلكين المتعاملين لأي منتج مالي و/أو خدمة مالية يتطلب إشراف الدولة على المنشآت المالية المرخصة، وهو ما لا يتوافر في الأصول الافتراضية لغيابها عن الرقابة المركزية للدولة.

وتقوم أنظمة حماية المستهلك في المعاملات المالية على عدد من الأسس، التي من شأنها حمايته وضمان الإعلان والإفصاح عن كل ما يهمه بشأن تعاملاته المالية ومن بينها ما يلي:

- وضع معايير بشأن سلوك الأعمال وسلوك السوق من جانب المنشآت المالية المرخصة.
- تعزيز الحوكمة والرقابة على تصميم وترويج وبيع المنتجات و/أو الخدمات المالية.
- ضمان اتباع الممارسات المسؤولة للتمويل لحماية المستهلكين من الخضوع للمديونية المفرطة.
- ضمان جودة الإفصاح الفعال وفي الوقت المناسب للمستهلكين من جانب المنشآت المالية المرخصة بشأن المسائل و/أو المخاطر التي قد تؤثر في قرار المستهلك بشأن شراء منتج مالي و/أو خدمة مالية.
- تمكين المستهلك من الوصول إلى المعلومات الصحيحة في الوقت المناسب مما يمنحه فرصة اتخاذ قرارات مستنيرة.
- تذكيل العوائق والقيود المفرطة غير المبررة التي تحول دون المنافسة العادلة وحرية الاختيار من جانب المستهلك.
- تطبيق الآليات الواضحة والمقبولة من خلال المنشآت المالية المرخصة بشأن معالجة شكاوى المستهلك.
- تحسين مستوى معرفة ووعي المستهلكين وقدرتهم على تقييم المنتجات و/أو الخدمات المالية.

- ترويج عمليات الشمول لتضم كل شرائح المجتمع وذلك بتذليل العوائق، أو الاستغناء عن الممارسات غير المبررة التي تقيد إمكانية الحصول على المنتجات و/أو الخدمات المالية.

وجميع هذه المتطلبات لن يمكن تحقيقها أو الوفاء بها في إطار عدم التنظيم القانوني لأنشطة وعمليات الأصول المالية، فحماية المستثمرين تقتضي أن يكون هناك تشريع يقدم مزيداً من التدقيق لأي كيان يهدف إلى توفير أي من خدمات الأصول الافتراضية، ولا شك أن المخاطر التي تهدد حماية العملاء كبيرة نظراً إلى محدودية الإفصاح والإشراف وعدم كفايتهما.⁽⁵⁸⁾

الفرع الثاني

حماية بيانات المستهلك

تتطلب المعاملات عبر الشبكة العنكبوتية التصريح عن البيانات الشخصية، وهو ما يعني الإفصاح عن أي معلومات يمكن من خلالها التعرف على هوية المتعامل بشكل مباشر أو غير مباشر. ويتضمن التعريف مجموعة واسعة من المعرفات الشخصية التي تمس جميعها البيانات الشخصية، بما في ذلك الأسماء وأرقام التعريف الشخصي وبيانات الموقع والمعرفات الإلكترونية.

ولتعزيز بيئة رقمية آمنة وموثوق بها في ظل التطور التكنولوجي وتحقيق الأمن السيبراني⁽⁵⁹⁾، والحماية من القرصنة الإلكترونية، والجرائم الإلكترونية المنظمة التي تمثل تهديداً للأمن القومي، يجب وضع مرجعية لحماية أمن المعلومات التي يتم

(58) Dimitris Drakopoulos, Fabio Natalucci, Evan Papageorgiou, Crypto Boom Poses New Challenges to Financial Stability, As crypto assets take hold, regulators need to step up,, October 1, 2021 Available at: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2021/10/01/blog-gfsr-ch2-crypto-boom-poses-new-challenges-to-financial-stability>. (Last accessed 24/9/2023).

(59) هو حماية الشبكات وأنظمة تقنية المعلومات وأنظمة التقنيات التشغيلية، ومكوناتها من أجهزة وبرمجيات، وما تقدمه من خدمات، وما تحتويه من بيانات، من أي اختراق أو تعطيل أو تعديل أو دخول أو استخدام أو استغلال غير مشروع. ويشمل مفهوم الأمن السيبراني أمن المعلومات والأمن الإلكتروني والأمن الرقمي ونحو ذلك.

تداولها عبر الفضاء السيبراني⁽⁶⁰⁾، ووضع تدابير لحماية المستخدمين وتأمين البيانات من الوصول والحفاظ على سرية قاعدة البيانات وسلامتها وتوافرها⁽⁶¹⁾.

وعلى الرغم من أن الأصول الافتراضية، خاصة المشفرة منها، تتميز بالأمان لكونها تعتمد على تقنية التشفير مما يصعب تزويرها أو استنساخها بشكل أساسي، إلا أن الأصول الافتراضية ومنها العملات الافتراضية قد تتعرض للهجوم واختراق البيانات كذلك. كما أنها تتعرض لجرائم الفدية الإلكترونية Ransomware، وهي نوع من البرمجيات الخبيثة التي تمنع المستخدمين من الوصول إلى نظامهم أو ملفاتهم الشخصية، وتطلب تسديد فدية من أجل استعادة الوصول تصطحب بالابتزاز والتهديد بتسريب أو محو معلومات وبيانات الضحية في حال الامتناع عن دفع الفدية المطلوبة.

الفرع الثالث

حماية ملكية المتعاملين

يُثير البعض موضوعاً مهماً بشأن الأصول الافتراضية، ألا وهو يتعلق بحماية ملكية المتعاملين بها وكيفية نقل الملكية إلى الورثة في حالة الوفاة. ذلك أن هذه الأصول يقوم الأفراد بحمايتها وتشفيرها لمنع الوصول إليها، ولعل هذه إحدى خصائصها، والسؤال الذي يتعين طرحه هو: عند وفاة صاحب الأصل المشفر، حيث لا يستطيع أحد الوصول إليه غير مالكه، ماذا سيكون مصير هذه الأصول؟

إن هذه الأصول وما لها من قيمة اقتصادية يجب إدراجها في التركة، وانتقالها

(60) يهدد الأمن السيبراني عدداً من الجرائم التي تسمى بالإرهاب السيبراني، ويُعرف بأنه: عاملان: أحدهما العامل المادي والثاني: العامل الافتراضي، ومنهما تحصل كل الجرائم الإرهابية السيبرانية، ويُشير العامل الافتراضي إلى التمثيل المجازي للمعلومات، وهو المكان الذي تعمل به البرامج والأنظمة الإلكترونية، وتنقل فيه البيانات. سعيد بن زعال بن سعيد الخريصي، جرائم الإرهاب السيبراني ودور السياسة الخارجية السعودية في مواجهتها من منظور الأمن الوطني والقانون الدولي، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، مج10، ع73، مايو 2023م، ص 187.

(61) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد)، المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك، الأمم المتحدة، ص8-9.

إلى الورثة بالطرق المقررة شرعاً وقانوناً. فكيف ستم إدارة ملكية الأصول الافتراضية في حالة الوفاة؟⁽⁶²⁾. إذ عند وفاة الفرد أو عجزه، قد يكون من الصعب إدارة المجموعات الافتراضية، وأحياناً حتى تحديد موقعها. ووفقاً لمقالة نُشرت أخيراً في صحيفة وول ستريت جورنال، توجد في الولايات المتحدة حالياً أصول افتراضية بحوالي 32.9 مليار دولار من الأصول غير المطالب بها كمجموعات. ومع استمرار انتشار ملكية الأصول الافتراضية، فمن دون تخطيط دقيق، يمكن أن يزيد هذا العدد بقدر كبير.⁽⁶³⁾

المطلب الثالث

تحديات غياب التنظيم القانوني لتعاملات الأصول الرقمية

تعتمد الأصول الافتراضية في تنفيذ العمليات المتعلقة بها على العقود الذكية التي تبرم وتنفذ ذاتياً وتلقائياً من دون الحاجة إلى تلاقي الأطراف للتفاوض حول شروطها وأحكامها⁽⁶⁴⁾، بل من دون تدخل وسطاء. وتختلف بذلك العقود الذكية التي تعتمد على تقنية البلوك تشين عن العقود التقليدية في عدد من الأمور التي قد تمثل تحدياً أمام التشريعات الحالية وتطبيقها على العقود الذكية، فيختلف العقد الذكي عن العقد التقليدي من حيث المفهوم، ومن حيث الشكل، ومن حيث طريقة وإجراءات إبرامه، وترتيب آثاره.

الفرع الأول

مفهوم العقد الذكي (Crypto Contract)

إن مفهوم العقد الذكي يعود الفضل في ظهوره إلى العالم Nick Szabo في

(62) Michael Walker, Esq., and Victoria Blachly, Esq.* Samuels Yoelin Kantor LLP Portland, Orego, "Virtual Assets: Tax Management Estates, Gifts and Trusts Journal, p.1.

(63) Id, pp.8-9.

(64) أيمن محمد سيد مصطفى الأسويطي، الطبيعة القانونية للعقود الذكية في ضوء تقنية البلوك تشين، ورقة عمل مقدمة ضمن فاعليات المؤتمر الدولي الثاني (تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون: رؤية مستقبلية في دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني (التطبيقات الذكية في القانون)، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002م، ص 212.

العام 1994م، فهو أول من طرح هذه الفكرة، ووضع لها هذا المصطلح، وهو قائم على تقنية تسمى تقنية البلوك تشين⁽⁶⁵⁾ التي تُعرف بأنها قائمة رقمية من السجلات التي تُسجل بداخلها المعاملات في كتل (Blocks)، وترتبط باستخدام التشفير، وعند امتلاء الكتل بالبيانات فإنها تُختم زمنياً (Chronologically)، وتضاف إلى سلسلة الكتل بطريقة يمكن التحقق منها، ولا يمكن تغييرها أو استبدالها من دون موافقة جميع الشركاء⁽⁶⁶⁾.

وقد عُرِفَ العقد الذكي بأنه بروتوكول المعاملات المحوسب الذي ينفذ شروط العقد⁽⁶⁷⁾، ثم عُرِفَ بتعريف آخر بأنه «الوعد المحددة في شكل رقمي والمتضمنة البروتوكولات التي من خلالها يقوم الأطراف بتنفيذ هذه العهود»⁽⁶⁸⁾، وعُرِفَ العقد الذكي كذلك بأنه: «العقد الإلكتروني الذي يرم على تقنية البلوك تشين باستخدام

(65) تقنية البلوك تشين عُرِفَها البعض بأنها عبارة عن سلسلة طويلة تتضمن قاعدة بيانات مشفرة، وعُرِفَها آخر بأنها: «سلسلة» من «كتل» المعاملات التي تم تحديدها مسبقاً والتي تشكل دفتر الأستاذ الرقمي غير القابل للتغيير والأساس الموزع والمرن لنقل القيمة وعرفت كذلك بـ: قواعد بيانات ومعلومات ضخمة يتم تجميعها وتدقيقها في مجالات مختلفة ثم تخزين وتحفظ من خلال شبكات كبيرة من أجهزة الحاسب الآلي ومن ثم عرضها عرضاً آلياً على منصات الكترونية. راجع بحسب ترتيب التعريف: نجية معداوي، العقود الذكية والبلوك تشين، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، مج4، يوليو 2021، ص 60-61. وكذلك: منصور داود وآخرون، العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين: بداية نهاية العقود التقليدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بنخدة، الجزائر، مج59، ع1، السنة 2022، ص 519. وأخيراً: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقود الذكية والذكاء الاصطناعي ودورهما في اتمة العقود والتصرفات القانونية دراسة لدور التقدم التقني في تطوير نظرية العقد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع4، ج1، سنة 2020م، ص 37-38.

(66) جهاد محمود عبدالمبدئ، مدى حجية تقنية البلوك تشين في الإثبات المدني: دراسة تحليلية، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، القاهرة، مج4، ع1، سنة 2023م، ص 72.

(67) N. Szabo, Smart Contracts, 1994. Visited on June 10, 2022, available at: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/courses/Informationinspeech/cdrom/literature/LOTwinterschool2006/Szabo.best.vwh.net/smartcontrats.html>.

(68) N. Szabo, Smart Contracts Glossary, 1995. available at : <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/courses/Informationinspeech/CDRM/literature/LOTwinterschool2006/Szabo.best.vwh.net/smart-contractsGlossary.htm>. (Last accessed 24/9/2023).

برامج خوارزمية مشفرة، غير مقروءة، تمثل شروطاً وأحكاماً، أو المعاملة التي تُجرى بين شخصين أو أكثر⁽⁶⁹⁾.

ويمكن تعريف العقد الذكي كذلك بأنه: «برنامج معلوماتي يسعى إلى تنفيذ العقد بطريقة ذاتية⁽⁷⁰⁾ وأوتوماتيكية من خلال إدراج البيانات وفق ترتيب كرونولوجي بحيث يكون التعامل بين المتعاقدين بشكل مباشر الند للند دون حاجة إلى وسيط⁽⁷¹⁾. وعرفَ البعض العقود الذكية بأنها: «تطبيقات برمجية، مدعومة بالخوارزميات قصدَ العمل على تنفيذ الأوامر البرمجية بشكل تلقائي وآلي، ودون إمكانية تأثير أي طرف من أطرافها على سيرها العادي في نظام سلسلة الكتل الذي يقبل كل الأوامر والتعليمات المقدمة من المتعاقدين، وهو ما يضمن وفاء الأطراف المتعاقدة بالتزاماتهم في الوقت المتفق عليه دون تعنت من أي طرف⁽⁷²⁾. فالعقد الذكي يقوم على فكرة أو معادلة بسيطة قوامها استيفاء شروط ومتطلبات معينة لإبرام العقد⁽⁷³⁾، ومن ثم تنفيذه آلياً وفقاً للشروط المتفق عليها⁽⁷⁴⁾.

(69) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 53. ويُعرف العقد الذكي أيضاً بأنه: «برنامج معلوماتي ينفذ الالتزامات والشروط المتفق عليها بشكل آلي وفقاً لما يعرف بمبدأ الأتمتة الذي يساهم في تنفيذ الالتزامات من دون تدخل أو توسط من الغير». راجع في هذا التعريف: معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في «البلوك تشين»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع4، ج1، مايو 2019، ص482.

(70) أحمد عيد عبد الحميد إبراهيم، تقنية (البلوك تشين) وحجيتها في إثبات العقود الذكية دراسة فقهية مقارنة بقانون الإمارات العربية المتحدة، ورقة عمل مقدمة ضمن فاعليات المؤتمر الدولي الثاني (تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون رؤية مستقبلية في دولة الإمارات العربية المتحدة- الجزء الثاني (التطبيقات الذكية في القانون)، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002م، ص 281-300.

(71) هالة صالح الحديشي، عقود التكنولوجيا المغيرة (العقود الذكية)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، مج 10، ع38، ج1، سبتمبر 2012م، ص325.

(72) حسن السوسي، مواءمة نظرية العقد مع متطلبات العصر - نظرة في العقود الذكية، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، 2020، ص، 54-55.

(73) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 62-66.

(74) سعاد مجاجي، فكرة العقود الذكية كأحد أهم تطبيقات البلوك تشين، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، مج6، ع1، سنة 2023، ص 560-561.

وتوجد بين هذه التعريفات أشياء مشتركة، حيث اتفقت جميعها على أن العقود الذكية عبارة عن تطبيقات برمجية⁽⁷⁵⁾، مدعمة بالخوارزميات قصد العمل على تنفيذ الأوامر البرمجية بشكل تلقائي وآلي، في نظام سلسلة الكتل الذي يقبل كل الأوامر والتعليمات المقدمة من المتعاقدين من دون وسيط. ولقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعقود الذكية، فمنهم من يراها عقدًا بمفهومه القانوني الصحيح، ومنها من يرى أنها ليست عقودًا بالمعنى القانوني التقليدي، ولا تعدو أن تكون مجرد برنامج معلوماتي ليس إلا؛ فالاتجاه القائل بإنزال العقود الذكية منزلة العقود الحقيقية يمثل جانب من الفقه الفرنسي، حيث اعتبر العقد الذكي عقدًا بحثًا وفقًا لمفهومه القانوني⁽⁷⁶⁾، وهو يتوافق في ذلك مع عديد من آراء الفقه⁽⁷⁷⁾، إذ يرى هذا الاتجاه أن هذا التطبيق يُحرر من قبل المستعملين للنظام المعلوماتي، ويعتبر هذا التطبيق بمنزلة إيجاب وقبول، وبالتالي فإنها تشكل عقودًا بالمعنى القانوني.

وفي الاتجاه ذاته قررت ولاية نيفادا الأمريكية في تشريعها، وبشكل صريح، الاعتراف للعقود الذكية بالطبيعة العقدية بالمعنى القانوني، ووصفتها بأنها عبارة عن عقود مخزنة في قالب محرر وفقًا لما يقضي به القانون⁽⁷⁸⁾.

أما الاتجاه الآخر⁽⁷⁹⁾ الذي لا يرى في العقود الذكية عقودًا بالمعنى القانوني، بل مجرد برنامج معلوماتي؛ فهذا الاتجاه يرى أن العقود الذكية لا ترقى إلى منزلة العقد⁽⁸⁰⁾، وأنها تُعد تطبيقًا موجودًا في برنامج معلوماتي يقبل التنفيذ الأوتوماتيكي

(75) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 21-27.

(76) B. Dondero, Les smart contracts in le droit civil à la l'ère du numérique, semaine juridique -Lexisnexis, 2017, p.19.

(77) F. Gillioz, Du contrat intelligent au contrat juridique intelligent, Dalloz IP/IT N (1), 2019, p.16.

(78) سعاد مجاجي، مرجع سابق، ص 565.

(79) C. Roda, Smart Contracts, dumb contracts, Dalloz, Paris, 2018, p.397.

(80) ويرى البعض أن إطلاق مصطلح العقد الذكي ليس مصطلحًا دقيقًا، لأن العقد الذكي ليس عقدًا بالمعنى القانوني للمصطلح وليس ذكيًا أيضًا وإنما برنامج كمبيوتر مصمم لإبرام العقود الحقيقية وتنفيذها، ويقتصر مصطلح ذكي على قدرة العقد الذكي على التفاعل بشكل مستقل مع التطبيقات الأخرى. في هذا الرأي راجع: ناريمان مسعود بو رغدة، عقود البلوك تشين (العقود الذكية) من منظور قانون العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مج 56، ع 2، سنة 2019، ص 108.

لأوامر أطرافها⁽⁸¹⁾، فالعقود الذكية مجرد دعائم إلكترونية تسعى إلى عصرنة المفهوم الكلاسيكي للعقد⁽⁸²⁾.

الفرع الثاني

العقود الذكية (عقود سلسلة الكتل) وتوافر أركان العقد التقليدية

فيما يتعلق بتوافر الإرادة اللازمة للتعاقد؛ قد تنعدم الإرادة ولا تتوافر في العقود الذكية بسبب بعض العيوب التقنية الناتجة عن قيود التشفير Limitations Coding، فعند إدخال الرموز المشفرة التي تترجم بنود هذه العقود بطريقة خاطئة لا تعبر عن اتجاه إرادة الأطراف وصعوبة إيقاف هذه العقود أو حتى تعديلها، تنعدم الإرادة ولا تتوافر. أيضاً قد لا تعبر هذه العقود عن الإرادة الحقيقية لأطرافها بسبب سهولة اختراق بيانات هذه العقود المخزنة على البلوك تشين العامة، والتي تكون متاحة للوصول إليها من قبل الغير، وما يشوبها من نقاط ضعف أمنية تجعلها أهدافاً جذابة للقرصنة والاختراق، يضاف إلى ما تقدم أن هناك عديداً من الإشكالات المتعلقة بمدى كون الأطراف ملمين بكل بنودها وبدقة ومدركين لنطاق التزاماتهم وحدودها، ومدى سلامة الإيجاب والقبول وكونهما صادرين عن إرادة معتبرة قانوناً بوصفها لازمة لوجود الاتفاق وصحته.

وفيما يتعلق بأهلية المتعاقدين⁽⁸³⁾؛ فالعقود الذكية التي تنفذ من خلالها العمليات المتعلقة بالأصول الافتراضية من شراء وتأجير وبيع واستبدال تُبرم عادة من خلال دخول الأطراف بأسماء مستعارة، بحيث يكون كل منهم مجهولاً للطرف الآخر، ويصعب في إطار العقد الذكي التحقق من أهلية المتعاقدين حتى في ظل وجود برنامج للرقابة. وبالتالي يمكن لأي شخص فتح حساب من دون أن تكون

(81) M. Mekki, Les mystères de la Blockchain. Recueil Dalloz, Paris, 2017, p.2160.

(82) معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في «البلوك تشين»، مرجع سابق، ص 483.

(83) حيث يلزم لإبرام التصرفات القانونية توافر الأهلية القانونية اللازمة لإبرام هذا التصرف، وقد تكون أهلية أداء أو تكون أهلية تصرف وفق نوع التصرف المبرم وطبيعته. راجع بشأن الشروط اللازمة لإبرام العقود من حيث ركن الرضا: السيد محمد عبدالمجيد موسى - مصادر الالتزام، ط1، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2023م، ص 90-94.

لديه الأهلية اللازمة، بالإضافة إلى أنه من السهل التحايل وانتحال الصفة في ظل هذه البرمجيات، حيث إن التعاقد يكون بأسماء مستعارة غير حقيقية، وإذ يشكل التأكد من الهوية الرقمية للشخص المتعاقد وتطابقها مع الهوية الفيزيائية مسألةً في غاية التعقيد، فكيف يتم التأكد من صحة الرضا. علاوة على ذلك يمكن أن يحوز الشخص هويات رقمية مزودة بمفاتيح تشفير خاصة ومختلفة، والتي يمكن أن تحدد له هوية رقمية يخفي بها الشخص الحقيقي وتحجب هويته.

من جهة أخرى، تبقى عديد من الأمور التعاقدية خارج نطاق العقود الذكية ومنظومة البلوك تشين، خاصة تلك المتعلقة بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها العقد كمبدأ حسن النية⁽⁸⁴⁾، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ التوازن العقدي وغيره، إذ لا يتصور أن عقداً ذكياً سيأخذ في الحسبان حسن نية الأطراف، حيث فلسفة هذا العقد تقوم على طابعه اللوغاريتمي الذي لا يلتفت إلى سلوك الأطراف في نمط تشغيله، وهو ما سيرتب عدم إمكانية تدخل القاضي لتقدير مدى توافر حسن النية في العقود، أو غيرها من المبادئ والمفاهيم الأساسية في العقود كالمعقولة، والجسامة، والتوقعات المشروعة والاختلال الفاحش، والمخالفة الجوهرية وغيرها - إذ يصعب إعمال مثل هذه المفاهيم، وتستلزم بالضرورة تدخل العقد الكلاسيكي لاستيعابها⁽⁸⁵⁾.

وهذه العقبات المختلفة تطرح بلا شك إشكالات في وجود العقود الذكية وكيونتها، كما تطرح صعوبات قانونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات القانونية⁽⁸⁶⁾، التي يمكن أن تثور بصدها لتحديد القانون الواجب التطبيق،

(84) حول مبدأ حسن النية ومفهومه، راجع: خالد السيد محمد عبدالمجيد موسى، المرجع السابق، ص 53-73.

(85) سعاد مجاجي، مرجع سابق، ص 568.

(86) يرى البعض أن تسوية المنازعات في العقود الذكية قد تكون عبر الإنترنت Online ODR Dispute Resolution ، وثمة طريقة أخرى وهي: تسوية النزاعات عبر جهاز الحاسب الآلي Resolution Dispute Computer CDR، وهذه الوسيلة ستعمل بمجرد حدوث خلل في النظام، كما تتجلى أهميتها حينما تقوم بنسخ القواعد القانونية تلقائياً إلى رموز الحاسب الآلي من خلال جمعها وتنسيقها Codifying. راجع حول الرأي الأول:

وتطرح إشكالات في صحة وإثبات هذه التعاملات وآليات فض النزاعات المتعلقة بها لا سيما في أنظمة البلوك تشين العامة⁽⁸⁷⁾.

الفرع الثالث

الإثبات في العقود الذكية

اعترف عدد من القوانين بحجية السجلات الرقمية الموجودة في المنصات الرقمية وقيمتها وشرعيتها من الناحية القانونية، واعتبارها محررات ومستندات منتجة وملزمة قانوناً مادامت قد تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها وفقاً للشروط القانونية والفنية والتقنية. ومن بين هذه القوانين قانون (الأونسيترال النموذجي) بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 على أن: «يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولي الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، وإلى أي عامل آخر يتصل بالامر»⁽⁸⁸⁾.

Amy J. Schmitz and Colin Rule, Online Dispute Resolution for Smart Contracts, Journal of Dispute Resolution 103; University of Missouri School of Law Legal Studies, Research Paper No. 2019-11, pp. 103-125. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3410450>, Last accessed 6/10/2023.

وحول الآلية الثانية:

Primavera De Filippi and Samer Hassa, Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code, Published in First Monday Journal, US, Vol.21, No.12, Nov.2016. Available at SSRN: https://www.researchgate.net/publication/311447869_Blockchain_Technology_as_a_Regulatory_Technology_From_Code_is_Law_to_Law_is_Code, Last accessed on 6/10/2023.

(87) هي نوع من أنواع تقنية «البلوك تشين»، وهي تمكن الجميع من الوصول إليها ما دام متصلاً بالإنترنت، وقام بتحميل الشبكة المعنية، فهذا النوع يتسم بأنه لا مركزي تماماً. راجع لمزيد حول هذا النوع من «البلوك تشين»: أحمد عبدالرحمان بن سالم، تقنية البلوك تشين والعقود الذكية مقارنة تحليلية للأطر القانونية والتكنولوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمر التليجي، الأغواط، الجزائر، مج8، ع20، يونيو 2022، ص 473-474.

(88) المادة (2/9) من قانون (اليونسترال النموذجي).

وكذلك نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الذي أضيف على التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، حيث لا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام.⁽⁸⁹⁾ وكذلك القانون المصري الرقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني، والقانون الكويتي الرقم 20 لسنة 2014 في شأن المعاملات الإلكترونية.

وتأسيساً على ذلك، هناك من يرى أن القوانين تلك يمكن تطبيقها والتعويل عليها في إضفاء الشرعية على سجلات قواعد البيانات (Block chain)، طالما الشروط الفنية والقانونية والتقنية المشار إليها في هذه القوانين هي ذاتها متوفرة في قواعد بيانات هذه المنصات، ومن ثم يكون لهذه السجلات الحجية القانونية اللازمة في الإثبات⁽⁹⁰⁾. ووفقاً لذلك فتقنية البلوك تشين تتمتع بالحجية القانونية الكاملة في الإثبات المدني مثل غيرها من وسائل الإثبات، ويمكن الاستعانة بها في إقامة الدليل أمام القضاء أو أمام الجهات المعنية لصلاحياتها، لأن تكون دليل إثبات متكامل، ما دامت توافرت فيها الشروط القانونية اللازم توفرها في الكتابة الإلكترونية التي يعتد بحجيتها القانونية في الإثبات، وتوافرت فيها أيضاً الشروط القانونية كما هي الحال في التوقيع الإلكتروني الذي يتمتع بحجية في الإثبات في إطار المعاملات المدنية والتجارية والإدارية⁽⁹¹⁾.

في حين يرى البعض، ونحن نتفق معه، أن التشريعات القانونية التي تناولت بالتنظيم التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية تُعد تطوراً مقبولاً في الوقت الراهن، والتعويل عليه من أجل إضفاء الحجية القانونية على هذه السجلات لوجود تشابه إلى حد ما فيما بين السجلات الرقمية من حيث الشروط الفنية والتكنولوجيا

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a_ebook.pdf

(89) المادة الخامسة من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي الرقم م/18 بتاريخ 1428/3/25هـ، منشور بجريدة أم القرى، ع4144، بتاريخ 1428/3/25هـ.

(90) منصور داود، مرجع سابق، ص 293-294.

(91) انظر في هذا الرأي: جهاد محمود عبدالمبدئ، مرجع سابق، ص 94.

والقانونية، إلا أن هذا الرأي يُضيف في الوقت ذاته أن هذه القوانين في حاجة إلى إجراء تعديلات عليها، بما ينسجم مع الواقع التكنولوجي المتطور أو تشريع قوانين خاصة لتنظيم منصات قواعد البيانات المتسلسلة أو المنصات الرقمية الأخرى، المدعمة بخوارزميات برمجية ذكية متطورة ومستمرة في تطوير ذاتها بفضل تكنولوجيات الذكاء الاصطناعي نظراً إلى خصوصية هذه المنصات وطبيعة نظامها البرمجي وآلية عمل خوارزمها البرمجية الذكية، سواء عند تكوين العقود الذكية وتنفيذها، أو عند معالجتها للسجلات والمستندات الأخرى⁽⁹²⁾.

وقضت محكمة النقض المصرية في أحكامها بحجية المستندات والمحركات الإلكترونية ما دامت جاءت يقينية بعيدة عن الشك في صحتها⁽⁹³⁾. وذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى جواز كتابة مسودة الأحكام القضائية كاملة بواسطة الحاسب الآلي وتوقيع المسودة من الدائرة التي أصدرت الحكم، وقد جاء تعبير التوقيع عامّاً مما يمكن معه التوقيع الإلكتروني⁽⁹⁴⁾.

فطبيعة مختلفة إذن وأسس مغايرة في العقود الذكية عن تلك التي عهدتها الفقه والنظام القانوني في العقود التقليدية، فهل سيتم تطويع التشريعات الحالية ويحاول القضاء تطبيقها على العقود الذكية، أو ستضطلع الدول بإصدار تشريعات جديدة تتناسب والمستجدات في طبيعة هذه العقود وأسسها؟

(92) جليل حسن الساعدي، حجية عقود البلوك شين في الإثبات، المجلة الأكاديمية العلمية، 2023، ص22، موجود على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2023/10/9م،
Chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.iasj.net/iasj/download/b313f39deeb913cf

(93) راجع بشأن هذه المبادئ: الطعن الرقم 17689 لسنة 89 قضائية بتاريخ 10-3-2020 مكتب فني 71، ص303، الطعن الرقم 12415 لسنة 87 قضائية - الدائرة المدنية والتجارية - بتاريخ 23-12-2018 مكتب فني 69، ص1194.

(94) الطعن الرقم 1208 لسنة 54 ق. عليا بجلسة 2011/12/3م، نقلاً عن: حازم صلاح الدين عبدالله، استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في كتابة الأحكام القضائية والتوقيع عليها، مجلة القضائية - ع4، رجب 1433هـ، ص269.

المبحث الثالث

التنظيم القانوني للأصول الافتراضية

تبين لنا من خلال المبحث الأول أن هناك مجموعة من التحديات التي من شأنها تعطيل مسيرة هذا النفع الناجم عن استخدام الأصول الافتراضية، وقد كان من بين تلك التحديات حماية المستهلك ومكافحة غسل الأموال، وتمويل الإرهاب وتحديات أخرى تتعلق بتطبيق أسس ونظريات ومبادئ العقود التقليدية على وسائل التعامل بالأصول الافتراضية، وهي العقود الذكية. لذلك أصبح من الضروري أن تناقش الأنظمة المالية وجهات الاختصاص مسألة الأصول الافتراضية، من حيث استجابة الأطر والأسس القانونية والتنظيمية المحتملة لتنظيم منتجات العوالم الافتراضية.

إن أهم تحدٍّ واجهته معاملات الأصول الافتراضية - في تقديرنا - هو لا مركزية هذه الأصول وعدم الاعتراف بها من جانب بعض الدول، وبقاؤها بعيدة عن رقابة الدولة، إلى جانب حداثة نشأة عقود البلوك تشن وجِدَّتْها في الساحة القانونية وعدم قيام المشرع - في بعض الدول - بإضفاء الغطاء القانوني المناسب بما يحقق القيمة القانونية لهذه المستجدات.

ثم بعد أن يتم الاعتراف بهذه المعاملات وتنظيمها قانوناً وخلق سوق للمعاملات التي ترد عليها، يأتي دور تهيئة البيئة القانونية المحيطة بتلك المعاملات سواء بتطويع وتعديل القوانين الحالية، أو استحداث القوانين الجديدة التي تتناسب مع طبيعة هذه الأصول وطرق وأدوات وآليات التعامل بها.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول منهما نتناول فيه: الاعتراف بالأصول الافتراضية، ونبين فيه تجربة دولة الإمارات العربية في هذا الصدد، وصدى ذلك على مواجهة بعض التحديات التي تتعلق بالتعامل بالأصول الافتراضية. ثم نبين في المطلب الآخر مدى الحاجة إلى تطويع أو تحديث أو وضع نظم قانونية لتهيئة البيئة القانونية اللازمة لاستقرار التعامل بالأصول الافتراضية.

المطلب الأول

الاعتراف بالأصول الافتراضية

تبين لنا في المبحث الأول من هذه الدراسة عددٌ من التحديات التي تواجه التعامل بالأصول الافتراضية، وهي تحديات جاءت من خلال ما تتميز به من خصائص؛ فالأصول الافتراضية تتمتع باللامركزية، وهي غير منظمة قانوناً، ولا تخضع لسلطة حاكمية تنظمها أو تضع القواعد الخاصة بالتعامل فيها، ومن ثم فتواجه تحديات تتعلق بضیاع حقوق المتعاملين فيها وحماية بيانات المستهلك. كما أن الأشخاص المتعاملين فيها لا يمكن معرفتهم مما يسهل التعاملات غير المشروعة وارتكاب الجرائم المنظمة والتهرب الضريبي. كما أن الأصول الافتراضية غير معترف بها في بعض التشريعات، ومنها العملات الافتراضية التي لا تتمتع بقوة إبراء. وتستخدم الأصول الافتراضية في المضاربات، وهذا ناتج عن اختلاف وجهات النظر بين الناس والحكومات تجاهها، وتباين الطلب عليها بسبب اختلاف توقعات السوق.

والمتمثل بإمعان للتحديات السابقة سيجد أن أساسها هو غياب هذه الأصول عن سلطة الدولة، ورقابتها وترك التعامل بها من دون قواعد قانونية تنظم التعامل فيها، مما جعلها تتسم بالسرية ويكتنفها الغموض.

فتوفير النظم والقواعد والمعايير اللازمة للرقابة على منصات الأصول الافتراضية وتنظيم أنشطة مقدمي خدمات الأصول الافتراضية من شأنه أن يقلل كثيراً من مخاطر الأصول الافتراضية، ويعظم من الاستفادة منها خاصة أن الواقع العملي يشير إلى انتشار التعامل بها وزيادة حجم تداولها، فالتنظيم القانوني لأنشطة الأصول الافتراضية يؤدي إلى تنمية الوعي الاستثماري في قطاع مهم ومتزايد النمو، ويعتقد كثيرون أنه هو المستقبل في التعاملات، مما ينعكس إيجاباً على المستثمرين والمتعاملين في قطاع الأصول الافتراضية من منتجات أو خدمات، والعمل على الحد من الممارسات غير المشروعة بالتنسيق مع الجهات المعنية.

وهو ما انتهت له دولة الإمارات العربية المتحدة فأصدرت أولاً: قانون إمارة

دبي الرقم (4) لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي. ولقد جاء في المادة الخامسة منه بالبند الرقم (5)⁽⁹⁵⁾ أنه من بين أهداف السلطة المنظمة للأصول الافتراضية في مدينة دبي والتي تسعى إلى تحقيقها أن يتم توفير النظم والقواعد والمعايير اللازمة للتنظيم والإشراف والرقابة على منصات الأصول الافتراضية ومقدمي خدماتها وكل ما يتعلق بالأصول الافتراضية، وهو الأمر الذي من شأنه أن يجعل من دبي واجهة إقليمية وعالمية في مجال الأصول الافتراضية والخدمات المتعلقة بها، ويُعزز قدرتها التنافسية على المستويين المحلي والدولي وتنمية الاقتصاد الرقمي فيها، من خلال العمل على جذب الاستثمارات في مجال الأصول الافتراضية، وجعل دبي مركزاً للأعمال، وهو الأمر الذي يؤدي إلى تنمية الوعي الاستثماري في قطاع خدمات ومُنتجات الأصول الافتراضية، وتشجيع الابتكارات فيه مما ينعكس إيجابياً على المستثمرين والمتعاملين في الأصول الافتراضية، ويعمل على الحد من الممارسات غير المشروعة بالتنسيق مع الجهات المعنية، وذلك بتوفير النظم اللازمة لحمايتهم في أثناء تعاملهم في سوق الأصول والخدمات الافتراضية.

وثانياً: أصدرت دولة الإمارات العربية المتحدة قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، والذي يسري على قطاع الأصول الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة، بما فيها المناطق الحرة.

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول: إنشاء سلطة مختصة بتنظيم خدمات الأصول الافتراضية والإشراف والرقابة عليها، موضحين عددًا من التعليقات على كل من قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، وكذلك قانون إمارة دبي رقم 4 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، والفرع الثاني: تنظيم أنشطة مزودي خدمات الأصول الافتراضية.

(95) موجود على الرابط التالي: <https://shorturl.at/lsJOV>، تم الاطلاع بتاريخ 2023/10/2 م.

الفرع الأول

إنشاء سلطة مختصة بتنظيم خدمات الأصول الافتراضية والإشراف والرقابة عليها

يمكن لنا أن نستخلص بعض الملاحظات العامة - قبل بيان السلطة المختصة بتنظيم خدمات الأصول الافتراضية - على كل من قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، وكذلك قانون إمارة دبي رقم 4 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي، وتتمثل تلك الخصائص فيما يلي:

أولاً: يغلب على كل من القرار والقانون الطابع الإجرائي أو التنظيمي، حيث عُنِيَ كل منهما ببيان أنشطة الأصول الافتراضية الخاضعة للتنظيم، وتنظيم الجهات المشرفة على الكيانات الممارسة لأنشطة الأصول والتزاماتها ومسؤوليتها وبيان الحد الأدنى من الشروط اللازمة لممارسة مزودي خدمات الأصول الافتراضية. في حين يحتاج القانون إلى تنظيم الجوانب الموضوعية المتعلقة بالمعاملات الخاصة بالأصول الافتراضية مثل حجية المعاملات أو نفاذها أو فسخها أو شروط صحتها وكيفية حماية حقوق وبيانات المتعاملين. وقد أحال القرار إلى مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع لاتخاذ القرارات اللازمة لتنفيذه بالتنسيق مع سلطات الترخيص المحلية والجهات المعنية.

ثانياً: وُضِعَت أحكام القانون والقرار لتحقيق عددًا من الأهداف من بينها امتثال قطاع الأصول الافتراضية في الدولة لكل أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة، وتعديلاته، ولائحته التنفيذية، والتشريعات السارية ذات العلاقة بالقطاع، والمساعدة على تنفيذ توصيات مجموعة العمل المالي (FATF) بشأن الدليل المحدث للنهج القائم على المخاطر الأصول الافتراضية ومزودي خدمات الأصول الافتراضية.

ثالثاً: كل من القانون والقرار يتطلب لتنفيذه الإحالة إلى عدد من القوانين الأخرى كقوانين حماية البيانات⁽⁹⁶⁾، وحماية المستهلك⁽⁹⁷⁾، والمعاملات الإلكترونية⁽⁹⁸⁾، أو الإحالة إلى اللائحة لتفصيل ما ورد بشكل مجمل في كل من القانون والقرار.

رابعاً: اعترف المشرع الإماراتي اعترافاً واضحاً بتقنية «البلوك تشين»، ووضح مفهوم تقنية السجل الموزع بأنه قاعدة بيانات رقمية عامة أو خاصة يتم من خلالها تسجيل التصرفات التي تتم على الأصول الافتراضية، وإنشائها وحفظها ومشاركتها، بحيث تثبت صحتها وملكيته في شبكة من مجموعة عقد تتم بشكل تلقائي من مواقع وأماكن متعددة، وتشمل تقنية «البلوك تشين». وهو بهذا قد اعترف بهذه التقنية ويمكن استخدامها في إبرام المعاملات الذكية خاصة تلك المتعلقة بالأصول الرقمية.

وجدير بالذكر في هذا الصدد أن المشرع الإماراتي كذلك قد اعترف بالعقود الذكية ونظم إبرامها من خلال القانون الاتحادي الإماراتي، فقد نص في المادة (12) من القانون رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات الإلكترونية على أنه: «1- يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر، تكون معدة ومبرمجة مسبقاً لفعل ذلك. ويكون التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً لآثاره القانونية حتى في حالة عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة. 2 - يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت بحوزة شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي آخر، إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى إبرام العقد أو تنفيذه تلقائياً».

ونصت المادة (13) من القانون ذاته على أنه: «1 - تعتبر الرسالة الإلكترونية

(96) المرسوم بقانون اتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية، الجريدة الرسمية، ع712، ملحق1، بتاريخ 26 سبتمبر 2021.

(97) القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك، الجريدة الرسمية، ع-690 ملحق، بتاريخ 15 نوفمبر 2020.

(98) الصادر بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 46 لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، الجريدة الرسمية، ملحق ع-712، بتاريخ 26 سبتمبر 2021.

صادرة عن المنشئ إذا كان هو الذي أصدرها بنفسه. 2- في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تُعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض: أ- إذا طبق المرسل إليه تطبيقاً صحيحاً إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ من أجل التأكد من أن الرسالة الإلكترونية قد صدرت من المنشئ لهذا الغرض. ب- إذا كانت الرسالة الإلكترونية، كما تسلمها المرسل إليه، ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ، أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن الرسالة الإلكترونية صادرة عنه»⁽⁹⁹⁾.

خامساً: من شأن اعتراف المشرع الإماراتي بالأصول الافتراضية أن يتيح للأفراد رفع الدعاوى أمام المحاكم فالمعلوم أنه إذا اعترفت دولة ما بالوجود القانوني لمعاملات تكنولوجيا سلسلة الكتل (البلوك تشين)؛ فإن هذا يحمل في مضمونه إمكانية رفع الدعاوى بخصوص هذه المعاملات أمام محاكمها، وبمعنى آخر لا يمكن رفع الدعاوى ذات الصلة بالمعاملات المذكورة أمام قانون محاكم الدولة إلا إذا كانت تنظر إلى معاملات «البلوك تشين» في حد ذاتها على أنها ملزمة Legally Binding.

وقد جاء القانون رقم 4 لسنة 2022م ليُطبق على خدمات الأصول الافتراضية التي يتم تقديمها في كافة أنحاء إمارة دبي، بما في ذلك مناطق التطوير الخاصة والمناطق الحرة، باستثناء مركز دبي المالي العالمي⁽¹⁰⁰⁾، ووفقاً للتوصيات الصادرة من مجموعة العمل المالي يجب على الدول تعيين سلطة واحدة أو أكثر تتولى مسؤولية ترخيص و/أو تسجيل مزودي خدمات الأصول الافتراضية⁽¹⁰¹⁾، وهو ما نص عليه قانون إمارة دبي حيث أنشأ القانون مؤسسة عامة تُسمى «سلطة دبي لتنظيم الأصول الافتراضية (VARA)»⁽¹⁰²⁾ يُطلق عليها قانوناً السلطة المختصة، تتمتع بالشخصية

(99) نجية معداوي، مرجع سابق، ص 71.

(100) المادة رقم 3 من القانون رقم 4 لسنة 2022م، بشأن تنظيم الأصول الافتراضية.

(101) الدليل المحدث للنهج القائم على المخاطر، الأصول الافتراضية ومزودو خدمات الأصول الافتراضية، ص 51.

(102) Virtual Assets Regularity Authority.

الاعتباريّة، والاستقلال المالي⁽¹⁰³⁾ والإداري، والأهليّة القانونيّة اللازمة لمباشرة الأعمال والتصرّفات التي تدخل ضمن اختصاصاتها⁽¹⁰⁴⁾. ولقد خول القانون السّلطة بعدد من الصلاحيّات وأناط بها تنفيذ عدد من المهام أهمّها⁽¹⁰⁵⁾:

1 - إعداد السّياسة العامّة والخطط الاستراتيجية المتعلّقة بتنظيم خدمات الأصول الافتراضيّة في الإمارة، والتعامّلات والتداولات التي تتم عليها، وعرضها من خلال المدير العام على مجلس الإدارة لاعتمادها.

2 - تنظيم عمليّات إصدار وطرح الأصول الافتراضيّة والرّموز المميّزة الافتراضيّة والإفصاحات التي تتم عليها، والإشراف والرّقابة عليها.

3 - تنظيم وتصريح مُقدّمي خدمات الأصول الافتراضيّة، وفقاً للاشتراطات والإجراءات والضوابط المعتمدة لديها في هذا الشأن، والرّقابة والإشراف عليهم للتأكّد من التزامهم بأحكام هذا القانون والقرارات الصّادرة بموجبه والتشريعات السّارية في الإمارة.

4 - تنظيم ووضع القواعد والضوابط التي تحكّم مُزاولة النّشاط في الإمارة، بما فيها الأنشطة الخاصّة بخدمات إدارة الأصول الافتراضيّة، وإجراءات المقاصّة والتسوية بين هذه الأصول، وخدمات أمانة حفظ الأصول الافتراضيّة.

5 - تنظيم إجراءات حماية البيانات الشخصية للمستفيدين بالتنسيق مع هيئة دبي الرقمية.

6 - إصدار التعليمات والإرشادات اللازمة بالتنسيق مع الجهات المعنية لوضع آليّة

(103) تنص المادة (11) من القانون رقم 4 لسنة 2022م، بشأن تنظيم الأصول الافتراضية على مصادر الموارد الماليّة للسّلطة كما نظم القانون في المادة (12) منه على حسابات السّلطة وستّها الماليّة فنص على: «أ- تتبع السّلطة في تنظيم حساباتها وسجلاتها أصول ومبادئ المحاسبة التجارية، وفقاً للمعايير الدوليّة المتعارف عليها في هذا الشأن. ب- تبدأ السّنة الماليّة للسّلطة في اليوم الأوّل من شهر يناير وتنتهي في اليوم الحادي والثلاثين من شهر ديسمبر من كلّ سنة، على أن تبدأ السّنة الماليّة الأولى من تاريخ العمل بهذا القانون وتنتهي في اليوم الحادي والثلاثين من شهر ديسمبر من السّنة التالية».

(104) المادة رقم 4 من القانون رقم 4 لسنة 2022م، بشأن تنظيم الأصول الافتراضية.

(105) المادة السادسة من القانون.

تقييم ورصد مُقدّمِي خدمات الأصول الافتراضية، والإجراءات والتدابير الواجب اتخاذها بشأن المعاملات المشبوهة التي تتم بالمخالفة لأحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 المشار إليه والقرارات الصادرة بموجبه والتشريعات السارية في الإمارة.

7 - التنسيق مع مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي في كل ما يتعلق بضمان حماية واستقرار النظام المالي في الدولة.

وحسناً فعل القانون في إمارة دبي بجمعه كل الاختصاصات التي تتعلق بنشاط الأصول الافتراضية بيد سلطة واحدة، منحها جميع الصلاحيات والمهام التي تمكنها من الإشراف والرقابة على سوق الأصول الافتراضية، فلها أن تقوم بوضع القواعد والضوابط التي تحكم مُزاولة النشاط في الإمارة، وهي تملك منح التراخيص اللازمة لممارسي النشاط، كما أنها تقوم بالتنسيق مع مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي في كل ما يتعلق بضمان حماية واستقرار النظام المالي في الدولة.

ونرى أن التعاون مع البنك المركزي بشأن الاستقرار المالي في الدولة لن يكون المجال الوحيد، وإنما هناك عدد من المجالات للتعاون منها الإبلاغ عن العمليات المشبوهة، وعن الأموال أو المعاملات التي تنطوي على أو تتعلق بأصول افتراضية أو بمزودي خدمات محل اشتباه لدى السلطة كما نرى كذلك أن البنك المركزي الإماراتي لن يكون الجهة الوحيدة التي ستتنسق معها السلطة، بشأن معاملات الأصول الافتراضية حيث ستحتاج السلطة إلى التنظيم والمتابعة مع جهات عدة، لضمان حماية واستقرار عدد من الأمور لمواجهة مخاطر عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب وغيرها من الجرائم المنظمة.

ومن بين هذه الجهات هيئة الأوراق المالية والسلع التي أعطاها قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها سلطة إصدار التراخيص اللازمة لمزاولة النشاط وفق إجراءات موحدة بين الهيئة والسلطة تضمن سهولة وسرعة الحصول على الترخيص⁽¹⁰⁶⁾.

(106) وقّعت دائرة الاقتصاد والسياحة بدبي وسلطة دبي لتنظيم الأصول الافتراضية مذكرة تفاهم لدعم قطاع

وفي هذا الصدد نصت المادة (23) من قانون تنظيم الأصول الافتراضية بإمارة دبي على أنه يجب على جميع الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة والأشخاص الطبيعية بمن فيهم مقدمو خدمات الأصول الافتراضية، التعاونُ التام مع السُّلطة وتلبية طلباتها وفقاً لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة بمُوجبه، وتزويدها بالمعلومات والوثائق التي تطلبها لأغراض تمكينها من القيام باختصاصاتها وممارسة صلاحياتها وتحقيق أهداف السُّلطة وفقاً لأحكام هذا القانون وعدم إعاقتها عن أدائها. وللسُّلطة كذلك الاستعانة بالجهات الحكومية المعنية في الإمارة وسُلطات المناطق الحرة، بما في ذلك أفراد الشرطة، وعلى هذه الجهات تقديم العون والمُساعدة للسُّلطة متى طُلب منها ذلك.

كما أعطى النظام للسُّلطة أن تلجأ إلى المحكمة المختصة لتمكينها من القيام بالاختصاصات المنوطة بها بمُوجب أحكام هذا القانون. ونظراً إلى الحجم الكبير لاختصاصات السلطة وتعددتها وتشعبها وارتباطها بمجال جديد يتطلب الاستعانة بخبرات متنوعة في عدد من المجالات خاصة المتعلقة بالتكنولوجيا الرقمية، فقد أجاز القانون (تعهد) الاختصاصات من قبل السلطة؛ حيث يجوز للسُّلطة وفقاً للتشريعات السارية أن تعهد إلى أي جهة عامة أو خاصة القيام بأي من الاختصاصات المنوطة بها، بمقتضى أحكام هذا القانون، وذلك بمُوجب اتفاقية يتم إبرامها معها في هذا الشأن، تتحدّد بمُوجبها مُدتها وحقوق والتزامات طرفيها⁽¹⁰⁷⁾.

الأصول الافتراضية والتعاون من أجل تحقيق أرقى معايير الضمان في قطاع الأصول الافتراضية، ويشمل ذلك رعاية العملاء وشكاوى العملاء والسوق والتفتيش الميداني وإنفاذ القوانين المتعلقة بالشركات؛ وترخيص وتسجيل مزودي خدمات الأصول الافتراضية وتنظيم برامج التعليم والتدريب وتبادل المعارف بين الجهات الحكومية والشركات، وبين الجهات الحكومية والعملاء. منشور بوكالة أنباء الامارات - وام بتاريخ 10 أغسطس 2023م، على الرابط التالي:

<https://wam.ae/ar/details/1395303185634>، تاريخ الاطلاع 2023/10/10م.

(107) تخضع عقود (التعهد) للدليل الاسترشادي لإجراءات حوكمة (التعهد) في الحكومة الاتحادية، بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (2/4) لسنة 2020، راجع دليل إجراءات حوكمة (التعهد) في الحكومة الاتحادية، الطبعة الثانية، الهيئة الاتحادية للموارد البشرية الحكومية، على الرابط التالي، تاريخ المراجعة 2023/10/2م: www.fahr.gov.ae

وللسلطة جهاز تنفيذي يتكوّن من الرئيس التنفيذي وعدد من الموظّفين الإداريين والماليين والفنيين الذين يُطبّق بشأنهم نظام الموارد البشريّة المعمول به في سلّطة المركز. ويتولّى الرئيس التنفيذي، تحت إشراف المدير العام، مهمّة إدارة السّلطة والإشراف على أعمالها وأنشطتها بما يضمن تحقيق أهدافها، ويكون له في سبيل ذلك القيام بالمهام والصلاحيّات⁽¹⁰⁸⁾.

وبموجب قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها والذي يسري على قطاع الأصول الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة، بما فيها المناطق الحرة تكون هيئة الأوراق المالية والسلع⁽¹⁰⁹⁾. هي السلطة المختصة بالتعاون مع سلطات الترخيص المحلية المختصة بتنظيم الأصول الافتراضية في الإمارة المعنية⁽¹¹⁰⁾.

وتطبيقاً لذلك أصدرت قراراً بتنظيم أعمال المشغل لمنصة الأصول الافتراضية مكون من (9) مواد من بينها المادة (3)، التي تتضمن عدم جواز تداول الأصل الافتراضي في الدولة إلا بعد قبوله في القائمة الرسمية للأصول الافتراضية لمشغل منصة الأصول الافتراضية المرخص من قبل الهيئة أو السلطة المختصة. كما نصت المادة الرابعة على تحديد مهام مشغل منصة الأصول الافتراضية، كما تتضمن كذلك النزاهة والشفافية والسلوك المهني، ونظام وإجراءات حماية الأصول الافتراضية وحفظها، وتدابير ونظم وإجراءات الانضباط والالتزام، وقواعد وإجراءات للتشغيل العادل والمنظم والفعال لتنظيم التداول، وتنظيم الولوج إلى الخدمات من خلال إجراءات تضمن الوصول إلى خدماته ومرافقه فقط للأشخاص المسموح لهم،

(108) راجع المادة (9/ب) من القانون.

(109) أعلنت هيئة الأوراق المالية والسلع عن بدء استقبال طلبات ترخيص الشركات الراغبة في تقديم خدمات الأصول الافتراضية، راجع موقع الهيئة على الرابط التالي:

<https://www.sca.gov.ae/ar/media-center/news/17/4/2023/sca-announces-the-start-of-receiving-applications-for-licensing-virtual-asset-services.aspx>

(110) تنص المادة (1/4) من قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية على: يُحظر على أي شخص مزاولة أنشطة الأصول الافتراضية في الدولة، دون الحصول على موافقة وترخيص من الهيئة أو سلطات الترخيص المحلية - حسب الأحوال - وفق أحكام هذا القرار.

والترتيبات والضوابط التنظيمية.

وتناولت المادة الخامسة التزامات مشغل منصة الأصول الافتراضية وفق 7 محاور تتضمن: الكفاءة والمرونة التشغيلية، وتوفير القواعد التشغيلية، وتضم وضع قواعد عمل تشغيلية والحفاظ عليها، واستيفاء القواعد التشغيلية لمجموعة من المعايير التي أوضحتها بنود المادة، ووفقاً للمادة السادسة من القرار يكون للهيئة طلب توفير أي مستندات أو بيانات من مشغل منصة الأصول الافتراضية، على أن يلتزم بتوفيرها خلال الفترة التي تحددها الهيئة، كما يكون للهيئة الإشراف والتحقق والرقابة والتفتيش على المنصة ومشغل منصة الأصول الافتراضية، وكل ما يتعلق بهما، بذات الصلاحيات المقررة على الأسواق.

وقد تضمن القرار الصادر ملحقاً خاصاً بـ «قياس مدى ملائمة قبول الأصل الافتراضي ضمن القائمة الرسمية لمشغل منصة الأصول الافتراضية»، الذي وضع المعايير التي يتعين على مشغل المنصة الالتزام بها عند تقييمه وقبوله للأصل الافتراضي.

كما تم إجراء تعديلات تشريعية على كتيب القواعد الخاص بالأنشطة المالية بشأن الأصول الافتراضية لإضافة أنشطة مالية جديدة وهي: وسيط الأصول الافتراضية، والحفظ الأمين للأصول الافتراضية، ومشغل منصة الأصول الافتراضية، كما تمت إضافة فئة جديدة (الفئة السابعة - مزودي خدمات الأصول الافتراضية)، وإعداد ملحق بالباب الثالث من كتيب القواعد الخاص بالأنشطة المالية يتضمن أحكام محافظة الأصول الافتراضية من حيث إنشاؤها وإدارتها والضوابط المتعلقة بها⁽¹¹¹⁾.

وبذلك تصبح الشركات العاملة في أنشطة الأصول المالية خاضعة لكل من تشريعات السوق المالية وقرارات الهيئة ومنها: التشريعات والأنظمة الصادرة بشأن

(111) راجع موقع هيئة الأوراق المالية والسلع على الرابط التالي:

<https://www.sca.gov.ae/ar/media-center/news/17/4/2023/sca-announces-the-start-of-receiving-applications-for-licensing-virtual-asset-services.aspx>

مواجهة غسل الأموال وتمويل الإرهاب⁽¹¹²⁾، وقرار الهيئة بشأن النظام الخاص بالإفصاح والشفافية⁽¹¹³⁾.

الفرع الثاني

تنظيم أنشطة مزودي خدمات الأصول الافتراضية

حظرت المادة (15) من قانون تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي مُزاولة أي نشاط من الأنشطة المتعلقة بالأصول الافتراضية إلا بعد الحصول على ترخيص من السلطة⁽¹¹⁴⁾، وفي هذا السياق قد دعت مجموعة العمل المالي الدول الأعضاء إلى ضرورة اتخاذ إجراءات لتحديد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين ينفذون أنشطة أو عمليات أصول افتراضية، وتطبيق عقوبات مناسبة على من يزاوّل النشاط

(112) وهي:

- المرسوم بقانون اتحادي رقم 26 لسنة 2021 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة.
- قرار مجلس الوزراء رقم 74 لسنة 2020 بشأن نظام قوائم الإرهاب وتطبيق قرارات مجلس الأمن المتعلقة بمنع وجمع الإرهاب وتمويله ووقف انتشار التسليح وتمويله والقرارات ذات الصلة.
- قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (21 / ر. م) لسنة 2019 بشأن إجراءات مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب والتنظيمات غير المشروعة.
- المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة.
- التعاميم الصادرة من الهيئة بشأن قوائم التنظيمات والمجموعات الإرهابية المعتمدة في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- قرار مجلس الوزراء رقم 10 لسنة 2019 في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة.

(113) قرار مجلس إدارة الهيئة رقم 3 لسنة 2000 في شأن النظام الخاص بالإفصاح والشفافية.

(114) أعلنت شركة (بت أو أيسس)، وهي منصة لتداول العملات الرقمية في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا ومقرها الإمارات، الاثنين حصولها على ترخيص تشغيلي للمنتجات القابلة للتطبيق، منشور بعنوان: «دبي تمنح أول ترخيص لتداول الأصول الرقمية»، منشور على موقع اتحاد الغرف العربية، الإمارات العربية المتحدة، منشور بتاريخ 2023/5/2م، على الرابط التالي: <https://shorturl.at/GQW46>، تاريخ الاطلاع 2023/10/10م.

من دون الترخيص أو التسجيل المطلوب، كما يجب على السلطات الوطنية امتلاك آليات للإشراف على قطاع مزودي خدمات الأصول ضمن المناطق التابعة لها⁽¹¹⁵⁾.

ويُطلق على الأشخاص الذين يقومون بالأنشطة المرتبطة بتقديم خدمات الأصول الافتراضية في الدولة، أو العمليات المرتبطة به، والخاضعة للترخيص وفق أحكام القانون مصطلح مزودي الخدمة أو مقدمي الخدمة، وقد عرّفهم القانون رقم 4 لسنة 2022 بأنهم: «الشخص المصرّح له من السُّلطة بمُزاولة النّشاط»⁽¹¹⁶⁾.

وقد فصل في تعريف مقدم الخدمة قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، والذي يسري على قطاع الأصول الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة، بما فيها المناطق الحرة وعرفه بأنه: «أي شخص اعتباري يزاول نشاطاً أو أكثر من الأنشطة المرتبطة بالأصول الافتراضية أو العمليات المرتبطة به لمصلحة شخص أو نيابة عنه، كمشغل منصة الأصول الافتراضية، وسيط الأصول الافتراضية، الحافظ الأمين للأصول الافتراضية، وأي أنشطة أخرى وفق أحكام هذا القرار»⁽¹¹⁷⁾.

وقد حظر القانون على أي شخص طبيعي أو معنوي مُزاولة النّشاط في الإمارة، ما لم يكن مُصرّحاً له بذلك من السُّلطة، ويتم إصدار التصريح وفقاً للتشريعات السارية والاشتراطات والإجراءات المعتمدة، على أن يتخذ مزود الخدمة من الإمارة مقرّاً له لمُزاولة أعماله، وتتم مُزاولة النّشاط في حدود الاشتراطات والقواعد والضوابط المُحددة في التصريح⁽¹¹⁸⁾. وتشمل أنشطة مزودي خدمات الأصول الافتراضية:

- 1 - تقديم خدمات تشغيل وإدارة منصات الأصول الافتراضية.
- 2 - تقديم خدمات المبادلة بين الأصول الافتراضية والعملات سواء الوطنية أو الأجنبية.

(115) الدليل المحدث للنهج القائم على المخاطر، الأصول الافتراضية ومزودو خدمات الأصول الافتراضية، مرجع سابق، ص 51.

(116) المادة الثانية من القانون.

(117) المادة الأولى من القرار رقم 111 لسنة 2022، مرجع سابق.

(118) المادة (15) من القانون.

- 3 - تقديم خدمات المُبادلة بين شكل أو أكثر من الأصول الافتراضية.
- 4 - تقديم خدمات تحويل الأصول الافتراضية.
- 5 - تقديم خدمات حفظ وإدارة الأصول الافتراضية أو السيطرة عليها.
- 6 - تقديم الخدمات المتعلقة بمحفظة الأصول الافتراضية.
- 7 - تقديم الخدمات المتعلقة بطرح وتداول الرموز المميزة الافتراضية.

وقد أعطى القانون السلطة الحق في تصنيف وتعريف الأنشطة المبيّنة في الفقرة (أ) من هذه المادة، ووضع القواعد والضوابط اللازمة لمزاوتها. وحيث إن التكنولوجيا الرقمية سريعة التطور، ولا تتوقف عن طرح مزيد من التقنيات الحديثة، فقد منح القانون السلطة إمكانية إضافة أي أنشطة أو أعمال أو ممارسات أو خدمات ذات علاقة بالأصول الافتراضية إلى قائمة الأنشطة الخاضعة لتصريح ورقابة السلطة⁽¹¹⁹⁾، وتكون نتيجة التطورات والمستجدات في أنشطة الأصول المالية، فلقد أضفى المشرع على القانون بهذا النص المرونة اللازمة لمواكبة التطورات السريعة في مجال العقود الذكية وتعاملات وأنشطة الأصول الافتراضية.

الفرع الثالث

مكافحة الأنشطة غير المشروعة وحماية البيانات

وحقوق المستهلكين

أولاً: مكافحة الأنشطة غير المشروعة

جاء قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية، ليوضح الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، وكان من بين هذه الأهداف امتثال قطاع الأصول الافتراضية في الدولة لجميع أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018⁽¹²⁰⁾ في شأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل

(119) المادة (16/ج) من القانون.

(120) منشور بالجريدة الرسمية، ع 637 ملحق، بتاريخ 30 سبتمبر 2018م.

التنظيمات غير المشروعة، وتعديلاته، ولائحته التنفيذية، والتشريعات السارية ذات العلاقة بالقطاع⁽¹²¹⁾.

وهو يتسق في ذلك مع ما يهدف إليه القانون رقم 4 لسنة 2022 بشأن تنظيم تداول الأصول الافتراضية بإمارة دبي، والذي من بين أهدافه العمل على الحد من الممارسات غير المشروعة بالتنسيق مع الجهات المعنية، ويأتي في مقدمتها - وبلا شك - مواجهة جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحة الجرائم المنظمة.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة (8) من قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه يتعين على جميع مزودي خدمات الأصول الافتراضية في الدولة، الالتزام بالتشريعات السارية بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة والقرارات الصادرة تطبيقاً لها⁽¹²²⁾.

ونرى في هذا الخصوص أن التعديلات التشريعية التي قام به المشرع الإماراتي بشأن جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحة الجرائم المنظمة بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم 26 لسنة 2021⁽¹²³⁾ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة، إنما جاءت لتستوعب المستجدات الخاصة بمفهوم المال، وما أثمرته التكنولوجيا الرقمية من مستحدثات ومنها الأصول الافتراضية، وبيان ذلك نُجمل أهم النقاط التي تدعم رأينا في النقاط التالية:

1 - توسعة مفهوم «المال» المتحصل من جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة، ليشمل المال في جميع صوره حتى

(121) المادة (2) البند الرقم 3 من القرار رقم 111 لسنة 2022.

(122) حيث تنص المادة (8) من قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في دولة الإمارات العربية المتحدة على: «يتعين على جميع مزودي خدمات الأصول الافتراضية في الدولة، الالتزام بالتشريعات السارية بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة والقرارات الصادرة تطبيقاً لها».

(123) منشور بالجريدة الرسمية الإماراتية، ع712، بتاريخ 26 سبتمبر 2021.

المستحدث منها لتتضمن الأصول أيًا كانت طريقة اكتسابها ونوعها وشكلها مادية أو معنوية، منقولة أو ثابتة، إلكترونية أو رقمية أو مشفرة، بما فيها العملة الوطنية والعملات الأجنبية والمستندات والصكوك القانونية أيًا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي التي تثبت تملك تلك الأصول أو الحصص أو الحقوق المتعلقة بها، وكذلك الموارد الاقتصادية التي تُعد أصولًا أيًا كان نوعها بما يشمل الموارد الطبيعية، وكذلك الائتمانيات المصرفية والشيكات وأوامر الدفع والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد، وأي فوائد أو أرباح أو دخول أخرى متأتية أو ناتجة من هذه الأصول، ويمكن استخدامها للحصول على أي تمويل أو سلع أو خدمات⁽¹²⁴⁾.

وبهذا يشمل المال الأصول الافتراضية بجميع صورها وأشكالها، وهو ما كان النص القديم الموجود بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة، عاجزًا عن تحقيقه في ظل اقتصره عن تعريف المال بشكل يضم الأصول الافتراضية، مما كان يتعذر معه تجريم جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة المتحصلة من أنشطة الأصول الافتراضية⁽¹²⁵⁾.

(124) المادة الأولى بند (17) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 26 لسنة 2021 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة.

(125) تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة بشأن تعريف الأموال: «الأموال: الأصول أيًا كانت طريقة اكتسابها ونوعها وشكلها مادية أو معنوية، منقولة أو ثابتة، إلكترونية أو رقمية أو مشفرة، بما فيها العملة الوطنية والعملات الأجنبية والمستندات والصكوك القانونية أيًا كان شكلها بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي التي تثبت تملك تلك الأصول أو الحصص أو الحقوق المتعلقة بها، وكذلك الموارد الاقتصادية التي تُعد أصولًا أيًا كان نوعها بما يشمل الموارد الطبيعية، وكذلك الائتمانيات المصرفية والشيكات وأوامر الدفع والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد، وأي فوائد أو أرباح أو دخول أخرى متأتية أو ناتجة من هذه الأصول، ويمكن استخدامها للحصول على أي تمويل أو سلع أو خدمات».

2 - التأكيد على مفهوم الأصول الافتراضية بأنها: تمثيل رقمي للقيمة التي يمكن تداولها رقمياً أو تحويلها، ويمكن استخدامها لأغراض الدفع أو الاستثمار بالإضافة إلى ما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون.

3 - النص على مزودي خدمات الأصول الافتراضية كأحد الكيانات المخاطبة بتنفيذ أحكام القوانين واللوائح الخاصة بمواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة، وتوقيع العقوبات المقررة نظاماً بشأنهم عند مخالفتها لأي حكم من أحكام القوانين واللوائح الخاصة بمواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة أو أي قرارات أخرى ذات صلة. وكذلك إلزامهم عند الاشتباه أو إذا توافرت أسباب معقولة للاشتباه في عملية ما أو علاقتها بجرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة بإبلاغ وحدة المعلومات المالية⁽¹²⁶⁾ من دون تأخير وبشكل مباشر⁽¹²⁷⁾.

ثانياً: مواجهة جرائم التهرب الضريبي

إن من شأن الاعتراف بأنشطة الأصول الافتراضية والسماح بمزاولتها من خلال

(126) «وحدة المعلومات المالية»: هي وحدة تم إنشاؤها بالمصرف المركزي الإماراتي بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم 26 لسنة 2021، وهي وحدة مستقلة، ترسل لها دون غيرها تقارير المعاملات المشبوهة والمعلومات المتعلقة بها من كل المنشآت المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة ومزودي خدمات الأصول الافتراضية... راجع المادتين (12)، (13) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 26 لسنة 2021 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة.

(127) تنص المادة (15) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 26 لسنة 2021 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 20 لسنة 2018 بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة من: «على المنشآت المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة ومزودي خدمات الأصول الافتراضية عند اشتباهها أو إذا توافرت لديها أسباب معقولة للاشتباه في عملية أو أموال تمثل كلها أو بعضها متحصلات أو الاشتباه في علاقتها بالجريمة أو أنها سوف تستخدم فيها بغض النظر عن قيمتها، أن تلتزم بإبلاغ الوحدة من دون تأخير وبشكل مباشر، وتزويدها بتقرير مفصل يتضمن جميع البيانات والمعلومات المتوفرة عن تلك العملية والأطراف ذات الصلة، وتقديم أي معلومات إضافية تطلبها الوحدة، من دون التعذر بأحكام السرية...».

كيانات مرخصة، الاستفادة من إخضاعها للضريبة وحماية الحقوق المالية للدولة، فالاعتراف بهذه المعاملات يؤدي إلى الاعتراف بالتعاملات المالية المتحققة عبر هذه التقنية، ومن ثم إخضاعها للضريبة، حيث إن عدم الاعتراف بهذه الأنشطة سيجعلها بعيدة عن مراقبة الدولة ونظرًا إلى طبيعتها العابرة للحدود لن تتمكن الدولة من إخضاعها للضريبة⁽¹²⁸⁾.

وفي اعتراف المشرع الإماراتي وتنظيمه لأنشطة الأصول المالية وتنظيم ممارسة هذه الأنشطة من خلال مزودي خدماتها، وحيث نصت المادة (2/4) من الأحكام العامة لقرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 فإنه يجب على الشخص الراغب في مزاوله أنشطة الأصول الافتراضية، أن يتخذ من الدولة مقرًا له لمزاولة أعماله، وفق أحد الأشكال القانونية المعتمدة لدى الجهات المحلية المعنية بالتراخيص التجارية، وهو ما يعني خضوعه للنظام المالي للدولة.

وبخلاف ضريبة القيمة المضافة⁽¹²⁹⁾ يسري المرسوم بقانون اتحادي رقم 47 لسنة 2022م، في شأن الضريبة على الشركات والأعمال، وبموجبه تطبق الضريبة على الشخص الاعتباري الذي تم تأسيسه، أو إنشاؤه أو الاعتراف به بأي شكل آخر بموجب التشريعات السارية⁽¹³⁰⁾.

ثالثاً: حماية البيانات وحقوق المستهلكين

إن غياب الشفافية والإفصاح بشأن عمليات الأصول الافتراضية لكونها لامركزية، ولا تخضع لرقابة أو إشراف السلطة المختصة هو أحد سلبات التعامل في الأصول الافتراضية، ومن شأن إخضاع الأصول الافتراضية للتنظيم والإشراف أن يقضي على هذه السلبات. وقد جاء من بين اختصاصات السلطة توفير النظم اللازمة لحماية

(128) بشأن الصعوبات التي تواجه فرض الضرائب على الأنشطة الرقمية راجع: قيس حسن عواد البدراني، مرجع سابق، ص 60-64.

(129) ضريبة القيمة المضافة هي ضريبة استهلاك تُفرض على كل مرحلة من مراحل سلسلة التوريد ويتحملها بشكل أساسي المستهلك النهائي، راجع موقع الهيئة الاتحادية للضرائب، على الرابط

التالي: <https://tax.gov.ae/ar/legislation.aspx>

(130) المادة (1/3/أ) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 47 لسنة 2022م.

المُستثمرين والمُتعاملين في الأصول الافتراضية، والعمل على الحد من الممارسات غير المشروعة بالتنسيق مع الجهات المعنية⁽¹³¹⁾، كما جاء حماية المستثمرين في الأصول الافتراضية من الممارسات غير المشروعة كأحد أهداف قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، وتحقيقاً لذلك فقد ألقى القرار على هيئة الأوراق المالية والسلع وهي الهيئة المعنية بتنفيذ أحكام القانون هيئة الأوراق المالية والسلع⁽¹³²⁾. كما ألزم القرار هيئة سوق الأوراق المالية والسلع بعدد من الاشتراطات التي من شأن القيام بها حماية المستثمرين في الأصول الافتراضية ومنها:

1 - عدم منح التراخيص اللازمة لمزاولة أي نشاط من أنشطة الأصول الافتراضية لمزودي خدمات الأصول الافتراضية لمن يثبت إدراجه ضمن قوائم العقوبات أو قوائم الإرهاب الصادرة عن الجهات الرسمية في الدولة أو المنظمات الدولية المعترف بها، وخاصة تلك المعنية بمواجهة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب والتنظيمات غير المشروعة، وألا يكون خاضعاً لأي تحقيقات جنائية داخل أو خارج الدولة في أثناء تقديم أو دراسة طلب التسجيل، وألا يكون قد صدر بحقه حكم قضائي بات في جريمة غسل الأموال أو تمويل الإرهاب أو تمويل التنظيمات غير المشروعة.⁽¹³³⁾

2 - تتأكد الهيئة من كفاءة الأنظمة التقنية المستخدمة لدى مزودي خدمات الأصول الافتراضية، وقدرتها على حماية بيانات المستثمرين وفقاً لأفضل الممارسات العالمية والتكنولوجيا الحالية و/ أو معايير الأمن السيبراني، وذلك تحقيقاً لأمن البيانات الشخصية⁽¹³⁴⁾.

(131) المادة الخامسة الفقرة (4) من القانون رقم 4 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية في إمارة دبي.

(132) المادة السادسة الفقرة (هـ) من قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022.

(133) المادة (1/7) من قرار مجلس الوزراء رقم 111 لسنة 2022 بشأن تنظيم الأصول الافتراضية.

(134) عرفت المادة الأولى الفقرة (14) من قانون أمن البيانات الشخصية بأنه مجموعة من التدابير والإجراءات والعمليات التقنية والتنظيمية المحددة والتي من شأنها الحفاظ على حماية خصوصية وسرية وسلامة ووحدة البيانات الشخصية وتكاملها وتوافرها.

3 - التزام مزودي خدمات الأصول الافتراضية بالإفصاح للمستثمرين عن جميع المخاطر المتعلقة بتلك الخدمات بطريقة واضحة وعادلة وغير مضللة.

4 - إلزام مزودي خدمات الأصول الافتراضية بإخطار الهيئة والجهات المعنية في حال تعرّض الخدمات المقدمة من قبلهم لمخاطر أمنية أو للاختراق الأمني أو لأي تصرف يدخل ضمن الجرائم الإلكترونية.

ويسري بشأن حماية المستهلكين في هذا الصدد القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك، حيث جاء في تعريف السلعة التي تقدم للمستهلك الحماية بموجب أحكام القانون كافة أنواع السلع، لتشمل كل منتج فكري أو تقني، فالأصول الافتراضية تمثيل رقمي للقيمة يمكن تداولها أو تحويلها رقميًا، وهي بذلك تدخل في مضمون المنتجات التقنية⁽¹³⁵⁾.

ويسري المرسوم بقانون اتحادي رقم 45 لسنة 2021 بشأن حماية البيانات الشخصية على معالجة البيانات الشخصية، سواء كلها أو جزء منها، عن طريق وسائل الأنظمة الإلكترونية، وذلك داخل أو خارج الدولة، وتُحظر معالجة البيانات الشخصية من دون موافقة صاحبها، باستثناء بعض الحالات منها أن تكون المعالجة ضرورية لحماية المصلحة العامة، أو لإقامة أي من إجراءات المطالبة بالحقوق والدعاوى القانونية.

المطلب الثاني

تهيئة البيئة القانونية اللازمة لاستقرار التعامل

بالأصول الافتراضية

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الأول منها يتحدث عن: تجارب عدد من الدول التي استشعرت أهمية تنظيم الأصول الافتراضية، ويُعرِّج الفرع الثاني على: جهود بعض الدول في مكافحة جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب والجريمة

(135) المادة (1/9) من القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 2020 في شأن حماية المستهلك، منشور بالجريدة الرسمية الإماراتية، ع 690، بتاريخ 15 نوفمبر 2020م.

المنظمة الناتجة عن الأصول الافتراضية، بينما نتناول في الفرع الثالث: التنظيم القانوني للعقود الذكية في عدد من الدول.

الفرع الأول

استشعار أهمية الاعتراف القانوني بالأصول الافتراضية

استشعرت عدد من الدول الحاجة إلى تطويع أو تحديث أو وضع نظم قانونية لتهيئة البيئة القانونية اللازمة لاستقرار التعامل بالأصول الافتراضية، وهنا سننيل موجزاً عن المناهج التي تبعتها بعض الدول لتنظيم أنشطة الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها والإشراف عليها، وبعض العقوبات التي مازالت قائمة أمام تنظيم الأصول الافتراضية.

في إيطاليا، يتعين لمزاولة أنشطة مزودي خدمات الأصول الافتراضية أن يُسجل المزود بياناته ضمن قسم خاص من سجل هيئة الوكلاء والوسطاء كشرط مسبق لمزاولة أنشطة الأصول الافتراضية. ويدرج المرسوم التشريعي رقم 231 للعام 2007 المعدل بالمرسومين التشريعيين رقم 90 للعام 2017 ورقم 125 للعام 2019 مزودي خدمات الأصول الافتراضية من المعنيين بالتزامات مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

وفي فنلندا، دخل قانون مزودي العملات الافتراضية رقم 572 للعام 2019 حيز النفاذ في 1 مايو 2019، وبموجبه يتعين على مزودي خدمات الأصول الافتراضية التسجيل للحصول على الترخيص بمزاولة النشاط من هيئة الرقابة المالية الفنلندية، ويُعدون من الجهات الملزمة بتطبيق احكام قانون مكافحة غسل الأموال رقم 444 للعام 2017. ولقد أصدرت هيئة الرقابة المالية الفنلندية عددًا من اللوائح لتنظيم أنشطة مزودي خدمات الأصول الافتراضية بشأن حفظ أموال العملاء وحمايتهم والفصل بين أموال العميل.

وفي المكسيك، صدر في العام 2018م قانونٌ بشأن تنظيم مؤسسات التقنية والتي يمكن لها العمل في الأصول الافتراضية شريطة أن تحصل على ترخيص بذلك من بنك المكسيك.

الفرع الثاني

التنظيم القانوني لمكافحة جرائم غسل الأموال

وتمويل الإرهاب والجريمة المنظمة

في جمهورية مصر العربية استبدل القانون رقم 17 لسنة 2020⁽¹³⁶⁾ بتعديل قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002⁽¹³⁷⁾ تعريف الأموال الواردة في القانون رقم 80 لسنة 2002 بالمادة (1 / بند أ) من القانون رقم 17 لسنة 2020 بكلمة الأموال أو الأصول والتي تشمل حسبما ورد في تعريفها جميع الأصول المادية والافتراضية والموارد الاقتصادية، ومنها الأصول الافتراضية التي لها قيمة رقمية يمكن تداولها أو نقلها أو تحويلها رقمياً، ويمكن استخدامها كأداة للدفع أو الاستثمار. كما نصت المادة الثانية من القانون رقم 17 لسنة 2020 بتعديل قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002 على استبدال عبارة «الأموال أو الأصول» بكلمة «الأموال» أينما وردت بقانون مكافحة غسل الأموال المشار إليه.

فإذا كان هذان النصان يضمنان للمشرع المصري إمكانية مواجهة جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب التي تستخدم فيها الأصول الافتراضية، بعد أن كانت غير مشمولة بالنص القديم، إلا أن الأصول الافتراضية مازالت تفتقر إلى التنظيم القانوني لها في جمهورية مصر العربية. وما يؤكد قولنا هو النص الوارد بقانون البنك المركزي الذي نص على حظر التعامل بالعملات الافتراضية (العملات المشفرة) من دون موافقة مجلس إدارة البنك المركزي المتمثلاً في مجلس الإدارة طبقاً للقواعد والإجراءات التي يحددها، وإلى الآن لم يصدر البنك المركزي المصري أي إجراءات في هذا الصدد.

وفي المملكة العربية السعودية، نصت المادة الأولى /فقرة 3 من نظام مكافحة جرائم غسل الأموال⁽¹³⁸⁾ على مفهوم شامل إلى حد ما للمال محل جريمة غسل

(136) منشور بالجريدة الرسمية، ع10 مكرراً، بتاريخ 11 مارس 2020م.

(137) منشور بالجريدة الرسمية، ع10 مكرراً، بتاريخ 22 مايو 2002م.

(138) نظام مكافحة غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/20 وتاريخ 1439/2/5هـ، منشور بجريدة أم القرى العدد رقم 4695 بتاريخ 1439/2/14هـ.

الأموال إلا أنه قد يقع القاضي الجنائي في حرج عند تطبيق النظام على جرائم غسل الأموال نتيجة استخدام الأصول الافتراضية⁽¹³⁹⁾. فنجد النظام قد أشار إلى مفهوم المال بأنه الأصول أو الموارد الاقتصادية أو الممتلكات أيًا كانت قيمتها أو نوعها أو طريقة امتلاكها سواء أكانت مادية أم غير مادية منقولة أم غير منقولة ملموسة أم غير ملموسة⁽¹⁴⁰⁾. ولفظة غير ملموسة، وإن انطبقت على الأصول الافتراضية حيث إن الأخيرة عبارة عن تمثيل رقمي للقيمة من خلال الوسائط الإلكترونية، فهي من الأموال غير الملموسة، إلا أن ذلك يتطلب توسعاً في تفسير ما هو غير ملموس لنُضمَّنه الأصول الرقمية.

والملاحظ كذلك أنه حتى في مجال مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله لن يتم تجريم الأموال المتعلقة بأنشطة الأصول الافتراضية، فما ورد بنظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله الصادر بالمرسوم الملكي رقم م 21 بتاريخ 1439/2/12هـ⁽¹⁴¹⁾ هو ذاته التعريف الذي ورد بنظام مكافحة جرائم غسل الأموال، ويحتاج المشرع السعودي إلى النص صراحةً على الأصول الرقمية باعتبارها مالا يمكن أن يكون محلاً لجريمة غسل الأموال وجرائم تمويل الإرهاب وإضافته في كل من النظامين، على غرار المدلول الصريح الذي تبناه كل من المشرع الإماراتي والمشرع المصري⁽¹⁴²⁾. وحتى في حال النص صراحةً على الأصول الافتراضية في كل من نظام مكافحة غسل الأموال ونظام جرائم تمويل الإرهاب، فإنه يحتاج كذلك إلى وضع تنظيم قانوني

(139) راجع في شأن تقرير المسؤولية الجنائية على الأشخاص الاعتبارية في ارتكاب جرائم غسل الأموال: حسن يوسف مصطفى مقابله وآخرون، المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعودي، المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، ع1، سنة 2022، ص 27-30. (140) كما أضافت المادة إلى مفهوم المال كلاً من الوثائق والصكوك والمستندات والحوالات وخطابات الاعتماد أيًا كان شكلها؛ سواء أكانت داخل المملكة أم خارجها. ويشمل ذلك النظم الإلكترونية أو الرقمية، والائتمانات المصرفية التي تدل على ملكية أو مصلحة فيها، وكذلك جميع أنواع الأوراق التجارية والمالية، أو أي فوائد أو أرباح أو مداخيل أخرى تنتج من هذه الأموال.

(141) منشور بجريدة أم القرى، ع4696، بتاريخ 1439/2/17هـ.

(142) المادة الأولى الفقرة (4) عرِّفت جريمة تمويل الإرهاب بأنه: «توفير أموال لارتكاب جريمة إرهابية أو لمصلحة كيان إرهابي أو بأي صورة من الصور الواردة في النظام، بما في ذلك تمويل سفر إرهابي وتدريبه».

للأصول الافتراضية ومزودي خدمات الأصول الافتراضية لمواجهة تحديات عدم تنظيم هذا النوع من الأصول.

أما في الكويت، فقد جاء مفهوم المال في قانون جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب⁽¹⁴³⁾ بعيداً تماماً عن أن يشير إلى الأصول الافتراضية؛ فالمال في مفهوم القانون هو أي نوع من الأصول أو الممتلكات لكن بشكلها التقليدي النقدي أو الأوراق المالية، كالأسهم والسندات، أو الأوراق التجارية، كالكمبيالة والشيكات. وحتى بعد تبني القانون الوثائق والأدوات القانونية الإلكترونية لتعبر عن المال في تطبيق أحكام القانون، إلا أنه ما زال بعيداً عن المفهوم الدقيق للأصول الافتراضية، فهي تقتصر على النسخ الإلكترونية من الوثائق القانونية كالكمبيالات الإلكترونية والسندات لأمر الإلكترونية وغيرهما من صور الوثائق والأدوات القانونية، مما يمكن معه القول بأن جرائم غسل الأموال باستخدام الأصول الافتراضية غير مجرمة بموجب القانون⁽¹⁴⁴⁾.

وإزاء عدم تنظيم الأصول الافتراضية في التشريعات التي ما زالت لم تعترف بهذا النوع من الأصول، فإننا بصدد عدد من التحديات المهمة أمام انتشار هذا النوع من الأموال يأتي على رأسها تحديات مواجهة جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب وكل صور الجريمة المنظمة؛ فالنصوص الحالية تتطلب توسعاً في تفسيرها ليشمل الأصول الرقمية كأموال مشمولة بالجرائم المشار إليها، وحيث والأمر كذلك وحيث لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الجنائية، ففي مجال التجريم والعقوبة لا يجوز التوسع في تفسير النص، حيث يجب أن تكون النصوص العقابية محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة.

(143) القانون رقم 106 لسنة 2013 في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، المادة (1) الفقرة الأولى، منشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، ع1133، س59، بتاريخ 26 مايو 2013، وتم إعادة نشره بعد تصحيح بعض الأخطاء المطبعية في ع1137، س59 بتاريخ 23 يونيو 2013.

(144) انظر كذلك في بعض الإشكالات القانونية المتعلقة بجرائم غسل الأموال في الكويت، علي عوده الشمري، الإشكالات القانونية المتعلقة بأركان جريمة غسل الأموال في القانون الكويتي رقم 106 لسنة 2013م: دراسة تحليلية نقدية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع4، ج2، سنة 2021م، ص300-309.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية⁽¹⁴⁵⁾ بشأن درجة اليقين التي ينبغي أن تنتظم أحكام القوانين الجزائية، حيث إن من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو إبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. فيجب أن تكون درجة اليقين فيها في أعلى مستوياتها، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، ويتعين بالتالي - ضماناً لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة.

هذا فضلاً عن غياب أنظمة مواجهة التهرب الضريبي وحماية المستهلك وحماية البيانات الشخصية، وعدم وجود بيئة قانونية تنظم التعاملات في هذه الأصول، حيث تقتصر بيئة ممارسة المعاملات على تنظيم المعاملات التقليدية التي لا تستطيع التكيف أو لا يستطيع الفقه القانوني والقاضي تطويعها في كل الأحوال والقضايا لتطبيقها على مشكلات ومنازعات الأصول الافتراضية.

الفرع الثالث

التنظيم القانوني للعقود الذكية

وبالنسبة إلى العقود الذكية التي يطلق عليها البعض مقاربةً (العقود ذاتية التنفيذ) وما تُتيح به برمجة الرموز التي يتم تنفيذها تلقائياً من دون الحاجة إلى وسيط. حيث يتم تنفيذها بنحو تلقائي، فعلى سبيل المثال في سياق العقد الذكي الذي ينص على صفقة مع تسليم مبلغ من المال، يتم دمج الرمز في سلسلة الكتل في شكل كتلة معاملة جديدة، وبمجرد استيفاء الشروط، يتم تنفيذ العقد من تلقاء نفسه لإرسال مبلغ المال. تلك التقنية التي تعتمد على معاملة الند بالند، ويظهر فيها ما يطلق عليه حديثاً (الوسيط الذكي)⁽¹⁴⁶⁾، وهو أمر يختلف عن المعمول به في التعاقد الإلكتروني،

(145) الدعوى رقم 114 لسنة 21 قضائية، المحكمة الدستورية العليا «دستورية».

(146) قدّم الفقه عدداً من التعريفات للوسيط الذكي: فمنه من عرّف الوكيل الذكي بأنه: «برنامج يتم عمل البرمجة الخاصة به لتحقيق أهداف معينة، بحيث يكون له أفكاره الخاصة حول كيفية تحقيق هذه

فالأخير آلية إجرائية إلكترونية لتعاقد تقليدي سيتم تنفيذه تقليدياً.

فقد عرّف نظام التجارة الإلكترونية السعودي⁽¹⁴⁷⁾ العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يُبرم إلكترونياً بين الأطراف الذين يتعاملون بالتجارة الإلكترونية⁽¹⁴⁸⁾، وهو أمر يختلف عن تقنية البلوك تشين في إبرام العقود الذكية. إلا أن ما جاء بنظام التعاملات الإلكترونية السعودي يُعدّ اعترافاً وتنظيماً من المنظم السعودي بالعقود الذكية حيث أجاز أن يتم التعاقد من خلال منظومات بيانات إلكترونية آلية أو مباشرة بين منظومتي بيانات إلكترونية أو أكثر تكون مُعدّة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهام بوصفها ممثلة عن طرفي العقد.

ويكون التعاقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً لآثاره النظامية على الرغم من عدم التدخل المباشر لأي شخص ذي صفة طبيعية في عملية إبرام العقد. كما أجاز أن يتم التعاقد بين منظومة بيانات إلكترونية آلية وشخص ذي صفة طبيعية، إذا كان يعلم - أو من المفترض أنه يعلم - أنه يتعامل مع منظومة آلية ستتولى مهمة إبرام

الأهداف، وكذلك له اغراضه الخاصة التي تميزه عن باقي التطبيقات الأخرى متعددة الوظائف». راجع آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني: مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مج7، ع2، سنة 2015، ص126. وعُرف أيضاً بأنه: «برمجية تؤدي مهمة معينة باستخدام معلومات تم جمعها من بيئتها للعمل بأسلوب مناسب وإكمال مهمتها بنجاح.....». راجع:

Bjom Hermans, Intelligent Agents on the Internet an inventory of currently offered functionality in the information society @ a prediction of (near) future developments, University Tilburg The Netherlands University, March 1997, p.15, Retrieved from <http://pdfs.semanticscholar.org/1749/aee1e837da2e07075a8c50a5c38351b99fe.pdf>.

راجع أيضاً للاطلاع على مزيد من مفهوم الوسيط الذكي: أحمد مصطفى الدبوسي، الإشكاليات القانونية لإبرام الوكيل الذكي للعقود التجارية الذكية في ظل عصر البلوك تشين (دولتا الكويت والإمارات نموذجاً، دراسة تحليلية مقارنة)، المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية - التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار - الكويت 10-10-2021، ص401 - 402.

(147) نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 بتاريخ 1428/3/8، منشور على الرابط التالي، تاريخ الاطلاع 2023-10-9م، <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/6f509360-2c39-4358-ae2a-a9a700f2ed16/1>

(148) راجع المادة (1/12) من نظام التجارة الإلكترونية السعودي.

العقد أو تنفيذه،⁽¹⁴⁹⁾ وهي نفس التقنيات التي يقوم عليها عمل سلسلة البلوك تشين في إبرام العقود الذكية.

وهو حكم لا يمكن القياس عليه بشأن القانون الكويتي رقم 20 لسنة 2014 في شأن المعاملات الإلكترونية، حيث إن مفهوم المعاملات الإلكترونية في القانون الكويتي يقتصر على العقود الإلكترونية وليس العقود الذكية، ويُعرّف العقد الإلكتروني بأنه: «عقد يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد، ولكنه يتميز بأنه عقد يبرم عن بعد بين غائبين»، حيث ينعقد هذا العقد بمجرد اقتران الإيجاب والقبول كما هي الحال في العقد التقليدي⁽¹⁵⁰⁾.

وعلى الرغم من أن مصطلح العقد الإلكتروني لم يرد ضمن نص القانون إلا أن المشرع الكويتي استعاض عنه بلفظة المعاملة الإلكترونية، فنصت المادة (5) من القانون لبيان انعقاد المعاملة الإلكترونية على أنه: «يجوز التعبير كلياً أو جزئياً عن الإيجاب والقبول وجميع الأمور المتعلقة بالعقد بما في ذلك أي تعديل أو رجوع في الإيجاب أو القبول عن طريق المعاملات الإلكترونية...»، إلا أنه وعلى جانب آخر جاءت المادة (8) من القانون لتعبر عن مفهوم آخر من التعاملات الإلكترونية لتنص على التعاقد من خلال النظم الإلكترونية، تكون مُعدة ومبرمجة سلفاً للقيام بالتعاقد، وأجاز القانون صحة مثل هذا التعاقد وإنتاجه لكل آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو تدخل الشخص الطبيعي المباشر لإبرام العقد. وهو ما يجعلنا نجزم القول باعتراف المشرع الكويتي بالعقود الذكية وقانونية إبرامها⁽¹⁵¹⁾.

إلا أنه على الرغم من اعتراف بعض التشريعات بصحة العقود الذكية وتنظيمها على نحو ما أوردنا سلفاً، إلا أن هذا التنظيم ما زال يفتقر إلى الشمول وتنظيم كل المسائل الأخرى المتعلقة بالعقد الذكي غير مسألة إبرامه، كمسألة التكيف

(149) المادة (11) من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/18) بتاريخ 1428/3/8هـ.

(150) راجع: تنظيم العقد الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، مجلة كلية القانون العالمية، السنة 8- ربيع الثاني/جمادى الأولى 1442هـ، ديسمبر 2020م، ص 30.

(151) راجع بشأن تبني الرأي ذاته: أحمد مصطفى الدبوسي، مرجع سابق، ص 413-414.

القانوني الدقيق لهذه العقود، وهل ستنطبق عليها أحكام العقود التقليدية، وما المركز القانوني للوكيل الذكي، وهل يمكن منحه الشخصية القانونية أو لا⁽¹⁵²⁾، وما أثر القوة القاهرة على تنفيذ العقود الذكية⁽¹⁵³⁾، فلو أن وباءً كوفيد كورونا الذي أصاب العالم الفترة السابقة قد أثر في تنفيذ العقد الذكي فما مدى تأثير ذلك وقبوله في نطاق العقود الذكية، حيث قضت محكمة النقض المصرية أول حكم قضائي اعتبر الفترة الأولى لتفشي جائحة فيروس كورونا التي تعطل فيها عمل المحاكم، بمنزلة «قوة القاهرة» توقف سريان مواعيد الطعن على الأحكام، وذلك وفقاً لقرارين صادرين من رئيس مجلس الوزراء باعتبار المدة من 17 مارس حتى 27 يونيو 2020 قوة القاهرة بسبب تفشي الجائحة، وتستبعد المدة من المواعيد الإجرائية للطعن على الأحكام⁽¹⁵⁴⁾.

وقرر قضاء المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة مبدأً مفاده أنه إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا انقضى معه الالتزام المقابل وانفسخ معه العقد من تلقاء نفسه⁽¹⁵⁵⁾.

إن القوانين التي اعترفت بصحة وانعقاد العقود الذكية جاءت في مجملها إجرائية

(152) حول هذه الآراء وهذا الجدل راجع: المرجع السابق، ص 416-418.

(153) مثلاً على ذلك: فعندما يأتي الموعد النهائي المتفق عليه لسداد القرض المأخوذ طبقاً لتقنية البلوك تشين، مع وجود استحالة في التنفيذ بسبب إعسار المدين فما الحل هنا؟ ما هو مدى استجابة الواقع الافتراضي مع المعطيات الواقعية، مع التأكيد على طبيعة تقنية سلاسل الكتل التي تأتي تغيير البيانات. راجع:

Dan Jerker B. Svantesson, Private International Law and the Internet, op. cit., p. 2,3.

وكذلك:

Eliza Mik, Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real-World Complexity, Law, Innovation and Technology. 9, (2), August 17, 2017, pp. 269-300.

See at, https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4298&context=sol_research, last accessed on 3/10/2023.

(154) حكم صادر من الدائرة المدنية «ج» - بمحكمة النقض - الطعن الرقم 9919 لسنة 90 قضائية.

(155) حكم المحكمة الاتحادية العليا، جلسة الثلاثاء الموافق 27/ يناير 2009، الطعن الرقم 95 لسنة 2008 مدني، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، العدد الأربعون، شوال 1430 هـ، أكتوبر 2009، ص 510.

تتعلق ببيان حجية هذه التعاملات في الإثبات وكيفية حفظها، لكنها لم توضح أو تُفصل الأحكام الموضوعية التي يلزم تطبيقها على هذه العقود.

مجموعة من التحديات إذا تواجهاها الدول بشأن التعامل وأنشطة الأصول الرقمية، تحديات يمكن مواجهتها من خلال سن تشريعات تنظم الاعتراف بالأصول الافتراضية وتضع البيئة القانونية اللازمة لحماية التعاملات التي تتم من خلال تلك الأصول، حيث إن الدولة بما تملكه من سلطة تشريعية تمكنها من سن التشريعات اللازمة لتحقيق استقرار مجتمعاتها، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات بأن: «لا قيد على الإمارات في أن تضع التشريعات اللازمة لتنظيم الأصول العامة....، ووضع الحلول التشريعية لما تواجهه الإمارات»⁽¹⁵⁶⁾.

والأصول المالية ونظراً إلى ما تعتمد عليه في استخدامها من تقنيات وتطبيقات رقمية حديثة فإن التعاون الدولي لتنظيمها أمر مطلوب، فالاتفاقات الدولية مصدر مادي مناسب للأحكام القانونية في المجالات التقنية التي تتطلب معرفة أو خبرات لا تتوافر لدى المشرع الوطني، كما أن اللجوء إليها يمنع التضارب بين المبادئ الوطنية والدولية خاصة، كما أن التعامل بالأصول الافتراضية يتسم بأنه معاملة عابرة للحدود. ومن أمثلة هذه المجالات التي تتطلب تعاوناً دولياً بشأنها وتنظيم الجهود الدولية (الضرائب). ومن هذا المنطلق نجد أن منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي الدولية في مؤتمرها المنعقد في أكتوبر 2019 أصدرت تقريراً أوضحت فيه ضرورة التعاون الدولي للتعامل مع هذه التقنيات الرقمية المتمثلة في العملات المشفرة والبلوكشين (cryptocurrencies and blockchain)⁽¹⁵⁷⁾.

(156) حكم المحكمة الاتحادية العليا، جلسة الإثبات الموافق 18 مايو 2009، الدعوى رقم 2 لسنة 28 دستوري، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، العدد الأربعون، شوال 1430 هـ، أكتوبر 2009، ص 496-497.

(157) OECD secretary general tax report G20 Finance ministers and central bank governors, October 29 2019.

الخاتمة

إن الأصول الرقمية تُعتبر أحد المفاهيم وليدة التحول الرقمي والتي زاد استخدامها في الآونة الأخيرة عبر جميع دول العالم مع تزايد تداول المنتجات الرقمية، وتختلف هذه الأصول عن الأصول المادية في أنها متاحة على الإنترنت، ويمكن استخدامها على أجهزة الكمبيوتر، كما أنه لا يتم تسليمها من خلال الشحن أو التسليم للمستهلك، بل عن طريق تنزيلها بعد أقل من دقيقة من دفع ثمنها يتم الحصول عليها فوراً من دون الحاجة إلى وسيط أو طرف ثالث، من خلال تقنيات حديثة تتطور سريعاً، ويظهر منها الجديد كل فترة، وهي أصول غير ملموسة لا يمكن حملها أو الاحتفاظ بها، وتتميز بعدد من الخصائص التي تجعلها متميزة عن الأصول الافتراضية، وتحتاج إلى سن التشريعات والقوانين التي تنظم التعامل بها وتحمي حقوق المتعاملين بها، وفي هذا الشأن انتهينا في هذا البحث إلى عدد من النتائج، وعدد من التوصيات نبينها فيما يلي:

أولاً: النتائج

- 1 - حظر عدد من الدول على المستويين الإقليمي والعالمي التعامل في الأصول الافتراضية، ونهت على خطورة التعامل فيها، وبررت المنع بأن هذه الأصول خارج نطاق المظلة الرقابية للدولة.
- 2 - عدد من الدول على المستوى العالمي والإقليمي لم تحظر تماماً التعامل في الأصول الافتراضية، إلا أنها لم تضع قانوناً بشأن تنظيم الأصول الافتراضية ومزودي خدماتها، واكتفت بمواجهة بعض تحديات الأصول الافتراضية والتي تتعلق بقوانين مكافحة جرائم الإرهاب وغسل الأموال والجريمة المنظمة وجرائم التهرب الضريبي.
- 3 - ساعد التعامل في الأصول الافتراضية، ولكونها تنطوي على معاملات عابرة للحدود في معدل ارتكاب جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب والجرائم المنظمة نتيجة انتشار التعامل فيها.

- 4 - على الرغم من التنبيه على خطورة التعامل في الأصول الافتراضية ومنع التعامل فيها، أو السكوت عن المنع صراحةً، إلا أن التقارير والدراسات الدولية تُشير إلى زيادة حجم التعامل فيها وبشكل ملحوظ وكبير.
- 5 - نتيجة لزيادة حجم التعامل في الأصول الافتراضية ولجني ثمار التعامل في الأصول الافتراضية، والحد من مخاطر التعامل فيها، انتهت عدد من الدول إلى أهمية تنظيم التعامل في الأصول الافتراضية وتنظيم نشاط مزودي خدماتها.
- 6 - على الرغم من محاولات تنظيم أنشطة الأصول الافتراضية ونجاح عدد من الدول في ذلك، وعلى رأسهم إقليمياً دولة الإمارات العربية المتحدة، إلا أن التعامل في الأصول الافتراضية ما زال يثير عددًا من التحديات القانونية في مجالات عدة يصعب تطويع التشريعات القائمة أو التقليدية لمواجهتها.
- 7 - تواجه الدول التي لم تنظم حتى الآن التعامل في الأصول الافتراضية تحديات كبيرة تمثل خطرًا على أمنها القومي، ونظامها المالي، وغيرها من التحديات، بالإضافة إلى تخلفها عن ركب التكنولوجيا الرقمية وما أسفر عن تطبيقات وتقنيات حديثة أصبحت إحدى أدوات تحقيق التنمية المستدامة.

ثانيًا: التوصيات

- 1 - في ضوء انتشار التعامل بالأصول الافتراضية يجب على الدول استشعار أهمية وضع تنظيم قانوني للأصول الافتراضية ومزودي خدماتها وإخضاع هذه الأصول لسلطان ورقابة الدولة، حيث إن القانون هو وسيلة المجتمعات الحديثة لتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع.
- 2 - يجب إخضاع أنشطة مزودي الخدمات الافتراضية وغيرهم من الجهات الملزمة التي تشارك في أنشطة ومنتجات وخدمات الأصول الافتراضية أو تقديمها، لقوانين وتشريعات مكافحة غسل الأموال ومكافحة الإرهاب ومكافحة الجرائم المنظمة، وإجراء التعديلات القانونية اللازمة في قوانينها الحالية المنظمة لهذه

الجرائم من خلال تعديل تشريعاتها وقوانينها بما يجعلهم مخاطبين بأحكامه بحيث يخضعون لقوانين مكافحة غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب والجرائم المنظمة والالتزام بالالتزامات المفروضة بموجبه.

3 - تستلزم المواجهة الفعالة للأنشطة الإجرامية التي تنطوي على أصول رقمية إقامة شراكات دولية وبناء جسور من التعاون الدولي، حيث إن الطبيعة العالمية المتأصلة في منظومة الأصول الرقمية تجعل من أنشطة الأصول الرقمية أنشطة عابرة للحدود الوطنية مما يُسهل تلك الجرائم.

4 - ينبغي التعاون بين الدول في مجال الأصول الافتراضية لمواجهة عدد من التحديات التي تستلزم هذا التعاون منها: مجال القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق، مجال تحديد الاختصاص القضائي، وتبادل الخبرات القانونية خاصة بالنسبة إلى الدول التي لها باعٌ في مجالات التكنولوجيا الرقمية وتطبيقاتها، وتبادل البيانات والمعلومات بين الجهات الرقابية في الدول المتعاونة.

5 - وضع أنظمة قانونية وطنية جديدة تُطبق على التعاملات في الأصول الرقمية، أنظمة تتضمن بالأساس أحكاماً موضوعية تنظم مسألة انعقاد المعاملة وشروط صحتها، وانقضائها... وغيرها من أحكام موضوعية تعجز القواعد التقليدية التي تحكم معاملات الأصول المادية أو المعنوية عن تنظيمها.

6 - وضع أنظمة قانونية مرنة تستوعب مستجدات التكنولوجيا الرقمية وتطبيقاتها، والسماح بإضافة أنشطة جديدة كأنشطة وكيل إدارة تركة أصول افتراضية، وغيرها من الأنشطة التي سيفرزها اتساع التعامل في الأصول الافتراضية.

7 - تعديل القوانين الحالية الخاصة بحماية المستهلك وحماية البيانات والحق في الخصوصية، بما يتناسب ومفهوم مستهلك الأصل الافتراضي، وتضمن له حماية فعالة من جميع أنواع الاعتداء الممكن في هذه البيئة الافتراضية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب:

- ياسر حسين بهنس، الجرائم الضريبية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015.
- السيد محمد عبدالمجيد موسى، مصادر الالتزام، ط1، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2023.

2 - الرسائل العلمية:

- أثير صالح إبراهيم، التنظيم القانوني للعمليات الرقمية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، يونيو 2021.
- توفيق حمد صالح الدين الشربجي، العلاقة بين العملات الافتراضية وجرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2019.

3 - البحوث العلمية:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقود الذكية والذكاء الاصطناعي ودورهما في أتمتة العقود والتصرفات القانونية: دراسة لدور التقدم التقني في تطوير نظرية العقد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج44، ع4، ج1، ديسمبر 2020.
- أحمد عبدالرحمن المجالي، الطبيعة القانونية للعملة الافتراضية، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ع81، يناير 2020.
- أسماء سالمين العرياني، العملات الافتراضية: حقيقتها وتكييفها وحكمها الشرعي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، مج14، ع1، سنة 2012م.

- آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني: مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات العربية المتحدة، مج7، ع2، يونيو 2015.
- أحمد حسين درايح الوليد، غسل العملات الافتراضية مظهر للفساد الرقمي (البتكوين نموذجاً)، المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي، مكافحة الفساد في البيئة الإلكترونية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا/برلين، 4-5 أبريل 2021.
- أحمد عبدالرحمان بن سالم، تقنية البلوك تشين والعقود الذكية: مقارنة تحليلية للأطر القانونية والتكنولوجية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمر الثليجي، الأغواط، الجزائر، مج8، ع20، يونيو 2022.
- جليل حسن الساعدي، حجية عقود البلوك تشين في الإثبات، المجلة الأكاديمية العلمية، ع20، س5، أبريل 2023.
- جهاد محمود عبدالمبدي، مدى حجية تقنية البلوك تشين في الإثبات المدني (دراسة تحليلية)، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، القاهرة، مج4، ع1، يناير 2023.
- داود منصور وآخرون، العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين: بداية نهاية العقود التقليدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بنخدة، الجزائر، مج59، ع1، مارس 2022.
- هالة صالح الحديشي، عقود التكنولوجيا المغيرة (العقود الذكية)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، مج10، ع38، سنة 2012.
- حازم صلاح الدين عبدالله، استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في كتابة الأحكام القضائية والتوقيع عليها، المجلة القضائية، ع4، رجب 1433هـ.
- حسن السوسي، مواءمة نظرية العقد مع متطلبات العصر: نظرة في العقود الذكية، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، مج2، ع6، سبتمبر 2020.

- حسن يوسف مصطفى مقابله وآخرون، المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعودي، المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، مج3، ع1، أبريل 2022.
- محمد علي علي عائض وآخرون، تنظيم المحاكم واختصاصاتها في جمهورية الصين الشعبية (دراسة مقارنة بمحاكم المملكة العربية السعودية)، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الآداب والعلوم الإنسانية، مج27، ع6، يونيو 2019.
- منى الأشقر، تبييض الأموال الناتجة عن الإتجار غير المشروع بالمخدرات، مركز المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، 1995م.
- منير ماهر أحمد، وآخرون، التوجه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضية، (البيت كوين نموذجاً)، مجلة بيت المشورة، قطر، ع8، أبريل 2018.
- معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في «البلوك تشين»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع4، ج1، مايو 2019.
- ناريمان مسعود بو رغدة، عقود البلوك تشين (العقود الذكية) من منظور قانون العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسة والاقتصادية، مج56، ع2، نوفمبر 2019.
- نجية معداوي، العقود الذكية والبلوك تشين، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، مج4، ع2، يوليو 2021.
- نورالدين صويلحي، أثر تعدين (البتكوين-Bitcoin) والعملات الافتراضية على استقرار النظام النقدي العالمي، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي أمين العقال، الجزائر، مج10، ع2، نوفمبر 2018.
- سعاد مجاجي، فكرة العقود الذكية كأحد أهم تطبيقات البلوك تشين، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مج6، ع1، يونيو 2023.
- سعيد بن زعال بن سعيد الخريصي، جرائم الإرهاب السيبراني ودور السياسة الخارجية السعودية في مواجهتها من منظور الأمن الوطني والقانون الدولي، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، مج10، ع73، مايو 2023.

- عاصم محمد عادل العضائيلة، العملات الافتراضية طريق لتمويل الإرهاب، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الأردن، مج1، ع1، نوفمبر 2020.
- عبدالفتاح محمد أحمد صلاح، (البيتكوين) عملة إلكترونية مشفرة قد تسبب أزمة اقتصادية عالمية جديدة، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية، دمشق، ع33، ديسمبر 2017.
- علي عوده الشمري، الإشكالات القانونية المتعلقة بأركان جريمة غسل الأموال في القانون الكويتي رقم 106 لسنة 2013م: دراسة تحليلية نقدية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج45، ع4، ج2، يناير 2021.
- رضا محمد عبدالعزيز مخيمر، المواجهة الجنائية للجريمة المنظمة عابرة الحدود: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة عين شمس، مقالة 4، مج2، ع1، يوليو 2022.
- خالد محمد حمدي صميذة محمد، تداول العملات المشفرة وخطره على الأمن المجتمعي، حولية كلية الدعوة الإسلامية بالقاهرة، جامعة الأزهر.
- 4 - الدراسات والتقارير الدولية والإقليمية
- اتحاد المصارف العربية، التحول الرقمي في المنطقة العربية، الأمانة العامة، إدارة الأبحاث والدراسات، يونيو 2021.
- مجموعة العمل المالي، إرشادات مجموعة العمل المالي، البيانات والإحصائيات المتعلقة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، أكتوبر 2015.
- مجموعة العمل المالي، تحديث مستهدف حول تنفيذ معايير مجموعة العمل المالي للأصول الافتراضية ومزودي خدمات الأصول الافتراضية، يونيو 2023.
- تقرير صندوق النقد الدولي، سبتمبر 2022.
- 5 - أوراق مؤتمرات وملتقيات علمية
- أحمد مصطفى الدبوسي، الإشكاليات القانونية لإبرام الوكيل الذكي للعقود التجارية الذكية في ظل عصر البلوك تشين (دولتا الكويت والإمارات نموذجًا،

دراسة تحليلية مقارنة)، المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية - التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار - الكويت 10-10-2022.

- أحمد عيد عبدالحميد إبراهيم، تقنية «البلوك تشين» وحجيتها في إثبات العقود الذكية (دراسة فقهية مقارنة بقانون الإمارات العربية المتحدة)، ورقة عمل مقدمة ضمن فاعليات المؤتمر الدولي الثاني (تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون، رؤية مستقبلية في دولة الإمارات العربية المتحدة- الجزء الثاني (التطبيقات الذكية في القانون)، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002م.

- أيمن محمد سيد مصطفى الأسيوطي، الطبيعة القانونية للعقود الذكية في ضوء تقنية البلوك تشين، ورقة عمل مقدمة ضمن فاعليات المؤتمر الدولي الثاني (تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون رؤية مستقبلية في دولة الإمارات العربية المتحدة - الجزء الثاني (التطبيقات الذكية في القانون)، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002م.

- قبس حسن عواد البدراني، الثوابت والمتغيرات في التشريعات المالية في ضوء التقنيات الحديثة دراسة قانونية مقارنة، ورقة عمل مقدمة ضمن فاعليات المؤتمر الدولي الثاني (تمكين التطبيقات الذكية بين الفقه والقانون، رؤية مستقبلية في دولة الإمارات العربية المتحدة - الجزء الثاني (التطبيقات الذكية في القانون)، كلية الإمام مالك للشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002م.

ثانياً: باللغة الإنجليزية

- American Bar Association, Digital and Digitized Assets: Federal and State Jurisdictional Issue working Paper, 2020. available at: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/buslaw/committees/CL620000pub/digital_assets.pdf
- Amy J. Schmitz and Colin Rule, Online Dispute Resolution for Smart Contracts, Journal of Dispute Resolution 103; University of

Missouri School of Law Legal Studies, Research Paper No.2019-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3410450>.

- Andressa Patricia Silva Dias, (2022),” Virtual Assets: A Legal, Causal, and Case Study Analysis of the Influence of COVID-19 on the Use of Virtual Assets to Launder Money and of the European Union Regulatory Reaction on it” Utrecht, university.
- Ariane Tichit, Pascal Lafourcade et Vincent Mazenod, Les monnaies virtuelles décentralisées sont-elles des dispositifs d’avenir? La nature sociale de la monnaie. Enjeux théoriques et portée institutionnelle, Revue Interventions Économiques, (2018).
- B. Dondero Les smart contracts in le droit civil à la l’ère du numérique, semaine juridique -Lexisnexis, 2017.
- Bjorn Hermans, Intelligent Agents on the Internet an inventory of currently offered functionality in the information society @ a prediction of (near) future developments, University Tilburg The Netherlands University, March 1997, available at: [https:// pdfs.semanticscholar.org/1749/ae1e837da2e07075a8c50a5c38351b-99fe.pdf](https://pdfs.semanticscholar.org/1749/ae1e837da2e07075a8c50a5c38351b-99fe.pdf).
- C. Albrecht and K.M. Duffin and S. Hawkins and V.M.M. Rocha, “The use of cryptocurrencies in the money laundering process”, Journal of Money Laundering Control, Vol.22, No.2, (2019).
- C. Roda, Smart Contracts, dumb contracts, Dalloz, Paris, 2018. .
- Dimitris Drakopoulos, Fabio Natalucci, Evan Papageorgiou, Crypto Boom Poses New Challenges to Financial Stability, As crypto assets take hold, regulators need to step up, October 1, 2021 Available at: <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2021/10/01/blog-fsr-ch2-crypto-boom-poses-new-challenges-to-financial-stability>.

- Eliza Mik, Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real-World Complexity, Law, Innovation and Technology. 9, (2), August 17, 2017, See at, https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4298&context=sol_research.
- Everette and others, Risks and vulnerabilities of virtual currency, cryptocurrency as a payment method, Public-Private Analytic Exchange Program 2017, (52) Denis B. Desmond, David Lacey and Paul Salmon, "Evaluating cryptocurrency laundering as a complex socio-technical system: a systematic literature review", Journal of Money Laundering Control, vol.22, No.3, July 2019.
- F. Gillioz, Du contrat intelligent au contrat juridique intelligent, 2019.
- George Pavlidis, International regulation of virtual assets under FATF's new standards", Journal of Investment Compliance, Vol.21 No.1, (2020).
- M. Mekki, Les mystères de la Blockchain. Recueil Dalloz, Paris, 2017.
- Michael Walker, Esq., and Victoria Blachly, Esq.* Samuels Yoelin Kantor LLP Portland, Oregon, Tax Management Estates, Gifts and Trusts Journal.
- N. Szabo, Smart Contracts, 1994, available at <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/courses/Informationinspeech/cdrom/literature/LOT-winterschool2006/Szabo.best.vwh.net/smartcontrats.html>.
- OECD secretary general tax report G20 Finance ministers and central bank governors, October 2019.
- Primavera De Filippi and Samer Hassa, Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code, Published

in First Monday Journal, US, Vol.21, No.12, Nov.2016. Available at SSRN: https://www.researchgate.net/publication/311447869_Blockchain_Technology_as_a_Regulatory_Technology_From_Code_is_Law_to_Law_is_Code.

- Ramy Met Wally El-Kady, “Criminal confrontation of encrypted digital currencies and artificial intelligence crimes Analytical study in Egyptian and comparative legislation,” Journal Sharia and Law: Vol. 2022: No. 89, Article 6. Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss89/6.
- Serhii Hrytsai, Taxation of Profits from operations with “Virtual Assets” – Legal Analysis of The Draft Law on Changes in The Tax Code of Ukraine, Scientific Journal of Polonia University, Vol.56, Iss.1, (2023)
- Tony Manninen and Tomi Kujanpää, The value of virtual assets: The role of game characters in MMOGs, International Journal of Business Science & Applied Management (IJBSAM).

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	255
المقدمة	257
المبحث الأول: نشأة وماهية وأسباب انتشار الأصول الافتراضية	261
المطلب الأول: نشأة الأصول الافتراضية وتعريفها	261
الفرع الأول: نشأة الأصول الافتراضية	261
الفرع الثاني: تعريف الأصول الافتراضية	264
المطلب الثاني: أسباب انتشار الأصول الافتراضية	270
المبحث الثاني: التحديات القانونية التي تفرضها الأصول الافتراضية	273
المطلب الأول: تحديات مواجهة الجرائم الجنائية باستخدام الأصول الافتراضية	274
الفرع الأول: اتساع نطاق استخدام الأصول الافتراضية في الأنشطة الإجرامية عبر شبكة الإنترنت	274
الفرع الثاني: الأصول الافتراضية وغسل الأموال	276
الفرع الثالث: الأصول الافتراضية وجرائم تمويل الإرهاب وغيرها من الجرائم المنظمة	278
الفرع الرابع: الأصول الافتراضية وجرائم التهرب الضريبي	279

280	المطلب الثاني: تحديات حماية المستهلك عند تعامله في الأصول الافتراضية
280	الفرع الأول: غياب الشفافية والإفصاح
282	الفرع الثاني: حماية بيانات المستهلك
283	الفرع الثالث: حماية ملكية المتعاملين
284	المطلب الثالث: تحديات غياب التنظيم القانوني لتعاملات الأصول الرقمية
284	الفرع الأول: مفهوم العقد الذكي (Crypto Contract)
288	الفرع الثاني: العقود الذكية (عقود سلسلة الكتل) وتوافر أركان العقد التقليدية
290	الفرع الثالث: الإثبات في العقود الذكية
293	المبحث الثالث: التنظيم القانوني للأصول الافتراضية
294	المطلب الأول: الاعتراف بالأصول الافتراضية
296	الفرع الأول: إنشاء سلطة مختصة بتنظيم خدمات الأصول الافتراضية والإشراف والرقابة عليها
304	الفرع الثاني: تنظيم أنشطة مزودي خدمات الأصول الافتراضية
306	الفرع الثالث: مكافحة الأنشطة غير المشروعة وحماية البيانات وحقوق المستهلكين

312	المطلب الثاني: تهيئة البيئة القانونية اللازمة لاستقرار التعامل بالأصول الافتراضية
313	الفرع الأول: استشعار أهمية الاعتراف القانوني بالأصول الافتراضية
314	الفرع الثاني: التنظيم القانوني لمكافحة جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب والجريمة المنظمة
317	الفرع الثالث: التنظيم القانوني للعقود الذكية
322	الخاتمة
325	قائمة المراجع

الجوانب القانونية للتخفيضات الوهمية في عقود الاستهلاك

دراسة في التشريعين الإماراتي والكويتي^(*)



د. مراد بن صغير
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون، جامعة الشارقة



د. عواطف زارة
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون، جامعة الشارقة

الملخص

تُعد التخفيضات الوهمية، في عقود الاستهلاك، من أبرز المشكلات الشائعة التي تؤثر على حقوق المستهلكين؛ حيث يتم تضليلهم من خلال الإعلانات والتلاعب بالأسعار... وغيرها من الممارسات التجارية المشبوهة، وغير العادلة التي تُخلّ بمبدأ الشفافية والثقة المطلوبة، والتي تشكل تهديداً لحقوق المستهلكين، وانتهاكاً لقوانين حماية المستهلك.

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على الجوانب القانونية للتخفيضات الوهمية، في إطار التشريعات الإماراتية والكويتية، ومعالجة مختلف التحديات، على غرار المساس بمبدأ الرضا المستنير للمستهلك، وانتهاك حق الاختيار لديه، إضافة إلى صعوبات عمليات الرصد والتنفيذ، في ظل السوق الإلكتروني المفتوح؛ حيث يمكن لتجار التجزئة تغيير الأسعار بسهولة عبر المنصات الرقمية؛ فضلاً عن صعوبة وضع وإثبات معيار لتحديد السعر «المعقول» قبل الخصم الذي يظل محلاً للتلاعب، في ظل عدم توافر ضمانات وآليات كفيلة لضبطه.

وقد توصلت الدراسة إلى ضرورة التصدي للتخفيضات الوهمية، من خلال رصد الثغرات القانونية والتنظيمية، وتقييم مدى ملاءمة وفعالية القوانين والإجراءات المنوطة بحماية المستهلك. والعمل على تأطير عمليات العروض والخصومات،

وتاريخ قبوله: 20 نوفمبر 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 2 أكتوبر 2024

وذلك بفرض معايير صارمة بشأن الإعلان عن التخفيضات والأسعار؛ تكريسًا لحماية أفضل للمستهلكين، وتعزيزًا للشفافية والثقة بالمعاملات التجارية.

كلمات دالة: التخفيضات الوهمية، والمستهلك، والأسعار، والإعلان، والحماية، والرقابة، والمسؤولية.

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

تستهوي العروض والتخفيضات المستهلك، وتحفز نزعته الاستهلاكية، إلى درجة اقتناء سلع وخدمات قد لا يكون في حاجة إليها في كثير من الأحيان، وهو ما يشكل إفراطاً استهلاكياً يتنافى وحق الاستهلاك المستدام والمسؤول؛ فقد أضحت التخفيضات الوهمية استراتيجية تسويقية بامتياز، تلجأ إليها بعض الشركات والمحلات التجارية لاستقطاب المستهلكين، بحجة وجود خصومات أو عروض استثنائية أو خاصة؛ ليتضح أن السعر المخفض ليس سوى السعر الفعلي، أو ربما أعلى حتى من السعر العادي. وهو ما يجعل لهذه الممارسات التجارية المشبوهة وغير المسؤولة، تأثيراً سلبياً مباشراً في توجيه أسلوب الاستهلاك لدى المستهلكين، والمساس بحقوقهم في الاختيار والرضا المستنير. واقع من شأنه أن يهدد الحقوق الأساسية للمستهلك⁽¹⁾، وينسف المستوى العالي من الحماية الذي أقره التوجيه الأوروبي رقم UE/83/2011 بشأن حقوق المستهلكين.

ثانياً: أهمية الدراسة

لم تعد التخفيضات موسمية كما هو متعارف عليه، بل صارت تتكرر كثيراً مع عروض وخصومات نهاية الأسبوع، وهو ما أدى - من دون شك - إلى احتدام المنافسة بين الشركات والمحلات التجارية، والتي قد تكون لها انعكاسات غير محمودة العواقب على المستهلكين، فضلاً على اختلال توازن سوق العرض والطلب؛ ما يستدعي تدخلاً تشريعياً لضبط وتنظيم عمليات العروض والتخفيضات، بما يضمن حماية حقوق المستهلك، ويحفظ للمزودين والتجار حقهم في المنافسة المشروعة والتجارة الربحية. وهو ما بادر إليه كل من المشرع الإماراتي والكويتي، على حد سواء، لا سيما خلال فترة جائحة كورونا التي عرفت بعض الممارسات الاستغلالية

(1) Iwona Niedziółka, M.A, Safety of consumers in the light of The Directive on Consumer Rights (2011/83/EC), Consumer Protection - selected issues of the information safety, Alcide De Gasperi University of Euroregional Economy in Józefów, Józefów, Poland, 2014, p.60.

غير المشروعة، من احتكار، أو تخفيضات وهمية، لكثير من السلع الأساسية ذات الاستهلاك الواسع.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

يطرح موضوع العروض والتخفيضات الوهمية إشكاليات قانونية وتنظيمية متداخلة، هل ما تضمنه القانونان الإماراتي والكويتي من أحكام قانونية، وقواعد تنظيمية، يُعد كافياً لضبط عرض تلك التخفيضات؟ ما نصيب المستهلك من حقه في الحماية من تلك التخفيضات الوهمية؟ وما الضمانات والآليات التي تم اعتمادها لتعزيز تلك الحماية؟

رابعاً: أهداف الدراسة

تروم هذه الدراسة تناول الجوانب القانونية والتنظيمية التي تضمنها كل من التشريعين الإماراتي والكويتي لعمليات العروض والتخفيضات؛ لا سيما الوهمية منها، فضلاً على الوصول إلى تقييم المعالجة القانونية التي تبناها كل قانون مع إبراز أوجه الاختلاف، وما اختص به تشريع دون الآخر. كما يهدف البحث إلى الكشف عن الضمانات التي وفرها التشريعان لحماية المستهلك، وإبراز آليات تكريسها بما يعزز الحفاظ على حقوق المستهلك، ومراعاة التوازن العقدي المأمول.

خامساً: منهج الدراسة وخطتها

معالجة موضوع قانوني، كهذا، تقتضي توظيف المنهج الاستقرائي؛ من خلال تحليل النصوص القانونية النازمة لعمليات العروض والتخفيضات، بقصد إبراز الجوانب القانونية والإجرائية المتخذة؛ بالإضافة إلى المنهج المقارن للوقوف على أوجه التشابه والاختلاف، ونقاط القوة والضعف بين التشريعين الإماراتي والكويتي، في معالجتهم القانونية والتنظيمية لموضوع التخفيضات الوهمية.

وقد ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين؛ نتناول في أولهما ماهية التخفيضات الوهمية في كل من القانونين الإماراتي والكويتي. أما المبحث الثاني فنخصّصه لضمانات حماية المستهلك من التخفيضات الوهمية في كلا التشريعين.

المبحث الأول ماهية التخفيضات الوهمية في كل من القانونين الإماراتي والكويتي

لعل من ميزات السوق الحر تصاعد حدّة المنافسة المشروعة بين المتعاملين في التجارة، والبحث عن أسواق ومستهلكين جدد، ما يدفع التجار والمزودين إلى اللجوء إلى وسائل الترويج والتخفيضات، وتخصيص جوائز قصد استقطاب المستهلكين وتحفيزهم على زيادة الإنفاق من دون رويّة ولا حاجة. وهو ما يشكل مساساً بحقوقهم، وخطرًا على التجار المنافسين نتيجة تحوّل العملاء عنهم⁽²⁾. ذلك أن المعروف عن المنتجين والمزودين هو تنافسهم في تطوير وسائل جذب المستهلكين، من خلال تقديم أسعار تنافسية لها دور كبير في استقطابهم، والتأثير على رغباتهم في التعاقد⁽³⁾.

لذلك كان دور المشرع أساسيًا لتنظيم عمليات الإعلان عن العروض والتخفيضات، وهو ما حرص كل من قانوني حماية المستهلك الإماراتي والكويتي على معالجته، وتدارك جوانب القصور فيه، من خلال قوانين أخرى على غرار القانون الإماراتي رقم 42 لسنة 2023 بشأن مكافحة الغش التجاري. وستناول من خلال هذا المبحث الجوانب القانونية والتنظيمية للتخفيضات، في كل من قانون حماية المستهلك الإماراتي والكويتي، وذلك من خلال حصر مفهوم التخفيضات في كلا القانونين، وبيان أوجه التمييز بينهما (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى الشروط القانونية وضوابط إجراء التخفيضات (المطلب الثاني)، ثم نعرض بعض نماذج وتطبيقات تلك التخفيضات الوهمية (المطلب الثالث).

(2) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 211.

(3) Mohammed Amine Jbilou, La protection du consommateur a travers la transparence des pratiques commerciales selon la loi 31-08, Journal des litiges commerciaux, N0 16, 2016, Maroc, p.92. <https://revues.imist.ma/index.php/Contentieux-Affaires/article/download/8359/4753/19904>.

المطلب الأول

مفهوم التخفيضات في كل من القانونين

الإماراتي والكويتي

نتناول في هذا المطلب تعريف التخفيضات - بوجه عام - في كلا التشريعين الإماراتي والكويتي، في فرع أول، ثم نتطرق إلى تعريف التخفيضات الوهمية، وضبط أوجه الاختلاف بين القانونين في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف التخفيضات في التشريعين الإماراتي والكويتي

تعتبر المنافسة عن طريق تخفيض الأسعار أكثر ملاءمة للمستهلك؛ لذلك كان الأصل أن كل محترف (مزود) حرٌّ في ممارسة أسعار أقل من أسعار منافسيه، مادام ذلك لا يمنعه القانون، ولا يعتبر مخالفاً للمنافسة المشروعة⁽⁴⁾.

لم يورد التشريع الإماراتي، وعلى خلاف التشريع الكويتي، تعريفاً للتخفيضات إلا أخيراً بموجب قانون حماية المستهلك الجديد لسنة 2020 المعدل⁽⁵⁾؛ حيث نصت المادة الأولى منه على أن: «التخفيضات هي عرض السلع بقصد بيعها بأسعار مخفضة، أو تقديم الخدمات بأسعار أقل خلال فترة محددة بأي طريقة كانت».

وفي حقيقة الأمر لا يعد التعريف السابق أول تعريف للمشرع الإماراتي؛ إذ صدر في إمارة رأس الخيمة قانون خاص بالبيع بالأسعار المخفضة والتنزيلات والتصفيات لأول مرة سنة 2008⁽⁶⁾، والذي تم إلغاؤه بموجب قانون 2016؛ حيث استخدم مصطلح التنزيلات فعرفها بموجب المادة الأولى كما يلي: «بيع السلعة بسعر أقل من سعرها لغرض الدعاية والإعلان أو لأغراض تجارية أخرى».

(4) محمد بودالي، مرجع سابق، ص 207.

(5) صدر قانون حماية المستهلك، لأول مرة، في دولة الإمارات في العام 2006، وهو القانون رقم 24 لسنة 2006، بشأن حماية المستهلك، الصادر بتاريخ 2006/08/13، ج. ر. 453. ليتم إلغاؤه بموجب القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 2020 المعدل، الصادر بتاريخ 2020/11/10، ج. ر. 755.

(6) صدر القانون رقم 7 لسنة 2008 بشأن البيع بالأسعار المخفضة والتنزيلات والتصفيات الخاص بإمارة رأس الخيمة، ثم تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 6 لسنة 2016 بشأن نفسه.

وقد ورد في المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 2016، بشأن البيع بالأسعار المخفضة والتزيلات والتخفيضات، الخاص بإمارة رأس الخيمة، أن فترة التزيلات ينبغي أن تكون مُحدَّدة في التصريح الممنوح من الإدارة لصاحب المحل التجاري.

ولم يُعرّف قانون حماية المستهلك الكويتي التخفيضات، غير أن لائحته التنفيذية عرّفها بقولها: «عرض السلع بأسعار مخفضة، أو تقديم الخدمات بأسعار أقل خلال فترة مُحدَّدة بأي طريقة كانت»⁽⁷⁾.

ويتشابه تعريف المشرع الإماراتي مع تعريف لائحة التشريع الكويتي إلى حد التطابق؛ حيث يتفقان على أن تكون التخفيضات في مناسبات محددة، كما يتفقان في عدم تقييد طريقة التخفيضات، والتي نرى أن المقصود بها هو آلية الإعلان عن التخفيضات والعروض.

وتجدر الإشارة إلى أسبقية تنظيم قانون حماية المستهلك الكويتي للتخفيضات⁽⁸⁾؛ حيث سبق للمشرع الكويتي إصدار قانون خاص بالتخفيض على السلع والخدمات منذ وقت بعيد، وهو القانون رقم 02 لسنة 1995 بشأن البيع بالأسعار المخفضة والدعاية والترويج للسلع والخدمات، قبل صدور القانون الخاص بإمارة رأس الخيمة السالفة الإشارة إليه.

ومهما كان الاختلاف في أسبقية تنظيم موضوع التخفيضات، فإن الاتفاق بين التشريعين في التعريف يجعلنا نضع ملاحظات واحدة لهما، على النحو التالي:

أولاً: ورد في التشريعين الإماراتي والكويتي أن التخفيضات تكون في فترات، أو فترة، محددة، وفق تعبير كلا التشريعين، وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي الذي

(7) الفقرة 17 من المادة (1) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الكويتي والصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم 27 لسنة 2015 .

(8) تناول قانون حماية المستهلك الكويتي رقم 39 لسنة 2014 موضوع التخفيضات الوهمية بشكل مفصل ومن كل الجوانب.

أطلق على هذا النوع من التخفيضات اسم التخفيضات الموسمية⁽⁹⁾، والتي تخالف العروض والتخفيضات التي تكاد تكون بشكل مستمر على مدار العام.

وقد وصف بعض الفقه عروض البيع بأسعار مخفضة، أو ما يطلق عليها التنزيلات من خلال تطبيقات الإعلان عن السلع بأنها إيجاباً⁽¹⁰⁾، وهو ما يفسر القول بأن العروض والتخفيضات هي الأخرى تعتبر إيجاباً مفتوحاً من المزود، ينتظر موافقة المستهلك لانعقاد العقد.

ثانياً: يمكن أن تتم التخفيضات بأي طريقة كانت، وهو ما يطرح عدة تساؤلات؛ إذ إن العبارة السابقة تعطي حرية واسعة للمزودين في الإعلان عن التخفيضات والعروض والجوائز. ونعتقد أن المقصود هو الوسيلة التي يتم بها الإعلان عن التخفيضات والعروض، والتي لم يورد المشرع تقييدها إلا بالقيود العامة المتعلقة بالإعلان والترويج للسلع، والتي من أهمها ألا يكون إعلاناً مضللاً أو كاذباً.

ويتأكد لنا ذلك بالرجوع إلى تعريف الإعلان والترويج وفقاً لقانون حماية المستهلك الإماراتي، والذي جاء فيه أن المزود يمكن أن يستخدم أي وسيلة في الإعلان عن السلع والخدمات⁽¹¹⁾، كما ورد المبدأ نفسه في قانون حماية المستهلك الكويتي، والذي جاء في تعريفه للمعلن أن عمله يمكن أن يتم بمختلف وسائل الدعاية والإعلان⁽¹²⁾.

الفرع الثاني

تعريف التخفيضات الوهمية في التشريعين الإماراتي والكويتي

عرّف المشرع الإماراتي التخفيضات الوهمية بشكل غير مباشر، من خلال تعريفه الإعلان المضلل في نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك، بأنه

(9) Nafissa Djidel, La réduction du prix dans les relations de consommation, Master 2 Droit des affaires, Faculté de droit, Cergy Paris Université, France, 2021, p.74

(10) خالد عطشان الضفيري، الحماية القانونية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة المحظورة: دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الفرنسي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، س 45، ع 1/4، ديسمبر 2021، ص 24.

(11) انظر: تعريف المعلن في المادة (1) من القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 2020 بشأن حماية المستهلك.

(12) انظر: المادة (1) من القانون رقم 39 لسنة 2014 بشأن حماية المستهلك لدولة الكويت.

«هو الإعلان عن سلعة أو خدمة بناء على معلومات خادعة، أو إغفال معلومات جوهرية أو أساسية ذات ارتباط بالسلعة أو الخدمة؛ ما يؤثر على المستهلك ويدفعه إلى التعاقد؛ بحيث إنه ما كان ليتعاقد لولا تلك المعلومات. ويعتبر في حكم الإعلان المضلل الإعلان عن جوائز أو تخفيضات وهمية أو غير حقيقية».

ويُستشف من هذا التعريف أن المشرع الإماراتي اعتبر الإعلان عن التخفيضات الوهمية صورة من صور الإعلان المضلل، كما سبق له أن اعتبر الإعلان عن جوائز وتخفيضات وهمية، أو غير حقيقية، حالة من حالات الغش التجاري⁽¹³⁾. وقد نصت المادة (2/04) من قانون مكافحة الغش التجاري لسنة 2023 على أنه «يحظر وصف البضاعة أو الإعلان عنها أو عرضها بأسلوب يحتوي على بيانات كاذبة أو خادعة أو مضللة». كما بيّنت المادة (01) من القانون ذاته معنى الغش التجاري بأنه «تقديم بيانات تجارية غير صحيحة أو مضللة عن المنتجات المروجة، أو أي أمر آخر متعلق بها يؤدي إلى خداع المتعامل».

يبدو واضحاً، في اعتقادنا، انحياز التشريع الإماراتي إلى اعتبار التخفيضات الوهمية بمنزلة إعلان مضلل، ومن ثم فهي تنضوي تحت طائلة الغش التجاري. وهذا لا شك موقف يُحسب للقانون الإماراتي، برغم أن المطلع على قانون حماية المستهلك قد يرى قصوراً في التشريع لعدم تطرقه إليها.

ولا شك في أن لوضوح الإعلان ومصادقته دوراً كبيراً في إقناع المستهلك وكسب ثقته⁽¹⁴⁾، فالإعلان المضلل أو الكاذب، كما يُطلق عليه بعض الفقه، يُعد وسيلة لإقناع الجمهور المستهدف بصفات لا يتضمنها المنتج أو الخدمة⁽¹⁵⁾. وقد يكون الإعلان مضللاً عندما يحتوي على معلومات كاذبة أو خاطئة يثبت فيها إغفال بيان

(13) صدر قانون الغش التجاري في دولة الإمارات لأول مرة سنة 1979، وتم استبدال به القانون الاتحادي رقم 19 لسنة 2016 بشأن الغش التجاري، ثم تم إلغاؤه بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم 42 لسنة 2023 بشأن مكافحة الغش التجاري.

(14) Elsa De Gerus, Le phénomène de Greenwashing et son impact sur les consommateurs, Une étude multiculturelle, Université Du Québec, Canada, Aout 2013, p.67. <https://depot-e.uqtr.ca/id/eprint/6920/1/030586132.pdf>.

آخر دخول للموقع بتاريخ: 2024/05/29

(15) Monique Luby, Publicité Commerciale, Dalloz و Paris 2015, p.4.

السلع المعنية بالتخفيضات، أو فترة إجراء التخفيضات⁽¹⁶⁾. وتزداد خطورة الإعلان المضلل في عقود الاستهلاك الإلكترونية، على اعتبار أن فئة كبيرة من المستهلكين لديهم قدرة محدودة في معالجة المعلومات، باختلاف أعمارهم ومستواهم العلمي؛ ما يجعلهم أكثر عرضة للاحتيال⁽¹⁷⁾.

من جهته، وعلى الرغم من اهتمامه بمسألة العروض والتخفيضات الوهمية، وأسبقته للتشريع الإماراتي في تنظيمها، إلا أننا نرى أن المشرع الكويتي لم يقدم مفهوماً واضحاً للتخفيضات الوهمية، وإنما كان تركيزه على شروط وضوابط التخفيضات، والتي ستعرض لها لاحقاً؛ حتى أن القانون الخاص بالأسعار المخفضة لم يحدد مفهوماً لها، واكتفى بتحديد شروطها، والجهات الرقابية المسؤولة عن الإشراف على عمليات التخفيضات والعروض وتنظيمها.

ويرى بعض الفقه أن التخفيضات الوهمية يمكن أن تكون في شكل حملات إعلانية باعتبارها «برنامجاً إعلانياً يتم توجيهه إلى فئات معينة من المستهلكين المرتقبين، ويسعى إلى تحقيق أهداف اتصالية، من خلال مجموعة من الجهود المخططة والمدرسة»⁽¹⁸⁾.

وفي ضوء ذلك يمكننا ضبط تعريف للتخفيضات الوهمية بأنها: كل شكل من أشكال الإعلان غير الحقيقي أو غير الواضح، والذي يوحي للمستهلك بمعلومات مبهمّة أحياناً، وغير صحيحة أحياناً أخرى، وذلك بإخفاء حقيقة التخفيضات، أو الشروط التي وضعها المعلن أو المزود للحصول على السلعة أو الخدمة بأسعار مخفضة.

(16) Nafissa Djidel, Op.cit., p.78

(17) Sawssen Garbouj Chaouwachi, Perceptions et réaction envers les pratiques trempées dans la publicité: Une étude exploratoire, Conference: 10ème Conférence Internationale des Tendances Marketing, Paris, France. Janvier 2011, p.7.

(18) أمير فرج يوسف، قانون حماية المستهلك بدول الخليج، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2016، ص 173.

المطلب الثاني

شروط إجراء التخفيضات في القانونين

الإماراتي والكويتي

تبدأ إجراءات تخفيض الأسعار عادة بعملية إشهار تعلن هذا التخفيض؛ إعمالاً لمبدأ شفافية الأسعار، يجب فيها على المحترف (المزود) تجنب أن يكون الإعلان خادعاً، وإلا تعرّض لعقوبة الإعلان الخادع. ولهذا السبب أوجب أغلب القوانين ضرورة إيراد بيانات إجبارية في الإشهار المعلن عن التخفيض⁽¹⁹⁾.

ويُفترض أن تتم عملية الإعلان عن التخفيضات على السلع، وأحياناً بعض الخدمات، في شفافية تامة، بعيداً عن أي تضليل قد يقع فيه المستهلك، خاصة أن التخفيضات هي أكثر ما يستهويه ويجعله يقبل على عملية الشراء، حتى لو كان في غنى عن تلك السلع؛ لذا ينبغي تنظيم عملية إجراء التخفيضات بشكل محكم يضمن عدم تضليل المستهلك من خلال تلك التخفيضات.

ويجدر بنا أن نتناول - فيما يلي - الشروط القانونية للتخفيضات الوهمية في كلا القانونين، الإماراتي والكويتي.

الفرع الأول

شروط التخفيضات والعروض في القانون الإماراتي

لم يحدد المشرع الإماراتي شروطاً خاصة بالإعلان عن التخفيضات، ماعدا شرط وحيد يتعلق بالحصول على ترخيص مسبق من السلطة المختصة قبل أي عملية ترويج؛ فقد جاء في نص المادة (18) من قانون حماية المستهلك أنه: «يحظر على المزود القيام بالترويج للسلع أو الخدمات أو إجراء تخفيضات عامة للأسعار أو الإعلان عنها بأي وسيلة إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من السلطة المختصة».

وقد ورد في الفقرة (3) من المادة (31) من قرار مجلس الوزراء رقم 66 لسنة

(19) محمد بودالي، مرجع سابق، ص 207.

2023، المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك، بأن المزود يجب عليه إخطار المستهلك عن أي تخفيضات سيتم إجراؤها على السلع أو الخدمات التي يقدمها، وذلك في حال كان الموعد المحدد لبدء سريان هذه التخفيضات خلال أسبوع من قيام المستهلك بالشراء، فإذا أخل المزود بهذا الالتزام، كان للمستهلك الحق في استرجاع فرق السعر خلال 30 ثلاثين يوماً من تاريخ الشراء.

وقد كان القانون رقم 6 لسنة 2016 بشأن البيع والأسعار المخفضة والتنزيلات والتصفيات الخاص بإمارة رأس الخيمة، أكثر توضيحاً لشروط إجراء التخفيضات، أو ما سماه بالتنزيلات، وذلك في نص المادة (3) منه، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- الحصول على تصريح للإعلان عن التنزيلات والتصفيات.
- أن يكون طالب التصريح حاصلاً على رخصة تجارية مرّ على صدورها 3 أشهر على الأقل.

- ألا تقل نسبة الخصم في حال التخفيضات عن 25 %، والتصفية عن 40%.

- تقديم طلب لبدء التنزيلات قبل أسبوعين من إجرائها.

ويتضح مما سبق حرص المشرع على علم المستهلك بالتخفيضات قريبة الأجل، وهو ما قد يجعله يؤجل عملية الشراء إلى اليوم الذي تبدأ فيه التخفيضات، ما يبرر الإعلانات التي يتلقاها جمهور المستهلكين قبل موعدها بأيام؛ مما يتيح لهم فرصة اقتناء سلعتهم وخدماتهم بأسعار مناسبة. وفي حال ثبوت إخفاء المزود ذلك، فإنه يتحمل منح المستهلك فارق السعر خلال أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الشراء.

وهو الموقف نفسه المعمول به في دول الاتحاد الأوروبي في الإعلان عن التخفيضات قبل إجرائها، مع اختلاف المدة الممنوحة، وهي 30 يوماً⁽²⁰⁾، تعزيزاً لحماية أفضل للمستهلكين من التخفيضات الوهمية⁽²¹⁾.

(20) L'article 18 de Directive 2011/83/UE, relative aux droits des consommateurs.

(21) Direction de la cohésion sociale, du travail, de l'emploi et de la population, Des règles plus claires contre les faux rabais, p.1. <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/des-regles-plus-claires-contre-les-faux-rabais#>.

وقد قيدت المادة (6) من قانون إمارة رأس الخيمة إجراء التصريح بالتخفيضات بأمرين، أولهما: ألا تتجاوز مدة التصريح 30 يومًا، والثاني ألا يزيد عدد التصاريح التي تمنح لصاحب المحل التجاري على أربعة تصاريح خلال العام الميلادي الواحد، وأن يفصل بين كل تصريحين مدة 60 يومًا على الأقل، ما عدا التصفيات والمزادات الخاصة بالمنتجات الزراعية والحيوانية الحية ومنتجاتها.

من جهتها أوردت اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك في الفقرة 2 من المادة (5) مسألة غاية في الأهمية؛ نظرًا إلى انتشارها وكثرة استخدامها، تتعلق ببعض البطاقات الخاصة بالخصومات؛ حيث ألزمت اللائحة المزود بالإشارة - بشكل واضح وصریح - إلى إن كان يقبل بطاقات الخصومات من المستهلكين، وكذا قيمة الخصم؛ بحيث تكون معلنة، وبشكل واضح يستطيع المستهلك الاطلاع عليها.

الفرع الثاني

شروط التخفيضات والعروض في القانون الكويتي

وضع التشريع الكويتي شروطًا للإعلان عن العروض والتخفيضات على السلع والخدمات؛ حيث نصت المادة (2/13)، من قانون حماية المستهلك، على أنه: «لا يجوز بأي حال من الأحوال إجراء أي تخفيضات مؤقتة، أو عروض خاصة على أسعار السلع المعروضة للجمهور إلا بترخيص من وزارة التجارة والصناعة». ولذلك كان الترخيص بإجراء التخفيضات مرتبطًا بأمرين: رغبة التاجر في إجراء التخفيضات، ثم الإعلان عن ذلك قبل مدة معينة.

وقد حددت اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الكويتي أجلًا لطلب الترخيص بموجب المادة (31) منها، على أن يتم الحصول عليه قبل موعد العروض بشهر على الأقل، ويكون الترخيص وفقًا لنموذج معتمد من الوزارة.

وقد ذهب المشرع الكويتي إلى أبعد من ذلك؛ حيث منع بث أي إعلانات تجارية عن التخفيضات أو العروض الخاصة بغير الترخيص المشار إليه، أو متى تم بصورة مضللة للمستهلك أو على وجه ينافي الحقيقة⁽²²⁾. وهذا يعني أن المشرع

(22) انظر: الفقرة 3 من المادة (13) من قانون حماية المستهلك الكويتي رقم 39 لسنة 2014 .

الكويتي يُلزم المزود بالحصول - بداية - على ترخيص لإجراء تخفيضات وعروض، ثم يليه ترخيص آخر للإعلان عنها.

بالإضافة إلى ما سبق نسجل أن القانون الكويتي يشترط في الإعلان عن التخفيضات ما يشترطه في الإعلان عن السلع والخدمات بوجه عام، من صحة البيانات المعلن عنها، والمتعلقة بالسلعة، ومطابقة السلعة للإعلان. وهذا لا شك في أنه اتجاه سليم؛ إذ إن التخفيضات يجب أن تكون حقيقية وغير وهمية، ولا ينبغي للتخفيض أن يكون مبرراً لرداءة أو عدم جودة السلعة أو احتوائها على عيوب ظاهرة أو خفية⁽²³⁾.

الجدير بالذكر أن المشرع الكويتي قد فصل في جميع جوانب مسألة التخفيضات؛ إذ خصّص الفصل الثامن كاملاً من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك، للعروض الخاصة والتخفيضات؛ بينما جاء تنظيم قانون حماية المستهلك الإماراتي مقتضباً، ولم تتضمن لائحته التنفيذية تفاصيل كثيرة عن التخفيضات الوهمية، ما عدا ما سبق بيانه بخصوص الشروط والضوابط المتعلقة بإجراء التخفيضات.

المطلب الثالث

تطبيقات للتخفيضات الوهمية

تأخذ التخفيضات، بوجه عام، صوراً وأشكالاً عديدة، ويعبر عنها المزودون والمعلنون بعبارات شهيرة على غرار: «اشترِ سلعة واحصل على الثانية مجاناً»، أو صيغة «تخفيض وتصفية بنسبة 90%»، أو عرض «آخر فرصة»، أو عرض «الجمعة البيضاء»، أو عرض نهاية الموسم أو نهاية السنة»، وعرض «بيع بالسعر الأصلي»، «تصفية»... وغيرها من العبارات التي لا تعبر في كثير من الأحيان عن الحقيقة.

(23) Saira Iqbal and Danish Ahmed Siddiqui, The impact of deceptive advertising on Customer loyalty: A case of Telecommunication industry in Karachi - Pakistan, MPRA Munich Personal RePEc Archive, 31 March 2019, p.12. MPRA Paper No. 93038, posted 1 Apr 2019 09:07 UTC. <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/93038/>.

آخر دخول للموقع بتاريخ: 2024/06/27.

كما قد يقوم المزود، أو المحل التجاري، بالإعلان عن جوائز مجانية، وقيمة مالية في حالة التعامل معها أو شراء سلعتها؛ ليتضح الأمر في الواقع أن كل فرد يحصل على بطاقة يانصيب؛ ما يعني أنه لا توجد هدايا إلا لبعض الأفراد وبعد إجراء السحب⁽²⁴⁾. ولعلنا نقتصر على الإشارة إلى أبرز أشكال التخفيضات الوهمية انتشاراً فيما يلي.

الفرع الأول

إخفاء شروط الحصول على التخفيض

الصدق ركيزة أساسية في جميع المعاملات والعادات، ومنها الدعاية والإعلان⁽²⁵⁾، ما يعني أن المزود عليه تحرّي الصدق والوضوح عند إعلانه أي عروض أو تخفيضات، وألا يكتتم أو يخفي الشروط التي وضعها للحصول على تلك العروض؛ لأن السكوت عن أمور جوهرية في العقد يعتبر غشاً وتدليساً؛ ففي بعض الأحيان يتم الإعلان عن تخفيض لبعض السلع، من دون بيان الشروط المطلوبة، والتي يتفاجأ بها المستهلك بعد اقتنائه السلعة ودفع الثمن⁽²⁶⁾، وذلك على غرار بعض محلات الأثاث التي تعلن عن عروض بتغيير أثاث المستهلك القديم بأثاث جديد، مع دفع فارق بسيط، ليكتشف المستهلك بعد اختياره الأثاث، بشرط مفاده أن يكون الأثاث الجديد بقيمة مالية معيّنة غالباً ما تكون مبلغاً معتبراً. والحال أنه يُفترض في مثل هذه الإعلانات الإفصاح عن كل تفاصيل وشروط الحصول على العرض أو التخفيض.

(24) عبدالمنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 188.

(25) تركي عبدالله الميمان وأدم نوح معابدة القضاة، حوافز التسويق الفندقية: دراسة فقهية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج 15، ع 1، يونيو 2018، ص 205.

(26) Iqbal Thonse Hawaldar, Mithun S Ullal, Spulbar Cristi, Ramona Birau, Trapping Fake Discounts as Drivers of Real Revenues and Their Impact on Consumer's Behavior in India: A Case Study, Sustainability 2019, 11, p 05. https://www.researchgate.net/publication/335401990_Trapping_Fake_Discounts_as_Drivers_of_Real_Revenues_and_Their_Impact_on_Consumer's_Behavior_in_India_A_Case_Study.

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/28.

الفرع الثاني

بيوع التصفية

عرّفت المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 2016 بشأن البيع بالأسعار المخفضة والتنزيلات والتصفيات الخاص بإمارة رأس الخيمة البيع بالتصفيات بأنه: «بيع السلعة بسعر أقل من سعرها الأصلي لغرض تصفية البضائع أو بعضها، أو إغلاق المحل التجاري، أو تغيير نشاطه... أو غير ذلك». أمر يجعل تصفية السلع مقيّدًا بحالات محددة تتعلق أساسًا بإنهاء النشاط التجاري أو تغييره، وهو ما يعني أن يمتنع المزود عن الإعلان عن التصفيات في غير تلك الحالات؛ إذ يعتبر في تقديرنا إعلانًا مضللًا، وتخفيضات وهمية متى تم استخدام عبارة التصفيات لإجراء عملية تخفيضات عادية، بقصد جذب المستهلكين.

وقد أشار الفقهاء إلى أن بيع البضائع بطريقة التصفية الموسمية لا يعد عملية غير شرعية، مادامت تمت وفق الشروط القانونية المطلوبة، وفي ظل الرقابة الفعالة للدولة، كون هذا النوع من البيوع ينصب على عنصر السعر، وقد يُستغل هذا الأمر من قبل أحد التجار للاحتيال على المستهلكين بالإعلان عن تخفيضات وهمية لأسعار البضائع⁽²⁷⁾.

ويرى بعض الفقه أن من شروط البيع بالتصفية عدم تعارضها مع مبدأ المنافسة المشروعة؛ فقد يلجأ بعض التجار للبيع بالتصفية، مثلاً، لاحتكار السوق؛ فتتحول عملية البيع إلى ممارسة غير مشروعة⁽²⁸⁾. ونحن نرى أن أفضل ضمان لذلك هو أن تكون البيوع موسمية ومقيدة بفترات محددة ومتباعدة، وفق ما نص عليه القانون.

(27) بشرى خالد تركي وأفراح عبد الكريم خليل، بيع البضائع بطريق التصفية الموسمية: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مج4، ج2، ع15، سنة 2015، ص819.

(28) المرجع السابق، ص847.

الفرع الثالث

عروض التقسيط

التقسيط وسيلة يلجأ إليها المستهلك لاقتناء السلع باهظة الثمن يصعب عليه دفع ثمنها مرة واحدة. ولعل أبرز عروض التقسيط، تلك الإعلانات التي تكتفي بذكر مبلغ القسط، من دون ذكر المبلغ الإجمالي؛ حيث يكون غالباً القسط مبلغاً معقولاً جداً، ثم يُفاجأ المستهلك، عند التواصل مع المزود مباشرة أو بعد إبرام العقد، بأن الثمن الإجمالي الذي سيتحمله المستهلك أكبر بكثير من المبلغ الأصلي الذي سيدفعه في حال اقتنى السلعة من دون تقسيط.

ولا شك في أن القصد من إخفاء الثمن الإجمالي عند الإعلان عنه هو تضليل المستهلك؛ لأنه لو علم منذ البداية بالثمن ما كان ليفكر أساساً في إبرام العقد، ومن أمثلة هذا النوع من العروض تلك المتعلقة بالسيارات المستعملة، وعروض بعض العمليات الخاصة بتقويم الأسنان... وغيرها.

ومن الجدير الإشارة إلى أن المشرع الكويتي قد أصدر قانوناً خاصاً بالبيع بالتقسيط، وهو القانون رقم 2 لسنة 2001 الذي نظم بموجبه شروط وضوابط البيع بالتقسيط. كما أدرج بعض الضوابط لهذا النوع من البيوع، بموجب المادة (18) من قانون حماية المستهلك؛ حيث ألزم المزود قبل التعاقد على البيع بالتقسيط بتوضيح البيانات التالية للمستهلك:

- الجهة المُقدّمة للمنتج أو السلعة أو الخدمة بالتقسيط.
- سعر بيع السلع أو الخدمات نقداً.
- التكلفة الإجمالية للبيع.
- عدد الأقساط وقيمة كل قسط.
- المبلغ الذي يتعين على المستهلك دفعه مقدماً إن وجد.

أما بشأن موقف التشريع الإماراتي، فلم يتطرق قانون حماية المستهلك إلى هذا النوع من البيوع، برغم ما تنطوي عليه من مخاطر على القدرة الشرائية للمستهلك، وتداعياتها المالية، وإن كانت تقدم له تسهيلات في اقتناء سلع وخدمات لا يمكنه دفع ثمنها مرة واحدة.

الفرع الرابع

الغش في الإعلان عن السعر الأصلي للسلعة

من أكثر أنواع التخفيضات الوهمية خطورة على المستهلك الإعلان عن أسعار أصلية مخالفة للحقيقة؛ إذ يتم عرض السلعة بمقارنة ثمين: الأصلي السابق، والمُخفَّض الحالي؛ فيكون غالباً الثمن الأصلي الذي أفصح عنه غير صحيح. ويكون المزود هنا قد قام بمضاعفة السعر الأصلي حتى يظهر أن ثمن السلعة مُخفَّض، وهو في الحقيقة الثمن الأصلي نفسه، إن لم يكن أكبر⁽²⁹⁾.

وتعتبر هذه الحالة صورة واضحة للتخفيضات الوهمية التي اعتبرها الفقه اعتداء على حق المستهلك في تزويده بالحقائق التي تساعد على الشراء والاستهلاك السليم، وانتقاصاً من حقه في الحماية من المنتجات التي تشكل ضرراً على صحته وسلامته، وحرماناً له فوق ذلك من حقه في إشباع احتياجاته الأساسية من السلع والخدمات الضرورية⁽³⁰⁾.

فقد تم رفع دعوى قضائية ضد شركة زارا الفرنسية المختصة في صناعة الملابس

(29) Suci Rizka Fadhilla, Nia Rahma Dini, Sylvira Agshelya Wolonter, Analysis of The Influence of Fake Discount Price Labels for A Product in The Marketplace on The Concept of Business Competition and Responsibility, IPSO JURE Journal, Vol.1. No.4, June 2024, p.53. https://www.researchgate.net/publication/381997347_Analysis_Of_The_Influence_Of_Fake_Discount_Price_Labels_For_A_Product_In_The_Marketplace_On_The_Concept_Of_Business_Competition_And_Responsibility

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/08/05.

(30) أسامة أحمد بدر، الأحكام القانونية لحماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الإماراتي الاتحادي رقم 15 لسنة 2020، دار الحكمة، الشارقة، 2021، ص74.

ذات الجودة العالية، بتهمة تقديم أسعار زائفة، خاصة خلال مواسم التخفيضات؛ حيث تبين من خلال مقارنة الأسعار الأصلية مع الأسعار المخفضة وجود تخفيضات كبيرة، وهو ما دفع المستهلكين إلى الاعتقاد بأنهم حصلوا على خصومات أكبر وتخفيضات استثنائية على غير الحقيقة، وقد أدى هذا الجدل إلى مزيد من التدقيق في ممارسات تسعير تجار التجزئة للأزياء الشهيرة⁽³¹⁾.

وفي حقيقة الأمر أنه يصعب حصر أشكال التخفيضات الوهمية التي تعرف تزايداً وتطوراً ملحوظاً، من خلال ابتكار أساليب ترويجية لاستدراج المستهلكين، برغم أن قانون حماية المستهلك الإماراتي قد شدد على مراعاة خصوصية المستهلك، وذلك في الفقرة 5 من المادة (4) منه.

كما بادر المشرع الإماراتي في السياق نفسه، من خلال إصدار قرار مجلس الوزراء رقم 56 لسنة 2024، بشأن تنظيم التسويق عبر المكالمات الهاتفية، والذي يهدف إلى الحد من المكالمات الهاتفية غير المرغوب فيها، بما يعزز حق المستهلك في عدم انتهاك خصوصيته، وفقاً لمجموعة من الضوابط التي وضعها لتلك المكالمات، ومن أهمها إلزامية إفصاح المتصل عن هويته، وسؤال المستهلك عن مدى رغبته في استكمال المكالمة قبل البدء في التسويق... وغيرها.

ومما تجدر الإشارة إليه أهمية التفرقة بين التخفيضات الوهمية وبين بيع السلع المقلدة بأسعار مخفضة⁽³²⁾، فالأولى هدفها تخفيض أسعار سلع السنة الماضية أو منتية الموسم، أو تلك التي حدث بها عيب في أثناء التصنيع. أما بيع السلع المقلدة، وهي بضاعة تحمل دون إذن علامة تجارية مشابهة أو مطابقة للعلامة الأصلية المسجلة بصورة قانونية، كما عرفت المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم

(31) Xavier Manga, La captation de la jeune clientèle en matière de mode: Le cas D'H&M et ZARA, Thèse Doctorat, université Paul Verlaine-Metz, France, 2010, p.85. <https://docnum.univ-lorraine.fr/public/UPV-M/Theses/2010/Manga.Xavier.LMZ1025.pdf>.

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/08/05.

(32) Sally Hassan El Arabi El Kodssi, L'impact de la contrefaçon sur la perception de l'image de marque dans le secteur du textile et de la mode, Le cas des consommatrices saoudiennes, Université Panthéon Sorbonne, Paris 1, 2019, p 39.

42 لسنة 2023 بشأن الغش التجاري، والذي اعتبر التعامل في السلع المقلدة عملاً منافياً للقانون، مساوياً بذلك بين السلع المقلدة والسلع الفاسدة والسلع المغشوشة، بموجب نص المادة (4) من القانون نفسه.

المبحث الثاني

ضمانات حماية المستهلك من التخفيضات الوهمية

في كل من التشريعين الإماراتي والكويتي

إن آثار التضليل الإعلاني - بوجه عام - لا تقتصر على ما يلحق المستهلك من أضرار تصيبه شخصياً فقط، بل تمتد تداعياتها لتشمل الحياة الاقتصادية للمجتمع بأسره؛ لذلك فإن القوانين المقارنة لمعظم الدول تذهب إلى اعتبار التضليل جريمة يُعاقب عليها جزائياً، فضلاً على الحماية المدنية المقررة⁽³³⁾.

ولما كانت التخفيضات الوهمية صورة من صور الإعلان المضلل أو الكاذب، فإنه حري بنا التطرق إلى أهم الضمانات التي قررها كلا التشريعين، الإماراتي والكويتي، لحماية المستهلك بشأنها، من خلال إقرار مسؤولية المزود والمعلن (المطلب الأول)، ثم بيان دور الجهات المعنية بحماية المستهلك (المطلب الثاني)، فضلاً على بيان مسؤولية المستهلك نفسه (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إقرار مسؤولية المزود والمعلن

فرّق المشرع الإماراتي - وكذا الكويتي، على غرار بقية التشريعات المقارنة - بين المزود والمعلن، من حيث التعريف، ومن حيث المسؤولية، ولو أن كلا التشريعين أقرّا بإمكان أن يجمع المزود بين الدورين، فيكون مزوداً ومعلناً في الوقت نفسه⁽³⁴⁾. ومهما كان الاختلاف بين كل من المزود والمعلن فإنه لا شك في أن كليهما يمارس نشاطاً تجارياً لغرض الكسب والربح، وهو ما يضعهما معاً في مركز أقوى من مركز المستهلك؛ مما ينبغي معه العمل على تحقيق التوازن العقدي بينهما وبين المستهلك الذي يحتاج إلى حماية أفضل.

(33) موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 79.

(34) انظر: المادة (1) من قانون حماية المستهلك الإماراتي. والمادة (1/8) من قانون حماية المستهلك الكويتي.

وهنا يُطرح تساؤل عن مسؤولية المعلن عن التخفيضات الوهمية التي أعلنها، وهل يتحمل المسؤولية، باعتبار أن الإعلان عن تخفيضات غير حقيقية هو صورة واضحة للإعلان المضلل، أم أن المسؤولية تعود على المزود فقط، باعتباره طرفاً في العقد إلى جانب المستهلك.

فقد يحدث أن ينفي المعلن المسؤولية عن نفسه، باعتباره يقوم بعملية إعلان وترويج لسلعة يجهل حقيقتها، فهو يعلن وفقاً للمعلومات التي يتلقاها من المزود، والتي يمكن أن تكون مغلوطة؛ فالمعلن ليس طرفاً في العقد الاستهلاكي الذي يربط المستهلك بالمزود، فهل تنتفي مسؤوليته في هذه الحالة على أساس إثبات حسن نيته، وثبوت السبب الأجنبي ممثلاً في خطأ الغير وهو المزود؟

يجيب الفقه على ذلك بأنه لا يحق للمعلن أن يتعذر بعدم وجود علاقة عقدية بينه وبين المستهلك؛ فالأساس القانوني لتعويض المستهلك - في هذه الحال - هو المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني وليس المسؤولية العقدية⁽³⁵⁾.

وبناءً على ذلك نرى أن مسؤولية المعلن قائمة في حال لم يكن هو نفسه المزود، متى كان على علم بأن التخفيضات المعلن عنها وهمية وغير حقيقية، أو إذا قام المزود بنفسه بالإعلان عن سلعه وهو أمر وارد. أما إذا أثبت المعلن حسن نيته، وذلك بعدم علمه بحقيقة الإعلان فتنتفي مسؤوليته، وتقوم في حق المزود في كل الأحوال، وإن كان من الصعب إثبات مسألة العلم من عدمه، وهو ما يبرر - كما يرى البعض - إقامة مسؤولية كل طرف متدخل في العملية الاستهلاكية في كل الأحوال تجنباً للإفلات من المسؤولية، وضمناً للحماية الفضلى للمستهلك⁽³⁶⁾.

ويتفق الفقه على حماية المستهلك من استغلال مركزه الضعيف في العقد،

(35) خالد عطشان الضفيري، مرجع سابق، ص 33.

(36) Apo Janice Laure Alleme, La protection du consommateur à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication: étude du droit ivoirien à la lumière du droit français, Thèse Doctorat, Université de Perpignan, France, 2019, p.177.

لكونه الطرف الأكثر حاجة إلى إبرامه⁽³⁷⁾، ولعدم معرفته الكافية بأصول المعاملات التجارية من جهة، وبالمعلومات المتعلقة بالسلعة والخدمة لانعدام الخبرة لديه من جهة أخرى. وقد ورد في قانون حماية المستهلك الإماراتي، في الفقرة 2 من المادة (8) منه، أنه عند الإعلان عن أسعار السلع والخدمات التي يؤديها المزود يجب أن يكون الإعلان عنها غير مضلل.

ومن الجدير بالإشارة إلى أنه لم يرد في قانون حماية المستهلك الإماراتي نص خاص يبين آثار مسؤولية المزود عن إجراء تخفيضات وعروض وهمية. وقد جاء ذلك في اللائحة التنفيذية للقانون الخاص بإمارة رأس الخيمة، والتي تعاقب بغرامة مالية لا تقل عن ألف درهم (1000 درهم)، ولا تتجاوز عشرة آلاف درهم (10000 درهم) في حال مخالفة أحكام القانون الخاص بالتخفيضات والتنزيلات.

ويمكن القول إنه في ظل غياب نص تشريعي في قانون حماية المستهلك يحدد مسؤولية المزود عن التخفيضات الوهمية، ينبغي الرجوع إلى قواعد المسؤولية عن الإعلان المضلل، باعتبارها من أعمال الغش التجاري، وفقاً لقانون حماية المستهلك، وقانون مكافحة الغش التجاري الذي أورد عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين، والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم (5000 درهم) ولا تزيد على مليون درهم (1.000.000 درهم)، أو بإحدى هاتين العقوبتين لكل من ارتكب جريمة الغش التجاري⁽³⁸⁾.

كما أوردت المادة (30) من قانون حماية المستهلك الإماراتي عقوبة عدم الالتزام بالحصول على الترخيص المسبق للقيام بالتخفيضات، تصل إلى الحبس لمدة لا تزيد على 6 أشهر، والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف درهم (3000 درهم) ولا تزيد على مائتي ألف درهم (200.000 درهم)، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما المشرع الكويتي فقد قرر عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين، والغرامة التي لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار كويتي (3000 دينار كويتي)، أو إحدى هاتين العقوبتين

(37) Didier Ferrier, La protection des consommateurs, Edition Dalloz, Paris, 1996, p.26.

(38) انظر: المادة (17) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 42 لسنة 2023 بشأن مكافحة الغش التجاري.

لكل من غش، أو حاز بالذات أو بالواسطة أو عرض شيئاً معداً للبيع من كل السلع، سواء من أغذية الإنسان أو الحيوان⁽³⁹⁾.

وفي هذا الصدد يثار التساؤل عن أثر علم المستهلك بالغش التجاري في حال التخفيضات الوهمية أو العروض غير الحقيقية؛ إذ يُقبل كثير من المستهلكين على اقتناء سلع مغشوشة، أو مقلّدة، وهم على دراية بذلك، بسبب تخفيض أسعارها؛ فهل يمكن إعفاء المزود من المسؤولية في هذه الحالة، على أساس علم المستهلك بذلك؟

والحقيقة أن كلا القانونين، الإماراتي والكويتي، لم يُغفلا هذه المسألة المهمة؛ إذ نصت المادة (1/6) من قانون مكافحة الغش التجاري الإماراتي، صراحة، على أنه لا يُعفى المزود من العقوبة المقررة عن الغش التجاري عند إثباته علم المتعامل بأن البضاعة مغشوشة أو فاسدة أو مقلّدة، بينما كان موقف المشرع الكويتي أكثر دقة ودلالة في تعبيره على أنه لا يعفي البائع من تطبيق العقوبات عن الغش التجاري علم المشتري أو المستهلك بغش البضاعة أو فسادها أو رضاؤه بها، وفقاً لما ورد في المادة (2) من القانون رقم 62 لسنة 2007 بشأن الغش في المعاملات التجارية.

بل إن المشرع الكويتي انتبه إلى أمر غاية في الأهمية، يتعلق بمسؤولية المستهلك في هذه الحالة؛ إذ نص في المادة (2/2) من القانون رقم 62 لسنة 2007 بشأن الغش في المعاملات التجارية، على أنه: «لا تسري هذه العقوبة في حق المشتري أو المستهلك ما لم يقيم بدوره بيعها». وفي ذلك اعتراف من المشرع الكويتي باختلال التوازن العقدي في العلاقة الاستهلاكية التي يبقى فيها المستهلك طرفاً ضعيفاً، ولو كان مساهماً في بعض الأضرار التي تلحق به من جراء رغبته في اقتناء سلعة معينة بسعر مناسب.

وتقوم مسؤوليته في حال قام ببيع تلك السلعة؛ لأنه بذلك خرج عن المفهوم الضيق للمستهلك الذي تتبناه أغلب قوانين حماية المستهلك، والتي تعتبر

(39) انظر: المادة (2) من القانون رقم 62 لسنة 2007 بشأن الغش في المعاملات التجارية لدولة الكويت.

المستهلك هو الشخص الذي يقتني سلعةً فقط للاستعمال الشخصي أو للغير؛ فإذا قام المستهلك بإعادة بيع السلعة يكون قد خرج عن نطاق ذلك المفهوم، فتنتفي عنه صفة المستهلك؛ مما يُفقد الحق في الحماية القانونية المقررة.

المطلب الثاني

دور الجهات المعنية في حماية المستهلك

لا شك في أن الحماية القانونية للمستهلك تستدعي تدخلاً من الجهات المعنية؛ ذلك أن قواعد القانون لن تكفي لتحقيق تلك الحماية من دون فرض رقابة إدارية على مدى التزام المزود وامتثاله لنصوص القانون. فضلاً على الحاجة إلى رقابة دورية ومستمرة لحركة الأسواق، وما يرتبط بها من إعلانات وعروض وتخفيضات.

كما أن دور المجتمع المدني لا يقل أهمية عن دور الإدارة في تكريس حماية أفضل للمستهلك، من مخاطر وسلبيات التخفيضات والعروض الوهمية، ونقصد بذلك جمعيات حماية المستهلك التي لها تأثير ودور كبير في تعزيز حماية المستهلك وصيانة حقوقه. ونتناول تفصيل ذلك من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول

مسؤولية إدارة حماية المستهلك عن الرقابة

على العروض والتخفيضات الوهمية

تضطلع إدارة حماية المستهلك بمهمة الرقابة على العملية الاستهلاكية، وبوجه خاص على تداول السلع والخدمات والإعلان عنها، كما منحها المشرع صلاحية تمثيل المستهلك وإدارة شؤونه بوجه عام. وتعتبر الإدارة المذكورة ممثلة عن وزارة الاقتصاد في دولة الإمارات، وهذا ما ورد بصريح المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الإماراتي، وعن وزارة التجارة والصناعة في دولة الكويت، وفق المادة الأولى من قانون حماية المستهلك الكويتي.

وفي الحقيقة أن إدارة حماية المستهلك في دولة الكويت، وفي دول الخليج

عمومًا، تبذل جهودًا لا يُستهان بها في سبيل تحقيق هذه الحماية، وتسعى إلى التنسيق فيما بينهما في هذا المجال. وفي دولة الإمارات العربية المتحدة تقوم إدارة حماية المستهلك بدور فعال في الرقابة على الأسواق بشكل دوري ومستقل، لا سيما ما يتعلق بمراقبة الأسعار وتنظيم العروض والتخفيضات الموسمية... وغيرها، وذلك من خلال «مجموعة من الإجراءات والأساليب السابقة أو الملازمة أو اللاحقة لعملية الإنتاج والاستيراد والتوزيع، تقوم بها الجهات المعنية لضمان تطبيق القوانين والأنظمة بهدف حماية المستهلك من الممارسات غير المشروعة التي تضر به»⁽⁴⁰⁾.

وتسعى إدارة حماية المستهلك في دولة الكويت إلى مراقبة أساليب البيع المختلفة؛ حيث تنحصر مهامها، وفق ما يراه بعض الفقه، فيما يلي⁽⁴¹⁾:

- الرقابة على التنزيلات، عن طريق التحقق من التخفيض الفعلي للأسعار ومن السلع التي يتم طرحها في فترة التنزيلات.
- مراقبة مسابقات اليانصيب التي تتم على السلع، والتأكد من حقيقة إجراء السحب على الجوائز وقيمتها بحضور مندوب عن الوزارة.
- مراقبة إجراءات التصفية للمحلات، وتحديد شروط إجراءاتها، والتأكد من حقيقة التخفيض في الأسعار المطروحة.
- من جهتها تُشرف إدارة حماية المستهلك في دولة الإمارات العربية المتحدة، وفقا للمادة (22) من قانون حماية المستهلك على المهام التالية:
- توعية وتثقيف المستهلك بما يسهم في حمايته من مخاطر بعض السلع والخدمات، بما في ذلك خدمات التجارة الإلكترونية.
- نشر القرارات والتوصيات التي تسهم في زيادة وعي المستهلك.

(40) بنار كريم وسمان، الرقابة على حماية المستهلك: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، ص 73.

(41) جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1989، ص 79.

- مراقبة حركة الأسعار والعمل على الحد من ارتفاعها.
- العمل على تحقيق المنافسة ومكافحة الإعلانات المضللة والاحتكار.
- تلقي شكاوى المستهلكين وجمعيات حماية المستهلك، واتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها، أو إحالتها على الجهات المختصة.

يتضح مما سبق الدور الكبير الذي تؤديه الإدارة في حماية المستهلك، من خلال مراقبة تطبيق القانون والالتزام بتنفيذه، وكذا مطابقة المنتجات المحلية والمستوردة للمقاييس والمواصفات المعتمدة، وضمان سلامتها، أو قابليتها للاستهلاك وعدم تعريض المستهلك لأي غش أو خسارة اقتصادية⁽⁴²⁾. فضلاً على دورها في توقيع جزاءات إدارية على المخالفين، تصل إلى حدّ غلق المنشآت بصفة مؤقتة أو نهائية، وهو ما يكفل تنظيم عمليات العروض والتخفيضات الوهمية.

وإلى جانب إدارة حماية المستهلك، هناك جهات أخرى لها دور في حماية المستهلك، أبرزها اللجنة العليا لحماية المستهلك في الإمارات⁽⁴³⁾، واللجنة الوطنية لحماية المستهلك في دولة الكويت⁽⁴⁴⁾. وبرغم تنظيم القانون في كلتا الدولتين اختصاصات وصلاحيات هذه اللجنة، إلا أنه يُؤخذ عليهما للأسف غياب أي تأكيد على مهمة الرقابة وضبط التخفيضات والعروض، برغم أهميتها الكبرى في العملية الاستهلاكية.

(42) بنار كريم وسمان، مرجع سابق، ص 75.

(43) حددت المادة (5) من قانون حماية المستهلك الإماراتي مهام واختصاصات اللجنة العليا لحماية المستهلك بشكل مفصل.

(44) وردت اختصاصات اللجنة الوطنية لحماية المستهلك ضمن أحكام المادة (6) من قانون حماية المستهلك.

الفرع الثاني

مسؤولية جمعيات حماية المستهلك عن العروض

والتخفيضات الوهمية

لجمعيات حماية المستهلك دور كبير في حماية هذا الأخير، حيث يعتبر وجودها ضرورياً كمؤسسة من مؤسسات المجتمع المدني، والتي لا تهدف إلى الربح، وإنما تسعى إلى أهداف تتعلق بحماية المستهلك للحد من الممارسات غير المشروعة في حقه، وتمثيله لدى الجهات الرسمية، وتفعيل الجهود التي تبذلها الجهات الرسمية في سبيل الرقابة على حماية المستهلك⁽⁴⁵⁾.

وقد كافحت جمعيات حماية المستهلكين طويلاً من أجل الحصول على حق اللجوء إلى القضاء للدفاع عن المصلحة المشتركة للمستهلكين؛ إذ واجهت - في البداية - صداماً مع مبدأ التمثيل الحصري للنيابة العامة، باعتبارها الجهة الوحيدة المخولة بالدفاع عن المصلحة العامة، قبل أن يتم الاعتراف للجمعيات في فرنسا بحق تمثيل المستهلكين قضائياً بموجب المادة (46) من قانون 27 ديسمبر 1973، المسمى قانون روير Royer⁽⁴⁶⁾.

ولعل ما يُثير الانتباه هو تغييب قانون حماية المستهلك الإماراتي لأي دور لجمعيات حماية المستهلك، لا سيما بعد تعديله سنة 2023؛ حين سحب أي تمثيل لجمعيات حماية المستهلك في اللجنة العليا لحماية المستهلك، مكتفياً بالاعتراف لجمعية حماية المستهلك بتقديم شكاوى إلى الوزارة أو السلطة المختصة، وفقاً لما نصت عليه المادة (1/22) من قانون حماية المستهلك. ولعله كان الأولي بالمشروع منح الجمعيات صلاحيات أوسع لتمثيل المستهلك والدفاع عن حقوقه، وذلك لعدة مبررات أهمها: أن الجمعيات لها الإمكانيات المادية اللازمة لتمثيل المستهلكين وتوعيتهم وثقتهم من جهة، كما أن أعضاءها لديهم خبرة ودراية كافية بتفاصيل العملية الاستهلاكية، وكذلك بالنصوص القانونية المنظمة لها.

أما عن موقف المشرع الكويتي فقد قام بتفعيل دور الجمعيات في عملية

(45) بنار كريم وسمان، مرجع سابق، ص 153.

(46) محمد بودالي، مرجع سابق، ص 677.

حماية المستهلك بشكل أفضل؛ حيث اعترف بها في المادة الأولى من قانون حماية المستهلك ضمن الجهات المكلفة بمتابعة شؤون المستهلك. كما خصّص المادة (8) كاملة لتحديد أهم اختصاصات جمعيات حماية المستهلك، لا سيما ما يتعلق بدورها في توعية المستهلك، ومباشرة الدعاوى المتعلقة به، وتقديم تقارير ومقترحات بشأنه للوزارة... وغير ذلك. من جهة أخرى مكن تلك الجمعيات بعمل مسح ومقارنة لأسعار وجودة المنتجات، والتأكد من صحة البيانات الخاصة بها، وإبلاغ الأجهزة المعنية بما يقع من مخالفات، وفقاً لما نصت عليه المادة (8) فقرة ج من قانون حماية المستهلك الكويتي، وهو ما يتناسب - وفق رأينا - مع متطلبات الرقابة المطلوبة على العروض والتخفيضات، والالتزام بحماية المستهلك من كل أشكال التضليل والغش. لا شك في أن ما سبق بيانه يدعو - بشكل ضروري - إلى تمكين التشريع الإماراتي جمعيات حماية المستهلك من أداء دورها في التوعية والإشراف والرقابة، وتفعيل وظيفتها كممثل للمستهلك للدفاع عن حقوقه، على غرار قوانين حماية المستهلك في أغلب الدول.

المطلب الثالث

دور المستهلك تجاه العروض والتخفيضات الوهمية

لا شك في أن قوانين حماية المستهلك إنما شرعت لحمايته وصيانة حقوقه، فهي تشريعات حمائية كما يدل عليها اسمها؛ لذا نجد أغلب التشريعات المقارنة تنظم حقوق المستهلك دون التزاماته، والتزامات المزود دون حقوقه. غير أن المشرع الإماراتي خرج عن هذا المبدأ؛ إذ يُعرف عن المشرع الإماراتي خروجه عن أي مبدأ تقليدي لا يحقق المصلحة العامة، ولا يواكب المستجدات التي يفرضها الواقع؛ حيث نظم جملة من الالتزامات على عاتق المستهلك، وهي خطوة جد إيجابية اتخذها التشريع الإماراتي اعترافاً منه بأن الحماية القانونية الفعالة للمستهلك لا تتحقق من دون تدخل هذا الأخير في تلك الحماية⁽⁴⁷⁾.

(47) أصدر المشرع الإماراتي القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 2023 بشأن التجارة من خلال وسائل التقنية الحديثة، ونظم في المادة (8) منه التزامات المستهلك.

إذ لا يمكن - في اعتقادنا - للمستهلكين التخلي عن التزامهم باليقظة في تعاملهم مع وسائط متعددة متاحة للبائعين للإعلان عن السلع والخدمات؛ حماية لهم وضماناً لوصولهم إلى قرارات مستنيرة⁽⁴⁸⁾.

وعلى الرغم من ذلك يؤخذ على التعديل السابق عدم تعرض المشرع لدور المستهلك في الإبلاغ عن أي عروض وتخفيضات وهمية قد يرصدها، حتى لو لم يكن معنياً بها، أو لم يكن ضحية لها، وهو ما نأمل من المشرع تداركه وتعديله لاحقاً. ولذلك يرى بعض الفقه أن دور المستهلك في حماية نفسه مشاركة إيجابية⁽⁴⁹⁾، ويقصد بذلك مساهمة المستهلك في تحقيق حماية شاملة لجمهور المستهلكين؛ فالمستهلك يجب أن يدرك دوره ليس في حماية نفسه فقط، بل في المساهمة في تحقيق حماية وقائية سابقة لغيره من المستهلكين بكل الطرق. ولذلك ذهب هذا الرأي⁽⁵⁰⁾ للتأكيد على أن الدور السلبي للمستهلك في العزوف عن الإبلاغ عن الشكاوى، أو رفع الدعاوى، يمكن حصره في الأسباب التالية:

- جهل المستهلك بحقوقه المكفولة قانوناً في مواجهة المنتج أو التاجر.
- شعور المستهلك الواعي بحقوقه في كثير من الأحيان بعزله وأنه وحيد في مواجهة منتج وتجار ذوي خبرة ودراية وقوة اقتصادية، فضلاً على ما يتتابه من تردد في اللجوء إلى القضاء.
- العائق الاقتصادي المتمثل في المصاريف القضائية؛ فالفائدة التي سيحصل عليها المستهلك من رفع دعواه لا تعادل ما يتحمله من ضرر، ووقت وطول إجراءات، مقابل سلعة قد لا تستحق كل ذلك.

(48) Madhavi Sripaithi, A Study on Impact of False Advertising on The Consumer Buying Behavior, Journal of Interdisciplinary Cycle Research, September 2020, volume XII, Issue IX, p.1072. https://www.researchgate.net/publication/344841542_A_Study_on_Impact_of_False_Advertising_on_the_Consumer_Buying_Behaviour.

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/09/01

(49) رومس عطية موسى نو، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش في مجال المعاملات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014، ص393.

(50) المرجع السابق، ص473.

إن إقرار دور ومسؤولية المستهلك عن حماية نفسه من العروض والتخفيضات الوهمية أمر لا مفر منه؛ إذ يتطلب من المستهلك التحلي بالوعي واكتساب ثقافة الاستهلاك، وعدم الانسياق وراء العروض والتخفيضات حيثما كانت، أو اقتناء سلع وخدمات لمجرد كونها مخفضة، بل ينبغي على المستهلك ضبط نزعة الاستهلاكية وترشيد عملية الاستهلاك لديه. كما لا نغفل تحفيز خيار الدعوى القضائية أمام المستهلك، باعتبارها الوسيلة القانونية المشروعة لحماية حقوقه، ولأجل ذلك نقترح التيسير في إجراءات التقاضي في منازعات العقود الاستهلاكية، بتسريع وتيرة سير الدعوى وضبطها برسوم بسيطة في تناول المستهلك.

فالعوامل المؤثرة على سلوك المستهلك كثيرة، وتكاد تكون متجددة ومتطورة، وهو ما يحتم على المستهلك ضرورة ضبط نزعة الاستهلاكية⁽⁵¹⁾، بأن يقوم بتنظيم وضبط سلوكياته وعاداته الاستهلاكية، والبعد عن أشكال الإسراف والتبذير استجابة للمنطق والفطرة السليمة، واستجابة لتعاليم الشريعة الإسلامية الوسطية المعتدلة.

(51) محمد رشدي إبراهيم مسعود، سلوك المستهلك بين الترشيد والإيثار .. دراسة مقارنة بين الشريعة والاقتصاد، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2022، ص 12.

الخاتمة

لا شك في أن موضوع التخفيضات الوهمية بقدر ما يطرحه من تحديات وإشكالات متزايدة، لا سيما في ظل عقود الاستهلاك الإلكترونية والذكية، بقدر ما يتطلب تدخلاً تشريعياً حاسماً لإنفاذ القانون، واتخاذ إجراءات عملية وتدابير وقائية وأخرى علاجية، حماية للمستهلكين وصيانة لحقوقهم. وقد تبين من خلال الدراسة جهود كل من التشريعين الإماراتي والكويتي في حماية المستهلكين من التخفيضات الوهمية، برغم كثير من جوانب القصور التي تتابهما في هذا الخصوص. وقد خلص البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات نلخصها فيما يلي:

أولاً: النتائج

- 1 - ورد في كل من تشريعي دولة الإمارات ودولة الكويت التأكيد أن تكون التخفيضات والعروض على السلع والخدمات في فترات زمنية محددة، وهو ما قد يفسر - في اعتقادنا - مخالفة كثير من التخفيضات التي قد تستمر لفترات طويلة على مدار السنة.
- 2 - اعتبر المشرع الكويتي العروض والتخفيضات الوهمية صورة من صور الغش التجاري، بخلاف المشرع الإماراتي الذي تراجع عن موقفه بصدور قانون مكافحة الغش التجاري الجديد لسنة 2023، حيث لم يتناول هذا النوع من التخفيضات ضمن حالات الغش.
- 3 - لم يرد في قانون حماية المستهلك الإماراتي نص خاص يحدد مسؤولية المزود عن العروض والتخفيضات الوهمية إلا في حالة واحدة، وهي عدم الحصول على الترخيص المسبق، بخلاف كل من القانون الخاص بإمارة رأس الخيمة، وكذا قانون حماية المستهلك الكويتي اللذين نظما أحكام تلك المسؤولية الجزائية لحالات أخرى إضافية.
- 4 - لم يُمكن التشريع الإماراتي جمعيات حماية المستهلك من أداء دورها الفعال في حماية المستهلك، مكتفياً بمنحها حق تقديم الشكوى فقط، بموجب المادة (22) من

قانون حماية المستهلك. على خلاف المشرع الكويتي الذي أعطى تلك الجمعيات صلاحيات واسعة في حماية هذا الأخير، وتمثيله أمام الجهات القضائية.

5 - كان المشرع الإماراتي سباقاً لتنظيم التزامات المستهلك في القانون الخاص بالتجارة، من خلال وسائل التقنية الحديثة الصادر سنة 2023، اعترافاً بمسؤوليته في الحماية القانونية اللازمة له ولبقية المستهلكين.

ثانياً: التوصيات

بناء على النتائج السابقة نقترح جملة من التوصيات، كما يلي:

1 - نوصي بتدخل تشريعي في كل من الإمارات والكويت لضبط إعلانات العروض والتخفيضات، مع ضرورة فرض رقابة دورية مستمرة على عمليات تنظيم تلك العروض والتخفيضات.

2 - ضرورة إعادة النظر من قبل المشرع الكويتي في مسألة تصنيف العروض الوهمية، واقتراح إدراجها ضمن ممارسات الغش التجاري، وتشديد العقوبة بشأنها.

3 - نوصي المشرع الإماراتي بتبني موقف صريح بشأن إقرار مسؤولية المزود عن التخفيضات الوهمية ضمن قانون حماية المستهلك.

4 - تفعيل دور هيئات حماية المستهلك، لاسيما جمعيات حماية المستهلك، بشكل أكبر وأكثر فاعلية للتصدي للتخفيضات الوهمية، من خلال تمكينها من رصد الإعلانات التجارية والعروض والتخفيضات والتحقق منها، وإجراء تحقيقات بشأن شكاوى المستهلكين، بهدف تعزيز الشفافية والثقة بالسوق، وحماية الحقوق الاقتصادية للمستهلكين.

5 - نوصي الجهات التشريعية في كل من الدولتين بتبني إجراءات تحظر قيام المزودين والتجار بمقارنات الأسعار المضللة، مع ضرورة وضع آليات ملائمة للتأكد من صحة عرض الأسعار السابقة ولفترات طويلة تحددها الجهات المختصة، قبل أي إعلان عن تخفيض الأسعار.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1 - الكتب:

- أسامة أحمد بدر، الأحكام القانونية لحماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الإماراتي الاتحادي رقم 15 لسنة 2020، دار الحكمة، الشارقة، 2021.
- أمير فرج يوسف، قانون حماية المستهلك بدول الخليج، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2016.
- بنار كريم وسمان، الرقابة على حماية المستهلك: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020.
- روسم عطية موسى نو، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش في مجال المعاملات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014.
- عبدالمنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- محمد رشدي إبراهيم مسعود، سلوك المستهلك بين الترشيذ والإيثار: دراسة مقارنة بين الشريعة والاقتصاد، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2022.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.

2 - الأبحاث العلمية:

- بشرى خالد تركي وأفراح عبدالكريم خليل، بيع البضائع بطريق التصفية الموسمية: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، مج4، ج2، ع15، سنة 2015.
- تركي عبدالله الميمان وآدم نوح معابدة القضاة، حوافز التسويق الفندقي: دراسة فقهية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج15، ع1، يونيو 2018.
- جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1989.
- خالد عطشان الضفيري، الحماية القانونية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة المحظورة: دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الفرنسي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، س45، ع1/4، ديسمبر 2021، ص24.

ثانياً: باللغة الأجنبية

1 - الكتب:

- Didier Ferrier, La protection des consommateurs, Edition Dalloz, Paris, 1996.
- Direction de la cohésion sociale, du travail, de l'emploi et de la population, Des règles plus claires contre les faux rabais.
- Monique Luby, Publicité Commerciale, Dalloz. Paris, 2015.

2 - الرسائل العلمية:

- Apo Janice Laure Alleme, La protection du consommateur à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication : étude du droit ivoirien à la lumière du droit français, Thèse

Doctorat, Université de Perpignan, France, 2019.

- Elsa De Gerus, Le phénomène de Greenwashing et son impact sur les consommateurs, Une étude multiculturelle, Université Du Québec, Aout 2013.
- Nafissa Djidel La réduction du prix dans les relations de consommation, Master 2 Droit des affaires, Faculté de droit, Cergy Paris Université, France, 2021.
- Sally Hassan El Arabi El Kodssi, L'impact de la contrefaçon sur la perception de l'image de marque dans le secteur du textile et de la mode, Le cas des consommatrices saoudiennes, Université Panthéon Sorbonne. Paris 1, 2019.
- Xavier Manga, La captation de la jeune clientèle en matière de mode: Le cas D'H&M et ZARA, Thèse Doctorat, université Paul Verlaine-Metz, France, 2010.

3 - الأبحاث العلمية:

- Iqbal Thonse Hawaldar, Mithun S Ullal, Spulbar Cristi, Ramona Birau, Trapping Fake Discounts as Drivers of Real Revenues and Their Impact on Consumer's Behavior in India: A Case Study, Sustainability 2019, 11.
- Iwona Niedziółka, M.A, Safety of consumers in the light of The Directive on Consumer Rights (2011/83/EC), Consumer Protection - selected issues of the information safety, Alcide De Gasperi University of Euroregional Economy in Józefów, Józefów, Poland, 2014.
- Madhavi Sripathi, A Study on Impact of False Advertising on The Consumer Buying Behavior, Journal of Interdisciplinary Cycle Research, September 2020, volume XII, Issue IX.
- Mohammed Amine jbilou, La protection du consommateur a travers la transparence des pratiques commerciales selon la loi 31-08, Journal des litiges commerciaux, N0 16, 2016, Maroc.

- Saira Iqbal and Danish Ahmed Siddiqui, The impact of deceptive advertising on Customer loyalty: A case of Telecommunication industry in Karachi - Pakistan, MPRA Munich Personal RePEc Archive, 31 March 2019.
- Sawssen Garbouj Chaouwachi, Perceptions et réaction envers les pratiques trempées dans la publicité: Une étude exploratoire, Conference: 10ème Conférence Internationale des Tendances Marketing, Paris, France, Janvier 2011.
- Suci Rizka Fadhilla, Nia Rahma Dini, Sylvira Agshelya Wolonter, Analysis of The Influence of Fake Discount Price Labels for A Product in The Marketplace on The Concept of Business Competition and Responsibility, IPSO JURE Journal, Vol.1. No.4, June 2024.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	337
المقدمة	339
المبحث الأول: ماهية التخفيضات الوهمية في كل من القانونين الإماراتي والكويتي	341
المطلب الأول: مفهوم التخفيضات في كل من القانون الإماراتي والقانون الكويتي	342
الفرع الأول: تعريف التخفيضات في التشريعين الإماراتي والكويتي	342
الفرع الثاني: تعريف التخفيضات الوهمية في التشريعين الإماراتي والكويتي	344
المطلب الثاني: شروط إجراء التخفيضات في القانونين الإماراتي والكويتي	347
الفرع الأول: شروط التخفيضات والعروض في القانون الإماراتي	347
الفرع الثاني: شروط التخفيضات والعروض في القانون الكويتي	349
المطلب الثالث: تطبيقات للتخفيضات الوهمية	350
الفرع الأول: إخفاء شروط الحصول على التخفيض	351
الفرع الثاني: بيع التصفية	352

353	الفرع الثالث: عروض التقسيط
354	الفرع الرابع: الغش في الإعلان عن السعر الأصلي للسلعة
357	المبحث الثاني: ضمانات حماية المستهلك من التخفيضات الوهمية في كل من التشريعين الإماراتي والكويتي
357	المطلب الأول: إقرار مسؤولية المزود والمعلن
361	المطلب الثاني: دور الجهات المعنية في حماية المستهلك
361	الفرع الأول: مسؤولية إدارة حماية المستهلك عن الرقابة على العروض والتخفيضات الوهمية
364	الفرع الثاني: مسؤولية جمعيات حماية المستهلك عن العروض والتخفيضات الوهمية
365	المطلب الثالث: دور المستهلك تجاه العروض والتخفيضات الوهمية
368	الخاتمة
370	قائمة المراجع

الغش الإجرائي في مرحلة التقاضي في القانون والقضاء الإماراتي^(*)



د. علي عبد الحميد تركي
أستاذ قانون المرافعات المشارك
كلية القانون، جامعة الشارقة



أ. أبرار القطان
باحثة دكتوراه في القانون الخاص
كلية القانون، جامعة الشارقة
مساعد علمي أول
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

جاء بحث الغش الإجرائي ليُلقي بالضوء على واحدة من أبرز الظواهر التي لا تكاد تخلو منها ساحات المحاكم يوميًا. فكل خصم بالدعوى يسعى بكل طريق من الطرق إلى أن يجعل المحكمة تحكم لمصلحته. وليس معنى كلامنا فقدان كل البشر للشرف والأمانة، بل يذهب بعض الخصوم إلى اتباع طرق ملتوية وسلوكيات مادية بصورة إيجابية أو سلبية تمتلئ بسوء النية تجاه الخصم الآخر، ليضمن أن تحكم المحكمة لمصلحته. وأحيانًا يقع هذا السلوك من المحكمة ذاتها، من القاضي أو أحد أعوانه، سواء بنية الإضرار بالخصم أو تحقيق مصلحة. ولذا ذهب المشرع الإماراتي إلى فرض عدد من القيود والعقبات التي تُصعب الطريق إلى ارتكاب الغش من جانب الخصوم أو ممثليهم، وهي تتمثل إما في المسؤوليات التي تقوم بحق مرتكب الغش وإما في الآثار الإجرائية الوقائية والعلاجية التي تهدف إلى تقليل ممارسة الغش الإجرائي في التقاضي.

كلمات دالة: الغش، والإجرائي، وقانون، والإجراءات، والمدنية، وغش القاضي، وغش الخصوم.

وتاريخ قبوله: 19 نوفمبر 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 29 مايو 2024

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

يمثل التنظيم الإجرائي لعملية إدارة الدعوى المدنية، بدءاً من رفعها حتى الحكم فيها، واحداً من أبرز الأدوار التي يمارسها المشرع في ضوء قانون الإجراءات؛ فحفظ حقوق طرفي النزاع من الأهداف البارزة للقانون التي يضمن من خلال نصوصه التنظيمية تحقيقها. وعلى الرغم من أن مبدأ حسن النية يجب أن يكون المبدأ السائد في التعامل بين الأفراد، وكذلك الأمانة الإجرائية إذا قامت بينهم خصومة، إلا أنه قد تحدث من جانب أحد الخصوم أو من يمثله، أو حتى من جانب القاضي نفسه أو أعوانه، محاولة لارتكاب الغش في الدعوى بالشكل الذي يُفسدها أو يطيل من إجراءاتها أو يؤدي إلى الحكم لمصلحة أحد الخصوم وهو غير مستحق، بالصورة التي يجري التشكيك فيها في نظام العدالة.

وتُعرف محاولة أحد الخصوم أو ممثليهم أو حتى القاضي بالغش في إجراءات الدعوى بالغش الإجرائي. وفيه يحرص الطرف الغاش على ارتكاب سوء النية في أحد أو بعض إجراءات الدعوى، بدءاً من الغش في الإعلان أو التأخر في تقديم أوراق أو حتى اصطناع وتزييف أوراق لمصلحته أو إخفاء أوراق تتحقق بها مصلحة خصمه. أو أن يقوم القاضي بالغش بأي صورة للإضرار بأحد الخصوم أو تحقيقاً لمصلحته الشخصية.

يأتي بحثنا محاولة لتسليط الضوء على المعالجة التشريعية بالقانون الإماراتي للغش الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية الاتحادية، بما يضم بيان ماهية الغش الإجرائي في التقاضي وصوره المتعددة. ومن ثم التطرق إلى مسؤولية الغاش عن غشه الإجرائي على النحو المدني والتأديبي، وأخيراً نرصد ما قرره المشرع بالقانون من آثار إجرائية تمثل في نظرنا حائط صد لمنع الغاش من ممارسة الغش في إجراءات الدعوى.

ثانياً: أهمية البحث

تظهر أهمية البحث في النقاط الآتية:

- يعالج البحث واحدة من أكثر الظواهر وجوداً في التقاضي، فكل خصم حريص على تحقيق منفعته ومصلحته، وبالتالي يحاول بكل طريق أن يجعل المحكمة تحكم لمصلحته.
- إلقاء الضوء على صور المسؤولية على الغاش يمثل عامل زجر، فالمسؤولية المدنية وحدها ستجعل الغاش يتحمل التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها غشه ضد الخصم. وأما التأديبية فهي تحقق الزجر لأعوان القاضي والنيابة والقاضي نفسه مخافة أن يتم تأديبه عن ارتكاب الغش.
- استعراض الآثار الإجرائية التي اتبعتها المشرع لمواجهة الغش تُظهر اهتمام المشرع الإماراتي بمحاولة إغلاق معظم الطرُق التي يمكن أن يسلكها الغاش لممارسة الغش في أحد الإجراءات، ويقرر آثاراً محددة يستتبع بعضها ارتكاب الغش وبعضها يسبق ارتكاب الغش ذاته.

ثالثاً: إشكالية البحث

تظهر إشكالية البحث في كيفية اعتبار السلوك غشاً. فهل يشترط له تحقق اشتراطات محددة؟ أو بالأحرى: هل يقوم على أركان محددة؟ وهل يمكن الاعتداد بحسن النية في مواجهة الاتهام بالغش؟

ويتفرع عن ذلك التساؤلات الآتية:

- ما مفهوم الغش وصوره؟
- ما أركان سلوك الغش؟ وإذا غاب أحدها فهل تسقط صفة الغش؟ وهل المدعي ملزم في دعواه بالتضحية بالإفضاء للقاضي بمعلومات تضر بموقفه بالدعوى؟
- ما صورة المسؤولية المقررة بالقانون لمواجهة الغش؟

- هل تجوز مخاصمة القاضي بدعوى مسؤولية مدنية إذا ما ثبت بحقه ارتكابه للغش؟ وكيف يثبت ذلك؟
- كيف فصل المشرع الإماراتي في الآثار الإجرائية للغش؟ وهل نجح في مواجهة تلك الظاهرة بشكل فعال؟

رابعاً: منهج البحث

نتبع في بحثنا المناهج: الوصفي والاستقرائي والتحليلي، ويجري استخدام المنهج الوصفي لوصف ظاهرة الغش الإجرائي، بالتعاون مع المنهج الاستقرائي الذي من خلاله نذهب إلى رصد وبيان المعالجة الفقهية لظاهرة الغش الإجرائي. وأخيراً يجري إخضاع نصوص القانون الإماراتي للمنهج التحليلي لغاية تحليل النصوص واستخراج ما فيها لمعالجة أشمل لظاهرة الغش ومواجهتها التشريعية.

خامساً: خطة البحث

في ضوء ما سبق، سنتناول الموضوع من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ماهية الغش الإجرائي في التقاضي وصوره

المبحث الثاني: المسؤولية عن الغش الإجرائي

المبحث الأول

ماهية الغش الإجرائي في التقاضي وصوره

في هذا المبحث، وعلى أساس التطرق إلى ماهية الغش وما صورته، نتطرق في مطلبين، يعالج الأول ماهية الغش الإجرائي بما يضم التطرق إلى المفهوم، ومن ثم العناصر التي تتناول أيضاً أركان الغش. وأما الثاني فنحاول فيه حصر صور الغش وتأطيرها بإطار عام من خلال بيان صور الوقوع سواءً من جانب الخصم ذاته أو ممثله أو من القاضي أو أعوان المحكمة، وهذا وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: ماهية الغش الإجرائي

المطلب الثاني: صور الغش الإجرائي

المطلب الأول

ماهية الغش الإجرائي

سيتناول الباحث في هذا المطلب تعريف الغش، وبيان عناصره المادية والمعنوية، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف الغش

يُعدّ الغش إحدى صور الإخلال بواجب الأمانة والصدق الذي يفرضه القانون، أو الاتفاق، أو التعاقد، أو خيانة الثقة، أو الكيد وسوء النية⁽¹⁾ أو التدليس. مثال الكذب في معلومات تتصل بواقعة التعاقد أو السكوت عن ذكر معلومات مهمة بالتعاقد. ويشمل الغش صوراً عديدة من الاصطلاحات تمثل أنواعاً له، كالتدليس ومفاجأة الخصم بالدعوى واستخدام وسائل لتضليل المحكمة وإيقاعها بالخطأ. والغش الذي يقع من القاضي يمثل إحدى صور الانحراف عن العدالة وسوء النية

(1) علي مصطفى الشيخ، الإجراءات التسوية: دراسة في ظاهرة المماطلة: مفهومها، والمواجهة القانونية لها أمام القضاء المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع56، أكتوبر 2014، ص17.

بشكل يتنافى مع اعتبارات النزاهة. وعليه فالغش بالمعنى الواسع يمثل عملية تغيير أو إخفاء الحقيقة بأي وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة تتعارض مع القانون⁽²⁾. وأما الغش الإجرائي فيُعرّف بأنه: «ما يصدر من الخصم في أثناء المرافعة من أقوال كاذبة أو طرق احتيالية يفاجئ بها الخصم الآخر على غرة منه، وهو يجهل حقيقتها، ويكون من شأنها التأثير على عقيدة القاضي وإقناعه بها، فيُصدر حكمه مستنداً عليها بحيث لولاها لصدر الحكم متخذاً وجهاً آخر»⁽³⁾.

الفرع الثاني

عناصر الغش

تتعدد عناصر الغش وتباين بحسب نوعه، فالغش قد يكون نحو الخصم وقد يكون نحو القانون، وما يُهما من تلك الأنواع هو الغش نحو حق الخصم، أي اتجاه الإرادة إلى إيذاء شخص محدد، وهو الخصم، من خلال إساءة استخدام الحقوق الإجرائية في التقاضي أو الإخلال بما يفرضه القانون من واجبات إجرائية بصورة عمدية. وتلك الصورة من الغش تنطوي على عنصرين: مادي ومعنوي، بجانب غاية الغش، تُبين كلاً منهما على النحو الآتي:

أولاً: العنصر المادي (السلوك غير المشروع)

وهذا العنصر قد يتمثل في صورة فعل إيجابي أو فعل سلبي غاية كليهما ارتكاب الغش بوسيلة غير مشروعة:

1 - الأفعال الإيجابية في العنصر المادي:

ويكون الفعل الإيجابي من خلال استعمال وسائل غير مشروعة من خلال ما يُسمى بالكذب المؤثر، ويقصد بالكذب المؤثر: «المخالفة الإرادية للحقيقة وأنه انعدام الصدق بغض النظر عما إذا كانت دوافع صاحبه خبيثة أو كريمة، وأنه إذن

(2) سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي - الغش في التقاضي والتنفيذ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، مج 41، ع1، سنة 1999م، ص 287.

(3) سنية أحمد محمد يوسف، غش الخصوم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998م، ص 150.

الاحتجاز أو الإخفاء أو التشويه الإرادي للحقيقة»⁽⁴⁾، ومن صور الكذب أن يقوم بحجز ورقة أو دليل ما يُعدّ منتجاً بالدعوى، أو أن يقوم بتشويه الحقيقة في ادعاء واقعة غير حقيقية أو أن ينفي وجود واقعة أو أن يشوه حقيقتها، أو يدلي بمعلومات مكذوبة عن الخصم أو يلجأ إلى تزيف مستند أو تقليده، أو أن يقسم بيمين كاذبة أو يستدعي شاهداً للإدلاء بشهادة زور.

وأما لفظة مؤثر فتهدف إلى القصد بأنه لولا هذا الكذب بأي من الصور المقدمة أعلاه وغيرها من الوسائل غير المشروعة التي يرتكبها الخصم الغاش لما حكمت المحكمة لصالحه⁽⁵⁾. ومثال هذا ما جاء بنص المادة (162) من قانون الإجراءات المدنية أنه: «إذا صدر الحكم بناءً على غش وقع من الخصوم أو بناءً على ورقة مزورة أو بناءً على شهادة مزورة أو بسبب عدم إظهار ورقة قاطعة في الدعوى احتجزها الخصم فلا يبدأ ميعداً استئناف الحكم إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو من اليوم الذي ظهرت فيه الورقة التي احتجزت».

2 - الأفعال السلبية في العنصر المادي:

يُقصد بالفعل السلبي: سكوت الخصم أو كتمانهُ وعدم قيامه بأي شيء لإظهار الحقيقة أو لدفع باطل، فيسكت الخصم. هذا السكوت في أحكام القانون الجنائي يكون أحياناً مجزماً بحسب مدى قوة الحالة، مثال الامتناع عن الإبلاغ عن جريمة⁽⁶⁾ أو الامتناع عن أداء الشهادة⁽⁷⁾. وسكوت الخصم هنا يتمثل عادة في امتناعه عن إظهار

(4) سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 291.

(5) علي مصطفى الشيخ، مرجع سابق، ص 177.

(6) جاء في المادة (321) من قانون الجرائم والعقوبات أنه: «يعاقب بالحبس أو بالغرامة كل موظف عام مكلف بالبحث عن الجرائم أو ضبطها، أهمل أو أرجأ الإخبار عن جريمة اتصلت بعلمه. ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة، كل موظف غير مكلف بالبحث عن الجرائم أو ضبطها أهمل أو أرجأ إبلاغ السلطة المختصة بجريمة علم بها أثناء أو بسبب تأديته وظيفته».

(7) جاء في المادة (310) من قانون الجرائم والعقوبات أنه: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على (5,000) خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من كُلف بأداء الشهادة أمام إحدى الجهات القضائية فامتنع عن حلف اليمين أو عن أداء الشهادة ما لم يكن الامتناع عن أدائها

أمر حاسم في الدعوى للقاضي خشية أن يخسر دعواه. وهنا يأتي تساؤل حول مدى التزام المدعي بالتضحية بدعواه في سبيل إظهار الحقيقة للقاضي بمعلومات يمكن أن تضر بموقفه في الدعوى؟

في الحقيقة ووفق أحكام القانون إذا قام الخصم بإخفاء ورقة وحجزها وصدر الحكم بناء على عدم ظهور تلك الورقة فتُعد هذه الحالة من صور الغش، ولو كانت متمثلة بصورة سلبية وهي إخفاء الورقة، ويحق للخصم المحكوم ضده أن يستأنف الحكم من يوم ظهور الغش أو ظهور تلك الورقة المحتجزة. وكون المشرع يعتبر هذا الحجز من صور الغش بالامتناع وبالتالي فهناك إلزام على الخصم بإظهار ما يحتجز من أوراق، وإلا كان مصير الحكم لصالحه هو البطلان أو للخصم الحق في استئنافه⁽⁸⁾، أو التماس إعادة النظر⁽⁹⁾ إذا ما كان الحكم نهائياً وبالتالي الحكم لصالحه.

ثانياً: العنصر المعنوي (نية ارتكاب الغش)

ويُقصد بهذا العنصر وجود نية للإضرار بالخصم الآخر من خلال خداعه، أو تضليله. ولا يشترط أن يتخذ سوء النية شكلاً غير مشروع لتوافر العنصر المعنوي، فمن الممكن أن يكون في صورة عمل قانوني. مثال أن يقدم الخصم طلباً أو دفعاً، أو يطلب إجراء محدداً وهو يعلم أن لا حق له فيه، ويبيده فقط بغاية تعطيل الفصل بالدعوى أو الإضرار بخصمه، أو بلجوء أحد الخصوم إلى وسائل احتيالية كالدعوى الكيدية بنية غش المحكمة وخصمه لغاية الوصول إلى حكم لصالحه.

ومن هذا نتساءل حول ما إذا كان يشترط في النية أن تكون سيئة لوجود الغش؟

- لعذر مقبول. ويعفى الجاني من العقوبة إذا عدل عن امتناعه قبل صدور الحكم في موضوع الدعوى». المرسوم بقانون اتحادي الرقم (31) لسنة 2021 بإصدار قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي.
- (8) بسبب عدم إظهار ورقة قاطعة في الدعوى احتجزها الخصم فلا يبدأ ميعاد استئناف الحكم إلا من اليوم الذي ظهرت فيه الورقة التي احتجزت. (المادة 162) من قانون الإجراءات المدنية.
- (9) ميعاد الالتماس (30) ثلاثون يوماً، ولا يبدأ في الحالات المنصوص عليها في البنود (1، 2، 3) من المادة (171) من هذا القانون إلا من اليوم الذي ظهر فيه الغش أو الذي أقر فيه فاعله بالتزوير أو حكم بثبوته أو الذي حكم فيه على شاهد الزور أو الذي ظهرت فيه الورقة المحتجزة (المادة 172) من قانون الإجراءات المدنية.

هل يُعدّ سوء النية عنصراً جوهرياً لفكرة الغش؟ يجيب الفقه عن هذا السؤال بـ «نعم» بالتأكيد، وحسبما جاء أنه لا يتصور وجود حُسن النية لدى الخصم الذي يلجأ إلى الحيل والأساليب غير المشروعة لتحقيق مصلحته. ففكرة الغش تتعارض كلية مع مبدأ حسن النية⁽¹⁰⁾.

وغياب هذا العنصر من خلال عدم تبين وجود قصد أو نية في ممارسة التضليل للوصول إلى غاية غير مشروعة معناه عدم قيام حالة الغش، وهذا على رغم قيام الخصم بتقديم معلومات غير صحيحة، ولكن عن حسن نية فلا يُعتبر التصرف غشاً في الإجراء. فالغش لا يقوم في غياب إرادة غايتها تضليل المحكمة أو الخصم الآخر لكون الغش من الأفعال العمدية⁽¹¹⁾.

ثالثاً: غاية الغش (الهدف غير المشروع)

على الرغم من أن حق التقاضي هو حق مكفول للجميع إلا أنه حق مقيد بحسن النية، أي بعدم ممارسة أي صورة من صور الغش كتضليل الخصم أو المحكمة والاحتيال على أحدهما، فالقانون ألزم كل خصم بأن يحسن نيته ويكون صادقاً في أقواله أميناً في أفعاله، لتمكين المحكمة من إصدار حكم عادل في الدعوى.

ومع هذا يمكن القول إنه بمجرد توافر العنصرين المادي والمعنوي في سلوك الخصم بإجراءات التقاضي، يُحكم حينها ببطالان كل ما ترتب على هذا الغش من إجراءات وأثار من دون الحاجة إلى بحث نية الخصم. وحتى لو أثبت أن نيته كانت مشروعة من وراء الغش فلا يلتفت إلى هذا الأمر، فقاعدة الغش أنه يُفسد كل شيء⁽¹²⁾.

ونخلص مما سبق إلى أن الغش لا يقوم إلا بتوافر عنصريه المادي والمعنوي، فغياب أحدهما يعني أنه لا غش وقع من جانب الخصم. فغياب العنصر المادي يعني

(10) سنية أحمد يوسف، مرجع سابق، ص 152.

(11) علي مصطفى الشيخ، مرجع سابق، ص 175 - 176.

(12) حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال 1995: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، مج 26، ع 50، سنة 2012 ص 31.

عدم وجود أي سلوك إيجابي أو سلبي يتسم بالغش. وغياب الركن المعنوي يمنع صفة الغش عن السلوك، وربما يجعله من قبيل «الغلط»، وهو ما يجعل الجزاءات المقررة سواء الوقائية أو العلاجية تختلف في ظل وجود الغش من عدمه.

المطلب الثاني

صور الغش الإجرائي

تتنوع صور الغش الإجرائي، فمنها ما يقع من الخصوم أو من ممثليهم والذي يتخذ كذلك صوراً تتفرع منهم كغش الممثل لمن يمثله أو غشه للمحكمة أو غشه للخصم الآخر، وهناك ما يقع من القاضي أو من أعوانه، وسنعرض لتلك الصور لتبيان كيفية تكوّن الغش الإجرائي في صوره المتعددة على النحو الآتي:

الفرع الأول

ما يقع من الخصوم وممثليهم

والغش قد يقع من الخصم ذاته، أو قد يقع من ممثله في الدعوى:

أولاً: الغش من الخصم

قد يقع من خصم بمفرده، أي من جانب واحد، وقد جرت تسمية تلك الصورة بالغش بالإرادة المنفردة، وتقع تلك الصورة من الغش من خصم تجاه الآخر وقد يكون منصباً على وقائع الدعوى، مثال السكوت أو الكتمان أو إخفاء واحتجاز مستندات أو تزويرها، وقد يكون نحو القانون بمحاولة التحايل على القانون، وقد ينصب على إجراءات الدعوى نفسها، مثال التلاعب ببيانات الإعلان وإخفاء بيانات مهمة كمحل إقامة المدعى عليه الحقيقي، وكذلك قد يقع الغش من الخصم، ولكن تجاه المحكمة من خلال محاولته عرقلة أداء المحكمة لمهامها، مثال تقديمه لدفاع يمنع المحكمة من المضي بنظر الدعوى كالتأخير في تقديم مستندات لها موعد محدد ونحوه.

وهناك الغش بالتواطئ أو الاتفاق، والذي يكون باتفاق بين مجموعة من الخصوم أو بين بعضهم وبين الغير في الدعاوى الاتفاقية، مثال دعاوى صحة التوقيع

والنفاذ، فقد يلجأ بعض الخصوم إلى ممارسة أفعال تضر ببقية الخصوم، مثال تسلّم إعلان الدعوى من دون إعلامهم. أو أن يتفق جميع الخصوم على غش المحكمة، مثال أن يتفق زوج وزوجة من الديانة المسيحية على الطلاق، ويتفقا على أن يرفع الزوج دعوى زنا ضد زوجته ليحصل على الطلاق، وتقر الزوجة بوقوع الزنا لتتمكن من الطلاق على رغم أنها غير زانية⁽¹³⁾.

ثانياً: الغش من ممثل الخصم

فيتطلب وجود ممثل قانوني للخصم عديم الأهلية، أو ناقصها كالقيم عليه، أو وليه، أو ممثله القانوني، وقد يكون الخصم كامل الأهلية ويجعل محاميه بموجب عقد وكالة ممثله في الدعوى. وبالتالي من المتصور وقوع الغش من ممثل الخصم بهدف الإضرار بالخصم، مثال أن يمتنع الوصي عن إعلام المحكمة أن الخصم الذي يمثله لم يبلغ سن الرشد بحيث يتفادى انقطاع الخصومة ويلجأ فيما بعد بإعلام الخصم بهذا التغيير، فتلك صورة من صور غش الممثل. وقد يقع الغش من الممثل تجاه من يمثله كأن يتفق مع الخصم الآخر للإضرار بمصالح من يمثله أو يتفق ممثلو الخصوم كافة للإضرار بالخصوم أنفسهم كاتفاق المحامين معاً على الإضرار بأحد الخصوم.

الفرع الثاني

ما يقع من القاضي أو أعوانه

أولاً: ما يقع من القاضي

قد يقع الغش من القاضي، وهو أحد صور انحرافات القاضي عما يتطلبه القانون، وهذا الغش إما أن يكون بهدف إثارة مصلحة أحد الخصوم أو بهدف النكاية في أي خصم أو بغية تحقيق مصلحة خاصة له. هذا الانحراف قد يكون بمرحلة التحقيق أو بمرحلة الحكم، ومن صور أن يقوم قاضي التحقيق بتغيير شهادة شاهد أو التعديل بمسودة الحكم أو أن يأتي بأي تصرف منحرف في أثناء نظر الدعوى، وهو ما يرتب لمسؤوليته المدنية إذا ما ثبت ارتكابه غشاً أو تدليساً بالاتفاق مع أحد الخصوم.

(13) سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 536.

ثانيًا: ما يقع من أعوان القاضي

عادةً ما يعاون القاضي في عمله عديدٌ من الأشخاص، منهم من يعمل بالجهاز الحكومي كموظف، مثال كاتب المحكمة ومندوبي الإعلان، ومنهم من يعمل بشكل مستقل، ولكنه ينفذ عملاً لمصلحة المحكمة، مثال الخبير أو المترجم. ويوجد أشخاص عاديون قد يساهمون بعملهم في عون القاضي ومساعدته وهم الشهود. جميع هؤلاء يقسمون بقسمٍ محدد لخدمة العدالة بأمانة. ومع هذا قد يقع الغش من جانب أحدهم، مثال قيام كاتب المحكمة بإخفاء أوراق محددة بالملف لمصلحة خصم آخر. وقد يقوم سكرتير الجلسة بالتحريف في وقائع الجلسة والمرافعة أو تحريف تقرير الخبير.

وقد يقع الغش من مندوب الإعلان بالتواطؤ مع الخصم للتلاعب في الإعلان بهدف عدم تمكين الخصم الآخر من الحضور والدفاع عن نفسه. وقد يقع الغش من جانب الخبير بوصف الواقعة في تقريره بما يخالف الحقيقة بهدف تضليل المحكمة والتأثير في قرارها. وتعدد صور وأشكال الغش الذي يُرتكب من أعوان القاضي. فإذا كان القانون قد أجاز مخاصمة عضو النيابة، وأفرد نصاً خاصة لمحاسبة أعوان القاضي من المهنيين إلا أنه لم يتناول بالنص جزاءاتٍ مقرّرةً على أعوان القاضي من الموظفين في مواجهة الغش. وعلى الأغلب أن المشرع ترك تلك المسألة للمشرع الجزائي باعتبار الرابطة ما بين الغش وأحد الأفعال المجرمة في نصوصه والمعاقب عليها. أو للمشرع المدني باعتبار الضرر الواقع على الخصم⁽¹⁴⁾.

(14) المرجع السابق، ص 544.

المبحث الثاني

المسؤولية عن الغش الإجرائي

المسؤولية هي المقابل القانوني لاصطلاح الجزاء؛ فالمسؤولية عن الفعل تعني تحمُّل الجزاء عليه. والجزاء هو الوصف أو محاولة التكييف القانوني للفعل الوارد بالمخالفة لنموذج القاعدة القانونية التي تحدد أركان هذا العمل وشروط صحته.

هذا الجزاء يختلف باختلافات القاعدة القانونية التي جرت مخالفتها، وكذلك من حيث درجة الجسامة لتلك المخالفة، وفي كل الأحوال فالغش الإجرائي بكل صوره لا يخرج عن جملة من الجزاءات حددها المشرع، فإما أن تكون جنائية وتأديبية من ناحية، وإما أن تكون مدنية إجرائية أو إجرائية فقط بشكل بحت. ونظرًا إلى كون بحثنا يعالج الغش في القانون المدني فسوف نتفادى هنا الحديث عن الجزاءات الجنائية، ونقتصر في هذا المطلب على تناول المسؤولية التأديبية والمدنية والآثار الإجرائية، وهذا وفقًا للتقسيم التالي:

المطلب الأول: المسؤولية المدنية والتأديبية

المطلب الثاني: الآثار الإجرائية

المطلب الأول

المسؤولية المدنية والتأديبية

سيتناول الباحث هذا المطلب من خلال بيان المسؤولية المدنية في فرع أول، ثم المسؤولية التأديبية في فرع ثان، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

المسؤولية المدنية

تُمثل المسؤولية المدنية الجزاء المدني (المالي) المترتب على ارتكاب واقعة الغش في أي من إجراءات الدعوى، ويكون أساس تلك الجزاءات عادةً قانون

الإجراءات المدنية أو قانون المعاملات المدنية للنص على جزاءات مالية مثل المصروفات أو التعويض أو الغرامة.

أولاً: مصروفات الدعوى

يُعفى طرف الدعوى الخاسر بصورة كلية أو جزئية من مصروفات الدعوى إذا ترك المحكوم له خصمه على جهل بالمستندات التي لديه، وهذا وفقاً لنص المادة (134) التي جاء فيها أنه: «للمحكمة أن تحكم بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصروفات كلها أو بعضها إذا كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصروفات لا جدوى منها، أو كان قد ترك خصمه على جهل بما في يده من المستندات القاطعة في الدعوى، أو بمضمون تلك المستندات»، كذلك قد يُعفى الخاسر بشكل كلي من نفقات الدعوى في حال وجدت المحكمة أنها رُفعت بقصد الكيد⁽¹⁵⁾، وهذا وفقاً للفقرة 1 من المادة (136) من قانون الإجراءات المدنية والتي نصت على أنه: «للمحكمة أن تحكم بالتضمنات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قُصد بهما الكيد».

ثانياً: التعويض

جاء في المادة (282) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي أنه: «كل إضرار بالغير يُلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر»، وجاء في المادة (283) من القانون ذاته أنه: «1 - يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. 2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر».

وقد نص المشرع الاتحادي بشكل مباشر على جواز مخاصمة القضاء في حال حُكم في الدعوى المدنية بمسؤولية القاضي وجرى الحكم عليه بالتعويض، وقد جاء هذا في الفقرة 2 من المادة (200) من قانون الإجراءات المدنية أنه: «تجوز مخاصمة قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة في الأحوال الآتية: 2. في الأحوال التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات».

(15) سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 220.

ويظهر من النص أن ممارسة الخصم للغش أو التدليس أو تعسفه في أحد الحقوق الإجرائية بقصد الكيد أو إطالة أمد النزاع⁽¹⁶⁾، أو قيام القاضي أو أحد أعوانه أو أي من أعضاء السلطة القضائية فيجوز الحكم بالتعويض حينها وفقاً للنصوص التي أقرها المشرع بقانون المعاملات المدنية وفقاً لمبدأ الإضرار العمدي أو تلك النصوص التي نظم بها المشرع عملية إدارة الدعوى ونحوه التي تناولت التعويض الجابر للضرر سواء كان الضرر مادياً أو أدبياً، وقد تأكد هذا في أحكام المحكمة الاتحادية والتي جاء في أحدها أنه: «ولما كان مسلك الطاعن في القضايا المشار إليها يتصف بالكيد وكبد نفقات ومبالغ باهظة وأساء إلى سمعته وزعزع مركزه التجاري وأثر على أعماله مما ألحق به أضراراً مادية وأدبية تجاوز ضعف قيمة الشيك ومن ثم فقد أقام الدعوى، ومحكمة أول درجة قضت برفضها. استأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم 326 لسنة 2005 أبو ظبي، وبتاريخ 2005/11/28 قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وإلزام الطاعن بأن يدفع للمطعون ضده مبلغ عشرين ألف درهم على سبيل التعويض»⁽¹⁷⁾.

ثالثاً: الغرامة

ويقصد بالغرامة الجزاء المالي الذي يجري سداؤه للخزانة العامة على سبيل التعويض للمجتمع عما أصابه من ضرر جراء الغش والكيد بين المتقاضين بهدف ردعهم⁽¹⁸⁾.

ويأتي الهدف من الغرامة هنا أن تجري مقاومة صور الغش وصور التعسف بالحقوق الإجرائية من خلال جزاء الطرف ذي النية السيئة في الدعوى، وأن يقرر

(16) محمود الهجرسي، الأمانة الإجرائية في قانون المرافعات في التقاضي والتنفيذ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020م، ص377.

(17) المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 57 لسنة 28 قضائية بتاريخ 18 - 6 - 2006 [نقض الحكم والتصدي للموضوع]. شبكة قوانين الشرق، الرقم المرجعي للحكم في شبكة قوانين الشرق: 322644.

(18) مصطفى سلامة عز العرب سلامة، مبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع3، مج 2022م، ص416.

عقبات أمام الطلبات المتسمة بالتسويق، وبالتالي إلزام الخصوم بإبداء أعلى مقدار من الجدل في ادعائهم بغرض الحفاظ على حسن سير العدالة من دون إعاقة لها.

وقد جاء بنص المادة (136) من قانون الإجراءات المدنية بالفقرة (2) منها أنه: «2. مع عدم الإخلال بحكم المادة (133) من هذا القانون، للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن (1,000) ألف درهم، ولا تزيد على (10,000) عشرة آلاف درهم على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً أو دفاعاً كيدياً».

وفي شأن أعوان القضاء نجد أن المشرع أفرد نصاً بتغريم العامل بالمحكمة في حال تأخر عن إيداع المستندات أو إن تأخر عن القيام بأي من إجراءات الدعوى بالموعد الذي حددته المحكمة بنص المادة (74) من القانون السابق والتي جاء بالفقرة (1) منها أنه: «1. تُقرر المحكمة أو القاضي المشرف على من يتخلف من العاملين بالمحكمة أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات الدعوى في الميعاد الذي حددته المحكمة أو مكتب إدارة الدعوى، بغرامة لا تقل عن (1,000) ألف درهم ولا تجاوز (10,000) عشرة آلاف درهم، ويكون ذلك بقرار يُثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية، ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق».

وهكذا نخلص مما سبق إلى أن المشرع قد حاول من خلال نصوصه التي توضح الجزاءات المدنية أن يردع المتقاضين عن ممارسة الغش أو الكيد بالدعوى قدر إمكانه التشريعي من خلال جزاءات مادية تتمثل في تحمل مصروفات الدعوى والتعويض والغرامة.

الفرع الثاني

المسؤولية التأديبية

وكلمة تأديب هنا لا تأتي إلا إذا كان من وقع منه الغش أحد موظفي النظام القضائي كالقاضي وأعوان المحكمة وأعضاء النيابة العامة.

وتُعرّف المسؤولية التأديبية للقاضي فقهاً بأنها: «ارتكاب القاضي مخالفةً تنطوي على معنى الإخلال بحسن سير عمله وانتظامه»⁽¹⁹⁾.

وقد أجاز المشرع الإماراتي بقانون الإجراءات المدنية مخاصمة⁽²⁰⁾ القضاة في حالات صدور الغش أو التدليس عنهم، وقد جاء بالفقرة 1 من المادة 200 من قانون الإجراءات المدنية الرقم 42 لسنة 2022م⁽²¹⁾ أنه: «تجوز مخاصمة قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وأعضاء النيابة العامة في الأحوال الآتية: 1. إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم».

وعلى رغم أن قانون السلطة القضائية الاتحادية رقم 32 لسنة 2022⁽²²⁾ لم يحدد الأسباب أو الأفعال التي يمكن أن تؤدي إلى إقامة دعوى تأديبية بحق عضو السلطة القضائية إلا أنه أجاز مساءلة عضو السلطة القضائية على كل ما قد يقع منه ويشكل مخالفة لواجباته أو مقتضيات وظيفته بالفقرة 1 من المادة (75)، وهو نص عام لا يحدد مخالفات بعينها، إلا أن الغش - في تقديري - يمثل هنا مساساً بأمانة القاضي وتشكيكاً مباشراً في نزاهته، وعضو السلطة القضائية وفق المادة (67) بفقرتها الأولى مُلزم بالحفاظ على صفة الوقار والكرامة والتزام ما يصون سمعته وسيرته، وأن يحتاط لكل ما يمس أمانته أو يشكك في نزاهته، وعليه فممارسة عضو السلطة القضائية لإحدى صور الغش الإجرائي مسألة تستدعي التأديب، وقد أفرد المشرع نصاً يحدد

(19) لندة معمر يشوي، المسؤولية التأديبية للقاضي: دراسة تحليلية في التشريع، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018م، ص 34.

(20) المخاصمة هي إحدى صور دعوى المسؤولية المدنية الخاصة، والتي تتيح للمتضرر من أخطاء القضاة العمدية أو غير العمدية والتي تقع منهم بمناسبة قيامهم بأعمالهم القضائية المطالبة بالتعويض ورفع الضرر عن المتضررين: راجع في دعوى المخاصمة: مايد سعيد حمد السويدي: مخاصمة القضاة الاتحاديين، بحث تخرج، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2020م، ص 4.

(21) دولة الإمارات العربية المتحدة - المرسوم بقانون الاتحادي رقم 42 لسنة 2022، الصادر بتاريخ 2022/10/03، نشر بتاريخ 2023/10/10، على أن يعمل به اعتباراً من 2023/01/02 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، 737 «ملحق»، السنة الثانية والخمسون.

(22) دولة الإمارات العربية المتحدة، المرسوم بقانون الاتحادي رقم 32 لسنة 2022 الصادر بتاريخ 2022/10/03، نشر بتاريخ 2023/10/10، على أن يعمل به اعتباراً من 2023/01/02 بشأن السلطة القضائية الاتحادية، الجريدة الرسمية 737، السنة الثانية والخمسون.

فيه الجزاءات التأديبية التي يجوز توقيعها على عضو السلطة القضائية؛ فقد جاء في المادة (83) من قانون السلطة القضائية الاتحادية أنه: «الجزاءات التأديبية التي يجوز توقيعها على عضو السلطة القضائية هي: 1- اللوم. 2- الحرمان من العلاوة الدورية. 3- التخطي في الترقية لمرة واحدة. 4- النقل إلى وظيفة أخرى غير قضائية بدرجة أقل وبمرتب أقل. 5- الفصل من الوظيفة».

وهذا النص لا يتعارض وقيام الخصم المتضرر برفع دعوى تعويض ضد القاضي أمام المحكمة المدنية على أساس إضراره العمدي بممارسة الغش أو التدليس. فلا يمنع قيام المسؤولية المدنية قيام المسؤولية التأديبية بحق القاضي أو العكس. بل يمكن أن تترتب كذلك بحقه مسؤولية جزائية يعاقب فيها بعقوبة جزائية بحسب حجم ما تسبب فيه من ضرر مادي أو معنوي نتيجة ارتكابه للغش أو التدليس بالدعوى.

المطلب الثاني

الآثار الإجرائية

المسؤولية الإجرائية أو الجزاء الإجرائي يُقصد من ورائهما الأثر الإجرائي الذي يترتب عليه قانون الإجراءات المدنية في مواجهة الخصم المخالف لقواعد القانون، وهو صورة من صور الجزاءات التي يفرضها المشرع بجانب الجزاء المدني أو التأديبي أو حتى الجنائي، فهو من الأهمية التي تجعله الأداة الأمثل لتصحيح المخالفة؛ فمن خلاله يمكن عدم ترتيب الأثر الذي كان سيترب على الإجراء لو لم يعبه الغش. وقد يصيب الأثر كامله أو أحد عناصره أو أحد ظروفه. فإصابة الإجراء بالعيب للغش أو لغيره تجعل منه غير صالح لإنتاج أي من آثاره القانونية التي تترتب عليه.

والفكرة من هذا الجزاء هي بيان هدف المشرع من إحكام غاية وهدف نموذجي، وهو كفالة احترام القواعد الإجرائية من خلال السماح بتعقب الإجراءات المخالفة للنموذج المقرر للقاعدة الإجرائية بالعيب الذي يؤثر بالإجراء ومع العيب لا يمكن أن تتولد عنه آثار معتبرة.

وهذه الجزاءات الإجرائية أو الآثار الإجرائية التي قررها المشرع بقانون

الإجراءات المدنية، للحماية من الغش في إجراءات التقاضي والتنفيذ، منها ما هو وقائي في صورة تدابير، ومنها ما يكون علاجياً، ويكون في بدء أو أثناء الخصومة أو حتى بعد صدور الحكم فيها. وهي كالتالي:

الفرع الأول

التدابير الوقائية

وتتمثل هذه التدابير في عدم القبول، وسقوط الحق في إبداء الدفع، وتمكين القاضي لتفادي المماطلة أو الغش، وتقييد ممارسة بعض الحقوق الإجرائية، وعدم جواز التمسك بالبطلان، والتنحي، وهو ما سنتناوله على النحو التالي:

أولاً: عدم القبول

جاء في المادة (2) من قانون الإجراءات المدنية النصّ على عدم القبول للطلبات التي لا تكون لصاحبها مصلحة قائمة ومشروعة، وجاء في نصها أنه: «لا يُقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يُخشى زوال دليله عند النزاع فيه»؛ وبالتالي لو كانت المصلحة بالطلب غير مشروعة، كمخالفتها للنظام العام بالدولة، يكون هنا الأثر عدم القبول، مثال أن يكون موضوع المطالبة ديناً ناشئاً عن عمل غير مشروع كرشوة مثلاً، أو دفع مال في شراء مواد ممنوعة. فالقاعدة هنا عدم جواز الاحتجاج بالعمل الشائن أمام المحكمة.

ثانياً: سقوط الحق في إبداء الدفع

في سبيل مواجهة التسويف والمماطلة من جانب أحد الخصوم، كقيامه بتأجيل إبداء أحد دفعه حتى اللحظة الأخيرة، وخصوصاً إذا ما كانت متعلقة بالإجراءات، جاء في المادة (86) من قانون الإجراءات المدنية إلزام من جانب المشرع على الخصم بتقديم الدفع غير المتعلقة بالنظام العام والدفع المتعلقة بالإجراءات معاً،

وإلا سقط حقه في إبداء أي منها⁽²³⁾. ويلاحظ هنا أن المشرع، بهدف تفادي مخاطر تضيق الوقت، ذهب إلى ربط استعمال الحق في إبداء الدفع، على وجه الخصوص، بترتيب محدد وإلا سقط حقه في استعماله.

ثالثاً: تمكين القاضي لتفادي المماطلة أو الغش

ويُقصد بها منح أدوات جزائية للقاضي يستخدمها في حال عدم الامتثال لأمر المحكمة بقصد تعطيل سير العدالة، ومنح المشرع في المادة (74) القاضي الحق لمعاقبة من يتخلف عن إيداع المستندات أو التأخر عن القيام بأي إجراء من إجراءات الدعوى في موعده، وسواء كان من العاملين بالمحكمة أو من الخصوم، بالغرامة التي لا تقل عن 1000 درهم ولا تجاوز 10000 درهم. وجاء في الفقرة (3) من المادة ذاتها أنه في حال امتنع الخصم بعد تغريمه عن إيداع المستند، أو القيام بالإجراء المطلوب بالدعوى فيُحيلها القاضي المشرف إلى المحكمة المختصة للحكم فيها على حالتها، أو أن يقرر اعتبار الدعوى كأن لم تكن.

ولغايات تجنب الغش بممارسة التسويف والمماطلة، تنظر المحكمة في الطلبات العارضة مع الدعوى الأصلية، وقد جاء في المادة (99) من القانون أنه: «للمدعي أو المدعى عليه أن يقدم الطلبات العارضة ما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي ارتباطاً يجعل من حسن سير العدالة نظرهما معاً». وهناك عديد من النصوص التي أقرها المشرع في المعنى ذاته، كحق القاضي في استبعاد دفع الإحالة للارتباط إذا ما جرت إثارته بوقت متأخر بغاية التسويف. وتأتي جميع تلك النصوص وغيرها لتمكين القاضي من تفادي حالات التسويف والغش من جانب الخصم حماية لحسن سير العدالة.

رابعاً: تقييد ممارسة بعض الحقوق الإجرائية

قرر المشرع في قانون الإجراءات المدنية تقييد يد الخصوم عن ممارسة عدد من الحقوق الإجرائية بهدف حماية سير العدالة من التسويف والعرقلة الضارة بالخصم

(23) مصطفى سلامة عز العرب سلامة، مرجع سابق، ص 406.

الآخر، وبالتالي نجد أن المحكمة - مثلاً - ترفض قبول طلبات التدخل إلا في حال وجدت ارتباطاً بينها وبين الطلب الأصلي، وبشرط تقديمها قبل قفل باب المرافعة كما جاء في المادة (97)⁽²⁴⁾، وكذا في شأن مخاصمة القاضي؛ فقد حدد المشرع حالات محددة ينتهها المادة (200) من قانون الإجراءات المدنية وهي: إذا وقع منه غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم، فالحق بمخاصمة القاضي هنا مشروط بتوافر إحدى الحالات الثلاث، وكذلك في حق رد القاضي، فالأمر مشروط بتوافر إحدى الحالات التي ينتهها المادة (117) من القانون. وعليه تكون بعض من الحقوق الإجرائية مقيدة ضماناً لحسن سير العدالة.

خامساً: عدم جواز التمسك بالبطلان

وجاء في الفقرة (2) من المادة (14) تأسيس قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان غير المتعلق بالنظام العام من جانب الخصم الذي تسبب فيه، فلا يمكن أن يكون مقبولاً أن يتسبب خصم ما بإبطال أحد إجراءات الدعوى، ومن ثم يتمسك بالبطلان، فهي مضيعة للوقت والجهد وإضراراً بحقوق الخصوم.

سادساً: التنحي

ويجيز المشرع الإماراتي للقاضي أن يتنحى عن نظر الدعوى في حال استشعر الحرج من نظر الدعوى، ويكون هذا التنحي مُسبباً أو غير مسبب وهذا ما تقرر بنص المادة (118) من قانون الإجراءات المدنية، والتي بينت أن للقاضي أن يتنحى عن نظر الدعوى ولو كان صالحاً لنظرها ما دام استشعر الحرج، ويأتي هذا تجنباً لوقوع القاضي في الغش أو الإخلال بنزاهته وحياده في أثناء نظر الدعوى⁽²⁵⁾.

(24) تنص المادة (97) على أنه: يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة وبحضور الخصوم، ويثبت في محضرها ولا يُقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة.

(25) سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 245.

الفرع الثاني

الجزاءات العلاجية

ويُقصدُ بها تلك الجزاءات المقررة على الخصومة ككل أو أيٍّ من إجراءاتها، وفي أي وقت، إما في أثناء نظرها وإما بعد صدور الحكم في أي وقت ظهر أن هناك غشاً فيها:

أولاً: جزاءات في بدء الخصومة أو في أثناء نظرها

- في حال تعمد الخصوم رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، وهو عالم بقواعد الاختصاص بهدف الاستفادة من آلية التقادم.
- كذلك إذا مارس أحد الخصوم غشاً في اختيار الخصوم في الدعوى، فهنا تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتصحيح هذا الشكل؛ فوفقاً للمادة (98) تملك المحكمة الحق من تلقاء نفسها في الأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة.
- قيام الخصم بإخفاء بيانات عن عمد في الإعلان بقصد حرمان الخصم من مباشرة حقوقه بالمواعيد المقررة أمرٌ يُبطل الإعلان، ولما كانت قاعدة أن الغش يفسد التصرف، فالغش كذلك يفسد الإعلان ويُبطله، فقد جاءت في القانون اشتراطات محددة لبيانات الإعلان، وجاء في المادة (13) أنه إذا شاب الإجراء عيبٌ أو نقص جوهري لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء فيكون باطلاً.
- كذلك تسقط الخصومة في حال بقيت راکدة لمدة 6 أشهر من تاريخ آخر إجراء صحيح تم فيها، وهذا بفعل من المدعي أو بامتناعه كما جاء بالفقرة 1 من المادة (108) من القانون.

ثانياً: جزاءات بعد صدور الحكم في الخصومة

في حال ظهر الغش بعدما صدر الحكم بالخصومة، فقد قرر المشرع الإماراتي جزاءات محددة تتمثل في إبطال الحكم المنهي للخصومة أو إبطال أحد الإجراءات

والذي أثر في الحكم، أو حتى إلغاء الحكم في حال تم تعيينه، كذلك تتأثر مواعيد الطعن وطرقه بظهور الغش بعد الحكم. وهذا ما سنُبينه فيما يلي:

- في حال تبين ارتكاب الغش من جانب القاضي أو أحد أعضاء النيابة، فترفع دعوى ببطالان الحكم مع التعويض ضد القاضي بدعوى تسمى دعوى مخاصمة، وفق أحكام المادة (200) من القانون.

- يحق للخصم التماس إعادة النظر في الحكم أو القرار القضائي الصادر بصفة نهائية في حال وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم أو القرار⁽²⁶⁾.

- يجري تحديد ميعاد الاستئناف بالحكم الصادر بناء على:

• غش من أحد الخصوم أو بناء على ورقة مزورة أو شهادة زور أو عدم إظهار ورقة قاطعة بالدعوى واحتجزها الخصم.

• بناء على اليوم الذي ظهر فيه الغش أو أقر المزور، أو شاهد الزور بفعله، أو حكم بثبوت التزوير، أو شهادة الزور أو من تاريخ ظهور الورقة المحتجزة. ويسري المبدأ ذاته في الالتماسات المقدمة لإعادة النظر.

وهكذا نخلص مما سبق إلى أن المشرع الإماراتي أظهر حرصه على إغلاق الطرق المؤدية للغش، بتضمين جملة من الجزاءات تقع بحق الخصم المرتكب للغش، بعضها يكون في أثناء سير الخصومة ونظرها، وبعضها يكون بعد صدور الحكم. وهذا بهدف مقاومة الغش وإرساء حسن سير العدالة في التقاضي.

(26) المقرر — في قضاء هذه المحكمة — أن مؤدى المادة (1/171) من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 42 لسنة 2022 أن يقع غش من خصم الملتزم المحكوم له أو ممن كان يمثله في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه أو من الغير إذا كان المحكوم له قد أسهم فيه، وأن يكون هذا الغش خافياً على طالب الالتماس خلال نظر الدعوى بحيث لم تُتَح له الفرصة لدحضه وتنوير حقيقته للمحكمة للجهل به، والمقصود بالغش المشار إليه هو العمل الاحتيالي المخالف للنزاهة أو الكذب المتعمد في رواية الوقائع المهمة وإخفاء الحقائق القاطعة المجهولة من الخصم الآخر. حكم محكمة التمييز - دبي بتاريخ 2023-04-27 في الطعن رقم 94/ 2023 طعن مدني.

الخاتمة

في ختام بحثنا نخلص إلى القول بأن حرص المشرع الإماراتي على تقييد ظاهرة الغش الإجرائي، من خلال وضع عقبات لارتكابها أمام الخصوم أو ممثليهم، مسألة ظاهرة بالنص القانوني، وخاصة في ضوء ما عرضناه من آثار إجرائية وقائية يهدف من خلالها منع وقوع الغش من الأساس. وفي حال وقع فيحاول مواجهته من خلال الآثار العلاجية ضماناً لتحقيق العدالة وحماية مصالح الخصوم بالدعوى.

وقد خلص البحث لجملة من النتائج والتوصيات، تستعرضها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- 1 - يمثل الغش الإجرائي صورة من صور الإخلال بواجب الأمانة والصدق الذي يفرضه القانون أو التعاقد، وهو صورة من صور خيانة الأمانة وسوء النية في إجراءات الدعوى. وتعدد صور الغش فمنها ما قد يقع بواسطة الخصوم أنفسهم بعضهم تجاه بعض أو تجاه المحكمة، أو يقع من ممثليهم تجاه الخصوم أو يقع من الممثل تجاه من يمثله. ومنها ما قد يقع من القاضي ذاته أو أحد أعوانه، أو حتى من عضو النيابة العامة، تجاه أحد الخصوم للإضرار بمصلحته أو تحقيق منفعة شخصية.
- 2 - للغش أركان أو عناصر محددة منها العنصر المادي والذي يكون إما إيجابياً بممارسة فعل غير مشروع، وإما سلبياً بالامتناع عن واجب. وهناك العنصر المعنوي الذي يستند إلى مبدأ سوء النية في ممارسة السلوك. وهناك عنصر النية بتحقيق هدف غير مشروع، وإن كنا لا نرى له قيمة قانونية، فأياً كانت نية الغاش، ولو كانت حسنة، فما دام قد توافر العنصران المادي والمعنوي قامت جريمة الغش بحق مرتكبها.
- 3 - قرر القانون عدداً من المسؤوليات لمواجهة الغاش، فمنها الجزائية التي لم يتسع المجال لذكرها هنا. وهناك مدنية بالتزامه بتحمل التعويض عما تسبب فيه من ضرر، ومنها تأديبية وهي مخصصة للقاضي وأعوانه وموظفي الحكومة عامة والمستقلين كالخبراء والمترجمين.

4 - تجوز مخاصمة القاضي بدعوى مسؤولية مدنية، ويمكن للمتضرر تقديم شكوى يجري على إثرها إخضاع القاضي للتحقيق، وفي حال ثبوت واقعة الغش فتجري مساءلته مدنيًا وتأديبيًا.

5 - قرر المشرع الإماراتي آثارًا إجرائية متنوعة يمكن من خلالها مواجهة الغش، قبل أن يقع بصورة وقائية. وبعضها الآخر هو علاجي بعد ارتكاب الغش. ويمكن القول إن المشرع الإماراتي كان حريصًا على مواجهة هذه الظاهرة بشكل فعال لحماية العدالة ومصلحة الخصوم.

ثانيًا: التوصيات

1 - نوصي المشرع الإماراتي بالنص في المادة (1) من قانون الإجراءات المدنية على مفهوم الغش. وإضافة فصل خاص بالقانون يشمل الغش وصوره الشهيرة وأحكامه.

2 - نوصي المشرع الإماراتي بتفصيل مسألة مخاصمة القاضي وأعوانه وبيان آلية رفع الدعوى.

3 - نوصي المشرع الإماراتي بإدراج عقوبة وقف نظر الدعوى مدة 6 أشهر جزاء للخصم الذي ارتكب الغش في أثناء سير الدعوى، من دون أن يترتب على وقف الدعوى إضرار بحقوق ومصالح بقية الخصوم.

4 - تتطور صور وآليات الغش بتطور التكنولوجيا ومناحي الحياة، وأصبح ممكنًا من خلال تقنيات الذكاء الاصطناعي اصطناع أدلة كالتزييف العميق للصور والفيديو والمستندات، وبالتالي من الضروري أن يلتفت المشرع إلى تلك المسألة وسرعة تأطيرها في النص التشريعي لقانون الإجراءات المدنية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- لندة معمر يشوي، المسؤولية التأديبية للقاضي: دراسة تحليلية في التشريع، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018م.
- محمود الهجرسي، الأمانة الإجرائية في قانون المرافعات في التقاضي والتنفيذ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020م.
- سنية أحمد محمد يوسف، غش الخصوم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998م.

ثانياً: البحوث العلمية

- حمدي محمد مصطفى، الغش من المستفيد في خطابات الضمان المصرفية وأثره على التزام البنك طبقاً لاتفاقية اليونسسترال 1995: دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، مج 26، ع50، سنة 2012.
- مايد سعيد حمد السويدي: مخاصمة القضاة الاتحاديين، بحث تخرج، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2020م.
- مصطفى سلامة عز العرب سلامة: مبدأ الأمانة الإجرائية أمام القضاء المدني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع3، سنة 2022م.
- سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي - الغش في التقاضي والتنفيذ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، مج 41، ع1، سنة 1999م.
- علي مصطفى الشيخ، الإجراءات التسوية: دراسة في ظاهرة المماطلة: مفهومها، والمواجهة القانونية لها أمام القضاء المدني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع56، أكتوبر 2014.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	377
المقدمة	378
المبحث الأول: ماهية الغش الإجرائي في التقاضي وصوره	381
المطلب الأول: ماهية الغش الإجرائي	381
الفرع الأول: تعريف الغش	381
الفرع الثاني: عناصر الغش	382
المطلب الثاني: صور الغش الإجرائي	386
الفرع الأول: ما يقع من الخصوم وممثلهم	386
الفرع الثاني: ما يقع من القاضي أو أعوانه	387
المبحث الثاني: المسؤولية عن الغش الإجرائي	389
المطلب الأول: المسؤولية المدنية والتأديبية	389
الفرع الأول: المسؤولية المدنية	389
الفرع الثاني: المسؤولية التأديبية	392
المطلب الثاني: الآثار الإجرائية	394
الفرع الأول: التدابير الوقائية	395

398	الفرع الثاني: الجزاءات العلاجية
400	الخاتمة
402	قائمة المراجع

التسوية الجزائية في الجنايات

دراسة تحليلية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي^(*)



د. أمين عبده محمد دهمش

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية القانون، جامعة الفجيرة

الإمارات العربية المتحدة

الملخص

تتناول هذه الدراسة القانونية البحث في موضوع التسوية الجزائية في الجرائم المتوسطة الخطورة المتمثلة في الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت، بوصفها أحد بدائل الدعوى الجزائية ذات الطابع الرضائي أو التوافقي التي تبناها المشرع الإماراتي في القانون رقم 38 لسنة 2022 بشأن الإجراءات الجزائية، لمعالجة إشكالية التزايد المستمر في كمية القضايا التي تُعرض أمام الأجهزة الضبطية والنيابة العامة والمحاكم الجزائية، وبطء إجراءات المحاكمة وإرهاق الخصوم بعدد من الشكليات الإجرائية.

وهدفنا الدراسة إلى تسليط الضوء على القواعد الإجرائية التي تنظم سير التسوية الجزائية في القانون الإماراتي، وبيان دورها في تبسيط واختصار إجراءات المحاكمة وتحقيق العدالة الناجزة؛ وتم تقسيمها إلى أربعة مباحث: الأول خُصص لمفهوم التسوية الجزائية في الجنايات ونطاقها، في حين خُصص الثاني لطبيعتها القانونية وتمييزها عن الأنظمة الشبيهة بها، أما الثالث فخُصص لإجراءات التسوية الجزائية في الجنايات، وأفرد الرابع، لآثار التسوية الجزائية في الجنايات؛ وقد اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك باستقراء النصوص القانونية المنظمة للتسوية الجزائية في الجنايات في القانون الإماراتي وتحليلها، للخروج باستنتاجات تؤدي

وتاريخ قبوله: 22 ديسمبر 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 29 أكتوبر 2024

إلى تقييم هذه النصوص والتوصية بتصويبها وإزالة ما علق بها من قصور يقتضي الإضافة أو التعديل.

وأهم النتائج التي خلصت إليها الدراسة تتمثل في تفرّد المشرع الإماراتي في تنظيم التسوية الجزائية في الجنايات المتوسطة الخطورة مقارنةً بالتشريعات الأخرى التي قصرتها على الجرائم البسيطة، وأن اللجوء إليها يخضع للسلطة التقديرية للنيابة العامة في ضوء سلطة الملاءمة التي تحكم تصرفاتها في الدعوى الجزائية. ويؤدي إقرارها إلى الحكم على المتهم بالإدانة وبعقوبة أخف من العقوبة الأصلية المقررة للجريمة، إذا وافق المتهم على اقتراح النيابة بإجرائها، وأيدت المحكمة المختصة هذا الإجراء. وخلصت الدراسة إلى عدة توصيات لعل أبرزها: التوصية للمشرع الإماراتي بالنص على اعتبار القرار بالتسوية الجزائية في الجنايات من محكمة الاستئناف نهائياً وغير قابل للطعن، واعتباره أيضاً سابقة جنائية، تؤدي إلى حرمان العائد من إجراء تسوية أخرى في المستقبل.

كلمات دالة: الوساطة الجزائية، والصلح الجزائي، والعدالة الرضائية، وبدائل الدعوى الجنائية، والمثول على أساس الاعتراف السابق بالجرم.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث وأهميته

أدى التدخل التشريعي الواسع النطاق في التجريم والعقاب، وانتشار الجرائم المستحدثة في الآونة الأخيرة، وقلة عدد القضاة الذين يتولون النظر في مثل هذه القضايا، ومرور الفصل في الدعوى الجزائية بمراحل متعاقبة، إلى بطء في إجراءات المحاكمة، وظهور ما أطلق عليه «أزمة العدالة الجنائية»، فلا فائدة - كما يقال - من دعوى قضائية تتوارثها الأجيال، ولا جدوى من عقوبة يُنطق بها بعد أن توارت الجريمة في طي النسيان⁽¹⁾.

وفي واقع الأمر فإن بطء إجراءات المحاكمة جعل الوصول إلى العدالة الناجزة أمراً عسيراً، مما أضر بالمتهم والمجني عليه والمجتمع، وترتبت عليه آثار سلبية عديدة، تتمثل في إهدار الحقوق، وإضعاف أثر العقوبة، والإخلال بحق المتهم في محاكمة عادلة ضمن فترة زمنية معقولة، بالإضافة إلى التكلفة العالية التي يتحملها المجتمع لمكافحة الجريمة⁽²⁾.

ولذلك اتجهت عديد من الدول إلى إيجاد وسائل حديثة لإدارة الدعوى الجنائية تحد من الإغراق في الشكليات الإجرائية وتنسم بالإيجاز والسرعة، وفي تغيير أسلوب الحكم فيها⁽³⁾، وذلك بتقنين أنظمة العدالة الجنائية التوافقية أو الرضائية⁽⁴⁾، وأهم هذه

(1) أحمد محمد البراك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، ط1، الدار العلمية للنشر، عمان - الأردن، 2017، ص59.

(2) رامي متولي القاضي، البدائل المستحدثة لمواجهة بطء الإجراءات الجنائية، مجلة الباحث العربي، جامعة الدول العربية، القاهرة، مج3، ع1، سنة 2022. ص8. متاح على الرابط التالي:

<https://journal.carjj.org/index.php/AR/article/view/52>، آخر زيارة بتاريخ: 2024/10/26.

(3) ولتخفيف الكلفة على متطلبات السجون، توصي القاعدة 5-1 من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) الدول باستحداث مجموعة من المعايير في القضايا البسيطة تجيز لوكيل النيابة أن يفرض تدابير غير احتجازية بحسب الاقتضاء. قواعد الأمم المتحدة النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو)، قرار الجمعية العامة رقم 45-10 لسنة 1990. متاح على الرابط التالي: https://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_ar_part_01_03.pdf

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/19.

(4) Sadou Wane, Plaidoyer pour un procès pénal simplifié: les nouvelles figures des réponses de politique criminelle. Afrilex, p.28. <https://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/>

الأنظمة التسوية الجزائية "la composition pénale".

وتتجلى أهمية دراسة موضوع التسوية الجزائية في كونه من أفضل الوسائل الحديثة التي أفرزتها السياسة الجنائية الحديثة، لتعزيز العدالة التصالحية وتفعيل البدائل المستحدثة لإدارة العدالة الجنائية الهادفة إلى تبسيط إجراءات إنهاء الدعوى الجزائية، وتعظيم هذه الأهمية في تناولنا لدراسة التسوية الجزائية في الجنايات المتوسطة الخطورة، والتي استحدثها المشرع الإماراتي في التقنين الجديد للإجراءات الجزائية متجاوزاً الحدود الطبيعية للتسوية الجزائية المقررة في القانون الفرنسي، والمقننة في الجرائم البسيطة المتمثلة في الجرح وبعض المخالفات.

ثانياً: التطور التشريعي للتسوية الجزائية

يرتد جذور نظام التسوية الجزائية إلى القانون الفرنسي، وقد استهدف المشرع من تقنينها إدخال وسائل لإنهاء الدعوى الجزائية وتطوير المنظومة الجنائية، وإيجاد بدائل تؤدي إلى تسريع العدالة، وزيادة فاعليتها في الجرائم التي لا تمثل خطورة كبيرة على المجتمع⁽⁵⁾.

وقد بدأت هذه المحاولة من جانب المشرع الفرنسي في شهر ديسمبر من العام 1994، حينما وضع قانوناً للأمر الجنائي بمقتضاه منح رئيس النيابة العامة سلطة إصدار أمر جنائي⁽⁶⁾، بيد أن المجلس الدستوري الفرنسي قضى في الحكم الصادر

uploads/2021/03/Plaidoyer_pour_un_proces_penal_simplifie_les_nouvelles_figures_des_reponses_de_politique_criminelle.pdf.

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/19.

(5) الواقع أن البدايات الأولى ترتد في جملتها إلى التشريعات التي أجازت للنسبة العامة، منذ وقت مبكر، إنهاء الدعوى الجزائية في الجرائم البسيطة من دون محاكمة، وذلك بنزول الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجزائية من خلال تقنين الصلح الجنائي، بهدف الحد من إطالة الإجراءات مقابل جعل الذي قام عليه الصلح، وأن هذا الأمر يحقق مصلحة للمجتمع في الاستغناء عن رفع الدعوى إلى المحكمة في الجرائم البسيطة، وتوفير الوقت للمحاكمة في القضايا ذات الأهمية أو الخطورة العالية. محمد عيد الغريب، المركز القانوني للنسبة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ص 539 و 550.

(6) أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 364. رامي متولي القاضي، إطلالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية في القانون الفرنسي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 145.

في 2 فبراير من العام 1995 بعدم دستوريته⁽⁷⁾، على أساس أن الأمر الجزائي بالعقوبة الذي تصدره النيابة العامة يتعارض مع مبدأ الفصل بين إجراءات الاتهام والحكم، ويمثل مساساً بالحريات الفردية، ولذلك قصر المشرع إصدار الأمر الجزائي على سلطة الحكم ممثلة في القاضي الجزائي⁽⁸⁾.

ولتلافي هذا الرفض من المجلس الدستوري لجأ المشرع الفرنسي إلى إضفاء طابع قضائي على التسوية الجنائية من خلال اشتراط تصديق قضاة المحكمة على اتفاق التسوية الذي تبرمه النيابة العامة مع المتهم. وتأتي ذلك من خلال إصدار المشرع الفرنسي القانون رقم 515/99 في 23 يونيو 1999 الذي نظم سلطة المدعي العام في اقتراح التسوية الجنائية، وتصديق القضاء عليها، وحدد نطاقها في جرائم الجرح والمخالفات؛ وتضمنها في المادتين (41-2 و 41-3) من قانون الإجراءات الجنائية، والتي أدخل عليها تعديلات كثيرة، لعل آخرها تلك الصادرة بالقانون رقم 449 لسنة 2024⁽⁹⁾.

وتنظيم التسوية الجنائية بالإضافة إلى نظم أخرى⁽¹⁰⁾ تبسط وتيسر إنهاء الدعوى الجزائية في الجرائم منخفضة الخطورة، يمثل نقلة نوعية في الجهود المتعددة التي بذلها المشرع الفرنسي في طريق البحث عن وسائل بديلة للملاحقة الجزائية التقليدية سعياً إلى إنهاء الأزمة التي يعاني منها النظام القضائي المتمثلة في كثافة القضايا التي

(7) وذلك بقرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 2 فبراير 1995م. انظر في ذلك:

Gaston Stefani et Bernard Bouloc, *Procédure Pénale*, 19 édition, Dalloz, Paris, 2004, No,111, p.95.

(8) في الأمر الجزائي، يقوم المدعي العام الذي يختار إجراء الأمر الجزائي بإحالة ملف النيابة وطلباتها إلى رئيس المحكمة. انظر في ذلك:

<https://www.cours-appel.justice.fr/nancy/lordonnance-penale>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024-10-25.

(9) انظر المادة (41-2) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على الرابط التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000044569849

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024-10-25.

(10) ومن وسائل تبسيط الإجراءات الأخرى التي تنهاها المشرع الفرنسي، الأمر الجزائي، والوساطة الجنائية، والمثول المشروط بالاعتراف بالجريمة.

تنظرها المحاكم⁽¹¹⁾.

وفي نطاق القانون الإماراتي، يلاحظ أن المشرع تدرج في الآونة الأخيرة في تقنين وسائل لتبسيط الإجراءات الجزائية، فأقر في أول الأمر الصلح الجزائي بين المتهم والمجني عليه، ووسع من نطاقه ليشمل جرائم كثيرة، ووضع نصوصاً قانونية خاصة للتصالح بين الدولة والمتهم في بعض القوانين الخاصة، ونظاماً متكاملًا للوساطة الجنائية⁽¹²⁾. واستحدث أخيراً نظام التسوية الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الجديد رقم 38 لسنة 2022 ليس في الجنب والمخالفات فحسب، بل أيضاً في الجرائم المتوسطة الخطورة، وهي الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت الذي تتراوح مدته بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة والجنب المرتبطة بها؛ وذلك في المواد (من 368 إلى 375).

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على تنظيم التسوية الجزائية في الجرائم المتوسطة الخطورة، بوصفها أحد البدائل الرضائية لإنهاء الدعوى الجزائية، واختصار إجراءاتها في القانون الإماراتي، وتلافي أوجه القصور التي قد تعترى نصوصها،

(11) إيمان مصطفى منصور مصطفى، الوساطة الجنائية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 168. وتشير الدراسات القانونية إلى اتجاه النيابة العامة إلى تطبيقها بشكل واسع في الجرائم التي لا تشكل خطورة كبيرة على المجتمع، ففي العام 2016 تم إغلاق 62000 اثنين وستين ألف قضية بنجاح عن طريق التسوية الجزائية، وأن معدل التخلي عن التسوية الجنائية الذي اقترحت النيابة: 1- من كل 4 حالات يتم تسويتها.

Jean-Baptiste le Dall: Composition pénale : comment se défendre avec un avocat?

Le 22/05/2022.

<https://www.ledall-avocat.fr/composition-penale-comment-se-defendre-avec-un-avocat/>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/4.

(12) ومن ذلك المادة (3/18) من قانون حماية المستهلك، والمادة (16) من قانون مكافحة التبغ، والمادة (8) من قانون إنشاء دائرة التنمية الاقتصادية، والمادة 152 من قانون الجمارك. لمزيد من التفصيل، انظر: عبدالله أحجيله وإبراهيم عتوم، الجوانب القانونية للتصالح الجنائي في الجرائم الماسة بالمال العام في التشريعين الأردني والإماراتي، مجلة جامعة النجاح، مج 32، ع 3، سنة 2018م، ص 476. متاح على الرابط التالي:

https://journals.najah.edu/media/journals/full_texts/2_XmQgdYY.pdf

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/9/26.

والمساهمة في تطوير تشريعات الإجراءات الجزائية، وتيسير الوصول إلى العدالة في فترة زمنية معقولة.

رابعاً: إشكالية البحث وأسئلته

تعددت بدائل الدعوى الجزائية التي قننتها الدول وأدرجتها في تشريعات الإجراءات الجزائية بهدف القضاء على بطء إجراءات التقاضي الناتجة عن كثافة القضايا التي تحال إلى المحاكم، بدءاً من تقنين الصلح أو التصالح والأمر الجزائي، فالوساطة الجنائية، ثم التسوية الجنائية، وجلها تصب نحو تسريع العدالة وتبسيط الإجراءات وإنهاء الدعوى الجزائية من دون اتباع الطرق التقليدية العادية للمحاكمة؛ ومعظم هذه الوسائل قد انصبت على الجرائم البسيطة أو المنخفضة الخطورة (الجنح وبعض المخالفات)، بيد أن المشرع الإماراتي وإن كان قد اعتمد هذه الوسائل، إلا أنه استحدث أيضاً صورة أخرى للتسوية الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 38 لسنة 2022 لم تعهدها التشريعات الأخرى، ألا وهي التسوية الجزائية في الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت والجنح المرتبطة بها.

وهذا الاستحداث الجديد الذي استهدف المشرع من تقنينه تيسير الإجراءات، وتخفيف العبء عن القضاء، وتوفير الوقت والجهد والنفقات وصولاً إلى العدالة بأيسر الطرق يثير إشكالية تتعلق بمدى فعاليته في اختصار إجراءات الدعوى الجزائية وتبسيطها، من دون انتقاص لحقوق المتهم المقررة في المحاكمات الجزائية، أو لحق المجتمع في استيفاء العقاب. وتتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ما الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات؟
- هل تدرج ضمن صور التصالح الذي يتم بين الدولة والمتهم، أو أن لها طبيعة خاصة تنفرد بها عن غيرها من بدائل الدعوى الجزائية؟
- وهل الإجراءات التي قررها المشرع، سواء المتعلقة باقتراح التسوية الجزائية، أو باعتراف المتهم بالجريمة، أوفي تقرير مقابل التسوية، مُجدية في الوصول إلى

إنهاء الدعوى الجزائية وانقضائها، كما هو الشأن في البدائل الأخرى للدعوى الجزائية، ومن دون إخلال بحقوق المتهم أو انتقاص من حق المجتمع في مواجهة الجريمة وردع المجرمين؟

- وهل العود إلى الجريمة يؤدي إلى حرمان الجاني من إجراء تسوية أخرى في المستقبل؟

- وهل صدور الحكم بالإدانة استناداً إلى اتفاق التسوية يحول دون الطعن فيه أمام القضاء وفقاً لقواعد الطعن المقررة قانوناً؟

- وهل التسوية الجزائية في الجنايات بين المتهم والنيابة العامة تكفل للمجني عليه الحصول على حقوقه المدنية؟

خامساً: منهجية البحث

اتبعنا في دراسة موضوع البحث على المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية النازمة للتسوية الجزائية في الجنايات التي أوردها المشرع الإماراتي، من أجل الوصول إلى استنتاجات تؤدي إلى تقييمها وفعاليتها وتلافي أوجه القصور التي قد تشوبها، وما إذا كانت تحتاج إلى تدخل تشريعي يضيف أو يعدّل من النصوص القائمة، وأيضاً للتحقق مما إذا كانت تؤدي إلى تطوير الإجراءات وتبسيطها، وبالتالي جعل التشريعات الأخرى تستهدي بها وتقتننها في تشريعاتها الإجرائية.

سادساً: خطة البحث

جرى تقسيم البحث إلى أربعة مباحث، على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم التسوية الجزائية في الجنايات ونطاقها

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات وتمييزها عن الأنظمة الشبيهة بها.

المبحث الثالث: إجراءات التسوية الجزائية في الجنايات.

المبحث الرابع: آثار التسوية الجزائية في الجنايات.

المبحث الأول

مفهوم التسوية الجزائية في الجنايات ونطاقها

أسلفنا القول بأن التسوية الجزائية في الجنايات تُعد أحد بدائل الدعوى الجزائية ذات الطابع الرضائي أو التوافقي الذي يتحقق بين المتهم والنيابة العامة المعنية بمتابعة استيفاء حق الدولة في العقاب؛ بيد أنها ليست بذلك المفهوم المتعارف عليه في القانون المقارن، والذي يحصرها في الجرائم البسيطة، بل يتسع مدلولها في القانون الإماراتي إلى بعض الجنايات المتوسطة الخطورة، الأمر الذي يدعونا إلى عرض مفهومها وفقاً لتحديد المشرع، ونطاق تطبيقها في هذا النوع من الجرائم، والحالات التي تُستثنى من هذا النطاق، ولذلك سنجزئ الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول، لمفهوم التسوية الجزائية في الجنايات، والثاني لنطاق التسوية الجزائية في الجنايات.

المطلب الأول

مفهوم التسوية الجزائية في الجنايات

يُعرّف بعض الفقهاء التسوية الجنائية بأنها «إجراء يباشره عضو النيابة في مرحلة ما قبل تحريك الدعوى الجنائية على الجاني الذي يُقر بارتكابه الجريمة في طائفة من الجرائم المحددة قانوناً بمقتضاها يقترح عضو النيابة على الجاني القيام بتدابير محددة قانوناً، ويترتب على قبول الجاني وتنفيذه لهذه التدابير وتصديق أحد القضاة على ذلك انقضاء الدعوى الجنائية»⁽¹³⁾.

(13) رامى متولي القاضي، إطلاله على أنظمة التسوية الجنائية في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص 147. خالد محمد الحمادي؛ التسوية الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، مج 1، ع فبراير 2024، ص 2954. انظر الرابط التالي: https://jlaw.journals.ekb.eg/article_341592_794d418b949e0b67814f0eeb462600ad.pdf. آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/26. انظر كذلك: نسمة عباس، الاتجاهات الحديثة نحو إدارة الدعوى الجنائية (التسوية الجنائية نموذجاً)، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، ع 2، يوليو 2021، ص 395. انظر الرابط التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/157868>. آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/26.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التسوية الجنائية نظام يسمح للمدعي العام بأن يقترح على المتهم ارتكاب جرائم محددة على سبيل الحصر، وتنفيذ تدابير محددة، ويترتب على تنفيذها انقضاء الدعوى الجنائية⁽¹⁴⁾.

ويرى بعض الفقه أيضاً أن التسوية الجنائية هي أحد أنظمة العقوبة الرضائية البديلة، التي يجوز فيها للنيابة العامة أن تقترح على الجاني المعترف بارتكابه إحدى الجنح المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس مدة لا تقل عن خمس سنوات أو إحدى المخالفات المرتبطة بها أن ينفذ برضاها المطلق أحد التدابير المنصوص عليها حصراً، بشرط اعتمادها من القاضي المختص⁽¹⁵⁾.

والتعريفات المذكورة تستند إلى رؤية المشرع الفرنسي وتنظيمه للتسوية الجزائية، وقد قصرها على المخالفات والجنح الواردة في المادة (41-2 و3) من قانون الإجراءات الجزائية، «وبمقتضاها أجاز للنائب العام، ما دامت الدعوى العامة لم تُرفع، أن يقترح مباشرة أو بواسطة شخص مُفَوَّض، التسوية الجنائية لشخص طبيعي يعترف بارتكابه جريمة أو أكثر من الجرائم التي يعاقب عليها القانون بعقوبة أصلية بالغرامة أو الحبس مدة تقل عن خمس سنوات أو تساويها..»⁽¹⁶⁾.

فالمشرع الفرنسي لم يتعرض في تقنينه للتسوية الجزائية لمواد الجنايات أيّا كانت طبيعتها، واكتفى بتنظيم التسوية في جرائم الجنح والمخالفات، ورتب على المصادقة على التسوية الجنائية وتنفيذها انقضاء الدعوى الجزائية.

(14) مدحت عبدالحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص43.

(15) أحمد محمد براك، مرجع سابق، ص423.

(16) وقد كانت التسوية الجزائية في أول عهدها محددة في الجنح المعاقب عليها بالحبس الذي لا يزيد على ثلاث سنوات، وقد تطور هذا الإجراء منذ العام 2004 لتشمل التسوية جميع الجرائم المعاقب عليها بعقوبة أصلية بالغرامة أو الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات.
انظر:

Jean-Baptiste le Dall, Composition pénale: comment se défendre avec un avocat? Publié Le 22/05/2022,

<https://www.ledall-avocat.fr/composition-penale-comment-se-defendre-avec-un-avocat/>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/4.

أما المشرع الإماراتي، فقد قنن التسوية الجزائية في الجنايات وبيّن مدلولها في المادة (368) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي والتي نصت على أن «لليابة العامة من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب المتهم في جرائم الجنايات والجرح المرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، متى استكملت إجراءات التحقيق ووجدت قرائن قوية على ارتكاب المتهم لها أن تعرض عليه، بحضور محاميه، الاعتراف تفصيلاً بارتكابها، مقابل أن تطلب من المحكمة تخفيف العقوبة عنه، وذلك على النحو الوارد في المادة (370) من هذا القانون»⁽¹⁷⁾.

ولعل أهم ما يميز التسوية الجزائية في الجنايات - كما سنرى - أنها تنتهي إلى توقيع عقوبة مخففة يرتضيها المتهم بناءً على اقتراح النيابة العامة، والذي يتضمن اعتراف المتهم بالجريمة التي توافرت قرائن على ارتكابه لها، تفادياً لرفع الدعوى الجزائية، والحكم عليه بالعقوبة التي يقرها القانون للجريمة⁽¹⁸⁾.

ويستهدف نظام التسوية الجزائية تبسيط واختصار الإجراءات في بعض الجرائم التي يتبدى فيها لليابة العامة أنها لا تتطلب إجراءات مطولة أو بذل كثير من الجهد والوقت⁽¹⁹⁾. ولذلك فإن أهم ما يميز نظام التسوية الجزائية - بصورة عامة - أن المشرع

(17) أما التسوية الجزائية في الجرح فقد نص المشرع على أن «لليابة العامة متى كانت الدعوى الجزائية صالحة لرفعها للمحكمة المختصة، أن تقترح على المتهم في جرائم الجرح تسوية نهائية للدعوى الجزائية، بعدم رفعها مقابل الموافقة على توقيع أي من العقوبات والتدابير الواردة في المادة (362) من هذا القانون، وتنفذ التسوية الجزائية بمصادقة القاضي الجزائي المختص على محضر التسوية النهائي. (المادة 360 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي).

(18) في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية كالولايات المتحدة الأمريكية، تُقنن ما يسمى بالتفاوض على الاعتراف بالذنب، وتوسع من نطاق الجرائم التي تكون محلّاً للتفاوض وتمدها إلى الجرائم الجسيمة (الجنايات)، وتحدد هذه التشريعات مقابلاً على اعتراف المتهم بالذنب أمام الادعاء العام، وهو النطق بعقوبات مخففة بدلاً من العقوبة الأصلية المقررة للجريمة. رضا معيزة، المثل على أساس الإقرار بالجرح ضرورة ملحة للسياسة الجنائية الجزائية، حوليات جامعة الجزائر، ع33، سنة 2019م، ص14.

متاح على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/65126>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/9/21.

(19) ويستجيب ذلك للحق في سرعة الإجراءات الجزائية، ولكن من دون الاستعجال الذي يهدر الضمانات الأساسية للمتهم في استيفاء حقه في الدفاع. لفقة هامل العجيلي، حق السرعة في الإجراءات الجزائية، ط2، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص8.

جعل أمر اللجوء إليها يخضع للسلطة التقديرية للنيابة العامة في نطاق سلطة الملاءمة التي تحكم تصرفها في الدعوى الجزائية، فالأمر بشأنها اختياري للنيابة العامة، فيمكنها أن تختار بينها، وبين تحريك الدعوى الجزائية وفقاً للإجراءات العادية⁽²⁰⁾. وتُعد في هذا المقام صورة من صور العدالة الرضائية التي تتأسس على التوافق بين المتهم والنيابة العامة⁽²¹⁾.

علاوة على ذلك فإنها تؤدي إلى توزيع إجراءات إنهاء السير في الدعوى الجزائية بين المدعي العام، والقاضي، والمتهم⁽²²⁾؛ في الجرائم التي يجوز للنيابة العامة تسويتها من دون الحاجة إلى اتباع إجراءات التقاضي المقررة في المحاكمات الجزائية⁽²³⁾. وعلى الرغم من أن التسوية الجزائية تستقطع جزءاً من صلاحيات المحكمة في التحقيق النهائي مع المتهم، إلا أنه مع ذلك يكثر اللجوء إليها وتجد ترحيباً من المحامين وأطراف الدعوى الجزائية والمدنية⁽²⁴⁾.

ويلاحظ أن معظم التشريعات العربية - إن لم يكن جميعها - لم تُقنن التسوية الجزائية في الجنايات، وإنما نصت على وسائل للتصالح في قانون الإجراءات في بعض الجرائم البسيطة، سواء في نطاق بعض الجنح والمخالفات، كما هو الشأن في

(20) مدحت عبدالحليم رمضان، مرجع سابق، ص 57.

(21) أحمد محمد براك، مرجع سابق، ص 419..

(22) Aurore Bureau et, André Giudicelli (dir.): Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la cour d'appel de Poitiers, Décembre 2003, p.2.

<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/201443--02/07/NS.pdf>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/25.

(23) Harold Mechiche, Focus sur la composition pénale, 1ere edition, 2 novembre 2023.

<https://www.village-justice.com/articles/focus-sur-composition-penale,47725.html>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/5.

(24) Philip Milburn, Christian Mouhanna, Vanessa Perrocheau: Enjeux Et Usages De La Composition Pénale Controverses Et Compromis Dans La Mise En Place D'un Dispositif Penal Inedit. Cafi - Centre D'analyse, De Formation Et D'intervention, Recherche Subventionnee Par Le Gip « Mission De Recherche Droit Et Justice », p.165. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/201441--02/07/RF.pdf>.

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/18.

المادة (18) مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية المصري⁽²⁵⁾، أو في بعض النصوص المتفرقة في بعض التشريعات الخاصة كما هي الحال في القانون الكويتي⁽²⁶⁾؛ واتجه المشرع المصري لاحقاً إلى تقنين التصالح في بعض الجنايات الواقعة على المال العام⁽²⁷⁾؛ وعلى الرغم من أن التصالح بين المتهم والدولة في هذه الحالات من شأنه أن يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية، بيد أنه يختلف عن التسوية الجزائية سواء في نطاق الجنب أو الجنايات، على النحو الذي سيأتي بيانه لاحقاً.

المطلب الثاني

نطاق التسوية الجزائية في الجنايات

حدّد المشرع نطاق التسوية الجزائية في الجنايات في المادة (369) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، التي نصت على أنه «مع عدم الإخلال بنص المادة (370) من هذا القانون، تطبق أحكام التسوية الجزائية في الجنايات في الجرائم المعاقب عليها بالسّجن المؤقت والجنب المرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة»⁽²⁸⁾.

ويلاحظ على هذا التحديد أن الجنايات المعاقب عليها بالسّجن المؤقت،

(25) ومن قبيل ذلك المشرع المصري الذي نص على التصالح بين المتهم والنيابة العامة في المادة (18) مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية والتي بمقتضاها أجاز للمتهم التصالح في المخالفات والجنب غير المعاقب عليها وجوباً بالحبس الذي لا يزيد حده الأقصى على ستة أشهر.

(26) لم ينص المشرع على التصالح في قانون الإجراءات الجزائية، وإنما أورد صوراً للتصالح في بعض القوانين الخاصة، ومنها المنصوص عليها في المادة (43) من قانون مخالفات البناء رقم 33 لسنة 2016. انظر موقع بلدية الكويت:

<https://www.baladia.gov.kw/sites/ar/municipalityLaws/Pages/LowsPDF4.aspx?>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/5. وأيضاً المادة (35) من القانون رقم 72 لسنة 2020 بشأن جهاز حماية المنافسة الكويتي. انظر موقع جهاز حماية المنافسة الكويتي على الرابط التالي:

<https://cpa.gov.kw/Home/legal>، آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/10/5.

(27) وذلك في المادة (18) مكرراً «ب» من القانون رقم 16 لسنة 2015، بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية التي أجاز فيها للمتهم التصالح مع الدولة، أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة في بعض جرائم الاعتداء على الأموال، ورتب على هذا التصالح انقضاء الدعوى الجزائية. أسامة حسنين عبيد، التصالح في مواد الجنايات، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص9.

(28) المادة (369) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي رقم 38 لسنة 2022.

بحسب تصنيف الجرائم في قانون الجرائم والعقوبات، هي التي تتراوح مدتها بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة. والجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت في قانون الجرائم والعقوبات أو في التشريعات الجزائية الخاصة وفيرة ولا تدخل تحت حصر معين.

ولم يضع المشرع معياراً محدداً للجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت التي تخضع للتسوية الجزائية، والأمر في مجمله يخضع للسلطة التقديرية للنيابة العامة، التي لها أن تختار الجناية المعاقب عليها بالسجن المؤقت وفقاً لسلطة الملاءمة التي تحكم تصرفاتها في الدعوى الجزائية، ومؤدى ذلك أن المشرع أضاف إلى خياراتها للتصرف في الدعوى الجزائية خياراً جديداً هو استخدام سلطتها وتقديرها في اختيار الجريمة المعاقب عليها بالسجن المؤقت، وتطبيق إجراءات التسوية حيالها، والضابط الوحيد الذي قرره المشرع في هذا الشأن هو أن اقتراح التسوية الجزائية في الجنايات يكون - كما سنرى - من اختصاص رئيس النيابة العامة الذي يصدر قرار بتحديدته من النائب العام.

ومن ناحية أخرى استثنى المشرع من التسوية الجزائية - بصورة عامة - سواء في نطاق الجنايات أو الجنح، عديداً من الجرائم، فقد نصت المادة (361) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه:

«لا يسري نظام التسوية الجزائية على الجرائم الآتية:

1 - جرائم القصاص والديات. 2 - الجرائم الماسة بأمن الدولة. 3 - الجرائم الواردة بقانون الأحداث الجانحين والمعرضين للجنوح. 4 - الجرائم التي قرر القانون عدم جواز النزول بالعقوبة التي يُحكم بها تطبيقاً له. 5 - الجرائم المحددة والتي تطبق عليها النيابة العامة أحكام الأمر الجزائي. 6 - الجرائم المرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة بإحدى الجرائم التي لا يسري عليها نظام التسوية الجزائية».

ويتضح من هذا النص تنوع الجرائم المستثناة من التسوية الجزائية، وترتد هذه الاستثناءات لاعتبارات مختلفة يمكن توضيحها على النحو التالي:

أ - جرائم القصاص والديات:

جرائم القصاص تندرج ضمن تصنيف جرائم الجنايات بحسب توصيف الجرائم في قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي⁽²⁹⁾؛ والقصاص عقوبة شرعية مقررة لجريمة القتل العمد، وتتضمن معاقبة الجاني بمثل ما فعل، أو إنزال عقوبة مادية بالجاني تماثل ما أنزله بالمجني عليه⁽³⁰⁾، والعقاب المقرّر عليها يرد لمصلحة خاصة، على اعتبار أن العقوبة فيها تُستوفى من أولياء الدم إذا توافرت شروطها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، تطبيقاً لقوله تعالى: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا»⁽³¹⁾، ويجوز العفو عن القصاص من أولياء الدم أو الورثة، بيد أن سقوط الحكم بالقصاص بعفو أولياء الدم لا يمنع من الحكم بعقوبة تعزيرية تتقرر للحق العام⁽³²⁾؛ والعقوبة التي يقررها المشرع في هذه الحالة هي السجن المؤقت مدة لا تقل عن (7) سبع سنوات إذا عفا أولياء الدم عن حقهم في القصاص في أي مرحلة من مراحل الدعوى أو قبل تمام التنفيذ⁽³³⁾.

أما الجرائم المعاقب عليها بالدية، فهي جرائم القتل الخطأ، وحدّد المشرع مقدار دية المتوفى خطأ، ذكراً كان أو أنثى، بمبلغ مائتي ألف (200000) درهم. وأيضاً الحكم بالدية أو العفو عنها من المجني عليه أو أولياء الدم في جرائم القتل الخطأ، لا يمنع من توقيع العقوبة القانونية المقررة للمصلحة العامة (الحق العام)⁽³⁴⁾.

(29) يأخذ المشرع الإماراتي بالتقسيم الثلاثي للجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات؛ والجناية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات الآتية: 1 - أي عقوبة من عقوبات القصاص، 2 - الإعدام، 3 - السجن المؤبد، 4 - السجن المؤقت. (المادة 29 من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي).

(30) عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ط5، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص114.

(31) سورة الإسراء، الآية: 33.

(32) غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات، 2003، ص354. عبدالعزيز الحسن وأمين عبده محمد دهمش، شرح قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي، ط1، دار النهضة العلمية، دبي، 2024-2025، ص369.

(33) المادة (3/384) من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي الصادر بالمرسوم رقم 31 لسنة 2021.

(34) تنص المادة (393) من قانون الجرائم والعقوبات على أنه «يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين من تسبب بخطئه في موت شخص».

ب - الجرائم الماسة بأمن الدولة⁽³⁵⁾:

وقد استثناها المشرع من نطاق التسوية الجزائية في الجنايات، لكونها تمس بالأمن القومي وتضر بالمصالح العامة إضراراً شديداً، وكلها جرائم خطيرة يعاقب عليها القانون بعقوبات مشددة، كما أن معظمها تنطوي على تهديد لمصلحة الدولة باحتمال ضرر مُعَيَّن، فلا يشترط تحقق نتيجة مادية تتمخض عن السلوك الإجرامي، إذ إن معظم جرائم أمن الدولة، تُعد من جرائم الخطر⁽³⁶⁾، وقد استثناها المشرع من عديد من الأحكام، كعدم خضوعها للتقادم، وللإفراج المبكر⁽³⁷⁾، علاوة على أن معظمها لا يجوز نزول العقوبة عن الحد الأدنى المقرر للجريمة⁽³⁸⁾.

ج - الجرائم الواردة بقانون الأحداث الجانحين والمعرضين للجنوح:

وذلك لأن هؤلاء يخضعون للتدابير الاحترازية المقررة في هذا القانون، والتي لا تستهدف الردع، وإنما التأهيل أو الإصلاح والتهذيب⁽³⁹⁾.

ويبدو أن المشرع يقصد بهذا الاستثناء الجرائم التي يرتكبها الأحداث الجانحون والمعرضون للانحراف، ذلك أن قانون الأحداث الجانحين والمعرضين للجنوح رقم 6 لسنة 2022م، لا يتضمن تحديداً أو تعداداً لجرائم معينة يرتكبها الأحداث، وإنما يتناول تحديد سن الحداثة، وتنظيم الإجراءات الجنائية المتعلقة بالتحقيق، ومحاكمة

(35) وهي الجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي الصادر بالرقم (31) لسنة 2021، وهي على نوعين، الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي الواردة في المواد (154-180)، والجرائم الماسة بالأمن الداخلي للدولة والمنصوص عليها في المواد (181-223) من قانون الجرائم والعقوبات.

(36) آدم سميان العزيري و منار جلال عبدالله، الجرائم المبكرة الإتمام الماسة بأمن الدولة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ع13، ج 2، مارس 2020. متاح على الرابط التالي:

https://www.researchgate.net/publication/337819107_aljraym_mbkt_alatmam_almast_bamn_aldwlt/citation/download.

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/5

(37) المادة (227) من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي.

(38) المادة (225) من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي.

(39) انظر التدابير القضائية التي توقع على الأحداث في القانون رقم 6 لسنة 2022، بشأن الأحداث الجانحين والمعرضين للانحراف.

الأحداث، والتدابير المقررة على الأحداث وقواعد تنفيذها؛ ولذلك يتعين تصحيح الفقرة 3 من المادة (361) بحيث تكون «الجرائم التي يرتكبها الأحداث الجانحون والمعرضون للانحراف» بدلاً من الجرائم الواردة بقانون الأحداث الجانحين والمعرضين للانحراف».

د- الجرائم التي قرر القانون عدم جواز النزول بالعقوبة التي يحكم بها تطبيقاً له:

وتوجد هذه الجرائم في بعض التشريعات الجزائية الخاصة، كما هو الشأن في بعض جرائم المخدرات⁽⁴⁰⁾، إذا جاء النص فيها بعدم النزول بالعقوبة التي يُحكم فيها تطبيقاً لقانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، بالمخالفة للقواعد العامة لتطبيق العقوبة المنصوص عليها في المواد (97 - 102) من قانون الجرائم والعقوبات والتي تمنح القاضي استخدام الظروف المخففة.

والمشروع عندما استثنى هذه الجرائم من التسوية الجزائية استهدف تعزيز فاعلية الردع أو الزجر، نظراً إلى خطورتها الكبيرة، وهذا الاستثناء ملزم للقاضي، فلا يجوز له مخالفته، وإلا أصبح حكمه معيّباً بخطأ في تطبيق القانون مستوجباً للنقض⁽⁴¹⁾.

هـ - الجرائم المحددة والتي تطبق عليها النيابة العامة أحكام الأمر الجزائي⁽⁴²⁾:

وأحكام الأمر الجزائي تطبق على جرائم الجнг والمخالفات المنصوص عليها في القوانين السارية في الدولة والمعاقب عليها بغير الحبس الوجوبي (م/337/أ.ج). فلعضو النيابة العامة أن يصدر أمراً جزائياً على من يثبت ارتكابه للجريمة، وذلك بتوقيع الغرامة المقررة قانوناً عليه وبما لا يجاوز نصف حدّها الأقصى، بالإضافة إلى

(40) تنص المادة (67) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الإماراتي رقم 30 لسنة 2021 على أنه «فيما عدا العقوبات المقررة لجرائم التعاطي والاستعمال الشخصي عند ارتكابها في المرتين الأولى والثانية والمنصوص عليها في المواد (41)، (42)، (43)، (44)، وكذلك في الجرائم المعاقب عليها بالغرامة فقط، أو تلك المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة، لا يجوز النزول بالعقوبة التي يُحكم بها تطبيقاً لهذا المرسوم بقانون».

(41) خالد علي عراقي، التشريعات الجزائية الخاصة، وفق أحدث التعديلات في دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، المتحدة للنشر والتوزيع، الشارقة، 2022، ص 365.

(42) وقد ورد تنظيم الأمر الجزائي في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي في المواد (336-374/أ.ج).

العقوبات التكميلية والرسوم (م/339/أج)، والجرائم التي يطبق عليها الأمر الجزائي هي في حقيقة الأمر جنح ومخالفات، وتخرج بطبيعة الحال عن مجال التسوية الجزائية في الجنايات.

و- الجرائم المرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة بإحدى الجرائم التي لا يسري عليها نظام التسوية الجزائية:

وهذا الاستثناء يقتصر على التسوية الجزائية في الجنح، أما في نطاق التسوية الجزائية في الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت، فالمشرع قد نص على تطبيق التسوية الجزائية في الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت والجنح المرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة؛ والمرجعية في تحديد هذا النوع من الارتباط يرتد إلى القواعد العامة للارتباط الذي لا يقبل التجزئة؛ وذلك بأن تكون الجرائم قد جمعتها خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكتملة بعضها لبعض، فتكونت منها الوحدة التي عناها المشرع، والذي نصت عليه المادة (89) من قانون الجرائم والعقوبات: «إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد، وكانت مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم».

وفي هذه الحالة فإن الجرائم المرتبطة يُطبق عليها النص الذي يتضمن العقوبة الأشد، ويُحجب النص الذي يتضمن العقوبة الأخف⁽⁴³⁾؛ فإذا ارتبطت جنائية معاقب عليها بالسجن المؤقت بجنحة معاقب عليها بالحبس أو الغرامة، فإن النص الواجب التطبيق هو الذي يتضمن العقوبة الأشد، وهو السجن المؤقت، وبالتالي تخضع للتسوية الجزائية في الجنايات.

(43) أمين عبده محمد دهمش، تعدد الجرائم في القانون الوضعي المقارن بالفقه الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص81.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات

وتمييزها عن النظم الشبيهة بها

تتعدد البدائل المستحدثة في تشريعات الإجراءات الجزائية التي أدخلتها التشريعات الإجرائية في عدد من الدول، وقد يتداخل مفهوم التسوية الجزائية في الجنايات، باعتباره من الأنظمة الحديثة، مع نظم أخرى تتوافق معه في بعض المسائل وتباين معه في مسائل أخرى، فيقتضي الأمر أن نحدد طبيعته القانونية، وما يميزه عن هذه النظم القريبة منه، والتي تنتمي أيضاً إلى منظومة بدائل الدعوى الجزائية، أو ما يسمى بالعقوبة الرضائية.

وعلى ذلك سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، أولهما نتناول فيه بحث الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات، ونخصص الثاني لتمييز التسوية الجزائية في الجنايات عن الأنظمة الأخرى الشبيهة بها.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات

أسلفنا القول إن التسوية الجزائية، تُعد أحد الأنظمة الحديثة والبديلة في إدارة الدعوى الجنائية، وقد ظهرت بهذا الاصطلاح في القانون الفرنسي، الذي أجاز للنيابة العامة أن تقترح على المتهم المعترف بارتكابه إحدى الجنح المعاقب عليها بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات أو إحدى المخالفات المرتبطة بها، أن ينفذ بعض التدابير المحددة قانوناً، ويترتب على تصديق القضاء، وتنفيذه لهذه التدابير انقضاء الدعوى الجنائية.

غير أن التسوية الجزائية في الجنايات التي استحدثها المشرع الإماراتي تختلف في نطاقها وإجراءاتها وآثارها عن مدلولها في القانون الفرنسي، فنطاقها يتحدد في الجنايات المعاقب عليه بالسجن المؤقت، وإجراءاتها تفترض أن تقترح النيابة العامة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب المتهم، أن يعترف تفصيلاً بالجريمة، وأن تستكمل

إجراءات التحقيق لتعزيز الأدلة الثابتة لدى النيابة العامة، والمحكمة في مقابل أن تطلب النيابة العامة من المحكمة تخفيف العقوبة عليه.

ويُثار في هذا الشأن التساؤل عن الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات، فهل هي شكل من أشكال التصالح المعروف في بعض التشريعات، والذي يتحقق بين الدولة والمتهم، أو أن اعتراف المتهم تفصيلاً بالجريمة في مقابل أن تطلب النيابة العامة تخفيف العقوبة عليه، يَصْرَف مدلولها وطبيعتها إلى بعض الأنظمة الأخرى التي تمنح المتهم الذي يسهم في كشف الحقيقة بعض الامتيازات التي يتعلق جانب منها بتخفيف العقاب، كما هو الشأن في نظام التفاوض على الاعتراف في القانون الأنجلو أمريكي، أو المثل على أساس الاعتراف السابق بالجُرم في القانون الفرنسي؛ وهذا يدعونا إلى أن نعرض للطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات بالتحليل في ضوء هذه الأنظمة على النحو التالي:

الفرع الأول

مدى اعتبار التسوية الجزائية في الجنايات من صور التصالح

بين النيابة العامة والمتهم

ارتأى بعض الفقهاء أن التصالح والتسوية الجنائية من بدائل الدعوى الجزائية، ويكفلان تفريداً للإجراءات على غرار تفريد العقوبة، فالتصالح في القانون المصري والتسوية الجزائية في القانون الفرنسي، من أشكال العدالة الرضائية، التي تقضي بأن المتهم يكون في الخيار بين الضمانات التي توفرها العدالة التقليدية، أو المزايا التي يكفلها النظامان (التصالح أو التسوية الجنائية). والتصالح وفقاً لهذا الاتجاه، وإن لم يكن مماثلاً للتسوية الجنائية، فهو شبيهٌ بها⁽⁴⁴⁾.

ويلاحظ أن التصالح أساساً يكون في الجرائم البسيطة المتمثلة في الجحجح والمخالفات، ويضع حلولاً سريعة للدعوى الجزائية بدفع غرامة يحددها القانون، ويترتب على ذلك انقضاء الدعوى الجزائية، وقد استحدثت المشرع المصري،

(44) أسامة حسنين صالح عبيد، الصلح في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 201. مدحت عبدالحليم رمضان، مرجع سابق، ص 42.

بالإضافة إلى ذلك، صورة للتصالح في بعض الجنايات المتعلقة بالاعتداء على المال العام والكسب غير المشروع⁽⁴⁵⁾، والتي يجمعها قاسم مشترك يتمثل في الاعتداء على الأموال العامة أو المصالح المعهود بها إلى الموظف العام⁽⁴⁶⁾.

وأرى أن التصالح، سواء في نطاق الجنب والمخالفات أو في نطاق الجنايات المتعلقة بالاعتداء على المال العام، يفترض تنازل الدولة عن الدعوى الجزائية، وعن حقها في العقاب في مقابل قيام الجاني بدفع مبلغ مالي لخزانة الدولة، في حين أن التسوية الجزائية في الجنايات تختلف عن ذلك تمامًا، في مضمونها ونطاقها وإجراءاتها؛ فهي طريقة تتضمن - كما سنرى - اختصار الإجراءات وتقنينها، يشارك فيها المتهم باعترافه تفصيلاً بالجريمة التي تتوافر فيها قرائن قوية على ارتكابه لها في مقابل تخفيف العقوبة عليه.

الفرع الثاني

مدى اعتبار التسوية الجزائية في الجنايات كأحد تطبيقات

نظام التفاوض على الاعتراف

ترتد أصول نظام التفاوض على الاعتراف بالذنب إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وقد مرّ بتطورات متلاحقة، وأصبح من سمات نظام التقاضي في المسائل

(45) وقد استهدف المشرع من تجريمها حماية النشاط الوظيفي بالشكل الذي يتفق وأهداف الوظيفة العامة، وحماية الأموال التي تحوزها الإدارة بواسطة موظفيها. مأمون سلامة، قانون العقوبات - القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1982، ص 196. أبو الوفاء محمد أبو الوفاء، فعالية المحاكمة الجنائية وضمان رد المال المعتدى عليه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 12.

(46) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 81. ووفقاً للراجع في الفقه؛ يُعتبر مالاَ عاماً، الأموال المخصصة للمنفعة العامة. أحمد عبداللطيف، جرائم الأموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 32. فقد ارتأى المشرع في ظروف معينة أن المصلحة العامة تقتضي استرداد الأموال، وغلبها على مصلحة العدالة في توقيع العقاب على مرتكبي هذه الجرائم، والاستفادة بمقابل التصالح في تحسين الوضع الاقتصادي للدولة. أسامة حسنين عبيد، التصالح في مواد الجنايات، مرجع سابق، ص 29. علي طاهر علي شتا، الحماية الجنائية للمال العام، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2019، ص 572.

الجنائية، سواء على المستوى المحلي في كل ولاية، أو على المستوى الفيدرالي، وتُظهر الدراسات أن حوالي 90 % من الأحكام تصدر بناءً على الاعترافات بالذنب عن طريق التفاوض أو المساومة⁽⁴⁷⁾.

وهذا النظام يقوم على أساس من التفاوض بين السلطة القضائية (الادعاء العام أو القاضي) وبين المتهم ومحاميه، إذ يُقر المتهم بأنه مذنب، وفي بعض الحالات يُطلب منه أن يكشف عن شركائه، مقابل منحه بعض المزايا التي تحصل في تخفيف التهم الموجهة إليه، أو في إسقاط تهم حقيقية أو تغيير الوصف القانوني للتهمة إلى وصف أخف، أو في صفقات الأحكام، وفيها يعترف المتهم بأنه مذنب في مقابل موافقة المدعي العام أن يطلب من القاضي حكماً مخففاً⁽⁴⁸⁾، ثم تُعرض نتيجة المساومة أو التفاوض على القاضي ليقرر ما إذا كان إقرار المتهم بالذنب اختيارياً أو لا.

وفي معظم الحالات يؤيد القاضي توصية الاتهام، وفي حالات أخرى يقوم بمهمة وساطة بين النيابة العامة والمتهم لتسهيل إتمام الاتفاق عن طريق مقابلات تُجرى مع المتهم في مكتب القاضي وليس في الجلسة؛ علاوةً على أن تطبيق هذا النظام يتسع لمعظم الجرائم، بما فيها الجرائم الجسيمة المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد؛ وأنه يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة من الدعوى، مع اختلاف في ذلك بين الولايات⁽⁴⁹⁾.

وعلى الرغم من أن نظام التسوية الجزائية في الجنايات في القانون الإماراتي يتلاقى مع نظام التفاوض على الاعتراف في بعض المسائل، لعل أبرزها أنه

(47) أحمد محمد البراك، مرجع سابق، ص 474. العبد بن جبل، التفاوض على الاعتراف، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ع8، مارس 2018، ص171.

(48) رامي متولي القاضي، أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية، مرجع سابق، ص225. غنام محمد غنام، مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة العامة في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص1. مشار إليه في مؤلف: محمد السعيد عبدالفتاح، شرح قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، ط1، دار الآفاق، الشارقة، 2024، ص137.

(49) العبد بن جبل، مرجع سابق، ص171.

يفترض حصول اعتراف المتهم بالجريمة في مقابل الحصول على امتيازات منها تخفيف العقوبة، إلا أنه يختلف عنه في مسائل كثيرة، لعل أهمها أن التسوية في الجنايات في القانون الإماراتي تقوم على اقتراح يأتي من رئيس النيابة العامة، وليس هناك مجال للتفاوض بين المتهم والنيابة العامة، فإما أن يقبل المتهم بمقترح النيابة وإما أن يرفضه، فتعود الأمور إلى المحاكمة التقليدية العادية، كما أن مجاله محدد بالجرائم المتوسطة الخطورة، وهي الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت، ولا يمتد إلى الجرائم الجسيمة المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد.

الفرع الثالث

مدى اعتبار نظام التسوية الجزائية في الجنايات كأحد تطبيقات المثل على أساس الاعتراف المسبق بالجرم في القانون الفرنسي

هذا النظام أخذ به المشرع الفرنسي⁽⁵⁰⁾ في إطار جهوده لتوسيع نطاق الإجراءات المؤجلة للمحاكمة وتنويعها، بما يتيح للنيابة مزيداً من الخيارات في تصرفها في الدعوى الجنائية، في مسعى إلى تجنب طول الإجراءات التقليدية، وكفالة الحق في محاكمة سريعة، وهو في حقيقة الأمر نظام مستوحى من النظام الأمريكي المشهور بالتفاوض أو المرافعة على الاعتراف بالذنب السالف ذكره.

ويقصد بنظام المثل على أساس الإقرار بالجرم، سلطة وكيل الجمهورية في اختصار إجراءات المحاكمة بالنسبة إلى جرائم محددة، إما من تلقاء نفسه وإما بطلب

(50) أدرج المشرع الفرنسي نظام الاعتراف المسبق بالجريمة بموجب القانون (204) لسنة 2004، الصادر بتاريخ 9 مارس 2004، في المواد (من 495 - 7 إلى 495 - 16)، وجاء ذلك ضمن جهوده بتوسيع الإجراءات الموجزة أو المبسطة المتعلقة بتعزيز العدالة الجنائية. انظر: المواد (7-495 إلى 16-495) من قانون الإجراءات الفرنسي وفقاً لآخر تعديل في مارس 2024. متاح على الرابط التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA00006167486/#LEGISCTA000006167486

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/17.

من المتهم أو محاميه، بشرط قبوله هذا الإجراء واعترافه بالأفعال المنسوبة إليه، مقابل استفادته من عقوبات مخففة بدلاً من العقوبات الأصلية⁽⁵¹⁾.

ولعل أهم ما يميز هذا النظام أنه إجراء من الإجراءات الموجزة للمحاكمة خلافاً للإجراءات التقليدية، ويترتب عليه النطق بعقوبات مخففة بدلاً من العقوبات الأصلية، واعتراف المتهم يكون أمام النيابة العامة وليس أمام القاضي، ويقتصر دور المحكمة على التصديق عليه أو رفضه؛ والمصادقة على أساس الإقرار بالجرم تُعد حكماً جنائياً بالإدانة بكل ما يترتب عليه من آثار قانونية؛ وأنه يقتصر على الجرح المعاقب عليها بالحبس مدة خمس سنوات أو أقل⁽⁵²⁾.

والواقع من الأمر أن هذا النظام بهذه المواصفات يلتقي في بعض المسائل مع نظام التسوية الجزائية في الجنايات في القانون الإماراتي، لعل أبرزها أنه يأتي باقتراح من النيابة العامة في أن يعترف بالجريمة في مقابل صدور حكم بإدائته بعقوبة مخففة عن العقوبة الأصلية المقررة للجريمة، وأنه يستوجب حضور محامي المتهم في إجراءات التسوية الجزائية، ويخضع لتصديق المحكمة سواء بقبول المقترح أو رفضه والعودة إلى المحاكمة العادية.

ووجه الاختلاف يرد أيضاً إلى مسائل كثيرة لعل أبرزها أن نظام التسوية الجزائية في الجنايات في القانون الإماراتي يقتصر فقط على الجنايات المتوسطة الخطورة المعاقب عليها بالسجن المؤقت والجرح المرتبطة بها، وأنه يفترض أن هناك قرائن قوية توافرت ضد المتهم على ارتكابه الجريمة، وأن دور المتهم يتطلب مساهمته في تعزيز هذه الأدلة بإقراره بها أو عدم إقراره، وأن النيابة إذا اعترفت المتهم يجب عليها

(51) رضا معيزة، المثلث أساس الإقرار بالجرم ضرورة ملحة للسياسة الجنائية الجزائرية، حوليات جامعة الجزائر، ع33، لسنة 2019، ص13. انظر الرابط: <https://asjp.cerist.dz/en/article/96452>، آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/17.

(52) المرجع السابق، ص15. وانظر المادة (495-7) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، وقد قصر المشرع تطبيق هذا النظام على الجرائم المعاقب عليها في حدود الحبس خمس سنوات. منشور على الرابط السابق:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA00006167486/#LEGISCTA000006167486

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/17.

أن تستجوبه تفصيلاً للوصول إلى حقيقة ارتكابه للجريمة من عدمه، كما أن هذا الأمر تقوم به المحكمة للتحقق من سلامة الاعتراف ومن مطابقته لوقائع الجريمة، وأيضاً للمتهم - كما سنرى - أن يعدل عن اعترافه أمام المحكمة، ويعتبر الاعتراف السابق كأن لم يكن، بل ويحذف من أوراق الدعوى، كما سيأتي بيانه لاحقاً.

وترتيباً على ما تقدم يستبين أن نظام التسوية الجزائية في الجنايات في القانون الإماراتي ينفرد بطبيعة خاصة تميزه عن التسوية الجزائية في كل من القانون الفرنسي، ونظام التفاوض على الاعتراف في القانون الأنجلوأمريكي أو نظام الاعتراف السابق بالجرم في القانون الفرنسي، سواء من حيث مضمونه ونطاقه أو من حيث إجراءاته وآثاره، فهو عمل قضائي تمهد لإجراءات النيابة العامة، ويشرف عليه القضاء إما بقبول مقترح التسوية إذا كان يستجيب للعدالة ويتفق مع موجبات القانون، أو بالرفض إذا تبين له غير ذلك. ويعبر عن شكل جديد للمحاكمة الموجزة في جرائم متوسطة الخطورة.

المطلب الثاني

تمييز التسوية الجزائية في الجنايات عن بعض النظم الشبيهة بها

سنعرض لتمييز التسوية الجزائية في الجنايات عن الصلح الجزائي، والوساطة الجنائية، باعتبار أن كلا منهما من أنظمة العدالة الرضائية ومن بدائل الدعوى الجزائية التي لها حضور في معظم التشريعات.

الفرع الأول

تمييز التسوية الجزائية في الجنايات عن الصلح الجزائي

الصلح الجزائي هو الذي يتحقق في الحالة التي يرتب المشرع على صلح المتهم مع المجني عليه انقضاء الدعوى الجزائية في جرائم معينة نص عليها القانون⁽⁵³⁾. وقد بنى المشرع الإماراتي الصلح الجزائي بين المتهم والمجني عليه

(53) محمد شلال العاني وعبد الإله محمد النوايسه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، ط1، دارالآفاق، الشارقة، 2022، ص164. طه أحمد عبدالحليم، الصلح في الدعوى الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م. ص554. خالد حامد مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2017، ص140.

ونظّم أحكامه، ووسّع من نطاقه في المواد (348 - 359) من قانون الإجراءات الجزائية، فنصت المادة (348) على أن «للنيابة العامة أو المحكمة المختصة بحسب الأحوال، اتخاذ إجراءات الصلح الجزائي بموجب اتفاق بين المجني عليه أو وكيله الخاص أو ورثته أو وكيلهم الخاص وبين المتهم لإنهاء النزاع في المسائل الجزائية بصورة ودية...»⁽⁵⁴⁾. وكذلك تبنى المشرع الكويتي الصلح أو العفو في المواد (240 - 243) من قانون الإجراءات الجزائية، ونص عليه المشرع المصري في المادة (18/أ) من قانون الإجراءات الجزائية.

ويتفق الصلح والتسوية الجزائية في أن كلاّ منهما من الوسائل البديلة لإنهاء الدعوى الجزائية بغير الطرق التقليدية، لمواجهة التزايد في أعداد القضايا المعروضة على المحاكم، وازدحام السجون ومراكز الإيقاف بالمتهمين والمحكوم عليهم بعقوبات الحبس قصير المدة⁽⁵⁵⁾، بالإضافة إلى تحقيق مصلحة المجني عليه في سرعة حصوله على تعويض الضرر الذي لحقه من الجريمة⁽⁵⁶⁾، وتعزيز ثقافة الحوار والتسامح والبعد عن لدّد الخصومة، وتبسيط إجراءات التقاضي واختصار الوقت والنفقات على أطراف الدعوى⁽⁵⁷⁾.

يبد أنهما يختلفان في بعض المسائل لعل أهمها ما يأتي:

أولاً: من حيث المفهوم

الصلح الجزائي يتحدد مضمونه في اتفاق بين المجني عليه والمتهم على إنهاء الخصومة ودياً وفق أحكام القانون، أما التسوية الجزائية في الجنايات فتتضمن عرضاً من قبل النيابة بتخفيف العقوبة مقابل اعتراف المتهم تفصيلاً بالجريمة التي ارتكبتها.

(54) المادة (348) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

(55) أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 185.

(56) المرجع السابق، ص 190.

(57) أحمد الأميري، التسوية الجزائية... عدل ورحمة، مقال على صحيفة الاتحاد الإماراتية، في 22 ديسمبر

2022، متاح على الرابط التالي: <https://www.aletihad.ae/opinion>، آخر زيارة للموقع بتاريخ:

2024/10/4.

ثانياً: من حيث نطاقهما

الصلح يكون في جرائم الجench والمخالفات التي حددها المشرع على سبيل الحصر، ولا يجوز الصلح في غيرها، بينما نطاق التسوية الجزائية في القانون الإماراتي يكون في الجench وفي الجنائيات المعاقب عليها بالسجن المؤقت.

ثالثاً: من حيث الأثر الذي يترتب عليه المشرع على كل منهما

فالأثر المترتب على الصلح الجزائي يتمثل في انقضاء الدعوى الجزائية، وإذا حصل الصلح بعد صيرورة الحكم الجزائي باتاً، تأمر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة⁽⁵⁸⁾، بينما الأثر المترتب على إتمام التسوية الجزائية في الجنائيات يتمثل في تنفيذ المتهم للتدابير والعقوبات المخففة التي وافق المتهم على تنفيذها إثر اعترافه بالجريمة المنسوبة إليه.

الفرع الثاني

تمييز التسوية الجزائية عن الوساطة الجنائية

الوساطة الجنائية والتسوية الجنائية، سواء في الجنائيات أو الجench، كليهما من الوسائل الحديثة التي تُيسر إنهاء الدعوى الجزائية، وتُبسّط إجراءات التقاضي، وتوفر الوقت والجهد والنفقات، بيد أنهما يختلفان في بعض المسائل، لعل أهمها يبدو فيما يأتي:

أولاً: من حيث المفهوم

الوساطة الجنائية هي إجراء متمم للصلح بين المتهم والمجني عليه، ولكن من خلال وسيط يتولى هذه المهمة⁽⁵⁹⁾، وقد نظمها المشرع الإماراتي بالتوازي مع

(58) وذلك وفقاً للمادة (357) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي التي تنص على أنه «يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجزائية أو وقف تنفيذ الحكم الصادر فيها بحسب الأحوال؛ وإذا حصل الصلح مع المتهم بعد صيرورة الحكم الجزائي باتاً أو الأمر الجزائي نهائياً، تأمر النيابة العامة بوقف تنفيذه...».

(59) إيمان مصطفى منصور مصطفى، مرجع سابق، ص 62.

الصلح في المواد (352 - 359)، فأجاز المشرع للنيابة العامة في الجرائم التي تنقضي بالصلح أو التنازل، وقبل إحالة الدعوى إلى المحكمة الجزائية، من تلقاء نفسها وبموافقة المتهم والمجني عليه أو من يقوم مقامهما أو بناءً على طلبهما معاً، أن تُجري الوساطة الجزائية بين المتهم والمجني عليه، بُغية تحقيق المصالحة بينهما، عن طريق وسيط من الغير تحت إشرافها، إذا تبين لها من ملابسات الواقعة وظروفها أن مثل هذا الإجراء يمكن أن يضمن تعويض الضرر الذي لحق بالمجني عليه، أو ينهي ما ترتب على الجريمة من آثار.

أما التسوية الجزائية في الجنايات فتتضمن مقترحاً من قبل النيابة بتخفيف العقوبة مقابل اعتراف المتهم تفصيلاً بالجريمة الموجهة إليه، والتي توجد قرائن قوية ضده على ارتكابه. فإذا وافق على هذا المقترح تحال إلى المحكمة لتصدر عليه حكماً بالإدانة بالعقوبة المخففة التي تم التوافق عليها.

ثانياً: من حيث المقابل في كل منهما

المقابل في نظام التسوية الجزائية يتمثل في توقيع العقوبة التي تتلاءم مع قدر الضرر الذي لحق بالمصلحة العامة أو النظام العام؛ أما المقابل في الوساطة الجزائية فيقدّر وفقاً للضرر الذي لحق بالمجني عليه أو المضرور من الجريمة؛ ويرجع هذا التباين إلى الاختلاف في الأثر المترتب على النظامين؛ فالتسوية ذاتُ صفة عقابية وتهذيبية، خلافاً للوساطة فهي ذات طبيعة تعويضية ونزول عن الحق العام..

ثالثاً: من حيث السلطة التفاوضية

إذا كانت التسوية والوساطة الجزائية تتطلبان موافقة الأطراف، وهو أمر افتراضي أو شرط مسبق للإجراء المتبع في كل منهما، فإنه في نظام التسوية الجزائية، تخضع هذه الإجراءات لسلطة النيابة العامة، سواء من حيث اللجوء إليها، أو من حيث شروطها، أما المتهم، فإنه على الرغم من تطلب موافقته إلا أنه، محروم من السلطة التفاوضية في مواجهة النيابة العامة، في شأن العرض المقدم إليه، إما أن يقبله وإما يرفضه، وذلك بخلاف الوساطة الجزائية، فإنها نظام ثلاثي يستوعب كلا من الجاني

والمجني عليه والوسيط، وأن جوهر مهمة الوسيط تتركز في الوصول إلى حل يرضي الطرفين من دون ممارسة أي ضغط على أطرافه⁽⁶⁰⁾.

رابعاً: من حيث الأثر المترتب عليهما

يترتب على نجاح الوساطة الجنائية انقضاء الدعوى الجزائية، بينما الأثر الذي يرتبه المشرع الإماراتي على التسوية الجزائية في الجنايات، يتمثل في التزام المتهم بتنفيذ العقوبة المخففة المحكوم عليه بها نظير اعترافه بالتهمة الموجهة إليه.

(60) منال عرفة، آليات تكريس العدالة التصالحية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2023، ص 147. منشور على الموقع التالي:

<https://www.scribd.com/document/7323517619/>

آخر زيارة بتاريخ: 2024/9/27.

المبحث الثالث

إجراءات التسوية الجزائية في الجنايات

تتمثل إجراءات التسوية الجزائية في الجنايات في تحديد الجهة التي تتولى صياغة الاقتراح بالتسوية على المتهم، ومقابل التسوية الذي يتعين عرضه على المتهم والذي يتضمن اعترافه بالجريمة التي اقترفها والعقوبات أو التدابير التي يمكن اقتراحها عليه، ليبيدي رأيه بشأنها بالقبول أو الرفض، وإذا وافق عليها تُعرض على المحكمة، ويستدعي الأمر بعد ذلك البحث في سلطة القاضي إزاء التسوية التي جرى التوافق بشأنها، والضمانات التي يُقررها المشرع والتي تتعلق بكفالة حق المتهم في الاستعانة بمحام، وفي الطعن في التسوية إذا ما شابها بطلان في الإجراءات أو مخالفة للقانون، ونُقسم دراستنا لهذه الإجراءات إلى أربعة مطالب، الأول نخصصه لتحديد الجهة التي تتولى الاقتراح بالتسوية الجزائية، والثاني لمقابل التسوية الجزائية في الجنايات، في حين نخصص الثالث لعرض التسوية الجزائية على المتهم وتحديد موقفه منها، أما الرابع فنُفرد له سلطة القاضي في الحكم بالتسوية الجزائية في الجنايات.

المطلب الأول

الجهة التي تتولى اقتراح التسوية في الجنايات

عهد المشرع الإماراتي بإعداد مقترح التسوية الجزائية إلى النيابة العامة، بيد أنه اشترط في صفة من يتولى التسوية الجزائية في الجنايات والجنح المرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أن يكون عضو نيابة بدرجة لا تقل عن رئيس نيابة يصدر بتحديد قرار من النائب العام⁽⁶¹⁾. وهذا يتواءم مع جعل الاختصاص في إحالة الدعوى الجزائية إلى محكمة في الجنايات من رئيس النيابة العامة. فقد نصت المادة (122) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «إذا رأى رئيس النيابة العامة أو من يقوم مقامه أن الواقعة جنائية، وأن الأدلة على المتهم كافية قرر إحالته إلى محكمة

(61) تنص المادة (1/370) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «العضو النيابة، بدرجة لا تقل عن رئيس نيابة الذي يصدر بتحديد قرار من النائب العام، عند تطبيق التسوية الجزائية في الجنايات والجنح المرتبطة بها، اقتراح طلب توقيع العقوبة على المتهم بالحبس لمدة لا تزيد على (3) ثلاث سنوات ولا تقل عن (3) ثلاثة أشهر».

الجنايات...»⁽⁶²⁾. ولما كان المشرع قد أناط برئيس النيابة العامة الذي يتحدد بقرار من النائب العام اقتراح التسوية الجزائية في الجنايات دون غيره، لذلك لا يجوز له أن يفوض غيره في استعمال هذا الحق⁽⁶³⁾.

ولم يضع المشرع معياراً معيناً لتحديد جريمة السجن المؤقت التي يكون لرئيس النيابة اختيارها من بين الجرائم العديدة الواردة في القانون، واكتفى بوضع الاستثناءات التي ترد على التسوية الجزائية والتي سلف ذكرها، وترك تقدير هذه الجرائم لرئيس النيابة بصفته وخبرته، باعتبار أنه، وهو في هذه الدرجة القضائية الرفيعة، يستطيع استخدام سلطة الملاءمة وفق ما تقتضيه المصلحة العامة.

ويلاحظ أن التسوية الجزائية هي أحد بدائل إنهاء الدعوى الجزائية التي تتولاها النيابة العامة؛ لذلك تتعين مباشرتها قبل إحالة الدعوى الجزائية إلى المحكمة، على أساس أن إحالة الدعوى الجزائية من النيابة العامة إلى المحكمة ستؤدي إلى خروجها من حوزتها، وانتقالها إلى المحكمة التي تستقل بها، وبتقرير إنهاؤها بالصورة التي يقرها القانون.

والواقع أن لجوء النيابة العامة إلى إجراء أو اقتراح التسوية الجزائية في الجنايات هو أمر يدخل في نطاق سلطتها التقديرية وفقاً لمبدأ الملاءمة الذي يحكم تصرفاتها في الدعوى الجزائية، وهي تقوم بهذا الإجراء من تلقاء نفسها إذا رأت أن المصلحة

(62) ويختلف الأمر في التسوية الجزائية في الجench، حيث يتولى اقتراح التسوية فيها عضو النيابة. تنص المادة (360) من قانون الإجراءات الجزائية بشأن التسوية الجزائية في الجench على أنه «للنيابة العامة متى كانت الدعوى الجزائية صالحة لرفعها للمحكمة المختصة، أن تقترح على المتهم في جرائم الجench تسوية نهائية للدعوى الجزائية، بعدم رفعها مقابل الموافقة على توقيع أي من العقوبات والتدابير الواردة في المادة (362) من هذا القانون، وتنفذ التسوية الجزائية بمصادقة القاضي الجزائي المختص على محضر التسوية النهائي».

(63) وفي القانون الفرنسي يتولى إجراء التسوية الجزائية في الجench والمخالفات، واقتراح محتواها المدعي العام مباشرة أو بطريق غير مباشر من خلال مفوضي ووسطاء المدعي العام، أو أحد ضباط الشرطة القضائية. المادة (41-2) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسية. متاحة على الموقع التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000044569849

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/14.

العامة تتطلب ذلك، على الرغم من أن المُشرع قد أتاح للمتهم أن يطلب من النيابة العامة إجراء التسوية الجزائية، بيد أنها غير ملزمة بالاستجابة لطلبه، وإنما هي تقدر مدى ملاءمته في تحقيق المصلحة العامة وحسن سير العدالة الجنائية.

ويمثل منح النيابة العامة سلطة اقتراح التسوية الجزائية في الجنايات توسعاً في السلطات الممنوحة لها، ويعزز من دورها في تبسيط الإجراءات الجزائية وتيسير الوصول إلى العدالة بأيسر السبل، إلى جانب الوسائل الأخرى التي استحدثها المشرع، كالوساطة الجنائية، والتسوية الجنائية في الجرح، وبالتالي يفتح أمامها خياراً جديداً في تصرفها في الدعوى الجزائية إلى جانب خياراتها الأخرى (حفظ التحقيق، والإحالة إلى المحكمة)، مما يعضد من دورها القضائي في تطوير بدائل الدعوى الجنائية، واختصار الإجراءات وتبسيطها في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، علاوةً على أنها تمثل المصلحة العامة، وتسعى إلى تحقيق موجبات القانون، وتشارك القضاء في تحسين سير العدالة الجنائية⁽⁶⁴⁾.

المطلب الثاني

المقابل في التسوية الجزائية في الجنايات

مقابل التسوية الجزائية يتمثل في العقوبات أو التدابير والإجراءات التي وافق عليها المتهم، الذي يتعين عليه تنفيذها كي ترفع النيابة العامة الاقتراح بالتسوية النهائية للدعوى الجزائية إلى المحكمة المختصة للحكم بموجبها أو رفضها. وقد بين المشرع الإماراتي في المادتين (368 و370) من قانون الإجراءات الجزائية مضمون هذا المقابل الذي يتضمنه المقترح الذي يحتوي على التسوية الجزائية في الجنايات، ويتمثل في أمرين: الأول اقتراح تخفيف العقوبة المقررة على الجريمة، والثاني الاقتراح بإضافة بعض العقوبات والتدابير المقررة في التسوية الجزائية في الجرح والمنصوص عليها في المادة (362) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

(64) محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 600.

الفرع الأول

الاقتراح بتخفيف العقوبة المقررة على الجريمة

أسلفنا القول بأن المشرع قد أجاز للنيابة العامة في جرائم الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت والجنح المرتبطة بها، متى وجدت قرائن قوية على ارتكاب المتهم للجريمة أن تعرض عليه بحضور محاميه الاعتراف بالجريمة تفصيلاً مقابل أن تطلب من المحكمة تخفيف العقوبة عليه.

ولذلك فإن طلب النيابة من المحكمة تخفيف العقوبة متوقف على شرط الحصول من المتهم على اعتراف وصفه المشرع بأنه تفصيلي في الواقعة المرتكبة، ومؤدى ذلك أن النيابة العامة، إذا وافق المتهم على ذلك، سوف تقوم باستجوابه للتحقق من مصداقيته ومطابقته للواقعة الإجرامية وفقاً لمعطياتها، كما هي ظاهرة أمامها، وأن هذا الاعتراف سوف يعزز القرائن القوية التي تحصلت عليها النيابة العامة من ملف القضية. والاعتراف - باعتباره سيد الأدلة - هو عمل قانوني يرتب عليه القانون آثاراً معينة تتمثل في تخفيف العقوبة، وتجنب الإجراءات المطولة لمراحل سير الدعوى الجزائية.

وقد بين المشرع مقدار التخفيف الذي يتعين على النيابة العامة اقتراحه في التسوية الجزائية، ويتمثل في أن تطلب النيابة العامة من المحكمة تخفيف العقوبة على المتهم إلى الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا تقل عن ثلاثة أشهر⁽⁶⁵⁾، بدلاً من عقوبة السجن المؤقت الذي تتراوح مدته من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة. وفي اعتقادنا أن ذلك ليس من شأنه تغيير الوصف القانوني للجريمة، إذ تظل الجريمة جنائية على وصفها الذي تحققت فيه، ويقتصر دور النيابة على طلب تخفيف العقوبة إلى الحبس في الحدود المذكورة. وكأنها في هذا الموقف تحت القاضي على استخدام سلطته في إعمال الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في المادة (99) من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي⁽⁶⁶⁾.

(65) تنص المادة (1/370) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «العضو النيابة، بدرجة لا تقل عن رئيس نيابة الذي يصدر بتحديد قرار من النائب العام، عند تطبيق التسوية الجزائية في الجنايات والجنح المرتبطة بها، اقتراح طلب توقيع العقوبة على المتهم بالحبس لمدة لا تزيد على (3) ثلاث سنوات ولا تقل عن (3) ثلاثة أشهر».

(66) تنص المادة (99) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه «إذا رأت المحكمة في جنائية أن ظروف

الفرع الثاني

الاقتراح بإضافة بعض العقوبات والتدابير

بالإضافة إلى اقتراح النيابة العامة بتخفيف العقوبة إلى الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا تقل عن ثلاثة أشهر؛ أجاز المشرع للنيابة العامة أيضاً أن تضيف إلى اقتراحها السابق، توقيع عقوبة أو أكثر من العقوبات والتدابير المقررة في المادة (362) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي. وهي في حقيقة الأمر عقوبات وتدابير قررها المشرع للتسوية الجزائية في الجench. ويمكن تصنيف العقوبات والتدابير المنصوص عليها في المادة (362) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي إلى أربعة أنواع: الأول عقوبة الغرامة، والثاني تدابير مقيدة للحرية، والثالث تدابير سالبة للحقوق، والرابع الإلزام بالتعويض المؤقت.

أ- عقوبة الغرامة:

وذلك بأن تقترح النيابة العامة - بالإضافة إلى العقوبة المخففة السابقة - على المتهم سداد الغرامة المقررة قانوناً للجريمة بما لا يزيد على نصف حدّها الأقصى، والواقع أن الغرامة لا تكون عقوبة أصلية في الجنايات، بل عقوبة تكميلية، وجوبية أو جوازية، وبالتالي أتاح المشرع للنيابة العامة، إذا كانت الجريمة محل التسوية جنائية معاقباً عليها بالسجن المؤقت، بالإضافة إلى غرامة تكميلية؛ أن تقترح عليه في هذه الحالة سداد الغرامة المقررة قانوناً للجريمة بما لا يزيد على نصف حدّها الأقصى.

ب - التدابير المقيدة للحرية:

وتتمثل في القيام بأحد أعمال الخدمة المجتمعية، وحظر ارتياد بعض المحال العامة:

1 - القيام بأحد أعمال الخدمة المجتمعية: أجاز المشرع للنيابة العامة أن تقترح

الجريمة أو المجرم تستدعي الرأفة جاز لها أن تخفف العقوبة المقررة للجناية على الوجه الآتي:

- 1 - إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام جاز إنزالها إلى السجن المؤبد أو المؤقت.
- 2 - إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد جاز إنزالها إلى السجن المؤقت أو الحبس الذي لا تقل مدته عن (6) ستة أشهر.
- 3 - إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت جاز إنزالها إلى الحبس الذي لا تقل مدته عن (3) ثلاثة أشهر.

على المتهم القيام بأحد أعمال الخدمة المجتمعية مع مراعاة الأحكام العامة المنظمة لها قانوناً. وأكد المشرع على أنه في جميع الأحوال لا يجوز الجمع بين عقوبة الغرامة وتدابير الخدمة المجتمعية. (المادة: 362 / 2 أ.ج). والخدمة المجتمعية هي إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي أحد أعمال الخدمة المجتمعية التي يصدر بتحديددها قرار من مجلس الوزراء، وذلك في إحدى المؤسسات أو المنشآت التي يصدر بتحديددها قرار من وزير العدل...⁽⁶⁷⁾، وتعتبر من أفضل بدائل العقوبات السالبة للحرية؛ لكونها تجنب المجرمين ذوي الخطورة البسيطة مخاطر الاختلاط في السجن بالمحكوم عليهم شديدي الخطور⁽⁶⁸⁾.

2 - حظر ارتياد المتهم بعض المحال العامة: أجاز المشرع أيضاً للنياحة العامة أن تقترح إضافة تدبير حظر ارتياد المتهم بعض المحال العامة مدة لا تزيد على سنة. ويهدف المشرع من تقرير هذا التدبير إبعاد المحكوم عليه عن الأماكن الخطرة التي يخشى عليه حين ارتيادها من تجدد الدوافع لديه، والتي يحتمل أن تسوقه إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى⁽⁶⁹⁾. ويُدرج المشرع هذا التدبير ضمن التدابير

(67) المادة (121) من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي. وقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم 41 لسنة 2017 في شأن تحديد أعمال الخدمة المجتمعية الملزمة للمحكوم عليه فنصت المادة الأولى منه على أن «تكون أعمال الخدمة المجتمعية التي يجوز إلزام المحكوم عليه بتأديتها وفق أحكام المادة (121) من قانون الجرائم والعقوبات سائلة الذكر؛ تتمثل في أي مما يأتي: 1 - حفظ أو تحفيظ ما تيسر من القرآن الكريم. 2 - الخدمة في مراكز رعاية أصحاب الهمم. 3 - الخدمة في دور رعاية المسنين. 4 - الخدمة في دور رعاية الأحداث. 5 - الخدمة في الحضانات أو رياض الأطفال. 6 - الخدمة في مراكز الأمومة والطفولة أو الجمعيات النسائية. 7 - الخدمة في إدارات المرور. 8 - أعمال الإسعاف أو نقل المصابين. 9 - أعمال الدفاع المدني. 10 - جمع التبرعات أو توزيع المساعدات والإعانات. 11 - التدريس في مراكز تعليم الكبار. 12 - تنظيف المساجد أو صيانتها. 13 - تنظيف وصيانة المرافق العامة أو الطرق والشوارع أو الميادين العامة أو الشواطئ أو الحدائق العامة أو المحميات. 14 - المشاركة في الأنشطة والفعاليات وبيع التذاكر. 15 - أعمال الرقابة الغذائية. 16 - زراعة وصيانة الحدائق العامة أو المحميات. 17 - تحميل وتفريغ الحاويات بالموانئ. 18 - رعاية الطيور والحيوانات بحدائق الحيوان أو المحميات. 19 - تعبئة الوقود أو أي أعمال أخرى بمحطات تعبئة الوقود».

(68) انظر: عبد العزيز أحمد الحسن وأمين عبده محمد دهمش، شرح قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، دار النهضة العلمية، دبي، 2024-2025، ص475.

(69) محمد أبو العلاء عقيدة، أصول عم العقاب، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، (48)، د.ت، ص177.

المقيدة للحرية، والذي بمقتضاه أجاز للمحكمة أن تحظر على المحكوم عليه ارتياد المحال العامة التي تحددها إذا كانت الجريمة قد وقعت تحت تأثير مُسكر أو مخدر، وكذلك في الحالات الأخرى التي نص عليها القانون...⁽⁷⁰⁾.

ج - التدابير السالبة للحقوق:

1 - التخلي لمصلحة الدولة عن الشيء الذي استخدم أو أعد للاستخدام في ارتكاب الجريمة أو تحصل عنها: ففي جميع الأحوال - ومن دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية - على المتهم في حال قبوله التسوية الجزائية تسليم ما بحوزته أو تحت سيطرته المباشرة أو غير المباشرة من أشياء وأموال استُعملت في الجريمة، أو كان من شأنها أن تُستعمل فيها أو كانت محللاً لها، أو التي تحصلت منها. وهذا التدبير هو بطبيعة الحال يُعد من التدابير العينية، وبأخذ شكل المصادرة كعقوبة تكميلية، والتي تخضع للقواعد المنظمة لها والمنصوص عليها في المادة (83) من قانون الجرائم والعقوبات.

2 - سحب الترخيص الممنوح للمتهم مدة لا تتجاوز (6) ستة أشهر أو إلغاؤه: ولم يبين المشرع نوع الترخيص المراد سحبه أو إلغاؤه، وهذا التدبير ينص عليه المشرع ضمن التدابير السالبة للحقوق المنصوص عليه في المادة (127) من قانون الجرائم والعقوبات، ويلاحظ أن المشرع في هذه المادة حدده بسحب ترخيص القيادة⁽⁷¹⁾، أي قيادة المركبات. بينما في حالتنا هذه، لم يضع المشرع له مدلولاً معيناً للترخيص المراد سحبه، وبالتالي ينصرف مضمونه إلى سحب ترخيص القيادة أو السلاح، أو أي شيء عيني أو مادي يحوزه الجاني، ويتطلب الحصول فيه على ترخيص؛ وفي فرنسا ينسحب هذا الأمر إلى ترخيص قيادة المركبات أو الصيد⁽⁷²⁾.

(70) المادة (111) من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي.

(71) وتنص المادة (132) من قانون العقوبات الاتحادي على أنه «يترتب على سحب ترخيص القيادة إيقاف مفعول الترخيص الصادر للمحكوم عليه خلال المدة التي تحددها المحكمة بحيث لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على (2) سنتين. ويجوز الأمر بهذا التدبير عند الحكم بعقوبة سالبة للحرية في جريمة ارتكبت عن طريق وسيلة نقل آلية إخلالاً بالالتزامات التي يفرضها القانون».

(72) ومقابل التسوية في القانون الفرنسي في نطاق الجench المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس الذي لا تزيد

3 - إغلاق المنشأة أو وقف النشاط التجاري مدة لا تزيد على (6) ستة أشهر: وهو تدبير جزائي ذو طبيعة وقائية مكمل للتدبير الخاص بحظر ممارسة عمل معين، ويتمثل في غلق المحل الذي مارس فيه الجاني عمله وأخل بواجبات هذا العمل، وذلك لمنع الجاني من ارتكاب جرائم أخرى كان المحل سبباً لها⁽⁷³⁾، وحماية الأفراد من المخاطر التي تهدد سلامتهم البدنية وأمنهم الغذائي، والتي يكون مصدرها المحل، وإبعاده عن الوسائل التي قد تقوده إلى ارتكاب جرائم أخرى لها ارتباط بالنشاط التجاري الذي كان يعمل به قبل الحكم عليه بهذا التدبير⁽⁷⁴⁾.

4 - حظر استخدام وسائل اتصال معينة أو المنع من حيازتها أو إحرازها مدة لا تزيد على (6) ستة أشهر، مع مراعاة الأحكام العامة المنظمة له. وقد أورد المشرع في قانون مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية رقم 34 لسنة 2021 عدداً من التدابير الجزائية المتعلقة بتنفيذ القانون في المادة (59/1)، حيث «أجاز للمحكمة عند الحكم بالإدانة في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه أن تأمر بوضع المحكوم عليه تحت الإشراف أو المراقبة الإلكترونية أو حرمانه من

مدته على خمس سنوات يتمثل في اقتراح النيابة العامة على المتهم تنفيذ واحد أو أكثر من العقوبات أو التدابير التي وردت في 21 بنداً، وتتنوع إلى غرامات التسوية، وتدابير عينية، وشخصية، على النحو المنصوص عليه في المادة (41-2) من قانون الإجراءات الجزائية. انظر:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000044569849

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/14. ويتم إخضاع الجناة لدورات تدريبية توعوية في قضايا العنف الأسري والإدمان على المخدرات، ففي العام 2017 تم إخضاع حوالي 716 شخصاً للتأهيل أجريت في 15 جلسة لمرتكبي جرائم العنف المنزلي، وتعاطي المواد المخدرة في أثناء قيادة المركبات، في مجموعات مكونة من 12-8 أشخاص في ولاية مونبلييه الفرنسية.

انظر: التقرير الصادر عن مركز العدالة للعام 2017 في ولاية مونبلييه الفرنسية على الرابط التالي:

Compositions Penales & Stages: Extrait Du Rapport D'activité Du Pôle Justice, 2017, p.2. <https://Aers-Asso.Fr/Wp-Content/Uploads/Sites/131/2019/01/Mesures-Alternatives-Aux-Poursuites-Et-Reponses-Penales-A-Visee-Pedagogique-Site-Internet.Pdf>

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/14.

(73) على محمود علي حمودة، قانون العقوبات، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط1، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص 492.

(74) محمد أبو العلاء عقيده، مرجع سابق، ص 182.

استخدام أي شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو أي وسيلة تقنية معلومات أخرى...».

د- الإلزام بالتعويض المؤقت عن الضرر الذي لحق بالمجني عليه إذا طلبه وقدره:

ويخطر المجني عليه بهذا الاقتراح: وينص المشرع أيضاً على أن «يكون للمجني عليه أو المدعي بالحق المدني أن يطلب من النيابة العامة أن يؤدي المتهم له تعويضاً مؤقتاً عن الضرر الذي لحقه، وإثبات ذلك في محضر التسوية، وفي جميع الأحوال لا يحول تقديم الطلب دون سير النيابة العامة في إجراءات التسوية الجزائية». (م/ 380/أ.ج)، ومؤدى ذلك - كما سنرى - أن عدم إلزام المتهم بتعويض المجني عليه ليس من شأنه أن يعيق السير في التسوية الجزائية، وللمجني عليه أن يسعى إلى القضاء المدني للمطالبة بحقوقه. كما أن المشرع لم يرتب أي أثر على تخلف المتهم عن الوفاء بتعويض المجني عليه؛ والأفضل أن يكون هناك توازن بحيث تسير التسوية في الجانب الجنائي المتعلق بالحق العام مع الجانب المدني.

ويلاحظ أن المشرع لم يجعل للمجني عليه دوراً في مناقشة مقترح التسوية؛ فقد نص على أن «لا يُقبل من المجني عليه أو من المدعي بالحقوق المدنية طلب تطبيق التسوية الجزائية مع المتهم، ولا تُسمع منه أقوال في المناقشات المتعلقة بتطبيقها»⁽⁷⁵⁾، وذلك لأن التسوية الجزائية إجراء ثلاثي بين المتهم والنيابة والقاضي، وتؤسس على فكرة اقتراح العقوبة من قبل النيابة العامة وقبولها من قبل المتهم والتصديق عليها من القاضي⁽⁷⁶⁾.

نستخلص مما تقدم أن المشرع وضع أمام النيابة العامة خيارات متعددة من العقوبات والتدابير التي يمكن تضمينها في مقترحها بالتسوية الذي سوف تعرضه على المتهم، تتمثل في استبدال العقوبة الأصلية المقررة للجريمة، وهي السجن المؤقت، بعقوبة أخف حددها المشرع بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات

(75) المادة (3/380) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

(76) رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 186.

ولا تقل عن ثلاثة أشهر⁽⁷⁷⁾، وأجاز لها أيضًا أن تضيف إلى مقترحها بالتسوية بعض العقوبات والتدابير المنصوص عليها في المادة (362) من قانون الإجراءات الجزائية، وهي - كما رأينا - عقوبات وتدابير متنوعة، تتيح للنيابة أن تختار ما يناسب طبيعة الجريمة التي اقترفها المتهم.

كما أن للمحكمة أيضًا - كما سنرى - أن تؤيد مقترح النيابة في اختيار العقوبة التي كانت محلًا للتسوية التي وافق عليها المتهم، ولها أيضًا أن تطبق العقوبة المقترحة بالحكم بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة للحرية (الحبس)، وأيضًا لها تطبيق وقف التنفيذ إذا كانت العقوبة المقترحة أو التي ستطبقها المحكمة تدرج في نطاق العقوبة التي يتقرر فيها وقف التنفيذ، وهي الحبس مدة لا تزيد على سنة⁽⁷⁸⁾.

المطلب الثالث

عرض التسوية الجزائية على المتهم وتحديد موقفه منها

يتناول هذا المطلب عرض التسوية على المتهم وقبوله أو رفضه لهذا العرض، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

عرض التسوية الجزائية

بعد أن تصوغ النيابة العامة مقترح التسوية الجزائية في الجناية التي ارتكبتها المتهم تقوم بإجراءات إعلانه بمضمونها، كي يُبدي رأيه فيها، وقد أوضح المشرع

(77) الحبس عقوبة يقرها المشرع لجريمة الجنحة، ولا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر، ولا أن يزيد حده الأقصى على (3) ثلاث سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. المادة (70) من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي الرقم (31) لسنة 2021.

(78) ينص المشرع في المادة (84) من قانون الجرائم والعقوبات على أن «للمحكمة عند الحكم في جريمة بالغرامة غير النسبية أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة.

الاتحادي كيفية هذا الإعلان بنصه على أن « تعلن النيابة العامة المتهم أو من تراه من المتهمين إذا لم يكن حاضراً باقتراح التسوية الجزائية في الجنايات، وفقاً لطرق وإجراءات الإعلان المنصوص عليها في هذا القانون، ويشار في الإعلان بضرورة الاستعانة بمحامٍ»⁽⁷⁹⁾.

ويلاحظ أن المشرع قد أكد على أن المتهم أو المتهمين المشاركين في ارتكاب الجريمة، إذا لم يكونوا حاضرين، فإن إعلانهم بمقتراح التسوية الجزائية يكون وفقاً للقواعد المقررة في هذا القانون، أي قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وهي القواعد المتعلقة بإعلان الخصوم المنصوص عليها في المواد (158-160/أ.ج)؛ وكيفية حساب المواعيد المنصوص عليها في المواد (333-355/أ.ج)، وتنظيم هذه المسائل يتناول طرق الإعلان التقليدية والحديثة عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

ويقرر المشرع أيضاً أنه «لا يحول تعدد المتهمين في الدعوى الجزائية دون أن تبشر النيابة العامة إجراءات التسوية الجزائية مع أحدهم أو بعضهم، ويكون لها التصرف بالدعوى الجزائية قبل باقي المتهمين وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً»⁽⁸⁰⁾.

والمتهم الذي يمثل الطرف الآخر في التسوية الجزائية هو الشخص الطبيعي البالغ سن الرشد الجنائي (18 سنة)، على أساس أن المشرع استثنى من تطبيق التسوية الجزائية الجرائم الواردة في قانون الأحداث والمعرضين للجنوح رقم 6 لسنة 2022، وذلك لأن المشرع في نطاق التسوية الجزائية في الجنايات قد حددها في الجرائم المعاقب عليها بالسجن المؤقت، وقد تطلب اعتراف المتهم لإتمام التسوية، لكي تتمكن النيابة من تقديم الطلب إلى المحكمة لتخفيف عقوبته، والاعتراف لا يعتد به إلا بالنسبة إلى الشخص البالغ.

(79) المادة (371) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

(80) المادة (378) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

الفرع الثاني

تحديد موقف المتهم من التسوية الجزائية

يؤكد المشرع الإماراتي على أنه يتعين على المتهم أن يُبدي رأيه في الاقتراح بالقبول أو الرفض خلال مدة لا تزيد على 10 عشرة أيام عمل من تاريخ عرضه عليه أو من تاريخ إعلانه بحسب الأحوال، ويُعتبر عدم الرد رفضاً للتسوية (م/2/372.أ.ج).

ويلاحظ أن المشرع لم يمنح المتهم الفرصة في أن يفاوض النيابة على تعديل محتوى اقتراحها، فعليه أن يوافق على مقترحها بالتسوية أو يرفضه؛ ولكنه منحه مهلة عشرة أيام للتفكير قبل تقرير موقفه من التسوية الجنائية، تُحتسب من تاريخ عرض المقترح عليه، أو من تاريخ إعلانه بحسب الأحوال. واعتبر المشرع عدم الرد في خلال المدة المحددة رفضاً للتسوية. على أساس أن صمت المتهم عن قبول التسوية في خلال المدة المشار إليها وعدم الرد يُعد من قبيل الرفض، ويتأتى ذلك احتراماً لمبدأ حق المتهم في الصمت⁽⁸¹⁾.

ويرتب المشرع على قرار المتهم برفض التسوية الجنائية سقوط الاقتراح، ويكون للنيابة العامة الحق في تحريك الدعوى الجزائية وفقاً للإجراءات العادية؛ فالمشرع ينص على اعتبار التسوية الجزائية في الجنايات كأن لم تكن إذا لم يقبل المتهم بالتسوية المقترحة عليه... (م/375.أ.ج).

أما في حالة قبول المتهم اقتراح النيابة العامة بالتسوية الجزائية في الجنايات، فإنه يتعين على عضو النيابة المختص استجواب المتهم تفصيلاً، واستكمال إجراءات التحقيق اللازمة لتعزيز الأدلة بحسب الأحوال...⁽⁸²⁾؛ وذلك لأن اقتراح التسوية الجزائية في الجنايات - كما أسلفنا - يفترض أن هناك قرائن قوية على ارتكاب

(81) رامي متولي القاضي، إطلالة على أنظمة التسوية، ص 164. ويقرر القضاء المصري أنه «من حق المتهم أن يختار الوقت والطريقة التي يبدي فيها دفاعه، ولا يصح أن يتخذ من امتناعه عن الإجابة قرينة على ثبوت الجريمة». نقض 17 مايو 1960، مجموعة أحكام النقض، س 11، ص 467، الرقم (90)، ص 469، مشار إليه في: عبدالرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 669.

(82) الفقرة الأولى من المادة (375) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

المتهم للجريمة، وللتحقق من هذه القرائن قرر المشرع أن التسوية الجزائية تقتضي صدور اعتراف من المتهم، لتولد قناعة لدى القاضي، يبني قراره على أساسها؛ وهذا الأمر يتطلب بطبيعة الحال استجوابه تفصيلاً، ومناقشته حول كيفية ارتكاب الجريمة وعناصرها وظروفها، وهو إجراء ضروري - تقتضيه طبيعة الاستجواب - لجمع الأدلة وإظهار الحقيقة بخصوص الجريمة محل التسوية الجزائية، ولكشف الغموض الذي يحيط بالواقعة⁽⁸³⁾.

كما قرر المشرع أيضاً أنه يتعين على عضو النيابة التأكد من أن اعتراف المتهم كان صادقاً ومطابقاً للواقع، من خلال تعزيزه بكشف ماديات الجريمة وأدلتها (المادة 372-أ/2 ج).

وبعد تقرير موافقة المتهم على هذه الإجراءات، يُحرر الاقتراح بمحضر مستقل يتضمن بيانات المتهم ووصفاً للتهمة المنسوبة إليه ومواد القانون المنطبقة عليها، وأدلتها وتاريخ ومكان وقوعها، ويوقع عليه كل من عضو النيابة والمتهم (371/أ/1 ج).

وعلى المتهم في حال قبوله التسوية الجزائية تسليم ما بحوزته أو تحت سيطرته المباشرة أو غير المباشرة من أشياء وأموال استعملت في الجريمة، أو كان من شأنها أن تستعمل فيها أو كانت محلاً لها، أو التي تحصلت منها، وذلك كله من دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية (المادة 377 أ ج).

المطلب الرابع

سلطة القاضي في التسوية الجزائية في الجنايات

سنتناول في هذا المطلب الإجراءات التي يتعين على المحكمة المختصة اتباعها للفصل في التسوية الجزائية في الجنايات، ولسلطتها في تقدير مقترح النيابة العامة إما بقبوله والحكم بإدانة المتهم وتوقيع العقوبة أو التدابير التي اقترحتها النيابة العامة،

(83) غنام محمد غنام وفتيحة محمد قواري، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2010، ص 222. محمد شلال العاني وعبدالإله محمد النوايسه، مرجع سابق، ص 146.

وإما برفضها للتسوية الجزائية والحكم باعتبارها كأن لم تكن، وللضمانات التي قررها المشرع للمتهم في التسوية الجزائية في الجنايات والتي تكفل له الاستعانة بمحامٍ والطعن في الحكم إذا اعتراه ما يخالف القانون أو بطلان في الإجراءات:

الفرع الأول

الإجراءات التي تباشرها المحكمة للفصل في التسوية الجزائية

«تتولى النيابة العامة إحالة الدعوى الجزائية ومحضر التسوية في الجنايات إلى المحكمة الجزائية المختصة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً» (المادة 373 من قانون الإجراءات الجزائية).

ولم يبين المشرع المحكمة الجزائية المختصة التي يتعين إحالة مقترح التسوية إليها، وإنما ذكر وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وبطبيعة الحال فإنه لما كنا بصدد التسوية الجزائية في الجنايات، وأنها تقتصر على الجرائم المعاقب عليها بالسجن المؤقت، فإن المحكمة المختصة هي محكمة الجنايات الصغرى والتي تشكل من قاض فرد، وتتولى بمقتضى القانون الفصل في الجرائم المعاقب عليها بالسجن المؤقت⁽⁸⁴⁾.

ويحدد المشرع للمحكمة الإجراءات التي يتعين عليها اتخاذها للحكم في التسوية الجزائية في الجنايات، فينص في المادة (373) على أن «تنظر المحكمة في صحة إجراءات التسوية الجزائية وعدم بطلانها، وعليها سؤال المتهم بحضور محاميه عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة المسندة إليه، فإذا اعترف تكتفي المحكمة باعترافه والحكم عليه بالإدانة وبال عقوبة المقترحة من النيابة العامة، أو الحكم في نطاق العقوبة المقررة وفقاً لأحكام المادة (370) من هذا القانون».

(84) من ضمن الاستحداثات التي أدخلها المشرع على قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي الصادر بالقانون رقم 38 لسنة 2022 أنه قسم محكمة الجنايات إلى دائرتين: الأولى محكمة الجنايات الكبرى، وتُشكل من ثلاثة قضاة وتختص بنظر الجرائم المعاقب عليها بالقصاص أو الإعدام أو السجن المؤبد التي تحيلها إليها النيابة العامة، ومحكمة الجنايات الصغرى، وتُشكل من قاض فرد، وتختص بنظر الجنايات الأخرى المعاقب عليها بالسجن المؤقت. (المادة 140/أ.ج).

ويتضح من هذا النص أن المحكمة تتحقق من صحة إجراءات التسوية الجزائية وعدم بطلانها، وهذا يتطلب منها أن تبحث في عدة مسائل لعل أبرزها التأكد من تكييف الواقعة محل التسوية من حيث إنها تندرج ضمن الجرائم التي يجوز التسوية فيها، ومن صفة عضو النيابة الذي تولى إعداد الاقتراح بالتسوية الجزائية؛ وأنه رئيس النيابة الذي صدر به قرار من النائب العام، ومن توافر الضمانات التي قررها المشرع للمتهم عند استجوابه من النيابة العامة وبصفة خاصة المتعلقة بحضور محاميه.

وبعد ذلك تُوجّه المحكمة للمتهم سؤالاً عما إذا كان معترفاً بالجريمة المنسوبة إليه، والهدف من هذا الإجراء هو التحقق من أن اعترافه السابق أمام النيابة قد جاء طوعية وعن اقتناع وبعيداً كل البعد عن أي ضغط أو إكراه يتعارض مع إرادته الحرة؛ وأنه قد وافق على مقترح التسوية الذي جرى الاتفاق عليه أمام النيابة العامة، فإذا اعترف تكتفي المحكمة باعترافه؛ ويغنيها ذلك عن البحث في الأدلة الأخرى.

وإذا اقتنعت المحكمة بصحة الإجراءات وموافقتها للقانون، فلها أن تحكم على المتهم بالإدانة وبال عقوبة المقترحة من النيابة العامة أو الحكم في نطاق العقوبة المقررة في المادة (370 أ.ج)، وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا تقل عن ثلاثة أشهر، ولها أيضاً أن تستخدم سلطتها في إضافة أي من التدابير والعقوبات المنصوص عليها في المادة (362) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي سالف الذكر.

كما أن المشرع أجاز في المادة (3/370) من قانون الإجراءات الجزائية للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من عضو النيابة تطبيق العقوبة المقترحة بنظام التسوية الجزائية، وفقاً للآتي:

أ - الحكم بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة للحرية (السالبة للحرية)، مع مراعاة الأحكام العامة المنظمة لها. فقد أجاز المشرع للمحكمة أن تحكم بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية بدلاً من الحبس، وفقاً للضوابط النازمة للمراقبة الإلكترونية المنصوص عليها من قانون الإجراءات

الجزائية الاتحادي؛ والتي تنص على أن «للمحكمة عند الحكم بالحبس لمدة لا تزيد على سنتين، أن تأمر في الحكم بتنفيذ العقوبة المقضي بها بنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، إذا رأت من ظروف المحكوم عليه أو سنه ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة أخرى جديدة، وبأن له محل إقامة ثابتاً ومعلومًا في الدولة، أو ثبت لديها أنه يمارس نشاطاً مهنيًا مستقرًا، ولو كان مؤقتًا، أو يتابع نشاطه التعليمي أو تدريبيًا مهنيًا معترفًا به، أو بأنه العائل الوحيد لأسرته، أو أي ظروف أخرى تُقدرها المحكمة بحسب الأحوال.

ولا يجوز تطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية المنصوص عليه في هذا الفرع على المحكوم عليه العائد». (المادة 397 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي). وهذا الخيار متاح أمام المحكمة إذا قررت الحكم بإدانة المتهم وبعقوبة الحبس لمدة لا تزيد على سنتين، فلها في هذه الحالة أن تقرر تطبيق هذه العقوبة بنظام الوضع تحت المراقبة. ذلك أن المشرع أجاز لها إما تطبيق مقترح النيابة بالتسوية، وإما تطبيق المادة (370 أ.ج)، والحكم بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا تقل عن ثلاثة أشهر.

ب - تطبيق الأحكام المتعلقة بوقف تنفيذ العقوبة أو العفو عنها (المادة 370 / 3 من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي. ووفقًا لقواعد وقف تنفيذ العقوبة، فإن للمحكمة، عند الحكم في جريمة بالغرامة غير النسبية أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أن تأمر في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة⁽⁸⁵⁾، وعلى ذلك تستطيع المحكمة إذا كان مقترح التسوية الذي عرضته النيابة العامة على المتهم والذي وافقت عليه، في حدود الحبس مدة لا تزيد على سنة أن تجعل هذه العقوبة مشمولةً بوقف التنفيذ، من دون الإخلال بسلطتها في إضافة التدابير والعقوبات التي وردت في المادة (362) من قانون الإجراءات الجزائية سالفه الذكر.

(85) المادة (84) من قانون الجرائم والعقوبات ؛ يكون وقف تنفيذ العقوبة لمدة (3) ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيًا. المادة (85) من قانون الجرائم والعقوبات.

أما بالنسبة إلى العفو عن العقوبة، فإنه يصدر بمرسوم، ويتعلق بسلطة رئيس الدولة في إسقاط العقوبة المحكوم بها، وفقاً للمادة (150) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص على أن «العفو الخاص يصدر بمرسوم يتضمن إسقاط العقوبة المحكوم بها من جهة قضائية اتحادية كلها أو بعضها، أو يستبدل بها عقوبة أخف منها مقرر قانوناً...». فهو ليس من ضمن خيارات التسوية المتاحة للنيابة العامة اقتراحها، وكذلك ليس للمحكمة سلطة للحكم به. ومن ناحية أخرى، لا يمتد العفو القضائي إلى التسوية الجزائية في الجنايات، لأن المشرع حدد نطاقه في الجرح البسيطة⁽⁸⁶⁾. ولذلك لم يكن المشرع في حاجة إلى النص بإضافة العفو عن العقوبة إلى الخيارات التي تتعلق بسلطة المحكمة في تطبيق التسوية الجزائية في الجنايات.

الفرع الثاني

التقرير باعتبار التسوية الجزائية في الجنايات كأن لم تكن

ينص المشرع الاتحادي على أنه «تعتبر التسوية الجزائية في الجنايات كأن لم تكن إذا لم يقبل المتهم التسوية الجزائية المقترحة عليه، أو عدل المتهم عن اعترافه قبل صدور الحكم، أو قضت المحكمة برفضها، ويكون للنيابة العامة السير والتصرف في الدعوى الجزائية بالطرق المقررة قانوناً. (م 1/375.أ.ج).

ويتضح من هذا النص أن المشرع أكد على أن المقترح بالتسوية يُعتبر مُلغى، أو كأن لم يكن في الحالات الثلاث التالية:

1 - تُعتبر التسوية الجزائية في الجنايات كأن لم تكن إذا لم يقبل المتهم التسوية

(86) ويمنح المشرع المحكمة سلطة العفو القضائي في بعض الجرح البسيطة في المادة (152) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص على أنه «بالإضافة إلى الحالات التي ورد بشأنها نص خاص يجوز للقاضي أن يعفو عن الجاني في الجرح، وذلك في أي من الحالات الآتية: 1- إذا لم يكن الجاني قد أتم (21) إحدى وعشرين سنة وقت ارتكاب الجريمة، ولم يكن قد سبق الحكم عليه في جريمة أخرى. 2- إذا كانت الجرح من جرائم السب أو الضرب وكان الاعتداء متبادلاً، أو كان الاعتداء بسيطاً وتنازل المجني عليه عن حقه الشخصي. 3- وعلى القاضي في حالة العفو أن يوجه إلى الجاني ما يراه مناسباً من نصح وإرشاد، وأن ينذره بأنه لن يستفيد في المستقبل من عفو جديد».

الجزائية المقترحة عليه من النيابة العامة قبل رفعها إلى المحكمة للمصادقة عليها على النحو السابق ذكره، وهنا يكون للنيابة العامة السير في الدعوى الجزائية والتصرف فيها وفقاً للإجراءات العادية.

2 - إذا عدل المتهم عن اعترافه قبل صدور الحكم، وهذه الحالة تفترض أن المتهم قد وافق على الاقتراح بالتسوية الجزائية التي عُرضت عليه من النيابة العامة، وأنها قد أحالتها إلى المحكمة، ولكن المتهم تراجع عن اعترافه أمامها وقبل صدور الحكم، فتصدر المحكمة قراراً باعتبار التسوية كأن لم تكن، وتحيل الدعوى إلى النيابة العامة للتصرف فيها وفقاً للقانون؛ على أساس أن التسوية الجزائية في حد ذاتها صورة للعدالة الرضائية التي تركز على موافقة المتهم لمقترح النيابة العامة بتخفيف عقوبة الجاني إذا ما اعترف بارتكابه للجريمة، وبالتالي فإن عدوله عن الاعتراف مؤداه التخلي عنها، والعودة إلى الإجراءات العادية للمحاكمة الجزائية⁽⁸⁷⁾.

3 - تعتبر التسوية كأن لم تكن إذا قضت المحكمة برفضها، ولم يضع المشرع الإماراتي معايير محددة لرفض التسوية الجزائية في الجنايات، والأمر في هذا الشأن يخضع لسلطة المحكمة التقديرية وفقاً لمبدأ حرية القاضي في الاقتناع؛ فللقاضي - وفقاً للقواعد العامة - أن يتأكد من توافر الضوابط القانونية التي حددها المشرع للتسوية الجنائية، وعلى وجه الخصوص التأكد من سلامة إرادة المتهم، وأنه يدرك مضمون اعترافه وطبيعة أدلة الإثبات، ويتفهم حجم الحقوق التي يتنازل عنها والآثار الممكنة لاختياره. ولذلك فإن رفض المحكمة الاقتراح بالتسوية الجزائية سيجعل النيابة العامة تتخذ إجراءات السير والتصرف في الدعوى الجزائية بالطرق العادية المقررة قانوناً.

ويؤكد المشرع أيضاً أنه يترتب على اعتبار الاعتراف كأن لم يكن زوال كل أثر له

(87) وإلى ذلك تنص المادة (374) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه «للمتهم أن يعدل عن اعترافه في أي مرحلة قبل صدور الحكم، وتعاد الدعوى الجزائية إلى النيابة العامة للسير والتصرف فيها وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، من قبل عضو نيابة آخر لم يكن طرفاً في إجراءات نظام التسوية الجزائية».

ولا يُعتدّ بهذا الاعتراف على المتهم أو الغير. ولا يؤثر اعتبار الاعتراف كأن لم يكن لعدول المتهم عنه في صحة الأدلة الأخرى التي تحصلت عليها النيابة العامة بناء على ذلك الاعتراف. وأنه يتعين على النيابة العامة حذف أو حجب محضر التسوية الجزائية والاعتراف المنصوص عليه في المادة (372) من هذا القانون⁽⁸⁸⁾.

الفرع الثالث

ضمانات المتهم في التسوية الجزائية في الجنايات

لعل أهم الضمانات التي أوردها المشرع لحماية المتهم في إجراءات التسوية الجزائية، تتمثل في وجوب أن يكون لديه محام، وأن يكون له الطعن في الحكم الذي تُصدره المحكمة في التسوية الجزائية، وأنه إذا رُفضت المحكمة التسوية وأحالتها إلى النيابة العامة للتصرف فيها وفقاً للقانون، فإنه لا يجوز للقاضي الذي اتخذ قراراً فيها أن يتولى الفصل في الدعوى الجزائية بعد ذلك. وتتناول هذه المسائل على النحو التالي:

أ- وجوب أن يكون للمتهم محام:

أوجب المشرع أن يكون للمتهم محام سواء في مرحلة اقتراح التسوية أو في مرحلة إحالة الاقتراح إلى المحكمة:

1 - ففي مرحلة اقتراح التسوية نص المشرع على أنه «تعلن النيابة العامة المتهم أو من تراه من المتهمين إذا لم يكن حاضراً باقتراح التسوية الجزائية في الجنايات، وفقاً لطرق وإجراءات الإعلان المنصوص عليها في هذا القانون، ويشار في الإعلان بضرورة الاستعانة بمحام. (م1/371/أ.ج).

2 - وأثناء إحالة الاقتراح بالتسوية إلى المحكمة، أوجب المشرع أن تتخذ إجراءات التسوية الجزائية بحضور محامي المتهم، فيتعين حضور المحامي في إجراءات التسوية الجزائية في الجنايات، فإذا لم يوكل المتهم في جناية محامياً للدفاع عنه لعدم قدرته المالية، نذبت له النيابة العامة محامياً تتحمل الدولة مقابلاً لجهد، وذلك على النحو المبين في القانون، وإذا كانت لدى المحامي المنتدب أعذار

(88) المادة (375) الفقرتان الثانية والثالثة) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

أو موانع يريد التمسك بها فيجب عليه إبدائها من دون تأخير إلى النيابة العامة، وإذا قبلت الأعذار أو الموانع ندبت محامياً آخر» (المادة 376 أ.ج).

ولا شك في أهمية الدور الذي يضطلع به المحامي في التسوية الجزائية في الجنايات، فيكون له تبصير المتهم بالحصول على أفضل الحلول المتاحة، وتقديره لاحتمالات البراءة أو الإدانة في حالة اتباعه إجراءات المحاكمة العادية، كما أنه يحول دون التأثير في حريته في الاختيار عند استجوابه من النيابة العامة أو أثناء مباشرة المحكمة لإجراءات إصدار الحكم في التسوية الجزائية⁽⁸⁹⁾، وذلك ترسيخاً لممارسة حق الدفاع بوصفه دعامة أساسية لعادلة جريان المحاكمة الجنائية ويحتل قمة ضماناتها⁽⁹⁰⁾.

والقاعدة أنه لا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه، ولذلك لا بد من تمكين المتهم من الحضور، فحيثما وجد المتهم وجب أن يكون معه محاميه⁽⁹¹⁾. ويقرر المشرع أيضاً أنه يجب تمكين المتهم ومحاميه من الاطلاع على مستندات الدعوى الجزائية عند اتخاذ إجراءات التسوية الجزائية. (م 2/376 أ.ج).

ب- الطعن في الحكم بالتسوية الجزائية في الجنايات:

تنص المادة (1/382) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «لنيابة العامة والمحكوم عليه الطعنُ بطريق الاستئناف على الحكم الصادر في التسوية الجزائية في الجنايات لتقدير العقوبة أو لمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في إجراءات التسوية الجزائية».

ويتضح من هذا النص أن المشرع الاتحادي منح النيابة العامة والمحكوم عليه أن يطعنا بالاستئناف على الحكم الصادر في التسوية الجزائية في الجنايات⁽⁹²⁾، وأن

(89) أسامة حسنين عبيد، الصلح، مرجع سابق، ص 250.

(90) حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997. ص 597.

(91) محمد السعيد عبدالفتاح، مرجع سابق، ص 296.

(92) أما في الجنب فقد نص المشرع في المادة (2/365) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «يكون القرار الصادر بالمصادقة على التسوية الجزائية في الجنب بمثابة الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بالتسوية قبل المتهم، ويلتزم المتهم بمضمون محضر التسوية الجزائية المصدق عليه وتنفيذ كافة الالتزامات التي اشتملها، ولا يجوز الرجوع فيه أو الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن».

يستند الطعن إلى عدم الرضا بتقدير المحكمة للعقوبة، وذلك كأن يراها المتهم أكثر مما يستحق، أو تراها النيابة أقل مما أرادته للمتهم، أو يستند الطعن إلى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا شاب أي إجراء من إجراءات التسوية عيب من العيوب التي تجعل الإجراء باطلاً، ويُتصور أن يستند الطعن إلى سبب واحد أو إلى أكثر من سبب من تلك الأسباب⁽⁹³⁾.

فالقاضي في نطاق التسوية في الجنايات يصدر حكماً بالإدانة وبالعقوبة المخففة؛ وحكم الإدانة يستلزم أن تتوفر فيه مشتملات الحكم ومن ضمنها، بطبيعة الحال، التسيب؛ حتى يستطيع المتهم أن يجد مبرراً أو حشيات يستند إليها للطعن في الحكم بالتسوية الجزائية؛ ولذلك فالقاضي لا يقتصر دوره على مجرد التصديق على مقترح النيابة، بل يصدر حكماً قضائياً يخضع لقواعد إصدار الأحكام الجزائية.

ويؤخذ على المشرع أنه لم يوضح ما إذا كان هناك طعن أيضاً أمام المحكمة العليا أو أن الحكم الذي سيصدر من محكمة الاستئناف هو حكم بات وغير قابل للطعن. وأيضاً لم يضع مدة للطعن في الحكم الصادر من محكمة الجنايات الصغرى بالتسوية؛ فهل هي المدة ذاتها المقررة للطعن في الأحكام الابتدائية أمام المحكمة الاستئنافية والمحددة بخمسة عشر يوماً أو لا؟ ولذلك يتعين على المشرع أن يتدخل ويسد هذه الثغرة القانونية، ويحدد مدة للطعن بالاستئناف على قرار المحكمة الابتدائية بإدانة المتهم والتصديق على مقترح التسوية، وأن ينص صراحةً على أن يكون الحكم الصادر بتأييد أو إلغاء التسوية من محكمة الاستئناف نهائياً وغير قابل للطعن.

صحيح أن المشرع لم يذكر إلا الطعن بالاستئناف، ولم يشر إلى طرق أخرى للطعن؛ وأنه قد نص على اعتبار محضر التسوية بعد التصديق عليه سنداً تنفيذياً، ولكن لا بد أن تحسم المسألة بنص واضح، لغلق باب التأويل أو اللغط الذي يتعارض مع قصد المشرع في تبسيط الإجراءات واختصارها.

(93) محمد السعيد عبدالفتاح، مرجع سابق، ص 153.

ج- امتناع نظر الدعوى الجزائية من عضو النيابة الذي اقترح التسوية الجزائية:

تنص المادة (381) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «مع مراعاة أحكام المادة (207) من هذا القانون، إذا قُضي برفض التسوية الجزائية وقررت النيابة العامة إحالة الدعوى الجزائية إلى المحكمة المختصة، فيمتنع نظر الدعوى على القاضي الذي فصل برفض التسوية الجزائية».

وهذا النص يقرر تطبيق القواعد العامة في الإجراءات الجزائية المتعلقة والتي تقضي بأن عضو النيابة العامة الذي اتخذ إجراءات التحقيق في الدعوى لا يجوز له نظرها كقاضٍ فيما بعد⁽⁹⁴⁾، كما أن عضو النيابة العامة الذي قام بإجراءات التسوية لا يجوز له أن يحقق في الدعوى إذا رُفُضت إجراءات التسوية من المحكمة المختصة، واتساقاً مع ذلك أيضاً، فإن القاضي الذي تُعرض عليه إجراءات التسوية الجزائية فيقضي برفضها وتعاد إلى النيابة العامة للسير في الإجراءات القانونية، ثم تحال الدعوى الجزائية من النيابة العامة للسير فيها وفقاً للإجراءات العادية، فيحظر القانون عليه نظر الدعوى لكونه قد سبق أن رفض التسوية فيها.

وقد أشار المشرع إلى أنه يراعى ما هو منصوص عليه في المادة (207) من قانون الإجراءات الجزائية، وهذه المادة تنص على الآتي:

«1 - يمتنع على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً، أو إذا كان قد قام في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة، أو باشر فيها عملاً من أعمال أهل الخبرة. 2 - ويمتنع عليه كذلك أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه».

(94) انظر: في موانع القاضي من نظر الدعوى، محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط12، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988. ص380. ومن المبررات التي تساق في هذا الجانب درء شبهة تأثر القاضي برأي سبق أن أبداه في الدعوى، صيانة لمكانة القضاء وعلو كلمته في أعين الناس. رؤوف عبید، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط17، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1989، ص607. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج2، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص776.

المبحث الرابع

آثار التسوية الجزائية في الجنايات

تترتب على موافقة المتهم على التسوية الجزائية في الجنايات واعترافه بالجريمة وتأييد المحكمة أو تصديقها عليها آثاراً قانونية تتعلق بالدعوى الجزائية، من حيث مدى اعتبارها سبباً لانقضاء الدعوى الجزائية، كما هو الشأن في البدائل الأخرى للدعوى الجزائية، وما إذا كان الحكم بالتسوية الجزائية في الجنايات يُعد سابقة جنائية تقتضي رد الاعتبار؛ وآثار أخرى ترتبط بحق المدعي المدني في الحصول على التعويض عن الضرر الذي لحقه من الجريمة، ومعرفة ما إذا كان القانون يلزم القاضي بالحكم بالتعويض بالتوازي للحكم في التسوية الجزائية، أو يقتصر دوره على إحالة الحقوق المدنية إلى القضاء المدني؛ لذلك سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لدراسة آثار التسوية الجزائية على الدعوى الجزائية، بينما نخصص الثاني لآثارها على الدعوى المدنية.

المطلب الأول

آثار التسوية الجزائية في الجنايات على الدعوى الجزائية

سأعرض لأثر الحكم بالتسوية الجزائية في الجنايات، من حيث مدى اعتباره مؤدياً إلى انقضاء الدعوى الجزائية، كما هو الشأن في بدائل الدعوى الجزائية الأخرى، ونستظهر آثار التسوية الجزائية في الجنايات على صحيفة الحالة الجنائية، والعود إلى الجريمة، وبيان ما إذا كان الحكم في التسوية يُعد سابقة جنائية تقتضي رد الاعتبار.

الفرع الأول

مدى اعتبار الحكم بالتسوية الجزائية مؤدياً

إلى انقضاء الدعوى الجزائية

أسلفنا القول بأن المشرع الإماراتي قرر أنه في حالة قبول المتهم اقتراح التسوية الجزائية في الجنايات، فعلى عضو النيابة المختص استجواب المتهم تفصيلاً،

واستكمال إجراءات التحقيق اللازمة لتعزيز الأدلة بحسب الأحوال، ثم تحرير الاقتراح بمحضر مستقل وتضمينه بيانات المتهم، ووصفاً للتهمة المنسوبة إليه، ومواد القانون المنطبقة عليها، وأدلتها وتاريخ وقوعها، ويوقع عليه كل من عضو النيابة والمتهم.

وتتولى النيابة العامة، بعد ذلك، إحالة الدعوى الجزائية ومحضر التسوية في الجنايات إلى المحكمة الجزائية المختصة وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وتنظر المحكمة في صحة إجراءات التسوية الجزائية وعدم بطلانها، وعليها سؤال المتهم في حضور محاميه عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة المسندة إليه، فإذا اعترف تكتفي المحكمة باعترافه والحكم عليه بالإدانة وبالعقوبة المقترحة من النيابة العامة أو الحكم في نطاق العقوبة المقررة وفقاً لأحكام المادة (370) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي سالفة الذكر.

يتضح من ذلك أن الأثر الذي رتبته المشرع على الحكم في التسوية الجزائية في الجنايات ليس من شأنه أن يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية كما هي الحال في إجراءات التبسيط الأخرى، كالصلح⁽⁹⁵⁾ والوساطة الجنائية والتسوية في الجناح في القانونين الإماراتي⁽⁹⁶⁾ والفرنسي⁽⁹⁷⁾، بل جعل الموافقة على التسوية

(95) تنص المادة (375) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه «يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجزائية أو وقف السير فيها بحسب الأحوال».

(96) تنص المادة (367/2) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي في شأن التسوية الجزائية في الجناح على أنه «يكون القرار الصادر بالمصادقة على التسوية الجزائية في الجناح بمنزلة الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بالتسوية قبل المتهم، ويلتزم المتهم بمضمون محضر التسوية الجزائية المصدق عليه وتنفيذ كافة الالتزامات التي اشتملها، ولا يجوز الرجوع فيه أو الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن».

(97) - أما الأثر الذي يترتب على التسوية الجزائية في القانون الفرنسي فهو أن تصديق المحكمة على التسوية الجنائية التي اقترحتها النيابة العامة ووافق عليها المتهم وتنفيذه للتدابير التي تتضمنها يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجزائية بقوة القانون شأنها شأن الحكم البات؛ فإذا أصدر القاضي أمراً بصحة التسوية الجزائية والتصديق عليها، فإنه يتعين تنفيذ التدابير التي تشتمل عليها التسوية الجزائية، وإلا اعتبرت التسوية كأن لم تكن. انظر المادة (41-2) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي. الرابط التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000044569849

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/18.

في الجنايات بمنزلة تحضير للدعوى لصدور الحكم فيها بالإدانة والحكم على الجاني فيها على الوجهين التاليين:

الأول: الحكم بالعقوبة المقترحة من النيابة العامة والتي وافق المتهم على التسوية فيها.

الثاني: الحكم في نطاق العقوبة المنصوص عليها في المادة (370 أ.ج)، والحكم وفقاً لهذه العقوبة يمنح القاضي إبدال العقوبة الأصلية المقررة للجريمة التي هي السجن المؤقت، بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا تقل عن ثلاثة أشهر؛ وللمحكمة المختصة تطبيق هذه العقوبة أيضاً وفقاً للخيارات التي حددها المشرع في المادة (370/3) من قانون الإجراءات الجزائية سالفه الذكر⁽⁹⁸⁾.

وهذا الأمر يدعونا إلى تأكيد القول بأن نظام التسوية الجزائية في الجنايات ليس من أسباب انقضاء الدعوى الجزائية أو بدائل الدعوى الجزائية التي يزول فيها حق الدولة في العقاب، كالصلح أو الوساطة الجنائية؛ بل يهيئ الدعوى الجزائية للحكم فيها بالإدانة استناداً إلى موافقة المتهم على مقترح النيابة العامة، وترتيباً على ذلك فإن صدور الحكم فيها بالإدانة وبالعقوبة أو التدابير سالفه الذكر، وتأييد هذا الحكم من المحكمة الاستئنافية إذا ما تم الطعن فيه بالاستئناف؛ يجعل الحكم في التسوية بآناً، ويكتسب حجية الأمر المقضي به.

ولذلك فالحكم الصادر في التسوية الجزائية في الجنايات، يُعد حكماً قضائياً

(98) تنص المادة (370)، الفقرة (3) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «يكون للمحكمة المختصة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من عضو النيابة تطبيق العقوبة المقترحة بنظام التسوية الجزائية، وفقاً للآتي:

أ- الحكم بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة للحرية، مع مراعاة الأحكام العامة المنظمة لها.

ب- تطبيق الأحكام المتعلقة بوقف تنفيذ العقوبة أو العفو عنها.

وتنص الفقرة الرابعة من المادة (370 أ.ج) على أنه «لا يحول تطبيق نظام التسوية الجزائية في الجنايات، دون أن تحكم المحكمة المختصة بالعقوبات التبعية أو التكميلية وما يجب رده وبالتدابير الجزائية فيما عدا تدبير الإبعاد وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها قانوناً.

فاصلاً في موضوع الدعوى الجزائية، ويؤدي إلى إنهاء الخصومة الجنائية ويصبح واجب التنفيذ، ويخضع لقواعد تنفيذ العقوبات والتدابير المنصوص عليها في المواد (292-319) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وإذا قضت المحكمة بوضع المحكوم عليه تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة أو السالبة للحرية، فيراعى في تنفيذها القواعد المنظمة لعقوبة المراقبة الإلكترونية المنصوص عليها في القانون في المواد (383-413) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي.

والنتيجة الطبيعية المترتبة على صدور الحكم البات بالتسوية الجزائية في الجنايات هو انقضاؤها، وبالتالي عدم إمكان تجديدها مرة أخرى أمام القضاء، فإذا رُفعت الدعوى الجزائية عن نفس الواقعة التي كانت محلاً للحكم في التسوية الجزائية، كان لمن له مصلحة في ذلك أن يتمسك بقرينة قوة الشيء المقضي به، كما أن هذا الحكم يكتسب حجتيه أمام القضاء المدني وفقاً للقواعد العامة.

وعليه، نجدد القول بأن تأثير نظام التسوية الجزائية في الجنايات على الدعوى الجزائية بصفة عامة يتمحور في تقصير إجراءات الفصل فيها وتفعيل العدالة الجزائية الناجزة، وذلك استناداً إلى إرادة وتوافق طرفيها (النيابة العامة والمتهم)، الأمر الذي يحقق تيسير مهمة القاضي في تحصيل الأدلة والحكم في الدعوى الجزائية، ومن ناحية أخرى يسرع من الوصول إلى الحقيقة، ويقلل من الجهد والنفقات.

ولكن قد يكون في تقرير المشرع - كما أسلفنا - استئناف الحكم الصادر بالتسوية لكل من النيابة العامة والمتهم، ما يحد من إجراءات التبسيط أو اختصار مراحل الدعوى؛ غير أن هذه المخاوف تتبدد من حيث إن المشرع قصر الاستئناف على حالات محددة تتعلق بتقدير العقوبة أو لمخالفة القانون أو لخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في إجراءات التسوية الجزائية؛ فضلاً عن أن التسوية الجزائية هي - في حد ذاتها - توافقية رضائية بين المتهم والنيابة العامة، ودور المحكمة الاستئنافية يتحدد في تأييدها، وفي التحقق من مشروعية الإجراءات وتجنب الخطأ في القانون أو الإجراءات من دون النظر في المسائل الموضوعية.

ويلاحظ أن القواعد المنظمة للتسوية الجزائية ذات أثر نسبي، يقتصر على أطرافه من دون أن يكون من شأنه التأثير فيمن لم يشارك فيه⁽⁹⁹⁾، وإلى ذلك تنص المادة (378) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه «لا يحول تعدد المتهمين في الدعوى الجزائية دون أن تباشر النيابة العامة إجراءات التسوية الجزائية مع أحدهم أو بعضهم، ويكون لها التصرف في الدعوى الجزائية قبل باقي المتهمين وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً».

الفرع الثاني

آثار التسوية الجزائية في الجنايات على صحيفة

الحالة الجنائية والعود إلى الجريمة

يثار التساؤل حول مدى اعتبار الحكم بالإدانة والعقوبة المخففة وفقاً لنظام التسوية الجزائية في الجنايات سابقةً جنائيةً تقتضي تسجيلها في صحيفة الحالة الجنائية، وتتطلب رد الاعتبار؟

الواقع أن المشرع الإماراتي أكد على أنه إذا اعترف المتهم أمام المحكمة بالواقعة المسندة إليه فإنها تكتفي باعترافه والحكم عليه بالإدانة والعقوبة المقترحة من النيابة أو الحكم في حدود العقوبة المقررة في المادة (370) من قانون الإجراءات الجزائية.

وهذا يعني أن المحكمة لا يقتصر دورها على تصديق مقترح التسوية الجزائية، بل إنها تصدر حكماً جنائياً بإدانة المتهم بكل ما يترتب عليه من آثار قانونية؛ ويكون حكمها واجب التنفيذ وفقاً لقواعد تنفيذ الأحكام الجزائية، ويترتب على ذلك اعتبار هذا الحكم سابقةً جنائيةً تُسجل في صحيفة الحالة الجنائية للمتهم تقتضي رد الاعتبار وفقاً للقانون. وهذا الأمر يختلف عما قرره المشرع في شأن التسوية الجزائية في الجench، حيث نص المشرع صراحةً على أنه «لا تُعد العقوبة الصادرة بموجب التسوية الجزائية في الجench سابقة قضائية تقتضي رد الاعتبار»⁽¹⁰⁰⁾، غير أنه لم يرد مثل

(99) أحمد محمد براك، مرجع سابق، 461.

(100) المادة (367) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وقد كان الوضع في القانون الفرنسي يجعل من تنفيذ تدابير التسوية الجزائية، مؤدياً لانقضاء الدعوى الجنائية، ولا تقيد في صحيفة الحالة الجنائية، وهذا الأمر كان يؤدي إلى عدم معرفة ماضي المتهم، فأضاف المشرع نصاً إلى المادة (41-2) من قانون

هذا النص في التسوية الجزائية في الجنايات.

وترتيباً على ذلك فإن ارتكاب الجاني جريمةً جديدةً بعد تنفيذ الحكم بالإدانة والعقوبة المحكوم بها في التسوية الجزائية في الجناية السابقة، يجعل المتهم عائداً، وتطبق عليه القواعد العامة التي ينص عليه القانون في العود والاعتیاد على الإجرام، ولكن يفضل أن يتدخل المشرع ويقرر النص على حرمان الشخص من الحصول على تسوية أخرى.

ويلاحظ أن المشرع قد أصدر قانوناً جديداً لرد الاعتبار هو القانون الرقم (5) لسنة 2022، وتضمن عديداً من مظاهر التيسير في إجراءات رد الاعتبار مقارنة بالقانون السابق⁽¹⁰¹⁾. وقد نص المشرع في المادة (15) من القانون على السوابق التي لا تتطلب رد الاعتبار⁽¹⁰²⁾، ولم يُشر إلى الجرائم التي تنتهي بالتسوية الجزائية في

الإجراءات الجزائية، يقضي بتسجيل التسوية الجزائية المنفذة في النشرة الرقم (1) من السجل العدلي؛ دون البند (2) من صحيفة الحالة الجنائية؛ وهذا مؤداه أن السلطات القضائية وحدها هي التي تكون لها الصلاحية في الاطلاع على بيانات الجريمة محل التسوية الجنائية. (انظر: المادة (41-2) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي سالف الذكر، الرابط السابق.. وتشير الإحصاءات الصادرة في العام 2016 في فرنسا إلى أن 12% من الجناة الذين أجروا تسوية جنائية كانوا في حالة عود.

Rodolphe Houllé et Marianne Juillard, La composition pénale, une procédure qui demeure principalement réservée aux contentieux sans victim, Janvier 2020 Numéro Infostat Justice 174 Bulletin d'information statistique. https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/202305/-stat_Infostat_174.pdf

آخر زيارة للموقع بتاريخ: 2024/12/18.

(101) فقد ألغى المشرع القانون رقم 36 لسنة 1992، واستبدل به القانون رقم 5 لسنة 2022/ بشأن رد الاعتبار، ومن أهم مظاهر التيسير التي جاء بها القانون، أنه جعل رد الاعتبار القانوني من اختصاص النيابة العامة، ففي الجرح غير المقلقة يرد الاعتبار تلقائياً بقرار من النيابة من دون التقييد بمدة معينه، والمشرع أيضاً خفض مدة رد الاعتبار القضائي إلى ستة أشهر في الجنايات غير المقلقة وسنة في الجرح والجنايات المقلقة أو المخلة بالشرف والأمانة، وقرر تشكيل لجنة لتحديد الجرائم المقلقة أو المخلة بالشرف والأمانة. (المادة 5 من قانون رد الاعتبار).

(102) نصت المادة (15) من القانون رقم لسنة 2022 بشأن رد الاعتبار على السوابق التي لا تتطلب رد الاعتبار وذلك «لغاية تطبيق أحكام هذا القانون لا تُعتبر الأحكام الصادرة في الجرائم التالية سوابق يقتضي معها طلب رد الاعتبار.

- 1 - الجرائم التي تنص القوانين الخاصة بها على عدم اعتبارها من السوابق الجرمية.
- 2 - الجرائم التي تكون عقوبتها المقررة في القانون أو العقوبة المحكوم بها غير مقيدة للحرية أو بالغرامة فقط.
- 3 - جرائم الأحداث الجانحين أو المعرضين للجروح.
- 4 - الجرائم الصادر بشأنها أحكام بوقف التنفيذ.

الجنايات، ولكنه جعل الجرائم الصادر بشأنها أحكام بوقف التنفيذ ضمن الحالات التي لا تتطلب رد الاعتبار، وبالتالي إذا قضت المحكمة بوقف تنفيذ العقوبة التي كانت محلاً للتسوية بمقتضى المادة (3/ 370) سالفه الذكر، ولم يُلغ وقف التنفيذ في خلال المدة المحددة بثلاث سنوات⁽¹⁰³⁾، فإنها لا تحتاج إلى رد الاعتبار.

المطلب الثاني

آثار التسوية الجزائية في الجنايات على الدعوى المدنية

أشرنا إلى أن المشرع الإماراتي قد منح القاضي في شأن التسوية الجزائية في الجنايات أن يصدر حكماً بالعقوبة المخففة، ويكون لهذا الحكم حجته أمام القضاء المدني وفقاً للقواعد العامة، ولكن السؤال الذي يثور في هذا الصدد يتمحور حول أثر الحكم في التسوية الجزائية على حق المجني عليه أو المضرور من الجريمة، في الحصول على التعويض، فهل تجوز له المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر أمام النيابة العامة، وهل يتعين على النيابة العامة إدراج تعويض المجني عليه ضمن مقترح التسوية الجزائية بحيث يلتزم الجاني بعد ذلك بالوفاء به. وهل يجب على القاضي الذي تُعرض عليه التسوية الجزائية أن يحكم بالتعويض؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نشير إلى أن المشرع قد نص في المادة (1/380 أ.ج) على أنه «مع مراعاة أحكام البند (2) من المادة (24) من هذا القانون⁽¹⁰⁴⁾، يكون للمجني عليه أو المدعي بالحق المدني أن يطلب من النيابة العامة أن يؤدي المتهم له تعويضاً مؤقتاً عن الضرر الذي لحقه، وإثبات ذلك في محضر التسوية، وفي جميع الأحوال لا يحول تقديم الطلب من دون سير النيابة العامة في إجراءات التسوية الجزائية».

5 - الجرائم الصادر بها أمر جزائي.

6 - الجرائم المنتهية بالصلح الجزائي أو التصالح الجزائي».

(103) يكون وقف تنفيذ العقوبة لمدة (3) ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً. (المادة 85 من قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي).

(104) تنص المادة (2/24) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أنه «إذا كان المتهم الذي أقيمت عليه الدعوى المدنية غير أهل للتقاضي، ولم يكن له من يمثله قانوناً جاز للمحكمة أن تُعين له وكيلًا بناءً على طلب النيابة العامة».

غير أن المشرع قد نص في عَجْز المادة (380/1 أ.ج)، على أن دور المجني عليه يقتصر على المطالبة بالتعويض المؤقت أمام النيابة العامة، وأن عدم شمول المقترح بالتسوية الجزائية للتعويض ليس من شأنه أن يعيق السير فيها، ومن ناحية أخرى اعتبر الحكم بالتسوية الجزائية في الجنايات وصيروه نهائياً سنداً تنفيذياً، وبالتالي لا يجوز للنيابة العامة إعادة تحريك الدعوى الجزائية من جديد عن الموضوع ذاته.

وإلى ذلك نص المشرع في المادة (380/2) على أن «يُعد محضر التسوية الجزائية بعد التصديق عليه سنداً تنفيذياً، ولا أثر للتسوية على الحقوق المدنية للمجني عليه أو المضرور من الجريمة، أو حقه في اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض النهائي عن الضرر الذي لحق به».

ومؤدى ذلك أنه إذا لم يتقدم المجني عليه أو المضرور من الجريمة بطلب التعويض أمام النيابة العامة، أو أن النيابة تجاهلت أو أغفلت تقدير التعويض وتضمينه مقترحها بالتسوية، أو أن المحكمة لم تحكم فيه بالتبعية للدعوى الجزائية، فتطبق حينئذ القواعد العامة⁽¹⁰⁵⁾، وذلك باعتبار الحكم بالتسوية الجزائية له حجته أمام القضاء المدني، وللمجني عليه أن يلجأ إليه لطلب الحكم بالتعويض النهائي عن الضرر الذي لحقه.

وقد أسلفنا القول بأن التسوية الجزائية تقوم على فكرة اقتراح من النيابة العامة وموافقة المتهم عليها وتأييد القاضي لها، ومعنى ذلك أن أطرافها هم النيابة العامة والمتهم والقاضي، وليس للمجني عليه أو المضرور في الجريمة دورٌ في مناقشتها أو طلب تطبيقها وفقاً للمادة (380/3) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي التي نصت على ألا يُقبل من المجني عليه أو من المدعي بالحقوق المدنية طلب تطبيق التسوية الجزائية مع المتهم، ولا تُسمع منه أقوال في المناقشات المتعلقة بتطبيقها».

(105) تنص المادة (269) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أن «تكون للحكم الجزائي البات الصادر في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة حجية تلزم بها المحاكم المدنية في الدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها بحكم بات فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها...».

يتضح مما تقدّم أن المشرع لم يجعل من عدم إلزام المتهم بالوفاء بالتعويض أثرًا في التسوية الجزائية، بل أحال الأمر إلى القضاء المدني، إذ يستطيع القاضي التصديق على التسوية الجزائية ولو كان مقترح النيابة العامة لم يتضمن التزام المتهم بالتعويض، علاوةً على أنه لم يلزم القاضي بأن يقرر اعتبار التسوية الجزائية كأن لم تكن، إذا لم يوفّ المتهم بتعويض المجني عليه⁽¹⁰⁶⁾؛ بحيث يتوازى الحكم بالإدانة وتقرير العقوبة والتدابير مع الوفاء بالحق المدني، كما هو الشأن في تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية، ولذلك فإن التصديق على التسوية الجزائية من دون تضمينها للحقوق المدنية يُفقد المجني عليه خيار اللجوء إلى القضاء الجنائي لو كانت الدعوى تسير وفقاً للطرق العادية.

(106) أوجب المشرع الفرنسي في التسوية الجزائية على النيابة العامة أن تُضمّن مقترحها بالتسوية تعويض المجني عليه، ويتعين على الجاني أن يلتزم بالوفاء به خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر، فضلاً عن عدم تصديق المحكمة للتسوية الجزائية إذا لم يلتزم بالوفاء به. بل إنه جعل عدم الوفاء به مؤدياً إلى إلغاء التسوية الجزائية وإحالة الدعوى الجنائية إلى النيابة العامة لتحريك الدعوى الجزائية بالطرق العادية. المادة (2-41) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي. الرابط السابق.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع التسوية الجزائية في الجنايات في القانون الإماراتي، نود أن نشير إلى النتائج التي توصلنا إليها، والتوصيات التي نرى ضرورة الأخذ بها:

أولاً: النتائج

1 - كشفت الدراسة أن المشرع الإماراتي قنن التسوية الجزائية، ووسّع من نطاقها لتشمل - بالإضافة إلى الجرح - الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت، متجاوزاً الحدود المتعارف عليها في التشريع المقارن التي تحصر بدائل الدعوى الجزائية في الجرائم البسيطة، مستهدفاً اختصار الإجراءات والبعد عن الإغراق في الشكليات وتقريب العدالة بأيسر السبل توفيراً للوقت والجهد والنفقات. وأن التسوية الجزائية في الجنايات تُعد من أوجه العدالة الرضائية التي تركز على التوافق بين النيابة العامة والمتهم، والذي يحقق رضاً متبادلاً بينهما على المقترح الذي تضعه النيابة العامة، ويتضمن اعترافه بالجريمة التي توافرت فيها قرائن على ارتكابه لها، في مقابل أن تطلب من المحكمة الحكم عليه بعقوبة أخف من العقوبة الأصلية التي يقررها القانون للجريمة.

2 - تتميز إجراءات التسوية الجزائية في الجنايات بأن اللجوء إليها جوازي للنيابة العامة في نطاق سلطتها التقديرية، في الجرائم المتوسطة الخطورة، وهي المعاقب عليها بالسجن المؤقت، ولم يضع المشرع معياراً معيناً لتحديد جريمة السجن المؤقت التي يكون للنيابة العامة اختيارها من بين الجرائم العديدة الواردة في القانون، بل جعل تقدير هذه الجرائم لرئيس النيابة الذي تحدّد بقرار من النائب العام.

3 - تبين من الدراسة أن منح النيابة العامة سلطة اقتراح التسوية الجزائية في الجنايات، يُعد توسعاً في السلطات الممنوحة لها، ويعزز من دورها في تبسيط الإجراءات الجزائية، وتيسير الوصول إلى العدالة بأيسر السبل، إلى جانب خياراتها الأخرى المتعلقة بحفظ التحقيق، والإحالة إلى المحاكمة.

4 - اتضح أن التسوية الجزائية في الجنايات لها طبيعة خاصة تنفرد بها عن البدائل الأخرى للدعوى الجزائية؛ وأنها ذات طابع قضائي تُمهّد لإجراءاته النيابة العامة، ويُشرف عليها القضاء، إما بقبول مقترح التسوية إذا كان يستجيب للعدالة، ويتفق مع موجبات القانون، وإما بالرفض لمخالفته للقانون أو للخطأ في الإجراءات، والعودة إلى المحاكمة وفقاً للإجراءات العادية.

5 - أن المشرع وضع أمام النيابة العامة عديداً من العقوبات والتدابير التي تلجأ إليها في تضمين مقترحها للتسوية الجنائية، تتمثل في تخفيف السجن المؤقت، إلى الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا تقل عن ثلاثة أشهر، ولها أن تضيف بعض العقوبات أو التدابير المقررة للتسوية في الجرح، والتي تتناسب مع طبيعة الجريمة التي اقترفها المتهم، كما أن للمحكمة أن تؤيد مقترح النيابة في اختيار العقوبة التي كانت محلاً للتسوية التي وافق عليها المتهم، ولها أيضاً الحكم بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل عن العقوبة المقيدة للحرية (الحبس)، وأيضاً لها تطبيق وقف التنفيذ إذا كانت العقوبة المقترحة أو التي ستُطبقها المحكمة تدرج في نطاق العقوبة التي يتقرر فيها وقف التنفيذ، بحيث يتوازى السير في تبسيط الإجراءات واختصارها مع تفريد الجزاء الذي يتناسب مع جسامة الجريمة وظروف المتهم.

6 - أحاط المشرع إجراءات التسوية الجزائية في الجنايات بضمانات تكفل سيرها من دون انتقاص لحقوق المتهم، فأوجب أن يكون للمتهم محام في مرحلة الاقتراح بالتسوية، وفي عرض التسوية أمام المحكمة، وأتاح له استئناف القرار لخطأ في القانون أو بطلان في الإجراءات أو لخطأ في تقدير العقوبة؛ علاوة على أنه قرر اعتبار مقترح التسوية الجنائية كأن لم يكن إذا لم يوافق عليه المتهم، أو إذا عدل عن اعترافه بالجريمة، أو لرفض التصديق عليه من المحكمة.

7 - أجاز المشرع للمتهم وللنيابة العامة الطعن بالاستئناف في الحكم الذي تصدره المحكمة في التسوية الجزائية في الجنايات، ولكنه لم يحدد مدة للطعن بهذا الطريق، ولم ينص على اعتبار الحكم الصادر بالاستئناف نهائياً وغير قابل للطعن.

8 - تبين أن الأثر الذي رتبته المشرع الإماراتي على الدعوى الجزائية في التسوية الجزائية في الجنايات ليس انقضاء الدعوى الجزائية التي يزول فيها حق الدولة في العقاب كالصلح أو الوساطة الجنائية، وإنما تحضيرها لإدانة المتهم والحكم عليه بالعقوبة المخففة، وبالتالي يُعتبر الحكم الصادر فيها سابقةً جنائية تقتضي رد الاعتبار، ويكتسب حجية الأمر المقضي به وفقاً للقواعد العامة.

9 - استظهرت الدراسة أن المشرع في تنظيمه لإجراءات التسوية الجزائية في الجنايات اهتم باختصار إجراءات الدعوى الجزائية، وتغليب الحكم في الحق العام على الجانب المدني المتعلق بحق المضرور من الجريمة في الحصول على التعويض، إذ يستطيع القاضي التصديق على التسوية الجزائية ولو كان مقترح النيابة العامة لم يتضمن التزام المتهم بالتعويض؛ علاوةً على أنه لم يلزم القاضي بأن يقرر اعتبار التسوية الجزائية كأن لم تكن، إذا لم يوف المتهم بتعويض المجني عليه؛ بحيث يتوازى الحكم بالإدانة وتقرير العقوبة والتدابير مع الوفاء بالحق المدني.

10 - إن التسوية الجزائية في الجنايات تُعد نظاماً مستحدثاً للمحاكمة المؤجلة في جرائم متوسطة الخطورة تُشكل، إلى جانب أنظمة أخرى لبدائل الدعوى الجزائية، إدارة متميزة وحديثة للعدالة الجنائية، يمكن تأطيرها في نطاق نظرية عامة لتبسيط الإجراءات الجنائية وتيسيرها لخصوم الدُعيين الجزائية والمدنية، بحيث يستمر القضاء الجنائي في نظر الجرائم الجسيمة وفقاً للإجراءات العادية.

ثانياً: التوصيات

1 - تدعو الدراسة المشرع إلى أن ينص على معايير استرشادية لتقدير النيابة العامة في اللجوء إلى خيار التسوية الجزائية في الجنايات، ليس فحسب في نوع الجريمة وجسامتها، بل أيضاً في تقدير شخصية الجاني، كخطورته الإجرامية، ودوافعه، وسوابقه، وطريقة ارتكابه الجريمة.

2 - تدعو الدراسة المشرع إلى النص على اعتبار التسوية الجزائية في الجنايات

سابقة جنائية، تجعل الجاني عائدًا إذا ارتكب جريمة جديدة تستدعي حرمانه من تسوية جنائية أخرى في المستقبل.

3 - تدعو الدراسة المشرع إلى إلزام النيابة العامة تضمين مقترح التسوية في الجنايات تعويض المجني عليه عن الضرر الذي لحقه من الجريمة، بحيث لا يقتصر اقتراح التسوية الجزائية على الوفاء بحق الدولة في العقاب فحسب، بل تشمل أيضًا كفالة حق المجني عليه في التعويض العادل، وأن يتضمن حكم القاضي بالتسوية الجزائية أيضًا إلزام المتهم بالوفاء بتعويض المجني عليه عن الضرر الذي لحقه من الجريمة خلال مدة معينة.

4 - تدعو الدراسة المشرع إلى النص على تحديد مدة للطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بالتسوية الجزائية في الجنايات، وأن يكون أقل من المدة المقررة للطعن في الاستئناف في الأحوال العادية.

5 - توصي الدراسة المشرع بالإماراتي بالنص صراحةً على اعتبار القرار بالتسوية الجزائية في الجنايات من محكمة الاستئناف نهائيًا وغير قابل للطعن.

6 - توصي الدراسة المشرع بتصحيح الفقرة (3) من المادة (361) بحيث تكون «الجرائم التي يرتكبها الأحداث الجانحون والمعرضون للانحراف»، بدلًا من «الجرائم الواردة بقانون الأحداث الجانحين والمعرضين للانحراف».

7 - توصي الدراسة المشرع باستبعاد العفو عن العقوبة من الخيارات التي يجوز للمحكمة تطبيقها بدلًا من العقوبة المقيدة للحرية، والمنصوص عليها في المادة (370/3ب) من قانون الإجراءات الجزائية. وذلك لأن العفو عن العقوبة يصدر بمرسوم، وليس من ضمن الخيارات المتاحة للنيابة العامة، ويتقرر بعد صدور الحكم البات بالعقوبة، كما أن العفو القضائي محدد بجرائم الجرح البسيطة والتي حصرها المشرع في جرائم معينة.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- المراجع القانونية العامة

- أحمد عبداللطيف، جرائم الأموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- مأمون سلامة، قانون العقوبات: القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1982.
- محمد السعيد عبدالفتاح، شرح قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، دار الآفاق، الشارقة، 2024.
- محمد شلال العاني وعبدالإله محمد النوايسه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، دار الآفاق، الشارقة، 2022.
- محمود نجيب حسني:
 - شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
 - شرح قانون الإجراءات الجزائية، ج2، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- محمد أبو العلاء عقيدة، أصول علم العقاب، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، (48)، د.ت.
- نغم أحمد علي الشاوي، الفلسفة العامة الإجرائية في الدعوى الجزائية، دار السنهوري، بيروت، 2023.
- عبدالعزيز الحسن وأمين عبده محمد دهمش، شرح قانون الجرائم والعقوبات الاتحادي، ط1، دار النهضة العلمية، دبي، 2024.

- عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ط5، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.
- عبدالرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- علي محمود علي حمودة، قانون العقوبات: النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط1، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، 2008.
- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1989.
- خالد حامد مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2017.
- غنام محمد غنام، شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، مطبوعات جامعة الإمارات، 2003.
- غنام محمد غنام وفتيحة محمد قواري، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، الآفاق المشرقة ناشرون، 2010.
- ب- المراجع القانونية المتخصصة
- أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، الدار العلمية، عمان، 2017.
- إيمان مصطفى منصور مصطفى، الوساطة الجنائية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- أمين عبده محمد دهمش، تعدد الجرائم في القانون الوضعي المقارن بالفقه الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- أسامة حسنين عبيد:
- الصلح في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- التصالح في مواد الجنايات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

- حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997.
- لفته هامل العجيلي، حق السرعة في الإجراءات الجزائية، ط2، دار السنهوري، بيروت، 2019.
- مدحت عبدالحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- محمد أبو الوفاء، فعالية المحاكمة الجنائية وضمان رد المال المعتدى عليه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- محمد عيد الغريب، المركز القانوني للنيابة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001.
- منال عرفة، آليات تكريس العدالة التصالحية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2023، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر.
- علي طاهر علي شتا، الحماية الجنائية للمال العام، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019.
- رامي متولي القاضي، إطلالة على أنظمة التسوية في الدعوى الجنائية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- طه أحمد عبدالحليم، الصلح في الدعوى الجنائية، ط2، دار النهضة العربية القاهرة، 2009.
- غنام محمد غنام، مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة العامة في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

ج- الأبحاث العلمية

- آدم سميان العزيري ومنار جلال عبدالله، الجرائم المبكرة الإلتزام الماسة بأمن الدولة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ع13، ج 2، مارس 2020.

- العبد بن جبل، التفاوض على الاعتراف، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ع8، مارس 2018.
- عباسه نسمة وعثمانية كوسر، الاتجاهات الحديثة نحو إدارة العدالة الجنائية: التسوية الجنائية نموذجاً، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، السنة السادسة، ع2، سنة 2021.
- عبدالله أحجيله وإبراهيم عتوم، الجوانب القانونية للتصالح الجنائي في الجرائم الماسة بالمال العام في الشريعين الأردني والإماراتي، مجلة جامعة النجاح، مج32، ع3، سنة 2018م.
- رامي متولي القاضي، البدائل المستحدثة لمواجهة ببطء الإجراءات الجنائية، مجلة الباحث العربي، جامعة الدول العربية، مج3، ع1، 2022.
- رضا معيزة، المثل على أساس الإقرار بالجرم ضرورة ملحة للسياسة الجنائية الجزائرية، حوليات جامعة الجزائر، ع33، 2019.
- خالد محمد الحمادي، التسوية الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، فرع الخرطوم، مج19، ع5، فبراير 2024.
- د- المقالات والتقارير:
- أحمد الأميري، التسوية الجزائية... عدل ورحمة، مقال على صحيفة الاتحاد الإماراتية في 22 ديسمبر 2022؟
- قواعد الأمم المتحدة النموذجية للتدابير غير الاحتجازية: قواعد طوكيو، قرار الجمعية العامة رقم 45-10 لسنة 1990.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

- Aurore Bureau et, André Giudicelli (dir.): Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la cour d'appel de Poitiers, Décembre 2003. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/02-43-NS.pdf>

- Compositions Penales & Stages: Extrait Du Rapport D'activité Du Pôle Justice, 2017. <https://Aers-Asso.Fr/Wp-Content/Uploads/Sites/131/2019/01/Mesures-Alternatives-Aux-Poursuites-Et-Reponses-Penales-A-Visee-Pedagogique-Site-Internet.Pdf>
- Gaston Stefani et Bernard Bouloc, Procedure Pénale, 19 edition, Dalloz, Paris, 2004, No,111.
- Harold Mechiche, Focus sur la composition pénale, 1ere edition, 2 novembre 2023.
<https://www.village-justice.com/articles/focus-sur-composition-penale,47725.html>
https://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/Plaidoyer_pour_un_proces_penal_simplifie_les_nouvelles_figures_des_reponses_de_politique_criminelle.pdf
- Jean-Baptiste le Dall, Composition pénale: comment se défendre avec un avocat? Publié Le 22/05/2022, <https://www.ledall-avocat.fr/composition-penale-comment-se-defendre-avec-un-avocat/>
- Jean-Baptiste le Dall: Composition pénale : comment se défendre avec un avocat? Le 22/05/2022. <https://www.ledall-avocat.fr/composition-penale-comment-se-defendre-avec-un-avocat/>.
- Philip Milburn, Christian Mouhanna, Vanessa Perrocheau: Enjeux Et Usages De La Composition Pénale Controverses Et Compromis Dans La Mise En Place D'un Dispositif Penal Inedit. Cafi - Centre D'analyse, De Formation Et D'intervention, Recherche Subventionnee Par Le Gip « Mission De Recherche Droit Et Justice»,

<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/02-41-RF.pdf>.

- Rodolphe Houllé et Marianne Juillard, La composition pénale, une procédure qui demeure principalement réservée aux contentieux sans victim, Janvier 2020 Numéro Infostat Justice 174 Bulletin d'information statistique. https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-05/stat_Infostat_174.pdf
- Sadou Wane, Plaidoyer pour un procès pénal simplifié: les nouvelles figures des réponses de politique criminelle. Afrilex.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	405
المقدمة	407
المبحث الأول: مفهوم التسوية الجزائية في الجنايات ونطاقها	413
المطلب الأول: مفهوم التسوية الجزائية في الجنايات	413
المطلب الثاني: نطاق التسوية الجزائية في الجنايات	417
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات وتمييزها عن النظم الشبيهة بها	423
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتسوية الجزائية في الجنايات	423
الفرع الأول: مدى اعتبار التسوية الجزائية في الجنايات من صور التصالح بين النيابة العامة والمتهم	424
الفرع الثاني: مدى اعتبار التسوية الجزائية في الجنايات كأحد تطبيقات نظام التفاوض على الاعتراف	425
الفرع الثالث: مدى اعتبار نظام التسوية الجزائية في الجنايات كأحد تطبيقات المثل على أساس الاعتراف المُسبق بالجرم في القانون الفرنسي	427
المطلب الثاني: تمييز التسوية الجزائية في الجنايات عن بعض النظم الشبيهة بها	429

429	الفرع الأول: تمييز التسوية الجزائية في الجنايات عن الصلح الجزائي
431	الفرع الثاني: تمييز التسوية الجزائية عن الوساطة الجنائية
434	المبحث الثالث: إجراءات التسوية الجزائية في الجنايات
434	المطلب الأول: الجهة التي تتولى اقتراح التسوية في الجنايات
436	المطلب الثاني: المقابل في التسوية الجزائية في الجنايات
437	الفرع الأول: الاقتراح بتخفيف العقوبة المقررة على الجريمة
438	الفرع الثاني: الاقتراح بإضافة بعض العقوبات والتدابير
443	المطلب الثالث: عرض التسوية الجزائية على المتهم وتحديد موقفه منها
443	الفرع الأول: عرض التسوية الجزائية
445	الفرع الثاني: تحديد موقف المتهم من التسوية الجزائية
446	المطلب الرابع: سلطة القاضي في التسوية الجزائية في الجنايات
447	الفرع الأول: الإجراءات التي تبشرها المحكمة للفصل في التسوية الجزائية
450	الفرع الثاني: التقرير باعتبار التسوية الجزائية في الجنايات كأن لم تكن
452	الفرع الثالث: ضمانات المتهم في التسوية الجزائية في الجنايات

456	المبحث الرابع: آثار التسوية الجزائية في الجنايات
456	المطلب الأول: آثار التسوية الجزائية في الجنايات على الدعوى الجزائية
456	الفرع الأول: مدى اعتبار الحكم بالتسوية الجزائية مؤدياً إلى انقضاء الدعوى الجزائية
460	الفرع الثاني: آثار التسوية الجزائية في الجنايات على صحيفة الحالة الجنائية والعود إلى الجريمة
462	المطلب الثاني: آثار التسوية الجزائية في الجنايات على الدعوى المدنية
465	الخاتمة
467	قائمة المراجع

أزمة هوية قانون الوظيفة العامة

دراسة تأصيلية في ضوء الاجتهادين القضائي والفقهي(*)



أ. د. عبد الخالق علاوي

أستاذ القانون الإداري والدستوري

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي

جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب

الملخص

تتوخى هذه الدراسة بحث أزمة هوية قانون الوظيفة العامة، وذلك انطلاقاً من طرح إشكالية رئيسية، تتمثل في بحث مدى حقيقة أزمة هوية قانون الوظيفة العامة وتأثيرها على وجوده ومستقبله؟ وبغاية تفكيك عناصر هذه الإشكالية، تمت دراسة الأسس التي تقوم عليها هوية قانون الوظيفة العامة، ثم تحليل ومناقشة المظاهر الأساسية التي تتبدى من خلالها أزمة هوية هذا القانون.

لقد ترسخت أسس هوية قانون الوظيفة العامة، وفق التصور الفرنسي، خلال عقود من الزمن، في نطاق تشكل هوية القانون الإداري. وتجسدت هذه الهوية على المستوى الشكلي وعلى مستوى المضمون. ويمثل مفهوم المرفق العام أساس الهوية الشكلية لهذا القانون، بالإضافة إلى مفهوم النظام الأساسي، في حين تجسد خصوصية النظام القانوني للموظف هويته من حيث المضمون، وتنصرف إلى عنصرين: يتعلق الأول بخصوصية الوضعية القانونية للموظف، ويرتبط الثاني بخصوصية حقوقه وحرياته.

لقد تجسدت هوية قانون الوظيفة العامة في تفرد وتميزه عن القانون الخاص، وتحديدًا قانون العمل، غير أن هذه الهوية تعرضت لهزات شديدة بفعل مجموعة من التحولات جرت في فرنسا، بلد النشأة، على المستوى التشريعي، وكذا على

وتاريخ قبوله: 22 ديسمبر 2024

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 6 نوفمبر 2024

المستويين القضائي والفقهية أدت إلى زعزعة هذه الأسس؛ لذلك أضحي التساؤل مشروعاً، بل وملحاً، بشأن هوية هذا القانون، مع ما يترتب على ذلك من التساؤل عن مآله ومستقبله.

وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، يتمثل أهمها في كون قانون الوظيفة العامة يعرف بالفعل أزمة هوية، نشأت بسبب مجموعة من التحولات التشريعية والقضائية والفقهية في فرنسا، وأن هذه الأزمة التي تجلت موضوعياً في تراجع علاقة قانون الوظيفة العامة بالمرفق العام، وفي تأكل محتوى النظام القانوني لهذا القانون، تدل في العمق على طبيعة تحول العلاقة بين قانون الوظيفة العمومية وقانون العمل، والتي يبدو أنها تتجه إلى تعميم مبادئ وقواعد هذا الأخير لتسود عالم الوظيفة العامة.

وفي ظل كل ما سبق فإن التساؤل عن مستقبل قانون الوظيفة العامة يُطرح بقوة، بحيث قد نرى في العقود المقبلة قانوناً موحدًا وواسعاً للعمل، يطبق على الموظفين، وعلى أجراء القطاع الخاص على حد سواء، هو ما يسميه بعض الفقه بالقانون العام للعمل.

كلمات دالة: قانون الوظيفة العامة، والهوية، والخصوصية، والمرفق العام، والنظام الأساسي، وقانون العمل.

المقدمة

تَشكّل قانون الوظيفة العامة وفقاً للتصور الفرنسي، باعتباره جزءاً من القانون الإداري، بصفة تدريجية، منذ نهاية القرن التاسع عشر، واكتسب خصوصيته - بالتالي - من خصوصية القانون الإداري، وذلك بعد أن عرفت ولادة وتطور هذا الأخير صعوبات عديدة، حيث وصف بعض الفقه هذه الولادة بالمعجزة⁽¹⁾، وبناء على ذلك تشكلت هوية قانون الوظيفة العامة في نطاق تشكل هوية القانون الإداري ذاته، والذي يعتبر أصلاً قانوناً فرنسي النشأة والتطور.

وعلى غرار أهم المميزات التي طبعت القانون الإداري في نشأته وتطوره، ومنها طابعه القضائي؛ فقد تكونت أصول قانون الوظيفة العامة في البداية، من خلال الاجتهادات القضائية والفقهية، قبل أن يصدر أول قانون للوظيفة العامة في الأربعينيات من القرن العشرين، وتحديداً سنة 1946؛ حيث صدر النظام الأساسي العام للوظيفة العامة في شكل قانون، والذي شكّل أساس قانون الوظيفة العامة وفق التصور الفرنسي، وبناء على ذلك تشكلت هوية خاصة لهذا القانون، بفضل الاجتهادين القضائي والفقهيين.

وعلى الرغم من صعوبة تحديد مفهوم الهوية بشكل دقيق، فإنه يمكن القول بأنه يحيل في الأساس على معاني التميز والاختلاف؛ إذ إن هوية ظاهرة معيّنة هي ما يجعلها مختلفة عن غيرها، أي جملة الخصائص التي تميز الظاهرة المعنية وتجعلها منفردة بها.

وبناء على ذلك فإن مدلول هوية قانون الوظيفة العامة يعني العناصر الأساسية التي تجعله يتفرد ويتميز عن بقية فروع القانون الأخرى، سواء داخل القانون العام أو القانون الخاص، وقد تبلورت هذه العناصر وترسخت تدريجياً من الناحية التاريخية، لتشكل جزءاً لا يتجزأ من وجود هذا القانون ذاته، ويمكن تحديدها في جانبين أساسيين؛ يتعلق الأول بالأساس العضوي الذي يقوم عليه قانون الوظيفة العامة، وهو المرفق العام.

(1) Prosper Weil, Dominique Pouyaud, le droit administratif, que sais-je ? Paris, 2024, P.5.

فإذا كانت أسس استقلالية القانون الإداري - باعتباره القانون الأم - قد تنازعها معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام، فإن التوجه القضائي والفقهى العام يتشبث بمعيار المرفق العام، ويرتبط الجانب الثاني لهوية قانون الوظيفة العامة بمحتوى هذا القانون، أي بطبيعة الأسس والمرتكزات التي تشكل مضمونه القاعدي.

ولئن كانت أسس هوية قانون الوظيفة العامة قد نشأت وترسخت خلال عقود من الزمن، فإن مجموعة من التحولات جرت في بلد النشأة، أي فرنسا - سواء على المستوى التشريعي، أو على المستويين القضائي والفقهى - أدت إلى زعزعة هذه الأسس؛ لذلك أضحي التساؤل مشروعاً، بل وملحاً، عن هوية هذا القانون، مع ما يترتب على ذلك من التساؤل عن حاضره ومستقبله.

إن أهمية البحث في موضوع أزمة هوية قانون الوظيفة العامة تتمثل في كون الأمر يتعلق بالتساؤل عن مستقبل هذا القانون، وما إذا كان يمكن أن نتحدث عن استمرار وجوده خلال العقود المقبلة، إذ إن قوة التحولات التشريعية والقضائية والفقهية التي عرفها قانون الوظيفة العامة، لم تمس بعض جوانبه بالتغيير فقط، بل هزت أركانه ومقوماته، بمعنى أسس هويته، ومقابل ذلك، فإن الملاحظ أن الكتابات والبحوث التي تهتم بقانون الوظيفة العامة في بعض الدول العربية، التي تم الاطلاع عليها، سواء كانت في شكل كتب أو مقالات علمية، لا تنتبه لهذه التحولات، بل إن هذه الكتابات، وهذه هي المفارقة، تتناول بعض الموضوعات التقليدية من قانون الوظيفة العامة، مثل: تحديد المفاهيم الأساسية، كالموظف، وقانون الوظيفة العامة، والتوظيف عن طريق التعاقد، والعلاقة النظامية بين الموظف والإدارة، بالمضمون المعتاد نفسه الوارد في المؤلفات الكلاسيكية الصادرة منذ عقود من الزمن، وبنوع من السردية والاجترار، واتباع ما هو مألوف من دون البحث أو التدقيق، أو حتى التساؤل عن مدى صحة ودقة الأفكار التي تشكل محتوى هذه الموضوعات في الوقت الراهن، بعد أن طرأت العديد من التحولات ذات الصلة على المستويات التشريعية والقضائية والفقهية في فرنسا.

وعكس ذلك فإن الفقه الفرنسي ما فتئ - منذ عقدين من الزمن على الأقل - يناقش بمنهجية نقدية وبنفس تشكيكي بعض الموضوعات في قانون الوظيفة العامة التي كانت تعتبر، إلى عهد قريب بديهيات، بعضها يتصل بمدى وجود هذا القانون ذاته، بل لقد صدر للفقهاء جون ريفيرو Jean Rivero مقالاً علمياً لافتاً سنة 1947، أي سنة فقط بعد صدور أول نظام أساسي عام للوظيفة العامة سنة 1946، يحمل عنواناً مثيراً هو «نحو نهاية قانون الوظيفة العامة»⁽²⁾.

وفي ضوء ما سبق فإن مجال هذه الدراسة يتحدد في قانون الوظيفة العامة في فرنسا، وذلك لسبب بديهي يكمن في كون هذا القانون إنما نشأ وتطور وأصبح قانوناً مستقلاً، وقائم الذات بمفاهيمه وأسسهِ ونظرياته في فرنسا، وذلك في إطار القانون الأم، أي القانون الإداري الذي هو أصلاً قانون فرنسي النشأة والتطور، لذلك فمن البديهي، والمفيد كذلك، أن تتم محاولة رصد أسس هويته ومآله في بلد النشأة.

ومن الضروري منهجياً تحديد بعض المصطلحات الأساسية التي سيتم استعمالها في هذه الدراسة، وتتمثل في مصطلحات الموظف، والعون المتعاقد، والعون العمومي؛ فمفهوم الموظف في سياق هذه الدراسة، ووفق ما نصت عليه المدونة العامة للوظيفة العامة في فرنسا، هو ذلك الشخص الذي يُعيّن في وظيفة دائمة ويتم ترسيمه، أي تثبيته، في درجة من درجات التسلسل الوظيفي بإحدى الإدارات العامة التي تسري عليها أحكام المدونة، والتي تتمثل بشكل أساسي في إدارات الدولة والمؤسسات العامة الخاضعة لوصاية الدولة، وكذا الجماعات الترابية⁽³⁾.

أما العون المتعاقد (agent contractuel) فهو ذلك الشخص الذي يُعيّن بموجب عقد قانون عام في وظيفة معيّنة بإحدى الإدارات العامة⁽⁴⁾. وأهم ما يميز معنى الموظف عن معنى العون المتعاقد هو مسألة الترسيم، فالأول يتم ترسيمه في درجة معيّنة، أما الثاني فلا يتم ترسيمه.

(2) Jean Rivero, vers la fin du droit de la fonction publique? Dalloz, Paris, 1947, chronique 38.

(3) Article (L3) du code général de la fonction publique : www.legifrance.gouv.fr.

(4) Article (L7) (alinéa 3) du code général de la fonction publique : www.legifrance.gouv.fr

وبالنسبة إلى العون العمومي (agent public) فيقصد به ذلك الشخص الذي يُعيّن في وظيفة معيّنة بإدارة عامة، من دون أن يتم ترسيمه في درجة معيّنة، والمعنى المتداول للعون العمومي، فقهاً وقضاً، هو أنه أوسع من معنى الموظف، فهو يشمل معنى الموظف والعون المتعاقد معاً، وهو المعنى الذي تم تكريسه تشريعاً في المدونة العامة للوظيفة العامة⁽⁵⁾.

وتتمحور الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة حول أزمة هوية قانون الوظيفة العامة في علاقتها بانسجام وتماسك هذا القانون؛ حيث يطرح التساؤل المركزي التالي: ما مدى تأثير أزمة هوية قانون الوظيفة العامة على وجوده ومستقبله؟ ويمكن تفكيك عناصر الإشكالية المذكورة من خلال دراسة الأسس التي تقوم عليها هوية قانون الوظيفة العامة، ثم تحديد ومناقشة المظاهر الأساسية التي تتبدى من خلالها أزمة هوية هذا القانون.

وبغاية معالجة إشكالية البحث ستم الاستعانة بالمنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج الاستنباطي، فأما مبررات استعمال المنهج الوصفي والتحليلي فهي تكمن في تحديد ووصف وتحليل الأسس التي تشكل هوية قانون الوظيفة العامة. أما المنهج الاستنباطي فهو يتيح استنباط بعض الاستنتاجات الأساسية ذات الطبيعة العامة المتعلقة بوجود ومستقبل قانون الوظيفة العامة؛ انطلاقاً من تحليل أزمة هوية هذا القانون.

وانطلاقاً من كل ما سبق سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين؛ نتناول في المطلب الأول أسس هوية قانون الوظيفة العامة، وفي المطلب الثاني تجليات أزمة هوية قانون الوظيفة العامة.

(5) Article (L7) (alinéa 1) du code général de la fonction publique : www.legifrance.gouv.fr

المطلب الأول

أسس هوية قانون الوظيفة العامة

تجد هوية قانون الوظيفة العامة أساسها في المفهوم الفرنسي للقانون الإداري ذاته، فقد تواترت الأحكام القضائية المرجعية التي أسست لنشأة واستقلالية القانون الإداري، منذ الحكم الشهير لمحكمة التنازع في قضية «بلانكو» الصادر بتاريخ 8 فبراير 1873⁽⁶⁾ حيث تم اعتبار الإدارة مجموعة من المرافق العامة، ينبغي ألا تخضع - كمبدأ - للقانون المدني، بل ينبغي أن تخضع لقانون متميز وخاص بها هو القانون الإداري.

ومنذئذ ارتبط قانون الوظيفة العامة باعتباره القانون الذي يسري على موظفي المرافق العامة بهذا المفهوم الجديد الذي هو المرفق العام، بحيث أصبح أساساً لخصوصيته وهويته.

والحقيقة أن هذا الارتباط بين قانون الوظيفة العامة والمرفق العام هو الذي يفسر مختلف الأسس الأخرى لهوية قانون الوظيفة العامة، والتي يمكن التمييز فيها بين الهوية الشكلية، والهوية على مستوى المضمون، والتي تتجسد في خصوصية النظام القانوني للوظيفة العامة.

الفرع الأول

الهوية الشكلية لقانون الوظيفة العامة

يمثل المرفق العام المفهوم المحوري لقانون الوظيفة العامة، وهو يجسد أساس الهوية الشكلية لهذا القانون، وذلك بالإضافة إلى مفهوم النظام الأساسي.

أولاً: القيمة التفسيرية للمرفق العام في ارتباطه بقانون الوظيفة العامة في الفقه والاجتهاد القضائي

شكل تأسيس قانون الوظيفة العامة على المرفق العام، منذ مرحلة النشأة، موضوع

(6) TC, Arrêt Blanco du 8 février 1873, Marceau long, Prosper Weil, Guy braibant, pierre Délvolvé et Bruno Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19ème édition, Dalloz, Paris, 2013, p.1.

توافق فقهي وتواتر قضائي، وذلك ابتداء من السنوات الأولى من القرن العشرين، فقد وُلِدَ هذا القانون في سياق تشكل القانون الأم الذي هو القانون الإداري، علماً بأن أهم ما ميّز ولادة القانون الإداري هو أنه تكوّن في إطار الفصل والتمييز بينه وبين القانون الخاص؛ حيث نشأ وتطور القانون الإداري ليصبح قانوناً مستقلاً عن الشريعة العامة، وتم تأسيس هذه الاستقلالية في البداية على معيار السلطة العامة الذي لم يدم إلا فترة قليلة، قبل أن يظهر ويترسخ المرفق العام على المستويين الفقهي والقضائي، منذ بداية القرن العشرين كمعيار للقانون الإداري، وبالنتيجة كأساس لقانون الوظيفة العامة، وذلك بفضل الدور المهم الذي أدته مدرسة المرفق العام.

فعلى المستوى الفقهي لاحظ ليون دوغي Léon Duguit أن مفهوم الموظف يرتبط - بشكل وثيق - بمفهوم المرفق العام، باعتبار أن «الموظف هو عون يشارك بشكل دائم وعادي في تسيير مرفق عام»⁽⁷⁾.

واعتبر كاستون جيز Gaston jeze أن الأعوان العموميين يختصون بمهمة وحيدة، هي تسيير المرافق العامة⁽⁸⁾، وبالنسبة إلى موريس هوريو Maurice Hauriou فإن الوظيفة العامة ينبغي تصورها إما من زاوية المرفق العام، وإما من زاوية الموظف⁽⁹⁾.

هذه العلاقة الوثيقة بين الوظيفة العامة والمرفق العام، من منظور الفقه، وجدت صداها على المستوى الرسمي منذ عقد الثلاثينيات من القرن الماضي؛ حيث اعتبرت اللجنة التقنية لإصلاح الدولة في سنة 1936 أن موضوع الوظيفة العامة، وسبب وجودها، هما تدبير المرافق العامة⁽¹⁰⁾.

(7) Léon Duguit, traité de droit constitutionnel, tome 3, 2ème édition, librairie fontemoing, et Cie, 1921, pp.7-8.

(8) Gaston Jeze, les principes généraux du droit administratif, tome 3, 1926, réédition, Dalloz, Paris, 2011, p.1.

(9) Maurice Hauriou, la jurisprudence administrative de 1892 à 1929, note sous CE 6 aout 1898, tome 3, page 60, cité par Emmanuel Aubin, fonction publique et service public, in : le service public, thèmes et commentaires, AFDA, 2014, Dalloz, Paris, p.223.

(10) Camille Charlot, le droit privé du travail et le secteur public : un autre regard sur l'hybridation du droit privé et du droit public, thèse de doctorat en droit privé, université paris 1, panthéon Sorbonne, Paris, 2018, p.138.

وقد أسس الاجتهاد القضائي - بدوره - لهذه العلاقة الوثيقة بين الوظيفة العامة والمرفق العام، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 13 يناير 1922، بأن «الموظفين بقبولهم الوظيفة يخضعون للالتزامات تنبثق من ضرورات المرفق العام نفسه»⁽¹¹⁾.

وهذا الموقف القضائي تم تأكيده حديثاً من طرف مجلس الدولة الذي استخلص، في رأيه الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1993، وجود مبدأ دستوري بموجبه «لا يمكن تكوين هيئات موظفي الدولة، ولا الحفاظ عليها إلا من أجل القيام بمهام تنفيذ المرفق العام»⁽¹²⁾، وهذا المبدأ الدستوري يستند - وفق مجلس الدولة - إلى مختلف القوانين التي وضعت قواعد تتعلق بنظام الوظيفة العامة، وكذا الضمانات الأساسية للموظفين، والتي يتمثل هدفها الأساسي في ضمان حياد واستمرارية المرفق العام.

وبالتالي فإن المنطق الذي استند إليه مجلس الدولة هو التالي: «مادامت القوانين السابقة المرتبطة بنظام الوظيفة العمومية يتحدد هدفها الأساسي في ضمان استمرارية وحياد المرفق العام، فإن هيئة الموظفين لا يمكن أن تتكوّن إلا من أجل تنفيذ مهام المرفق العام».

وإذا كان بعض الفقه لم يتفق تماماً مع طريقة استنتاج هذا المبدأ الدستوري من طرف مجلس الدولة الفرنسي، فإنه لا يختلف مع المجلس في كون الوظيفة العامة قد أسست من أجل خدمة المرفق العام⁽¹³⁾.

وقد أعاد مجلس الدولة تأكيد المكانة التي يحتلها المرفق العام كأساس للوظيفة العامة في رأي آخر، هو الرأي الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1997⁽¹⁴⁾.

(11) CE 13 janvier 1922 boisson et syndicat national des agents des contributions indirectes, Lebon, 1936, page 37, cité par Camille Charlot, le droit privé du travail et le secteur public, p.138.

(12) Yves Gaudemet, Bernard Stirn, Thierry dal farra, Frédéric Rolin, les grands avis du conseil d'état, 3ème édition, Dalloz, Paris, 2008, p.275.

(13) Laurent Richer, commentaire sur l'avis du conseil d'état du 18 novembre 1993, les grands avis du conseil d'état, précité, p.284.

(14) CE, avis du 23 septembre 1997, n 360829.

وفضلاً على هذين الرأيين فإن الرجوع إلى مفهوم المرفق العام ظل حاضراً باستمرار في كثير من الاجتهادات القضائية التي تصدرت، سواء لتعريف الموظف أو العون العمومي، وهذا ما يظهر في أحكام أفورتيت وفينغتون *affortit et vingtain*، من خلال استنتاجات مفوض الحكومة شارديو *chardeau* الذي بعد أن ذكر بمختلف معايير تمييز العون العمومي، ركز على معيار المشاركة في تسيير المرفق العام، فقد اعتبر أنه «يخضع لقانون الوظيفة العامة كل الأعوان الذين يقومون بمهمة ضمان سير المرفق الإداري الذي ينتمون إليه، والذين يسهمون في تحقيق الهدف الذي يتوخاه»⁽¹⁵⁾.

وهذا الربط بين العون العمومي والمرفق العام ورد كذلك في حكم بركاني *Berkani* الصادر عن محكمة النزاع الفرنسية، بتاريخ 25 مارس 1996، الذي جاء فيه أن «الأشخاص غير النظاميين الذي يعملون لفائدة مرفق عام ذي طابع إداري هم أعوان عموميون للقانون العام، مهما كانت وظائفهم»⁽¹⁶⁾.

ثانياً: مفهوم النظام الأساسي كأساس شكلي لقانون الوظيفة العامة

يشكل النظام الأساسي عنصراً أساسياً للهوية الشكلية لقانون الوظيفة العامة بالمفهوم الفرنسي، فهو - من وجهة نظر بعض الفقه - بمنزلة تصرف انفرادي يمثل هذه الهوية⁽¹⁷⁾، ويجسد عملياً النظام القانوني الذي يخضع له الموظف، والذي تصدره السلطة المختصة بصفة انفرادية.

ومصطلح النظام الأساسي في الوظيفة العامة، بمعناه العام، يعني مجموع القواعد القانونية التي تطبق على النشاط المهني لأعوان الإدارة، بحيث إن هؤلاء يوجدون إزاء المشغل العمومي في وضعية قانونية ناتجة ليس عن عقد، بل عن قواعد

(15) Lebon p.342, conclusions Chardeau, RFDA, 2010, p.1181.

(16) Marceau long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Délvolvé et Bruno Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, p.239.

(17) Charles Fortier, l'identité du droit français de la fonction publique : le statut, spécificité irréductible du droit public du travail, in l'identité du droit public, Xavier bioy (dir), presses de l'université, Toulouse 1 capitole, LGDJ-lextenso, Paris, 2011, p.125.

عامة؛ فالنظام الأساسي هو وضعية قانونية تحمي الموظفين والأعوان العموميين، وهو يحيل على مجموعة من القواعد الدستورية والتشريعية والتنظيمية التي تضمن حماية مهنية واجتماعية لهؤلاء⁽¹⁸⁾.

وعلى سبيل التحديد فإن مصطلح النظام الأساسي للموظفين يفيد من جهة النظام الأساسي العام statut général، ومن جهة أخرى النظام الأساسي الخاص statut particulier؛ فالأول يعني النص التشريعي الذي يتضمن القواعد المطبقة على مجموع الموظفين، والثاني يقصد به مجموع القواعد القانونية المطبقة على مجموعة معينة من الموظفين، أي النص التشريعي أو التنظيمي الذي يهم هيئة أو فئة معينة من الموظفين.

وقد ارتبط مفهوم النظام الأساسي، شكلياً، بقانون الوظيفة العامة منذ نشأته في فرنسا، فهذا القانون يتمثل عملياً في نظام أساسي عام، وفي أنظمة أساسية خاصة بالموظفين، والنظام الأساسي العام كان يتجسد إلى حدود أول مارس 2022 في أربعة قوانين صدرت بين سنتي 1983 و1985، يشكل كل واحد منها جزءاً من أجزاء هذا النظام، وهي:

- الجزء الأول: ويتمثل في القانون رقم 634-83، الصادر بتاريخ 13 يوليو 1983، والمتعلق بحقوق والتزامات الموظفين.

- الجزء الثاني: هو القانون رقم 16-84، الصادر بتاريخ 11 يناير 1984، بشأن المقتضيات النظامية المتعلقة بموظفي الدولة.

- الجزء الثالث: هو القانون رقم 53-84، الصادر بتاريخ 26 يناير 1984، بشأن المقتضيات النظامية المتعلقة بالوظيفة العامة الترابية.

- الجزء الرابع: هو القانون رقم 33-86، الصادر بتاريخ 9 يناير 1986، بشأن المقتضيات النظامية المتعلقة بالوظيفة العامة الاستشفائية.

(18) Antony Taillefait, droit de la fonction publique: état, collectivités locales, hôpitaux, statuts autonomes, 8ème édition 2019, Dalloz, Paris, p.22.

وتم إدراج أحكام هذه القوانين وتجميعها في مدونة عامة للوظيفة العامة، بصدر الأمر رقم 1574-2021، بتاريخ 24 نوفمبر 2021، والذي دخل حيز التنفيذ في أول مارس 2022.

وفضلاً على وجود النظام الأساسي للموظفين، فإن هذا النظام يتميز بخصوصيته، وفكرة الخصوصية هنا إنما تُطرح في مقابل قانون العمل الذي يعتبر الشريعة العامة للعمال أو الأجراء؛ فالنظام الأساسي للموظفين يفلت من هذه الشريعة العامة، ويتسم بمبادئ وقواعد خاصة تميزه.

وترجع هذه الخصوصية في أساسها إلى خصوصية القانون الذي يحكم الإدارة بشكل عام في تنظيمها ونشاطها ووسائلها، فموظفو وأعوان الإدارة يمثلون وسائل بشرية للنشاط الإداري، وهم جزء لا يتجزأ من هذا النشاط، وباعتبار أن الإدارة يتعين أن تخضع لقانون خاص بها هو القانون الإداري، فإن وسائلها البشرية، أي الموظفين، يتعين أن يخضعوا لنظام قانوني خاص بهم، هو النظام الأساسي للموظفين.

إن خصوصية النظام الأساسي للموظفين تنطلق من كون الإدارة العامة والعلاقات التي تربطها بالموظفين والأعوان التابعين لها تختلف عن كل هيئة أو منظمة أخرى، لا سيما المقاولات؛ فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى ليست مثل المنظمات أو الهيئات الخاصة، وتحديداً فإن هذه الخصوصية ترتبط بمفاهيم المرفق العام والمصلحة العامة؛ لذلك فإن بعض الفقه يرى أن النظام الأساسي يوجد في صلب القانون المطبق على أعوان المرافق العامة، بل هو في قلب القانون العام برمته، فباعتباره عملاً انفرادياً يعد النظام الأساسي شكلاً للتعبير عن السلطة العامة التي لا تتفاوض بشأن المبادئ والشروط العامة لتدبير المرافق العامة، سواء كانت سيادية أم لا⁽¹⁹⁾.

إن النظام الأساسي للموظفين، مع تنظيمه للعلاقة المهنية بين المشغلين العموميين من جهة، سواء تمثلوا في الدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العامة، والموظفين من جهة أخرى، لا يجعل هذه العلاقة هي موضوعه الرئيسي،

(19) Charles Fortier, l'identité du droit français de la fonction publique: le statut, spécificité irréductible du droit public du travail, précité, p.108.

بل إن موضوعه الأول هو تحديد آليات أداء المرافق العامة، بمعنى تحديد الشروط التي ينبغي أن يتم في إطارها تحقيق المصلحة العامة وإشباع الحاجات العامة، والتي انطلاقاً منها، وبناء عليها، يتم استخلاص النتائج المرتبطة بالنظام القانوني المطبق على الموظفين.

الفرع الثاني

خصوصية النظام القانوني للوظيفة العامة

فضلاً على عناصر الهوية الشكلية لقانون الوظيفة العامة، يركز هذا القانون على خصوصية النظام القانوني للموظف، والذي يجسد هوية هذا القانون من حيث المضمون، ويمكن تفسير خصوصية النظام القانوني من خلال عنصرين، يتعلق الأول بخصوصية الوضعية القانونية للموظف، ويرتبط الثاني بخصوصية حقوقه وحرياته.

أولاً: خصوصية الوضعية القانونية للموظف

تؤسس الوضعية القانونية للموظف على مجموعة من المبادئ تعتبر في عمقها مرتكزات لقانون الوظيفة العامة من زاوية مضمونه، أي كنظام قانوني، وتتمثل في مبدئين أساسيين؛ يتحدد الأول في مبدأ الوضعية النظامية للموظف. ويتمثل الثاني في مبدأ الفصل بين الوظيفة والدرجة.

1- الوضعية النظامية للموظف:

تشكل الوضعية النظامية للموظف مبدأً جوهرياً من مبادئ قانون الوظيفة العامة، بل إنها تعد عنصراً محدداً لهوية هذا القانون، وتقوم الوضعية النظامية للموظف على كون العلاقة التي تجمع بينه وبين الإدارة تتميز بطابعها الانفرادي الذي يعبر عن سمو إرادة الإدارة باعتبارها الساهرة على المصلحة العامة. وهذه العلاقة تتجسد موضوعياً في وجود نظام أساسي للموظفين يتضمن قواعد تؤطر مختلف مراحل مسارهم المهني، مع مراعاة خصوصية هذا النظام، باعتباره يشكل نظاماً قانونياً قائم الذات، ومستقلاً في علاقته تجاه القانون الخاص، لا سيما قانون العمل.

لقد تشكلت الوضعية النظامية للموظف انطلاقاً من أسس واعتبارات هي التي تؤسس وتفسر في الوقت نفسه العلاقة النظامية بين الموظف والإدارة، من حيث نشأتها وتطورها، فالوضعية النظامية للموظف، كأى ظاهرة قانونية، لم تكن لتنشأ لولا وجود عوامل محددة، أغلبها ذات طبيعة تاريخية بأبعاد سياسية وأيديولوجية ميزت نشأة قانون الوظيفة العمومية بشكل خاص والقانون الإداري بشكل عام. وانضاف إلى الجانب التاريخي في تبلور هذه الوضعية، عمل فقهي وقضائي وجّه مسار تطور العلاقة القانونية بين الموظف والإدارة؛ لتصبح علاقة نظامية وتنظيمية، والتي تجسدت في نهاية المطاف في نصوص تشريعية شكلت أساساً قانونياً للوضعية النظامية للموظف⁽²⁰⁾.

ويتحدد جوهر الوضعية النظامية للموظف - من جهة - في انفراد الإدارة بتحديد العلاقة القانونية مع الموظف، ومن جهة أخرى في ترتيب نتائج محددة تعطيها أبعاداً عملية من جهة أخرى.

أ - انفراد الإدارة بتحديد العلاقة القانونية مع الموظف:

تنفرد الإدارة، في إطار الرابطة النظامية، بتحديد العلاقة القانونية مع الموظفين؛ إذ إن شروط تشغيلهم تحدد - بصفة انفرادية - من طرف السلطة المختصة، أي ليس بصفة تعاقدية مع الموظفين أو من يمثلهم؛ فالقواعد المحددة لشروط عمل الموظفين ومساوهم المهني تطبق بشكل آلي كنتيجة مباشرة لقرارات إدارية، وفي مقدمتها قرار التوظيف وقرار الترسيم (التثبيت).

إن الوضعية القانونية للموظف - إذن - محددة بشكل عام وموضوعي من طرف السلطة المختصة، وبصفة مسبقة وانفرادية، غير أن الطابع الانفرادي للعلاقة النظامية يشمل - كذلك - تغيير النظام القانوني الذي يؤطر وضعية الموظف، فالإدارة لها أن تعدل القواعد المنظمة لهذه الوضعية من أجل المصلحة العامة، من دون أن يكون هنالك حق للموظفين في الادعاء بوجود حقوق مكتسبة في الحفاظ على هذه القواعد.

(20) عبدخالق علاوي، هل مازالت علاقة الموظف بالإدارة علاقة نظامية وتنظيمية؟ المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع157، مارس - أبريل 2021، ص26.

ب - النتائج المترتبة على الوضعية النظامية للموظف:

تترتب على العلاقة النظامية بين الإدارة والموظف مجموعة من النتائج، هي في أغلبها مستمدة من الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، وتعطي لهذه العلاقة بعداً عملياً، ومن أهمها ما يلي:

- قابلية وضعية الموظف للتبديل والتغيير :

انطلاقاً من كون الوضعية القانونية للموظف هي نظامية وتنظيمية تُحدّد بشكل انفرادي، فإنها قابلة للتبديل والتغيير، سواء من طرف المشرع، أو من طرف السلطة الإدارية المختصة في حدود سلطتها التنظيمية واختصاصاتها. وبناء على ذلك فإن الموظفين لا يمكن لهم المطالبة، أو التمسك، بالمقتضيات التشريعية والتنظيمية الجارية عليهم في وقت معيّن؛ فامتيازات الوظيفة - مثلاً - لا تشكل حقاً مكتسبة، بل يمكن تغييرها بالنسبة إلى المستقبل بواسطة أحكام قانونية جديدة.

وقابلية وضعية الموظف للتبديل والتغيير، فضلاً على كونها نتيجة للعلاقة النظامية بينه وبين الإدارة، هي تطبيق لمبدأ عام هو قابلية النص التنظيمي للتغيير، وبمقتضاه ليس هناك أي حق في المطالبة بالحفاظ على نص تنظيمي، كما أن هذا المبدأ الأخير هو في نهاية المطاف تطبيق لمبدأ من مبادئ المرفق العام، هو مبدأ قابلية المرفق العام للتبديل والتغيير.

- منع كل تسوية أو اتفاق يمس الوضعية القانونية للموظف:

إن الطابع النظامي لعلاقة الموظف بالإدارة يقضي كل اتفاقات أو توافقات بشأن الوضعية القانونية للموظف؛ فالحقوق والالتزامات مُحدّدة بشكل حصري في النص القانوني الذي يلزم الطرفين معاً الإدارة والموظف، ووضعية هذا الأخير لا يمكن أن تشكل موضوع نقاش، سواء عند ولوج الوظيفة العامة أو بعدها.

- عدم اكتساب الوعود المُقدّمة للموظف أي قيمة قانونية:

يترتب على الوضعية النظامية للموظف نتيجة أخرى، تتمثل في كون الوعود التي يمكن أن تقدمها الإدارة للموظفين تفتقد القيمة القانونية، وبناء على ذلك لا يمكن

للموظف أن يستند إلى وعد الإدارة، في إطار تقديم طلب لمراجعة وضعيته⁽²¹⁾، كما أن الوعد المُقدّم لموظف بمنحه الاستفادة من تعويض من دون موجب قانوني لا يشكل قرارًا من شأنه إحداث حق لفائده⁽²²⁾.

- عدم إمكان تنازل الموظف عن أي عنصر من عناصر النظام الأساسي:

لا يمكن للموظف التنازل عن أي عنصر من عناصر النظام الأساسي الذي يخضع له؛ فاعتبارًا للطابع الموضوعي للمقتضيات النظامية، لا يمكن للموظف التنازل - مثلاً - عن الأحكام التي تنظم حماية قانونية مقررة لمصلحته، فهذا التنازل ليست له أي قيمة قانونية من وجهة نظر القاضي الإداري، هكذا - مثلاً - لا يمكن للموظف أن يتنازل عن أجره⁽²³⁾.

2 - مبدأ الفصل بين الوظيفة والدرجة:

يشكل الفصل بين الوظيفة والدرجة أحد المبادئ الأساسية التي بُني عليها قانون الوظيفة العامة وتطور بها، ويعني هذا المبدأ أن الدرجة الوظيفية التي يُعَيَّن فيها الموظف، سواء عند التوظيف أو خلال مساره المهني بمناسبة ترقيته، تعد ملكًا للموظف، فهو يحوزها ابتداءً من ترسيمه، أي تثبيته فيها، بعد قضاء فترة التمرين المقررة، وترتبط وضعيته النظامية والمالية بهذه الدرجة. أما الوظيفة التي تسند إلى الموظف فهي ملك للإدارة، فهذه الأخيرة هي التي تحدد الوظيفة المسندة للموظف، أي المهام التي يتعين أن يقوم بها.

إن مبدأ الفصل بين الوظيفة والدرجة ذو أصول قديمة؛ إذ إن فكرة تحويل الموظفين نظامًا قانونيًا خاصًا، هو نظام الوظيفة العامة، كانت موجودة عند نابليون

(21) CE 8 mars 1989, Mlle hausser n.814998 cité par Serge Salon -Charles Savignac -Suzanne Sprungard, code de la fonction publique, annoté et commenté, 19e édition, Dalloz, Paris, 2020, p.35.

(22) CE 23 mai 2001, Mme Cathala n 213617, cité par serge salon -Charles Savignac -Suzanne Sprungard, code de la fonction publique, annoté et commenté, 19e édition, Dalloz, Paris, 2020, p.35.

(23) CE 7 mai 1954 dame laraire, Lebon 289, cité par Antony Taillefait, droit de la fonction publique, précité, p.23.

الذي تحدث عن ضرورة إحداث هيئات ليست لها أي مصلحة إلا المصلحة العامة. واعتبر أن هذه الهيئات يجب تخويلها امتيازات، أي ضمانات. وقد تجسدت فكرة الضمانات النظامية بداية في قانون 19 مايو 1834 بشأن وضعية الضباط العسكريين، والذي أقر مبدأ الفصل بين الوظيفة والدرجة، بحيث وضع تمييزاً بين الدرجة التي يمتلكها الضابط والوظيفة التي ترجع للسلطة العامة⁽²⁴⁾، وبذلك يمكن القول إن أصل هذا المبدأ هو قانون الوظيفة العامة العسكرية، حيث استمد منه قانون الوظيفة العامة المدنية من هذا الأخير.

إن مبدأ الفصل بين الوظيفة والدرجة يرتبط ارتباطاً مباشراً بالوضعية النظامية للموظف، وفي هذا السياق، فإن اكتساب صفة موظف، يتجاوز الاستناد إلى العناصر الوظيفية المرتبطة بالتخصص وطبيعة الوظائف المراد مزاولتها إلى العناصر القانونية المتمثلة في قرارات التعيين والترسيم في الدرجة، وطبيعة القانون المطبق الذي هو مخالف لما هو معمول به في إطار قواعد قانون العمل، الأمر الذي يفسر الفصل بين الدرجة والوظيفة، والذي يعد أحد المبادئ الأساسية لقانون الوظيفة العامة.

وقد نصت المدونة العامة للوظيفة العامة في فرنسا على هذا المبدأ في إحدى المواد الأولى منها، والتي جاء فيها «يوجد الموظفون في وضعية نظامية وتنظيمية إزاء الإدارة»⁽²⁵⁾.

إن هذا المبدأ يسمح بضمان المرونة لقانون الوظيفة العامة، فهو يسمح بالتوفيق بين الثبات الذي يتجسد في الترسيم في الدرجة، والحركية التي يمثلها التعيين في الوظيفة⁽²⁶⁾؛ فالدرجة أو الرتبة تشكل مفهوماً محورياً في نظام الوظيفة العامة، على أساس أن تعريف الموظف نفسه يتحدد استناداً إلى الدرجة، باعتباره كل شخص يتم ترسيمه في إحدى درجات الإدارة، وهي وضعية نظامية ترتبط بالموظف، وتعبّر عن جانب الأمن الوظيفي الذي يتمتع به، حيث ترتبط بها حقوقه الأساسية والحماية

(24) Serge Salon -Charles Savignac -Suzanne Sprungard code de la fonction publique, précité, p.32.

(25) Article (L1) du code général de la fonction publique.

(26) Pierre Albertini, grade emploi fonction : séparation et correspondance, revue administrative, no.205, janvier-février 1982, p.144.

القانونية المخولة له، وهو يمثل - بناء على ذلك - ضماناً مهمة للموظف تمكنه من الاستمرار في الحياة الوظيفية، من خلال حفاظه على الدرجة.

أما الوظيفة فهي لا ترتبط بالموظف، بل تتعلق بتنظيم المصالح والاختصاصات داخل الإدارة، والتي هي قابلة بطبيعتها للتغيير والتبديل وفق حاجيات الإدارة، فهي اختصاصات ومهام يتعين إنجازها؛ لذلك فإن الوظيفة هي رهن إشارة الإدارة، والتي لها حرية واسعة في مجال تعيين الموظفين في الوظائف التي تناسب درجاتهم؛ فهي تقدر الوظيفة التي تعين فيها الموظف أخذاً بعين الاعتبار مؤهلاته وكذا حاجيات المرفق العام، كما لها الحق في تغيير الوظيفة، وإعادة التعيين في وظيفة أخرى، وليس للموظف الحق في الاحتفاظ بوظيفته، ولا في تغييرها، إلا بناء على موافقة الإدارة، كما أن تغيير الوظيفة ليس له آثار على الوضعية النظامية للموظف.

عموماً فإن مبدأ الفصل بين الدرجة والوظيفة يعتبر عامل مرونة أساسياً في قانون الوظيفة العامة؛ بحيث يسمح للإدارة بأن تنيط بالموظف المهام والاختصاصات الملائمة أكثر لمؤهلاته، وتبعاً لحاجياتها، من دون أن تتأثر وضعيته النظامية، وبذلك فإنه يتيح المجال لتحديد المهام، وبالتالي يمكن أن يشكل مدخلاً لاعتماد وتطوير مقاربة المهن أو الوظائف داخل الإدارة، كما أنه يشكل أداة للحركية تعتمد عليها الإدارة من أجل تلبية الحاجيات المتغيرة للمرفق العام، والاستجابة لأحد القوانين الكبرى للمرفق العام، وهو قابلية المرفق للتغيير والتبديل، والذي يعرف كذلك بمبدأ التكيف.

ثانياً: خصوصية وضعية الموظف من حيث حقوقه وواجباته

لا تقتصر خصوصية قانون الوظيفة العامة على ارتباطه بالمرفق العام، وعلى الوضعية القانونية للموظف، بل تمتد لتشمل كذلك حقوق وواجبات هذا الأخير.

1 - خصوصية الحقوق والحريات:

يتمتع الموظف بمجموعة من الحقوق والحريات، غير أنه يخضع - في ذلك - لقيود تتلاءم مع متطلبات الانتماء إلى هذا العالم الخاص الذي هو عالم الوظيفة العامة، وهي المتطلبات التي لا تفسر إلا بمنطق خدمة المرفق العام.

لقد اعتبر الفقه الكلاسيكي، منذ عقدي الثلاثينيات والأربعينيات من القرن الماضي، أي عند بداية تشكل أصول قانون الوظيفة العامة، أن الموظف هو مواطن خاص أو مواطن متميز⁽²⁷⁾، فهو يوجد في وضعية نظامية ويخضع لنظام أساسي، وكان يقصد بالنظام الأساسي في تصور هذا الفقه «مجموع القواعد التي تحدد حقوق وواجبات الموظف»⁽²⁸⁾، بمعنى أن الفقه كان يعتبر أن النظام الأساسي يتجسد أساساً، بل ويكاد ينحصر في الحقوق والواجبات، وهذه الوضعية يمكن أن تفسر فقهيًا حتى قبل عقدي الثلاثينيات والأربعينيات من القرن الماضي، بمجموعة من الآراء الفقهية السائدة، ومنها رأي مكسيم لوروي الذي سجل، منذ سنة 1907، أن الموظف هو «مواطن من الدرجة الثانية»⁽²⁹⁾.

وفي الاتجاه نفسه اعتبر الفقيه ليون دوكي أن الموظف يخضع لـ «نظام أساسي بمعنى سلبي»، أي «مجموعة من القيود الواردة على الوضعية العادية للمواطن»، وهذه القيود يتغير نطاقها وفق ما إذا كانت ترتبط بالحقوق المدنية أو السياسية، وعمومًا فإذا كان الموظف يتمتع بالحقوق المدنية والسياسية بشكل عام، فإنه من بين ما كان سائدًا - في نهاية القرن التاسع عشر - أن الموظفين، باعتبار أنهم تنازلوا عن حرياتهم مقابل تقاضي أجور مالية، ينبغي ألا يصوتوا، أي يجب أن يحرموا من حق الانتخاب⁽³⁰⁾.

ومن جانب ثان فإن بعض الحريات الفردية قد تكون موضع شك بالنسبة إلى الموظف؛ فلم يكن من النادر أن تمارس السلطة الرئاسية رقابة على بعض الاختيارات

(27) Maurice Hauriou, précis de droit administratif et de droit public, tome 2, 11ème édition, Sirey, Paris, 1927, p.597.

(28) Henry Berthelemy, traité élémentaire de droit administratif, 10ème édition, Rousseau, Paris, 1923, p.60. Léon Duguit, traité de droit constitutionnel, tome 3, librairie fontemoing, Paris, 1930, p.156

(29) Maxime Leroy, les transformations de la puissance publique, les syndicats de fonctionnaires, Giard et Brière, 1907, p.148, cité par Fabrice Melleray, droit de la fonction publique, deuxième édition, Economica, 2010, p.10.

(30) François Burdeau, l'histoire de l'administration française du 18e au 20 e siècle, 2e édition, Montchrestien, Paris, 1994, p.321, cité par Fabrice Melleray, droit de la fonction publique, précité, p.11.

ذات الطابع الشخصي المحض بالنسبة إلى الموظف المدني؛ ففي سنة 1880 وُجد قرارٌ لوزير التجارة ينص على أن بعض فئات من الموظفين بقطاع البريد والاتصالات، ينبغي أن يخبروا رؤساءهم التسلسليين عن زواجهم⁽³¹⁾، وكان يحق للإدارة حق تقدير مدى تناسب وملاءمة ذلك ومنح الموافقة.

إن الوضعية المتميزة للموظف تترجم بكونه يتمتع بحقوق ترد عليها قيود خاصة، بالمقارنة مع المواطن غير الموظف، والتي تنتج عن المصلحة العامة التي يُكلّف الموظف بضمانها، من خلال العمل بالمرفق العام، فهو لا يتمتع بحريات لا تتلاءم مع الواجبات المرتبطة بالوظيفة العامة، بل إن دوكي يعتبر أن الضمانات الممنوحة للموظفين ضد احتمالات التحكم تفسر وتبرر ليس بالمصلحة الشخصية للموظف، بل بمصلحة المرفق العام؛ لأن هذا الأخير يتم تدبيره بشكل جيد إذا أحس الموظف بأنه محمي ضد التحكم⁽³²⁾.

وانطلاقاً من ذلك فإن الموظف يتمتع باعتباره مواطناً بالضمانات المرتبطة بحرية التعبير، لكن هذه الحرية مؤطرة بشكل دقيق بمتطلبات مبدأ الحياد الذي يعتبر أحد قوانين المرفق العام، فضلاً على واجب الولاء تجاه الإدارة.

2 - خصوصية واجبات الموظف:

لا تشكل الواجبات مجرد قائمة التزامات قانونية تُفرض على الموظف، ويتعين على الإدارة ضمان احترامها، بقدر ما تشكل مدونة أخلاقية حقيقية تؤسّس على مجموعة من القيم تؤدي دور الموجه لسلوك وعمل الموظف، بصرف النظر عن درجته ومسؤولياته، وهذه القيم هي قيم المرفق العام.

سواء في مضمونها، أو في نطاقها، فإن التزامات الموظف تحددها قيم ومبادئ المرفق العام، ولعل هذا ما جاء في مذكرة عرض أسباب مشروع القانون المتعلق بالنظام الأساسي للموظفين الذي تم إعداده بتاريخ 1 يونيو 1920: «إن المرفق العام

(31) François Burdeau, l'histoire de l'administration française du 18e au 20 e siècle, précité, p.323, cité par Fabrice Melleray, droit de la fonction publique, précité, p.11.

(32) Léon Duguit, traité de droit constitutionnel, op.cit., p.7.

هو الذي يعطي للوظيفة العامة سبب وجودها، إن المصلحة العامة للمرفق العام هي التي تحدد نطاق الواجبات التي يتعين على الموظف الالتزام بها»⁽³³⁾.

والواجبات هي بمنزلة قواعد تتعين مراعاتها، في كل الأحوال، في أثناء ممارسة الموظف مهامه، بل كذلك وغالبًا خارج الخدمة، بل إن قانون الوظيفة العامة وفق تعبير بعض الفقه هو قبل كل شيء «قانون الواجبات»⁽³⁴⁾، وهو ما يفيد بأهمية ومركزية الواجبات في الوظيفة العامة، هذه الأهمية التي يمكن الوقوف عندها من حيث تأطيرها القانوني من جهة، ومضمونها من جهة أخرى.

أ - التأطير القانوني لواجبات الموظف:

تتعدد المرجعيات القانونية التي تؤطر واجبات الموظفين، وتتمثل أحياناً في الدستور، وبشكل عام واعتيادي في القانون الذي ينظم الوظيفة العامة، غير أنه قد يتم إدراج هذه الواجبات في نصوص ليست لها حمولة قانونية كالمواثيق والدلائل (جمع دليل).

وتظل القوانين المنظمة للوظيفة العامة هي التي تحدد أغلبية واجبات الموظف، والتي تعتبر الأساس المشترك لهذه الواجبات بالنسبة إلى مختلف فئات الموظفين، من دون أن يمنع ذلك من تحديد بعض الأنظمة الأساسية لبعض الواجبات الخاصة بفئات معينة من الموظفين تراعي خصوصية وظائفها.

ب - مضمون واجبات الموظف:

لا يتعلق الأمر هنا بتحديد مختلف الواجبات ومضمونها، بقدر ما يتعلق بالمتطلبات المشتركة لها، والتي ترتبط أشد الارتباط بالمرفق العام؛ فعلى الرغم من اختلاف فئات الموظفين ومهامهم، يظل الموضوع المشترك الذي يشكل أساس واجبات الموظفين هو خدمة المرفق العام.

ولعل أساس واجبات الموظف يكمن في الكرامة؛ لذلك نجد مدونة الوظيفة

(33) Fabrice Melleray, droit de la fonction publique, précité, p.339.

(34) Charles Fortier, droit de la fonction publique, 1ère édition, Dalloz, Paris, 2020, p.160.

العامة في فرنسا تنص في أول مادة من مواد الباب المتعلق بالتزامات وأخلاقيات الموظفين على أن «الموظف يمارس وظائفه بكرامة...»، ومفهوم الكرامة - من وجهة نظر بعض الفقه - لا يشكل طريقة للتعامل بل هو «حالة»؛ فالكرامة هي حالة تعبر في الوقت نفسه عن احترام الذات، واعتبار الوظيفة وتقديرها، كما تقتضي احترام الآخر.

وبالنظر إلى عدم وضوح مضمون الكرامة بشكل كافٍ، فإنه يمكن النظر إلى هذا الواجب على أنه مصدر الواجبات، أو هو نقطة التقاء أغلب واجبات الموظف، ومنها النزاهة والولاء، وهذا ما يتضح من خلال أغلب الأحكام القضائية ذات الصلة بواجبات الموظف، والتي تتضمن عبارة الإخلال بالكرامة أو الشرف⁽³⁵⁾.

إن وظيفة الكرامة هنا هي تخطي الحدود بين الحياة المهنية والحياة الشخصية، والحرص على مراعاة كرامة الوظيفة حتى في نطاق الحياة المهنية.

وانطلاقاً من كون الموظفين يسعون إلى تحقيق المصلحة العامة التي تشكل بدورها أساس المرفق العام فإنهم يلتزمون في أداء مهامهم بمبادئ وقيم المرفق العام؛ لذلك نجد أن المبادئ العامة للمرفق العام، والتي يطلق عليها بعض الفقه قوانين المرفق العام، تلتقي بشكل مباشر مع واجبات الموظف، كما هي الحال بالنسبة إلى مبدأي المساواة والحياد اللذين يشكلان في الوقت ذاته واجبين من واجبات الموظف.

(35) Charles Fortier, droit de la fonction publique, précité, p.166.

المطلب الثاني

تجليات أزمة هوية قانون الوظيفة العامة

تعرّض قانون الوظيفة العامة لسلسلة من الضربات مست بأأسسه ومرتكزاته بشكل مباشر، وذلك بفعل جملة من التطورات الحاصلة على المستويات التشريعية والقضائية والفقهية، نتج عنها المساس بهوية هذا القانون، سواء على مستوى الهوية الشكلية، أو على مستوى المضمون.

الضلع الأول

أزمة الهوية الشكلية لقانون الوظيفة العامة

اتخذت أزمة الهوية الشكلية لقانون الوظيفة العامة مظهرين أساسيين؛ يتعلق الأول بتراجع علاقة القانون المذكور بالمرفق العام. ويرتبط الثاني بتحول الأساس الشكلي لقانون الوظيفة العامة، من النظام الأساسي إلى العقد.

أولاً: تراجع علاقة الوظيفة العامة بالمرفق العام

شكّل المرفق العام المفهوم النظري الأساسي لتفسير وتبرير هوية قانون الوظيفة العامة، غير أن العلاقة بين المرفق العام وقانون الوظيفة العامة أضحت تثير كثيراً من الشكوك، ولعل جوهر المسألة يتعلق بالتساؤل عما إذا كانت ممارسة مهام المرفق العام تقتضي - من حيث المبدأ - الاستعانة الدائمة والضرورية بالموظفين، والجواب عن هذا التساؤل ليس واضحاً، ولا محدداً، وهناك مجموعة من الاعتبارات والعوامل التي أدت دوراً في ذلك، يمكن تحديدها في اعتبارات قضائية وفقهية من جهة، واعتبارات تشريعية من جهة أخرى.

1- الاعتبارات القضائية والفقهية

من المعروف أن نظرية المرفق العام، وعلى غرار أغلب نظريات القانون الإداري، هي نظريات قضائية وفقهية في الأصل، تشكلت بفضل الاجتهادات القضائية والفقهية، لا سيما من خلال مدرسة المرفق العام، غير أن هذه النظرية تعرّضت في

تطورها لمجموعة من الاهتزازات أثرت على انسجامها، بل أدت إلى ما عرف عند بعض الفقهاء بتراجع المرفق العام⁽³⁶⁾، وكان من البديهي أن يؤثر هذا التراجع على علاقة المرفق العام بالوظيفة العامة.

وكان أول وأهم مظهر من مظاهر تراجع معيار المرفق العام هو ظهور مرافق عامة صناعية وتجارية، والذي شكل حكم محكمة النزاع بشأن الشركة العقارية للغرب الأفريقي⁽³⁷⁾ الأساس القضائي له؛ فقد شكل هذا الاجتهاد القضائي عاملاً حاسماً في التمهيد للتآكل التدريجي للعلاقة بين المرفق العام من جهة، وقانون الوظيفة العامة من جهة أخرى؛ إذ إن التدخل الاقتصادي الواسع للدولة أدى بمحكمة النزاع إلى السماح، منذ سنة 1921، بتطبيق واسع للقانون الخاص على المرافق العامة الصناعية والتجارية.

وبناء على ذلك أصبحت علاقات العمل بين المرفق العام الصناعي والتجاري والعاملين لديه تخضع لقانون العمل، وليس لقانون الوظيفة العامة، باستثناء مدير المؤسسة والمحاسب اللذين لهما صفة عون عمومي. وهذا الموقف تواتر عليه الاجتهاد القضائي، من خلال أحكام مختلفة؛ حيث إن العاملين بالمرافق العامة الصناعية والتجارية هم أجراء للقانون الخاص، باستثناء المدير والمحاسب⁽³⁸⁾.

غير أن، وعلى الرغم من هذه الاجتهادات القضائية المرتبطة بوضعية العاملين بالمرافق العامة الصناعية والتجارية، فإن بعض الفقه يرى أن وضعية العاملين بهذه المرافق لا تقوِّض - بشكل كبير - القيمة التفسيرية للمرفق العام كأساس نظري لوجود قانون الوظيفة، وذلك لمجموعة من الأسباب وفق هذا الفقه، يتعلق أهمها بكون تأطير العلاقة الفردية للعمل بالمرفق العام يمكن أن تكون كسلم متدرج يبدأ من وضعية تهيمن فيها قواعد مستمدة من القانون الخاص، إلى جانب القواعد المستمدة

(36) Yves Gaudemet, traité de droit administratif, tome 1, 16 ème édition, LGDJ-DELTA, Paris, 2001, p.38.

(37) Tribunal des conflits 22 janvier 1921, société commerciale de l'ouest africain (bac d'eloka), Rec. 91, Marceau long, Prosper Weil, Guy Braibant, pierre délvolvé et Bruno Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, ouvrage précité, p.223.

(38) Marceau long, Prosper Weil, Guy Braibant, pierre Délvolvé et Bruno Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, précité, p.235.

من متطلبات المشاركة في مهمة المرفق العام، إلى وضعية أعلى تطبق فيها قواعد تخالف كلياً قانون العمل، وهي قواعد قانون الوظيفة العامة.

ويتمثل السبب الثاني في أنه لا يمكن أن يعطى المحتوى التفسيري نفسه للمرفق العام، مع اختلاف نشاطه، أي وجود نشاط إداري أو صناعي وتجاري وفق طبيعة المرفق العام؛ فمن الطبيعي أن نشاطاً تجارياً يتم تدبيره بشكل أيسر وأفضل بقواعد القانون الخاص⁽³⁹⁾.

يبدو أن هذا الرأي يسعى إلى الدفاع عن المرفق العام كأساس لقانون الوظيفة العامة، فهو يعتبر أن المرفق العام - برغم الشرح الذي أحدثه ظهور المرافق العامة الصناعية والتجارية في علاقته بالوظيفة العامة - لا يزال يشكل أساساً لهذه الأخيرة.

غير أن ذلك لا يمنع من القول إن العلاقة بين المرفق العام والوظيفة العامة اهتزت بالفعل، ولعل ما يدعم ذلك أن بعض الفقه يتساءل عن مدى استمرار وجود هذه العلاقة، وطرح هذا التساؤل يحمل في ثناياه تشكيكاً واضحاً في كنه هذه العلاقة، فقد تساءل الأستاذ سيبوت Supiot عما إذا كانت فكرة المصلحة العامة التي يؤسس عليها المرفق العام ينبغي أن ترهن الوضعية القانونية للعاملين بالمرفق العام، وأن تعد عاملاً حاسماً في تحديد هذه الوضعية⁽⁴⁰⁾، بمعنى آخر هل توجد خصوصية للعمل في المرفق العام؟

لقد كان الجواب عن مثل هذه الأسئلة بالإيجاب من طرف كثير من الفقهاء، لا سيما الذين ينتمون إلى مدرسة المرفق العام؛ بحيث أصبح النظام الأساسي للموظف جزءاً من المرفق العام، ويشكل إحدى وسائل تنفيذ مهام المرفق العام، وغدا النظام الأساسي وتنفيذ مهام المرفق العام مرتبطان كل منهما بالآخر⁽⁴¹⁾.

(39) Emmanuelle Marc et Yves Struillou, droit du travail et droit de la fonction publique: des influences réciproques à l'émergence d'un «droit de l'activité professionnelle», revue française de droit administratif n 6, novembre-décembre 2010, p.1182.

(40) Alain Supiot, «introduction» in servir l'intérêt général, sous-direction: J.L.Bodiguel, Ch.Garbar, A, Supiot, PUF, Paris, 2000, p.13.

(41) Camille Charlot, le droit privé du travail et le secteur public, précité, p.134.

غير أن هذه الفكرة تعرضت للنقد من طرف بعض الفقه الذي اعتبر أنه لا يتعين الخلط بين نشاط الشخص العام ونشاط الموظفين والأعوان العاملين لديه؛ فنشاط الشخص العام لا يوجد إلا باعتباره يتوخى تحقيق المصلحة العامة، ويتعلق الأمر هنا بشرط شرعيته بل بشرط وجوده، باعتباره امتداداً للدولة، غير أن هذه الخصوصية لا ينبغي الحكم على أساسها على الوضعية الفردية للموظفين في إطار وظائفهم؛ فهؤلاء لهم مصالح خاصة والتي لا تغطي بالضرورة المصلحة العامة، أي مصلحة المشغل، ومن جانب آخر، وحتى في حال افتراض أن كل موظف يتبنى ويستشعر حجم وأهمية المصلحة العامة التي يسهم في أدائها، فلا يمكن أن يتصور مهمته إلا عبر تصوره أو مفهومه الخاص لما يجب أن يكون عليه المرفق العام⁽⁴²⁾.

2 - الاعتبارات التشريعية

بالإضافة إلى الاعتبارات القضائية والفقهية التي أسهمت في تآكل العلاقة بين المرفق العام وقانون الوظيفة العامة، أدت الاعتبارات التشريعية دوراً مهماً في هذا الاتجاه.

وعلى الرغم من كون فرنسا تعد مهذاً لمختلف نظريات القانون الإداري، بما فيها نظرية المرفق العام، وأن قانون الوظيفة العامة نشأ وتطور في هذا البلد في ارتباط وثيق بنظرية المرفق العام؛ فإن المشرع الفرنسي ابتعد - في أحيان ليست بالقليلة - عن المبدأ الذي يقضي بالارتباط المباشر بين المرفق العام وتشغيل موظفين أو أعوان عموميين، بل إن عدة مرافق عامة مسيرة في شكل مؤسسات عامة تم تحويلها إلى شركات تجارية واحتفظت مع ذلك بموظفين.

ولعل المثال المشهور هو شركة اتصالات فرنسا France Télécom التي مرت بمراحل مختلفة قبل تحولها إلى شركة، وقد نتجت عن هذا التطور في الطبيعة القانونية للشركة آثار قانونية كبيرة على مضمون العلاقة الوظيفية بين المرفق العام وقانون الوظيفة العامة، غير أن هذه الآثار لم تكن فقط بفعل التشريع، بل بفعل الاجتهادات القضائية كذلك لمجلس الدولة والمجلس الدستوري التي دعمتها وبررتها.

(42) Camille Charlot, le droit privé du travail et le secteur public, précité, p.135.

تمثلت أول مرحلة في قانون 2 يوليو 1990⁽⁴³⁾ الذي أحدث وحدة قانونية متميزة عن الدولة في شكل شخص معنوي عام سُميت المستغل العمومي l'exploiteur public France Télécom، وقد احتفظ العاملون بهذه الوحدة بصفة موظفين وفقاً للمادة (29) من القانون المشار إليه، حيث خضعوا لأنظمة أساسية تطبيقاً لقانون 13 يوليو 1983 المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين، وقانون 11 يناير 1984 المتعلق بالوظيفة العمومية للدولة.

وعلى الرغم من كون الفقه يجمع على أن الطبيعة القانونية لهذه الوحدة تتمثل في كونها مؤسسة عامة ذات طبيعة صناعية وتجارية⁽⁴⁴⁾، فإن العاملين بها اعتُبروا موظفين.

وهكذا، وبموجب تدخل تشريعي صريح تمت مخالفة الاجتهادات القضائية والفقهية المستقرة، والتي تقضي بكون العاملين بالمرافق الصناعية والتجارية هم أجراء للقانون الخاص باستثناء المدير والمحاسب العام، اللذين يعتبران عونين عموميين.

وتمثلت المرحلة الثانية في صدور قانون 26 يوليو 1996⁽⁴⁵⁾ الذي حوّل المستغل العمومي إلى مقالة وطنية تخضع - من حيث المبدأ - لقانون الشركات المجهولة الاسم، وعلى الرغم من خضوع العاملين بالمقابلة لسلطة رئيسها، فقد احتفظ لهم المشرع بصفة موظفين، غير أنه تم منع توظيف الموظفين ابتداء من 31 ديسمبر 2002. وهكذا، ولمدة انتقالية ليست بالقصيرة مارس الموظفون والأجراء وظائفهم جنباً إلى جنب ضمن المقابلة نفسها⁽⁴⁶⁾.

(43) Loi n 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

(44) Laurent Richer, commentaire sur l'avis du conseil d'état du 18 novembre 1993, précité, p.278.

(45) Loi n 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France télécom, journal officiel du 27 juillet 1996 p.11398.

(46) Stéphane Buffa, la vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel, annuaire juridique-fonction publique, 2013, p.5.

وعلى الرغم من كون المقابلة الوطنية مملوكة بشكل أساسي للدولة، وأن رئيسها الذي يخضع له الموظفون يُعيّن بمرسوم، وأن العلاقة الوظيفية بين المقابلة والمرفق العام كانت مازالت قائمة في هذه المرحلة، فإنه بصرف النظر عن هذه الاعتبارات، يتعلق الأمر في نهاية المطاف بالتحول من مؤسسة عامة ذات طبيعة صناعية وتجارية إلى شركة عامة؛ حيث تمت خصخصة نظامها القانوني جزئياً، وعلى الرغم من ذلك تم الاحتفاظ بصفة موظفين للعاملين بها، وهذا ما يشكل تكريساً واضحاً للشرح بين المرفق العام والوظيفة العامة، لا سيما من المنظور العضوي.

وتجسدت المرحلة الثالثة في قانون 31 ديسمبر 2003 الذي حوّل المقابلة الوطنية (اتصالات فرنسا France Télécom) إلى مقابلة، وتمت إضافتها إلى اللائحة المرفقة بقانون 19 يوليو 1993 المتعلق بالخصوصية، غير أن الخصوصية توقفت عندما تعلق الأمر بالعاملين بالمقابلة الذين كانت لهم صفة موظفين؛ حيث تم الاحتفاظ لهم بهذه الصفة، من دون ضمان خضوعهم، أو تبعيتهم، لسلطة عامة، ولا تعيينهم في مرفق عام، وبذلك يكون هذا القانون قد قطع العلاقات العضوية والوظيفية معاً بين المرفق العام والوظيفة العامة.

وعلى الرغم من هذه المقتضيات التي تبدو غريبة فإن قانون 31 ديسمبر 2003 لم يخضع للرقابة الدستورية، وقد سمح نظام الرقابة الدستورية ذات الأولوية (QPC)⁽⁴⁷⁾ للمجلس الدستوري بأن يتدارك الموقف، وهكذا أحال مجلس الدولة على المجلس الدستوري مسألة دستورية مواد القانون المذكور والمتعلقة بالاحتفاظ بالموظفين في شركة مجهولة الاسم لا تمتلك الدولة أغلبية رأسمالها⁽⁴⁸⁾، وقد كان السؤال الأساسي المطروح على المجلس الدستوري هو مدى تطابق تعيين الموظفين في مهام لا تشكل مرفقاً عاماً، مع المبدأ الدستوري الذي بموجبه لا يمكن تكوين أو الاحتفاظ بهيئة موظفي الدولة إلا بغاية المساهمة في تنفيذ مهام المرفق العام. وبصيغة أخرى هل الاحتفاظ بالموظفين في بيئة عمل ينظمها القانون الخاص مقبول دستورياً؟

(47) يسمح هذا النظام بإخضاع القوانين - بعد إصدارها - للرقابة الدستورية، وذلك وفق إجراءات معينة.
(48) Stéphane Buffa, la vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel, précité, p.6.

اعتبر المجلس الدستوري أن أحكام القانون المطعون فيه لا تمس بأي مبدأ دستوري يطبق على الموظف، ولا بأي حق أو حرية يضمنها الدستور، وبذلك فإن المجلس رفض الاعتراف لهيئات الموظفين بالحق في المرفق العام.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي سبق له أن اعترف، في رأيه الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1993، بوجود مبدأ دستوري بموجبه لا يمكن تكوين أو الاحتفاظ بهيئات الموظفين إلا بغاية القيام بمهام تنفيذ المرفق العام، وبعد هذا الرأي لطف المجلس موقفه؛ حيث اعتبر أن هذا المبدأ لا يمنع من وضع الموظفين في وضعيتي رهن الإشارة أو الإلحاق لمدة معقولة - وبشكل انتقالي - لدى منظمة لا تقوم بمهمة مرفق عام⁽⁴⁹⁾.

ثم عدّل المجلس هذا المبدأ جزئياً من جديد، وذلك في رأيه بشأن مشروع قانون 2003، حيث اعتبر أن نظام الاحتفاظ بموظفين في وضعية القيام بالوظيفة لدى شركة اتصالات فرنسا France Télécom أخذ في الاعتبار ضرورة التوفيق بين متطلبات الخصوصية والخصوصيات الناجمة عن النظام الأساسي للموظفين المعنيين، والذين كان عددهم كبيراً، كما استند على الطابع المؤقت لتطبيق هذا النظام، والانخفاض التدريجي لعدد الموظفين⁽⁵⁰⁾.

لكن، وفي اتجاه مغاير تماماً، لم يهتم المجلس الدستوري كثيراً بعامل التوازن، كما فعل مجلس الدولة عندما سمح بالموافقة على القانون، من دون إعادة النظر في المبدأ ذي القيمة الدستورية المشار إليه؛ حيث قرر المجلس الدستوري - بشكل صريح - في قراره الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 2012⁽⁵¹⁾ أن الأحكام المطعون فيها لا تمس بأي مبدأ دستوري مُطبّق على الموظفين، كما أنه أنكر وجود المبدأ الدستوري الذي اعتقد مجلس الدولة اكتشافه سابقاً⁽⁵²⁾.

(49) CE 23 septembre 1997, n 360829.

(50) Rapport public du conseil d'État, EDCE, 2004, p.55.

(51) Conseil constitutionnel, décision n 2012-281 QPC du 12 octobre 2012, syndicat de défense des fonctionnaires.

(52) Stéphane Buffa, la vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel, précité, p.9.

وهكذا، فإن قرار المجلس الدستوري يعيد النظر في العلاقة بين المرفق العام وقانون الوظيفة العامة؛ إذ إن الموظف ليس له حق ذو طبيعة دستورية في ممارسة مهامه بالمرفق العام، وبذلك يكون قد قبل الفصل بين مفهوم المرفق العام ومفهوم الموظف، وقد علّق بعض الفقه - في هذا السياق - بأن المجلس الدستوري لم يسبق له أصلاً أن قام بحماية النموذج الفرنسي للوظيفة العامة⁽⁵³⁾.

ثانياً: تحول الأساس الشكلي لقانون الوظيفة العامة من النظام الأساسي إلى العقد

شكّل النظام الأساسي مفهومًا أساسيًا لقانون الوظيفة العامة لعقود من الزمن، غير أنه منذ قرنين تقريباً، ظهر أساس قانوني شكلي منافس للنظام الأساسي هو العقد، مع ما يعنيه ذلك من تحول جوهر طبيعة قانون الوظيفة العامة من الطبيعة الانفرادية إلى الطبيعة التعاقدية، التي هي أصلاً سمة من سمات قانون العمل.

صحيح أن التوظيف، عن طريق العقد، ليس جديداً؛ بحيث تم وضع أساسه القانوني منذ عقد الثمانينيات من القرن الماضي، وذلك في الجزء الثاني من النظام الأساسي العام للوظيفة العامة، والذي يتمثل في القانون رقم 84/16 بتاريخ 11 يناير 1984، المتعلق بالمقتضيات النظامية الخاصة بالوظيفة العمومية للدولة، غير أن هذه الآلية من آليات التوظيف ظلت استثناءً حقيقياً على القاعدة، وهي طريقة التوظيف النظامي التي تتم عن طريق المباراة، أي المسابقة؛ لذلك ظلت الوظائف الدائمة مفتوحة حصراً في وجه الموظفين النظاميين، أي الموظفين الدائمين، بمعنى أنه لا يمكن شغلها من طرف الأعوان المتعاقدين؛ حيث إن القانون رقم 83/634 بتاريخ 13 يوليو 1983، المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين، كان ينص في المادة (3) منه على أن - باستثناء الحالات المقررة بموجب مقتضيات تشريعية - الوظائف المدنية الدائمة بالدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية التابعة لها يشغلها موظفون، وهو ما يُفهم منه استبعاد الأعوان المتعاقدين.

(53) Didier Jean pierre, transformation de la fonction publique et flexicurite : la déconstruction du droit statutaire, JCP/ la semaine juridique, édition administration et collectivités territoriales, n 51-52, 23 décembre 2019, lexisnexus, p.2.

وانطلاقاً من أحكام هذه المادة، ظل باب شغل الوظائف الدائمة بالوظيفة العامة مغلقاً في وجه المتعاقدين، كما تم فضلاً على ذلك حصر توظيف الأعوان المتعاقدين في حالات محددة على سبيل الحصر، من بينها حالة وجود وظائف ذات طابع مؤقت، أو موسمي، لا يمكن القيام بها من طرف موظفين، وحالة بعض الوظائف بتمثيلات الدولة في الخارج.

غير أنه ابتداء من سنة 2005 أخذ نطاق التوظيف التعاقدي يتمدد ويتسع؛ فقد صدر قانون 26 يوليو 2005 الذي أحدث نوعاً جديداً من العقود هي العقود غير محددة المدة، بعد أن كان الأمر يقتصر على المحددة المدة، لكن التغيير الأهم حصل بصدور قانون 6 أغسطس 2019 الذي يحمل عنواناً دالاً على مضمونه، حيث سُمي بـ «قانون تحول الوظيفة العامة»⁽⁵⁴⁾ الذي توخى - بشكل واضح - توسيع اللجوء إلى التعاقد؛ حيث تم تجميع الأحكام المتعلقة بالتعاقد في أحد أجزاء القانون بعنوان مقصود هو «توسيع اللجوء إلى العقد»، والذي ضم مجموعة من المواد من أهمها المادة (15) التي نصت على التوظيف عن طريق التعاقد من أجل شغل الوظائف الدائمة، وهذا ما شكل قطيعة واضحة مع القاعدة السابقة المشار إليها، والتي بموجبها ينحصر شغل الوظائف الدائمة في الموظفين دون المتعاقدين، كما تم - فضلاً على ذلك - توسيع الوظائف التي يمكن شغلها من طرف المتعاقدين، كما هي الحال بالنسبة إلى بعض الوظائف العليا بالإدارة.

إن توسيع اللجوء إلى العقد، إذا كان يقوم على مبادئ القانون العام، باعتبار أن عقد التوظيف هو عقد قانون عام، فإنه يتم بالأساس على خطى القانون الخاص، وتحديدًا قانون العمل، وهذا ما يتضح - من جهة - في إحداث نوع جديد من العقود هو عقد - المشروع، ومن جهة أخرى في التأسيس لإمكان إنهاء العلاقة الوظيفية عن الطريق الاتفاقي.

فبموجب المادة (17) من قانون 2019 تم إحداث عقد - المشروع، وهو عقد

(54) Loi n 2019-828 du 6 aout 2019 de transformation de la fonction publique, voir : legifrance.ouv.fr

جديد وذو طابع خاص يرتبط موضوعه بإنجاز مشروع معين ضمن حدود زمنية معينة؛ بحيث تكون مدة العقد بين سنة كمدة دنيا، ومدة قصوى، تُحدّد من طرف أطراف العقد، في حدود 6 سنوات، والأهم في هذا العقد الجديد هو أنه يشكل نظيراً لعقد نص عليه قانون العمل، وتحديدًا في الأمر الصادر في 22 سبتمبر 2017، وهو عقد - الورش، أو عقد العملية⁽⁵⁵⁾.

وإمعاناً في إضفاء الطابع التعاقدي على قانون الوظيفة العامة، تم بموجب قانون 2019 إحداث آلية جديدة من آليات انتهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف والإدارة، هي الإنهاء الاتفاقي للعلاقة الوظيفية، والتي نصت عليها المادة (72) من القانون، فمن المعروف تقليدياً أن قانون الوظيفة العامة يحدد طرقاً نظامية لانتهاء العلاقة الوظيفية، كالإحالة على التقاعد والاستقالة والعزل، غير أن قانون 2019 أضاف طريقة جديدة، وهي طريقة تعاقدية؛ حيث يمكن للموظف طلب إنهاء علاقته بالإدارة، وبالتالي فقد صفة موظف، بعد التفاوض مع الإدارة، ووفق شروط معينة. ومرة أخرى فإن هذه الآلية الجديدة إنما أخذت من قانون العمل الذي أدرجت فيه طريقة الإنهاء الاتفاقي للعمل بموجب قانون رقم 2008/596 الصادر بتاريخ 25 يونيو 2008.

لقد نتج عن توسيع مجال التعاقد إعادة تموضع الأعران المتعاقدين في إطار الوظيفة العامة، بحيث تزايد عددهم؛ ففي سنة 2021 كان عدد الأعران المتعاقدين يمثلون خمس مجموع الأعران العموميين بالوظيفة العامة للدولة، والوظيفة العامة الترابية، والوظيفة العامة الاستشفائية، بعد أن كان يشكل السدس في سنة 2011⁽⁵⁶⁾.

لكن آثار توسيع التعاقد تتجلى - في الأساس - على مستوى الجوهر، وتحديدًا طبيعة قانون الوظيفة العامة، إلى درجة أنه تم استنتاج، خلال مناقشة مشروع قانون 2019 في مجلس الشيوخ الفرنسي، وجود تغيير في طبيعة نظام الوظيفة العامة الفرنسية⁽⁵⁷⁾،

(55) Grégoire loiseau, Stéphane Bloch, vers une travaillisation du droit de la fonction publique ? Loi n 2019-828 du 6 aout 2019, JCP, la semaine juridique, édition sociale, n 45, 12 novembre 2019, p.1.

(56) Fonction publique, chiffres clés, 2023, p.11, voir : www.fonction publique-publique.gouv.fr

(57) Grégoire loiseau, Stéphane Bloch, vers une travaillisation du droit de la fonction publique ? même ouvrage, p.4.

فإذا كان يتم النظر إلى العقد، في وقت سابق، باعتباره يؤشر لهشاشة الوظيفة العامة، فهو يعد - في الوقت الراهن - أداة مرغوباً فيها في الإدارة العامة، وذات جاذبية في مجال التوظيف.

وبشكل عام، فإن التعاقد أصبح منافساً حقيقياً للنظام الأساسي، فبعد أن كان هذا الأخير هو الأساس القانوني الوحيد الذي ينظم علاقة الموظف بالإدارة، أصبح العقد أساساً قانونياً منافساً يحدد جانباً من مضمون هذه العلاقة.

الفرع الثاني

تأكل نطاق خصوصية محتوى النظام القانوني

للووظيفة العامة

كان من الطبيعي أن تترتب على أزمة هوية قانون الوظيفة العامة، على المستوى الشكلي، آثارٌ على مستوى مضمون هذا القانون، والتي تمثلت في زعزعة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها محتوى النظام القانوني للوظيفة العامة، وعلى رأسها مبدأ العلاقة النظامية التي تربط الموظف بالإدارة؛ فإذا كان تحول الأساس الشكلي للوظيفة العامة من النظام الأساسي إلى العقد قد نتج عنه تغير هذه العلاقة إلى علاقة تعاقدية على المستوى الفردي، فإنه - موازاة مع ذلك - ظهر نوع آخر من التعاقد على المستوى الجماعي بين الإدارة ومجموع الموظفين، أدى إلى تحول محتوى الوضعية النظامية للموظف إلى وضعية تعاقدية. وبالإضافة إلى ذلك تراجعت خصوصية الموظف من حيث الحقوق والحريات.

أولاً: من الوضعية النظامية إلى الوضعية التعاقدية

تشكل الوضعية النظامية للموظف، كما سلف الذكر، أساس خصوصية النظام القانوني للوظيفة العامة، ويقوم جوهر هذه الوضعية على انفراد الإدارة بتحديد علاقتها القانونية مع الموظف؛ إذ إنها هي وحدها، وبشكل انفرادي، من يحدد النظام القانوني الذي يخضع له الموظف، غير أن هذا الأساس من أسس قانون الوظيفة

العامة أخذ في التراجع؛ بفعل ظهور قواعد وممارسات قوّضت المنطق النظامي، منها قاعدة التشاور من جهة، والتفاوض من جهة أخرى.

فعلى الرغم من إقرار الوضعية النظامية للموظف في قانون الوظيفة العامة منذ بداية نشأته، فإن هذا القانون نفسه يتضمن مبادئ أخرى قد تبدو مناقضة لهذه الوضعية، وعلى رأسها مبدأ مشاركة الموظف للإدارة في تدبير القضايا المتعلقة بوضعيته، وقد اتخذ هذا المبدأ أشكالاً مختلفة، منها - في الأساس - التشاور والتفاوض.

ولا شك في أن مبدأ المشاركة يُعد تهديداً مباشراً للوضعية النظامية، باعتبار أن طبيعة هذه الوضعية، كما سلف القول، تحيل على سيادة الانفرادية من حيث تحديد أحكام النظام القانوني الذي يخضع له الموظف، في حين أن المشاركة - من خلال التشاور والتفاوض - تعني مساهمة الطرف الثاني في العلاقة القانونية، وهم الموظفون من خلال ممثليهم، في تحديد وتدبير هذه العلاقة.

1- التشاور:

يتعيّن التمييز، ابتداءً، بين مفهوم التشاور concertation ومفهوم الاستشارة consultation، فعلى الرغم من دقة التمييز بين هذين المفهومين، يمكن القول إن الاستشارة هي عملية أخذ رأي جهة أو طرف معيّن. في حين أن التشاور هو أكثر من مجرد طلب رأي؛ حيث يفترض التواجه بين الأطراف وتبادل الحجج والدلائل، وتفسير وجهات نظر كل طرف قبل اتخاذ القرار.

والاستشارة تتم بشكل ظرفي حول موضوعات معيّنة، وهي ليست مقارنة للمشاركة على المدى الطويل. أما التشاور فهو يجعل القرار الإداري نتاج إعداد مشترك، وهو مقارنة موسعة ومسلسل تفاعلي، أو هو بالأحرى بمنزلة منهجية للعمل تدمج الاستشارة في مسلسل القرار⁽⁵⁸⁾.

وبهذا المعنى فإن قانون الوظيفة العامة يعتمد آلية التشاور التي تتمثل في وجود هيئات ثنائية متساوية الأعضاء في تكوينها؛ بحيث تتكون من ممثلي الإدارة وممثلي

(58) عبد الخالق علاوي، هل مازالت علاقة الموظف بالإدارة علاقة نظامية وتنظيمية؟ مرجع سابق، ص 35.

الموظفين، تسند إليها اختصاصات معيّنة، وهي بذلك تجسد مشاركة الموظف في تدبير شؤونها، سواء على المستوى الفردي، أو على المستوى العام والجماعي.

فبالرجوع إلى أحكام كل من النظام الأساسي العام الفرنسي لـ 19 أكتوبر 1946، وكذا النظام الأساسي العام لسنة 1983، من خلال القانون رقم 83/643 بتاريخ 13 يوليو 1983، نجد أنها قد تضمنت ترجمة مؤسساتية لمبدأ مشاركة الموظفين في تدبير الوظيفة العامة؛ حيث نصت على إحداث هيئات استشارية متساوية الأعضاء مكونة من ممثلي الإدارة وممثلي الموظفين، تتمثل أساساً في اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء، واللجان التقنية التي تنظر في القضايا ذات الطابع الفردي، والمجالس العليا للوظيفة العمومية التي تختص بالنظر في بعض القضايا ذات الطابع الجماعي.

وعلى الرغم من كون مبدأ التشاور كان له دور محدود في التأثير على طبيعة العلاقة النظامية بين الموظف والإدارة، باعتبار أن آراء الهيئات الاستشارية هي ذات طابع استشاري محض، ولا تلزم الإدارة، فإن خطورة إقرار هذا المبدأ في صلب قانون الوظيفة العامة تمثلت في تطور مبدأ مشاركة الموظف في تدبير شؤونها من مجرد التشاور إلى التفاوض.

2 - التفاوض:

أ - شكل التفاوض في الوظيفة العامة:

يختلف التفاوض عن التشاور في كون هذا الأخير يعتبر، كما سبق ذكره، بمنزلة إجراء يسبق اتخاذ قرار إداري من طرف الإدارة؛ لذلك فهو يرتبط بالقرار الإداري بما يتميز به من سلطة الإدارة، والنتيجة عن خاصية الانفرادية التي يتميز بها القرار.

في حين أن التفاوض يحيل على اللقاءات بين ممثلي الإدارة وممثلي الموظفين من المنظمات النقابية، والتي تقوم على التواجه والتبادل حول قضايا معيّنة، وما يتضمنه ذلك من تنازلات متبادلة، بغاية الوصول إلى التزامات بين الطرفين تُضمّن في وثيقة قد تسمى اتفاقاً، أو بروتوكول اتفاق يتم توقيعه من الجانبين⁽⁵⁹⁾.

(59) المرجع السابق، ص 40.

وانطلاقاً من ذلك فإن التشاور يرتبط بالقرار الإداري، في حين أن التفاوض يرتبط بالعقد الإداري، بما أنه يهدف إلى البحث عن اتفاق جماعي بين الإدارة والمنظمات النقابية بشأن موضوع، أو موضوعات معينة.

وقد ظهر التفاوض في الوظيفة العمومية الفرنسية، على مستوى الممارسة قبل أن يتكرس في التشريع، وتجسد في الحوار الاجتماعي الذي اعتبر ممارسة عادية ومألوفة منذ عقود بين الإدارة والمنظمات النقابية.

والواقع أن واضعي النظام الأساسي العام لـ 1946 لم يكونوا يتصورون أن الحوار الاجتماعي يمكن أن يوجد خارج هيئات التشاور التي أحدثتها، والتي حُدِّدت صلاحياتها وقواعد سيرها، بدقة، في النظام الأساسي العام، وفي النصوص التنظيمية، غير أنه أُسِّست بالفعل اتصالات ولقاءات غير رسمية بين ممثلي الإدارة والمنظمات النقابية، والتي بدت نوعاً جديداً من العلاقات الداخلية بالمؤسسات الإدارية، كما هو سائد في القطاع الخاص.

وقد تطورت هذه الاتصالات بعد سنة 1968، وكان هدفها الأساسي - في البداية - هو التفاوض بشأن مشكلات أجور الموظفين، ومشكلات النظام الأساسي والمسار المهني، ثم تطورت إلى موضوعات أخرى ترتبط بمطالب وتطلعات الموظفين، وكذا مشاريع الإدارة، ولعل غاية السلطات من الحوار الاجتماعي إنما هي الحفاظ على مناخ السلم الاجتماعي داخل الإدارة.

وتتمخض عن الحوار الاجتماعي اتفاقات جماعية بين السلطات العمومية والهيئات النقابية، بعضها أصبح مشهوراً، من بينها اتفاقات جرونيل Grenelle وفارين Varennes لسنة 1968، وبروتوكول ديرافور Durafour لسنة 1990، واتفاقات بيرسي Bercy الموقعة سنة 2008.

وعلى المستوى التشريعي تم التأسيس قانوناً للتفاوض في النظام الأساسي العام لسنة 1983، حيث نصت المادة (8) من قانون 13 يوليو 1983، بشأن حقوق والتزامات الموظفين، على أن المنظمات النقابية للموظفين مؤهلة لأن تقود - مع الحكومة، على

المستوى الوطني - مفاوضات قبلية لتحديد تطور الأجور، ومناقشة المسائل المتعلقة بشروط وتنظيم العمل مع السلطات المكلفة بالتدبير على مختلف المستويات⁽⁶⁰⁾.

ب - تأثير التفاوض على الوضعية النظامية للموظف:

يرتبط تأثير التفاوض على الوضعية النظامية للموظف بمدى وجود قوة قانونية للاتفاقات التي تنتج عن الحوار الاجتماعي، وما إذا كانت تتوافر على قيمة قانونية وملزمة للسلطات العامة، باعتبار أن القوة القانونية للاتفاق هي التي من شأنها التأثير على الطبيعة النظامية للعلاقة التي تربط الموظف بالإدارة.

ويمكن التمييز بين مرحلتين في الاعتراف بالقوة القانونية للاتفاقات الحوار الاجتماعي، المرحلة الأولى ساد فيها موقف تقليدي في الاجتهاد القضائي الفرنسي، مقتضاه أن اتفاقات الحوار الاجتماعي لا تتوافر على أي قيمة قانونية، غير أنه بصدر القانون رقم 2019/828، بتاريخ 6 أغسطس 2019، بشأن تحول الوظيفة العامة، تم تدشين مرحلة ثانية؛ حيث فتح هذا القانون المجال واسعاً للاعتراف بالآثار القانونية للاتفاقات المذكورة.

- غياب القيمة القانونية للاتفاقات الجماعية بين الإدارة وممثلي الموظفين:

دأب مجلس الدولة الفرنسي، لعدة عقود، على اعتبار أن اتفاقات الحوار الاجتماعي الموقعة بين السلطات الإدارية والمنظمات النقابية تفتقد القوة القانونية، وكان السند الأساسي لهذا الموقف هو وجود علاقة نظامية وتنظيمية بين الموظف والإدارة؛ فقد قضى مجلس الدولة في أحد قراراته أنه: «باعتبار أن الموظفين هم في وضعية نظامية وتنظيمية فإن النقابة المدعية لا يحق لها أن تثير غياب الاستشارة المسبقة لـ «لجنة المتابعة»، المنصوص عليها في بروتوكول الاتفاق المبرم بين الحكومة وبعض الهيئات النقابية، والذي يفتقد الآثار القانونية»⁽⁶¹⁾.

(60) تم تعديل هذه المادة وأصبحت مُضمَّنة في المادة (8 مكررة)، بواسطة التعديل الذي أدخله القانون رقم 2016/483 بتاريخ 20 أبريل 2016، المادة (57)، انظر: www.legifrance.gouv.fr

(61) C.E. 23 février 2001, syndicat CFDT des personnels assurant un service aviation civile et activités connexes, n2122474, Lebon, 1016.

وبافتقادها القوة القانونية فإن الاتفاقات الجماعية، في الوظيفة العامة، ليست من وجهة نظر الاجتهاد القضائي إلا «إعلان نوايا»⁽⁶²⁾، ولا تتوافر على أي قوة إلزامية، أو هي «التزامات أخلاقية» ليس من شأنها أن تعدل القواعد القانونية الموجودة، أو أن تتم إثارة بنودها ضد هذه القواعد؛ فقد جاء في أحد قرارات مجلس الدولة الفرنسي أن «أحكام بروتوكول اتفاق 2 يونيو 1968 لا يمكن أن تُثار ضد مقتضى تنظيمي»⁽⁶³⁾.

- الاعتراف بالقيمة القانونية للاتفاقات الجماعية:

اتجه التشريع في مجال الوظيفة العامة نحو الاعتراف بالقيمة القانونية لاتفاقات الحوار الاجتماعي ابتداء من سنة 2010؛ فقد صدر قانون 5 يوليو 2010 المتعلق بتجديد الحوار الاجتماعي، وتغيير بعض أحكام الوظيفة العامة⁽⁶⁴⁾، والذي حدد شروط صحة الاتفاقات الجماعية في الوظيفة العمومية بين المنظمات النقابية الممثلة للموظفين والسلطة الإدارية، وكذا الموضوعات التي يمكن التفاوض بشأنها، لكن من دون أن يستخلص من ذلك نتائج حول قيمتها القانونية؛ إذ إن قانون 5 يوليو 2010 لم يهدف إلى التراجع عن الوضعية النظامية والتنظيمية للموظفين؛ لذلك فإن الاتفاقات الناتجة عن التفاوض بين الإدارة والمنظمات النقابية لا يمكن النظر إليها كأن لها قيمة قانونية.

وعلى الرغم من عدم الاعتراف بالطابع القانوني للاتفاقات الجماعية، انطلاقاً من قانون 5 يوليو 2010؛ فقد شكل هذا القانون خطوة أساسية في اتجاه الاعتراف بوجود اتفاقات جماعية في مجال الوظيفة العمومية تشكل مصدراً لقانون الوظيفة العامة، وتكمل النظام الأساسي العام⁽⁶⁵⁾.

وبالفعل فقد حصل تطور تشريعي مهم بواسطة قانون 6 أغسطس 2019 الذي

(62) C.E. 27 octobre 1989, syndicat des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation, n10299, Lebon, 766.

(63) C.E. 15 mars 1971, syndicat national indépendant et professionnel des CRS, Lebon 610.

(64) Loi n 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, www.legifrance.gouv.fr.

(65) Didier Jean Pierre, la rénovation du dialogue social dans la fonction publique, JCPA, n 38, 20 septembre 2010 P. 2284.

نص في الفصل الـ 14 منه على أنه يمكن للحكومة أن تتخذ بواسطة أمر كل مقتضى يرجع إلى مجال القانون، من أجل تحديد الحالات والشروط التي تتوافر فيها الاتفاقات الجماعية في الوظيفة العمومية على حمولة أو آثار قانونية، وهو ما فتح المجال واسعاً نحو إقرار القيمة القانونية للاتفاقات الجماعية.

وقد صدر بالفعل الأمر رقم 174 بتاريخ 17 فبراير 2021 المتعلق بالتفاوض والاتفاقات الجماعية بالوظيفة العامة⁽⁶⁶⁾، والذي اعترف للاتفاقات المذكورة بالقيمة القانونية، من خلال تحديد التدابير والشروط التنظيمية.

إن الاعتراف بإمكان إنتاج الاتفاقات الجماعية في الوظيفة العمومية لآثار قانونية من شأنه أن يغير طبيعة هذه التصرفات، من مجرد إعلان للنوايا يتضمن التزامات سياسية وأخلاقية وفقاً للتكييف القضائي والفقهى السابق، إلى اتفاقات حقيقية تربط - قانوناً - الأطراف المعنية، وقابلة لأن تتضمن أحكاماً تنظيمية ذات طبيعة عامة، يمكن أن يؤدي عدم احترامها، من طرف الإدارة، إلى تدخل القضاء الإداري.

وبعد هذا الاعتراف ألا يمكن القول بأن مدلول الوضعية النظامية قد أصبح في مهب الريح؟ أو في أدنى تقدير قد تم إضعافه؟

الواقع أن بعض الفقه، وحتى قبل التحول التشريعي الذي أحدثه قانون 6 أغسطس 2019 بسنوات عديدة، ذهب إلى التساؤل عن حقيقة طبيعة العلاقة القانونية بين الإدارة والموظفين على المستوى الجماعي، فإذا كان المبدأ النظامي قائماً - بشكل عام - في العلاقات الفردية بين الإدارة والأعوان العموميين، باعتبار أن العون العمومي بمجرد توظيفه، سواء بواسطة قرار التوظيف أو عقد التوظيف، يخضع لقواعد نظامية محدّدة موضوعياً، وبصفة انفرادية لم يشارك في إعدادها، فإن الأمر يتغير تماماً على المستوى الجماعي، نتيجة إقرار مبدأ مشاركة الموظف في التحديد الجماعي لشروط العمل، من خلال هيئات التشاور، وفي الأساس عبر آلية التفاوض الجماعي الذي يُتَوَجَّج باتفاقات جماعية.

(66) Ordonnance n 2021-174 du 17 février 2021 relative à la négociation et aux accords collectifs dans la fonction publique. www.legifrance.gouv.fr

وبصرف النظر عن الموقف القضائي الذي ساد في فترة سابقة، بكون الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقات لا يمكن أن تغير - في حد ذاتها - الوضعية النظامية، ولا يمكن أن تصبح إلزامية إلا بتصرفات انفرادية، في شكل نصوص تشريعية أو قرارات إدارية، فإن هذا الرأي الفقهي يعتبر أن المبدأ النظامي، على مستوى العلاقات الجماعية في الوظيفة العامة، أصبح مجرد وهم، ويتساءل عما إذا كان يمكن النظر إلى وجود هذه الاتفاقات بأنه يُفقد تدريجيًا النظام الأساسي العام طابعه كتصرف انفرادي، ليصبح مجرد «وثيقة للتفاوض التعاقدي»؛ فالنصوص التنظيمية الصادرة بتنفيذ الاتفاقات الجماعية ينحصر دورها في تكريس مضمون هذه الاتفاقات التي يتم التفاوض بشأنها مع الإدارة، وكأن الدولة - والحالة هذه - تتجرد من طابع السلطة العامة؛ فماذا يتبقى في مثل هذه الحالات من البناء النظامي الذي يؤسس على استقلالية الوظيفة العمومية، وعلى سلطة انفرادية؟ ألا يشكل ذلك إفلاسًا لكل البناء النظامي؟⁽⁶⁷⁾.

إن قانون الوظيفة العامة، وفق هذا الرأي الفقهي، يتحول إلى قانون اتفاقي أو تعاقدي، كما أن - في طريق الخصوصية⁽⁶⁸⁾، ومن وجهة نظر البعض - النظام الأساسي العام لا يشكل في نهاية المطاف إلا مرحلة انتقالية بين نظام العقود الفردية ونظام الاتفاقات الجماعية⁽⁶⁹⁾.

ويذهب رأي فقهي آخر أكثر تفاؤلاً إلى أن العلاقة بين الإدارة والأعوان العموميين أخذت تبتعد عن الطبيعة النظامية وتقترب من الطابع التعاقدي. وفي هذا الإطار يرى روني شابيس «Rene Chapus» أنه لا ينبغي الاستهانة بقيمة ودور اتفاقات الحوار الاجتماعي، فهي تشكل نوعاً من تعاقد العلاقات بين الحكومة وأعضاء الوظيفة العمومية، أي الموظفين، ولكنه يشدد على أن الأمر لا يتعلق بتعاقد العلاقات

(67) Francois Gazier "majesté et vanité de l'édifice statutaire dans la fonction publique", annuaire international de la fonction publique, 1971-1972 IIAP, Berger levrault, Paris, p.26.

(68) Gérard Timsit, les principes généraux du droit français de la fonction publique, les cahiers de droit, volume 19, numéro 2, 1978, p.347.

(69) Francois Gazier "majesté et vanité de l'édifice statutaire dans la fonction publique, précité, pp.27-28.

الجماعية بين السلطات الحكومية وموظفيها، فهذا التعاقد يتم حصراً على مستوى إعداد النصوص التنظيمية⁽⁷⁰⁾.

وإذا كانت هذه الآراء الفقهية تهتم مرحلة ما قبل صدور قانون 6 أغسطس 2019، فإن الموقف الفقهي يتغير تماماً بعد ذلك، وهكذا يرى بعض الفقه أن الاتفاقات الجماعية التي تبرم تطبيقاً للقانون المشار إليه، هي ملزمة في إطار الحالات والشروط المحددة، ويمكن بذلك أن تكون مصدرًا للحقوق، سواء للأعوان المتعاقدين أو الموظفين، وبناء على ذلك فإن الوضعية الاتفاقية للموظفين، في ظل هذه الشروط، أصبحت واقعاً⁽⁷¹⁾.

ويرى البعض الآخر أن اعتراف قانون 2019 بالقيمة القانونية للاتفاقات الجماعية هو تعبير عن إضفاء سمة من سمات قانون العمل على قانون الوظيفة العامة⁽⁷²⁾، في حين عبر بعض الفقه عن الشعور بالقلق إزاء هذا الميل نحو التعاقد في الوظيفة العامة، واعتبر أن الوضعية النظامية للموظفين فقدت قيمتها⁽⁷³⁾.

ثانياً: تراجع خصوصية الموظف من حيث حقوقه وواجباته

1- من المواطن المتميز إلى الموظف المواطن:

أسس قانون الوظيفة العامة - في الأصل - على مخالفة قانون العمل، لا سيما من حيث حقوق وحرّيات الموظف، باعتبار خصوصية الموظف الذي يتميز عن الأجير أو العامل بالقطاع الخاص، لكن هذا التمييز بين الموظف والأجير أخذ يتلاشى بفعل ظهور حقوق وحرّيات جديدة للموظف؛ لذلك فإن بعض الفقه يرى أن المخالفة الكاملة من طرف قانون الوظيفة العامة للحقوق الأساسية للموظف، في ظل مجتمع

(70) Rene Chapus, droit administratif général, 15 édition, montchrestien, Paris, 2001, p.71

(71) Grégoire l'oiseau, Stéphane Bloch, vers une travailisation du droit de la fonction publique ? Précité, p.2.

(72) Pierre Esplugas-labatut, la fin des lois pors par l'avènement d'un droit public du travail ? Droit administratif n 12 décembre 2023 lexisnexis ; études, p.17

(73) Antony Taillefait, la situation légale et règlementaire des fonctionnaires prend l'eau, AJDA, Paris, 2021, p.1026.

ديموقراطي، في مقابل السعي إلى ضمان هذه الحقوق للأجير، تبدو مسألة غير مشروعة، لا سيما أن هذه الحقوق أصبحت تُستمد من القانون الدولي⁽⁷⁴⁾.

لقد أخذت، إذن، تتشكل ما يمكن تسميته بالحقوق الأساسية المشتركة بين قانون الوظيفة العامة وقانون العمل، وذلك انطلاقاً من مجموعة من الإصلاحات التشريعية للوظيفة العامة، والتي سعت إلى مماثلة حقوق وحرّيات الموظف مع حقوق الأجير؛ إذ إن تزايد الاهتمام بتقدير شخصية الإنسان - بشكل عام - حرر نشاط الحقوق الأساسية في المجال المهني، فإذا كان تطور هذه الحقوق، في نطاق قانون العمل، لا يعد حديثاً، فإن الحساسية الراهنة للحقوق الأساسية أعطتها دينامية متزايدة؛ لذلك ليس مفاجئاً أن يسعى القانون العام بدوره، وهو الحريص على الحقوق الأساسية، إلى تطوير مضمونها في مجال الوظيفة العامة.

إن تطور محتوى الحقوق والحرّيات بدأ منذ اللحظة التي تم فيها اعتماد مفهوم «الموظف - المواطن»، من خلال النظام الأساسي العام للوظيفة العامة الصادر سنوات 1983 و1984 و1985، لا سيما قانون 1983 المتعلق بحقوق والتزامات الموظفين، وذلك بعد أن ساد مفهوم الموظف باعتباره مواطناً متميزاً؛ إذ إن المنطق الذي يفرضه هذا المفهوم الجديد يتجلى في تقليص الفوارق بين الموظف والعامل بالقطاع الخاص، من خلال تقوية التقارب بينهما من زاوية الحقوق الأساسية، وبالتالي تقليص الطابع المخالف لقانون الوظيفة العامة، وملاءمته مع الشريعة العامة للعمل، أي قانون العمل.

وبالفعل فقد سعى قانون 6 أغسطس 2019 إلى استنساخ البنود الأساسية للاتفاق المبرم بين ممثلي المشغلين العموميين و7 منظمات نقابية، والمتعلق بالمساواة المهنية بين النساء والرجال في الوظيفة العامة، وذلك في الجزء الخامس من القانون الذي يحمل عنوان: «تقوية المساواة المهنية».

وفي الوقت الحالي فإن المدونة العامة للوظيفة العامة تتضمن جزءاً خاصاً يتعلق

(74) Jean Marc Sauve, droit du travail et droit de la fonction publique, colloque inaugural dynamiques normatives et jurisprudentielles, vendredi 17 janvier 2014, conseil d'Etat, p.1.

بالحقوق الأساسية للأعوان العموميين في مجال الوقاية ضد التمييز⁽⁷⁵⁾، والمساواة المهنية بين النساء والرجال⁽⁷⁶⁾، والوقاية ضد التحرش⁽⁷⁷⁾، وهذه الحقوق تماثل الحقوق المخوّلة للأجراء في قانون العمل.

وفضلاً على ما سبق فإنه من المثير للانتباه أن المقتضيات المنظمة لأحد الحقوق الأساسية للموظف، وهو الحق في الإضراب، تم إدراجها في مدونة العمل بفرنسا⁽⁷⁸⁾.

2- ضعف الاختلاف بين الموظف والأجير في الواجبات:

على غرار الحقوق والحريات، فإن التقارب حاصل - كذلك - على مستوى الواجبات بين الموظف والأجير، وهكذا فإن خدمة الدولة تفرض على الموظف احترام الالتزامات المهنية التي يتمثل موضوعها الأساسي في ضمان السير الجيد للمرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، سواء تم النص على هذه الالتزامات في النظام الأساسي العام، أو أنظمة أساسية خاصة، أو نصوص أخرى مثل المدونات الأخلاقية.

وعلى مستوى قانون العمل، وعلى الرغم من إمكان تغير طبيعة المشغل، فإن العامل في مقالة خاصة لا يُعفى من احترام القواعد المفروضة؛ إذ إنه يلتزم بتنفيذ العمل المتفق بشأنه في إطار احترام توجيهات المشغل، والعقد يجب أن ينفذ بحسن نية، كما أنه يلتزم بواجب الوفاء أو الولاء، الذي يمنع عليه بمقتضاه أن يقوم بسلوكيات أو تصرفات مضرّة بمصالح المقابلة⁽⁷⁹⁾.

وإذا كان الموظف يلتزم ببعض الواجبات الأساسية، مثل: الممارسة الحصرية للوظيفة والطاعة، فضلاً على بعض الالتزامات التي تتجاوز النشاط المهني إلى حياته الخاصة، مثل: كرامة الوظيفة والشرف والمروءة، فإن الأجير يخضع كذلك لواجبات مماثلة على غرار الولاء واحترام الهرمية التنظيمية واحترام الزملاء والتحفظ.

(75) Code générale de la fonction publique article (L.131-1 à L.137-4).

(76) Code générale de la fonction publique article (L.132-1 à L.132-11).

(77) Code générale de la fonction publique article (L.133-1 à L.133-3).

(78) Code du travail, article (L.2512-1).

(79) Grégoire loiseau, Stéphane Bloch, vers une travaillisation du droit de la fonction publique? Précité, p.6.

وفيما يتعلق بالحياة الخاصة، وبرغم أن الأجير لا يمثل المقابلة في حياته الخاصة، خلافاً للموظف الذي يُلزم بمراعاة سمعة المرفق العام، فإنه يمكن أن يعاقب لإخلاله في حياته الخاصة بالتزام ناتج عن عقد العمل⁽⁸⁰⁾.

وهذا التقارب في الواجبات قد يجد تجسيدا واضحا في واجب الحياد؛ فالموظف يخضع لمبدأ الحياد، والذي يفرض عليه مراعاة مساواة المرتفقين أمام المرفق العام، فلا يمكن له إظهار، أو التعبير عن، معتقداته الدينية أو الفلسفية أو السياسية تجاه المرتفقين ولا الزملاء، وهو الأمر نفسه بالنسبة إلى الأجير؛ حيث يمكن تأطير حريات الأجراء في المقاولات، وفي هذا الشأن تتعين الإشارة إلى أن القانون رقم 2016/1088 الصادر بتاريخ 8 أغسطس 2016، المتعلق بالعمل، وبتحديث الحوار الاجتماعي نص على إمكان التخصيص في النظام الداخلي للمقابلة على أحكام تتعلق بمبدأ الحياد، وتقييد إظهار أو ممارسة المعتقدات من طرف الأجراء⁽⁸¹⁾.

(80) Grégoire loiseau, Stéphane Bloch, même ouvrage, même page.

(81) Grégoire loiseau, Stéphane Bloch, précité, même page.

الخاتمة

لقد اكتسب قانون الوظيفة العامة هويته - في الأصل - انطلاقاً من تفرده وتميزه عن قانون العمل، وذلك في إطار تشكّل القانون الإداري وانفصاله عن القانون الخاص، وتكونت خصوصيته بناءً على أسس عضوية ومادية، وتحدّد نطاقه الموضوعي من - حيث المضمون - على أساس مبادئ محدّدة، غير أن هذه الهوية تعرضت لهزات شديدة؛ حيث أصبحت خصوصية قانون الوظيفة العامة موضوع تساؤل كبير؛ فعلى مستوى الهوية الشكلية، وبعد أن ترسخ بناء قانون الوظيفة العامة على مفهومي المرفق العام والنظام الأساسي، تراجعت العلاقة بينه وبين المفهومين المذكورين؛ حيث عرف معيار المرفق العام - في حد ذاته - أزمة في ارتباطه بالقانون الإداري بشكل عام، كما لم يعد معياراً حاسماً في تفسير وتبرير هوية قانون الوظيفة العامة، بفعل مجموعة من المتغيرات التشريعية والقضائية والفقهية.

وبالنسبة إلى مفهوم النظام الأساسي، وبعد أن كان هو الأساس القانوني الشكلي الوحيد الذي ينظم وضعية الموظف، أصبح العقد أساساً قانونياً منافساً له، يحدد جانباً من مضمون هذه الوضعية.

وعلى مستوى هوية قانون الوظيفة العامة، من حيث المضمون، فإن المبادئ التي تشكّل صلب النظام القانوني اهتزت بدورها؛ مما نتج عنه في النهاية تآكل خصوصية محتوى القانون المذكور، ويتعلّق الأمر بالأساس بمبدأ العلاقة النظامية التي تربط الموظف بالإدارة، وبترجع خصوصية الموظف من حيث حقوقه وحرياته.

فالوضعية النظامية التي تعدّ عنصراً محدّداً لهوية قانون الوظيفة العمومية، ضعفت وانحسرت بسبب ممارسات التشاور والتفاوض التي تكرست تشريعياً، وأدت إلى جعل التعاقد على المستوى الجماعي بين الإدارة والموظفين، من خلال ممثلهم، واقعاً معيشاً وحقيقة قانونية من خلال اتفاقات الحوار الاجتماعي التي أصبحت بمنزلة عقود بين الطرفين تتضمن أحكاماً ترتبط بالنظام القانوني للوظيفة العامة، وهكذا تم تقويض المنطق النظامي برمته.

وبالنسبة إلى خصوصية حقوق وحرّيات الموظف، ومع أن قانون الوظيفة العامة أسّس في الأصل على مخالفة قانون العمل في هذا الجانب، بالنظر إلى كون الموظف يتميز عن الأجير أو العامل بالقطاع الخاص، فإن التمييز بينهما أخذ يتلاشى بفعل ظهور حقوق وحرّيات جديدة للموظف؛ حيث انتقل هذا الأخير من المواطن المتميز إلى الموظف المواطن، وهو الأمر نفسه الذي ينطبق على الواجبات؛ إذ إن التقارب حاصل كذلك على هذا المستوى.

وبعد هذه الخلاصات التركيبية فإنه يمكن تحديد أهم نتائج هذه الدراسة فيما يلي:

- 1 - إن قانون الوظيفة العامة يعرف بالفعل أزمة هوية نشأت بفعل مجموعة من المستجدات التشريعية والقضائية والفقهية في فرنسا، بلد النشأة.
- 2 - إن هذه الأزمة تجلت موضوعيًا في تهاوي علاقة قانون الوظيفة العامة بكل من المرفق العام والنظام الأساسي، وفي تآكل محتوى النظام القانوني لهذا القانون.
- 3 - إن الأزمة المذكورة تعبر - في عمقها - عن طبيعة تحول العلاقة بين قانون الوظيفة العمومية وقانون العمل، والتي يبدو أنها تتجه إلى تعميم مبادئ وقواعد قانون العمل لتسود عالم الوظيفة العامة.
- 4 - إن التساؤل عن مستقبل قانون الوظيفة العامة، في ظل ما سبق، قد يطرح بقوة، بل إنه قد طرح بالفعل من طرف بعض الفقهاء، وبالتالي قد نرى في العقود المقبلة قانونًا موحدًا وواسعًا للعمل يطبق على الموظفين، وعلى أجراء القطاع الخاص على حد سواء، وهو ما يسميه بعض الفقه بالقانون العام للعمل.

قائمة المراجع

1 - Les ouvrages

- Antony Taillefait, droit de la fonction publique : état, collectivités locales, hôpitaux, statuts autonomes, , 8ème édition, Dalloz, Paris, 2019.
- Charles Fortier, droit de la fonction publique, 1ère édition, Dalloz, Paris, 2020.
- Fabrice Melleray, droit de la fonction publique, deuxième édition, Economica, 2010.
- François Burdeau, l'histoire de l'administration française du 18è au 20è siècle, 2è édition, Montchrestien, Paris, 1994.
- Gaston jeze, les principes généraux du droit administratif, tome 3, 1926, réédition, Dalloz, Paris, 2011.
- Henry Berthelemy, traité élémentaire de droit administratif, 10ème édition, Rousseau, Paris, 1923.
- Léon Duguit, traité de droit constitutionnel, tome 3, 2ème édition, librairie fontemoing, et Cie, Paris, 1921.
- Marceau long, Prosper Weil, Guy Braibant, pierre Délvolvé et Bruno Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19ème édition, Dalloz, Paris, 2013.
- Maurice Hauriou, précis de droit administratif et de droit public, tome 2, 11ème éditions, Sirey, Paris, 1927.
- René Chapus, droit administratif général, 15 édition, Montchrestien, Paris, 2001.
- Serge Salon -Charles Savignac -Suzanne sprungard, code de la fonction publique, annoté et commente, 19e édition, Dalloz, Paris, 2020.

- Yves Gaudemet, traité de droit administratif, tome 1, 16^{eme} édition, LGDJ-DELTA, Paris, 2001.

2 - Thèses de doctorat

- Camille Charlot, le droit privé du travail et le secteur public : un autre regard sur l'hybridation du droit privé et du droit public, thèse de doctorat en droit privé, université paris 1, panthéon Sorbonne, Paris, 2018.

3 - Articles

- Alain supiot, « introduction » servir l'intérêt général, sous-direction : Jean Luc Bodiguel, Christian Albert Garbar et Alain Supiot, PUF, Paris, 2000.
- Antony Taillefait, la situation légale et réglementaire des fonctionnaires prend l'eau, AJDA, Paris, 2021.
- Charles Fortier, l'identité du droit français de la fonction publique : le statut, spécificité irréductible du droit public du travail, in l'identité du droit public, Xavier bioy (dir), presses de l'université, Toulouse 1 capitole, LGDJ-lextenso, Paris, 2011.

- Didier Jean Pierre :

transformation de la fonction publique et flexicurité : la déconstruction du droit statutaire, JCP/ la semaine juridique, édition administration et collectivités territoriales, n 51-52, 23, décembre 2019, lexisnexis.

- la rénovation du dialogue social dans la fonction publique, JCPA, no.38, 20 septembre 2010.
- Emmanuelle Marc et Yves Struillou, droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle », revue française de droit administratif n 6, novembre-décembre 2010.

- François Gazier «majesté et vanité de l'édifice statutaire dans la fonction publique», annuaire international de la fonction publique, IIAP, Berger levrault, 1971-1972.
- Gérard Timsit, les principes généraux du droit français de la fonction publique, les cahiers de droit, volume 19, numéro 2, 1978.
- Grégoire loiseau, Stéphane Bloch, vers une travaillisation du droit de la fonction publique ? Loi n 2019-828 du 6 aout 2019, JCP, la semaine juridique, édition sociale, n 45, 12 novembre 2019.
- Jean Marc Sauve, droit du travail et droit de la fonction publique, colloque inaugural dynamiques normatives et jurisprudentielles, conseil d'Etat, vendredi 17 janvier 2014.
- Jean rivero, vers la fin du droit de la fonction publique ? Dalloz, chronique 38, 1947.
- Laurent Richer, commentaire sur l'avis du conseil d'état du 18 novembre 1993, Yves gaudemet, Bernard Stirn, Thierry Dal Farra et Frédéric Rolin, les grands avis du conseil d'état, 3 ème édition, Dalloz, Paris, 2008.
- Pierre Albertini, grade emploi fonction : séparation et correspondance, revue administrative n 205 janvier-février 1982.
- Pierre Esplugas-Labatut, la fin des lois pors par l'avènement d'un droit public du travail ? Droit administratif n 12 décembre 2023 lexisnexus.
- Stéphane Buffa, la vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel, annuaire juridique-fonction publique, 2013.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	479
المقدمة	481
المطلب الأول: أسس هوية قانون الوظيفة العامة	485
الفرع الأول: الهوية الشكلية لقانون الوظيفة العامة	485
أولاً: القيمة التفسيرية للمرفق العام في ارتباطه بقانون الوظيفة العامة في الفقه والاجتهاد القضائي	485
ثانياً: مفهوم النظام الأساسي كأساس شكلي لقانون الوظيفة العامة	488
الفرع الثاني: خصوصية النظام القانوني للوظيفة العامة	491
أولاً: خصوصية الوضعية القانونية للموظف	491
1 - الوضعية النظامية للموظف	491
أ - انفراد الإدارة في تحديد العلاقة القانونية مع الموظف	492
ب - النتائج المترتبة على الوضعية النظامية للموظف	493
2 - مبدأ الفصل بين الوظيفة والدرجة	494
ثانياً: خصوصية وضعية الموظف من حيث حقوقه وواجباته	496
1 - خصوصية الحقوق والحريات	496

498	2 - خصوصية واجبات الموظف
499	أ - التأطير القانوني لواجبات الموظف
499	ب - مضمون واجبات الموظف
501	المطلب الثاني: تجليات أزمة هوية قانون الوظيفة العامة
501	الفرع الأول: أزمة الهوية الشكلية لقانون الوظيفة العامة
501	أولاً: تراجع علاقة الوظيفة العامة بالمرفق العام
501	1 - الاعتبارات القضائية والفقهية
504	2 - الاعتبارات التشريعية
508	ثانياً: تحول الأساس الشكلي لقانون الوظيفة العامة من النظام الأساسي إلى العقد
511	الفرع الثاني: تآكل نطاق خصوصية محتوى النظام القانوني للوظيفة العامة
511	أولاً: من الوضعية النظامية إلى الوضعية التعاقدية
512	1 - التشاور
513	2 - التفاوض
513	أ - شكل التفاوض في الوظيفة العامة
515	ب - تأثير التفاوض على الوضعية النظامية للموظف
519	ثانياً: تراجع خصوصية الموظف من حيث حقوقه وواجباته

419	1 - من المواطن المتميز إلى الموظف المواطن
521	2 - ضعف الاختلاف بين الموظف والأجير في الواجبات
523	الخاتمة
525	قائمة المراجع

تعليق على أحكام قضائية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الثالثة عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي ⁵²

ربيع الأول - ربيع الآخر 1447 هـ - سبتمبر 2025م

التعليق على حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 284 لسنة 2023 الصادر في جلسة 11 مارس 2024 في إطار الحق في الخصوصية^(*)



د. صقر عيد الرويس

أستاذ القانون الإداري المشارك

كلية الحقوق، جامعة البحرين

الملخص

يرتبط هذا البحث بمناقشة حكم لمحكمة التمييز البحرينية يتعلق بجريمة زنا، بما يثيره من إشكاليات قانونية وحقوقية تم الوقوف عندها وتحليلها، في ضوء القواعد والمبادئ القانونية المستقرة؛ للكشف عن مدى سداد الحكم في التوفيق والموازنة المفترضة بين المبادئ القانونية والحقوقية المستقرة وصريح الدستور والقانون. على ذلك تناول هذا التعليق وقائع وحيثيات الحكم، وما أثاره من إشكاليات قانونية في كل أبعادها، في محاولة لإيجاد حلول لها وخيارات بديلة للقضاء، بغية تجنب الآثار السلبية التي يمكن أن تترتب على منهجية القضاء في التعامل مع الوقائع المطروحة.

وتوصل البحث إلى أن الطعن محل التعليق لم يكن سديدًا فيما توصل إليه من حيث المبدأ الذي أجاز فيه حق كل من الزوجين في التجسس على الآخر، وهو ما يشكل مخالفة صريحة للاتفاقيات الدولية والدستور وقانون العقوبات والشرعية الإسلامية، على ذلك أوصى البحث محكمة التمييز بالعدول عن هذا المبدأ، وعدم التزام المحاكم الأدنى درجة فيه.

كلمات دالة: مبادئ القضاء، والحقوق الدستورية، والتجسس، ومشروعية الإثبات، ومحكمة التمييز البحرينية.

وتاريخ قبوله: 5 فبراير 2025

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 2 ديسمبر 2024

المقدمة

تدور وقائع القضية التي تناولها الطعن حول أن النيابة العامة اتهمت الطاعنة وآخر في قضية جنحة الزنا؛ حيث ارتكبت جريمة الزنا مع المتهم الثاني، بأن عاشرها معاشرة الأزواج حال كونها زوجة المجني عليه، وطلبت عقابهما بالمواد الخاصة بجريمة الزنا من قانون العقوبات، وعليه دانت المحكمة الصغرى الجنائية كلاهما، وعاقبت الطاعنة بالحبس سنتين، وقدرت مبلغ خمسمائة دينار كفالة لوقف التنفيذ، وبمعاقة شريكها بالحبس سنتين مع النفاذ، ومن ثم استأنف المتهمان الحكم لدى المحكمة الكبرى الجنائية «بهيئة استئنافية»، وحكمت حضورياً بقبول الاستئنافين شكلاً، وفي الموضوع برفضهما، وتأيد الحكم المستأنف، بعد ذلك تم الطعن على الحكم بطريق التمييز من قبل المحكوم عليها الأولى، التي قضت إن الطعن برمته يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً، من دون حاجة إلى بحث طلب وقف التنفيذ.

ومن الأدلة التي استند إليها قضاء محاكم الدرجة الأولى والثانية محادثات ورسائل استولى عليها الزوج المجني عليه خلصة، وأيدت محكمة التمييز هذا الدليل في مبدأ جديد لها.

من المسلمات أن محكمة التمييز هي محكمة قانون وليست محكمة وقائع؛ حيث تنظر في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الاستئنافية من حيث سلامة تطبيقها القانون، ومن حيث إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون، أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم. وفي معرض وظيفتها هذه تصدر محكمة التمييز مبادئ لها من الأهمية الكثير؛ حيث ستعتمد المحاكم - على اختلاف درجاتها - هذا المبدأ، وتطبقه في الوقائع المشابهة للوقائع محل الحكم الذي صدر في ظل المبدأ.

ومن حيث الأساس ينبغي أن يكون المبدأ الذي ترسيه محكمة التمييز منسجماً مع القانون والمبادئ والقواعد القانونية والحقوقية العامة، والراسخة على مستوى الدولة، والمستوى العالمي، وفي مختلف الأنظمة القانونية المتحضرة.

هذا يقودنا إلى التساؤل عن مدى توافق ما قرره محكمة التمييز بشأن أحقية الزوج في الاطلاع على محادثات ورسائل استولى عليها من شريكه خلسة، والاعتماد عليها كدليل إثبات، مع الأسس والضوابط التي ذكرناها؟

على ذلك الأساس سوف نبيّن مشكلة البحث وتساؤلاته وأهدافه ونطاقه ومنهجيته، على النحو التالي:

أولاً: مشكلة البحث وأسئلته

يشير هذا الحكم مجموعة من الإشكاليات المترابطة ذات الأثر القانوني المهم، لا سيما أن موضوع الحكم يتصل بأساسيات المبادئ القضائية، وبمبادئ دستورية وقانونية، وبحقوق الإنسان المكفولة دستورياً ودولياً، وتحديدًا مدى انسجام ما توصلت له محكمة التمييز من مبدأ جواز تجسس الزوج على الآخر مع أسس وضوابط المبادئ القضائية ومدى توافقها مع الحق في الخصوصية وقانون العقوبات والشرعة الإسلامية، فهل ما وصل إليه الحكم من نتيجة يعد منطقياً لمعطيات ووقائع النزاع، ومنسجماً مع الدستور والقوانين الوطنية والدولية والشرعة الإسلامية؟

ثانياً: أهداف البحث

يسعى هذا البحث إلى إبراز الإشكاليات التي يثيرها الحكم، من خلال مناقشة وقائع وحيثيات الحكم، وبيان علاقتها بالحقوق والمبادئ القانونية المستقرة، ومن ثم بيان أهم المقترحات والحلول القانونية المتاحة لعلاجها، في ظل الفلسفة الحقوقية للوقائع محل النزاع.

ثالثاً: نطاق البحث

يكون نطاق هذا البحث في حدود ما جاء في حكم محكمة التمييز البحرينية، في الطعن رقم 284 لسنة 2023 الصادر في جلسة 11 مارس 2024، في إطار الحق في الخصوصية، على اعتبار أن الحكم يناقش مبدأ لمحكمة على قمة الهرم القضائي، ترسي مبادئ لها انعكاساتها على قضاء جميع المحاكم.

رابعاً: منهجية البحث خطته

يقودنا الحديث عن هذا الحكم وتساؤلاته، في ظل الإشكاليات التي يثيرها، إلى مناقشة هذا الحكم وفقاً للمنهج الوصفي التحليلي، وذلك بعرض مضمون الحقوق والمبادئ المتصلة بالحكم، مع بيان العلاقة بينهما، وذلك على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: تفاصيل الطعن (الوقائع والحجيات) وإشكالياته في إطار الحق في الخصوصية

المبحث الأول: الحق في الخصوصية وعلاقته بالطعن محل التعليق

المبحث الثاني: التعليق على الطعن في إطار قانون العقوبات

المبحث الثالث: قواعد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالطعن محل التعليق

المبحث التمهيدي

تفاصيل الطعن (الوقائع والحيثيات) وإشكالياته

في إطار الحق في الخصوصية

سنتناول - في هذا المبحث - وقائع الطعن وحيثياته، في إطار الحق في الخصوصية في مطلب أول، ومن ثم نعرض إشكاليات الطعن في مطلب ثانٍ، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

وقائع الطعن وحيثياته في إطار الحق في الخصوصية

اتهمت النيابة العامة الطاعنة وآخر في قضية جنحة الزنا؛ حيث ارتكبت جريمة الزنا مع المتهم الثاني، بأن عاشرها معاشرة الأزواج، حال كونها زوجة المجني عليه، وطلبت عقابهما بالمواد الخاصة بجريمة الزنا من قانون العقوبات، وعليه دانت المحكمة الصغرى الجنائية الطاعنة، وعاقبتها بالحبس سنتين، وقدرت مبلغ خمسمائة دينار كفالة لوقف التنفيذ، وبمعاقبة شريكها بالحبس سنتين مع النفاذ، ومن ثم استأنف المتهمان الحكم لدى المحكمة الكبرى الجنائية «بهيئة استئنافية»، وحكمت حضورياً بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع برفضهما وتأييد الحكم المستأنف، بعد ذلك تم الطعن على الحكم بطريق التمييز من قبل المحكوم عليها.

ونعت الطاعنة على الحكم المطعون فيه أنه إذ دانها بجريمة الزنا قد اخطأ في تطبيق القانون، وخالف الثابت في الأوراق، وشابه القصور في التسبب، والفساد في الاستدلال، وانطوى على إخلال بحق الدفاع، ذلك أنها تمسكت في دفاعها بسقوط حق الزوج المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية عن جريمة الزنا لمرور أكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ علمه اليقيني بالجريمة، والذي تحقق في عام صادف فيه تاريخ حملها منه لنجلها، وقيامه بتسجيله باسمه، وإقراره في تحقیقات النيابة العامة بقيام الشك في حملها منه، وأن الحكم أطرح هذا الدفاع من دون مسوغ، ومن دون أن يلتزم بحجية الحكم البات الصادر في الدعوى الشرعية بثبوت نسب أبنائه إليه، وهو ما

يقطع بانتفاء واقعة الزنا في حقها والدليل عليها، وعول الحكم في إدانتها على أقوال المجني عليه (الزوج) التي استقاها من المحادثات الموجودة في هاتفها النقال خلصة منها؛ برغم عدم صحتها وتناقضها، وعلى اعتراف المتهم الثاني (الشريك)، برغم مخالفته الحقيقة والواقع في الدعوى، وعدم صحته لوجود خلافات بينهما، لسبق رفضها الزواج منه؛ كونه متعاطياً للمواد المخدرة، وله سوابق، وصدرت عليه أحكام جنائية، وأن دافعه في ذلك الكيد لها بإيعاز من زوجها المجني عليه؛ لمساعدته في قضايا مقامة قبله.

كذلك دانها الحكم بالمخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي تتطلب - لإثبات الزنا - إما الإقرار به، وإما توافر أربعة شهود عدول على حدوثه. وبرغم إنكارها التهمة، وقيام دفاعها على خلو الأوراق من دليل على ارتكابها الزنا، وعلى أن محادثات تطبيق الواتساب المقدمة من المجني عليه صادرة عنها، ولم تتضمن ما يفيد ارتكابها الجريمة، خاصة أن هاتفها النقال كان في حوزته، وأن لديه خبرات فنية تجعله قادراً على العبث بمحتواه، وتزييف تلك المحادثات بحكم طبيعة وظيفته الأمنية، وذلك مما يعيب الحكم ويستلزم نقضه.

قضت محكمة التمييز بأن الطعن برمته يكون على غير أساس، متعيناً رفضه موضوعاً، من دون حاجة إلى بحث طلب وقف التنفيذ.

وردت محكمة التمييز بشكل منسجم مع القانون، ومكرر لمبادئ قانونية سابقة وراسخة في قضاء محكمة التمييز على نعي الطاعة في جميع ما أثارته من أسباب للطعن، إلا أن هناك رداً واحداً قد يثير العديد من الإشكاليات القانونية، ويرسي مبدأً جديد؛ حيث ذكرت محكمة التمييز في حيثيات حكمها أنه «من المقرر أن الزوج في علاقته مع زوجه ليس على الإطلاق بمنزلة الغير في صدد السرية المقررة للمكاتبات، سواء كانت في أوراق أو داخل هاتف نقال، أو أي شيء آخر، فإن عشرتهما وسكون كل منهما إلى الآخر، وما يفرضه عقد الزواج عليهما من تكاليف لصيانة الأسرة في كيانها وسمعتها، ذلك يخول كلا منهما ما لا يباح للغير مراقبة زميله في سلوكه، وفي سيره، وفي غير ذلك مما يتصل بالحياة الزوجية لكي يكون على بينة من عشيرته، وهذا

يسمح له - عند الاقتضاء - أن يتقصى ما عساه يساوره من ظنون أو شكوك؛ ليستبث منه ويقرر فيه ما يرتبه، فإذا كانت الزوجة قد حامت حولها عند زوجها شبهات قوية فإنه يكون له أن يستولي - ولو خلسة - على ما يعتقد وجوده من رسائل العشق، سواء في حقيبتها أو داخل هاتفها الموجود في بيته وتحت بصره، ثم أن يشهد بها عليها إذا رأى محاكمتها جنائياً لإخلالها بعقد الزواج - كما هي الحال في الدعوى المطروحة - وكانت المحكمة في حدود سلطتها التقديرية قد قدرت، من واقع الدعوى، توافر تلك الظنون والشكوك لدى الزوج المجني عليه في فتحه هاتف الطاعة، والاطلاع على ما بداخله من محادثات ورسائل، فإنه لا تثريب عليها في ذلك إذا توافر الدليل لديها على أنها خاصة بالطاعة وبالمتهم الآخر، أو بغيره، وجاز لها أن تستند إلى تلك الأقوال المتحصلة من ذلك الاطلاع في الاقتناع بوقوع الزنا، خصوصاً إذا هي لم تنف صدورها عنها بإنكارها الجريمة، وعجزت من جانبها عن نفيها، ويكون دفاعها بعدم الاعتداد بأقواله دليلاً لتوصله إليها خلسة منها، بطريقة غير مشروعة بعيداً عن محجة الصواب، ولا عليها إن هي لم تعرض لدفاعها في هذا الشأن باعتباره عارياً عن دليله وظاهر البطلان».

المطلب الثاني

إشكاليات الطعن في إطار الحق في الخصوصية

يتضح مما تقدم أن محكمة التمييز أقرت مبدأً جديداً ليس له سابقة في قضاء محكمة التمييز البحرينية، ويثير هذا المبدأ العديد من التساؤلات المبدئية، حول ما توصلت إليه من حق مراقبة الزوج شريكه، فهل هو حق عام في جميع المسائل

أم مقصور على جريمة الزنا؟ وهل هذا الحق مكفول للطرفين، أي الزوج والزوجة؟ وهل هذه المراقبة ممكن أن تكون بشكل سري؟ وما سند المحكمة في ذلك؟

للإجابة عن هذه التساؤلات يمكننا تفصيل هذا المبدأ على النحو التالي:

1 - حق مراقبة الزوج للآخر في كل ما يتصل بالحياة الزوجية، وهو حق للزوجين

على السواء، ولا خصوصية بينهما، ولا يمتد هذا الحق للغير إنما هو حق مقصور على الزوجين فقط، بشكل متبادل.

2 - إن تلك المراقبة واسعة النطاق، بحيث تشمل المكاتبات، سواء كانت في أوراق أو داخل هاتف نقال، في أي شيء آخر.

3 - جواز المراقبة العامة، وإن كانت بشكل سري، من دون علم الطرف الآخر بين الأزواج؛ حيث قررت أن ذلك من حق كل طرف في العلاقة الزوجية؛ مبررة ذلك بأن علاقة الزوجين مختلفة عن بقية العلاقات، ولا تسري بشأنها السرية، كذلك ترى المحكمة، من المبررات الداعمة لمبدئها، أن عشرة الأزواج، وسكون كل منهما إلى الآخر، وما يفرضه عقد الزواج عليهما من تكاليف لصيانة الأسرة في كيانها وسمعتها يخوّل كلا منهما ما لا يباح للغير، وله مراقبة زميله في سلوكه، وفي سيره، وفي غير ذلك مما يتصل بالحياة الزوجية، لكي يكون على بينة من عشيره.

4 - أكدت المحكمة - بشكل خاص - هذا الحق عندما تساور الزوج ظنون وشبهات قوية أن يتحصل على ما يثبت أو ينفي هذه الظنون، ولو خلسة، على ما يعتقد وجوده، سواء في الحقيبة أو داخل الهاتف في بيته وتحت بصره.

5 - أكدت المحكمة حق الزوج أن يستعمل ما يتحصل عليه كدليل على إثبات الوقائع، وأن يشهد بها على زوجه إذا رأى محاكمتها جنائياً للإخلال بعقد الزواج.

6 - أكدت محكمة التمييز سلطة محكمة الموضوع التقديرية في تقديرها لوقائع الدعوى حول توافر تلك الظنون من عدمها، وأن محكمة الموضوع رأت أن تلك الشكوك لدى الزوج المجني عليه في فتحه هاتف الطاعنة والاطلاع على ما بداخله من محادثات ورسائل متوافرة، على ذلك فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع في ذلك إذا توافر الدليل لديها، على أنها خاصة بالطاعنة وبالمتهم الآخر أو غيره، وجاز لها أن تستند إلى تلك الأقوال المتحصلة من ذلك الاطلاع في الاقتناع بوقوع الزنا.

7 - ينتقل عبء الإثبات في حال تحصل الزوج على ما يدين زوجته على الطرف الآخر في جريمة الزنا، بنفي وإنكار محتواها؛ فإن عجز عن نفيها تكون دليلاً على صحة ما ادعى.

8 - يكون دفاع الزوج بعدم الاعتداد بأقوال زوجته كدليل على جريمة الزنا، كونه حصل عليها خلصة منه بطريقة غير مشروعة بعيداً عن محجة الصواب.

بعد ما تقدّم من تفسير لهذا المبدأ تبرز لنا العديد من الإشكاليات؛ حيث إن محكمة التمييز هي محكمة قانون وليس محكمة وقائع، وتنتظر في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الاستئنافية، من حيث إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، أو إذا وقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات، أثر في الحكم، وفي معرض وظيفتها هذه تصدر محكمة التمييز مبادئ مهمة تعتمد عليها محكمة التمييز ذاتها في دوائرها المختلفة، وكذلك المحاكم على اختلاف درجاتها في الوقائع المشابهة للوقائع محل الحكم الذي صدر في ظله المبدأ.

ومن حيث الأساس والمنطق القانوني يجب أن يكون المبدأ الذي ترسيه محكمة التمييز منسجماً مع القانون والمبادئ والقواعد القانونية والحقوقية العامة الراسخة على مستوى الدولة والمستوى العالمي، وفي مختلف الأنظمة القانونية المتحضرة.

أولى هذه الإشكاليات التي يثيرها المبدأ مسألة مدى انسجامه مع حقوق الإنسان، وعلى وجه الخصوص الحق في الخصوصية؛ إذ تعتبر حقوق الإنسان في العصر الحديث حجر الزاوية والأساس للمصالح التي يحميها القانون، ويعد الحق في الخصوصية من الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقيات والصكوك الدولية التي تصدق عليها الدول، وتفرد لها نصوصاً في دساتيرها، وتجرم ما يمس به في قوانين العقوبات، على ذلك كيف عالجت النصوص الدولية والدستورية والجنائية هذا الحق، وهل استثنت الزوجين من نطاق هذا الحق بشيء من الاستثناء؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تحدد مدى توافق المبدأ مع العديد من الجوانب القانونية؛ منها الاتفاقيات والصكوك الدولية، والدستور وقانون العقوبات؟

كذلك استند المبدأ - في تبريره - لمضمونه على عقد الزواج، وما يتطلبه من أحقية مراقبة الزوجين كل منهما للآخر، فهل من الممكن أن يكون عقد الزواج مبرراً لهذا المبدأ، الأمر الذي يدعونا إلى البحث في قواعد الشريعة الإسلامية وموقفها من المبدأ، وموقفها بخصوص حدود التزامات عقد الزواج.

المبحث الأول

الحق في الخصوصية وعلاقته بالطعن محل التعليق

سنعرض في هذا المبحث ماهية الحق في الخصوصية في مطلب أول، ثم نناقش علاقة الطعن بهذا الحق في مطلب ثانٍ، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

ماهية الحق في الخصوصية

لقد أصبح الحق في الخصوصية حقاً إنسانياً دولياً بشكل شامل، قبل أن يكون حقاً أساسياً راسخاً على المستوى الوطني، وذلك في السنوات التي أعقبت الحرب العالمية الثانية؛ حيث كان الأمر قبل ذلك يقتصر على حماية الدساتير الوطنية لبعض جوانب الخصوصية، مثل حرمة المسكن والمراسلات⁽¹⁾.

لقد شهدت السنوات الأخيرة تحولاً في الحق في الخصوصية، خاصة فيما يتعلق بمراقبة واعتراض الاتصالات من قضية حقوق إنسان مهمة إلى محور قرارات متعددة للجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس حقوق الإنسان، ومنذ مارس 2015 أصبح هذا الحق موضوع ولاية خاصة بالإجراءات الخاصة للأمم المتحدة التي تسعى إلى تطوير المعايير حول قضايا المراقبة، وحل مشكلاتها في المستقبل⁽²⁾.

إن تفسير الخصوصية وحمايتها ينبغي أن يكونا في إطار حماية الهوية الشخصية، وهي بذلك ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالكرامة الإنسانية⁽³⁾.

على الرغم من الاهتمام الذي حظي به هذا الحق خلال الأعوام الأخيرة، يرى جانب من الفقه أنه من الصعب تكوين مفهوم محدد يوطر الحق في الخصوصية،

(1) Oliver Diggelmann and Maria Nicole Cleis, How the Right to Privacy became a Human Right, Human Rights Law Review, Volume 14, Issue 3, September 2014, p.441.

(2) Carly Nyst and Tomaso Falchettam, The Right to Privacy in the Digital Age, Journal of Human Rights Practice, Volume 9, Issue 1, February 2017, p.104.

(3) L. Floridi, On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy, Philos. Technol. 29, pp.307-312, (2016). <https://doi.org/10.1007/s13347-016-0220-8>.

والسبب في ذلك يعود إلى طبيعة فكرة الحياة الخاصة؛ حيث إنها فكرة مرنة وغامضة ونسبية، بمعنى أنها تختلف وتتطور من زمن إلى آخر، ومن مكان إلى آخر، كما أن تطبيقات هذا الحق تتعدد وترتبط بشكل جوهري بحقوق أخرى، ويحكمها العديد من الظروف والعوامل السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية.⁽⁴⁾

بعض الفقه يرى أن الحق في الخصوصية هو «حق الفرد في حماية اسمه وشرفه، واعتباره ومراسلاته واتصالاته وحياته المهنية والعائلية، وكل ما له تأثير على حياته الشخصية»⁽⁵⁾، كذلك عرّف بعض الفقه الحق في الخصوصية بأنه «حق الفرد في أن يعيش متمتعاً باحترام أشياء خاصة يطويها عن غير عادة، وذلك بغل يد السلطة العامة والأفراد عن التدخل أو التعرض لهذه الأشياء، إلا في الأحوال التي تقتضيها المصلحة العامة»⁽⁶⁾.

هناك جانب من الفقه يرى أن مفهوم هذا الحق له أبعاد كثيرة انطلاقاً من التفسير الواسع لهيئات الرقابة على اتفاقيات حقوق الإنسان، حيث إن هذا الحق لا يقتصر على تطبيقات العلاقات الشخصية فقط، بل لهذا الحق مجموعة من العناصر التي يندرج تحتها العديد من التطبيقات، منها الحياة الخاصة الشخصية التي تتعلق بخصوصية وسلامة الجسد، وحقه في اختيار طريقه عيشه بأمان وحياته الجنسية، كذلك كل ما يتصل بالحياة الخاصة الاجتماعية، والتي تشمل إنشاء العلاقات مع الآخرين، وإنماءها، والحق في إنماء الشخصية، وآخر هذه العناصر الحق في بيئة متوازنة وصحية، والذي كان الفضل للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في اعتباره من قبيل الحياة الخاصة على خلاف توجه الصكوك الدولية لحقوق الإنسان.⁽⁷⁾

(4) هامل هوارى، حدود الحماية القانونية الدولية للحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لباس، الجزائر، مج7، ع2، نوفمبر 2021، ص28.
(5) أسامة عبدالله القايدي، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص12.

(6) أسامة الروابي، التوازن بين علانية المحكمة ومبدأ الخصوصية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع10، س3، يونيو 2015، ص471.

(7) محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ج2، دار الثقافة، عمان، 2014، ص289.

وينبغي لكل شخص الحق في عدم التعرض له بشكل غير مشروع، أو بشكل تعسفي، للتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس بشرفه أو سمعته، وهذه الحماية ينبغي أن تُوفّر في مواجهة سلطات الدولة والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، وعلى ذلك يجب على الدولة أن تتخذ تدابير تشريعية وغيرها من التدابير اللازمة لحماية هذا الحق، إذ إن هذه الحماية مرتبطة بالتدخل غير المشروع في الخصوصية، أي أنه لا يمكن حدوث أي تدخل إلا في الحالات التي ينص عليها القانون. كذلك لا يجوز التدخل التعسفي في خصوصية الإنسان، وهو التدخل الذي يسمح به القانون بشكل غير متوافق مع أحكام العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ومراميه وأهدافه، أو أن يكون غير معقول بالنسبة إلى الظروف التي يحدث فيها⁽⁸⁾.

ويجب على القانون أن يضمن سلامة وسرية المراسلات؛ حيث ينبغي أن تُسلّم المراسلات إلى المرسل إليه، من دون مصادرتها أو فتحها أو قراءتها أو مراقبتها، وينبغي حظر الرقابة بالوسائل الإلكترونية أو غيرها على السواء، كما لا يجوز اعتراض طريق الاتصالات الهاتفية والبرقية وغيرها من أشكال الاتصالات، والتنصت على المحادثات وتسجيلها⁽⁹⁾.

المطلب الثاني

علاقة الحق في الخصوصية بالطعن محل التعليق

أكدت المواثيق والصكوك الدولية الحق في الخصوصية بشكل صريح؛ حيث نصت المادة (12) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه «لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته. ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات».

(8) التعليق العام رقم 16، الدورة الثانية والثلاثون، 1988، المادة (17): الحق في حرمة الحياة الخاصة، الفقرات: 1 و3 و4.

(9) التعليق العام رقم 16، الدورة الثانية والثلاثون، 1988، المادة (17): الحق في حرمة الحياة الخاصة، الفقرة 8.

كذلك أكدت المادة (17) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن «لا يجوز تعريض أي شخص، على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته، وحق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس».

إن للإعلان العالمي لحقوق الإنسان قيمة أدبية أسهمت بدور كبير في مجال حقوق الإنسان؛ حيث يعتبر الإعلان ملهمًا للدساتير التي صدرت بعده، إلا أنه لا يرقى إلى درجة النص القانوني الملزم بسبب أنه لم يأخذ شكل الاتفاقية الدولية الملزمة⁽¹⁰⁾.

لا شك في أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان شكّل منحى مهمًا في مجال حقوق الإنسان؛ حيث كان الوثيقة الدولية الأولى التي تتناول حقوق الإنسان بشكل تفصيلي، وكان الإعلان - وما زال - مصدرًا مهمًا للجهود الوطنية والدولية في مجال تعزيز حقوق الإنسان، وقد بيّن الإعلان الحدود لكل أعمال حقوق الإنسان اللاحقة، ووفر الفلسفة الرئيسية للاتفاقيات التي فصلت الحقوق الواردة في الإعلان⁽¹¹⁾.

أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فهو معاهدة متعدّدة الأطراف اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار رقم 2200 ألف المؤرخ

(10) ثار جدل بين الفقهاء حول القيمة القانونية للإعلان، بمعنى ما مدى إلزامية النصوص الواردة في هذا الإعلان؟ وهل تشكل نصوصًا قانونية ملزمة أم أنها مجرد مبادئ عامة صدرت في شكل توصية عن الجمعية العامة للأمم المتحدة؟ في معرض الإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه إلى رأيين: الرأي الأول يشكل الاتجاه الموضوعي الذي يرى أن ما ورد في الإعلان ملزم، باعتباره مكملاً لميثاق الأمم المتحدة، ويشكل التزامات عرفية ودستورية لكثير من الدول. أما الرأي الثاني فإنه يأخذ بالاتجاه الشكلي الذي يرى أن الإعلان صدر في شكل توصية من الجمعية العامة، وتوصيات الجمعية العامة غير ملزمة، وبالتالي فهو غير ملزم وليست له سوى قيمة أدبية. حول ذلك راجع: مريم بنت حسن آل خليفة وعبدالكريم علوان، ملتقى البحرين في حقوق الإنسان، مطبوعات جامعة البحرين، 2006، ص 35.

(11) كذلك انعكس الإعلان على القانون الداخلي لبعض الدول؛ فعلى سبيل المثال أصدرت بنما قانونًا في العام 1956 لتطبيق المادة (21) من دستورها التي تمنع التمييز بسبب الولادة أو العنصر أو الأصل الاجتماعي أو الجنس أو الديانة أو الرأي السياسي، وينص القانون في مقدمته على أن أي تمييز بسبب اللون أو العنصر هو «انتهاك خطر» للمادة (21) من الدستور الوطني، و«الإعلان العالمي لحقوق الإنسان». حول ذلك راجع: مريم بنت حسن آل خليفة وعبدالكريم علوان، المرجع السابق، ص 29.

في 16 ديسمبر 1966، والذي دَخَلَ حَيِّزَ النِّفَازِ فِي 23 مارس 1976، وَفَقًّا لِلْمَادَّةِ (49) مِنْ الْعَهْدِ، وَالتِّي سَمَحَتْ لِلْمُعَاهَدَةِ بِدُخُولِ حَيِّزِ النِّفَازِ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ تَارِيخِ إِيدَاعِ صَكِّ التَّصْدِيقِ أَوْ الْإِنْضِمَامِ رَقْمُ 35، وَتُلْزَمُ الْمُعَاهَدَةُ أَطْرَافُهَا بِاحْتِرَامِ الْحَقُوقِ الْمَدْنِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ، وَصَدَّقَتْ 168 دَوْلَةً عَلَى الْمُعَاهَدَةِ اعْتِبَارًا مِنْ أَبْرِيل 2014، وَوَقَّعَتْ عَلَيْهَا 74 دَوْلَةً مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقٍ.

وَبَيَّنَتِ اللِّجْنَةُ الْمَعْنِيَةَ بِحَقُوقِ الْإِنْسَانِ، عِنْدَ تَعْلِيْقِهَا عَلَى الْحَقِّ فِي الْخُصُوصِيَّةِ، أَنَّهُ «يَجِبُ عَلَى الدُّوَلِ الْأَطْرَافِ ذَاتَهَا أَلَّا تَقُومَ بِعَمَلِيَّاتٍ تَدْخُلُ لَا تَتَّفَقُ مَعَ الْمَادَّةِ (17) مِنْ الْعَهْدِ، وَأَنْ تَوْفِرَ الْإِطَارَ التَّشْرِيعِي الَّذِي يَحْظُرُ عَلَى الْأَشْخَاصِ الطَّبِيعِيِّينَ أَوْ الْقَانُونِيِّينَ الْقِيَامَ بِهَذِهِ الْأَفْعَالِ»⁽¹²⁾.

وَانضَمَّتْ مَمْلَكَةُ الْبَحْرَيْنِ إِلَى الْعَهْدِ الدُّوَلِيِّ الْخَاصِّ بِالْحَقُوقِ الْمَدْنِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ، بِمَوْجِبِ الْقَانُونِ رَقْمِ 56 لِسَنَةِ 2006، مَعَ الْإِعْلَانِ (التَّحْفِظُ) عَنِ التَّالِي:

1 - إِنْ التَّزَامُ مَمْلَكَةُ الْبَحْرَيْنِ بِمَسَاوَاةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، وَبِالْحُرِّيَةِ الدِّينِيَّةِ وَحَقُوقِ الزَّوْجِ وَتَكْوِينِ الْأُسْرَةِ الْوَارِدَةِ فِي الْعَهْدِ تَكُونُ فِي حُدُودِ مَرْجِعِيَّةِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي التَّشْرِيعِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فِي الدِّسْتُورِ الْبَحْرَيْنِيِّ.

2 - لِمَمْلَكَةِ الْبَحْرَيْنِ الْحَقُّ فِي تَحْدِيدِ أُسُسِ وَقَوَاعِدِ الْحَصُولِ عَلَى التَّعْوِيزِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فِي الْعَهْدِ، بِشَأْنِ كُلِّ شَخْصٍ كَانَ ضَحِيَّةَ تَوْقِيفٍ أَوْ اعْتِقَالٍ غَيْرِ قَانُونِيٍّ. بِهَذَا التَّحْفِظِ تَقْرُ مَمْلَكَةُ الْبَحْرَيْنِ بِحَقِّ التَّعْوِيزِ، لَكِنِّهَا تُوَكِّدُ حَقَّهَا فِي تَحْدِيدِ مَعَايِيرِ هَذَا التَّعْوِيزِ، وَتَقْتَصِرُ مَسْأَلَةُ التَّعْوِيزِ هُنَا عَلَى مَنْ تَعْرُضُ لَتَوْقِيفٍ أَوْ اعْتِقَالٍ مُخَالِفٍ لِلْحَالَاتِ، وَالْقَوَاعِدِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا فِي الْقَانُونِ.

3 - إِنْ التَّزَامُ مَمْلَكَةُ الْبَحْرَيْنِ بِالْعَهْدِ، فِيمَا يَخْصُ عَدَمَ تَعْرِيزِ أَحَدٍ مُجَدِّدًا لِلْمَحَاكِمَةِ أَوْ الْعِقَابِ عَلَى جَرِيْمَةٍ سَبَقَ أَنْ أُدِينَ بِهَا، أَوْ بُرِّئَ مِنْهَا بِحُكْمٍ نَهَائِيٍّ يَكُونُ فِي حُدُودِ أَحْكَامِ قَانُونِ الْعُقُوبَاتِ الْبَحْرَيْنِيِّ، وَالَّذِي يَسْتَشْنِي بَعْضَ الْجَرَائِمِ مِنْ

(12) التعليل العام رقم 16، الدورة الثانية والثلاثون 1988، المادة (17): الحق في حرمة الحياة الخاصة، الفقرة 9.

ذلك، مثل الجرائم المتعلقة بأمن الدولة الداخلي والخارجي، وتقليد الأختام والعلامات العامة وتزييف العملة وأوراق النقد.

إن تصديق مملكة البحرين على العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يجعله واجب التطبيق كقانون في المملكة تطبيقاً لنص المادة (37) من الدستور التي نصت على أن «يرم الملك المعاهدات بمرسوم، ويبلغها إلى مجلسي الشورى والنواب فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والتحالف، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة، والمعاهدات التي تُحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين البحرين، يجب لنفاذها أن تصدر بقانون، ولا يجوز في أي حال من الأحوال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية»، على ذلك يكون للعهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية قوة القانون، بعدما تم التصديق عليه، وصدوره بقانون؛ كونه من الاتفاقيات الخاصة بحقوق المواطنين.

وأكد الدستور البحريني، في المادة (25) منه، أن «للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها أو تفتيشها بغير إذن أهلها إلا استثناء في حالات الضرورة القصوى التي يعينها القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه»، وفي المادة (26) منه أكد أن «حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة المراسلات أو إفشاء سريتها إلا في الضرورات التي يبينها القانون، ووفقاً للإجراءات والضمانات المنصوص عليها فيه».

وحرصاً من الدستور البحريني على عدم المساس بجوهر الحق، أكدت المادة (31) منه 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».

يُلاحظ مما تقدم أن النصوص القانونية الدولية الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وفي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تؤكد - بما لا يدع مجالاً للشك - الحق في الخصوصية بكل عناصرها، ومنها سرية المراسلات، وعدم جواز اختراقها، أو التعرض لها من قبل الأفراد والسلطات؛ إلا في أحوال ضيقة يحددها القانون، ولم تستثن تلك القواعد الزوجين من الالتزام بهذا الحق، بل على الدول أن توفر الإطار التشريعي الذي يحظر على الأشخاص الطبيعيين أو القانونيين القيام بهذه الأفعال، وهذا يشير إلى تجاوز قضاء محكمة التمييز في الطعن محل التعليق النصوص القانونية الدولية بهذا الشأن.

وصدّقت مملكة البحرين على العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية كما بيّنّا آنفاً، وله قوة القانون بمعنى أنه يجب على القضاء - في مختلف درجاته - تطبيق نصوص هذا العهد بشكل مباشر والالتزام به كما بيّن الدستور، بل إن تحفظ مملكة البحرين على العهد، فيما يخص التزام مملكة البحرين بمساواة الرجل والمرأة، وبالحرية الدينية، وحقوق الزواج وتكوين الأسرة الواردة في العهد تكون في حدود مرجعية الشريعة الإسلامية في التشريع المنصوص عليها في الدستور البحريني، وهنا كان النص صريحاً على مسألة حقوق الزواج لا بد من أن تكون في حدود مرجعية الشريعة الإسلامية التي سوف نناقشها لاحقاً في المبحث الثالث.

كذلك يأتي الطعن محل التعليق في المبدأ الذي خُلف إليه مخالفاً لصريح نص الدستور على أن حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا تجوز مراقبة المراسلات أو إفشاء سريتها إلا في الضرورات التي يبينها القانون، ووفقاً للإجراءات والضمانات المنصوص عليها فيه، ولا يوجد قانون مكتوب أو عرفي يجيز جواز انتهاك الزوج خصوصية شريكه.

وإذا كان الدستور البحريني أكد 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، فمن باب أولى ألا ينال القضاء، على مختلف درجاته، من جوهر الحق أو الحرية، وهذا ما حصل في مبدأ محكمة

التمييز في الطعن محل التعليق؛ حيث إن السماح للزوج بمراقبة الآخر والتجسس عليه بكل الوسائل يعتبر مساساً بجوهر الحق.

حيث يركز جوهر الحق في الخصوصية على عدم التعرض لأي شخص بشكل غير مشروع، أو بشكل تعسفي؛ للتدخل في خصوصياته، أو شؤون أسرته، أو بيته أو مراسلاته، وتوفير الحماية لذلك، وهذه الحماية ينبغي أن تُوفّر في مواجهة سلطات الدولة والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين؛ إذ إن هذه الحماية مرتبطة بالتدخل غير المشروع في الخصوصية، أي أنه لا يمكن حدوث أي تدخل إلا في الحالات التي ينص عليها القانون بشكل محدد، وفي إطار بحثنا يمكننا التركيز على ضمانات القانون لسلامة وسرية المراسلات؛ حيث ينبغي أن تُسلّم المراسلات إلى المرسل إليه من دون مصادرتها أو فتحها أو قراءتها أو مراقبتها، وينبغي حظر الرقابة بالوسائل الإلكترونية أو غيرها على السواء، كما لا يجوز اعتراض طريق الاتصالات الهاتفية والبرقية وغيرها من أشكال الاتصالات، والتنصت على المحادثات وتسجيلها، وهذا الأمر يسري على كل الأشخاص من دون استثناء لعلاقة معينة، ومنها علاقة الزواج، على ذلك إن الحكم بغير ذلك يعد مساساً بجوهر الحق.

المبحث الثاني

التعليق على الطعن في إطار قانون العقوبات

يُعد انتهاك الحياة الخاصة من أخطر المسائل الحقوقية في عصرنا الحالي، في ظل الانتشار الواسع والمتطور للوسائل التكنولوجية؛ حيث تسعى قوانين العقوبات وتقنية المعلومات إلى فرض عقوبات رادعة تواكب التطور الحاصل في هذا المجال، على ذلك سوف نتناول الحماية الجنائية للحق في الخصوصية في مطلب أول، ثم نعرض لأسباب الإباحة وعلاقتها بالطعن محل التعليق في مطلب ثانٍ، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الحماية الجنائية للحق في الخصوصية

حمايةً للحق في الخصوصية فقد جرم قانون العقوبات البحريني، الصادر بالمرسوم بقانون رقم 15 لسنة 1976، كل ما من شأنه المساس بهذا الحق؛ حيث نصت المادة (370) على أنه «يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبالغرامة التي لا تتجاوز خمسين ديناراً، أو بإحدى هاتين العقوبتين، من نشر - بإحدى طرق العلانية - أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد، ولو كانت صحيحة، إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم».

كذلك نصت المادة (371) على أنه «يُعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أو بالغرامة التي لا تتجاوز مائة دينار من كان - بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه - مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السر في أثناء، أو بسبب أو بمناسبة، تأديته وظيفته أو خدمته».

ونصت المادة (372) على أن «يُعاقب بالغرامة التي لا تتجاوز عشرين ديناراً من

فض رسالة أو برقية بغير رضا من أرسلت إليه أو استرق السمع في مكالمة تلفونية. ويُعاقب الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسين ديناراً إذا أفشى الرسالة أو البرقية أو المكالمة لغير من وُجّهت إليه ودون إذنه متى كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بالغير».

إذا كانت المادة (370) تتناول تجريم النشر العلني للأسرار العائلية وإن كانت المادة تحمي جانب من الحياة الخاصة إلا أنها لا تتصل بموضوع مراقبة شخص أو تنصته على الغير سواء فيما يتصل بالهاتف الجوال أو غيره.

أما المادة (371) فهي تتعرض لتجريم إفشاء الأسرار من قبل شخص حصل عليها بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه، وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر، وربط المشرع ذلك بعدم إذن صاحب الشأن، إن عبارة «وضعة» الواردة في المادة فتحت الباب لكل شخص يكون في وضع يسمح له بالاطلاع على الأسرار، أيّاً كانت طريقة الاطلاع، ويدخل في إطار ذلك الزوج؛ لأن وضعه يسمح بالاطلاع على أسرار زوجته، وإن قيامه بتقديم هذه الأسرار لمنفعته الشخصية؛ دليلاً أمام القضاء لتجريم الزوج، نكون أمام جريمة انطبق عليها النموذج القانوني.

أما المادة (372) فهي تجرم كل من فض رسالة أو برقية، وهنا جاءت العبارة عامة، بحيث تنصرف إلى الرسائل المكتوبة والإلكترونية وغيرها مما ينطبق عليه وصف الرسالة، ولو كانت في صورة محادثات هاتفية مكتوبة. واشترطت المادة أن يتم ذلك بغير رضا من أرسلت إليه، كذلك جرمت المادة كل من استرق السمع في مكالمة تلفونية، بمعنى التنصت على المكالمات الهاتفية تحديداً، وشددت المادة العقوبة إذا أفشى الرسالة أو البرقية أو المكالمة لغير من وُجّهت إليه ومن دون إذنه، متى كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بالغير.

وفي تطور أكثر دقة جرم القانون رقم 60 لسنة 2014، بشأن جرائم تقنية المعلومات، الاعتداء على الحياة الخاصة، لا سيما في مجال اعتراض الرسائل أو التنصت، أو مجرد الدخول على معلومات خاصة؛ حيث نصت المادة (2) من هذا

القانون على أنه «يُعاقَب بالحبس مدة لا تزيد على سنة، وبالغرامة التي لا تتجاوز ثلاثين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين، من قام دون مسوغ قانوني بالدخول إلى نظام تقنية المعلومات أو جزء منه. وإذا نتج عن الدخول إفشاء البيانات المخزنة في وسيلة أو نظام تقنية المعلومات أو جزء منه عُدَّ ذلك ظرفاً مشدداً».

كذلك نصت المادة (4) من ذات القانون على أنه «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر، يُعاقَب بالحبس وبالغرامة التي لا تتجاوز مائة ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، من تنصت أو التقت أو اعترض دون مسوغ قانوني مستخدماً وسائل فنية، إرسالاً غير موجه للعموم لبيانات وسيلة تقنية

المعلومات، سواء كانت البيانات مرسلّة من نظام تقنية المعلومات أو إليه أو ضمنه، ويشمل هذا الإرسال أي انبعاثات لموجات كهرومغناطيسية من نظام تقنية المعلومات تحمل معها هذه البيانات. وإذا نتج عن التنصت أو الالتقاط أو الاعتراض إفشاء للإرسال أو جزء منه دون مسوغ قانوني عُدَّ ذلك ظرفاً مشدداً».

إن المادة (2) جرّمت كل من قام، من دون مسوغ قانوني، بالدخول إلى نظام تقنية المعلومات أو جزء منه. ويقصد بتقنية المعلومات، وفق ما جاء في الفصل التمهيدي من القانون، في المادة (1) «كل أشكال التقنية المُستخدمة لإنشاء ومعالجة وتخزين وتبادل واستخدام وعرض المعلومات بمختلف صيغها». كذلك يُقصد بنظام تقنية المعلومات «أداة أو مجموعة أدوات متصلة أو ذات صلة ببعضها، ويقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية لبيانات وسيلة تقنية المعلومات وفقاً لبرنامج». وهذا المفهوم ينطبق على الهاتف النقال، وعلى ذلك فإن مجرد الدخول إلى هاتف نقال شخص معين، من دون مسوغ قانوني، يعتبر جريمة يُعاقَب عليها القانون، بل اعتبر القانون ظرفاً مشدداً، وإذا نتج عن الدخول إفشاء البيانات المخزنة في وسيلة أو نظام تقنية المعلومات أو جزء منه.

كذلك جرّمت المادة (4) كل من تنصت، أو التقت أو اعترض، من دون مسوغ قانوني، مستخدماً وسائل فنية، إرسالاً غير موجه للعموم لبيانات وسيلة تقنية

المعلومات، سواء كانت البيانات مرسلّة من نظام تقنية المعلومات أو إليه أو ضمنه، ويشمل هذا الإرسال أي انبعاثات لموجات كهرومغناطيسية من نظام تقنية المعلومات تحمل معها هذه البيانات.

وتسري هذه المادة على التنصت أو الالتقاط أو الاعتراض الذي يتم للهاتف النقال من دون مسوغ قانوني، باستخدام وسائل فنية. وبينت المادة أنه في حال نتج عن التنصت أو الالتقاط أو الاعتراض إفشاء للإرسال أو جزء منه، من دون مسوغ قانوني، عُدد ذلك ظرفاً.

في الحقيقة لم يشر الطعن إلى الوسيلة المستخدمة في حصول الزوج على المعلومات من هاتف زوجته، هل تم ذلك بوسائل فنية أو غيرها، فإذا كان الدخول بوسائل فنية نكون أمام تطبيق واضح لنص المادة (4). أما إذا لم تكن هناك وسائل فنية فإننا أمام تطبيق لنص المادة (2) من قانون جرائم تقنية المعلومات؛ حيث تكون العقوبة هي الحبس مدة لا تزيد على سنة، وبالغرامة التي لا تتجاوز ثلاثين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ لأن الزوج دخل - من دون مسوغ قانوني للدخول - إلى نظام تقنية المعلومات أو جزء منه (الهاتف النقال)، بل إننا أمام ظرف مشدد؛ حيث نتج عن الدخول إفشاء البيانات المخزنة في وسيلة أو نظام تقنية المعلومات أمام القضاء.

إن ما تضمنه مبدأ الطعن محل التعليق، من جواز حصول الزوج على معلومات من هاتف زوجته، ولو تم جلسة، يضعنا أمام جريمة مكتملة الأركان؛ حيث لم تتضمن النصوص الجزائية أي استثناء صريح للزوج أو غيره من انتهاك خصوصية الغير. وفي وقائع الطعن محل التعليق تبين لنا تحقق الركن المادي للجريمة الذي يتكون من السلوك الإرادي الذي خالف أوامر المشرع أو نواهيه، والمتمثل في فعل التنصت الذي يُعرّفه البعض بالاستحواذ السمعّي، أو غير ذلك من أشكال الاستحواذ على مختلف أنواع الاتصالات بواسطة أجهزة إلكترونية أو ميكانيكية أو أجهزة أخرى. وقد يحدث التنصت في بداية الاتصال أو حين إرساله أو استقباله⁽¹³⁾.

(13) Gina Marie Stevens, Charles Doyle, Privacy: An Overview of Federal Statutes Governing Wiretapping and Electronic Eavesdropping, Congressional Research Service, 3 December 2009, p.8.

وبمعنى أكثر شمولية هو اعتراض الاتصالات بين طرفين من قبل طرف ثالث⁽¹⁴⁾، وقد ترتب على هذا السلوك، نتيجة الدخول إلى معلومات خاصة بالزوجة من دون علم منها، وإن رابطة السببية محققة بشكل واضح بين الفعل والنتيجة؛ فنكون - بذلك - أمام ركن مادي مكتمل، كذلك الأمر بالنسبة إلى الركن المعنوي للجريمة، فإنه مُحَقَّقُ باعتبار أن هذا النوع من الجرائم لا يكون إلا عمداً، بتوافر العلم والإرادة؛ حيث يعلم الزوج بكل الوقائع المادية والعناصر القانونية، فهو يعلم أن الهاتف مملوك لزوجها، ويعلم أن الزوجة لا تعلم بدخوله إلى هاتفها.

المطلب الثاني

أسباب الإباحة وعلاقتها بالطعن محل التعليق

أسباب الإباحة هي حالات تلحق بالجريمة مكتملة الأركان، ومطابقة للنموذج القانوني لها، كما حدده المشرع؛ فتتزع الصفة الإجرامية عنها، وتجعل الفعل مباحاً بعدما كان مجرمًا؛ ففي حالات الإباحة يتنازع نصان: الأول يُجرِّمُ الفعل. والآخر يجعل الفعل مباحاً، باعتبار أن النص الثاني خاص يقيد النص الأول الذي يعتبر عاماً؛ فتكون الأولوية لتطبيق النص الخاص. والجدير بالذكر أن أسباب الإباحة تختلف عن موانع المسؤولية، وموانع العقاب؛ حيث تجعل أسباب الإباحة الفعل منزوعاً عنه الصفة الإجرامية تماماً، بمعنى ألا يترتب على الفعل أي أثر جنائي أو مدني؛ فلا عقوبة، ولا تدبير احترازيًا، ولا تعويض مدنيًا يلحق بمرتكب السلوك، أما نصوص موانع المسؤولية، وموانع العقاب فيقتصر دورها على الإعفاء من العقوبة، من دون التأثير على وصف الفعل بأنه مُجرَّمٌ؛ فقد لا يترتب عقاب معين، إنما قد تترتب تدابير احترازية، أو مسؤولية مدنية على ذلك⁽¹⁵⁾.

(14) Sattar B. Sadkhan, Eavesdropping Techniques Role in Information Warfare-Status, Challenges and Future trends, Published in: 2021 2nd Information Technology To Enhance e-learning and Other Application (IT-ELA), Date of Conference: 28-29 December 2021, IEEEConference Location: Baghdad, Iraq, p.172.

(15) نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط4، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، ص 158 - 161. محمد شنة، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، ط2، مطبعة جامعة البحرين، 2006، ص 127 و128.

وبين قانون العقوبات البحريني أسباب الإباحة في العديد من المواد؛ حيث نصت المادة (15) منه على أن «لا جريمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون». كذلك بينت المادة (16) من القانون ذاته أنه «لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو العرف». وبينت المادة (17) من القانون نفسه أنه «تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا توافر الشرطان التاليان :

- 1 - إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على النفس، أو على المال، أو اعتقد قيام هذا الخطر، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة.
- 2 - أن يتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب. ويستوي في قيام هذه الحالة أن يكون التهديد بالخطر موجّهاً إلى نفس المدافع أو ماله، أو موجّهاً إلى نفس الغير أو ماله».

إن كنا قد بينّا، في المطلب السابق، أننا أمام جريمة مكتملة الأركان لفعل الزوج في مراقبة هاتف زوجته النقال، وحصوله على معلومات معينة خلصة من دون رضاها، فهل نكون أمام سبب من أسباب الإباحة، خاصة فيما يتعلق بتطبيق نص المادة (16) من قانون العقوبات الذي يعتبر أنه لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو العرف؟ بمعنى آخر هل يعتبر ما قام به الزوج هو استعمال لحق يقره القانون أو العرف؟ في معرض الإجابة عن هذا التساؤل ينبغي لنا التطرق إلى استعمال الحق كسبب مبيح بشيء من التفصيل.

ينظم القانون بكل فروعه العلاقات الاجتماعية بين الأفراد؛ فيرتب على تلك العلاقات حقوقاً وواجبات، وقد يتعارض استعمال الحق مع نص قانوني يُجرّم الفعل، وهذا التعارض لم يأت مصادفة أو غفلة من المشرع، وقد نظم المسألة باعتبار استعمال الحق سبباً مبيحاً للجريمة، وهنا جعل المشرع مصدرين للإباحة، الأول: هو القانون. والثاني: هو العرف، وهذا الأخير ممكن أن يكون سبباً للإباحة، ولكن لا يمكن أن يكون سبباً للتجريم؛ لخضوعه لمبدأ الشرعية. وهناك مجموعة من الشروط التي لا بد من أن تتوافر لاستعمال الحق كسبب مبيح نوجزها فيما يلي⁽¹⁶⁾:

(16) محمد شنة، المرجع السابق، ص 136 - 139.

1 - قيام الحق، سواء كان ثابتاً أو متنازعاً عليه. وهذا الحق لا بد من سند قانوني له، أي بموجب صريح القانون أو العرف. ومثال صريح القانون ما تنص عليه قوانين المرافعات بشأن مذكرات الدفاع التي من الممكن أن تنطوي على سب أو قذف بأحد أطراف القضية، أو ما تجيزه بعض الدساتير من أقوال داخل قبة البرلمان التي قد تشكل جريمة سب أو قذف، أو ما يجيزه قانون الصحافة من نقل الأخبار من قبل الصحفي والمذيعين. وكذلك أشار المشرع إلى أنه قد يكون مصدر الحق هو العرف، وعادة ما يضرب الفقه مثالا لذلك بما سمحت به الشريعة الإسلامية من ضرب تأديبي للزوجة أو الولد، في حدود المعقول، وحدود الشريعة الإسلامية.

2 - التزام حدود الحق، وهنا ينبغي على صاحب الحق التزام مقتضيات الحق وعدم التعسف فيه، ومن قبيل ذلك لا يجوز تجاوز حدود الحق عندما يكون لصاحب العقار حق وضع سياج على أرضه، لمنع دخول أحد عليها، وأن يحيط هذا السياج بتيار كهربائي ممكن أن يصعق من يلمسه، ولا يجوز للأب - مثلاً - تجاوز حدود التأديب في ضرب ولده ضرباً مبرحاً يسبب له عاهة مستديمة.

3 - مشروعية المصلحة من وراء استعمال الحق، أي استعمال الحق بغرض تحقيق مصلحة مشروعة جديرة بالرعاية القانونية، أما إذا استعمل الحق بغية الضرر بالغير، أو غيره من أسباب غير مشروعة، كالانتقام مثلاً، على ذلك لا يجوز من شخص يستعمل حق الارتفاق للمرور بعقار غيره ليصل إلى أرضه، وكان يسعى من وراء ذلك إلى انتهاك حرمة منزل الغير، بأن يسترق السمع، أو ينظر إلى منزل الغير.

مما تقدم، يتضح لنا أن استعمال الحق، كسبب مبيح للجريمة، لا بد له من توافر ثلاثة شروط، وأن سقوط أحدها يؤدي إلى عدم اكتمال أركان السبب المبيح، وأول هذه الشروط لقيام الحق، سواء كان ثابتاً أو متنازعاً عليه.

وهذا الحق لا بد من سند قانوني له، أي بموجب صريح القانون أو العرف.

وفي مسألة مراقبة الزوج زوجة، والتنصت أو التجسس عليها لا يوجد ما يبرر هذا التصرف بموجب صريح القانون، وكذلك العرف، إذا كان صريح القانون واضحاً لنا، بعدم وجود نص قانوني مباشر وصريح، فإن العرف يحتاج لقيامه إلى وجود عادة متكررة ومستمرة يقبلها المجتمع، ويشعر بالإلزام تجاهها، وهذا غير متعارف عليه في المجتمع البحريني؛ مما يجعلنا نؤكد أن المبدأ الذي توصلت إليه المحكمة يتنافى مع أسباب الإباحة.

كذلك نص قانون العقوبات البحريني، في المادة (30) منه، على أنه «لا عبء بالباعث أو الغاية في قيام العمد أو الخطأ إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون. ويكون أثرهما في تخفيف العقوبة أو تشديدها طبقاً للأحكام الواردة في القانون». وهذا يعني أن الباعث، أو الغاية، من وراء الجريمة لا يؤثر في قيام الجريمة، وعليه مهما كان الباعث من وراء التنصت أو التجسس، من قبل أحد الزوجين، فلا عبء له في اكتمال الجريمة وضرورة العقاب عليها.

المبحث الثالث

قواعد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالطعن محل التعليق

إذا كان الزواج رابطة عقدية إسلامية ترتب الحقوق والواجبات على طرفيها، فما موقف الشريعة الإسلامية من مسألة التنصت أو التجسس بشكل عام، وبين الزوجين بشكل خاص، وهل يرتب عقد الزواج حقوقاً معينة من هذا القبيل، على ذلك نتناول موقف الشريعة الإسلامية من التنصت في مطلب أول، ثم نتناول آثار عقد الزواج في إطار الحق في الخصوصية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

موقف الشريعة الإسلامية من التنصت

يقول المولى عز وجل في سورة الحجرات، في الآية 12 ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾﴾.

والمقصود هنا بقوله «لا تجسسوا» النهي عن التجسس، ووفق الأوزاعي فإن التجسس هو البحث عن الشيء، والاستماع لحديث القوم وهم له كارهون، أو يسمع على أبوابهم⁽¹⁷⁾.

ويرى الفقه الإسلامي «أن التجسس هو البحث عما يُكتم عنك، والقاعدة في ذلك: خذوا ما ظهر ولا تتبعوا عورات المسلمين، أي: لا يبحث أحدكم عن عيب أخيه حتى يطلع عليه بعد أن ستره الله»، وفي كتاب أبي داود عن معاوية قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم، فقال أبو الدرداء: كلمة سمعها معاوية من رسول الله ﷺ نفعه الله تعالى بها.

وعن المقدام بن معدي كرب عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال: إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم. وعن زيد بن وهب قال: أتني ابن مسعود فقيل: هذا فلان تقطر لحيته خمرًا. فقال عبد الله: إنا قد نهينا عن التجسس، ولكن إن يظهر لنا شيء

(17) الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي، تفسير القرآن العظيم، ج4، دار الجليل، بيروت، ص215.

نأخذ به. وعن أبي برزة الأسلمي قال: قال رسول الله ﷺ: يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم، فإن من اتبع عوراتهم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه في بيته.

وقال عبدالرحمن بن عوف: حرست ليلة مع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بالمدينة؛ إذ تبين لنا سراج في بيت بابه مجاف على قوم لهم أصوات مرتفعة ولغط، فقال عمر: هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف، وهم الآن شرب فما ترى؟! قلت: أرى أننا قد أتينا ما نهى الله عنه، قال الله تعالى: ولا تجسسوا وقد تجسسنا، فانصرف عمر وتركهم. وقال أبو قلابة: حدث عمر بن الخطاب أن أبا محجن الثقفي يشرب الخمر مع أصحاب له في بيته، فانطلق عمر حتى دخل عليه، فإذا ليس عنده إلا رجل، فقال أبو محجن: إن هذا لا يحل لك! قد نهاك الله عن التجسس، فخرج عمر وتركه، وقال عمرو بن دينار: كان رجل من أهل المدينة له أخت فاشتكت، فكان يعودها فماتت فدفنها، فكان هو الذي نزل في قبرها، فسقط من كفه كيس فيه دنانير، فاستعان ببعض أهله فنبشوا قبرها فأخذ الكيس ثم قال: لأكشفن حتى أنظر ما آل حال أختي إليه، فكشف عنها فإذا القبر مشتعل ناراً، فجاء إلى أمه فقال: أخبريني ما كان عمل أختي؟ فقالت: قد ماتت أختك فما سؤالك عن عملها! فلم يزل بها حتى قالت له: كان من عملها أنها كانت تؤخر الصلاة عن مواقيتها، وكانت إذا نام الجيران قامت إلى بيوتهم فألقت أذنابهم، ففتجسس عليهم وتخرج أسرارهم، فقال: بهذا هلكت»⁽¹⁸⁾.

وفي الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا ولا تجسسوا، ولا تناجشوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخواناً⁽¹⁹⁾.

مما تقدم نجد أن النصوص الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية

(18) تفسير القرطبي، مشروع المصحف الإلكتروني بجامعة الملك سعود، ص 517، منشور على الرابط التالي: <https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/qortobi/sura49-aya12.html>

(19) الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، تخريجات وتعليقات الشيخين محمد ناصر الدين الألباني، ومحمد صالح بن عثيمين، ط4، دار عباد الرحمن، القاهرة، 2016، ص 435.

صريحة في النهي عن التجسس وتحريمه بشكل عام ومطلق، ولم تستثن أحدًا من هذا الفعل، بما في ذلك الزوجين، وقد سئل العديد من الفقهاء - بشكل خاص - عن مدى جواز تتبع وتجسس الزوج على الآخر، وقد أجمع الفقهاء على حرمة ذلك، وصدرت العديد من الفتاوى التي تؤكد حرمة هذا المسلك، معللين بما ورد من القرآن والسنة مما سبقت الإشارة إليه.

وقال الألباني إن ما ورد من النهي عن التجسس يتأكد هذا في حق الزوجة لما لها من حق على الزوج، وقد ورد النهي خصوصًا عن تتبع عثرات الأهل أو تخونهم؛ فقد نهى النبي ﷺ عن أن يطرق الرجل أهله طروقًا، فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كان النبي ﷺ يكره أن يأتي الرجل أهله طروقًا. (متفق عليه). وفي رواية مسلم: نهى رسول الله ﷺ أن يطرق الرجل أهله ليلاً يتخونهم أو يتلمس عثراتهم، فبين علة النهي، وهي لئلا يحمله قدومه ليلاً على تخون أهله وطلب عثراتهم⁽²⁰⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بالقول: «تجسس أحد الزوجين على الآخر أو تتبع عوراته حرام شرعًا، والواجب على كل منهما رعاية حق الآخر، وإحسان الظن به، والتعاون على البر والتقوى، ومن ثارت في نفسه شكوك تجاه الآخر فعليه مصارحته بقصد الإصلاح والنصح والتذكير بحق المعاشرة بالمعروف التي أمر الله تعالى بها»⁽²¹⁾.

وفي هذا الصدد قال المجلس الأعلى للإفتاء في فلسطين: «حُرِّمَ تجسس الزوج على زوجته بنفسه أو عن طريق محقق خاص، والمرأة مثل الرجل في الحكم، وفي حال وجود قرائن تورث الشك والظن في الزوجة هنالك بدائل عن المحقق الخاص وهو مبدأ التحكيم الشرعي والإصلاح وتوسط أهل الخير فإن ضاقت الأمور عن حلول شرعية فقد أباح الإسلام الفراق بإحسان»⁽²²⁾.

مما تقدم يتضح موقف الشريعة الإسلامية الصريح من النهي عن التجسس

(20) راجع الفتوى على الرابط <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/60127/>

(21) راجع الفتوى على الرابط <https://www.fatawah.net/Fatawah/427.aspx>

(22) راجع الفتوى على الرابط <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/60127/>

بشكل عام، وبين الأزواج بشكل خاص؛ الأمر الذي يتنافى مع ما توصل إليه الطعن محل التعليق من الاستناد إلى الشريعة الإسلامية كمبرر لتجسس الزوج على شريكه.

المطلب الثاني

آثار عقد الزواج في إطار الحق في الخصوصية

الزواج من سنن الله في خلقه لا غنى عنه للإنسان، ويبين الله تعالى الامتنان لسنة الزواج؛ حيث جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات، وبين الله عز وجل أن من آياته الزواج، حيث بين في سورة الروم، الآية (21) ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُفَكِّرُونَ﴾ (٢١). كذلك يقول المولى عز وجل في سورة النحل، الآية (72) ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ (٧٢).

وعرف قانون الأسرة البحريني، الصادر بالقانون رقم 19 لسنة 2017، في المادة (5) منه الزواج بأنه «عقد شرعي بين رجل وامرأة لتكوين أسرة بشروط وأركان مع انتفاء الموانع غايته السكن والإحصان تترتب عليه حقوق وواجبات شرعية متبادلة».

ويؤكد التعريف أن الزواج رابطة عقدية ينشأ بما تنشأ به العقود، وهو عقد دائم غايته السكن والإحصان، وبموجبه تترتب الحقوق والواجبات الشرعية المتبادلة، وأن الزواج يرمي إلى أهداف كثيرة ومتنوعة، وإن وجود الشروط وانتفاء الموانع يكفي في قيام الزوجية⁽²³⁾.

وقد بين قانون الأسرة حقوق الزوجين في المطلب الرابع منه؛ حيث نصت المادة (38) منه على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

أ - استمتاع كل من الزوجين بالآخر وإحصانه.

ب - حسن المعاشرة والمحافظة على الأسرة.

(23) أحمد بخيت الغزالي وياسر المحميد، التعليق على قانون الأسرة البحريني، ج1، دار الحديث الكتانية، بيروت، 2023، ص81.

- ج - احترام كل منهما الآخر وأبويه وأهله الأقربين.
- د - العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئةً صالحة.
- ونصت المادة (39) على حقوق الزوجة على زوجها:
- أ - العناية بها والإنفاق عليها ومعاشرتها بالمعروف.
- ب - عدم التعرض لأموالها الخاصة، ولها حق التصرف فيها بالمعروف.
- ج - عدم الإضرار بها مادياً أو معنوياً.
- د - العدل في المبيت والإنفاق عند الجمع بين اثنتين فأكثر.
- هـ - السماح لها بصلة أرحامها بالمعروف.
- و - ألا يحرمها من نسله.
- وبينت المادة (40) حقوق الزوج على الزوجة:
- أ - العناية به، وطاعته، ومعاشرته بالمعروف.
- ب - رعاية أولاده منها.
- ج - أن تحفظه في نفسه وماله وبيته إذا حضر أو غاب.
- د - عدم امتناعها عن الإنجاب إلا بإذنه أو لعذر.
- هـ - عدم تركها مسكن الزوجية بغير عذر شرعي⁽²⁴⁾.
- مما تقدم يبيّن مفهوم عقد الزواج وغايته، والحقوق المترتبة على طرفيه، سواء كانت مشتركة، أو حق كل منهما على الآخر. ولا يتبيّن لنا أن عقد الزواج يرتب حق تجسس الزوج على زوجته، كما أشار الطعن محل التعليق، ويدعم هذا الرأي أيضاً ما تقدم ذكره في المطلب الأول من أدلة شرعية مستندة إلى الكتاب والسنة.
-
- (24) حول شرح الحقوق الزوجية راجع: أحمد بخيت الغزالي وياسر المحميد، مرجع سابق، ص 265 - 285. وكذلك حول حقوق الزوجين، راجع: علي أحمد عبدالعال الطهطاوي، العلاقات الزوجية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2016، ص 56 وما بعدها.

الخاتمة

تناول البحث التعليق على حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 284 لسنة 2023، الصادر في جلسة 11 مارس 2024، في إطار الحق في الخصوصية بما يثيره من إشكاليات قانونية وحقوقية تم الوقوف عندها وتحليلها في ضوء القواعد والمبادئ القانونية المستقرة، وتوصل البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

- 1 - يثير الطعن فيما تصول له من أحقية مراقبة الزوج شريكه العديد من الإشكاليات القانونية، من حيث مدى انسجامه مع حقوق الإنسان، وعلى وجه الخصوص الحق في الخصوصية، ومدى توافق المبدأ مع العديد من الجوانب القانونية، منها: الاتفاقيات والصكوك الدولية والدستور وقانون العقوبات وقواعد الشريعة الإسلامية.
- 2 - المبدأ الذي أرسته محكمة التمييز في الطعن محل التعليق يتنافى مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها مملكة البحرين، ومع صريح نصوص الدستور.
- 3 - المبدأ الذي أرسته محكمة التمييز في الطعن محل التعليق يشكل إباحة لجريمة يُعاقب عليه القانون، وهو ما يخالف صريح قانون العقوبات، ويتنافى مع طبيعة أسباب الإباحة.
- 4 - لا ينسجم المبدأ مع قواعد الشريعة الإسلامية وآثار عقد الزواج، ويبيح فعلاً محرماً شرعاً.

ثانياً: التوصيات

- 1 - من حيث الأساس والمنطق القانوني يجب أن يكون المبدأ الذي ترسيه محكمة التمييز منسجماً مع القانون والمبادئ والقواعد القانونية والحقوقية العامة الراسخة على مستوى الدولة والمستوى العالمي وقواعد الشريعة الإسلامية، وبناءً على النتائج التي توصلنا إليها نأمل من محكمة التمييز البحرينية العدول عن هذا المبدأ في أحكامها التالية.
- 2 - نوصي بالأبني المحاكم الأدنى درجة من محكمة التمييز أحكامها على هذا المبدأ.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

- أحمد بخيت الغزالي وياسر المحميد، التعليق على قانون الأسرة البحريني، ج1، دار الحديث الكتانية، بيروت، 2023.
- أسامة عبدالله القايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- أسامة الروابي، التوازن بين علانية المحكمة ومبدأ الخصوصية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع10، س3، يونيو 2015.
- هوارى هامل، حدود الحماية القانونية الدولية للحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لباس، الجزائر، مج7، ع2، نوفمبر 2021.
- الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، تخریجات وتعليقات الشيخين محمد ناصر الدين الألباني، ومحمد صالح بن عثيمين، ط4، دار عباد الرحمن، القاهرة، 2016.
- الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي، تفسير القرآن العظيم، ج4، دار الجليل، بيروت.
- محمد يوسف علوان ومحمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ج2، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2014.
- محمد شنة، قانون العقوبات البحريني، القسم العام، ط2، مطبعة جامعة البحرين، 2006.
- مريم بنت حسن آل خليفة وعبدالكريم علوان، ملتقى البحرين في حقوق الإنسان، مطبوعات جامعة البحرين، 2006.

- نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط4، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2012.
- علي أحمد عبدالعال الطهطاوي، العلاقات الزوجية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2016.

ثانياً: باللغة الإنجليزية

- Carly Nyst and Tomaso Falchettam, The Right to Privacy in the Digital Age, Journal of Human Rights Practice, Volume 9, Issue 1, February 2017.
- Gina Marie Stevens, Charles Doyle, Privacy: An Overview of Federal Statutes Governing Wiretapping and Electronic Eavesdropping, Congressional Research Service, 3 December 2009.
- L. Floridi, On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy. Philos. Technol. 29, (2016).
- Oliver Diggelmann and Maria Nicole Cleis, How the Right to Privacy Became a Human Right, Human Rights Law Review, Volume 14, Issue 3, September 2014.
- Sattar B. Sadkhan, Eavesdropping Techniques Role in Information Warfare-Status, Challenges and Future trends 2021, 2nd Information Technology To Enhance e-learning and Other Application (IT-ELA), 28-29 December 2021, IEEE Conference, Baghdad, Iraq.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	533
المقدمة	534
المبحث التمهيدي: تفاصيل الطعن (الوقائع والحجيات) وإشكالياته في إطار الحق في الخصوصية	537
المطلب الأول: وقائع الطعن وحجياته في إطار الحق في الخصوصية	537
المطلب الثاني: إشكاليات الطعن في إطار الحق في الخصوصية	539
المبحث الأول: الحق في الخصوصية وعلاقته بالطعن محل التعليق	543
المطلب الأول: ماهية الحق في الخصوصية	543
المطلب الثاني: علاقة الحق في الخصوصية بالطعن محل التعليق	545
المبحث الثاني: التعليق على الطعن في إطار قانون العقوبات	551
المطلب الأول: الحماية الجنائية للحق في الخصوصية	551
المطلب الثاني: أسباب الإباحة وعلاقتها بالطعن محل التعليق	555
المبحث الثالث: قواعد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالطعن محل التعليق	559
المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من التنصت	559
المطلب الثاني: آثار عقد الزواج في إطار الحق في الخصوصية	562
الخاتمة	564
قائمة المراجع	565

الملخصات العربية للأبحاث الإنجليزية

مجلة كلية القانون الكويتية العالمية

السنة الثالثة عشرة - العدد 4 - العدد التسلسلي ⁵²

ربيع الأول - ربيع الآخر 1447 هـ - سبتمبر 2025م

الأسواق متعددة الأطراف في دولة الكويت .. حافز نحو التحول الرقمي^(*)

د. نورة ميميتي

أستاذ القانون التجاري المشارك

كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

على غرار الاتجاهات العالمية، تُحدث المنصات الرقمية متعددة الأطراف تحولاً كبيراً في اقتصاد دولة الكويت، من خلال ربط المستهلكين والتجار ومبتكري التكنولوجيا المالية والهيئات العامة، ضمن أنظمة بيئية مُعززة.

وتدرس هذه الورقة البحثية التأثيرات القانونية والاقتصادية للشبكات متعددة الأطراف، والتسعير غير المتكافئ، وتُكيّف مفاهيم تعريف السوق والهيمنة وحجز الرهن العقاري مع السياقات متعددة الأطراف، وذلك بالاعتماد على بيانات أصلية من مدفوعات كي نت، وخدمة طلبات توصيل الطعام، وبوابة «سهل» للحكومة الإلكترونية... وغيرها.

تُوضح هذه الدراسة كيف يُسرّع حجم المنصة من الشمول المالي، واعتماد التجارة الإلكترونية، وكفاءة الخدمات العامة، مع تفاقم عدم التماثل في البيانات والمفاوضات في الوقت نفسه. ويكشف تقييم الكويت تجارب الاتحاد الأوروبي، والولايات المتحدة، ودول مجلس التعاون الخليجي عن أهمية الأدوات القانونية: فالتقاضي الأمريكي اللاحق، وقانون الأسواق الرقمية السابق للاتحاد الأوروبي، والنهج الخليجي الهجين تُسفر عن نتائج مختلفة اختلافاً ملحوظاً.

وتقترح الدراسة اختبار «حارس البوابة» الخاص بدولة الكويت، وتفويضات الخدمات المصرفية المفتوحة، والوصول إلى البيانات، وقابلية التشغيل البيئي القائمة على بيئة الاختبار، وذلك بهدف تعزيز سوق سليمة دون خنق الابتكار.

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 10 مايو 2025

وتاريخ قبوله: 28 يوليو 2025

وتخلص الدراسة إلى أن إتقان الديناميكيات متعددة الجوانب أمرٌ محوري لتحقيق أجندة التحول الرقمي لـ «رؤية الكويت 2035»، من أجل نمو شامل ومستدام قائم على الابتكار.

كلمات دالة: أسواق متعددة الجوانب، والاقتصاد الرقمي، والتكنولوجيا المالية، والتجارة الإلكترونية، والمنصات العامة.

الأحكام العامة في القانون الدولي للبحار
وفي
النظام القانوني للبحار في الخليج العربي

الدكتورة/ بدرية عبدالله العوضي

أستاذة القانون الدولي العام
والقانون الدولي للبحار
كلية القانون الكويتية العالمية

2019

شرح قانون الجزاء الكويتي

القسم الخاص
(الجزء الأول)

- جرائم الرشوة • جرائم التزوير • جرائم القتل
- جرائم الضرب والجرح والإيذاء • جرائم الخطف
- جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة وإعطاء شيك بدون رصيد

تأليف

أ.د. غنام محمد غنام
أستاذ القانون الجزائي
كلية الحقوق جامعة المنصورة

د. فيصل عبدالله الكندري
قسم القانون الجزائي
كلية الحقوق جامعة الكويت

2019