



مجلة الحقوق
للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الأول 2023

المجلد الأول

هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور / محمد الفقي

أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري (عميد الكلية)

رئيس التحرير:

- الأستاذ الدكتور / ميادة عبد القادر إسماعيل

أستاذ مساعد ورئيس قسم القانون العام

وقائم بعمل وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور/ رمضان محمد أحمد أبو السعود.

- الأستاذ الدكتور/ محمد فريد العريني.

- الأستاذ الدكتور/ حفيظه السيد الحداد.

- الأستاذ الدكتور/ على عبد القادر القهوجي.

- الأستاذ الدكتور/ طلعت محمد محمود دويدار.

- الأستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين.

- الأستاذ الدكتور/ إبراهيم احمد خليفة.

- السيد الدكتور / أحمد عبد القادر القهوجي.



مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير

الشاطبي - الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : journal.law@alexu.edu.eg

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

قواعد النشر :

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943 ، يقبل النشر فيها باللغة العربية والفرنسية والإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني والاقتصادي ومن ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على الأحكام قضائية.
- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

وذلك وفق القواعد التالية:

- 1- التعهد من الباحث بأن البحث أو الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة الجديدة إلى المعرفة.
- 3- الالتزام بأصول البحث العلمى وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث أو الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي تقدم بها الباحث أو جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة، ويجوز في بعض الحالات التغاضي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث إلا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها وعرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة

الحقوق إلا بعد الحصول على إذن كتابي بذلك من رئيس التحرير.
9- أصول البحوث التي تصل إلى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.

10- إن يرفق الباحث نبذة تعريفية عن نفسه.

11- أن يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية والإنجليزية.

12- يجب أن يقدم البحث مطبوعاً على أن يرفق به القرص المدمج CD ويكتب على هيئة كتاب (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)

13- يرفق بالبحث بيانات عن الباحث: الاسم/ العنوان/ التلفون/ E-mail/ السيرة الذاتية.

14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلآت من بحثه.

15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير- مجلة الحقوق - شارع مصطفى مشرفه- سوتير- الشاطبي - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

محتويات العدد الثاني 2023

المجلد الأول

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

أبحاث القانون العام:

1. موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على دستورية الاغفال التشريعي "دراسة تأصيلية - تحليلية - مقارنة"
د. فهد يوسف عبدالله الجمعة.

أبحاث القانون المدني:

2. الطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف الضرر " دراسة تأصيلية مقارنة"
د. حسام الدين أحمد شريف.

أبحاث القانون الجنائي:

3. دور المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة وفقاً للقانون القطري "دراسة مقارنة (التشريع المصري- المنظم السعودي)
الباحث / سلمان محمد عبد الرحمن علي المضاحكة.

أبحاث القانون الدولي العام :

4. الطفولة وتكوين الذات: أساسيات مفهوم الطفل في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان
د. أحمد صلاح الدين بالطو

5. المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية (النزاع الروسي الأوكراني انموذجاً)

د. أبكر علي عبد المجيد أحمد

أبحاث المرافعات المدنية والتجارية:

6. الدفع بعدم القبول في نظام المرافعات الشرعية

د. هايدي السيد هشام احمد بلتاجي شلبي.

أبحاث الاقتصاد والمالية العامة:

7. المنظومة القانونية المصرية المنظمة للتكنولوجيا المالية

د. محمد صبري أبوزيد عيد.

أبحاث القانون العام

موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على
دستورية الاغفال التشريعي
"دراسة تأصيلية - تحليلية - مقارنة"

الدكتور/ فهد يوسف عبدالله الجمعة
أستاذ القانون العام المساعد
قسم القانون- كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب

المخلص

تهدف هذه الدراسة لبيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية من الرقابة على الإغفال التشريعي، أو الصمت التشريعي، أو السكوت التشريعي، أو عدم نشاط المشرع أو إغفاله في تنظيم أمر معين في ضوء النص الدستوري، وهل بسطت المحكمة الدستورية رقابتها على ها الإغفال التشريعي اسوة بالعديد من الأنظمة الدستورية في دول العالم، وترجع أهمية الموضوع الي حداثة الرقابة من قبل قضاء المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي، وعدم وجود نصوص دستورية وقانونية تبيح للمحكمة الدستورية بسط رقابتها على الإغفال التشريعي، الامر الذي جعلنا نبحث في الاجتهادات القضائية الدستورية والنصوص الدستورية والقانونية واستخلاص المبادئ القانونية التي تتطرق لهذا الامر، حتى نبين موقف المحكمة الدستورية من الاخذ بهذه الرقابة من عدمه، حتى نقدم حلاً للقضاء الدستوري لبسط رقابته على هذا الإغفال عن طريق طرح مبررات وأسباب تدعوه الي ذلك، ونتيجة لذلك استخدمنا المنهج الوصفي التحليلي والاستقرائي والمنهج المقارن عن طريق مقارنة النصوص القانونية والاحكام الدستورية المتعلقة بالموضوع في الأنظمة الدستورية المختلفة ومقارنتها بدولة الكويت وبيان أوجه الاختلاف والتشابه بينهما، لنقل الحلول المختلفة للقاضي الدستوري الكويتي من خلال السوابق القضائية ذات الصلة بموضوع الإغفال التشريعي، وقد تم تقسيم البحث الي ثلاثة مباحث، في المبحث الأول تعرضنا لبيان ماهية الإغفال التشريعي، وقد قسمناه الي مطلبين في المطلب الأول تعرضنا لتعريف الإغفال التشريعي، وفي المطلب الثاني بينا الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابهه معه من مصطلحات، وفي المبحث الثاني وضعنا أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وصور الإغفال والذي تم تقسيمه الي مطلبين،

المطلب الأول بينا فيه الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي، والمطلب الثاني وضحنا فيه صور الإغفال التشريعي، ثم تعرضنا في المبحث الثالث لبيان أسباب الإغفال التشريعي ووسائل معالجته والذي تم تقسيمه الي مطلبين، المطلب الأول تحدثنا فيه عن الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي، بينما المطلب الثاني بينا فيه الأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي.

وانتهينا بخاتمة بينا فيها النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها واهمها عدم اخذ المحكمة الدستورية في الكويت بالرقابة على الاغفال التشريعي على الرغم من تشابه المبادئ الدستورية والقانونية التي تستمد منها المحكمة اختصاصها، مع المبادئ الدستورية والقانونية التي يستمد منها القضاء الدستوري المقارن اختصاصا، كما توصلنا من خلال البحث الي جملة من التوصيات أهمها نهيب بقضاء المحكمة الدستورية الكويتية عدم التقيد بحرفية نص المادة رقم (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962م، الذي يفرض رقابة دستورية القوانين واللوائح، والتوسع في بسط رقابته على الإغفال التشريعي الوارد بالقوانين واللوائح على غرار القضاء الدستوري المقارن.

الكلمات المفتاحية: الرقابة الدستورية - الاغفال التشريعي- السكوت التشريعي
- المحكمة الدستورية - المادة (173) دستور الكويت- المادة (الاولي) القانون
رقم 14 لسنة 1973 - القانون رقم 109 لسنة 2014.

مقدمة

لا شك اننا في هذا البحث لا نتعرض لبيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية من الرقابة على دستورية القانونين واللوائح ومدى توافقها مع احكام الدستور من عدمه، وإنما نتعرض لبيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية من الرقابة على الإغفال التشريعي، أو الصمت التشريعي، أو السكوت التشريعي، أو عدم نشاط المشرع أو إغفاله في تنظيم أمر معين في ضوء النص الدستوري، وهل بسطت المحكمة الدستورية رقابتها على الإغفال التشريعي اسوة بالعديد من الأنظمة الدستورية في دول العالم⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه ان الرقابة الدستورية بصفة عامة مرت بتطورات عدة حتى أمست ركيزة هامة من ركائز الدولة المعاصرة، والأداة الرئيسة لحماية أحكام الدستور، ولا سيما حماية الحقوق والحريات العامة. فبعد أن استطاع القاضي الدستوري تجاوز عقبة إخضاع التشريعات الصادرة عن الهيئات المنتخبة - والتي تنوب عن الجماعة في التعبير عن إرادتها - للرقابة من قبل هيئات غير

(1) لا شك أن الرقابة على الإغفال التشريعي وجدت لدفع المشرع لعدم تخليه عن اختصاصه الأساسي المتمثل في سن القوانين بما يتوافق مع احكام الدستور، كونها الأداة المباشرة لتفعيل دور الدستور وجعله منتجا على أرض الواقع، وتجنب الفراغ القانوني الذي يؤدي إلى الفوضى داخل المجتمع لعدم وجود قوانين تتماشى مع حاجات الناس، بالإضافة إلى مخالفة قواعد توزيع الاختصاص الدستوري بين السلطات المحددة في نصوص الدستور ذات الصبغة الأمرة، مما يؤدي بالسلطة التنفيذية إلى سن ما أغفله المشرع بحكم تسييرها للشأن العام واحتكاكها اليومي بالمسائل المستجدة. ويحاول القضاء الدستوري التوفيق بين السلطة التقديرية للمشرع والحفاظ على سمو الدستور من خلال الرقابة على الإغفال التشريعي الذي يعد أحد أوجه مخالفة المشرع لاختصاصه الدستوري وذلك بالانحراف عن ممارسة صلاحياته.

منتخبة - قضائية أو سياسية - انتقل برقابة الدستورية إلى آفاق جديدة بدأت بمرحلة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور، ثم بسط الرقابة على الجوانب الموضوعية للتشريع، مروراً بالرقابة على الانحراف بالتشريع، وانتهاءً بالرقابة على الإغفال التشريعي⁽¹⁾، سواء أكان ثم نص تشريعي يجيز تلك الرقابة صراحة أم لم يكن ذلك.

وبالتالي فإن بزوغ فكرة رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي تعد نتاجاً طبيعياً، ومطلباً ملحا لمعالجة قصور النصوص التشريعية عن الوفاء بالمتطلبات الدستورية للحقوق والحريات الفردية، وذلك إعلاءً للشرعية الدستورية من ناحية، وحمايةً للحقوق والحريات من ناحية أخرى؛ إلا أن هذه الفكرة قد أثارت جدلاً فقهيًا كبيراً فيما يتعلق بضبط مفهوم الإغفال التشريعي ومعياري الاستدلال عليه، فضلاً عن الخطورة البالغة لعمل القاضي الدستوري في بحث تلك الظاهرة، إذ يهدد عمل المشرع - وهو المعبر عن الإرادة العامة - بالرغم من عدم وقوع المخالفة الدستورية بالمضمون المنصوص عليه في عبارة النص التشريعي الخاضع للرقابة.

كما تعتبر فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي من الأفكار الحديثة الدخيلة على القضاء الدستوري الكويتي والتي لا تجد لها سنداً دستورياً أو قانونياً يبررها الأمر الذي يشكل إشكالية حقيقية تتطلب دراستها لمعرفة مدى إمكانية بسط رقابة القاضي الدستوري الكويتي على الإغفال التشريعي أسوة بالأنظمة الدستورية الأخرى في الدول محل الدراسة.

(1) د. حسين أحمد مقداد، العدالة الاجتماعية كميّار لديمقراطية الدستور في القانونين الإداري والدستوري، الحالة المصرية نموذجاً، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت. ص 227-228. مثبت لدي المستشار الدكتور، رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 1.

أولاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في حداثة موضوع الرقابة من قبل قضاء المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي في الكويت، وعدم وجود نصوص دستورية وقانونية تتيح للمحكمة الدستورية بسط رقابتها على الإغفال التشريعي، الامر الذي يجعلنا ان نبحت في الاجتهادات القضائية الدستورية واستخلاص المبادئ القانونية التي تنطبق لهذا الامر، حتى نبين موقف المحكمة الدستورية من الاخذ بهذه الرقابة من عدمه، وحتى نقدم حلاً للقضاء الدستوري لبسط رقابته على هذا الإغفال عن طريق طرح مبررات وأسباب تدعوه الي ذلك.

ثانياً: إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث الرئيسية في الإجابة على التساؤلات التالية:

- 1- ماهية الإغفال التشريعي وصورة والفرق بينه وبين ما قد يتشابه معه؟
- 2- هل تمارس المحكمة الدستورية دور المشرع في سعد الثغرات التشريعية التي أغفل تنظيمها؟
- 3- موقف دستور الكويت وقانون انشاء المحكمة الدستورية من الرقابة على الإغفال التشريعي؟
- 4- وهل يتشابه دستور الكويت مع دستور فرنسا ومصر فيما تضمناه من الرقابة على الإغفال التشريعي؟
- 5- وهل اخذت المحكمة الدستورية بالرقابة على الإغفال التشريعي الوارد في القوانين واللوائح؟
- 6- وما هي اسباب رفض المحكمة الدستورية في الكويت ممارسة رقابتها على الإغفال التشريعي؟
- 7- وهل يعد رفض المحكمة الدستورية يتماشى مع احكام الدستور ومبادئه

وقانون انشائها؟

8- وما هو دور القضاء الدستوري في سد الثغرات التشريعية؟

9- وما هي الأسباب التي تدعو المحكمة الدستورية الكويتية الي رقابة

الإغفال التشريعي؟

ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث: تكمن اسباب اختيار الموضوع في الآتي:

1- أن موضوع الإغفال التشريعي يعد من الموضوعات الهامة في قضاء النظم الدستورية، وما أفرزته التجربة الدستورية الحديثة الناجمة من مباشرة الاختصاص التشريعي الذي شابه النقص والقصور والفراغ التشريعي وما ترتب عليه من آثار دستورية وقانونية وسياسية واجتماعية واقتصادية.

2- خطورة الآثار المترتبة على الإغفال التشريعي والمتمثلة بانتهاك الدستور والمساس بمبدأ سمو الدستور والاخلال بالضمانات الدستورية التي قررها المشرع الدستوري بالتقييد أو بالانتقاص.

3- محاولة إلقاء الضوء على موقف المحكمة الدستورية الكويتية في الكشف عن الإغفال التشريعي والتنبية إليه مقارنة بالنظم القضائية التي سبقتها في اعتبار الإغفال التشريعي كعيب دستوري يحرك الرقابة الدستورية وصولاً لرسم أبعاد وملامح لرقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية.

رابعاً: منهج البحث:

من أجل معالجة موضوع البحث والتوصل الي الغاية المبتغاة منه فقد استخدمنا المناهج الآتية:

1- المنهج الوصفي التحليلي والاستقرائي: الذي يركز على تشخيص الفكرة محل البحث وبيان طبيعتها وتمييزها عن غيرها ومعرفة أسبابها، ثم إبداء الرأي واقتراح الحل

المناسب لها.

2- المنهج المقارن: عن طريق مقارنة النصوص القانونية والاحكام الدستورية المتعلقة بالموضوع في الأنظمة الدستورية ومقارنتها بدولة الكويت وبيان أوجه الاختلاف والتشابه بينهما، لنقل الحلول المختلفة للقاضي الدستوري الكويتي من خلال السوابق القضائية ذات الصلة بموضوع الإغفال التشريعي، في كلاً من فرنسا ومصر والكويت وبعض الدول الأجنبية كألمانيا والنمسا وإيطاليا وإسبانيا والبرتغال وجنوب أفريقيا والمجر.

خامساً: خطة البحث: تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الإغفال التشريعي.

المطلب الأول: تعريف الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابهه معه من مصطلحات.

المبحث الثاني: أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وصور الإغفال.

المطلب الأول: الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: صور الإغفال التشريعي.

المبحث الثالث: أسباب الإغفال التشريعي ووسائل معالجته.

المطلب الأول: الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: الأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي.

الخاتمة: النتائج والتوصيات:

المبحث الأول ماهية الإغفال التشريعي

تمهيد وتقسيم:

يعد مصطلح الإغفال التشريعي⁽¹⁾ من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسن

⁽¹⁾ بدء ظهور مصطلح الإغفال التشريعي legislative omission في الفقه الألماني عام ١٩٦٩، يراجع في ذلك:

Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission as a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts, PhD Thesis, School of Government & International Relations, Griffith University, Queensland, Australia, 2018, p.83-84.

كما ظهرت نظرية الإغفال التشريعي غير الدستوري في كتابات الفقه الإيطالي في بدايات العقد السابع من القرن العشرين في تفاصيل ذلك انظر:

Virginie BLONDIO-MONDOLONI, Finances Publiques et Droits Fondamentaux, Essai sur les relations entre les finances publiques et les droits fondamentaux, Thèse de doctorat, université d'Aix-Marseille, 2014, p.292.

إذ استخدمت المحكمة الدستورية الإيطالية هذه النظرية لإصدار العديد من القرارات المضيفة التي تعالج الأحكام التي لم يتضمنها النص التشريعي، وليس الأحكام التي نص عليها، انظر في ذلك:

Italian Report for the 14th Congress of the Conference of European Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008, p.7.

بعد للفقهاء التعرض له بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه أو مضمونه رغم مواجهة القضاء الدستوري له، إذ يتحقق الإغفال التشريعي إذا أغفل المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور احد جوانبه مما قد يؤدي إلى الحد من فاعلية الموضوع محل التنظيم من ناحية، ومخالفة احد أو بعض النصوص الدستورية من ناحية اخرى⁽¹⁾.

الأمر الذي يتطلب أن نبين ما هو الإغفال التشريعي والفرق بينه وبين ما قد يتشابه معه من مصطلحات، وما هي صور الإغفال التشريعي وهو ما نوضحه على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الإغفال التشريعي

المطلب الثاني: الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابه معه من مصطلحات.

وحيزت لرقابة دستورية الإغفال التشريعي مساحة واسعة من النقاشات الفقهية من قبل المنظرين القانونيين في البرتغال، في ظل النص في المادة (٢٨٣) من الدستور البرتغالي الصادر عام 1976 على رقابة الدستورية بسبب الإغفال التشريعي انظر في تفاصيل ذلك:

Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008, p.9.

(1) م. د على مدلول محسن الخفاجي، أساس رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي، بحث منشور على مجلة كلية اهل البيت، العدد 29، ص 17.

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, a Comparative Study, thesis of Doctor, School of Law, University of Reading, United Kingdom, 2019, p.87.

المطلب الأول

تعريف الإغفال التشريعي⁽¹⁾

يعد مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسنى بعد للفقهاء التعرض له بالقدر الكافي للاستقرار على تحديد معناه أو مضمونه رغم مواجهة القضاء الدستوري له، ويتحقق الإغفال التشريعي إذا أغفل المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور أحد جوانبه مما قد يؤدي إلى الحد من فاعلية الموضوع محل التنظيم من ناحية، ومخالفة أحد أو بعض النصوص الدستورية من ناحية أخرى.

ولبيان تعريف الإغفال التشريعي سوف نبين في هذا المطلب تعريف الإغفال التشريعي موضحين المفهوم الاصطلاحي للإغفال التشريعي، والمفهوم القضائي على النحو الآتي:

أولاً: المفهوم اللغوي للإغفال التشريعي:

1- الإغفال في اللغة العربية:

يرجع الأصل اللغوي لكلمة (الإغفال) في المعجم الوسيط إلى المصدر (غفل) أي ترك الشيء إهمالاً من غير نسيان، ويقال غفل عن الشيء غفولاً، و(غفلة)

⁽¹⁾ يطلق البعض من الفقهاء المقارن على الإغفال التشريعي مسمى الفجوة التشريعية legislative gapp، أو الثغرة القانونية legal gay انظر:

Italian Report for the 14th Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, pp.3-5; Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.2.

أي سها من قلة التحفظ والتيقظ، وأغفل الشيء، أي غفل عنه، والجمع (غفول)، و(غفل)⁽¹⁾.

وفي ذات السياق تعود كلمة (الإغفال) في المعجم الوجيز إلى المصدر (غفل)؛ فيقال غفل عن الشيء (غفلة) أي سها من قلة التحفظ والتيقظ، فهو غافل، (وأغفل) الشيء، أي تركه إهمالاً من غير نسيان؛ و(تغافل) أي تعمد الغفلة أو تظاهر بها، و(الغفل) ما لا علامة فيه، ولا أثر يميزه؛ ويقال (رجل غفل) أي لم تُحيكه التجارب⁽²⁾.

2- الإغفال في اللغة الإنجليزية: يقصد به القصور الجسيم، ومن ذلك القول بوجود بعض الأخطاء والقصور الجسيم في الكتاب⁽³⁾.

أما الإغفال التشريعي في اللسان الانجليزي فيطلق على "عدم إدراج شئ كان يجب إدراجه"، ومثال ذلك " وجوب وجود آليات لرقابة تشغيل الأطفال، ومن ثم فإن إهمال المشرع وضع تشريعات جديدة لحماية الأطفال يعد إغفالا تشريعيا من جانبه"⁽⁴⁾.

(1) المعجم الوسيط، ص 657.

(2) المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم صادرة عن مجمع اللغة العربية، ١٩٩٨/١٩٩٧، ص ٤٥٢.

(3) ambridge dictionary, Available at:
<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/omission?q=omission>
s.

(4) "when something has not been included, that should have been Measures to control child employment are a glaring omission from new legislation to protect children "Cambridge dictionary, Available at:

كما يطلق الإغفال أيضا في اللسان الانجليزي عندما لا يتم إدراج أو تضمين شخص ما، أو عدم القيام بشيء ما، فيقال "هذا التقرير مليء بالأخطاء والإغفالات"⁽¹⁾.

3- الإغفال في اللغة الفرنسية:

يطلق الإغفال على إهمال قول أو فعل ما يجب قوله أو فعله⁽²⁾؛ كما يطلق أيضا على ما تم حذفه من الشيء، أو على الفجوة، فيقال هناك عدة إغفالات مؤسفة في هذا النص⁽³⁾.

وصفوة القول إن المقصود بالإغفال في اللغة هو التزك أو الإهمال من غير عمد، وإنما من طريق قلة اليقظة وعدم العناية؛ ومن ثم فإن المدلول اللغوي لمصطلح الإغفال التشريعي يكاد يكون متطابقا في اللغات الثلاث، إذ لا يخرج

<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/omission?q=omission>
s.

(1) when someone is not included or something is not done: this report is full of mistakes and omissions " LONGMAN DICTIONARY, international students edition, new edition for egyptian secondary school, p.458.

(2) "Action de negligier de dire ou de faire ce que l'on devait dire ou faire ".

(3) – Ce qui est omis dans quelque chose; lacune: Il y a plusieurs omissions regrettables dans ce texte ".

– dictionnaire Larousse en ligne, disponible sur le site internet:
<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/omission>.

مفهومه اللغوي عن كونه "إهمال أو ترك أو عدم سن قاعدة قانونية كان يجب سننها أو عدم إهمالها"⁽¹⁾.

ثانياً: المفهوم الاصطلاحي للإغفال التشريعي:

1- المفهوم التشريعي للإغفال التشريعي:

لم يتعرض المشرع الكويتي لبيان مفهوم الإغفال التشريعي أو حتى تقرير اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستوريته سواء أكان في النصوص الدستورية أو في التشريعات العادية المتعلقة ببيان اختصاصاتها.

وهو ذات النهج الذي انتهجته التشريعات المصرية سواء أكانت في النصوص الدستورية أو في نصوص القوانين العادية لإنشاء المحكمة الدستورية العليا وبيان اختصاصاتها، حيث خلت تماما من التعرض لبيان ماهية الإغفالات التشريعية⁽²⁾.

بينما على النقيض نجد أن دستور البرازيل قد نص في الفقرة الثانية من المادة 103 على بيان ماهية الإغفال التشريعي حينما نص على أن الإغفال التشريعي غير الدستوري يعد بمثابة ثغرة أو فجوة قانونية تحول دون تفعيل القاعدة الدستورية نتيجة عدم اعتماد التدابير اللازمة⁽³⁾.

كما تضمنت المادة رقم (46) الفقرة الثانية من قانون المحكمة الدستورية في

(1) م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 17.

(2) م. د رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص 18.

(3) Art (103/2) of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988.

المجر رقم 151 لسنة 2011 ثلاث حالات لما يعد إغفالا تشريعيا مخالف للدستور؛ أولها: إهمال الهيئة التشريعية في أداء مهمة مستمدة من معاهدة دولية؛ وثانيها: عدم وضع تنظيم قانوني بالرغم من أن مهمة المشرع مستمدة من تفويض صريح من قاعدة قانونية؛ وثالثها: أن يكون المحتوى الأساسي للتنظيم القانوني المنفذ للنصوص الدستورية غير متكامل⁽¹⁾.

2- المفهوم الفقهي للإغفال التشريعي:

أختلف الفقه بشأن إيجاد تعريف للإغفال التشريعي، إذ أن هذا المصطلح ظهر بعد ظهور عدة مصطلحات أخرى مثل (عدم الاختصاص السلبي للمشرع- القصور التشريعي- الانحراف التشريعي- الامتناع التشريعي) مما أثار جدلاً فقهيًا وتنوع التعريفات التي تعرضت لهذا الأمر، فقد ذهب أحد الفقه في تعريفه للإغفال بأنه قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة علي الوجه المبين بالدستور على نحو منقوص وقاصر لا يحيط به من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم إلا بها مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم

(1) Art (46): " (1) ... (2) The following shall be considered as omission of the law-maker's tasks: a) the law-maker fails to perform a task deriving from an international treaty, b) a legal was not adopted in spite of the fact that the law-maker's task derives from explicit authorisation by a legal regulation, or c) the essential content of the legal regulation that can be derived from the Fundamental Law is incomplete....".

ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور⁽¹⁾.

ويرى احد الفقه ان الإغفال التشريعي يعني "قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين بالدستور⁽²⁾.

وقد عبر الفقه الفرنسي عن فكرة الإغفال التشريعي بأنها "الحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا يستوي مع القواعد والمعايير العامة للقانون والذي يتمثل في ثغرات تخل في تكامل النظام القانوني وآلياته"⁽³⁾.

(1) د. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٣٠.

(2) د. عيد أحمد الغفول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، ط٢، منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص 159.

(3) Michel MELCHIOR & Claude COURTOY, L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour constitutionnelle de Belgique, 4 décembre 2007, p.7.

ولمزيد من التعريفات الفقهية للإغفال التشريعي يراجع كلا من:

– Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, Revista Jurídica Piélagos, November 2010, p.144.

– Juan Luis Requejo Pagés, the problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain presented at the 14th Congress of the Conference of European

في حين عرف أحد الفقه الإغفال التشريعي بأنه "هو ذلك الذي تكمن فيه ارادة
المشرع عن الإمساك عن التشريع في مسألة عهد اليه الدستور بتنظيمها"⁽¹⁾.

وعرف كذلك بأنه عدم تناول المشرع بالتنظيم ما كان يتعين النص عليه صراحة
ليوافق مقتضى الدستور⁽²⁾. ويلاحظ ان هذا التعريف مختصر وغير واضح في
بيان معنى الإغفال التشريعي من جميع صوره.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه في تعريفه للإغفال بقوله "أن المشرع تناول
الموضوع محل التنظيم على نحو منقوص لا يحيط به من كافة جوانبه"،

Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitut
ional Jurisprudence", Vilnius – May 2008, p.3.

د. محمد باهي ابو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،
٢٠١٧، ص ٣٣٠.

ولمزيد من التعريفات الفقهية للإغفال التشريعي يراجع كلا من: د. سمير داود سلمان، الاغفال
التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية الحقوق، جامعة
النهريين، المجلد الحادي والعشرون، العدد الرابع، ٢٠١٩، ص ٩٠؛ م.د. جواهر عادل العبد
الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مرجع سابق، ص 2؛ م.د. عبد العزيز
سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد الخامس عشر، السنة
السابعة، أبريل ٢٠٠٩، ص 58؛ د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاعبة في
القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص
444، 445؛ وفي هذا المعنى أيضا، د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين
واللوائح في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص 1416؛

(1) د. محمد باهي ابو يونس، أصول القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 336.

(2) د. محمد عماد النجار، قضاء عدم دستورية الاغفال التشريعي، المجلة الدستورية صادرة

عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 17، السنة الثامنة، 2010، ص 30.

ويضيف اصحاب هذا الرأي بأن المشرع قد أوجد القاعدة القانونية، ولكنه أوجدها منقوصة وغير متكاملة بأن أغفل مراعاة أحد جوانب الموضوع الذي استهدفت القاعدة القانونية تنظيمه على نحو من شأنه الإخلال أو عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم من ناحية نصوص الدستور أو بعضها من ناحية أخرى⁽¹⁾.

بينما اعتبر جانب آخر من الفقه أن الإغفال التشريعي يعد مخالفة موضوعية لأحكام الدستور حيث عرفه بأنه "هو الأعمال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافا للدستور قد تمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلا عن الاحلال بمبدأ المساواة"⁽²⁾.

ويستوي في الإغفال التشريعي ليرتب اثره في عدم الدستورية أن يكون جاء عمداً أم عن خطأ، لأنه ليس جزاء أم عقاباً للمشرع على غفله، وإنما هو جزاء على

(1) د. إبراهيم محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص 396 و398. ويراجع أيضاً د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر العدد 62، ابريل 2017، ومشار إليه في مؤلف د. عبد الكريم ربيع العززي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد أنموذجاً: دراسة وصفية تحليلية في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2- العدد التسلسلي 34- شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م، ص 171 وما بعدها. ويراجع د. مستشار. محمد عبد الوهاب خفاجي، ومضات مضيئة للقضاء الإداري في طريق الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 2015، ص 113.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ١٩٩٩، ص ٢٠٢.

النقص التشريعي في التنظيم وعدم الإحاطة بجوانب المسألة كلها محل هذا التنظيم، وفق النموذج الدستوري لها، فالقضاء الدستوري ليس سلطة تعلقو المشرع ولا ينبغي أن تكون بمثابة سلطة رئاسية عليه حتى يقال بأن عدم الدستورية جزء على إغفاله وانما لابد أن تفهم ذلك في اطار مبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض توازن السلطات وتعاونها إعلاء لمبدأ سمو الدستور وسيادة القانون، فالقضاء الدستوري عندما يقوم بمهمة مراقبة الإغفال التشريعي فهو يراقبه أداء لدوره في الاستيثاق من قدر التطابق أو التباين بين النصوص التشريعية والدستور وهذا ما يحقق موجبات فلسفة الإغفال التشريعي ذاتها⁽¹⁾.

وصفوة القول مما تقدم أنه بالرغم من عدم اتفاق الفقه في ايجاد تعريف للإغفال التشريعي الا انه يمكن تعريفه بانه "اغفال السلطة المختصة بعملية التشريع بممارسة اختصاصاتها التشريعية المنصوص عليها بالدستور اغفالا كلياً أو جزئياً، أو التخلي عنها لسلطة أخرى دون سند دستوري، مما يؤدي الى فراغ تشريعي".

ثانياً: المفهوم القضائي للإغفال التشريعي:

لم يتطرق القضاء الدستوري في الانظمة القانونية الى مفهوم الإغفال التشريعي بشكل محدد، الا انه استخدم العديد من المصطلحات والعبارات التي تعبر عن فكرة الإغفال التشريعي، والتي أكد فيها ان الإغفال يعد عيباً دستورياً يستوجب القضاء بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه فيما تضمنه. حكم قاصر أو عدم دستورية التنظيم التشريعي القاصر فيما لم يتضمنه النص المطعون فيه من حكم كان يتعين أن يتضمنه، وأن تدخل المشرع يغدو واجباً حال يدعوه الدستور

(1) د. د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص 330.

الى تنظيم حق من الحقوق⁽¹⁾.

فقد ذهبت المحكمة الدستورية في إسبانيا في قرارها رقم 1982/24 الصادر في 13 مايو 1982 إلى أن الإغفال التشريعي يقع فقط في الحالات التي يفرض فيها الدستور على المشرع ضرورة سن قواعد تشريعية لتطوير النصوص الدستورية، ولا يقوم المشرع بذلك⁽²⁾؛ كما ذهبت المحكمة ذاتها في قرارها رقم 1985/98 الصادر في 29 يوليو 1985 إلى أنه لا يمكن استنتاج عدم دستورية قاعدة بسبب عدم تنظيم مسألة معينة ما لم يكن هناك تكليف دستوري

(1) P. Blacher, V. Larssonier, T. Meindl, J. Roux, A. Viala, « Cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 295, 1er janvier 1997, p. 34-45; G. Alberton, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle: les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 302, 1er mars 1998, p. 267-274; S. Bollé, « Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 313, 1er janvier 2000, p. 32-42.

أعتبرت المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا في قرارها الصادر بتاريخ 29 مايو 1969 أن المادة (1712) من القانون المدني تتعارض مع أحكام الدستور، نظرا لعدم تضمينها شروط متساوية بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين، وحثت السلطة التشريعية على معالجة هذا الإغفال، وذلك بإيجاد الشروط التي تضمن المساواة بينهما قبل نهاية الفصل التشريعي. انظر: Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator, op. cit, pp.83-84.

ويراجع د. جواهر عادل العبد الرحمن، مرجع سابق، ص 32

(2) Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, p.14.

صريح يهدف إلى تشريع هذه القاعدة بذاتها، وليس قاعدة غيرها⁽¹⁾.

وفي البرازيل ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن الإغفال التشريعي هو " عدم اعتماد الدولة للتدابير اللازمة لوضع المبادئ الدستورية موضع التنفيذ، بحيث تصبح فعالة ونافذة، وذلك نتيجة للامتناع عن القيام بالواجب الدستوري المقرر، بما يمثل انتهاكا لنص الدستور بطريقة سلبية، وبما ينشأ عنه إغفال تشريعي غير دستوري، قد يكون كلياً، عند عدم اتخاذ أية تدابير، أو جزئياً، حال عدم كفاية التدابير التي اتخذتها السلطة العامة"⁽²⁾.

وقد تضمن التعريف الذي قالت به المحكمة الاتحادية العليا بالبرازيل بيان كافة العناصر والشروط المتطلبية لقيام الإغفال التشريعي غير الدستوري، إذ بينت المحكمة أن سبب الإغفال التشريعي هو عدم اعتماد التدابير اللازمة لوضع المبادئ الدستورية موضع التنفيذ، وأوضحت أن الإغفال التشريعي قد ينشأ نتيجة عن عدم اعتماد التدابير اللازمة كلياً أو جزئياً، وأشارت أيضاً إلى الأثر المترتب على وجود الإغفال التشريعي، وهو انتهاك أحكام الدستور بطريقة سلبية، كما أنها أوضحت أساس وجود الإغفال التشريعي، وهو وجود واجب دستوري بالتدخل بالقاعدة القانونية اللازمة لتفعيل الحق الذي كفله الدستور.

ومع ذلك فإن هذا التعريف لا يسلم من سهام النقد، إذ إن المحكمة قد أرجعت

(1) Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, pp.14 and 24,

(2) C.S.F.B, Déc. du 22/05/1996; Rapporteur: Min. Celso de MELLO; disponible sur le site internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347058>

وجود الإغفال التشريعي للدولة بصفة عامة، ولم ترجعه إلى السلطة المختصة بالتشريع (أصليا أو فرعيا)، كما أنها لم توضح كيفية وقوع الإغفال التشريعي، وما إذا كان المشرع قد تعمد إيقاعه، أم أنه وقع دون إرادته، إهمالاً أو نسياناً؛ بالإضافة إلى أنها أدخلت في مفهوم الإغفال التشريعي ما ليس منه، وهو ما يسميه معظم الفقه بالإغفال التشريعي الكلي أو الامتناع التشريعي.

بينما في فرنسا لم يتعرض المجلس الدستوري الي بيان تعريف الإغفال التشريعي وانما اعترف بالرقابة علي الإغفال التشريعي، وذلك بموجب القرار الدستوري رقم DC 31-67، والمتعلق باستقلال القضاة وعدم قابليتهم للعزل الصادر في 26 يوليو 1967⁽¹⁾، ويعتبر أول قرار يصدر من المجلس ويعاقب على عدم دستورية القانون بسبب "الإغفال التشريعي للمشرع"، وهو تعبير لم يثير دائماً اهتمام الفقه الدستوري، ويمثل بداية فقه دستوري بسبب عدم الكفاءة السلبية للمشرع، الذي تم بناؤه بشكل أساسي منذ عام 1982 والتي يواصل المجلس بنائها من خلال عدة قرارات سنوية⁽²⁾.

(1) CC, n° 67-31 DC, Indépendance et inamovibilité des magistrats, Rec. 19, RJC I-16.

(2) CC, n° 67-31 DC, Indépendance et inamovibilité des magistrats, Rec., p. 19, RJC I-16; CC, n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, Rec. p. 25, RJC I-22, GD, n° 15; CC, n° 72-46 DC du 20 janvier 1972, Incompatibilités parlementaires, Rec., p. 21, RJC I-25; CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Juge unique, Rec. p. 22, RJC I-32; CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisations, Rec., p. 18, RJC I-104, GD, n° 31; CC,

n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix, Rec. 57, RJC I-130, GD, n° 33; CC, n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, Convention fiscale avec la Nouvelle-Calédonie, Rec., p. 43, RJC I-154; CC, n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, Démocratisation du secteur public, Rec., p. 49, RJC I-157; CC, n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, Lois de finances pour 1984, Rec., p. 67, RJC I-166; CC, n° 83-166 DC du 29 décembre 1983, Prix de l'eau, Rec., p. 177, RJC I-175; CC, n° 84-167 DC du 19 janvier 1984, Établissements de crédit, Rec. p. 23, RJC I-177; CC, n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, Difficultés des entreprises, Rec., p. 38, RJC I-180; CC, n° 83-168 DC des 19 et 20 janvier 1984, (aspects de Fonction publique territoriale), Rec., p. 38, RJC I-180; CC, n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Réseaux câblés, Rec., p. 63, RJC I-187; CC, n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, Communication audiovisuelle, Rec., p. 55, RJC I-192; CC. 84-183 DC 18 janvier 1985, Rec., p. 213; CC, n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, Principes d'aménagement, Rec., p. 49, RJC I-224; CC, n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, Dispositions d'ordre économique et financier, Rec., p. 46, RJC I-228; CC, n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Amendement Tour Eiffel, Rec., p. 78, RJC I-242; CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Liberté de communication, Rec., p. 141, RJC I-183; CC, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, Rec., p. 184, RJC I-301; CC, n° 87-233 DC du 5 janvier 1988, Rec., p. 9, RJC I-322; CC, n° 87-239 DC du 30 décembre 1987, Loi de

finances rectificative, Rec. p. 69, RJC I-328, CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché, Rec. p. 71, RJC I 365; CC, n°90-277 DC du 25 juillet 1990, Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux, JO du 27 juillet 1990, p. 9021, Rec., p. 70, RJC I-406; CC, n° 91-283 DC du 8 janvier 1991, Contribution fiscale, Rec., p. 11, RJC I-417; CC, n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, Rec., p. 204, JO, p. 10750, RJC I-533; CC, n° 93-323 DC du 5 août 1993, Rec., p. 213, RJC I-535; CC, n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Rec., p. 9, RJC I-562 CC, n° 94-353/356 DC du 11 janvier 1995, Rec., p. 166, RJC I-615; CC, n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec., p. 183, RJC I-624; CC, n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Rec., p. 99, RJC I-675; CC, n° 98-399 DC du 5 mai 1998, JO, 12 mai 1998, p. 7092, Rec., p. 245; CC, n° 98-401 DC du 10 juin 1998, JO, 14 juin 1998, p. 9033, Rec., p. 258; CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, JO, 31 juillet 1998, p. 11770, Rec., p. 276; CC, n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, JO, 27 décembre 1998, p. 19663, Rec., p. 312, GD, n° 50; CC 98-405 DC du 29 décembre 1998, Rec., p. 326; CC 99-416 DC du 23 juillet 1999, Rec., p. 100; CC 99-419 DC du 9 novembre 1999, 1998, Rec., p. 116; CC, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, JO, 20 janvier 2000, p. 992; CC, n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, JO, 20-22 août 2000, p. 11922...

وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي الى ان البرلمان يكون متنازلا عن اختصاصه إذا تراجع عن التدخل التشريعي حيث يلزمه الدستور بالتدخل، اضافة الى ذلك انه يكون متخليا عن اختصاصه التشريعي إذا أفرط في تفويضه الى السلطة اللائحية.

كما أكد المجلس الدستوري في قرار حديث له⁽¹⁾ وفي اكثر من مناسبة الى انه وفقا للمادة الثامنة من إعلان 1789 لا تكون هناك عقوبة إلا بناء على نص في القانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة على تطبيق القانون، واستنادا الى ذلك يجب على المشرع ان يحدد الجرائم والعقوبات بشكل محدد وكاف من اجل ابعاد ثمة تحكم من جانب السلطات العامة والا كان التشريع غير دستوري⁽²⁾،

CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisations, Rec., p. 18, RJC I-104, GD, n° 31, CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix, Rec. 57, RJC I-130, GD, n° 33 (intérêt de la décision dans son aspect de sanction du renvoi à un décret d'application pour la fixation de la fin du blocage des prix).

⁽¹⁾ Décision n° 2022-1009 QPC du 22 septembre 2022. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/20221009QPC.htm>

⁽²⁾ Cf. notamment CC, n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier; CC, n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, commentée par B. Matthieu, M. Verpeaux, à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2001-456 DC du 22 août 2002, « Chronique de Jurisprudence constitutionnelle », LPA, n°192,25 septembre 2002,

كما أعلن المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٣ نوفمبر عام ٢٠١٢ عدم دستورية المادة ١٢٠ الفقرة الأولى، وذلك بسبب ما اغفلته من وجوب تفعيل مبدأ المشاركة بالنسبة للقرارات الإدارية التي ليس لها الصفة اللائحية الصادرة عن الإدارة وأجهزتها، وذلك بالمخالفة للنص الدستوري الوارد بالمادة السابعة من الميثاق الدستوري لحماية البيئة⁽¹⁾.

بينما في مصر لم تتعرض أي من محكمة النقض العليا، أو المحكمة الدستورية العليا لمفهوم فكرة الإغفال التشريعي، والمقصود منها، ولم تضعها تعريفا محددًا لما يمكن اعتباره إغفالًا تشريعيًا، وما لا يمكن اعتباره كذلك، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد بينت حقيقة الإغفال التشريعي، وحددت عناصره في غير موضع من أحكامها، وذلك بأن ذهبت إلى أن "الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - تتناول - بين ما تشتمل عليه - الحقوق التي كفلها الدستور، وأهدرها النص المطعون فيه ضمناً؛ سواء

p. 4-18; « Jurisprudence constitutionnelle, 1re partie, Chron. », JCP, éd. G., n° 46 du 13 novembre 2002, p. 2011-2016; CC, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, décision au JO du 10 septembre 2002, p. 14953.

د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 63.

(1) Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012283qpc.htm..>

أكان الإخلال بها مقصودا ابتداء، أم كان قد وقع عرضاً⁽¹⁾.

وفي المعنى ذاته ذهب المحكمة إلى أن " ... الدستور قد خول السلطة التشريعية أصلاً اختصاص سن النصوص القانونية باعتبار أن ذلك مما يدخل في نطاق الدائرة الطبيعية لنشاطها، إلا أنه لا يعصمها من الخضوع للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورتيتها، وهي رقابة غايتها إبطال ما يكون منها مخالفاً للدستور ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التي أهدرتها ضمناً، سواء أكان إخلالها بها مقصوداً ابتداء أم كان قد وقع عرضاً⁽²⁾.

وقضت المحكمة حديثاً إلى أن " ... التنظيم الذي أتى به النص المطعون فيه لم يتضمن تقرير الحق في إجازة وجوبية للعاملين المسيحيين المخاطبين بأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، لمدة شهر باجر كامل، ولمرة واحدة طوال حياتهم الوظيفية، لزيارة بيت المقدس، مع عدم احتسابها ضمن الإجازات الاعتيادية المقررة بذلك القانون، وقصر منحها على أداء فريضة الحج، فإن هذا التنظيم يغدو تنظيماً قاصراً غير متكامل، لا يحيط بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور من مختلف أقطارها وجوانبها، ويكون بذلك قد اخل إخلالاً جسيماً بها، بما يفقدها تكاملها وترابط أجزائها، ويقع من ثم مخالفاً لنصوص المواد (١)، (٤)،

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 5 لسنة 8 ق.د، جلسة 6 يناير 1996؛ الجريدة الرسمية، العدد (3) في 18 يناير 1996، ص 79.08. والمشار إليه لدى المستشار الدكتور، رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 26.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية 31 لسنة 17 ق.د، جلسة 2 يناير 1999؛ الجريدة الرسمية، العدد (2) في 14 يناير 1999، ص 126-134.

١٢، ١٣، ١٠، ٥٣، ٦٤، ١٢) من الدستور"^(١).

كما اعتبرت المحكمة الدستورية العليا إخلال المشرع بالتزام ناشئ عن معاهدة دولية بمثابة إغفال تشريعي يخضع للرقابة الدستورية؛ فذهبت إلى أن... مؤدي ما تقدم، نشوء التزام على الدولة بتعديل قوانينها الداخلية بما يتفق وتعهداتها الدولية الناشئة عن الاتفاقية المشار إليها، وذلك إنفاذاً لمقتضى أحكام المادة (٩٣) من الدستور، والتي تنص على أن " تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة"، وما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (151) على أن يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب...". ليضحي تراخي المشرع في تعديل النص المطعون فيه بإنفاذ مقتضى نص الاتفاقية المشار إليه، في شأن أحقية الأولاد القصر للأم الأجنبية التي اكتسبت الجنسية المصرية في اكتساب هذه الجنسية تبعاً لأهمهم، وبقوة القانون، أسوة بالأب الأجنبي الذي يكتسب الجنسية المصرية، إخلالاً من المشرع بالتزامه الدستوري المتقدم، بما يوقعه في حومة مخالفة أحكام الدستور، ولا يقبله من هذه المخالفة النص في المادة (٢٦) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ سالف الذكر على أن " يعمل بأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالجنسية التي أبرمت بين مصر والدول الأجنبية، ولو خالفت أحكام هذا القانون"، ذلك أن إنفاذ مقتضى الاتفاقية يستوجب تضمين القانون ما يكفل هذا الحق للأولاد القصر للأم الأجنبية التي

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية 153 لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 4 فبراير ١٢٠١٧

الجريدة الرسمية، العدد (1) مكرر (ب) في 15 فبراير ٢٠١٧، ص ١٨-٢٧.

اكتسبت الجنسية المصرية، وهو ما خلا منه النص المطعون فيه، الأمر الذي يغدو معه هذا النص مصادقا لأحكام الدستور على النحو المتقدم بيانه، مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته في حدود النطاق المتقدم⁽¹⁾.

وقد شايحت محكمة النقض مفهوم المحكمة الدستورية العليا للإغفال التشريعي، فذهبت إلى أن " الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه، وسبيل هذه الرقابة تكون بالتحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود، بما مؤداه أن مجال الرقابة على الشرعية الدستورية لا ينحصر فيما أخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كفلها الدستور، ولكنها تتناول أيضا ما أهدره أو أغفله من هذه الحقوق، فكلما كان تنظيم المشرع لأحد هذه الحقوق قاصرا بما يجعله في غير الصورة التي تكفل فاعلية مباشرة هذا الحق أخل هذا القصور بالحماية الدستورية، وهو ما يسمى بالرقابة القضائية على قصور النص التشريعي أو رقابة الإغفال، بمعنى أن إغفال المشرع تقرير بعض القواعد في النص التشريعي، بما يخل بما يورده الدستور من ضوابط وقيود، يجعل هذا الإغفال

(1) وانتهت المحكمة إلى الحكم " بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (6) من القانون رقم ٢٦ لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية، فيما تضمنه من قصر الحق في اكتساب الجنسية المصرية بالنسبة للأولاد القصر على حالة اكتساب الأب الأجنبي لهذه الجنسية، دون حالة اكتساب الأم الأجنبية لها "؛ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية 131 لسنة 39 ق. د، جلسة 6 أبريل ٢٠١٩؛ الجريدة الرسمية، العدد (15 مكرر) في 15 أبريل ٢٠١٩، ص ٣-١٢.

مخالفا للدستور⁽¹⁾.

ويتبين مما تقدم أن المحكمة الدستورية العليا - وشايعتها في ذلك محكمة النقض المصرية - قد اشترطت توافر عدة عناصر للقول بوجود الإغفال التشريعي الذي يخضع لرقابة الدستورية، فتطلبت أن يكون المشرع الدستوري قد كفل الحق أو الحرية دستوريا، وأن يتدخل المشرع لتنظيم هذا الحق أو الحرية فيأتي تنظيمه تنظيما قاصرا، لا يحيط بكافة جوانب الحق أو الحرية محل التنظيم، وأن يهدر التنظيم التشريعي جانبا من جوانب هذا الحق أو تلك الحرية، سواء أقصد المشرع هذا الإخلال، أم كان قد وقع منه إهمالاً بغير قصد وأن يخل الجانب الذي أهمل المشرع تنظيمه من الحق أو الحرية بالانتفاع بها انتفاعا كاملا، وأن يؤدي إهمال المشرع في تنظيم الحق أو الحرية إلى الإخلال بأحكام الدستور. كما يتضح مما سبق أن المحكمة الدستورية العليا، وكذا محكمة النقض، قد قصدا من حديثهما عن الإغفال التشريعي في الأحكام المشار إليها ما يسميه معظم الفقه بـ " الإغفال التشريعي الجزئي "، إذ اشترطتا أن يكون المشرع قد نظم الحق المكفول دستوريا تنظيما قاصرا، وهو ما يستفاد منه ضمنا أن المشرع قد تدخل بالتشريع فعلاً، إلا أن التنظيم جاء قاصرا، أي أن المشرع قد استخدم سلطته في التشريع، ولم يتمتع أو يلتزم الصمت كلية حيال الحق المنصوص عليه دستوريا.

ويمطالعة احكام المحكمة الدستورية الكويتية يتضح انها لم تتعرض لتعريف الإغفال التشريعي، وذلك على عكس المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا المصرية كما سبق وان وضحنا على النحو سالف الذكر، وانما

(1) حكم محكمة النقض في الطعن رقم 44 لسنة 73 قضائية، جلسة ٢٩ سبتمبر ٢٠٠٤.

جاء في أحد احكامها انها لا تتعدي اختصاصاتها المنصوص عليها في قانون انشائها ولا تتعرض لما يظهر في النص من قصور ومثالب (اشارة الي الإغفال التشريعي) حيث أكدت على "أن هذه المحكمة مقيدة في قضائها بنطاق الطعن المطروح عليها، والمناطق في أعمال رقابتها الدستورية . وحسبما استقر عليه قضاؤها . أن يكون أساس الطعن هو مخالفة النصوص التشريعية المطعون عليها لنص في الدستور، ولا شأن للمحكمة في بحث مدى ملاءمة هذه النصوص، ولا ما ظهر فيها من قصور ومثالب من جراء تطبيقها، ولا بالإدعاء بأن تلك النصوص لم تؤت أكلها وتحقق غاياتها، فهذه الأمور قد يستدعي معها النظر في تعديلها إذا كانت غير وافية بالمرام وذلك بالأداة القانونية المقررة طبقاً للدستور، بيد أنها لا تصلح أن تكون سبباً للطعن عليها بعدم الدستورية لخرج ذلك عن مجال الرقابة القضائية لهذه المحكمة"⁽¹⁾.

ومما تقدم يمكن القول إنّ الاحكام التي جاءت بها المحكمة الدستورية العليا المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي لم يضعاً مفهوماً محدداً للإغفال التشريعي، وإنما قد عبرا عنه باستخدام عبارة فيما لم يتضمنه النص من حكم كان يتعين أن يتضمنه أو فيما تضمنه حكماً قاصراً، بينما المحكمة الدستورية الكويتية لم تتعرض لبيان الإغفال التشريعي ولم تتعرض له في رقابته علي النصوص القانونية لا من قريب أو بعيد بشأن تعريف الإغفال التشريعي سواء أكان اغفال كلي أو اغفال جزئي، وإنما تعرضت لبيان فقط أنها لا تتعرض لما ظهر في النص من قصور ومثالب من جراء تطبيقه.

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم 26 لسنة 2012 دستوري، جلسة

.2012/9/25

المطلب الثاني

الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابهه معه من مصطلحات

تقوم فكرة الإغفال التشريعي على إغفال المشرع عن ممارسة اختصاصه المحدد في الدستور وهو التشريع، في إطار مبدأ الانفراد التشريعي بصورتيه المطلق (الكلي) والنسبي (الجزئي)، بمعنى أن البرلمان يتخذ موقفاً سلبياً تجاه اختصاصه الدستوري، وبالرغم من ذلك نجد أن هناك تشابهاً واختلافاً بين الإغفال التشريعي وغيره من السلوكيات التي قد يتخذها المشرع خاصة منها فكرة السكوت التشريعي، وعدم الاختصاص السلبي للمشرع:

أولاً: الفرق بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي:

عرف أحد الفقه الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي بأنه "حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور".

في حين ذهب البعض الآخر في تعريفه بأنه "السكوت عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين"⁽¹⁾.

في حين عرفه آخر بأنه "امسك المشرع عن التشريع في شأن معين وهو ما يعد مما يترخص فيه، ولذا يعد من الملامات التي يستقل وحده بتقديرها"⁽²⁾.

وعارض السكوت أو الصمت التشريعي بعده أوثق بمجال رقابة الملائمة التشريعية التي تمتنع على القضاء الدستوري، تفترق عن عارض آخر يمكن أن

(1) د. عبد الحفيظ الشيمي، مرجع سابق، ص 120 - 121.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص 335.

نطلق عليه بالإغفال التشريعي، فهذا الأخير تكمن فيه إرادة المشرع عن الإمساك عن التشريع في مسألة عهد اليه الدستور بتنظيمها، فهو يختلف عن السكوت التشريعي من ناحيتين: الأولى عنصر مادي مفاده عدم قيام المشرع بسن القانون الذي أوجب عليه الدستور صدوره.

والثانية عنصر معنوي مفاده إنصراف إرادة المشرع إلى عدم إصدار هذا التشريع، وهو ما يكون حاصلة أن الإغفال التشريعي هو إمساك المشرع عن سن تشريع كان يجب عليه سنه دستوريا. لذلك فانه على خلاف السكوت التشريعي لا يدخل في نطاق الملائمة التشريعية، ومن ثم يخضع لرقابة الدستورية، وخير دليل على ذلك ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا بقولها "...تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وإذا كان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما اقتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسبا، إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، كما هو الحال بالنسبة لحق التقاضي، فإذا أغفل أو أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق، كان ذلك مخالفا للدستور"⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك أن الإغفال التشريعي يختلف عن السكوت التشريعي أيضا من عدة نواحي، فمن ناحية نجد أن الإغفال التشريعي يكون فيه المشرع قد تناول الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة أو على نحو منقوص، إما السكوت التشريعي يكون عندما لا يتناول المشرع أحد الموضوعات بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك، ومن ناحية أخرى فإن مسلك المشرع اتجاه

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 193 لسنة 19 قضائية دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء التاسع، 6 مايو 2000، ص 548.

السكوت التشريعي يعد مسلكاً إرادياً بحسب الأصل، بينما مسلك المشرع بصدد الإغفال التشريعي هو بحسب الأصل غير إرادي⁽¹⁾.

كذلك نجد أن الإغفال التشريعي يختلف عن السكوت التشريعي من حيث مدى الخضوع للرقابة الدستورية من قبل القضاء، فالأغفال التشريعي يخضع لرقابة القضاء الدستوري ويعد أساسه في مبدأ سمو الدستور والذي يعني علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، أما لسكوت التشريعي أو ما يسميه الفقه بالأغفال الكلي ليس مدعاة لرقابة المشرع من قبل القضاء الدستوري، إذ لا توجد صلة بين الحاجة الى التشريع وبين دستوريته⁽²⁾.

وخلاصة ما تقدم يمكن القول إن امتداد الرقابة على السكوت التشريعي تعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير كثير من الامور من بينها مدى الحاجة الى التشريع، وضرورة واهمية هذا التشريع، وتقدير الظروف الملائمة لصدور التشريع، إذ تعد هذه الامور هي من ابرز واخص سمات السلطة التقديرية للمشرع فضلا عن ذلك أن تنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقا للملائمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين ومتى لا تتدخل، فإذا قعد المشرع عن أن يتناول مسألة ما بالتنظيم فإنه لا يجوز حمله على التدخل كأصل مالم يكن

(1) د. جابر محمد حجي، مرجع سابق، ص 401.

(2) د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 257.

الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو امر لا يحدث كثيراً⁽¹⁾. إما من ناحية التشابه بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي فنجد أن كلا منهما يرد على التزام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور.

ثانياً: التمييز بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع:

إن فكرة الإغفال التشريعي تعد من الافكار الحديثة فهي قد تختلط بغيرها من السلوكيات السلبية التي قد يتخذها المشرع، خاصة فكرة عدم الاختصاص السلبي أو ما يطلق عليه بالتسلب التشريعي⁽²⁾، والتي استعارها فقه القانون العام من مفهوم فكرة عدم الاختصاص السلبي⁽³⁾، وتجد هذه الفكرة اساسها في التزام

(1) د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995م، ص 109.

(2) أي تنازل المشرع عن اختصاصه بالتشريع لغيره من السلطات؛ انظر: م. د. عبد العزيز سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق ص 59؛ د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٥٠؛ أ. كيلالي زهرة، مبدأ الانفراد بالتشريع، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، بحث متاح بموقع المجلة الالكترونية على الرابط: <http://www.droitentreprise.org/web/?p=1964/>

(3) Ariane VIDAL-NAQUET & ILF-GERJC, L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence negative, Les nouveau cahiers du conseil constitutionnel, N° 46 (l'incompétence en droit Pillouer Le constitutionnel), janvier pp.7-20; Arnaud L'incompétence négative des autorités administratives: retour sur une notion ambivalente, Revue française de droit administratif, Dalloz, 2009 p.1203.

البرلمان بالتشريع حيث يوجب عليه الدستور ذلك، وإلا عد ممتعا عن ممارسة اختصاصاته التشريعية، كما تعني عدم تخليه عنها لغيره من السلطات العامة الأخرى، وإذا حدث وامتنع البرلمان عن ممارسة اختصاصاته التشريعية أو تخلى عنها لتمارسها هيئة أخرى عوضا عنه فإنه يكون قد خالف الدستور بما احدث بغير وجه حق من تعديل لقواعد توزيع الاختصاصات الدستورية بما احدث بغير وجه حق من تعديل لقواعد توزيع الاختصاصات الدستورية⁽¹⁾.

اضافه الى ذلك ان عدم الاختصاص السلبي يعد أحد عوارض الاختصاص التشريعي، فهو يتبدى في حالة ما إذا عهد الدستور الى السلطة المشرعة بتنظيم مسألة معينة، فبدلا من ان تقوم بهذه المهمة بذاتها، تنتازل عنها الى جهة أخرى لتتولى تنظيمها، كأن توكل السلطة التشريعية الى السلطة التنفيذية ما أناط الدستور تأديته بما ففي هذه الحالة تتسلب الأولى من اختصاصها لتعهد به الى الأخرى، وعلى ذلك يقوم التسلب على عناصر ثلاثة وهي النص الدستوري المانح للاختصاص، نزول الجهة المختصة عن هذا الاختصاص، والجهة المتنازل لها عن الاختصاص⁽²⁾.

(1) د. عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 43. د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق علوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٧/٢٠١٦، ص 50.

Florence Galletti, Existe-t-il une obligation de bien légiférer? Propo sur << l'incompétence négative du législateur >> dans la jurisprudence d Conseil constitutionnel, R.F.D.C, n° 58, 2004, p.391.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص 333.

كذلك نجد أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تتعلق بتنظيم بعض الدساتير لاختصاصات السلطة العامة، ولاسيما فيما يتعلق بالوظيفة التشريعية التي ينفرد بها البرلمان دون غيره بمعنى التشريع في المسائل المحجوزة له دون

وإيضاحاً لفكرة التسلب من الاختصاص فقد أوردت المحكمة الدستورية العليا أن "حرية الانتقال تتخبط في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتض مشروع، إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها، ويقوّض صحيح بنيانها؛ وقد عهد الدستور بهذا النص إلى السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك، أن يكون تعيين شروط إصدار وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح، استصحاباً لأصل الحرية في الانتقال؛ والاستثناء هو المنع؛ وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض، أو عضو نيابة عامة، يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية.

وحيث إن الدستور قد احتفى - كذلك - بالحقوق المتصلة بالحق في التنقل فنص في المادة (50) منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة في جهة معينة إلا في الأحوال التي يبينها القانون، وتبعته المادة (51) لتمنع إبعاد المواطن عن البلاد وأحرامانه من العودة إليها، وجاءت المادة (52) لتؤكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو الموقوتة على أن ينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد؛ ومقتضى هذا أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً ما بتنظيم شئ مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور فيما تقدم، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين . متى كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها، وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية، تنظيم الحق من أساسه، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة (86) من الدستور، ساقطاً - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية." حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 243 لسنة 21 قضائية "دستورية" جلسة 2000/11/4.

أن يعهد في ذلك الى سلطة اخرى، متأثراً في ذلك بعملية توزيع الاختصاص بين السلطات التي تبناها الدستور الفرنسي عام 1958، إذ أعتبر ان الموضوعات المحجوزة للبرلمان لا يمكنه في إطارها ان يتنازل عن تنظيمها لصالح سلطة أخرى عن طريق التفويض التشريعي. وما يمكن ملاحظته على ذلك ان فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تظهر في صورتين الأولى تتمثل في عدم الاختصاص التشريعي غير المقترن بالتفويض التشريعي ويحصل ذلك عندما يتخلى البرلمان عن اختصاصه، ولكن من دون احالة الى سلطة اخرى لممارسة هذا الاختصاص بمعنى دون تفويض تشريعي، أما الصورة الثانية فهي تتعلق بعدم الاختصاص السلبي المقترن بتفويض تشريعي ولكن ذلك يكون فقط في الظروف الاستثنائية، إذ يتنازل المشرع عن جزء من اختصاصاته لصالح السلطة التنفيذية⁽¹⁾، وتجد هذه الصورة اساسها في القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي وكذلك المحكمة العليا الذي تصدى لحالة التفويض من خلال تحديد الضوابط الدستورية التي يجب على السلطة التشريعية ان تتقيد بها، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا ما يلي "انه يشترط لسلامة التفويض وصحته ان تطرأ ظروف استثنائية تبرره وان يكون محدد المدة، معين الموضوعات التي يجري فيها والأسس التي يقوم عليها، وكلها قيود على السلطة التنفيذية⁽²⁾ حتى لا تمارس ذلك الاختصاص الاستثنائي بإصدار قرارات لها قوة القانون إلا أن تقوم مبرراته ودواعيه على ان يكون ذلك في الحدود ووفقا للضوابط التي تضعها

(1) قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ٢٠،١٩ يناير ١٩٨١، ص ١٦.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 9 لسنة 4 قضائية دستورية والصادرة في

السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الاصيل في ممارسة وظيفة التشريع⁽¹⁾. وبالتالي فإن المشرع لا يملك أن يتخلى عن اختصاصه لصالح السلطتين التنفيذية والقضائية تحت ستار التنظيم التشريعي، أو تحت ستار التفويض التشريعي وفي هاتين الصورتين، إذا ما تخلى البرلمان عن اختصاصه فإنه يكون بدون شك مخالفاً للتنظيم الدستوري بشأن توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة⁽²⁾.

وفي ضوء ما تقدم نجد أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تختلف عن فكرة الإغفال التشريعي وهذا الاختلاف يكمن من خلال عدة نواحي: يقصد بعدم الاختصاص السلبي مخالفة مسلك المشرع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور بأن يتخلى عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية، بينما نقصد بالأغفال التشريعي قعود المشرع عن مباشرة اختصاصه أو مباشرته على نحو قاصر ومن ثم فلا يترك المشرع اختصاصه لسلطة أخرى⁽³⁾. اما من ناحية المسلك الذي يتخذه المشرع ففي عدم الاختصاص السلبي يكون

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 7 لسنة 35 قضائية "رقابة سابقة"، جلسة ٢٥ مايو ٢٠١٣؛ الجريدة الرسمية، العدد (٢١ مكرر "١") في ٢٦ مايو ٢٠١٣. Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, op. cit. p.57.

د. عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، راسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٦٨. (3) د. عبد الحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص ٢٢. ٢٧.

مسلك المشرع إراديا، ما في الإغفال التشريعي فان مسلك المشرع وخاصة في الإغفال الجزئي الذي يعد أكثر مراقبة، هو بحسب الاصل غير ارادي⁽¹⁾. ومن ناحية الاساس القانوني للرقابة الدستورية على كل من الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، نجد أن اساس الرقابة على الإغفال التشريعي تتمثل في مخالفة التشريع لمبدأ الدستور وعلوه من جانب، ومخالفة الضمانات التي هيأها الدستور لحماية الحقوق والحريات العامة من جانب آخر⁽²⁾. اما فيما يتعلق بفكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع نجد ان اساس الرقابة عليها هو مبدأ الانفراد التشريعي بمسائل معينة ومن ثم مخالفة القانون لقواعد الاختصاص إذا ما ترك القانون هذه الموضوعات للسلطة اللائحة⁽³⁾. اضافة الى ذلك إن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تعد من العيوب

(1) د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة. التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار الجامعات الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص 580.

(2) د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية، 2003، ص 141.

(3) م. د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، الجزء الثاني، د. ن، ٢٠٠٦، ص ٧٧؛ د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ٣٧؛ د. خالد بالجيلالي، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 77؛ وانظر أيضا في الفقه المقارن:

Florence Galletti, Existe-t-il une obligation de bien légiférer? op. cit, p.397; Ariane VIDAL-NAQUET & ILF-GERJC, L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative, op. cit, pp.7-20.

الخارجية للتشريع فهي تتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الدستور وبترتب على ثبوتها القضاء بعدم دستورية التشريع المطعون فيه وذلك لمخالفته لقاعدة شكلية واردة بالدستور، في حين لا يمكن اعتبار فكرة الإغفال التشريعي من العيوب الخارجية للتشريع بل انها تعد مخالفة صريحة لمضمون أحد نصوص الدستور أو بعضها وبترتب على وجوده القضاء بعدم دستورية ما أغفل المشرع بيانه للمخالفة الموضوعية للدستور⁽¹⁾.

وصفوة القول أن الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع تهدف الى تحقيق غاية معينة فنجد، أن الهدف من الرقابة على الإغفال التشريعي تكمن من خلال حماية مبدأ سمو الدستور وعلوه وهيمنته على قواعده ومبادئه على ما دونها من قواعد قانونية سواء كانت صريحة أو ضمنية من جانب، وكفالة وحماية الحقوق والحريات التي تضمنها الدستور بأن يكون الانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقا فاعلا لها من جانب آخر، وذلك لان حالة الإغفال التشريعي تهدف الى تصحيح النص التشريعي وليس حماية المجال المحجوز للقانون (التشريع)⁽²⁾، في حين ان الهدف من الرقابة على فكرة عدم الاختصاص السلبي تتمثل في حماية المجال المحجوز للقانون (التشريع) وعدم إقحام السلطات الاخرى مباشرة اختصاصات السلطة التشريعية⁽³⁾.

(1) د. جابر محمد حجي، مرجع سابق، ص 401.

(2) د. محمد عماد النجار، مرجع سابق، ص 37.

(3) د. عبد المجيد إبراهيم، مرجع سابق، ص 579.

المبحث الثاني

أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وصور الإغفال

تمهيد وتقسيم:

تستمد المحاكم الدستورية سلطتها في رقابة الإغفال التشريعي من النصوص الدستورية وقوانين انشاء المحاكم الدستورية والتي قد تصن صراحة على رقابة الإغفال التشريعي، أو قد تنص ضمناً على الرقابة الإغفال التشريعي، وقد تستند أيضاً إلى الأحكام القضائية التي تصدر من الأحكام الدستورية أو المجلس الدستوري على حسب المسميات التي تعتمدها الدول، في أعمال الرقابة على الإغفال التشريعي.

وتتعدد صور الإغفال التشريعي ما بين الإغفال التشريعي الكلي، أو الإغفال التشريعي الجزئي وهو ما سوف نبينه في المطلب الثاني، ولمعالجة هذه التفاصيل سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: صور الإغفال التشريعي.

المطلب الأول

الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي

تستند كلا من المحكمة الدستورية في مصر والكويت وكذلك المجلس الدستوري الفرنسي في أعمال الرقابة على دستورية القوانين إلى نصوص الدستور وكذلك إلى قوانين انشاء القضاء الدستوري في تلك الأنظمة، وهو ما يجب أن نوضحه في النقاط التالية:

أولاً: الأساس القانوني لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي:

1- الأساس الدستوري والقانوني لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي في

فرنسا:

نظم الدستور الفرنسي اختصاص المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين حينما نص في المادة رقم (61) منه على ان تعرض القوانين على المجلس الدستوري قبل إصدارها لمراقبة دستورتها من عدمه⁽¹⁾، وأيضاً أجاز

⁽¹⁾ [Article 61: Modifié par LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... - art. 28](#)

Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à [l'article 11](#) avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

الرقابة اللاحقة على دستورية أو عدم دستورية القوانين إذا ما أثير نص ينظر أمام المحكمة شبهة انتهاك الحقوق والحريات⁽¹⁾.

2- الأساس الدستوري والقانوني لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي في مصر:

يستند الأساس الدستوري لرقابة المحكمة الدستورية المصرية على الإغفال التشريعي في المبدأ الوارد بالمادة 192 من دستور مصر الصادر عام 2014 والمعدل عام 2019 والتي تنص على أن "تتولي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation."

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/>

⁽¹⁾ [Article 61-1: Création LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... - art. 29](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/)

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article."

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/>

التشريعية،⁽¹⁾. في حين نصت المادة رقم 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 والمعدل بالقانون رقم 137 لسنة 2021⁽²⁾ والتي نصت على أن "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح".

بينما يرجع الأساس القانوني لرقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي، الي قاعدة أعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها، ذلك أنه متي جاز تصحيح النص الدستوري خير من اهداره، وعلي الرغم من عدم نص المشرع الدستوري علي سلطة المحكمة الدستورية في رقابة الإغفال التشريعي بشكل صريح إلا أن هذه المكنة متضمنة بحكم اللزوم العقلي بمقتضي النص علي سلطة المحكمة في القضاء بعدم الدستورية، وإذا كانت المحكمة تملك حق إعدام النص من خلال القضاء بعدم دستوريته، فأنها تملك من باب اولي تعليق علي دستوريته علي شرط يضمن براءته من العيب الدستوري الذي

(1) انظر نص المادة 192 من دستور مصر الصادر عام 2014 والمعدل عام 2019 والتي نصت على أن "تتولي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علي دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

(2) القانون رقم 137 لسنة 2021 والمنشور بالجريدة الرسمية - العدد 32 مكرر (أ) في 15 أغسطس 2021م.

اغفله المشرع⁽¹⁾. فمهمة المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين تقف عند الحكم بدستورية النص أو عدم دستوريته، دون أن يكون لها سلطة تصحيحه أو تعديله، إذ أن تصحيح التشريع أو تعديله هو اختصاص ينفرد به المشرع علي استقلال، لا ينازعه في ذلك سلطة أخرى اياً كانت، وأن الاستناد في رقابة الإغفال التشريعي إلي قاعدة أعمال النصوص خير من اهمالها، ومن ثم متي جاز تصحيح النص انتفي موجب إعدامه، إذ أن تصحيح العيب الدستوري خير من أهدار النص.

3- الاساس الدستوري والقانونى لإعمال الرقابة على القوانين واللوائح في الكويت:

حددت المادة رقم (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962⁽²⁾ اختصاص المحكمة الدستورية حينما نصت على أن: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن".

وتأكيداً على ذلك فقد انشأت المحكمة الدستورية الكويتية بموجب القانون رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014 واصبح من ضمن

(1) د. محمد عماد النجار، القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي، مرجع سابق، ص 27.

(2) صدر في قصر السيف في 14 جمادى الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962 م، المنشور على موقع الامة على الانترنت على الرابط التالي:

اختصاصها الفصل في دستورية القوانين واللوائح، فقد نصت المادة الاولى من القانون علي أن " تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم".

الا أن التساؤل الذي يتبادر الى الذهن هنا هل المحكمة الدستورية الكويتية تمارس رقابتها على الإغفال التشريعي للنصوص القانونية مثلما تمارس المحكمة الدستورية العليا المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي من عدمة؟

المتأمل لقانون المحكمة الدستورية الكويتي رقم 14 لسنة 1973 يجد أن اختصاص المحكمة الدستورية ينحصر في ثلاثة اختصاصات:

الاختصاص الأول: تفسير النصوص الدستورية⁽¹⁾:

تختص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية عند الطلب منها ذلك من مجلس الوزراء أو مجلس الأمة، ويشترط عند تقديم طلب التفسير بيان النص الدستوري المراد تفسيره ومبرراته⁽²⁾.

(1) يري الدكتور محمد الفيلي أن الدستور الكويتي لم ينص على الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية، انظر في ذلك: د. محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت ما له وما عليه، مجلة الحقوق الصادر عن جامعة الكويت، السنة (23)، العدد (3)، سبتمبر 1999، ص 36.

(2) د. عادل الطيببائي، النظام الدستوري في الكويت "دراسة مقارنة"، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الخامسة، 2009، ص 1131 وما بعدها.

وينحصر اختصاص المحكمة في تفسير احكام الدستور⁽¹⁾ في تجلية ما يكون قد لحق النص المطلوب تفسيره من لبس وغموض بغية رفع هذا البس وتجلية ذلك الغموض توصلنا إلى تحديد غرض المشرع الدستوري من إقراره وذلك ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره. ويقتصر اختصاص المحكمة في نطاقه على تفسير احكام الدستور ولا يمتد إلى تفسير نصوص القوانين العادية التي تواجهها المحكمة عن طريق البحث في دستوريته وطبقاً للأوضاع المقررة.

كما تلتزم المحكمة عند تفسيرها للأحكام الدستورية بتلك المعاني التي أوردتها المذكرة التفسيرية لبعض نصوصه، لما لتفسيرها من قوة ملزمة لكافة السلطات والهيئات في الدولة ومنها بطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

الاختصاص الثاني: النظر في الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم⁽²⁾:

اعطي المشرع للمحكمة الدستورية حق الفصل في الطعون الانتخابية كاختصاص اصيل يضاف الي اختصاصاتها السابقة⁽³⁾.

(1) لمزيد من التفاصيل حول اختصاص المحكمة الدستورية في الكويت انظر عقيد د. فهد مرزوق العنزي، التنظيم القانوني للدعوي الدستورية في الكويت ومصر لرقابة دستورية القوانين، مجلة الفتوي والتشريع، العدد الثامن عشر، ديسمبر 2013، ص 163 وما بعدها. ويراجع أيضاً أ.د. يسري محمد العصار، سلطة القاضي الدستوري في تفسير القوانين "دراسة مقارنة"، مجلة معهد القضاء، الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، فبراير 2019، ص 12 وما بعدها.

(2) د. خليفة ثامر الحميده، النظام الدستوري الكويتي، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 2015، ص 243.

(3) د. خليفة ثامر الحميده، النظام الدستوري الكويتي، المرجع السابق، ص 173.

فقد نصت المادة (الخامسة) من قانون انشاء المحكمة على أن "تقدم الطعون الانتخابية الخاصة بمجلس الأمة إلي المحكمة مباشرة أو بطريق المجلس المذكور وفقاً للإجراءات المقررة لديه في هذا الشأن".

كما نصت المادة (الخامسة) من القانون رقم 33 لسنة 2016 بشأن بلدية الكويت على ان "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في الطعون الانتخابية المقدمة في شأن انتخابات المجلس البلدي، ولكل ناخب أن يطلب إبطال الانتخاب الذي تم في دائرته الانتخابية، ولكل مرشح طلب ذلك في الدائرة التي كان مرشحاً فيها، ويقدم الطلب إلى المحكمة الدستورية خلال خمسة عشر يوماً من إعلان نتيجة الانتخاب والإ اعتبر الطلب غير مقبول.

وتنظر المحكمة هذه الطعون وفقاً للإجراءات المقررة في نظر الطعون المقدمة في انتخابات مجلس الأمة..".

الاختصاص الثالث: الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح⁽¹⁾:

وهذا الاختصاص هو الهدف من وراء إنشاء المحكمة، أما الاختصاصات الأخرى فهي فرعية أعطيت لها، حيث يشمل اختصاص المحكمة بالرقابة، اختصاصها بمراقبة دستورية القوانين والمراسيم بقوانين ودستورية اللوائح، كما

⁽¹⁾ لمزيد من التفاصيل حول اختصاص المحكمة الدستورية في الكويت انظر عقيد د. فهد مرزوق العنزي، التنظيم القانوني للدعوي الدستورية في الكويت ومصر لرقابة دستورية القوانين، مجلة الفتوي والتشريع، العدد الثامن عشر، ديسمبر 2013، ص 163 وما بعدها د. فواز ثامر الجدي، القضاء الدستوري الكويتي، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الاولى، 2020، ص 44 وما بعدها.

يشمل اختصاصها بنظر شرعية اللوائح.

فقد عقد المشرع لواء الاختصاص للمحكمة الدستورية بالرقابة، ويتضح ذلك من نص المادة الأولى من القانون والتي تقضي باختصاص المحكمة دون غيرها. .. بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح. فأخذ المشرع بذلك بمركزية الرقابة حين حصرها بمحكمة واحدة دون سواها من المحاكم⁽¹⁾.

وصفوة القول اتفاق النصوص الدستورية والقانونية في كلاً من فرنسا والكويت ومصر على اختصاص القضاء الدستوري برقابة مدي دستورية القوانين واتفاقها مع نصوص الدستور دون النص على أعمال الرقابة على الإغفال التشريعي، وأن أعمال الرقابة في تلك الانظمة القانونية جاء إعمالاً لمبدأ إعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها، وهو ما لم تأخذ به المحكمة الدستورية الكويتية، مما نهيب معه من القضاء الدستوري الكويتي أن يحذو حذو القضاء الدستوري المقارن بفرض رقابته على الإغفال التشريعي ورد الأساس في ذلك، إلي ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة الرقابة علي الدستورية عموماً، إلا وهي فكرة "سمو الدستور" والذي بمقتضاه تسمو قواعد الدستور وأحكامه علي ما عداها من قواعد داخل الدولة، وهي قواعد قانونية أمره وملزمة، وتفرض علي المشرع التزامات ايجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات⁽²⁾، وفكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون،

(1) لمزيد من اختصاصات المحكمة الدستورية يراجع د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت "دراسة مقارنة"، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الخامسة، 2009، 1061 وما بعدها، ويراجع د. تركي سظام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوي الدستورية "دراسة مقارنة فرنسا ومصر والكويت"، بدون دار منشور، 2012، 101 وما بعدها.

(2) د. عبد الحفيظ الشيمي - مرجع سابق ص 99.

سواء في تصرفاتها الايجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية⁽¹⁾.

ثانياً: المبادئ المستمدة من القضاء الدستوري بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي:

1- المبادئ المستمدة من المجلس الدستوري الفرنسي على الإغفال التشريعي:

يقوم المجلس الدستوري بمراقبة الإغفال التشريعي وتتسم سياسته إزاءها بالتوسع حيث لم يقتصر على الحالة التي يكون فيها مخالفاً لنص دستوري بطريق مباشر وإنما مد رقابته إلى حالات يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفاً لنص تشريعي سابق⁽²⁾.

ولقد راقب المجلس الدستوري الفرنسي امتناع المشرع عن إصدار قاعدة قانونية واجبة، مستصحباً في ذلك ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من مراقبة القرارات الإدارية السلبية. وذهب الفقه الفرنسي إلى أن امتناع المشرع هو عدم الاختصاص السلبي ينطوي في ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته، وان عدم الاختصاص السلبي يشبه تماماً عدم الاختصاص الإيجابي المتمثل في إصدار قواعد تشريعية خارج مجال اختصاصه⁽³⁾.

(1) د. عبد العزيز محمد سالم رقاية الإغفال في القضاء الدستوري - مجله الدستورية، العدد 15 السنة 7- أبريل 2009، ص 60 و61.

(2) يراجع: د. أحمد فتحي سرور في مؤلفه عن الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة نادي القضاة ص 199 وما بعدها، د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق ص 31 وما بعدها.

(3) د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق ص 62.

وذهب المجلس الدستوري في أكثر من موضع إلى أن تنظيم المشرع للموضوع إما أن يكون كافياً أو غير كاف ويقرر عدم الدستور لأي تنظيم تشريعي يكون غير كاف ومن أهم قراراته في هذا الشأن في مجال الرقابة على الإغفال التشريعي - القرار الصادر في 18 يناير 1985 حيث قضى بعدم دستورية أحد النصوص لأن المشرع أغفل تحديد الجريمة بصورة تحول دون وقوع ثمة تعسف من جانب السلطات العامة. كذلك قراره الذي انتهى فيه إلى عدم تحديد المشرع للجريمة بصورة كافية فيما يتعلق بجرائم الإرهاب والجرائم الصحفية وقراره الصادر بشأن حرية الصحافة حيث نظم المشرع بعض الجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما يؤدي إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم وبالتالي الإخلال بمبدأ المساواة الوارد بالدستور⁽¹⁾.

2- المبادئ المستمدة من أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية على الإغفال التشريعي:

أخذت المحكمة الدستورية المصرية برقابتها على الإغفال التشريعي على الرغم من أن البعض يري أنها ترددت في البداية من الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي⁽²⁾ إلا أنها قد أكدت في العديد من احكامها على اخذها بهذه الرقابة

(1) د. أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص 202.

(2) يري بعض الفقه أن المحكمة الدستورية المصرية قد ترددت في بادئ الامر في اعتبار الإغفال التشريعي عيباً دستورياً يمكن أن يصم التشريع المطروح عليها بعدم الدستورية، إذ اعتبرت في مرحلة اولي من حكمها أن اغفال المشرع أو قصوره في تنظيم أحد الموضوعات، يعد من قبيل ملامات التشريع التي يستقل المشرع بتقديرها، ومن ثم لا تخضع لرقابتها، ويستند هذا الرأي في تأكيد هذا الاتجاه الاولي للمحكمة، إلى حكم وحيد صدر عنها في باكورة مباشرتها لمهملها، إلا وهو حكمه في الدعوي رقم 13 لسنة 1ق. دستورية والصادر بجلسة

ويظهر ذلك من العديد من احكامها ومنها:

أ- ما أكدت عليه في حكم لها إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها. كما أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحررياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها، وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً تنفسها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية، فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضمانتها التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور⁽¹⁾.

16 فبراير ١٩٨٠. والذي كان مطعوناً فيه امامها بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة 1966 من قانون الاصلاح الزراعي فيما لم يتضمنه من عدم تنظيم طريق لاشهار صفة المستأجر الأرض الزراعية حتى يتأتى لمن كان قد تعامل معه أن يكون على بينه من التزامه القانوني باخطار الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالدين.

وهذا الحكم يعد غير كافي للسند حيث كانت المحكمة الدستورية في بداية قضائها قد مرت بمرحلتين في شأن رقابة الإغفال، ذلك أن ما يستند اليه هذا الراي هو حكم وحيد كما يقول هذا الاتجاه، وهو ما يصعب التأسيس عليه للقول بوجود اتجاه قضائي للمحكمة في شأن مسألة ما.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 177 لسنة ٢٦ قضائية الدستورية

ب- تطرقت أيضاً إلي ما اغفل المشرع تنظيمه حين قضت بعدم دستورية عجز الفقرة الثانية من المادة (١٠٣) من قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم 157 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 187 لسنة 1993 فيما تضمنه من تخويل مصلحة الضرائب عدم الاعتراف بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريق التقدير، دون وضع ضوابط أو معايير لهذا التقدير.

وقد أسست المحكمة قضاءها على أن المشرع منح مصلحة الضرائب في النص المطعون عليه سلطة عدم الاعتراف بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريق التقدير الجزافي، دون تقييد سلطتها في هذا الشأن بضوابط ومعايير حاكمة، يعد التزامها شرطاً لعدالة الضريبة، وصون كل من الممولين والخزينة العامة، وتكفل أن يكون وعاء الضريبة ممثلاً في المال المحمل بعبئها محققاً ومحدداً على أسس واقعية يمكن معها الوقوف على حقيقته بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص بالمخالفة لنصوص المواد ٣٨، 61، 119 من دستور سنة 1971 الذي صدر القانون المطعون عليه في ظلّه، وتم إلغاؤه بمقتضى قانون الضريبة على الدخل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة ٢٠٠٥، قبل نفاذ الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 2012/12/25م، والدستور الحالي الصادر في 2012/12/25م، ومن ثم يتعين الاحتكام في شأن المسألة الدستورية المتعلقة بالنص المطعون فيه إلى نصوص دستور ١٩٧١، الذي صدر القانون المشتتم على النص المطعون فيه، وتم العمل به إلى أن تم إلغاؤه خلال مدة سريان ذلك الدستور⁽¹⁾.

وقد أكدت المحكمة في حيثيات حكمها أن: "رقابة الدستورية التي تباشرها هذه

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوي رقم ٢٢٩ لسنة ٢٩ "دستورية" بجلسة

٢٠١٣/5/12.

المحكمة يقف مجالها عند حد التحقق من مدى موافقة التشريع المطعون عليه لأحكام الدستور، وهي رقابة لها طبيعة قانونية لا جدال فيها"، وزادت بأنه: "لا يسوغ- كأصل عام- التحدي بأن التشريع الذي تراقب المحكمة دستوريته- مهما بلغت أهميته وأبعاده وآثاره- له قوة الدستور"، معتبرة بأنها: "جهة الرقابة على الشرعية الدستورية"، وأنها: "لا تتخلى عن مسؤوليتها"، وأنها: "الحارسة على أحكام الدستور تدعيماً لسيادته وعلوه بوصفه المعبر عن إرادة الأمة على ما عداه". وأضافت المحكمة في حيثيات حكمها أنه: "لا مجال للقول بأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٣ لها قوة الدستور أو أنها عصية على الخضوع لرقابة هذه المحكمة.."⁽¹⁾.

ت- وفي سبيل رقابة المحكمة الدستورية المصرية على الإغفال التشريعي من جهتها، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بخروج الأعمال البرلمانية من نطاق رقابتها، وذلك بمناسبة النظر في طعن على قرار برلماني بترشيح رئيس الحزب الوطني الحاكم لولاية رئاسية جديدة، حيث أشارت إلى أن: "الدستور عهد، بنص المادة (175) منه، إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين إليه الرقابة القضائية لهذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح". وانتهت إلى الحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى⁽²⁾.

كما سلك قضاء مجلس الدولة المصري المسلك نفسه عندما قضى في أحد أحكامه بأن: "الأعمال التي تصدر عن السلطة التشريعية ليست من طبيعة

(1) د. محمد عبد المحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية،

الكويت، ٢٠٠٦، ص 467.

(2) حكم الدستورية العليا في القضية رقم ١٦٢ لسنة ٢١ قضائية بجلسة ٢٠٠٣/12/14.

قانونية واحدة، فمنها القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية وصدق عليها رئيس الجمهورية وأصدرها، ويخرج الطعن عليها من ولاية محاكم مجلس الدولة وينعقد الاختصاص بنظر الطعن على دستوريته للمحكمة الدستورية العليا دون سواها. كما أن السلطة التشريعية يصدر عنها أعمال برلمانية تتعلق بإدارة شؤون البرلمان الداخلية كانتخاب رئيس مجلس الشعب ورئيس مجلس الشورى وانتخاب كل مجلس والأعمال المتعلقة بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية كتوجيه الأسئلة وطلبات الإحاطة والاستجابات وغير ذلك من الأعمال المتعلقة بمباشرة السلطة التشريعية لاختصاصها الدستوري والقانوني، وكل هذه الأعمال تخرج عن ولاية محاكم مجلس الدولة، ولم يسند لها المشرع إلى ولاية أية جهة قضائية أخرى، فهي تخرج عن ولاية المحاكم، فضلاً عن أن الأعمال البرلمانية لم تخضع يوماً لرقابة أية جهة قضائية في مصر، ولم يتضمن تاريخ التشريع في مصر إسناد أية رقابة على الأعمال البرلمانية إلى إحدى جهات القضاء بما في ذلك المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾.

فالاحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص ما فيما لم يتضمنه من أحكام معينة أدت إلى أن يكون ثمة قصور في التنظيم التشريعي لحق أو لحرية، شأنها شأن سائر أحكام المحكمة الدستورية العليا تحوز حجية مطلقة قبل الكافة سلطات الدولة، ولها من الآثار ما لسائر الأحكام. وأن امتداد رقابة القضاء الدستوري لحالة تخلي المشرع عن واجباته أو تفريطه في مسؤولياته يعد منهجاً قضائياً متطوراً، إذ مؤداه إخضاع المشرع كسلطة عامة لمبدأ سيادة

(1) يراجع مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً. إصدارات المحكمة الدستورية، 1969-2009. الجزء المتعلق باختصاصات المحكمة الدستورية، ص 172 وما بعدها.

القانون، بوصفها أفضل وسيلة لتفادي أن يصبح القانون أداة تعسف، وهذا ضمان أكيد للأفراد لأنه يعني حماية حقوقهم من التحكم، كما يمنع الإخلال بضماناتها التي كفلها الدستور، كما يعد في الوقت ذاته بمثابة وضع نهاية لمخالفة من شأن استمرارها أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع ككل، يضاف الى أنها لا تتماشى مع التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور.

ومن جانباً نري أن رقابة الإغفال التشريعي باتت راسخه مستقره في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، بوصفها أداة من ادوات رقابة المحكمة على السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق علي الصورة الأوفي لها، دون اخلال بضماناتها او فصور ينتقص فاعليته. انطلاقاً من إن قصور المشرع عن الاحاطة بكافة مناحي المسألة التشريعية وعدم تكامل احكامها، يعد مخالفة تصم النص بمخالفة الدستور ومن ثم سبباً للحكم بعدم دستوريته.

3- موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على الإغفال التشريعي:

مما لا شك فيه ان القضاء الدستوري في الكويت ممثلا في المحكمة الدستورية قد اكد علي أن فصل السلطات من القواعد الأولية للدستور، التي تضمن التوازن واستقلالية السلطات وعدم تعدي كل منها على اختصاصات الأخرى، مؤكدة على أن ما يصدره مجلس الأمة من قرارات وما يتخذه من إجراءات يعد من الأعمال البرلمانية التي لا تتسم بالصفة التشريعية وتتحسر عنها رقابة هذه المحكمة، لكنها استطردت وقالت بأن ذلك لا يمنعها من بسط رقابتها على أي نص تشريعي، مستعرضة نصي المادة (٨٢) من الدستور والمادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، وما أورده الطاعن بشأن مخالفة الثانية للأولى، معلنة بأن نعيه بشأن ذلك في جملته شديد، مشيرة إلى عدم جواز تدخل السلطة

التشريعية في اختصاصات السلطة القضائية أو المساس بالأحكام القضائية الصادرة عنها وتقويض آثارها، أو إهدار حجيتها وذلك وفقاً لأحكام المادة (50) من الدستور. وبينت المحكمة أن المادة (٢٩) من الدستور لا تمنح النائب حقوقاً تختلف عن المواطن العادي فيما يتعلق بالخضوع للقانون، وأن الحصانة النيابية مقررة للمصلحة العامة وليست لمصلحة عضو المجلس الشخصية، وأنها لا تعدو أن تكون مانعاً إجرائياً مؤقتاً⁽¹⁾.

الا أن التساؤل الذي يتبادر الى الذهن هنا هل المحكمة الدستورية الكويتية تمارس رقابتها على الإغفال التشريعي للنصوص القانونية مثلما تمارس المحكمة الدستورية العليا المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي من عدمة؟

القاعدة العامة ان المحكمة الدستورية الكويتية تباشر رقابتها فقط على دستورية او عدم دستورية القوانين واللوائح وأنها لم تتخطي هذا الاطار ولم تقم باي رقابة على الإغفال التشريعي للنصوص القانونية على الرغم من توحد المبادئ العامة الدستورية في الكويت مع نظرائها في مصر وفرنسا، الامر الذي يتضح معه تساوي المبادئ الدستورية في كلا من فرنسا والكويت ومصر، وعلى الرغم من ذلك نجد ان المحكمة الدستورية المصرية تمارس رقابتها على الإغفال التشريعي وكذلك المجلس الدستوري الفرنسي تطبيقاً للقاعدة التي تقول إعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها، ذلك أنه متي جاز تصحيح النص

(1) راجع في ذلك قرار المحكمة الدستورية رقم 6 لسنة 1996 والذي قضى بأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تتمتع بصفة دستورية وأنها متممة لأحكام الدستور، وراجع ايضاً حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم (6) لسنة ٢٠١٨ الصادر في ٢٠١٨/12/19، والذي قضى بعدم دستورية المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم ١٢ لسنة 1963.

الدستوري خير من اهداره، وعلي الرغم من عدم نص المشرع الدستوري علي سلطة المحكمة الدستورية في رقابة الإغفال التشريعي بشكل صريح إلا أن هذه المكنة متضمنة بحكم اللزوم العقلي بمقتضي النص علي سلطة المحكمة في القضاء بعدم الدستورية، وإذا كانت المحكمة تملك حق إعدام النص من خلال القضاء بعدم دستوريته، فأنها تملك من باب اولي تعليق علي دستوريته علي شرط يضمن براءته من العيب الدستوري الذي اغفله المشرع.

كما أكدت المحكمة الدستورية الكويتية علي "أن هذه المحكمة مقيدة في قضائها بنطاق الطعن المطروح عليها، والمناطق في أعمال رقابتها الدستورية . وحسبما استقر عليه قضاؤها . أن يكون أساس الطعن هو مخالفة النصوص التشريعية المطعون عليها لنص في الدستور، ولا شأن للمحكمة في بحث مدى ملاءمة هذه النصوص، ولا ما ظهر فيها من قصور ومثالب من جراء تطبيقها، ولا بالإدعاء بأن تلك النصوص لم تؤت أكلها وتحقق غاياتها، فهذه الأمور قد يستدعي معها النظر في تعديلها إذا كانت غير وافية بالمرام وذلك بالأداة القانونية المقررة طبقا للدستور، بيد أنها لا تصلح أن تكون سببا للطعن عليها بعدم الدستورية لخروج ذلك عن مجال الرقابة القضائية لهذه المحكمة"⁽¹⁾.

وعادت المحكمة في ذات الطعن سالف الذكر وقد أكدت ان "رقابة الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة يقف مجالها عن التحقق من مدي موافقة التشريع المطعون عليه لأحكام الدستور، وهي رقابة لها طبيعة قانونية لا جدال فيها".

كما أكدت ايضا علي أن "الرقابة القضائية لهذه المحكمة التي تمارسها علي

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم 26 لسنة 2012 دستوري، جلسة

.2012/9/25

دستورية التشريعات لا تمتد الي البحث عن مدي ملاءمة التشريع ولا تستطيل الي البحث والتنقيب عن النوايا والبواعث التي عساها أن تكون قد دفعت السلطة التشريعية الي اقرارها بالصيغة التي صدر بها"⁽¹⁾.

مما يتضح معه ان المحكمة لا تتعدي اختصاصاتها المنوط بها ولا يجب ان تنطرق الي الطعن على الإغفال التشريعي أو القصور التشريعي، فهي تلتزم بحدود اختصاصاتها في حدود أعمال مبدء الفصل بين السلطات .

ومما سبق يتبين لنا أن رقابة الإغفال التشريعي رقابة مستقرة في قضاء المحكمة الدستورية العليا، سواء في فرنسا او مصر، وبصرف النظر عن النتيجة التي تتوصل إليها المحكمة من خلال إخضاعها لرقابة الإغفال، سواء قضت برفض الطعن على دستوريه ما أغفل المشرع تنظيمه أم قضت بعدم دستوريته، إذ ان ما يهم هو أن المحكمة تعتد بالإغفال التشريعي بوصفه عيبا يصم النص بمخالفة الدستور، وقيدا على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق بما يضمن تكامل أحكامها، وعلى النقيض نجد أن المحكمة الدستورية في الكويت لا تأخذ بمبدأ الرقابة على الإغفال التشريعي وانها ملتزمة باختصاصها المنصوص عليه في الدستور وقانون انشائها، الامر الذي نري معه ضرورة ان يتجرأ القاضي الدستوري وان يبسط رقابته على الإغفال التشريعي للنص الذي اغفل المشرع تنظيمه سواء كان كليا او جزئيا.

الامر الذي يستنتج منه أن المحكمة الدستورية الكويتية تتعامل بحذر في بسط رقابتها على النصوص التشريعية للمشرع حرصا منها على عدم التعدي في

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الدعوى رقم 1 لسنة 2010 "دستوري"، جلسة 2010/3/15.

اختصاصاتها، ولا نعتقد أن هذا التوجه حري بالتأييد في حالة اذا ما كان هناك اغفال تشريعي الذي يتطلب تدخل المحكمة للقضاء بعدم دستورية نص اغفل المشرع تنظيم امر ما، الامر الذي نري معه ضرورة ان تنتهج المحكمة الدستورية الكويتية نهج المحكمة الدستورية المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي في التصدي للاغفال التشريعي مثلما تتصدي لاعمال رقابتها على دستورية القوانين، ولا يعتبر ذلك تعدي على مبدأ الفصل بين السلطات وتوزع الاختصاصات بين السلطات العامة في الدولة، اعمالا لقاعدة أعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها.

ويتساءل الباحث هل الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي تجعل المحكمة الدستورية تحل محل المشرع من خلال رقابة الإغفال؟

يرري بعض الفقه إن هناك فوارق جوهرية تنفي عن المحكمة شبهة التدخل في عملية التشريع من خلال رقابة الإغفال وتتمثل هذه الفوارق في الآتي: أولها: إن ذلك الحكم المغفل والذي قضت المحكمة بعدم دستوريته، قد اتجهت إليه إرادة المشرع يوم إن قام بتنظيم أصل الحق واتجاه إرادته إلي تمنع المواطنين به علي الوجه الأكمل دون انتقاص، ومن ثم يصبح حكم المحكمة بعدم دستوريه ما أغفله المشرع بمثابة تعبير عن إرادة المشرع في الاستفادة من الحق وحماية له، وليس اعتداء عليه أو فرضا لأحكام لم نتجه إليها أرائته وبالتالي يكون قضاء الإغفال بما يتضمنه من استمرارية تطبيق النص معلقا علي شرط مراعاة حكم المحكمة فيما أغفله المشرع من أحكام، وبعد ذلك حماية للحق وممارسيه وإنفاذ لإرادة المشرع بمفهوم المخالفة، إذ لان إرادة المشرع كانت متجهة بالأساس إلي أعمال الحق ووضع موضع التطبيق لا التعطيل ومن هنا يصبح حكم المحكمة وكأنه كاشف عن إرادة المشرع لا منشئا لها. وثانيها: إن رقابه المحكمة علي

الإغفال لا تخرج عن نطاق دورها الرقابي دون إن تتعداه إلى وظيفة التشريع، إذ إن رقابتها هنا تنصب علي قاعدة قانونية ضمنية مخالفه للدستور، أنشأها سكوت المشرع بما أغفلة من أحكام ذلك إن المشرع في حالة الإغفال، قد تدخل لممارسة اختصاصه الدستوري بنفسه، ولكن أسفر تدخله وكنتيجة لقصور المعالجة التشريعية، وإغفال تنظيم بعض جوانب الموضوع عن تشويه النص الدستوري، وعدم تحقيق إرادته بصورة كاملة، بحيث يترتب علي ذلك مخالفه ضمنه للدستور، وبالتالي تنصب الرقابة القضائية علي السكوت التشريعي أو الإغفال التشريعي المنشى لقاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور. ويرري بعض الفقه المؤيد الرقابة علي الإغفال التشريعي إن الحق لسلطه المحكمة الدستورية العليا إذا ما قضت بعدم دستورية الإغفال، قد تتشابه مع سلطه المشرع، إذ انها تستحدث حكما تشريعيا لم يكن المشرع قد نص عليه من قبل وان استحداث المشرع لتشريع جديد، هو عمل يتصدي به لوظيفة التشريع بما لها من سلطة الاختيار بين البدائل المختلفة، والانتقاء بين الحلول المتاحة، كما انها قد تتسع نطاقا فتنشأ تنظيميا متكاملًا، يحوي علي التعديد من التفاصيل، وهو مما يدخل في صميم اختصاص المشرع، الذي يتعين عليه إن ينهض بوظيفة التشريع، احترامًا لمبدأ الفصل بين السلطات وان ما يعينه حكم المحكمة الدستورية العليا من أحكام قانونيه مغللة ترتبط بالنص، لا تعدو إن تكون استكمالًا لمقتضيات الدستور علي النص المطعون عليه، ويأتي بمثابة حكم ظاهر واضح ومحدود احذته المشرع لإغفاله مقتضي حكم الدستور في النص، ويقوم الحكم بإنزال هذا المقتضي ليتطابق النص مع أحكام الدستور⁽¹⁾. ولكن هذا الامر يصعب مسابرتة

(1) د. محمد عماد النجار - القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - مرجع سابق، ص ٢٧.

لأنه يقوم بالأساس علي التسليم بان المحكمة الدستورية تقوم بدور تشريعي، وذلك باستحداثها حكما تشريعا جديدا لم ينص عليه المشرع بهدف استكمال مقتضيات الدستور علي النص المطعون عليه، ومن ثم فهو يلزم المحكمة بأن تقوم بدور تشريعي، فالتفرقة بين ما تقوم به المحكمة في رقابة الإغفال وبين وظيفة المشرع علي أساس أن المحكمة حال رقابة الإغفال تقوم بمجرد استحداث حكم تشريعي محدود أحدثه المشرع لإغفاله مقتضي حكم الدستور في النص المطعون عليه، وذلك علي عكس ما لسلطة المشرع من سلطة واسعة في الاختيار بين البدائل المختلفة.

ويشترط لقضاء المحكمة الدستورية بعدم دستورية ما اغفله المشرع، أن يكون التنظيم التشريعي المطعون عليه ليس منطويا علي مخالفة دستورية في ذاته، أي أن تكون المخالفة الدستورية التي لحقت به، مردها فقط إلي ذلك الحكم الذي اغفله المشرع ليس إلا، والذي يترتب علي اغفاله عيب النص بمخالفة الدستور، ومن ثم يكون القضاء بعدم الدستورية ذلك الحكم تجريدا وتبرئة لباقي النص من أوجه المخالفة الدستورية، اما إن كان ذلك النص منطويا علي مخالفات دستورية اخري بخلاف ذلك الحكم المغفل، أي إن يكون النص منطويا علي عوار دستوري فيما تضمنه من أحكام قررها المشرع في النص الصادر عنه فإنه علي المحكمة الدستورية في هذه الحالة إن تقضي بعدم دستورية تلك النصوص المخالفة للدستور كلها وليس بعدم دستورية الحكم المغفل فقط، إذ في هذه الحالة لا تملك المحكمة إلا إن ترد كامل التنظيم التشريعي إلي المشرع⁽¹⁾.

(1) د. محمد عماد النجار - القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - مرجع سابق،

يذكر ان المحكمة الدستورية في بلجيكا قد حلت نفسها محل المشرع في بعض الحالات كاستثناء، حينما يمتنع المشرع عن اصلاح الخطأ التشريعي وقالت صحيح انها تؤكد على أن الأمر متروك للمشرع لتقديم التعديلات اللازمة لتصحيح الإغفال التشريعي، الا انها لا تلتزم باحترام احكامها في كل الأحوال اذا ما اصلح المشرع الإغفال. وهو ما يتضح في قضيتين تتعلقان بوضع الأشخاص عديمي الجنسية المعترف بهم حيث نقضت المحكمة حكمها التي كانت قد تركت فيه الحرية للمشرع بتصحيح الإغفال التشريعي⁽¹⁾.

فقد أكدت على أن مجرد الاعتراف بك كلاجئ يمنحك تلقائياً حق الإقامة في بلجيكا، ومع ذلك، فإن الاعتراف بشخص عديم الجنسية لا يترتب عليه تلقائياً مثل هذه النتيجة، ففي حكمها رقم 2009/198، ذكرت المحكمة أن عدم الدستورية لا ينجم عن قصور في القاعدة المتعلقة باللاجئين، ولكن تم تكريسها في غياب قاعدة مماثلة للأشخاص عديمي الجنسية المعترف بهم. بعد حوالي عامين، أكدت المحكمة صراحة عدم وجود استجابة تشريعية وبالتالي غيرت صياغة حكمها؛ فقررت المحكمة أن القاعدة الحالية تنتهك مبادئ المساواة وعدم التمييز لدرجة أنها لا تمنح الأشخاص عديمي الجنسية المعترف بهم حق الإقامة كما هو منصوص عليه للاجئين. حتى أن المحكمة منحت القضاة العاديين سلطة سد الفجوة التشريعية، بشكل أكثر دقة من خلال اعطائهم حق الإقامة والسماح بفائدة دعم الأسرة للأشخاص المعترف بهم كأشخاص عديمي

(1) S. Verstraelen, 'The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity', (2013) 14 German Law Journal, pp. 1694 et seq

الجنسية⁽¹⁾.

وذلك كله من خلال منح القضاة العاديين إمكانية سد الفجوة التشريعية، تتولى المحكمة الجنائية المركزية (BCC) الأمور بنفسها من خلال توفير الإنصاف اللازم في القضايا المعلقة والمستقبلية الملموسة. وبهذه الطريقة، تلزم المحكمة المشرع بالرد عندما لا يوافق على الحل الذي تقدمه المحكمة؛ بعد كل شيء، حتى يتم إجراء تعديل تشريعي، فإن القضاة العاديين سوف يتبعون التعليمات الصادرة عن المحكمة الدستورية.

علاوة على ذلك، في عام 2014، ابتعدت لجنة التنسيق عن التقسيم بين الأحكام حيث وجد أن عدم وجود قاعدة تشريعية غير دستورية، مما يعني أن المشرع يحتاج إلى رد فعل، والأحكام التي يعلن فيها أن المعيار المتنازع عليه غير دستوري "إلى الحد الذي" يتم استبعاد فئة معينة، وبالتالي إصدار تعليمات للمحاكم العادية لملء الفراغ. في هذه الحالة المحددة، كان على المحكمة أن تحكم على الفرق في حساب أجر الإجازة⁽²⁾، وفقاً لنظام واحد، تم أخذ أيام المرض في الاعتبار لحساب مبلغ أجر الإجازة، ولكن في النظام الآخر، لم يكن هذا هو القضية. يمكن للبلديات الاختيار بين النظامين. وجدت المحكمة الدستورية أن عدم وجود قاعدة تصحيحية من شأنها أن تزيل الاختلاف في الحساب غير دستوري. هذه المرة، لم تشر المحكمة إلى صلاحيات المشرع لملء هذه الفجوة غير الدستورية، لكنها أصدرت تعليمات صريحة إلى المحاكم العادية لسد الفجوة التشريعية ووضع حد لانتهاك مبادئ المساواة وعدم التمييز. لا يقع

(1) BCC n° 1/2012.

(2) BCC n° 191/2014.

في القاعدة المعينة المتنازع عليها⁽¹⁾، ولكن في "غياب" التشريع ذي الصياغة الأوسع نطاقاً، يوفر BCC للمحاكم العادية قدرًا كبيرًا من الفسحة لسد الفجوة التشريعية.

وصفوة القول أن الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي لا تجعل المحكمة الدستورية تحل محل المشرع من خلال الرقابة على الإغفال التشريعي وسد الفجوة الا انها كاستثناء في بعض الدولة المقارنة (الرتغال- المجر) اجازت للمحاكم العادية بسد الفجوة التشريعية حينما يمتنع المشرع عن اصلاح الإغفال التشريعي، بينما لم نجد حالات تصدي للمحكمة الدستورية الكويتية في هذا الشأن نظرا لعدم نظرها أي دعاوي متعلقة بالإغفال التشريعي.

⁽¹⁾ See also BCC n° 151/2015

المطلب الثاني

صور الإغفال التشريعي

انقسم فقه القانون الدستوري المصري والمقارن تجاه صور الإغفال التشريعي؛ فمعظم الفقه⁽¹⁾ يقسم الإغفال التشريعي من حيث نطاق الإغفال التشريعي ذاته، أو القاعدة التشريعية المغفلة، إلى إغفال نسبي أو جزئي، وإغفال مطلق أو كلي.

(1) انظر تفصيلات ذلك: المستشار الدكتور، رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 72 وما بعدها؛ د. عبد الحفيظ على الشيعي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها؛ د. سلوى فوزي الدغيلي، الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 172-173؛ د. عزوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 89 وما يليها؛ أ. كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 104 وما يليها؟

Wolfgang Zeidler, Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms, Notre Dame Law Review, Vol. 62. N° 4, 1987, p.507; Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, General Report for the XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington, July 26-30, 2010, p.118 and next; Manuel Eduardo GONGORA MERA, Inter-American judicial constitutionalism, op. cit, p.50

كما يقسم البعض في الفقه⁽¹⁾ الإغفال التشريعي من حيث النص الدستوري محل المخالفة إلى إغفال مخالف لنص دستوري شكلي⁽²⁾، وإغفال مخالف لنص دستوري موضوعي.

وسوف نقصر هذا البحث علي بيان الإغفال الكلي والاعغال النسبي أو الجزئي والإغفال التشريعي بالطريق الملتوي، علي اعتبار انهما الأكثر شيوعاً، وذلك على النحو التالي⁽³⁾:

أولاً: الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي:

ويقصد به إجمام المشرع عن إصدار قانون معين لتنظيم أحد الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، وهو حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو القاعدة القانونية المتعلقة بحالة قانونية محددة بالدستور⁽⁴⁾.

وقد أعتبر جانب كبير من فقه القانون العام المصري والمقارن ان الإغفال

(1) د. عبد الحفيظ على الشيعي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 116.

(2) ويقصد به إغفال إجراء من الإجراءات المنصوص عليها في الدستور، كإغفال نشر القانون في الجريدة الرسمية، أو إغفال أخذ رأي الجهات المحددة في الدستور في التشريعات المتعلقة بها، أو إغفال الموافقة على القوانين المكتملة للدستور بأغلبية الثلثين.

(3) د. الحسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 79، مارس 2022، ص 785 - 788.

(4) د/ عبد الرحمن عزوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الاعغال التشريعي نموذجاً)، بحث بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ابن خلدون للنشر، الجزائر، 2010، ص 89.

التشريعي المطلق أو الكلي أحد صور الإغفال التشريعي. ووفقاً لهذا الجانب الفقهي يقع الإغفال التشريعي المطلق أو الكلي⁽¹⁾. أو ما يسميه البعض بـ "الامتناع التشريعي"⁽²⁾ أو "السكوت عن التنظيم"⁽³⁾ - في حالة الغياب التام للقاعدة القانونية من النظام القانوني⁽⁴⁾، بالرغم من وجود التزام دستوري يفرض

(1) وقد جمع البعض من الفقه بين صورتَي الإغفال التشريعي، وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، تحت مسمى "الامتناع التشريعي، وعزفه بأنه "امتناع السلطة المختصة بعملية التشريع عن ممارسة اختصاصاتها التشريعية المنصوص عليها بالدستور امتناعاً كلياً أو جزئياً أو التخلي عنها لسلطة أخرى دون سند دستوري مما يؤدي إلى فراغ تشريعي"؛ انظر: د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أ. محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد الثالث، العدد الثالث، أربيل، كردستان، العراق، ٢٠١٨، ص 195.

(2) م. د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ١٣٩٨ أ. حيدر محمد حسن، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مرجع سابق، ص 555 وما يليها

(3) م. د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 54. يذهب البعض من الفقه إلى التمييز بين الإغفال التشريعي المطلق أو الامتناع التشريعي والسكوت عن التنظيم، وذلك من حيث كون الامتناع التشريعي يمثل تقاعساً من المشرع عن تنفيذ واجبه الدستوري بالتشريع، وسلطته في التدخل سلطة تقديرية؛ بينما في حالة السكوت عن التنظيم فإن سلطة المشرع سلطة تقديرية، إذ لا يوجد إلزام دستوري عليه بالتدخل تشريعياً، ومن ثم فإن إمساكه عن التشريع وعدم تدخله لا يمكن اعتباره مخالفة دستورية؛ انظر: أ. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص

63

(4) Manuel Eduardo GONGORA MERA, Inter-American judicial constitutionalism, op. cit, p.50; Sc. R. Dürr et autres, Rapport général

على المشرع التدخل لتنظيم بعض المسائل التشريعية⁽¹⁾؛ فغياب النص التشريعي اللازم لتطبيق وتفعيل النص الدستوري يخلق مركزا قانونيا مخالفا للدستور⁽²⁾، ما دام ثم التزام دستوري على المشرع بتنظيم مسألة تشريعية معينة⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن وجود الالتزام الدستوري بالتشريع أمر ضروري ولازم لإمكان القول بوقوع الإغفال التشريعي الكلي⁽⁴⁾، وهذا الالتزام قد ينص عليه صراحة، وقد يستفاد ضمنا من خلال مجموعة كبيرة من النصوص الدستورية⁽⁵⁾؛ فإذا ما انتفى وجود مثل هذا الالتزام، وباتت سلطة المشرع حيال التشريع في مسألة معينة

du XIVE Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, p. 17-18; GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, op. cit, p.9.

⁽¹⁾Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144;

⁽²⁾ Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit, p.118.

⁽³⁾ Ilan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit, p.17- 118.

⁽⁴⁾ Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIVème Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, une marge de la page 17.

⁽⁵⁾ Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, septembre 2012, p.120.

سلطة تقديرية، بات القول بوجود الامتناع التشريعي "الإغفال التشريعي الكلي" عبثاً لا أساس له⁽¹⁾.

ومن ثم، فإذا كان المشرع يملك سلطة تقديرية في إنشاء أو تعديل أو إلغاء القاعدة القانونية، إلا أنه عندما يصبح مسلك المشرع غير دستوري، بأن يحول مسلكه دون أعمال الحق الذي كفلته أحكام الدستور، أو القواعد التي يتضمنها، ففي هذه الحالة تصبح السلطة التقديرية للمشرع واجبا تشريعيا، ويضيق نطاق هذه السلطة في تحديد وقت تفعيل النص الدستوري⁽²⁾؛ فإذا لم يقدم المشرع على إيجاد الأصول التشريعية اللازمة لتفعيل احكام الدستور، فإن مسلكه يمثل إغفالاً تشريعياً كلياً غير دستوري⁽³⁾.

وإذا كان تنظيم الحقوق منوطاً بحسب الأصل - بالمشرع وحده، واستعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما افتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أن تدخله يغدو واجبا إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق⁽⁴⁾؛ فالتقاعس التام عن التدخل التشريعي في هذه الحالة يؤدي إلى

(1) Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, p.24.

(2) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, p.8.

(3) GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, op. cit, p.10.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٩٣ لسنة ١٩ ق. د، جلسة 6 مايو ٢٠٠٠، الجريدة الرسمية، العدد (٢٠) في ١٨ مايو ٢٠٠٠، ص ١٣٣٣-١٣٤٢.

عدم تنفيذ القاعدة الدستورية⁽¹⁾، خاصة في حالة تحديد المشرع الدستوري موعداً نهائياً تلتزم السلطة التشريعية بالتدخل التشريعي خلاله⁽²⁾.

وبناء عليه، فإذا حدد النص الدستوري القاعدة التشريعية التي يجب إقرارها، ينشأ بذلك واجب دستوري، مفاده ضرورة إنشاء القاعدة التشريعية التي تعطي الفاعلية للحق الذي كفله الدستور⁽³⁾؛ وفي هذه الحالة يكون تدخل المشرع لإنشاء القاعدة القانونية إلزامياً⁽⁴⁾، بهدف تجسيد القواعد الدستورية ووضعها موضع التنفيذ، والذي قد يتطلب تدخل المشرع لسن أو اعتماد نص تشريعي أو أكثر خلال فترة زمنية معينة⁽⁵⁾؛ فأكثر النصوص الدستورية تحتاج إلى وساطة المشرع كي ينقلها إلى دائرة التطبيق، وتلك النصوص يسميها البعض بالنصوص البرمجية Règle

(1) GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, op. cit, p.14.

(2) Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.15.

(3) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, une marge de la page 24; Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, p.4

(4) انظر في هذا المعنى، د. عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له، دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد العاشر، يونيو ٢٠١٣، ص ١١٢.

(5) Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, op. cit, p.120.

(1)de programme.

وفي ضوء ذلك، فإن وقوع الإغفال التشريعي المطلق، وفقا لهذا الجانب الفقهي - يتطلب الا تكون القاعدة الدستورية قابلة للتطبيق مباشرة، وأن تنتهك الأجهزة المختصة باعتماد التدابير التشريعية التزامها بإصدار النصوص التشريعية، إلى حد تعطيل أحكام الدستور بسلوكها السلبي⁽²⁾، ومن ثم فلا يكفي مجرد عدم وفاء المشرع بواجبه العام بالتشريع، بل يتعين أن يكون ثم التزام دستوري بتشريع محدد للقول بقيام الإغفال التشريعي الكلي⁽³⁾.

والإغفال الكلي يخرج عن رقابة المحكمة الدستورية العليا، نظرا لأن فلسفة القضاء الدستوري قائمة على رقابة المشروعية، وليس رقابة الملاءمة، كأصل عام، فمن ضوابط الرقابة الدستورية عدم بحث ملاءمة التشريع أو بواعثه أو ضروراته، فكل أولئك من اطلاقات السلطة التقديرية للمشرع، فضلا عن أن رقابة الإغفال الكلي تعد اعتداء صارخا على مبدأ الفصل بين السلطات من خلال تغول السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية

(1) د. أحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص53.

(2) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omission. Teoría general Derecho comparado, El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 265-266; Cited by: Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit, p.119.

(3) Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.13.

في الأحوال الاستثنائية التي تباشر فيها سلطة التشريع⁽¹⁾.

وفي مصر فكان أول حكم للمحكمة الدستورية العليا بشأن رقابة الإغفال قد اتجه إلى رفض رقابة الإغفال التشريعي والذي اعتبر أن إغفال المشرع أو قصوره في التنظيم لأحد الموضوعات يعد من قبيل الملائمات التي يستقل بتقديرها المشرع ومن ثم عدم امتداد الرقابة إليه⁽²⁾.

كما بينت المحكمة الدستورية العليا المصرية المقصود بالإغفال التشريعي الكلي فذهبت إلى أنه بمثابة نكول من السلطة التشريعية عن أداء مهمتها أو تراخيها في ولوج أبوابها؛ ورفضت المحكمة أعمال رقابتها على الإغفال التشريعي الكلي بسند من أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة تثبتا للشرعية الدستورية، مناطها تلك النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي بينها الدستور، ولا شأن لها بتخلي إحداها عن واجباتها، ولا بتفريطها في مسئوليتها⁽³⁾.

الا ان المحكمة الدستورية في البرتغال ذهبت في قرارها رقم 474 لسنة 2002 إلى أن حالة عدم الدستورية الناشئة عن الإغفال الكلي لا تقوم إلا عندما يفرض الدستور على السلطات التشريعية التزاما محددًا ولا تقوم هذه السلطات بالوفاء

(1) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، ص 447.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية " دستورية"، جلسة 16 من فبراير 1980.

(3) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 34 لسنة 17 ق. د، جلسة 4 يناير

1997؛ الجريدة الرسمية، العدد (3) في 16 يناير 1997، ص 131-140.

به⁽¹⁾، وبالتالي فإذا تخلى البرلمان - قصداً أو سهواً - عن تنظيم بعض المسائل التشريعية بصورة كاملة إلى الحد الذي يفقد النصوص الدستورية فاعليتها، نكون أمام إغفال تشريعي مطلق أو أمتناع كلي للبرلمان⁽²⁾؛ فإذا نص الدستور مثلاً على ضمان حق المغتربين المقيمين في الخارج في التصويت في الانتخابات الوطنية مثلاً، فإن ذلك يستلزم - بالضرورة - تدخل المشرع بالتدابير التشريعية اللازمة لممارسة هذا الحق، وذلك بإنشاء نظام تشريعي للتصويت في الخارج، فإذا لم يتدخل المشرع باتخاذ تلك التدابير لفترة معينة، فإن ذلك يعد إغفالاً تشريعياً كلياً غير دستوري، يمكن إخضاعه لرقابة القاضي الدستوري استثناءً - وفقاً لرؤية البعض من الفقه - كما أنه يمكن أن يؤدي في الوقت ذاته - إلى مسؤولية الدولة عن تعويض الأفراد عن الأضرار الناشئة عن وجود هذا الإغفال⁽³⁾.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا في البرازيل بعدم دستورية امتناع الهيئة التشريعية عن إصدار تشريع لتعيين الحدود الإقليمية للوحدات المحلية بالرغم من وجود التزام دستوري على عاتقها بإصدار هذا التشريع على وجه السرعة، وقد حددت المحكمة للهيئة التشريعية مدة ثمانية عشر شهراً من

(1) Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.28

(2) د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، راسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثاني والستون، ابريل ٢٠١٧، ص ١٨٣.

(3) Jun-ichi SATOH, Judicial Review in Japan, op. cit, p.619.

تاريخ نشر الحكم لتقوم خلالها بمعالجة هذا الإغفال التشريعي غير الدستوري⁽¹⁾. كما قضت المحكمة ذاتها بأنه إذا كان الدستور قد نص في المادة (7/١٩٥) على بعض المزايا الضريبية للهيئات المستفيدة بالمساعدة الاجتماعية، وذلك بتقرير إعفاءات ضريبية لها ما دامت ملتزمة بأحكام القانون، وترك للمشرع مهمة تحديد شروط هذه الإعفاءات، ومع ذلك لم يقم الكونجرس بإصدار تشريع ينظم أحوال هذه الإعفاءات، فمن ثم يكون هناك إغفال تشريعي غير مبرر، وحددت المحكمة للكونجرس مدة ستة أشهر يتعين إصدار هذا التشريع خلالها، ونصت المحكمة في حكمها على حق هذه الهيئات في الاستفادة من الإعفاء الضريبي تلك المدة⁽²⁾.

هذا، ويعد الإغفال التشريعي المطلق "التشريع السلبي" نوعا من الثغرة الفنية التي لا يرغبها المشرع التأسيسي، نظرا لأن النص الدستوري يبين القاعدة التشريعية التي يجب إقرارها، وينشئ بذلك واجبا دستوريا، مفاده ضرورة إنشاء القاعدة التشريعية التي تعطى الفاعلية للحق الذي كفله الدستور⁽³⁾، ومن ثم فإن اتخاذ

(1) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.145.

(2) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.145.

(3) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, une marge de la page 24; also in the same sense, Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, pp.3 and 4

السلطة التشريعية موقفاً سلبياً من ممارسة وظيفتها التشريعية، بحيث تمتنع عن تشريع قانون كان من الواجب عليها التشريع فيه، وفقاً للدستور، يعد بمثابة تشريعاً سلبياً⁽¹⁾.

ويهدف معالجة هذه الثغرة الفنية أو حالة غياب القاعدة القانونية (الإغفال التشريعي الكلي)، أو وجود فجوة قانونية تحول دون الممارسة المشروعة للحقوق المكفولة دستورياً، وضعت بعض التشريعات بعض الآليات المستجدة لرقابة الدستورية تختلف عن الآليات التقليدية المعروفة، يكون موضوعها امتناع المشرع عن وضع قاعدة قانونية كان يتعين وضعها بحكم نصوص الدستور، بيد أن هذه الآليات نادرة نسبياً في التشريعات المعاصرة⁽²⁾.

ومن التشريعات التي نصت صراحة على جواز الرقابة الدستورية على الإغفال

(1) د. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية من أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص 44.

(2) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit. pp.1-2

التشريعي الكلي، الدستور البرازيلي الصادر عام ١٩٨٨⁽¹⁾، والدستور البرتغالي الصادر عام ٢٠٠٥⁽²⁾، ودستور جنوب إفريقيا الصادر عام ١٩٩٦⁽³⁾.

ونجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد راقب امتناع المشرع كلية عن اصداره لقاعدة قانونية واجبة، وهو ما أطلق عليه الفقه الفرنسي عدم الاختصاص

⁽¹⁾ Art (58/2): The committees have the power, on account of the matter under their authority: - ... IV. to receive petitions, claims, statements or complaints from any person against acts or omissions of Government authorities or entitie ..."; Art (103/2): When unconstitutionality is declared on account of lack of a measure to render a constitutional provision effective, the competent Power shall be notified for the adoption of the necessary actions and, in the case of an administrative body, to do so within thirty days..."

⁽²⁾ Art (283): "(Unconstitutionality by omission): 1. At the request of the President of the Republic, the Ombudsman, or, on the grounds of the breach. of one or more rights of the autonomous regions, presidents of Legislative Assemblies of the autonomous regions, the Constitutional Court shall review and verify any failure to comply with this Constitution by means of the omission of legislative measures needed to make constitutional rules executable. 2. Whenever the Constitutional Court determines that unconstitutionality by omission exists, it shall notify competent legislative body thereof".

⁽³⁾ Art (167/4): " Only the Constitutional Court may: ...(e) decide that Parliament or the President has failed to fulfil a constitutional obligation

السلبى، و أيضا على تجاوز البرلمان لسلطنه في التشريع، أو أن يصدر البرلمان قرارا يدخل في اختصاص سلطة أخرى⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن بعض الدول تعتبر القاضي الدستوري شريكا مع السلطة التشريعية في عملية التشريع كما هو الحال في جنوب إفريقيا⁽²⁾.

ويتساءل الباحث هل ورد بالتشريعات أو اللوائح الكويتية ما يشكل إغفالاً تشريعياً كلياً؟

المتأمل لأحكام المحكمة الدستورية، يجد انها رفضت اعمال رقابتها على دستورية القوانين واللوائح على غير المنصوص عليها دستوريا وقانونياً طبقاً لقانون انشائها، الامر الذي جعلنا ان نبحت عن صورة الإغفال التشريعي الكلي في التشريعات الكويتية، ونجد ان هذه الصورة تجد مداها فيما لم ينظمه المشرع الكويتي بالمخالفة لنص المادة (25) من دستور الكويت والتي نصت على أن "تكفل الدولة تضامن المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وتعويض المصابين بأضرار الحرب أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية"⁽³⁾.

(1) George Schmitter, Lincompetence negative du legislateur et des ministratives: Annuaire International de justice autorites ad constitutionnelle, Economica, 1989, p. 141-142

(2) م. د/ عبد العزيز محمد محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص7.

(3) يراجع نص المادة رقم 25 من دستور الكويت الذي صدر في قصر السيف في 14 جمادى الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962م.

فوجد انه حتي كتابة هذا السطور لم يصدر قانون للتعويض عن الكوارث التي وردت في المادة رقم 25 سالفة الذكر، الامر الذي اعتبره بعض الفقه حالة من حالات الإغفال التشريعي الكلي، والذي يري ونحن من جانباً نؤيده بأن الإقرار بحق المضرورين في التعويض يعتبر في الدستور دون النص عليه وتنظيمه واقاره بتشريع يعتبر من الإغفال التشريعي، لا ينبغي أن يرتبط بتبني القضاء الدستوري لهذه الفكرة من عدمه، وذلك لاختلاف مجال وشروط وآثار كل منهما عن الآخر⁽¹⁾.

وقد اقترح أحد الفقه اللجوء إلى الطعن المباشر⁽²⁾ بعدم دستورية الإغفال التشريعي الكلي بعدم تنظيم موضوع التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وذلك بالمخالفة لنصي المادتين 25 و 155 من الدستور وما يترتب على ذلك من آثار، أو إيداء هذا الدفع أثناء نظر دعوى التعويض بحسب الأحوال⁽³⁾.

وعلى المحكمة الدستورية إما أن تجيب الطاعنين إلى طلبهم وتقضي بعدم

(1) د. عبد الكريم ربيع العنزي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد نموذجاً: دراسة وصفية تحليلية في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2- العدد التسلسلي 34- شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م، ص 175 وما بعدها

(2) أقر المشرع الكويتي طريق الطعن المباشر بعدم الدستورية بموجب القانون رقم 109 لسنة (2014) بتعديل بعض أحكام القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 1196، السنة 60 - ب - بتاريخ 2014/8/10.

(3) وذلك طبقاً للبند (ب) من المادة الرابعة من القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية سالف الإشارة

دستورية الإغفال التشريعي، وفي هذه الحالة إما أن تنفذ الدولة الحكم أو تمتنع عن تنفيذه، فإذا نفذته وأصدرت التشريع فقد تحققت الغاية، مع مراعاة أنه إذا كان القانون الذي سيصدر بتنظيم التعويض عن أضرار الكوارث العامة تشريعاً عاماً، أن يتضمن أثراً رجعياً لكي يستفيد منه مضرورو كارثة كورونا.

أما إذا امتنعت الدولة عن تنفيذ الحكم، فلا سبيل أمام المضرورين سوى اللجوء إلى القضاء العادي وطلب التعويض عن هذا الامتناع، وسيكون بحوزتهم دليل حاسم على توافر خطأ الدولة التقصيري الذي يرتب مسؤوليتها عن التعويض.

أما في حال رفض أو عدم قبول المحكمة الدستورية الطعن بعدم الدستورية في الحالة السابقة، فإن أثر هذا الحكم على دعوى التعويض يحتمل فرضين هما:

- **الفرض الأول:** أن تصدر المحكمة الدستورية حكماً لا تفصل فيه في مسألة عدم دستورية الإغفال التشريعي، كالحكم بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى الدستورية لانتفاء المصلحة المباشرة، فمثل هذه الأحكام لا تأثير لها على دعوى التعويض، لأن المحكمة لم تفصل في مدى سلامة موقف الدولة في امتناعها عن إصدار القانون، وبالجمله لم تنف مسألة الإغفال التشريعي، وبالتالي فإن الاستشهاد بهذا الحكم في دعوى التعويض لا يجدي الدولة نفعاً.

- **الفرض الثاني:** أما إذا قبلت المحكمة الدستورية الطعن بعدم الدستورية من حيث الشكل، ونظرت الموضوع، وقضت برفض الطعن لعدم توافر حالة الإغفال التشريعي من جانب الدولة، فإن هذا الحكم لا شك سيضعف مركز المضرورين في دعوى التعويض، حيث ستسعى الدولة جاهدةً إلى توظيفه واستثماره

لصالحها بشتى السبل لتصل إلى مبتغاها برفض دعوى التعويض⁽¹⁾.

وصفوة القول ان حالة الإغفال التشريعي الكلي تجد مداها في التشريع الكويتي الا ان المحكمة الدستورية لم تعرض عليها مثل هذه الرقابة حتي يتضح مدي بسط رقابتها على هذه الصورة من صور الإغفال التشريعي، الامر الذي نري معه ان تبسط المحكمة من اختصاصاتها على الإغفال التشريعي خاصة مع تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بإضافة المادة رقم 4 مكرر بموجب القانون رقم 109 لسنة 2014م، والصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم (14) لسنة 1973م⁽²⁾ بإنشاء المحكمة الدستورية والتي نصت على أن "الكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية، ويجب على الطاعن أن يودع عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار. ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على

(1) د. عبد الكريم ربيع العنزي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد نموذجاً: دراسة وصفية تحليلية في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2- العدد التسلسلي 34- شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م، ص 177 وما بعدها.

(2) المنشور بالجريدة الرسمية العدد 1196 السنة الستون (ب) الاحد 14 شوال 1435هـ، الموافق 10-8-2014.

المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر الجلسة. وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن". وبالتالي أصبح الوضع التشريعي مهياً للمحكمة الدستورية للأخذ بما اخذت به المحاكم الدستورية في غالبية دول العالم بفرض رقابة على الإغفال التشريعي.

ثانياً: الإغفال النسبي أو الجزئي:

ويقصد بالإغفال الجزئي تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم بتنظيم غير مكتمل أي بتنظيم قاصر عن أن يحيط بكافة جوانبه بعدم أو بغير عمد أيضاً مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم⁽¹⁾.

ويتضح من هذا التعريف أن الإغفال التشريعي النسبي أو الجزئي يتحقق عندما تكون القاعدة القانونية المنظمة لمسألة معينة من العلاقات الاجتماعية غير قادرة على تغطية كافة حالات تلك المسألة⁽²⁾، فالإغفال التشريعي الجزئي يعبر عن وجود ثغرة قانونية تبين إخفاق التنظيم القانوني القائم في تلبية بعض المتطلبات الدستورية⁽³⁾، وبعبارة أخرى فإن الإغفال التشريعي الجزئي يظهر

⁽¹⁾د/ عبد الرحمن عزايوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، المرجع السابق، ص ٩٠.

⁽²⁾ Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIVe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, pp.12, 17-18.

⁽³⁾ Manuel Eduardo GONGORA MERA, Inter-American judicial constitutionalism, op. cit, p.50.

عندما يكون المحتوى الأساسي للتنظيم القانوني الذي أعتمده المشرع غير متكامل، ولا يفي بالقواعد الدستورية المنبثق منها⁽¹⁾.

فنجد أن المشرع يتدخل بالقاعدة القانونية فعلاً، إلا أن هذه القاعدة تأتي غير مكتملة، لحرمانها فئة معينة من الاستفادة بالحق الذي تقرره⁽²⁾، بدون وجود أسباب موضوعية معقولة تبرر الاختلاف في المعالجة بين الفئتين⁽³⁾؛ ولذلك يتمثل النموذج التقليدي للإغفال التشريعي الجزئي في إقرار المشرع حق لفئة من الأفراد دون فئة أخرى بالمخالفة لمبدأ المساواة⁽⁴⁾.

وبالتالي، فإن وقوع الإغفال التشريعي الجزئي يكون نتيجة لعدم قيام المشرع بتنفيذ واجبه الدستوري تنفيذاً كاملاً، أو عدم انصياعه الكامل للقواعد المقررة في الدستور⁽⁵⁾؛ وذلك من خلال تقرير، أو استبعاد، مزايا أو منافع لبعض الفئات

(1) H.C.C, Decision N° 6/2018. (VI. 27.), 19 June 2018.

(2) Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, op. cit, p.68.

(3) Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.17.

(4) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144.

(5) Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit. p.117; Dimitri LÖHRER, La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, l'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et

دون البعض الآخر بالمخالفة لأحكام الدستور⁽¹⁾، مما يؤدي إلى عدم استفادة الأفراد بالحقوق والحريات المقررة دستوريا في صورتها المثلى⁽²⁾. وبناء عليه، فإذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه أتى - عمداً أو إهمالاً - غير مكتمل، أي تنظيمًا قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانب الموضوع محل التنظيم، وبما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية المقررة لهذا الموضوع⁽³⁾، فهنا نكون بصدد إغفال تشريعي جزئي، لأن القاعدة القانونية لا تغطي كافة جوانب المسألة محل التنظيم التشريعي الواجب تغطيتها امتثالاً لأحكام الدستور⁽⁴⁾، مما يشكل مخالفة دستورية يتعين مجابتهها.

français, Thèse de doctorat, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013, p.634.

(1) GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, the Problem of Unconstitutional Legislative Omission, VERSÃO FINAL, 27 MAI 2008, p.14.

(2) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.147.

(3) م. د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 458، م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 76-77.

Sarah VERSTRAELEN, Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions: Who Fills the Legislative Gap? Utrecht Law Review (U.L.R), Vol. 14, Issue 21, 2018, p.63.

(4) Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XVe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur les

وعلى ذلك، فإن التنظيم الذي يرد بالنص المطعون عليه . في حالة الإغفال التشريعي الجزئي - يأتي تنظيماً قاصراً وغير متكامل، ولا يحيط بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور من مختلف أقطارها وجوانبها، بما يشكل إخلالاً جسيماً بها، ويفقدها تكاملها وترابط أجزائها، بالمخالفة لأحكام الدستور⁽¹⁾، وبالتالي فإن المشرع في حالة الإغفال التشريعي النسبي يكون قد تدخل بالتشريع بالفعل، إلا أن تدخله لم يفي بالمتطلبات الدستورية للمسألة محل التنظيم⁽²⁾.

وقد أعمل المجلس الدستوري الفرنسي الإغفال الجزئي عند عدم ممارسة المشرع لاختصاصاته بصورة كاملة على النحو الذي رسمه الدستور، وبوجه خاص المادة 34 من الدستور الفرنسي، كإغفال المشرع تحديد وعام الضريبة وفتات الممولين وكيفية تحصيلها⁽³⁾.

problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, op. cit, p.18; Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op.cit. p.118; Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144.

⁽¹⁾ في هذا المعنى، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥٣ لسنة ٣٢ ق.د، جلسة 4 فبراير ٢٠١٧؛ الجريدة الرسمية، العدد (6 مكرر "ب") في 15 فبراير ٢٠١٧، ص ٢٧ - ١٨

⁽²⁾ Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, pp.96-97

⁽³⁾ Des no. 90- 283 du 8 janvier 1991, Recueil, Jur. Const (59- 93) p. 417.

كما سايرته المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما قضت بعدم دستورية نص المادة (١٩) من لائحة العاملين بالهيئة القومية للبريد الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم 70 لسنة ١٩٨٢، فيما تضمنه من قصر نطاق تطبيق أحكامه على العاملين بالهيئة الذين يحصلون أثناء الخدمة على مؤهل علمي أعلى دون العاملين بها الحاصلين على ذلك المؤهل قبل التحاقهم بالخدمة، ولم يتم معاملتهم به وظيفياً⁽¹⁾.

كما قضت ذات المحكمة بعدم دستورية المادة (13) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم 117 لسنة ١٩٨٣ في مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه اثراً⁽²⁾.

وقد أسست المحكمة قضاءها على أن الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها، في إطار وظيفتها الاجتماعية- جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها.... وحيث إن إخراج أموال بنواتها من السلطة الفعلية لمالكيها مع حرمانهم من الفائدة التي يمكن أن تعود عليهم منها، يعدل، في الآثار التي يربتها. نزع الملكية

(1) واستندت المحكمة في قضائها المشار إليه إلى أن " الدستور في المادة (١٤) منه جعل الوظيفة العامة حقا لكل مواطن، واعتبرها في الوقت ذاته تكليفا للقائمين بها لخدمة الشعب ورعاية مصالحه، لذلك كان التطوير الدائم لها ولشاغليها ورفع كفاءتهم العلمية والعملية التزاما قانونيا على الدولة، وواجبا على الموظف، ليغدو التمكين له والتحفيز عليه أحد وسائل الدولة في الوفاء بهذا الالتزام،

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة 1999/5/2 في القضية رقم ١٨٢ لسنة ١٩ قضائية دستورية.

من أصحابها دون تعويض، بما يعتبر غصبا لها، بل إن اغتيالها على هذا النحو يمثل أسوأ صور العدوان عليها، لاتخاذها الشرعية ثوبا وإطارا وانحرافه عنها قصداً ومعنى، فلا تكون الملكية التي يكفل الدستور صوتها الا سرايا أو وهما.

كما أخذت به المحكمة الدستورية البلجيكية بصلاحيه مراجعة القوانين الفيدرالية التي تصدر من البرلمان ضد الشروط التي تحدد السلطات بين السلطات الاتحادية والمجتمعات والأقاليم، وضد الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور⁽¹⁾ في حالة الإغفال التشريعي.

وذلك تأكيد لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادتين 10 و 11 من الدستور البلجيكي، وفي الغالبية العظمى من الحالات سيكون الإغفال غير الدستوري موجوداً عندما يستثني القانون فئة واحدة من الأشخاص من مجالها. التطبيق دون مبرر معقول⁽²⁾.

ومع ذلك لا تتمتع المحكمة الدستورية بالسلطة الصريحة لمراجعة الإغفال التشريعي؛ يشدد القانون الخاص على أنه لا يمكن إعادة النظر إلا في الانتهاك بموجب قانون أو مرسوم أو أمر⁽³⁾ فيما يسمى بالأغفال النسبي فقط.

⁽¹⁾Arts. 1 and 26 Special Act on the Constitutional Court (1989); P. Popelier & K. Lemmens, *The Constitution of Belgium* (2015), p. 201.

⁽²⁾The equality clause was violated in almost 80% of the unconstitutional omissions determined in the past two years, see the yearly reports of the Constitutional Court on (last visited 23 August 2017).

⁽³⁾ Brewer-Carias, *supra* note 2, pp. 125–126.

وبالتالي، فإن المحكمة ليست مختصة بمراجعة الإغفال المطلق (الإغفال الكلي) التي تحدث في حالة عدم وجود أي نص تشريعي. اسوة بما يتم العمل به في البرتغال والبرازيل والمجر⁽¹⁾.

فقد قضت المحكمة الدستورية في جمهورية المجر الديمقراطية بعدم دستورية إغفال المشرع تنظيم مسألة تغيير اسم المواطنين غير المجري المستقرين في المجر بطرق قانونية، وذلك بالمخالفة لأحكام المادتين (٢)، و (١٥/٢) من القانون الأساسي المجري، والفنان نصنا على حماية الحق في الكرامة الإنسانية، ومبدأ المساواة وحظر التمييز، ثم حددت المحكمة للجمعية الوطنية تاريخ 31 ديسمبر ٢٠١٨ للوفاء بهذا الالتزام التشريعي⁽²⁾.

وعلى النقيض من ذلك، فإن الإغفالات النسبية التي تحدث عندما يتم سن التشريع ولكن بطريقة جزئية أو غير كاملة أو معيبة من وجهة نظر دستورية قد تخضع لمراجعة من قبل المحكمة الدستورية البلجيكية، يتضح أن المشرع لم يأخذ هذه الصلاحية في الاعتبار عندما ننظر إلى النتائج المحددة لاكتشاف عدم الدستورية. حيث تنص المادة 8 من القانون الخاص بالمحكمة الدستورية على أنه إذا كان إجراء الإلغاء قائمًا على أسس سليمة، يتعين على المحكمة إلغاء القاعدة المخالفة للدستور كليًا أو جزئيًا. ومع ذلك، فليس هذا هو الحل المطلوب. على الرغم من استعادة المساواة من خلال نهج المستوى، حيث يرغب

(1) Art. 283(2) Portuguese Constitution; Section 46(2) Act CLI of 2011 on the Constitutional Court Hungary; Art. 103, §2 Brazilian Constitution 1988.

(2) Constitutional Court, Dec N°. 6/2018. (VI. 27.), Budapest, 19 June 2018.

المتقدمون في توسيع مجال التطبيق غير الشامل، بدلاً من إلغاء القاعدة بأكملها. في الحالات التي يكفي فيها إعلان عدم دستورية الاستثناء لقاعدة ما من أجل توسيع مجال التطبيق أقل شيوعاً. وبالتالي، تلجأ المحكمة الدستورية إلى بعض الأفكار "الإبداعية" للإجابة على الأسئلة المتعلقة بثغرة تشريعية⁽¹⁾.

على وجه الخصوص، تستخدم المحكمة نوعين مختلفين من القرارات للإشارة إلى وجود إغفال تشريعي. أولاً طورت المحكمة قانوناً قضائياً يُعلن فيه أن القاعدة المطعون فيها دستورية، لكن عدم وجود قاعدة مماثلة للفئة المستبعدة يعتبر غير دستوري. غالباً ما تطلب المحكمة من المشرع صراحةً على تقديم قانون جديد، يوجه بشكل واضح المحادثة الدستورية نحو البرلمان، وعادةً ما تقدم إرشادات حول كيفية صياغة هذا القانون الجديد⁽²⁾ ثانياً، تنص المحكمة بانتظام على أن النص المطعون فيه ينتهك الدستور إلى أي مدى يتم استبعاد بعض الأشخاص أو المؤسسات من مجال تطبيقها. لأن المحكمة تعلن فقط أن الفجوة التشريعية غير دستورية، فإن القاعدة المتنازع عليها على هذا النحو تظل كما هي ويمكن

(1) P. Popelier, 'The Belgian Constitutional court as positive legislator: in search of a balance between right's protection and respect for acts of parliament', in A.R. Brewer-Carias (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study* (2011), p. 267.

(2) All cases of the Belgian Constitutional Court (BCC) are published in full text in Dutch and French on the official website and several cases are translated into English. The last part of the case number refers to the year the judgment was pronounced. Consequently, hereinafter it suffices to mention the case number in order to identify the judgment.

تطبيقها بشكل أكبر. مرة أخرى⁽¹⁾، لا يؤدي هذا النوع من الحكم إلى التوسع المطلوب في مجال التطبيق. وقد حلت المحكمة هذه المشكلة من خلال منح القضاة العاديين صراحة إمكانية سد الفجوة التشريعية "عندما يتم تحديد عدم الدستورية بشروط دقيقة وكاملة بما فيه الكفاية". الفئة المستبعدة لا تزال توضح موقف المحكمة كمشرع سلبي⁽²⁾، ومن الواضح أن التفويض الصريح للقضاة العاديين لملء الفراغ التشريعي هو عمل للمحكمة كمشرع إيجابي.، كثيرا ما تلجأ المحكمة إلى هذا الاعتبار⁽³⁾.

وقد أرجعت المحكمة الدستورية العليا المصرية - في العديد من أحكامها وقوع الإغفال التشريعي الجزئي إلى مخالفة مبدأ المساواة المقرر دستورا⁽⁴⁾؛ فقضت "بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (6) من القانون رقم ٢٦ لسنة

(1) The BCC explicitly ruled in this manner for the first time in case n° 111/2008.

(2) Brewer-Carias, supra note 2, pp. 148-149; M. de Visser, Constitutional Review in Europe (2014), p. 283

(3) Cf. Section 4.1.1, infra.

(4) من ذلك الإغفال التشريعي الذي أظهرته المحكمة الدستورية العليا المصرية بالأحكام الصادرة في القضايا أرقام ٢١٤ لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 1 أكتوبر ٢٠١٦، الجريدة الرسمية، العدد (40 مكرر) في ١٢ أكتوبر ٢٠١٦؛ و١٥٣ لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 4 فبراير ٢٠١٧، الجريدة الرسمية، العدد (6 مكرر "ب") في 15 فبراير ٢٠١٧؛ و٤٤ لسنة ٢٨ ق د، جلسة ٢٣ أكتوبر ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد (٤٢ مكرر) في ٢٢ أكتوبر ٢٠١٨ و١٢٥ لسنة 35 ق. د، جلسة 3 نوفمبر ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد (45 مكرر) في ١٣ نوفمبر ٢٠١٨.

1975 بشأن الجنسية المصرية، فيما تضمنه من قصر الحق في اكتساب الجنسية المصرية بالنسبة للأولاد القصر على حالة اكتساب الأب الأجنبي لهذه الجنسية، دون حالة اكتساب الأم الأجنبية لها⁽¹⁾؛ وذلك على سند من أن " ... الدستور وإن أوكل للمشرع بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة (1) تحديد شروط اكتساب الجنسية المصرية، إلا أن ممارسة المشرع السلطة التقديرية في هذا المجال يحددها القيد العام الذي سمنه الدستور نص المادة (١٢) والذي بمقتضاه لا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها، بما لازمه وجوب التزام التنظيم الذي يقره المشرع بالمبادئ

(1) وأوردت المحكمة في قضائها أن "الدستور قد حرص في العديد من مواده على التأكيد على مبدأ مساواة المرأة بالرجل، فاعتمد بمقتضى نص المادة (4) مبدأ المساواة إلى جانب مبدأ العدل وتكافؤ الفرص، أسامنا لبناء المجتمع وصيانة وحدته الوطنية، كما ساوى بينهما طبقاً لنص المادة (6) في مجال منح الجنسية المصرية الأصلية للأبناء، باعتبار الجنسية حقاً لمن يولد لأب مصري أو أم مصرية، وجعل بمقتضى نص المادة (١١)، كفالة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التزاماً دستورياً على عاتق الدولة، وحظر بموجب نص المادة (53) التمييز بينهما في مجال حقوقهم وحرياتهم، على أساس الجنس، بما مؤداه: تكامل نصوص الدستور المتقدمة جميعاً واتجاهها لتحقيق الأعراس عنها التي رصدتها المشرع، لتجمعها جينا تلك الوحدة العضوية التي تقيم بنيانها نسيجاً متضافراً، غايته تحقيق مقاصد الدستور، في إقامة المساواة بين أبناء الوطن الواحد رجالهم ونسألهم، دون تمييز لأي محب، والذي أخبر الدستور اقتترافه جريمة يعاقب عليها القانون، كما ألزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وأوجب إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض، وليغدو تحقيق ذلك هدفاً أسمى لكل تنظيم يسنه المشرع يتناول هذه المسألة، وضابطاً لصحته من زاوية دستورية...". يراجع في تفاصيل ذلك م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 79-80 وما بعدها.

الضابطة لسلطته في هذا الشأن، والتي يعد تحقيقها غاية كل تنظيم يسنه، وفي المقدمة منها العدل والمساواة وتكافؤ الفرص، خاصة بين المرأة والرجل في كافة الحقوق والحريات، والقضاء على كافة أشكال التمييز بينهما، فضلا عن الحفاظ على تماسك الأسرة المصرية واستقرارها باعتبارها أساس المجتمع، والذي جعله الدستور بمقتضى نص المادة (١٠) التزاما على الدولة، والتي يتصادم معها جميعا حرمان الأولاد القصر للأم الأجنبية من اكتساب الجنسية المصرية بقوة القانون تبعا لاكتسابها هذه الجنسية، أسوة بالأب الأجنبي الذي قرر المشرع بالنص المحال حق أولاده القصر في ذلك، وليضحي النص المطعون فيه وقد قصر هذا الحق على الأولاد القصر للأب الأجنبي دون الأم الأجنبية، متضمنا تمييزا تحكما لا يستند إلى أسس موضوعية، ذلك أنه باعتباره الوسيلة التي اعتمدها المشرع لتنظيم موضوع اكتساب الأولاد القصر للأجانب المتجنسين بالجنسية المصرية لهذه الجنسية، يتناقض مع الأهداف التي رصدها الدستور، وأقام عليها بناء المجتمع، ليقع النص المطعون فيه . في الإطار المشار إليه - مخالفاً لنصوص المواد (٤، ٩، ١٠، ١١، ٥٣) من الدستور، فوق كونه يُعد مجاوزة من المشرع لنطاق سلطته التقديرية المقررة له بمقتضى نص المادة (٩٢) من الدستور، في مجال تنظيم الحقوق والحريات...⁽¹⁾.

والتساؤل الذي يتبادر الي الذهن بعد ان استعرضنا موقف القضاء الدستوري المقارن في العديد من الدول بالنسبة للإغفال التشريعي الجزئي هل تنطبق هذه الصورة على النصوص القانونية بدولة الكويت؟ أو بمعنى ادق هل صورة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 131 لسنة 39 ق. د، جلسة 6 أبريل

٢٠١٩؛ الجريدة الرسمية، العدد (١٥ مكرر) في 15 أبريل ٢٠١٩، ص 3-12.

الإغفال التشريعي الجزئي تجد لها تطبيق في النصوص القانونية في الكويت؟ سبق وان بينا ان المحكمة الدستورية الكويتية لا تأخذ بفكرة رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي من الأساس، ولم تتطرق لا من قريب أو من بعيد الي صور الإغفال التشريعي، وإنما إذا بحثنا في الاحكام القضائية الدستورية لوجدنا أنها قضت بعدم دستورية نص قانوني لإخلاله بمبادي المساواة اثناء فرض رقابتها على دستورية القوانين بشكل مباشر، ولكن المتمعن لحكم المحكمة الدستورية يجد انه يعتبر صورة من صور الإغفال التشريعي الجزئي⁽¹⁾، حيث تتلخص وقائع هذه الدعوي فيما يلي:

الادعاء العام أقام الدعوى الجزائية رقم (٢٣٣٧) لسنة ٢٠٠٧ جرح ضد (الطاعنة) بأن أسند إليها أنها بتاريخ ٢٠٠٧/1/17 بدائرة مخفر شرطة الروضة:

1. أهانت بالقول المجني عليها (...) المكلفة بخدمة عامة (كاتبة بمستوصف الروضة) ووجهت إليها الألفاظ المبينة بالمحضر أثناء تأدية وظيفتها وبسببها وذلك على النحو المبين بالتحقيقات.

٢. سبت المجني عليها سالفه الذكر بأن وجهت إليها الألفاظ المبينة بالمحضر في مكان عام وعلى مرأى ومسمع من الغير وعلى نحو يخدش شرفها واعتبارها وذلك على النحو المبين بالتحقيقات. وطلب الادعاء العام عقابها وفقا لنص المادة (١٣٤) و (٢١٠) من قانون الجزاء.

(1) حكم المحكمة الدستورية برقم (43) لسنة ٢٠٠٨ «دستوري» الحكم الصادر بجلسة ٢٠٠٩/4/7م، المنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم (٩١٨) السنة الخامسة والخمسون بتاريخ ٢٠٠٩/4/12م.

وأثناء نظر القضية أمام محكمة الجench قامت المجني عليها بالادعاء مدنياً قبل المتهمه بمبلغ (5001) د.ك على سبيل التعويض المؤقت، وبعجلسة 2008/2/17 حكمت المحكمة حضورياً بتغريم المتهمه عشرين ديناراً عن كل تهمة من التهم المسندة إليها، وبإحالة الدعوى المدنية إلى الدائرة المدنية المختصة لنظرها، استأنفت المتهمه هذا الحكم بالاستئناف رقم (2148) لسنة 2008. مستأنفة (2007/14) الروضة. وأثناء نظر الاستئناف أمام المحكمة قدم المحامي الحاضر عن المستأنفة مذكرة دفع فيها بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فيما جنح تضمنته من النص على أن الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تجاوز أربعين ديناراً لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعي، وذلك تأسيساً على مخالفة هذا النص لأحكام المادتين (29) و(166) من الدستور.

وبجلسة 2008/6/8 قضت المحكمة بوقف الفصل في الاستئناف، وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل في مدى دستورية النص الطعين لما يحيط به من شبهة عدم الدستورية لإخلاله بمبدأ العدالة والمساواة وبالضمانات الأساسية لحق التقاضي التي كفلها الدستور.

هذا وقد ورد ملف الدعوى إلى إدارة كتاب هذه المحكمة، وتم قيدها بسجلها برقم (43) لسنة 2008 «دستوري»، وجرى إخطار ذوي الشأن بذلك، وأودعت (الطاعنة) مذكرة طلبت في ختامها الحكم بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، وذلك فيما تضمنته تلك المادة من حرمان المحكوم بإدانته في جنحة من استئناف الحكم إذا كانت العقوبة المقضي بها لا تجاوز أربعين ديناراً، حال أن هذا الاستئناف جائز من المدعي، كما أودعت إدارة الفتوى والتشريع مذكرة بدفاع الحكومة طلبت في ختامها الحكم برفض

الدعوى.

وقد بينت المحكمة إن المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية تنص على أن "الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تجاوز أربعين ديناراً لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعي والحكم الصادر في جنحة بالبراءة يجوز استئنافه من المدعي وما عدا ذلك من الأحكام الصادرة في الجنح تكون قابلة للاستئناف من المحكوم عليه ومن المدعي»

وحيث إن مبنى النعي على هذا النص - حسبما يبين من حكم الإحالة . أنه أقام تفرقة بين أطراف الخصومة أمام القضاء بالنسبة للمدعي والمتهم، إذ قصر الحق في - استئناف الحكم الصادر في جنحة بإدانة المتهم المحكوم عليه بعقوبة الغرامة التي لا تجاوز أربعين ديناراً على المدعي، وصادر حق المتهم المحكوم عليه بتلك العقوبة في استئناف ذلك الحكم، متخذاً . هذا النص . من مقدار الغرامة الذي قضى بها الحكم في هذه الحالة قاعدة لنهائيته في حق من صدر ضده، يستند به مرحلة التقاضي التي صدر فيها بالنظر إلى صالة الغرامة المحكوم بها، وأنشأ بهذه التفرقة تمييزاً بين أطراف الخصومة في إتاحة استئناف الحكم للمدعي لا يحظى بها المتهم الصادر ضده الحكم على نحو يجافي مبدأ المساواة الذي كفله الدستور في المادة (٢٩) منه، كما أقام النص الطعين بموجب هذه المفارقة مانعاً قانونياً يحول في حد ذاته بين المحكوم عليه بهذه العقوبة وبين التقاضي على درجتين الذي أفسح مجاله للمدعي، مسقطاً في المقابل عن المتهم حقه في الدفاع ونفي الاتهام المنسوب إليه ومراجعة الحكم الصادر ضده أمام محكمة موضوعية أعلى حتى تتاح له فرصة تبرئة ساحته من هذا الاتهام، وحرمة طبقاً لذلك من المحاكمة المنصفة من خلال اختصارها واختزال إجراءاتها على نحو يفقدها ضماناتها وهو ما يشكل إهداراً لحق النفاذ

إلى القضاء والإخلال بحق الدفاع وموجبات العدل والإنصاف بالمخالفة لحكم المادة (166) من الدستور.

وحيث إن هذا النعي - في أساسه . سديد، ذلك أن من مقتضيات حق النقاضي اللازمة واللصيقة به حق الدفاع، وهذا الحق لا تقوم له قائمة إلا بتوفير المساواة الحقة بين أطراف الخصومة، ومن أُلزم وسائل تحقيق هذه المساواة أن تكون للخصومة ذاتها قواعد موحدة سواء في مجال التداعي بشأنها أو وسائل الدفاع أو الطعن في الأحكام الصادرة فصلا فيها، والحاصل أن القواعد الموضوعية والإجرائية التي يقرها المشرع في المجال الجزائي وإن كان تباينها أمرا متصوراً بالنظر إلى تغاير وقائعها والمراكز التي تواجهها والأشخاص المخاطبين بها، إلا أن دستورية هذه القواعد تفترض في المقام الأول ألا يقيم المشرع بينهم تمييزاً في نطاق القواعد الإجرائية التي تحكم الخصومة عينها، ولا في طرق الطعن التي تنظمها، وألا تحول هذه الفوارق بينها دون تساويهم في الانتفاع بضماناتهم، وبخاصة ما يتصل منها بحق الدفاع، كما أنه من المقرر أيضاً أنه وإن كان النص على عدم جواز الطعن في بعض الأحكام القضائية وقصر النقاضي بالنسبة لما فصلت فيه على درجة واحدة من الأمور التي تدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع وبالقدر وفي الحدود التي تقتضيها مصلحة عامة لها اعتبارها، إلا أن المشرع إذا اختار النقاضي على درجتين فإنه لا يجوز أن يقصره على طرف في الخصومة ذاتها دون الطرف الآخر فيها، وهو الأمر الذي يستتبع معه القول بأن الخصومة القضائية لا تبلغ نهايتها إلا بعد استغراقها لمرحلتها بالفصل استئنافياً فيها، وبما يقتضي بالضرورة أن يكون حق الدفاع منسحباً إليهما معاً، فلا يكون لموجبات العدل والإنصاف من قوام إذا انغلق طريق إحداهما، لا سيما إذا كانت تلك الأحكام أحكاماً جزائية تقارنها مخاطر تتعاضد

وطأتها لاتصالها بحقوق الأفراد وحياتهم، وهي أبعد أثرا لمساسها بحقوقهم المادية والأدبية، وبالتالي لا يجوز إسباغ الشرعية الدستورية على نص تشريعي لا تتكافأ معه وسائل الدفاع التي أتاحتها للمدعي والمتهم في الدعوى الجزائية فلا تتعادل أسلحتهم بشأنها إثباتا ونفيا، وهو ما حرص الدستور على توكيده بالنص في المادة (34) منه على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع.

لما كان ذلك، وكان النص المطعون فيه في مجال حظره استئناف الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين دينارا من جانب المتهم المحكوم عليه، وإفساح مجال هذا الاستئناف للمدعي قد مايز بين أطراف الخصومة بما من شأنه الإخلال بمبدأ المساواة في مجال حق التقاضي، والإخلال بضمانة الدفاع التي لا ينفصل حق التقاضي عنها في إطار من المحاكمة العادلة، فإنه يكون مخالفا لأحكام المواد (29) و(34) و(166) من الدستور، ويتعين من ثم القضاء بعدم دستوريته فيما تضمنه في هذا الصدد.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فيما تضمنته من النص على أن «الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين دينارا لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعى».

ولنا عدة ملاحظات على هذا الحكم:

1- هذا الحكم يمثل صورة من صورة الإغفال التشريعي الجزئي الناتج عن الإخلال بالمساواة التي نص عليها الدستور الكويتي في المواد (29) و(34) و(166)، لأنه قصر الاستئناف في الحكم الصادر بالغرامة التي لا تتجاوز

أربعين دينار على المدعي دون المحكوم عليه مما يعتبر اغفال تشريعي جزئي للتمييز في الحقوق بين الاشخاص.

2- باشرت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على النص التشريعي لا على الإغفال التشريعي للنص، وشتان بينهما وان كانت المحكمة توصلت الي نتيجة واحدة الا وهي عدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية وهو ما يعتبر بداية الاخذ بالرقابة على دستورية الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري الكويتي.

ثالثاً: الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي:

أضاف بعض الفقه⁽¹⁾ صورة ثالثة إلى الصورتين المشار إليهما من صور الإغفال التشريعي تحت مسمى "الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي" أو "الإغفال التشريعي المبطن"، ويعنى هذا النوع من الإغفال أن المشرع يمارس اختصاصاته المهارة، إلا أن حقيقة الأمر هو يتنازل عن بعض اختصاصاته للسلطة التنفيذية، مما يؤدي إلى قيام السلطة التنفيذية ببعض الدور المخول دستوريا للسلطة التشريعية⁽²⁾، ويكون ذلك من خلال مسلكين: إما الإفراط في

(1) م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 91؛ د. سلوى فوزي الدغلي، الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 173؛ د. عزوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 90، 91؛ د. كيلالي زهرة، الدور الإنشائي للفاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها؛ أ. كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها؛ د. ايناس كمال كامل، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها، مرجع سابق، ص 256، 230 سابق.

(2) مقال أ / سهام صديق، الإغفال التشريعي وسبل معالجته، على الموقع:

العمومية في المسائل ذات القواعد التفصيلية، مما يجعل القانون غير ذي فائدة على أرض الواقع، وإما عن طريق كثرة الإحالة إلى السلطة التنفيذية، مما يعد خرقاً لقواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ونحن من جانباً ننضم للراي الذي يرفض هذا الصورة، إذ إن هذه الصورة لا تعدو أن تكون صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ولا تتدرج ضمن صور الإغفال التشريعي.

كما عد البعض من الفقه⁽¹⁾ الإغفال التشريعي أحد صور الامتناع التشريعي، فذهب إلى أنه " إذا نص الدستور على أن موضوعاً ما ينظمه القانون، فإن عدم صدور هذا القانون يمثل حالة امتناع؛ وإذا نظم القانون مسألة معينة ولكن بصورة ناقصة، فإن الجزء الذي لم يتناوله القانون يمثل حالة امتناع".

ونحن من جانباً نؤيد الراي الذي لا يشاطر هذا الاتجاه الفقهي وجهته، بالنظر إلى أن القول بوقوع الامتناع التشريعي "التشريع السلبي" يتطلب وجود التزام على المشرع بالتشريع في مسألة معينة في وقت محدد، حال أن الإغفال التشريعي قد يقع دون وجود هذا الالتزام، فقد يتدخل المشرع بسلطته التقديرية لتنظيم مسألة معينة، فيأتي تنظيمه قاصراً بما يخل بالضمانات الدستورية المقررة لهذه المسألة؛ ولا يشكل ذلك في حقه امتناعاً تشريعياً؛ فضلاً عن أن الامتناع قرين الموقف السلبي المتعمد للمشرع، وهو ما لا يتوافر بشأن الإغفال التشريعي، إذ أن المشرع يتخذ موقفاً إيجابياً بالفعل، إلا أن تنظيمه للمسألة يأتي قاصراً، ولا يفي

<https://www.droitentreprise.com>.

(1) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٠٢.

بالمتطلبات الدستورية، وعلى غير إرادته غالباً⁽¹⁾.

ويرى أحد الفقه أن المفهوم الصحيح للإغفال التشريعي لا يتحقق إلا بشأن ما أطلق عليه غالبية الفقه المصري والمقارن الإغفال التشريعي الجزئي، أما ما يسميه الفقه بالإغفال التشريعي الكلي فإنه لا يدخل ضمن صور الإغفال التشريعي؛ وذلك بالنظر إلى أن الإغفال التشريعي الكلي يتمثل في غياب الحلول التشريعية كلية من التنظيم القانوني؛ ومن ثم فهو يقع بين احد احتمالين؛ **أولهما:** أن يكون غياب تلك الحلول بالمخالفة لالتزام دستوري صريح بالتشريع في وقت محدد فيصير تشريعاً سلبياً بالمخالفة لأحكام الدستور، وهو مفهوم مستقل بذاته عن مفهوم الإغفال التشريعي، وله أساسه القانوني المستقل، وإن كان الباحث يرى ضرورة خضوعه لرقابة الدستورية أيضاً ولكن بمعالجة قانونية مختلفة عن معالجات الإغفال التشريعي. **والآخر:** ألا يمثل غياب الحلول التشريعية أي مخالفة لأحكام الدستور، أي أن التدخل بالتشريع يدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع، وبالتالي فإن عدم التدخل بالتشريع يصير من قبيل القصور التشريعي الذي يختص قاضي الموضوع بمعالجته، وذلك عن طريق القيام بالبحث في المبادئ العامة للقانون، وقواعد العدالة عن حلول تصلح لحكم المسألة المعروضة عليه، ومن ثم فلا علاقة للقاضي الدستوري بتناول دستورية غياب تلك الحلول لعدم تعارضها مع أحكام الدستور، ودخولها في نطاق سلطة التقدير المنوطة بالمشرع، والتي لا يجوز محاسبته دستورياً عليها، باعتبار أن المشرع وحده هو المنوط به تقرير مدى الحاجة للتشريع في ضوء عدم إلزام الدستور له بالتدخل بالتنظيم خلال فترة معينة.

(1) م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص 92.

وتطبيقا لذلك، ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه " ... متى كان ذلك، وكانت الوظائف الخاضعة لأحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة ٢٠١٦ تقسم طبقا لنص المادة (١٠) من هذا القانون إلى مجموعات وظيفية رئيسة هي: مجموعة الوظائف التخصصية، ومجموعة الوظائف الفنية، ومجموعة الوظائف الكتابية، ومجموعة الوظائف الحرفية والخدمة المعاونة. وكان نطاق الإحالة كما حدده محكمة الموضوع بمنطوق حكمها، والأسباب المرتبطة به ارتباطا لا يقبل الفصل أو التجزئة، التي وردت بمدونات هذا الحكم، إنما يقتصر على ما تضمنته المادة (٧٠) من قانون التعليم المشار إليه من إغفال النص على سريان أحكام الباب السابع من قانون التعليم المشار إليه على شاغلي الوظائف التخصصية والوظائف الفنية للتعليم، عدا ما ورد النص عليه في المادة (٧٠) المشار إليها، قاصدة بإطلاق على هذا النحو إلى إدراج جميع هذه الوظائف وشاغليها في التنظيم القانوني الذي تضمنه النص المحال، ومد نطاق تطبيق أحكام الباب السابع من قانون التعليم المشار إليه ليسري على تلك الفئات بغض النظر عن مدى ارتباط أعمال وظائفهم ارتباطا مباشرا وجوهريا بصميم العملية التعليمية وتحقق مشاكتهم الفاعلة فيها، وتوافر الرابطة المنطقية والعقلية بينها، وبين الأغراض التي هدف المشرع إلى تحقيقها من وراء التنظيم الذي ضمنه الباب السابع من قانون التعليم وتحديد نطاق تطبيق أحكامه بالنص المحال، وهي الإسهام الفاعل والحقيقي في تطوير العملية التعليمية والارتقاء بها، وهي العلة من وراء تقرير هذا التنظيم، ومن ثم فإن ما طرحه الإحالة الواردة من محكمة الموضوع، في حدود نطاقها المتقدم، لا يعدو أن يكون استحداثا لحكم تشريعي يجاوز تقريره نطاق الولاية المقررة لهذه المحكمة، ويعد تدخلا في عمل السلطة التشريعية بالمخالفة لنص المادة (١٠١) من الدستور،

مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى⁽¹⁾.

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى أن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الرقابة القضائية التي تباشرها تهيئة للشرعية الدستورية، مناطها تلك النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي بينها الدستور، وبالتالي يخرج عن نطاقها إلزام أي من هاتين السلطتين بإقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين. إذ إن ذلك مما تستقل بتقديره تلك السلطان وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملهما على التدخل لإصدار تشريع في زمن محدد أو على نحو معين. ... وعلى ذلك، فإن أحكام المادة الثالثة من القانون المشار ذكره، لا تخاطب المدعين، سواء باعتبارهم أولاداً لأم مصرية، أو أحفاداً لجدّة مصرية متى كان ذلك، وكان موضوع الإحالة المراد أمام هذه المحكمة هو في حقيقته طلب إلزام المشرع بإقرار نص جديد بمقتضاه يضيف حالة استثنائية لمنح الجنسية المصرية. لأبناء الأم التي لم تحصل على الجنسية المصرية إلا في تاريخ لاحق لسريان أحكام القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ السار ذكره، ومنح هذه الجنسية لأحفاد الجدة لأم، التي لم تحصل على الجنسية المصرية إلا في تاريخ لاحق - أيضاً - لسريان أحكام القانون المشار إليه. حال أن ذلك أمر يستقل المشرع بتقديره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز حمله لإقرار تشريع في هذا الشأن، وهو الأمر الذي ينحسر عنه اختصاص هذه المحكمة، وتقضى المحكمة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة ٤٢ ق. د، جلسة 3 يوليو

٢٠٢١؛ الجريدة الرسمية، العدد (٢٧ تابع) في 8 يوليو ٢٠٢١، ص 35-41.

تبعاً لذلك بعدم قبول الدعوي"⁽¹⁾.

وبالتالي ليس صحيحاً ما يمكن أن يذهب إليه البعض من أن كل قصور تشريعي يعد مناقضاً لأحكام الدستور، ويقع في نطاق رقابة الدستورية؛ إذ إن القول بذلك يعني أن سلطة المشرع سلطة مقيدة على الدوام، ومن ثم يعد سكوته عن التنظيم بمثابة مخالفة دستورية؛ وهو قول غير جائز، باعتبار أن الأصل في سلطة المشرع هو إطلاقها ما لم يقيد الدستور بضوابط أو قيود محددة؛ كما أن القول بذلك يناقض الطبيعة البشرية للمشرع التأسيسي، والتي لا يتصور معها وضع تصور لكافة مناحي الحياة في المجتمع؛ ويناقض كذلك طبيعة الدساتير ذاتها، والتي تعكف على بيان الخطوط الرئيسية لملامح الحياة في المجتمع، ولا سيما ما يخص تنظيم سلطات الدولة وعلاقتها ببعضها البعض، وكذا علاقتها بالمواطنين، وبيان الحقوق والحريات العامة، تاركة للمشرع أمر تنظيم كافة المسائل التشريعية وفقاً لسلطته التقديرية في ضوء ظروف المجتمع، ومراحل تطوره.

ومن جانباً نتساءل هل عرف القضاء الدستوري في الكويت الرقابة على الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي؟

سبق وأن بينا مراراً وتكراراً أن القضاء الدستوري في الكويت لم يباشر أي رقابة على الإغفال التشريعي بكافة صورة وأشكاله حتي وإن كان هناك نص تشريعي يشوبه قصور تشريعي بصورتيه السابقتين الكلي والجزئي، مكتفياً بالقول في أحكامه التي يصدرها على أن "الرقابة القضائية لهذه المحكمة التي تمارسها على

⁽¹⁾ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٥ لسنة 39 ق. د، جلسة 8 مايو 2021

الجريدة الرسمية، العدد (١٩ تابع) في 17 مايو ٢٠٢١، ص ٧٢.٦٦.

دستورية التشريعات لا تمتد الي البحث عن مدي ملاءمة التشريع ولا تستطيل الي البحث والتنقيب عن النوايا والبواعث التي عساها أن تكون قد دفعت السلطة التشريعية الي إقراره بالصيغة التي صدر بها"⁽¹⁾.

وصفوة القول ان المحكمة الدستورية في الكويت لا تفرض رقابتها على الإغفال التشريعي بكافة صورة لأنها تعتبر ذلك من اختصاص السلطة التشريعية، ولا يجوز لها ان تتعدي اختصاصاتها اعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهو ما لا نرجحه من قبل المحكمة الدستورية التي يجب ان تفرض رقابتها على الإغفال التشريعي الجزئي إعمالاً لما انتهجه القضاء الدستوري المقارن.

(1) حكم المحكمة الدستورية، الدعوي رقم (1) لسنة 2010 "دستوري"، جلسة 2010/3/15م. نشر الحكم بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) (العدد رقم 976 السنة السادسة والخمسون بتاريخ 2010/3/21).

المبحث الثالث

أسباب الإغفال التشريعي

والأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي

الي الاخذ بالرقابة عليه

تمهيد وتقسيم:

تكثر الأسباب التي تؤدي الي وجود اغفال تشريعي في القوانين واللوائح ومنها ما يرجع إلى المشرع ذاته صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع كضعف خبرة أعضاء مجلس الأمة، والطبيعة البشرية للمشرع الوضعي، أو ترجع لأسباب أو دوافع سياسية أو اقتصادية، أو عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقرها البرلمان؛ ومنها ما يخرج عن إرادة السلطة التشريعية كعدم صياغة مبدأ الفصل بين السلطات صياغة دقيقة، وكذا قد ترجع الي تعاضم الدور التشريعي للسلطة التنفيذية.

ولا شك ان هناك عدة أسباب ومبررات تدعو القضاء الدستوري الكويتي في بسط رقابته على الإغفال التشريعي، وهذا ما سوف نوضحه من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي

المطلب الثاني: الأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الأول

الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي

لا شك ان حماية الحقوق والحريات الأساسية وضمان تطبيقها تستلزم تدخلاً تشريعياً بهدف تحديد التدابير اللازمة لضمان الممارسة الفعالة لهذه الحقوق والحريات⁽¹⁾، وفي ظل تعدد العلاقات، الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية في المجتمع الحديث، وقد أصبحت عملية التشريع صناعة معقدة، وتحتاج إلى مهارة وفن للقائمين عليها؛ وهذه المهارة يجب أن تحيط بالظروف، الواقعية، والقانونية، السائدة في المجتمع من كافة نواحيها سواء السياسية أم الاقتصادية أم الاجتماعية، ويقدر توافر هذه المهارة بقدر ما يصدر التشريع متسقاً مع هذا الواقع، مما يكفل للقانون الصادر عن السلطة التشريعية قناعة اجتماعية لدى المخاطبين به، ويضمن تطبيقه تطبيقاً سليماً⁽²⁾. ولذلك، فإن السياسة التشريعية الرشيدة يجب أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها، تقديراً لأن الأصل في النصوص التشريعية - في الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق

(1) Pauline GERVIER, La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, op. cit, p.520.

(2) د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت، ص ٢٤.

تلك الأهداف⁽¹⁾.

وبالتالي فإن وقوع إغفال تشريعي من جانب السلطة التشريعية يرجع إلى عدة أسباب؛ منها ما يرجع إلى المشرع ذاته صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع؛ ومنها ما يخرج عن إرادة السلطة التشريعية، ويعود لأسباب تتعلق بتكوين البرلمان أو لعمل المؤسس الدستوري ذاته⁽²⁾، والتي نبيها على النحو التالي:

أولاً: أسباب ذاتية ترجع الي المشرع:

تتمثل الأسباب الذاتية التي ترجع للمشرع، والتي يترتب عليها وقوع الإغفال التشريعي في الطبيعة البشرية لعمل المشرع، وضعف خبرة أعضائه، وعدم إلمامهم بالأحكام والقواعد الدستورية، وما تفرضه من التزامات وحدود على سلطة التشريع حال تدخلها لتنظيم مسألة تشريعية معينة، وكذا عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقرها البرلمان حال تصديه لأعمال التشريع، بالإضافة إلى عوامل الانضباط الحزب التي قد تجبر أعضاء البرلمان على التصويت وفقاً لقناعات أحزابهم، دون اعتبار لأراءهم وقناعاتهم الشخصية وخلافاً لما تستلزمه أحكام النصوص الدستورية أحياناً.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢٧ لسنة ٢٥ ق د، جلسة 4 فبراير ٢٠١٧، الجريدة الرسمية، العدد (6 مكرر "ب") في 15 فبراير ٢٠١٧، ص ٣-١٧.

(2) د. كيلالي زهرة، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 67 وما يليها؛ د. عزوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ٩١ وما يليها؛

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, P.105 and next.

1- ضعف خبرة أعضاء مجلس الأمة:

يعتبر من أسباب الإغفال التشريعي ضعف خبرة أعضاء البرلمان، وعدم إلمامهم بالإلمام الكافي بالقواعد والمبادئ الدستورية التي تحكم عمل المشرع، وما تفرضه تلك القواعد والمبادئ من حدود وقيود لممارسة سلطة التشريع، إنما يمثل عامل أساس في وقوع الإغفال التشريعي المخالف لأحكام الدستور؛ بالنظر إلى أن التشريعات الصادرة عن البرلمان تأتي تشريعات قاصرة عن الوفاء بالمتطلبات الدستورية، ولا توفر الحماية الكاملة للحقوق والحريات محل التنظيم على نحو ما أرادها المشرع التأسيسي، وذلك ليس نتاجا لسوء قصدهم، وإنما بسبب عدم إلمامهم بما تفرضه النصوص الدستورية على المشرع من أحكام قانونية لازمة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ إذا قررت السلطة التشريعية ممارسة اختصاصها التشريعي فيتعين عليها أن تتقيد في تشريعاتها بأحكام الدستور، وذلك بأن يكون تنظيمها للحقوق والحريات تنظيما متكاملًا، محققًا كافة الضمانات الدستورية المقررة لها، فإذا لم يراع المشرع في عمله التشريعي هذه الضمانات، فجاء تنظيمه للحق أو الحرية تنظيما قاصرا، وذلك بأن أهمل جانبا من جوانبها التي لا يكتمل التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بالضمانات الدستورية التي هيهاها الدستور لها⁽¹⁾، الأمر الذي يوقع هذا التنظيم في حومة المخالفة الدستورية. كما أنه إذا قرر المشرع الدستوري تقييد سلطة المشرع العادي في تقدير التدخل بالتشريع، ونص على ضرورة إصدار تشريع معين في وقت محدد، فيتعين عليه أن يتدخل بإصدار التشريع في الوقت المحدد لذلك، فإذا لم يقدم المشرع على الوفاء بالتزامه الدستوري، كان من شأن مسلكه السلبي الإخلال بأحكام الدستور، وذلك عند من يقولون بأن الإغفال التشريعي الكلي بعد صورة من صور الإغفال التشريعي، وترد عليه رقابة الدستورية. انظر في هذا المعنى، د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 437. د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح في ملامحها

فوجد أن القانون رقم (109) لسنة (2014) الصادر بتعديل قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973م، يكشف عن ضعف واهتزاز ثقة مجلس الأمة الكويتي بذاته، وفيما يصدر عنه من تشريعات، وسعيه للحصول على تأكيد من المحكمة الدستورية بتوافقها مع الدستور، من خلال إتاحة الطعن الأصلي بعدم الدستورية غير مكثف بدراسة لجنة الشؤون التشريعية والقانونية في المجلس للقانون قبل التصويت عليه وإصداره ونشره، وقد أفصح المجلس عن ذلك صراحة في المذكرة التفسيرية للقانون رقم (1) لسنة (2016) بإصدار قانون الشركات لمفهوم المخالفة، حيث جاء فيها: «تم إصدار المرسوم بقانون رقم (25) لسنة (2012) بشأن الشركات، حيث أعيد نشره بذات أحكامه مكملاً بالقانون رقم (37) لسنة (2013).

وحيث صدر حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 2015/12/20 بعدم دستورية المرسوم بالقانون رقم (24) لسنة (2012) بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية، متعرضاً في أسبابه إلى أن عرض المرسوم المشار إليه على مجلس الأمة وإقراره من المجلس لا يحول دون الحكم بعدم دستوريته.

وإذا كان من شأن استهداف المرسوم بقانون رقم (25) لسنة (2012) والمعدل بالقانون رقم (97) لسنة (2013) بالطعن عليه بعدم الدستورية، وهو ما يهدد الاستقرار الاقتصادي في الشركات والمراكز القانونية العامة الناشئة في ظل

الرئيسية، مرجع سابق، ص 1416، أ. سفيان على عيود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص 74؛ د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أ. محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي، مرجع سابق، ص 207. انظر أيضاً م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص 126.

أحكام هذا القانون.

ونزولاً على الرغبة في تحقيق استقرار المراكز القانونية الاقتصادية والتجارية باعتبارها ركيزة من ركائز النظام العام، فقد تم إعداد هذا القانون ونص في مادته الخامسة من قانون الإصدار على اعتماد نفاذ القانون بأثر رجعي اعتباراً من (26) نوفمبر (2012)، فيما عدا أحكام الفصل الثاني من الباب الثالث عشر - وهي المواد الجزائية - فتسري من تاريخ صدوره ونشره في الجريدة الرسمية»⁽¹⁾.

هكذا إذا يتضح أن ذات المجلس الذي أصدر القانون (109) لسنة (2014) يلجأ للمادة (179) من الدستور لأول مرة خلال ولايته لحماية وإنقاذ المرسوم بالقانون رقم (25) لسنة (2015) بشأن الشركات من الحكم بعدم الدستورية.

ونذكر في هذا الصدد بما قضت به المحكمة الدستورية الكويتية في الطعن رقم (1) لسنة (1979) دستوري من أن: «الأصل العام هو عدم جواز النص في التشريع على أن يكون له أثر رجعي يمس القواعد والحقوق المكتسبة قبل العمل به، وجاء الدستور في مادته (179) مؤكداً هذا الأصل العام بعد سريان القوانين على الماضي، احتراماً لقاعدة الحقوق المكتسبة.

غير أن الدستور مع تمريره لهذا الأصل اجازته على وجه الاستثناء، وبالقدر الذي تدعو الضرورة أن يشتمل القانون على نص خاص بالأثر الرجعي إلا أن المسلم به أن الاستثناء يجب أن يفسر في أضيق الحدود، كما أنه ناصر على التشريع العادي وحده، فلا يجوز للإدارة أن تصدر قراراً أو لائحة تنفيذية تتضمن أثراً

(1) المستشار الدكتور عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016، ص 44.

رجعياً والا كان القرار أو اللائحة غير دستورية وغير شرعية في آن واحد⁽¹⁾. ولم يقف مجلس الأمة عند حد استخدام الأغلبية الخاصة للأثر الرجعي، بل لجأ لتقصير المدة الفاصلة بين إجراء المداولة الأولى لقانون الشركات وإجراء المداولة الثانية له عملاً بالمادة (104) من اللائحة الداخلية للمجلس، ولعل هذا الارتباك الإجرائي والتشريعي أبلغ دليل على المأزق الذي وضع مجلس الأمة الكويتي نفسه فيه دون أن يعلم بتشريعه القانون رقم (109) لسنة (2014)، فإذا كان المجلس قد استطاع عمل ذلك بشأن قانون الشركات، فلا نعلم ماذا يخبئ له القدر بشأن باقي القوانين التي صدرت فعلاً أو ستصدر مستقبلاً⁽²⁾.

ومما سبق يتضح ان ضعف مجلس الامة أو البرلمان يعد سببا من الأسباب التي تؤدي الي الإغفال التشريعي، فكلما كان مجلس الامة واعضائه على حجم المسؤولية المنوطة بهم وتمتعهم بالقوة التي تمكنهم من اعداد تشريعات قوية كلما قلت نسبة الأخطاء القانونية التي ترد في التشريعات والتي من ضمنها الإغفال التشريعي.

(1) صدر هذا الحكم بتاريخ 12/5/1979م، منشور في الجريدة الرسمية العدد 247 - السنة 25 - بتاريخ 12/5/1979.

(2) انظر مضبطة اجتماع المجلس، بتاريخ 12 يناير 2016 من خلال الموقع الإلكتروني للمجلس، ويراجع م.د. عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016، ص 44-45.

2- الطبيعة البشرية للمشرع الوضعي:

تعد ظاهرة النقص الإغفال التشريعي أمراً حتمياً⁽¹⁾، فمهما حاول المشرع أن يدقق الصياغة التشريعية أو يتنبأ باحتمالات وأحوال تطبيق النص التشريعي، فلن يستطع تجنب وقوع الإغفال التشريعي، أو يتلافى قصور النصوص التشريعية عن مواكبة التطورات المستجدة في شتى مناحي الحياة، وعلى مختلف الأصعدة، السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، بالنظر إلى الطبيعة البشرية للمشرع الوضعي، والتي يعترها النقص، وعدم الكمال⁽²⁾.

بالإضافة إلى تنوع وتعقد المشكلات التي تواجه المجتمع، الأمر الذي يعجز معه البرلمان عن مجابتهها، نظراً لنقص الكفاءة الفنية والتخصص اللازم لديه، بالإضافة إلى تطور وظائف الدولة ذاتها⁽³⁾، مما يقتضي ضرورة تدخل البرلمان لتنظيم المسائل المستجدة في المجتمع، مع ما قد يترتب عليه من الإخلال

(1) د. خلف محمود الجبوري، دور القاضي في سد القصور في القانون الإداري، مرجع سابق، ص1؛ وانظر أيضاً:

Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator, op. cit, p.91.

(2) انظر في هذا المعنى، د. كيلالي زهرة، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٣٩

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, p.91.

(3) ا. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص 10.

ببعض جوانب المسألة محل التنظيم باعتبار حدوثها، وعدم إحاطة المشرع الوضعي بكافة جوانبها، وذلك رداً إلى طبيعته البشرية، والتي يصعب معها تصور كافة. جوانب المسألة التشريعية محل التنظيم، الأمر الذي يجعل وقوع الإغفال التشريعي في عمل المشرع أمراً حتمياً لا مناصاً منه.

تضم السلطة التشريعية ممثلو الأمة، وبالتالي فهي أقدر الهيئات في الدولة على استجلاء جوانب المصلحة العامة، ولذلك فيجب عليها حال ممارسة اختصاصها التشريعي أن تضع نصب عينها مصلحة مجموع الأفراد كما صاغها الدستور، وعبرت عنها قواعده، وغيرها من المبادئ الدستورية التي تستخلص من روح الدستور⁽¹⁾، كمبادئ العدالة، والمساواة، وعدم التمييز، وغيرها من المبادئ المستقرة في الديمقراطيات الحديثة.

3- الأسباب أو الدوافع السياسية أو الاقتصادية:

الأصل أن الإغفال التشريعي يقع دون إرادة المشرع⁽²⁾، بالنظر إلى غياب التكوين الدقيق للبرلمانات، وذلك باحتوائها على عناصر غير متخصصة في صياغة القوانين. ومع ذلك فقد يتعمد المشرع إيقاع الإغفال التشريعي عن طريق تنظيم المسألة التشريعية تنظيمًا غير منضبط، ولا يفي بالمتطلبات الدستورية، وذلك لأسباب أو دوافع سياسية أو اقتصادية أو غيرها من الأسباب⁽³⁾.

(1) ا. كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص ٧٢.

(2) Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, p.105,

(3) Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIV Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur " les

ومثالاً لذلك إغفال المشرع المصري تضمين نص المادة (69) من قانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم 81 لسنة ٢٠١٦ ما يوجب إنذار العامل المنقطع عن العمل بدون إذن لمدة خمسة عشر يوماً متتالية أو ثلاثين يوماً غير متصلة خلال السنة قبل إنهاء خدمته؛ وذلك بالرغم من أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد استقر على أنه يتعين لإعمال القرينة القانونية المترتبة على انقطاع العامل عن عمله بإنهاء خدمته، أن تقوم جهة الإدارة بإنذاره بالانقطاع كتابة، على اعتبار أن الإنذار إجراء جوهري الغرض منه أن يتضح مدى إصرار العامل على ترك العمل وعزوفه عنه، وذلك تقنياً لمبدأ حرية العمل والحق فيه، باعتبار أن الأصل في العمل أن يكون إرادياً قائماً على الاختيار الحر، ولا يكون الإنهاء إلا بالطريق التأديبي؛ وبالتالي فإن خلو التنظيم القانوني من ضمانات جوهريّة للوقوف على الإرادة الضمنية للعامل المنقطع في ترك العمل يحمل شبهة إجباره على ترك عمله على خلاف إرادته الحقيقية، مما يصم هذا التنظيم بعيب مخالفة الدستور، إذ ينحل إنهاء الخدمة. حالئذ - فصلاً غير جائز بغير الطريق التأديبي بالمخالفة لأحكام الدستور⁽¹⁾.

problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle", op. cit, p.9.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٧٧ لسنة ٢٦ ق. د، جلسة ١٤ يناير ٢٠٠٧، الجريدة الرسمية، العدد (4 مكرر) في ٢٨ يناير ٢٠٠٧، ص ٤٦-٥٣، وكذا حكمها في الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 6 أبريل ٢٠١٤، الجريدة الرسمية، العدد (16 مكرر "ب") في ٢٠ أبريل ٢٠١٤، ص ٣-١١.

ولعل الدافع الأساس من وراء تعمد المشرع إغفال النص على وجوب إنذار العامل المنقطع قبل إنهاء خدمته في قانون الخدمة المدنية المشار إليه. على غرار ما كان عليه العمل في

هذا، وقد ذهب البعض من الفقه⁽¹⁾ إلى أنه بالرغم من تماثل آثار الإغفال التشريعي الذي يتعمد المشرع إيقاعه مع آثار الإغفال غير المتعمد، إذ يترتب على كل منهما الإخلال بالموضوع محل التنظيم بالمخالفة لأحكام الدستور؛ إلا أن تحقيق أسباب وقوع هذا الإغفال من قبل القاضي الدستوري لتبين ما إذا كان المشرع يقصد به مخالفة أحكام الدستور من عدمه، يؤثر في أسلوب معالجته للإغفال التشريعي محل الرقابة، وما إذا كان سيتسامح مع مسلك المشرع من عدمه. وذلك عن طريق الاكتفاء بإعلان وقوع الإغفال التشريعي، وإفساح المجال للمشرع للتدخل بمعالجة هذا الإغفال، دون أن يتدخل لمعالجته بنفسه.

ولا نؤيد هذا الجانب الفقهي فيما ذهب إليه، وذلك بالنظر إلى أن وقوع الإغفال التشريعي يمثل مخالفة: جب مواجهتها، سواء أكان الإغفال متعمداً أو وقع إهمالاً من المشرع، وعلى غير إرادته؛ ففي الحالتين - الإهمال المتعمد وغير المتعمد - يمثل الإغفال إخلالاً ببعض جوانب الحق أو الحرية محل التنظيم بالمخالفة لأحكام الدستور، وبالتالي يتعين على القاضي الدستوري معالجة هذا الإغفال وعدم التسامح مع المشرع حياله، وذلك إعلاءً لأحكام الدستور من ناحية، وحماية للحقوق والحريات من ناحية أخرى.

ظل سريان أحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 . هو رغبة النظام السياسي في التخلص من فئة من الموظفين العموميين في إطار خطة " الإصلاح الاقتصادي " التي اعتمدها الدولة بالاتفاق مع صندوق النقد الدولي اعتباراً من عام 2016 . د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص544، م. د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 128.

(1)Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, p.108.

4- عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقرها البرلمان: يعد من أهم أسباب وقوع الإغفال التشريعي عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقرها البرلمان، فالإغفال التشريعي يقع على غير إرادة المشرع عادة؛ إذ الفرض أن الأخير لا يرغب في مخالفة أحكام الدستور، سواء كانت المخالفة صريحة أو ضمنية، إلا أنه قد يهمل تضمين النص التشريعي بعض الضمانات الدستورية دون رغبته غالباً، وبحكم طبيعته البشرية القاصرة، مما يؤدي بهذا النص إلى الوقوع في حومة المخالفة الدستورية بسبب الإغفال المرتبط به، والذي لم ينتبه إليه المشرع عند صياغة القاعدة التشريعية؛ وذلك رغم علمه بما تفرضه أحكام الدستور من ضمانات يتعين إدراجها في التنظيم التشريعي، إلا أن الصياغة التشريعية قد جاءت صياغة مبتسرة على غير إرادة المشرع.

ثانياً: الأسباب الخارجة عن إرادة المشرع:

ترجع الأسباب الخارجة عن إرادة المشرع في وقوع اغفال تشريعي في أكثر من سبب منها:

1- عدم صياغة مبدأ الفصل بين السلطات صياغة دقيقة:

عدم صياغة المؤسس الدستوري لمبدأ الفصل بين السلطات صياغة دقيقة يؤدي إلى تداخل الاختصاصات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومحاولة الأخيرة توجيه دفة العمل التشريعي الوجهة التي ترتضيها، وذلك من خلال إعادة ترتيب الأولويات التشريعية للبرلمان، بحثه على عدم تناول بعض المسائل التشريعية أو تناولها بصورة منقصة وغير كاملة، لا سيما وأن الحكومات تسيطر على جدول أعمال البرلمان في عدد غير قليل من الدول المعاصرة بصفة عامة، وفي

الدول النامية بصفة خاصة⁽¹⁾. كما أن عدم فهم السلطتين التشريعية والتنفيذية لمبدأ الفصل بين السلطات فهما دقيقا، وما قد يحيط بأحكام النصوص الدستورية التي تسند الاختصاص التشريعي إلى السلطة التشريعية من غموض أو إبهام، يؤدي إلى تراجع دور السلطة التشريعية في عملية التشريع لحساب السلطة التنفيذية، ولا سيما في أحوال عدم الاستقرار السياسي والأمني بالدولة، والذي يعد من أهم العوامل المؤثرة في عمل السلطات الدستورية، إذ يتراجع دور البرلمان في ممارسة اختصاصه بالتشريع لحساب السلطة التنفيذية، والتي يتزايد دورها لمواجهة حالة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد⁽²⁾، بما يرتبه التشريعي ذلك من آثار سلبية على نوعية القواعد التشريعية التي تنظم الحقوق والحريات، بما قد ينتقص منها أو يهدرها.

ونجد ان المحكمة الدستورية الكويتية تحترم مبدأ الفصل بين السلطات وتمتتع عن رقابة الإغفال التشريعي تطبيقاً لهذا المبدأ الذي تقره وتلتزم به ولا تحيد عنه في مباشر اختصاصاته.

2- تعاضم الدور التشريعي للسلطة التنفيذية:

لا شك أن من أهم العوامل التي تؤثر في عمل السلطة التشريعية هو تأثير السلطة التنفيذية وسيطرتها على العمل التشريعي في كافة مراحله⁽³⁾، فتعقد المشكلات التي تواجه المجتمع، وعجز البرلمان عن مجابتهها - نظرا لنقض

(1) أ. كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 68.

(2) د. سلوى فوزي الدغيلي، الأعمال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(3) د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٢٠.

الكفاءة الفنية والتخصص اللازم لديه . بالإضافة إلى تطور وظائف الدولة ذاتها، أدى إلى وجود دور متزايد للسلطة التنفيذية في مجال التشريع⁽¹⁾، لدرجة بدا منها أن دور السلطة التشريعية بات مقتصرًا على إضفاء الشرعية الدستورية على ما تسببه السلطة التنفيذية لإدارة مختلف الأنشطة الإنسانية في المجتمع⁽²⁾. ومن ثم فلا يمكن إنكار تضاؤل دور البرلمان في الوقت الراهن، وتبعيته للسلطة التنفيذية كحقيقة واقعية - ولا سيما في دول العالم الثالث - إذ تكاد السلطة التشريعية لا ترفض للسلطة التنفيذية تشريعًا تريد إصداره، وبدون دراسة أو مناقشة متأنية، مما يؤدي إلى صدور هذه التشريعات مشوبة بالعديد من العيوب والمثالب الدستورية، بما من شأنه الإخلال بالحقوق والحريات العامة⁽³⁾، الأمر الذي يعظم من احتمالات وقوع الإغفال التشريعي، باعتبار عدم حرص السلطة التنفيذية - كما السلطة التشريعية - على حماية الحقوق والحريات العامة. ومن ثم فإن تعاضد الدور التشريعي للسلطة التنفيذية⁽⁴⁾، وهي ليست بمنوطة -

(1) أ. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، من ١٠٠.

(2) د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص ٤٤٠.

(3) د. عماد محمد أبو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ١٢؛ د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٢٠؛ د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٥٩.

(4) وذلك إلى الحد الذي دفع البعض في الفقه إلى القول بأن ثم اتجاه نحو اعتبار السلطة التنفيذية في المشرع الأصلي، واعتبار البرلمان مشرفًا استثنائيًا، كما هو الحال في فرنسا في

بحساب الأصل- بهذا الدور، ينعكس سلبا على النصوص التشريعية التي تتم صياغتها بمعرفتها، باعتبارها أقل خبرة في المجال التشريعي من السلطة التشريعية، فرغم دراية السلطة التنفيذية بالمستجدات الواقعية إلا أن خبرتها بضرورات العملية التشريعية لا تقارن بخبرة سلطة التشريع، الأمر الذي قد يترتب عليه إمكانية العصف بالحقوق والحريات الفردية، من خلال إهمال أو تعمد عدم النص على بعض ضماناتها التي أوردتها النصوص الدستورية⁽¹⁾.

وبإدراك استطاعة الحكومة القيام بمهمة صياغة النصوص مع انحسار دور مجلس الأمة بخصوص مسائل الصياغة التشريعية قد يبدو الإشكال في التناقض المحتمل بين جوهر التشريع الذي ارتاه المجلس، وصياغة الحكومة له؛ الأمر الذي قد تكون معه النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات واحدة من التشريعات التي قد تتعمد الحكومة - بشكل أو بآخر - تقييدها، من خلال عدم النص، أو احتمالها لتأويلات متعددة⁽²⁾، وذلك حال عدم توافر الخبرة وضوح

ظل دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨، والذي جعل السلطة التنفيذية صاحبة الاختصاص الولاية العامة في مجال التشريع، بينما جعل البرلمان يضطلع بأمر التشريع في مسائل وردت على سبيل الحصر، وترك ما عداها للوائح؛ انظر: د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، مرجع سابق، ص ١٥١، ١٤٥٢ در زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٥٤، ٢٥٠.

(1) م. د. محمد عماد النجار، في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي مرجع سابق، من .٢٧

(2) د. حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، المروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٣، ص 19.

البرلمانية القادرة على تدارك قصد السلطة التنفيذية من وراء تلك الصياغة.

المطلب الثاني

الاسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الأخذ بالرقابة على الإغفال

التشريعي

بعد ان وضحنا موقف القضاء الدستوري في الكويت وانه لا يأخذ بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي متمسكاً بحرفية النص من فرض الرقابة فقط على دستورية القوانين واللوائح، حيث تركزت فلسفة واضعي هذه النصوص على قاعدة فقهية مفادها بأنه "لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة، ولكن ليس باللامحدودية، فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما اقامه البرلمان بالمخالفة لأحكام الدستور، لكنها لا تستطيع اقامة ما لم يقيمه البرلمان ذاته" (1) لأن من شأن ذلك أن ينسب القاضي الدستوري بعض القواعد القانونية الى المشرع في حين أن المشرع امتنع عن إصدارها (2) كما أن امتداد الرقابة الى ما سكت عنه التشريع إنما هو تعديها الى ملائمت التشرية وهذا ما لا تملكه المحكمة (3) فضلاً عن أن تقدير مدى الحاجة إلى التشريع ومدى ضرورته، يدخل في اختصاص المشرع وحده، بوصفه عنصراً من عناصر التشريع التي يتمتع على المحاكم التدخل بها (4).

(1)

(2) قريب من المعنى اشار اليه: د. عيد أحمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع،

المرجع السابق، ص 118

(3) د. احمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص 201

(4) د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق، ص 55.

بناء عليه جاءت هذه النصوص خالية من الإشارة الى محتوى حالة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه في التشريع، بوصفها احدى الحالات التي تحقق عدم الدستورية، أو الى كونها من موجبات تحقق اختصاصات المحكمة التي يعهد لها مباشرتها، أو الى الأثر المترتب على تحققها.

مما يجعلنا ان نتساءل هل القضاء الدستوري الكويتي مهياة للاخذ بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي؟، ونحن من جانباً نري ان المحكمة الدستورية الكويتية اصبحت مهياة للاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي اسوة بنظرائها في الدول محل الدراسة المقارنة، ويرجع ذلك للعديد من الاسباب ومنها:

السبب الاول: تشابه النصوص الدستورية والقانونية في دولة الكويت مع تشريعات الدول المقارنة التي اخذت بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي:

سبق وان وضعنا في ثنايا هذا البحث ان الدستور المصري والفرنسي قد خلا من النص صراحاً على رقابة الإغفال التشريعي من جانب المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري، فنجد أن دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام 1958 قد نص في المادة (61) منه على اختصاص المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، إذ نصت الفقرة (الأولى) من هذه المادة على وجوب عرض القوانين الاساسية ومشروعات القوانين الاستثنائية، قبل إصدارها ولوائح المجالس البرلمانية قبل تطبيقها على المجلس الدستوري ليقرر مدى مطابقتها للقانون⁽¹⁾، في حين نصت الفقرة (الثانية) من هذه المادة على جواز عرض القوانين قبل

⁽¹⁾ عدلت المادة (61) من دستور 1958 بموجب القانون الدستوري رقم (724) لسنة 2008 حيث تم اخضاع مشاريع القوانين الاستثنائية للرقابة الوجيهة للمجلس الدستوري، ينظر: حسام أحمد هلال منصور - المجلس الدستوي الفرنسي - المصدر السابق - ص22.

إصدارها على المجلس الدستوري ليقرر مدى مطابقتها للدستور من رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أي من مجلسي الجمعية الوطنية، ولم يتضمن النص الدستوري ما يشير إلى رقابة الإغفال التشريعي أو رقابة انتهاك السلطة التشريعية لواجباتها في التشريع بصورة مخالفة للدستور ولم يحدد وسائل لتدخل المجلس الدستوري لمعالجة مثل هذه الحالات أثناء فحص مطابقة القوانين للدستور وعلى الرغم من خلو الدستور الفرنسي من نص صريح يبيح للمجلس الدستوري الرقابة على الإغفال التشريعي، إلا أن المجلس استطاع من خلال استعمال سلطته في التفسير أن يضع لنفسه نهجين قضائيين لمواجهة حالات النقص أو القصور التشريعي الناجمة عن امتناع المشرع من التدخل لمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه، النهج الأول: يتمثل بمراقبة حالات الفراغ والنقص التشريعي التي أفرزها تطبيق القوانين بعد إقرارها التي يكون سببها إغفال أو إهمال وسهو المشرع ويستغل المجلس فرصة رقابته السابقة على التعديلات التي تطرأ على هذه القوانين وفحص مدى مطابقتها للدستور والتدخل للرقابة على حالات الإغفال التشريعي، أما المنهج الثاني: فيتمثل بالاستناد إلى قواعد توزيع الاختصاص التشريعي بين البرلمان وبين السلطة اللائحية المنصوص عليها في المواد (34) و(37) في الدستور التي حدد نطاق الانفراد التشريعي للبرلمان في مسائل معينة ولا يجوز له تفويضها إلى السلطات اللائحية إلا وفق قواعد التفويض حيث أمكن للمجلس الدستوري مراقبة مدى التزام البرلمان في القيام باختصاصه التشريعي من خلال استعمال قواعد توزيع الاختصاص ومراقبة تهرب أو تسلب البرلمان من مباشرة اختصاصه التشريعي عن طريق التفويض أو الإحالة التشريعية المفرطة وهذا هو الاتجاه الذي سار عليه المجلس الدستوري منذ نهاية الستينيات وحتى وقتنا هذا، ولذلك نجد أن الدستور الفرنسي قد أعطى

للحكومة أن تدفع بعدم قبول أي إجراء أو مقترح تشريعي أو تعديل يخرج من نطاق القانون أو يتعارض مع تفويض تشريعي منح بمقتضى المادة (38) من الدستور. ويقتصر دور المجلس الدستوري عند عرض مشروع القانون المطعون بدستوريته عليه وفقاً لأحكام المادة (41) من الدستور في تحديد المجال اللاتحي والمجال التشريعي للاقتراحات المعروض أمرها دون البحث في مدى دستوريته على وفق أن المجلس الدستوري لا يباشر الرقابة الكاملة على مجمل النصوص الدستورية إلا طبقاً لأحكام المادة (61) بوصفها الإطار العام لرقابة الدستورية⁽¹⁾، إذ عمد المجلس الدستوري إلى وسيلة حماية المجال التشريعي للبرلمان والسلطة التنفيذية ومنع تداخل الاختصاصات لإجبار المشرع على القيام بالتزامه الدستوري بالتشريع وتلافي حالات الإغفال التشريعي أو التسلب من الاختصاص⁽²⁾.

بينما نجد ان دستور مصر الصادر عام 2014 قد نص في المادة 192 على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية

⁽¹⁾ جاء في قرار المجلس الدستوري المرقم (79) في 26 / 4 / 1979 ما يأتي (.. أن تعديل القانون الخاص بترشيح الطاقة والمعروض أمام الجمعية الوطنية لا يدخل في مفهوم عدم القبول الوارد في المادة (41) من الدستور الخاص بالاعتداء على الاختصاص اللاتحي، وليس من اختصاص المجلس أن يمارس الرقابة الكاملة على مجمل النصوص الدستورية إلا طبقاً لأحكام المادة (61) باعتبارها الإطار العام لرقابة الدستورية..) أشار إليه: حسام احمد هلال منصور - المجلس الدستوري الفرنسي - المصدر السابق - ص 25.

⁽²⁾ د. سري حارث عبد الكريم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا "دراسة مقارنة"، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2020، ص 375-377.

القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أى جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

وهو ذات النهج الذي انتهجه دستور الكويت الحالي الصادر عام 1962⁽¹⁾ حينما نص في المادة رقم (173) على أن: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن".

وتأكيداً على ذلك فقد انشأت المحكمة الدستورية الكويتية بموجب القانون رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014 وأصبح من ضمن اختصاصها الفصل في دستورية القوانين واللوائح، فقد نصت المادة الأولى من القانون علي أن "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين

(1) صدر في قصر السيف في 14 جمادى الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962 م، المنشور على موقع الامة على الانترنت على الرابط التالي:

<http://www.kna.kw/clt-html5/run.asp?id=2024>

واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم"، ورغم عدم النص على رقابة الإغفال التشريعي نجد ان القضاء الدستوري في كلا من مصر وفرنسا يمارسا رقابتهم على الإغفال التشريعي الذي يشوب القوانين واللوائح على عكس القضاء الدستوري الكويتي، الامر الذي لا نجد له مبرر من المحكمة الدستورية الكويتية في التمسك بموقفها من نظر رقابة دستورية القوانين واللوائح فقط دون ما عداها من رقابة على الإغفال التشريعي، مما نهيب به من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية من فرض رقابته على الإغفال التشريعي اسوة بما هو معمول به في العديد من الانظمة القضائية.

السبب الثاني: توسيع دائرة الطعن امام المحكمة الدستورية الكويتية والسماح للأشخاص لهم بالطعن امام المحكمة بشكل مباشر: حيث تم اضافة المادة (الرابعة مكرراً) التي أضيفت إلى قانون انشاء المحكمة الدستورية بموجب القانون رقم (109) لسنة 2014 على انه "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية، ويجب على الطاعن أن يودع عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار، ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة، ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم

قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر الجلسة، وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن".

وقد أكدت المحكمة الدستورية على هذا الوسيلة بقولها "مفاد المادة (الرابعة مكرراً) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 المضافة بالقانون رقم (109) لسنة 2014 أن المشرع أجاز لكل شخص طبيعي أو اعتباري أن يرفع طعناً بطريق الادعاء المباشر أمام هذه المحكمة في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه - الخصومة الدستورية في الطعن المباشر هي خصومة عينية موجهة أصلاً إلى التشريع المطعون فيه ومناطقها أختصام هذا النص في ذاته استهدافاً لمراقبته واستظهار مدى شرعيته الدستورية - مؤدى ذلك: أن هذا الطعن بحسب طبيعته الخاصة ليس طعناً بين خصوم ولكنه طعن ضد التشريع المطعون عليه بعدم الدستورية"⁽¹⁾.

إضافة الي الطريقتين التي حددتهما المادة (الرابعة) من القانون سالف الذكر والتي نصت على أن ترفع المنازعات امام المحكمة الدستورية باحدى الطريقتين الآتيتين:

أ- بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء.

ب- إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع، أن الفصل في الدعوى يتوقف

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن المباشر رقم (13) لسنة 2015 "دستورية"، جلسة 2015/12/16، المنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم (1268) السنة الثانية والستون بتاريخ 2015/12/27م.

على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة توقف نظر القضية وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه.

ويجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع وذلك لدي لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور وتفصل اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال". وبالتالي كون المشرع يسمح للاشخص سواء أكانت الطبيعية او الاعتبارية بالطعن امام المحكمة الدستورية بشكل مباشر فان هذا الاتجاه يعتبر تطور في مسلك المشرع في توسيع طرق الطعن امام القضاء الدستوري، الا ان هذا الشرط جدير بالنقد الشديد، ويخالف مبدأ المحاكمة العادلة الذي رددته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الكثير من أحكامها⁽¹⁾، التي أدانت فيها التشريعات التي تبالغ في قيمة الرسوم اللازمة للحصول على الحماية القضائية، حتى لا تكون هذه الحماية مسخرة للنخبة الثرية من الأفراد، وبإمعان النظر في قيمة هذه الكفالة نجد أنها نصف قيمة الدية الشرعية الكاملة عن فقد النفس البشرية المقررة في المادة (251) من القانون المدني الكويتي، فمن المفارقة أن تكون قيمة كفالة رفع دعوى دستورية نصف قيمة الدية الشرعية للنفس البشرية. ولا يبرر ذلك ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن القصد هو ضمان عدم إغراق المحكمة ذاتها بسيل من الطعون الجديدة، وقد اكتفى المشرع بإيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن.

ونرى أن النص لم يعالج كافة الاحتمالات القانونية الواردة في هذا المقام، ولعل أولها حالة تدخل الأفراد في الدعوى الأصلية، وهل يكلف المتدخل بإيداع كفالة

(1) راجع الموقع الإلكتروني للمحكمة التي تقع في مدينة ستراسبورغ.

جديدة، أم أنه يكتفي بالكفالة التي أوفى بها المدعي الأصلي⁽¹⁾ بغض النظر عما سيؤول إليه هذا التدخل من حيث قبول المحكمة له من عدمه، مما يجعله محلاً للطعن بعدم الدستورية للإغفال التشريعي.

الأمر الذي نري معه ضرورة تخفيض مبلغ الكفالة عند الطعن على القوانين واللوائح أمام المحكمة الدستورية، والاكتفاء بتوقيع محام واحد فقط على صحيفة الطعن على القوانين واللوائح.

السبب الثالث: قاعدة سمو الدستور:

نجد أن قاعدة سمو الدستور هي من أهم الأسباب التي تستند إليها في فكرة الإغفال التشريعي، حيث يرد الفقه في غالبته أساس الرقابة القضائية على ما أغفل المشرع تنظيمه إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة رقابة دستورية القوانين ألا وهي فكرة "سمو الدستور" والذي من مقتضاه تسمو قواعد الدستور وأحكامه على ما عداها من قواعد دخل الدولة وهي قواعد قانونية آمرة وملزمة وتفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات⁽²⁾.

وهذه النصوص لم توضع لمجرد أن تكون قيم مثالية ترنو للأجيال إليها وإنما هي

⁽¹⁾ نظمت المادة (87) من قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980 إجراءات التدخل في الدعوى المدنية والتجارية. انظر لمزيد من التفاصيل المستشار الدكتور عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016، ص 38 وما بعدها.

⁽²⁾ يراجع في بعض التفصيلات د. عبد الحفيظ على الشيمي: رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دار النهضة العربية.

قواعد قصد منها أن تكون ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو الإخلال بمقتضياتها، وفي ذلك تؤكد المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾ "إن رقابة هذه المحكمة للنصوص التشريعية المطعون عليها إنما تنغي ردها إلى أحكام الدستور تغليباً لها على ما دونها وتوكيداً لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم فيحدد للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية صلاحياتها ووضعاً الحدود التي تقيد أنشطتها وتحول دون تدخل كل منها في أعمال الأخرى، مقررًا الحقوق والحريات العامة مرتباً ضماناتها. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن نصوص الدستور تتوخى أن تحدد لأشكال من العلاقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية مقوماتها، ولحقوق المواطنين وحرياتهم تلك الدائرة التي لا يجوز اقتحامها، فلا يمكن أن تكون النصوص الدستورية - وتلك غاياتها - مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو إيهاها من خلال تحوير مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها، فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه وأن يسمو ولا يُسمى عليه.

فإذا تدخل المشرع ونفاذاً لحكم الدستور - بالتنظيم لحق معين فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل جانباً فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور.

فضلاً عن أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمداه المشرع أم انزلق إليها بغير

(1) د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق ص 99.

قصد يتعين قمعها وأنه إذا كان القضاء الدستوري يراقب النشاط الإيجابي للبرلمان ويهدر التشريع المخالف للدستور فمن باب أولى يستطيع أن يراقب الإغفال التشريعي أو التنظيم غير المتكامل إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية، كما أن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية.

فضلاً عما تقدم فإنه وعلى افتراض صحة القول بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، فإن مجلس الأمة هو أداة صياغة هذا التعبير، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة المجلس، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية.

ونجد انه في البلدان الأخرى، لا يتم تجاهل السيطرة على الإغفال التشريعي، ولكنه في الأساس نتيجة السوابق القضائية الدستورية بما في ذلك، حيثما وجد، في سياق الاستئناف الفردي أو الخاص⁽¹⁾. في هذا السياق وفي غياب أساس نصي صريح، تمنح المحاكم العليا مكانة مميزة لمبادئ السيادة الدستورية واكتمال النظام القانوني. وبالتالي، فإن الخطاب يستعير طواعية من المعيارية: من حيث

⁽¹⁾Ainsi notamment, après avoir dans un premier temps refusé de contrôler les omissions législatives inconstitutionnelles dans le cadre du recours particulier, la Cour constitutionnelle allemande a par la suite accepté un tel moyen. Cf. La jurisprudence citée par le juge constitutionnel Michael Gerhardt dans son Rapport pour la Cour constitutionnelle fédérale relatif aux omissions législatives rendu pour la XIV Congrès des Cours constitutionnelles européennes, septembre 2007, et notamment BVerfGE 77, 170 (214).

أن الدستور يمثل المعيار الأعلى في الترتيب القانوني الداخلي، فإنه يفرض على المشرع تجسيداً معيارياً هو الطريقة الوحيدة لمنحه الفعالية القانونية الكاملة⁽¹⁾. وإذا لم يحدث ذلك، فإن النظام القانوني يظهر في نظر القضاة على أنه كامل بسبب الجمود البرلماني.

بالنسبة للمحكمة الدستورية الإسبانية، فإن "هذا المفهوم للدستور المعياري ككل نظامي يمثل الافتراض المسبق لإمكانية إغفال تشريعي؛ لا يمكن أن تكون العيوب المعيارية الناتجة عن المواقف غير المتوافقة مع النظام الدستوري نتيجة لعدم القدرة على التنبؤ بالمكوّن ولكن نتيجة انتهاك التفويض بهدف اعتماد معيار موجه إلى السلطات المشكلة، وعلى وجه الخصوص، للمشرع"⁽²⁾. هذه المعيارية المعاد تأكيدها، والتي تقضي إلى إخفاء الرهانات السياسية لهذه الرقابة القضائية فيما يتعلق بالفصل بين السلطات، لها نتيجة مزدوجة.

الأول يرى أن المحاكم العليا تسعى جاهدة لإجراء تصنيف أصلي ضمن المعايير

(1) D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », RBDC 1999-3, p. 237.

(2) Rapport fait par le Tribunal constitutionnel espagnol et relatif aux omissions législatives, rendu pour la XIV Congrès des Cours constitutionnelles européennes, octobre 2007. Voir aussi I. Villaverde, « La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional », in M. Carbonell (dir.), En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina jurídica, N° 135, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 65

العليا بين تلك التي تفرض تفويضاً إلزامياً على المشرع وتلك الأكثر تحرراً والتي يمكن وصفها بأنها برامجية. وهكذا، فإن المحكمة الدستورية الإسبانية تشترط الرقابة على الإغفال التشريعي لوجود "ولاية دستورية"⁽¹⁾ تتطلب تجسيدها. وهكذا يصبح القانون على لسان القاضي الإسباني "معيّاراً للتطور الدستوري" ويعتبر تدخل المشرع "interpositio تشريعات" ضرورياً لتحقيق الفعالية الكاملة للمبادئ الدستورية⁽²⁾.

وبالتالي فإنه قاعدة علو الدستور تكون سبباً من الأسباب الهامة التي تدفع القضاء الدستوري الي رقابة الإغفال التشريعي الذي اغفله المشرع أو مجلس الأمة.

(1) Tribunal constitutionnel espagnol, STC 15/1982 du 23 avril 1982, FJ 8.

(2) Ahumada Ruiz, « El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas », Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 8, 1991

السبب الرابع: فكرة الالتزام بالتشريع⁽¹⁾:

يعتبر كفالة الحقوق والحريات الفردية من أهم أسس وعناصر الدولة القانونية⁽²⁾، إذ أنها الغاية والهدف من قيامها، فما وجد مبدأ الدولة القانونية إلا لضمان تمتع

(1) للمزيد بشأن فكرة التزام المشرع بتنظيم الحقوق والحريات العامة، وأساس ذلك، انظر: د. عماد محمد محمد أبو حليلة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٣٦٢ وما بعدها؛ وانظر أيضا:

ESTÉPHANIE PAVAGEAU, Les obligations positives dans les jurisprudences des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 6, décembre 2005, p.201 et s

(2) يكاد يجمع فقه القانون العام على ضرورة توافر مجموعة من العناصر والأسمن للقول بقيام (1) يكاد يجمع الدولة القانونية التي تخضع في جميع أوجه نشاطها للقانون، واهم هذه العناصر هو، ضرورة وجود دستور مكتوب للدولة، وقيام الدولة على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، وخضوع الإدارة فيها للقانون، وتدرج القواعد القانونية فيها، وكفالة الحقوق والحريات الفردية، وتنظيم رقابة قضائية قوية تستطيع ضبط أطر سلطات الدولة ومراجعة أعمالها، وتتمكن من حماية الحقوق والحريات الفردية. ولمراجعة المزيد حول مفهوم الدولة القانونية وعناصرها، انظر: د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دراسة مقارنة، د. ن، در ت، ص ٥٣١ وما بعدها؛ د. محمد حسن دخيل، مقومات الدولة الدستورية وبواعث الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ١١٩؛ د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ص 75 وما يليها؛ د. عماد محمد محمد أبو حليلة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

الأفراد بحرياتهم العامة، وحقوقهم الفردية⁽¹⁾؛ ولذلك تأتي حماية الحقوق والحريات في طليعة أهداف الرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾ والمصدر الرئيسي لشرعية أحكام وقرارات القضاء الدستوري، بغرض تحقيق العدالة الدستورية، عن طريق إلزام السلطات العامة - ولا سيما المشرع - باحترام الحقوق والحريات الواردة في النصوص الدستورية، والتي تحتل المرتبة الأعلى في التسلسل الهرمي لقواعد النظام القانوني للدولة⁽³⁾، ولذلك فإن التوجه نحو تكريس الحقوق والحريات الأساسية، ودمجها في الوثيقة الدستورية يضيف تطوراً جديداً في دور المحاكم الدستورية، إذ يقع عليها واجب حماية هذه الحقوق والحريات⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فإن الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور يجب تنظيمها بقانون يكفلها في حدودها الموضوعية التي قصدها الدستور، فالدستور لم يقصد

(1) م. د. عبد العزيز محمد سالمان، الدولة القانونية ورقابة دستورية القوانين، مجلة الدستورية العدد السادس عشر، متاح على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على الرابط التالي:

http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?SCCPORTAL12C_JSESSIONID=QORfn13FnQf2GKhfjmlHM7_0-DWyzUbG14MQ4J8TF

(2) ierre BON, le Conseil Constitutionnel Français et les Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, p.60

(3) Veronique Champeil-Desplats, Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés? C.R.D.F, n° 9, 2011, p.15.

(4) Ahmed Oudah AL-DULAIMI, Negative to Positive Legislator, op. cit, pp.37-38

نقض الحريات أو الانتقاص منها، بل قصد تنظيمها، فإذا خرج القانون على هذا الغرض فنقضها أو انتقص منها كان مخالفاً للدستور⁽¹⁾، ومن ثم فإن الإغفال التشريعي يأتي مخالفاً لنصوص الدستور، لأن المشرع - نتيجة هذا الإغفال - قد أدخل بالتزامه الدستوري بالتشريع على النحو الذي حدده الدستور⁽²⁾، فالإغفال التشريعي ينبئ عن أن المشرع (أصلياً أو فرعياً) لم يباشر اختصاصاته على نحو كامل وصحيح⁽³⁾؛ في حين أن الضمانات القانونية تكون لازمة لتكريس المتطلبات الدستورية، والذي يعتمد وجود الحقوق والحريات ذات القيمة الدستورية عليها، أي أن يكون القانون أداة لتطبيق القيم الدستورية⁽⁴⁾.

ومن ثم فيتعين على السلطة التشريعية أن تتدخل لحماية الحقوق والحريات

(1) Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, op. cit, p.254

د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(2) انظر في هذا المعنى، د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

(3) Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIVe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, op. cit, p.7.

(4) Vito Marinese, L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, Etude sur les qualités de la loi, Thèse de doctorat, Université de Nanterre - Paris X, 2007, p.171.

العامة حماية كاملة، وذلك تنفيذا لواجبها الدستوري، لا أن تتخذ منها موقفا سلبيا⁽¹⁾؛ نظراً لأن هذا الموقف السلبي (الإغفال التشريعي) يؤدي إلى الإخلال بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد على نحو يحول دون ممارسة كاملة وفعالة لها⁽²⁾؛ إذ يترتب عليه عدم التمتع بالحق أو الحرية على النحو الذي قرره الدستور، ومن هنا تأتي مخالفة الإغفال التشريعي لنصوص الدستور التي تكفل هذه الحقوق والحريات من ناحية، والإخلال بمبدأ سمو الدستور وعلو قواعده على غيرها من ناحية أخرى⁽³⁾.

ونتيجة لما سبق، فإن حماية الحقوق والحريات الأساسية تعد أحد أهم أسس رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، نظراً لأن كفالة الدستور للحقوق والحريات يضع على عاتق المشرع التزاماً إيجابياً بحمايتها ورعايتها رعاية كاملة⁽⁴⁾، فبعد أن كان خضوع الدولة للقانون خضوعاً سلبياً، إذ يمتنع عليها الاعتداء على الحقوق والحريات الفردية، أصبح الخضوع - في الدولة الحديثة - خضوعاً إيجابياً، نظراً لما يفرضه عليها الدستور والقانون من التزامات إيجابية des

(1) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

(2) Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator, op. cit, pp.109-110

(3) Didier RIBES, Exist-t-il un droit à la norme? op. cit, p.24.

مثبت لدى: د. عبد الحفيظ على الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ٩٧.

(4) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 425.

obligations positives بقصد تحقيق مستوى رفاهية معين للأفراد⁽¹⁾، ومن ثم يصبح دور المشرع - بوصفه جهازا سياسيا - وسيطا مؤسسيا لخدمة الدستور، ويتحول القانون إلى أداة لتنفيذ أحكامه، ليشبه دور اللائحة بالنسبة للقانون⁽²⁾، وبالتالي يعد تقاعس البرلمان عن الوفاء بهذا الالتزام - عمداً أو إهمالاً - مخالفة لأحكام الدستور تستدعي أعمال الرقابة الدستورية بشأنها⁽³⁾، فالحقوق الأساسية المنصوص عليها دستوريا تستلزم تدخل المشرع لضمان فعالية ممارستها، فإذا أخفق المشرع أو ماطل في توفير الضمانات القانونية اللازمة لتحقيق أقصى فعالية لها، وجب حمله على ذلك احتراماً لأحكام الدستور⁽⁴⁾.

كما أنه في ظل هذا التزايد المضطرد لدور السلطة التنفيذية في مجال التشريع⁽⁵⁾

(1) د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٥٣٢.

(2) Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, op. cit, p.68.

(3) Colombine MADELAINE, La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit, p.86.

(4) Piotr Radziejwicz, Constitutional Reviews of Incomplete Regulations in Poland, op. cit, p.45.

(5) ولمطالعة المزيد بشأن تزايد دور السلطة التنفيذية في مجال التشريع، وأثار ذلك في النظام الدستوري، انظر: د. مجدي محمود محمود القاضي، تزايد دور السلطة التنفيذية في الدستوري المصري، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٣١٨ وما يليها؛ د. عبير علي الطوير، تزايد دور السلطة التنفيذية وتأثيره على الديمقراطية في النظم السياسية والدستورية المعاصرة مع التطبيق على فرنسا ومصر وليبيا، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة،

كان لزاما على القضاء الدستوري تطوير رقابته وتعميقها، بابتكار العديد من الوسائل أو التقنيات التي تمكنه من كفالة حقوق وحرقات المواطنين والدفاع عنها ضد عسف السلطتين التشريعية والتنفيذية⁽¹⁾، نظرا لأن الإغفال يمثل قصورا من المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرقاتهم، سواء تلك التي كفلها الدستور، أو تلك التي نظمها المشرع في حدود سلطته التقديرية، حال أنه لا يجوز للمشرع تنظيمها بما يهدرها أو ينتقص منها⁽²⁾.

ومن ثم فإن الحماية المطلوبة لهذه الحقوق والحرقات لن تتحقق بدون وجود ضمانات ناجحة للزود عنها، وفي مقدمة هذه الضمانات الرقابة على دستورية القوانين التي صدرت عن السلطة التشريعية متضمنة تنظيم بعض المسائل التشريعية دون الإحاطة بكافة جوانبها، سواء تعمدت ذلك أو وقع منها عرضا⁽³⁾، ولذلك فإن رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي هي التي تحمل المشرع على تنظيم حقوق المواطنين وحرقاتهم في صورتها الأوفى لها، فلا تقعد

كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص ١٩ وما يليها؛ أ. إيمان الغربي، مجالات العلاقة الوظيفية بين البرلمان والسلطة التنفيذية على ضوء التعديل الدستوري الجديد سنة ٢٠٠٨، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر (١)، ٢٠١١/٢٠١٠، ص ٨ وما يليها.

(١) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص 438.

(٢) د. غير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٣٨٦

(٣) م. م. سري حارث عبد الكريم؛ د. حيدر طالب الامارة، أثار الإغفال التشريعي الاجتماعية، مرجع سابق، ص 40.

عاجز عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وهن من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل اقطارها.

ومما سبق وصفوة القول يجب على المحكمة الدستورية ونتيجة للأسباب سالفه الذكر ان تساير المحاكم الدستورية التي اخذت برقابتها⁽¹⁾ على الإغفال التشريعي لان الواقع العملي يتطلب منها ذلك، الامر الذي يجب معه ان تتخلي عن جمودها بشأن فرض رقابتها فقط على رقابة دستورية القوانين واللوائح التي تخالف احكام الدستور.

⁽¹⁾ يذكر ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد أخذت بالرقابة على الاغفال التشريعي ويظهر ذلك في احدث احكامها في الدعوي رقم (161/اتحادية/2021) الصادرة في 2022/2/1، والذي اتجهت فيه لبسط رقابتها على اغفال المشرع الكلي او الجزئي لبعض الجوانب التي يفترض معالجتها بموجب تشريع، وان اغفال تنظيم هذه الجوانب يخل بفاعلية الضمانات الدستورية المقررة للحقوق والحريات العامة، وهذا النوع من الرقابة يمكن وصفه بكونه دقيق جدا لأنه يمس حدود السلطة التشريعية من جانب، ولأنه قد يراقب نوايا وبواعث الهيئة التشريعية وهذا صعب لأنها في الغالب لا تخرج الى الحيز المادي على شكل تشريع يمكن بسط الرقابة عليه، كما يصعب اثبات سوء هذه النوايا والبواعث.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث الموسوم بـ " موقف المحكمة الدستورية في دولة الكويت من الرقابة على دستورية الإغفال التشريعي " والذي تطرقنا فيه الي بيان موقف المحكمة الدستورية في دولة الكويت من الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي، والذي انتهينا فيه الي رفض المحكمة الاخذ بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي، مكتفيه فقط برقابة دستورية القوانين واللوائح دون النظر في مدي ملائمة النصوص القانونية لأحكام الدستور، كما بينا ان الدستور الكويتي يتشابه مع الدستور الفرنسي والكويتي من حيث عدم النص على اختصاص المحاكم الدستورية برقابة الإغفال التشريعي، وكذا يتشابه قانون انشاء المحكمة الدستورية الكويتية مع قانون المحكمة الدستورية المصري والفرنسي من حيث عدم النص على رقابة المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي وعلى الرغم من ذلك فإن القضاء الدستوري المصري والفرنسي يمارساً رقابتهم على الإغفال التشريعي على عكس المحكمة الدستورية الكويتية التي ترفض بسط رقابته على الإغفال التشريعي، متمسكة بحرفية النص، ولا شك أن سمو الدستور يفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية، وذلك بأن يكون تنظيمه لها تنظيماً كاملاً غير منقوص أو قاصر عن أن يحيط بها من كافة جوانبها مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية لها".

ولاشك أن رقابة الإغفال التشريعي أحد فروع الرقابة على دستورية القوانين إلا أن هذا النوع من الرقابة يمتاز بكونه ينصب على ما أغفله المشرع في النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية، فعدم دستورية النص لا تتأتى من مخالفة صريحة للقواعد الشكلية والموضوعية للدستور، وإنما تتأتى عن إغفال المشرع أو قصور في تنظيم الحق أو الحرية أو المساواة محل التنظيم، فما أغفله المشرع

هو الذي جعل النص مشوب بعدم الدستورية، وحيث أن الأصل في الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة قانونية وليست رقابة ملائمة فإن تدخل القاضي الدستوري لرقابة ما لم يذكره المشرع- ما أغفله من شأنها المساس بنطاق السلطة التقديرية للمشرع، لذا فإن هذه الرقابة تكون حساسة حتى لا يتهم القاضي الدستوري بالتدخل في عمل السلطة التشريعية، يذكر ان قضاء المحكمة الدستورية الكويتية قد تخوف من بسط رقابته على الإغفال التشريعي لا يتدخل في عمل السلطة التشريعية محترما في ذلك مبدء الفصل بين السلطات.

وفي نهاية البحث توصلنا الي جملة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

وأن أهم النتائج التي توصل اليها البحث هي الآتي:

1- قضاء المحكمة الدستورية الكويتية لم يتخطى مرحلة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور، ولم يبسط رقابته على الجوانب الموضوعية للتشريع، ولم يفرض رقابته على الإغفال التشريعي، وإنما يكتفي فقط برقابة مدي دستورية القوانين واللوائح المخالفة لأحكام الدستور.

2- تفعيل دور رقابة الإغفال التشريعي، وتطوير وسائلها، وعدم الاكتفاء بتبنيه المشرع إلى حالات الإغفال التشريعي التي من شأنها إحداث خلل في التوازن المفترض بين السلطة والحرية التي تعد أساس السكينة الاجتماعية، وإنما يجب أن يتطور دور القضاء الدستوري في مجال رقابة الإغفال التشريعي إلى إصدار الأحكام الإيعازية والأحكام المكملة لتفادي إلغاء النصوص القانونية المشوبة بالإغفال لعدم الدستورية قدر الإمكان إذ بالإمكان أن يساهم القضاء الدستوري عبر رقابة الإغفال التشريعي إلى ضمان التوازن بين السلطة والحرية.

3- عرفت القوانين واللوائح الكويتية صورة من صور الإغفال التشريعي الكلي

حيث تجد مداها فيما لم ينظمه المشرع الكويتي، بسن قانون ينص على حق المضرورين في التعويض ضد الكوارث الطبيعية والابئة (جائحة كورونا) بالمخالفة لنص المادة (25) من دستور الكويت والتي نصت على أن "تكفل الدولة تضامن المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وتعويض المصابين بأضرار الحرب أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية"⁽¹⁾، ونجد انه حتي كتابة هذا السطور لم يصدر قانون للتعويض عن الكوارث التي وردت في المادة رقم 25 سالفه الذكر، الامر الذي يمثل حالة من حالات الإغفال التشريعي الكلي بالامتناع عن اصدار قانون.

4- عرفت المحكمة الدستورية الكويتية صورة من صور الإغفال التشريعي الا وهي "الإغفال التشريعي الجزئي" حينما قضي بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فيما تضمنته من النص على أن «الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين ديناراً لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعي"، وقد اعتبرت أن هذا الحكم يخل بمبدأ المساواة التي نص عليها الدستور الكويتي في المواد (29) و(34) و(166)، لأنه قصر الاستئناف في الحكم الصادر بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين ديناراً على المدعي دون المحكوم عليه مما يعتبر اغفال تشريعي جزئي للتمييز في الحقوق بين الأشخاص. على الرغم من ان المحكمة حينما باشرت رقابتها على النص باشرتها بناء على الرقابة الدستورية لا على الإغفال التشريعي للنص، وشتان بينهما وان كانت المحكمة توصلت الي نتيجة واحدة الا وهي عدم

(1) يراجع نص المادة رقم 25 من دستور الكويت الذي صدر في قصر السيف في 14 جمادي الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962م.

دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية وهو ما يعتبر بداية الاخذ بالرقابة على دستورية الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري الكويتي.

5- أن امتناع مجلس الامة عن ممارسة اختصاصه التشريعي يتحقق في حالتين: الاولى قد يتخلى بقصد أو سهو عن تنظيم بعض المسائل بصورة كاملة إلى الحد الذي يفقد النصوص الدستورية فاعليتها. فنكون والحالة هذه امتناع (امتناع كلي لمجلس الامة)، الثانية: أن ينظمها بصورة منقوصة في أحد مقوماتها أو في بعض جوانبها، بما يخل بالحماية الواجبة لها وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها " فيترتب على ذلك فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور وهو ما يصطلح عليه (الامتناع الجزئي لمجلس الامة).

6- أن إخضاع امتناع المشرع لرقابة القضاء يعد منهجاً قضائياً متطوراً، إذ مؤداه إخضاع المشرع - كسلطة عامة - لمبدأ سيادة القانون، وهذا كسب ضخم للإفراد لأنه يعني حماية حقوقهم من التحكم، كما يعد - في ذات الوقت - بمثابة وضع نهاية لمخالفة من شأن استمرارها أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع ككل.

ثانياً: التوصيات:

أن تحجيم حالة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بالشكل الذي يلزمه بضرورة التدخل لحماية الموضوعات الدستورية التي لا يكتمل التنظيم القانوني للحقوق إلا بها تقتضي معالجة حقيقية، لا تتم الا بوجود نص قانوني يتيح رقابة الإغفال التشريعي، ووجود معيار ضابط، يتم صياغته بنصوص

قانونية، حتى لا يتم تقويت الكثير من المصالح الحيوية، وتجنب وقوع الكثير من الأضرار التي تصيب هذه المصالح. الامر الذي نقترح معه من جانباً الآتي:

1- نهيب بقضاء المحكمة الدستورية الكويتية عدم التقيد بحرفية نص المادة رقم (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962م الذي يفرض رقابة دستورية القوانين واللوائح، والتوسع في بسط رقابته على الإغفال التشريعي الوارد بالقوانين واللوائح على غرار القضاء الدستوري المقارن في كلاً من فرنسا ومصر وبلجيكا والبرتغال والبرازيل والمجر إعمالاً لقاعدة سمو الدستور وقاعدة اعمال النص خيراً من إهماله.

2- وحتى يبسط القاضي الدستوري رقابته على الإغفال التشريعي نوصي بتعديل المادة (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962م، بإضافة فقرة الي النص الحالي تتيح للمحكمة رقابة الإغفال التشريعي الوارد بالقوانين واللوائح على غرار دساتير الدول التي نصت على ذلك ومنها دستور البرتغال والمجر.

3- كما نهيب بالمشرع الكويتي تعديل المادة (الاولي) من قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014، وتضمينه نصاً يمنح المحكمة الدستورية الاختصاص بالرقابة على حالات عدم الدستورية الناتجة عن الإغفال التشريعي سواء لامتناع المشرع عن التدخل في تنظيم بعض المسائل بصورة كلية، أو بصورة منقوصة سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها بما يؤدي إلى وجود فراغ تشريعي، لا يتماشى مع التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه على الوجه المبين في الدستور، ونقترح ان يكون النص على النحو التالي "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، والفصل في حالات عدم الدستورية الناتجة عن الإغفال

التشريعي....) .

4- نهيب بالمشرع الكويتي تعديل المادة (السادسة) من قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014، بإضافة فقرة تحدد الاثر المترتب على الحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه للإغفال التشريعي، على أن تكون صيغتها على النحو التالي: "إذا استنتجت المحكمة الدستورية، بناء على طلب من أي شخص أو من تلقاء نفسها، أن السلطة التشريعية قد تنكرت لواجباتها التشريعية بصورة تؤدي إلى انتهاك الدستور، فإن من الواجب عليها أن تلتزم هذه السلطة المسؤولة عن هذا الامتناع بضرورة التدخل للوفاء بواجباتها خلال مدة يحددها الحكم".

5- نهيب بالمشرع بتعديل الدستور الكويتي بإضافة نص يقرر مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية كبديل لرقابة الإغفال الكلي في حالة إطلاق سلطته التقديرية التي قد تصل في الحقيقة إلى انحراف وتعسف في استعمال السلطة، بتقرير حق الأشخاص الطبيعيين والمعنويين في تعويضهم من جراء الامتناع عن سن التشريعات، وعلى سبيل المثال لم ينظم المشرع الكويتي، بسن قانون ينص على حق المضرورين في التعويض ضد الكوارث الطبيعية والابئة (جائحة كورونا) بالمخالفة لنص المادة (25) من دستور الكويت والتي نصت على أن "تكفل الدولة تضامن المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وتعويض المصابين بأضرار الحرب أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية"، وعدم اصداره حتى وقتنا هذا.

6- كما نهيب بالمشرع الكويتي العمل على صياغة التشريعات بصورة متقنة ومحكمة، باعتبار أن العيب في صياغة أحكام ونصوص التشريعات المنظمة لموضوع من الموضوعات الدستورية لاسيما الحقوق والحريات قد يؤدي إلى قصور في تنظيم الموضوع محل التنظيم.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

القراءن الكريم.

العاجم والقواميس:

المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم صادرة عن مجمع اللغة العربية، ١٩٩٧/١٩٩٨

الكتب والمؤلفات العامة والمتخصصة:

د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه- جان ديوي للقانون والتنمية، دون ذكر مكان وسنة الطبع.

د. عادل الطبطباي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.

د. دعاء الصاوي يوسف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧.

د. عبد المنصف عبد الفتاح ادريس: رقابة الملازمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة- رسالة الدكتوراه- كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١١.

د. ثروت عبد العال احمد: -السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا- دار النهضة العربية.

د. هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ١٩٩٩.

- د. حسين جبر حسين الشويلي: قرينة دستورية التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤. الثقافي، الكويت، ١٩٩٥. ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل.
- د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- د. هالة محمد طريح: حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- د. ثروت عبد العال احمد: -حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية- دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- د. ذكي محمد النجار: فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - دراسة مقارنة- دار النهضة العربية. 1997.
- م. د. عبد العزيز محمد سالمان: ضوابط وقيود الرقابة الدستورية. مصر: سعد سمك للمطبوعات القانونية، ٢٠١١.
- د. عيد أحمد الغفول: فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، ط٢ منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ج١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧.
- د. محمد عبد المحسن المقاطع: الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الكويت، ٢٠٠٦.
- د. منذر الشاوي: دولة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ط١، ٢٠١٣.
- د. عبد الحفيظ على الشيمي: رقابة الاغفال التشريعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د. يسري محمد العصار: التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليله مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

د. ابراهيم محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

د. احمد فتحي سرور:

- الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ١٩٩٩

- منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

د. تركي سطات المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة فرنسا ومصر والكويت"، بدون دار نشر، 2012.

د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.

م. د. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.

د. حسين أحمد مقداد، العدالة الاجتماعية كمييار لديمقراطية الدستور في القاعين الإداري والدستوري، الحالة المصرية أنموذجًا، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.

د. خليفة ثامر الحميده، النظام الدستوري الكويتي، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 2015.

د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

- م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022.
- د. سرى حارث عبد الكريم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا "دراسة مقارنة"، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2020.
- د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت "دراسة مقارنة"، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الخامسة، 2009
- م. د. عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016
- د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة. التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار الجامعات الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاحة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١،
- د. عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، راسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح في ملامحها

- الرئيسية، مركز رينيه جان دبيي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
- د. عيد أحمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، ط٢، منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- د. فواز ثامر الجدعي، القضاء الدستوري الكويتي، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الاولى، 2020.
- د. محمد باهي ابو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧.
- د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دراسة مقارنة، د. ن، در ت،
- د. محمد عبد المحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسسته السياسية، الكويت، ٢٠٠٦،
- د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، الجزء الثاني، د. ن، ٢٠٠٦،
- د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- رسائل الدكتوراه والماجستير:
- أ. إيمان الغربي، مجالات العلاقة الوظيفية بين البرلمان والسلطة التنفيذية على ضوء التعديل الدستوري الجديد سنة ٢٠٠٨، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر (١)، ٢٠١١/٢٠١٠.
- د. حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، المروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،

٢٠١٣.

د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق علوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٧/٢٠١٦.

د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩.

د. عبير علي الطوير، تزايد دور السلطة التنفيذية وتأثيره على الديمقراطية في النظم السياسية والدستورية المعاصرة مع التطبيق على فرنسا ومصر وليبيا، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧.

د. مجدي محمود محمود القاضي، تزايد دور السلطة التنفيذية في الدستوري المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩.

د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.

المجلات والدوريات والمقالات:

د. الحسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 79، مارس 2022.

د. حنفي علي جبالي: الدعوي الدستورية- المخالفة الموضوعية للدستور - مجلة الدستورية- العدد الخامس- السنة الثانية- ابريل ٢٠٠٤.

د. سمير داود سلمان، الاغفال التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد الحادي والعشرون، العدد الرابع، ٢٠١٩.

أ. سهام صديق، الإغفال التشريعي وسبل معالجته، مقال منشور على الموقع. <https://www.droitentreprise.com>:

د. عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الاغفال التشريعي نموذجاً)، بحث بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ابن خلدون للنشر، الجزائر، ٢٠١٠، م. د. عبد العزيز محمد سالماني:

- رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجله الدستورية، العدد 15 السنة 7- أبريل ٢٠٠٩، - الدولة القانونية ورقابة دستورية القوانين، مجلة الدستورية العدد السادس عشر، متاح على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على الرابط التالي:

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?>

- رقابة دستورية القوانين، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، SCCPORTA 1995م.

د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أ. محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد الثالث، العدد الثالث، أربيل، كوردستان، العراق، ٢٠١٨.

د. عبد الكريم ربيع الغنزي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد أنموذجاً: دراسة وصفية تحليلية

- في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2- العدد التسلسلي 34- شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م.
- د. على مدلول محسن الخفاجي، أساس رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي، بحث منشور على مجلة كلية اهل البيت، العدد 29.
- د. عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له، دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد العاشر، يونيو 2013.
- د. عيد أحمد الحسبان: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة ال البيت، المفرق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثامن والأربعون، أكتوبر، 2011،
- عقيد. د. فهد مرزوق العنزي، التنظيم القانوني للدعوى الدستورية في الكويت ومصر لرقابة دستورية القوانين، مجلة الفتوى والتشريع، العدد الثامن عشر، ديسمبر 2013.
- د. محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، بحث منشور في مجلة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة الرابعة عشرة، مارس 1997، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة.
- د. محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت ما له وما عليه، مجلة الحقوق الصادر عن جامعة الكويت، السنة (23)، العدد (3)، سبتمبر 1999، ص 36.
- د. محمد عبد الوهاب خفاجي، ومضات مضيئة للقضاء الإداري في طريق

الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 015

د. محمد عماد النجار: في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - قضاء عدم الدستورية الشرطي - مجله الدستورية - العدد 17 - السنة 8 - ابريل 2001.
د. محمد عماد النجار، قضاء عدم دستورية الاغفال التشريعي، المجلة الدستورية صادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 17، السنة الثامنة، 2010
د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر العدد 62، ابريل 2017،

د. يحيى الجمل: الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الرابعة والثلاثون، مارس سنة 1964.

د. يسري محمد العصار، سلطة القاضي الدستوري في تفسير القوانين "دراسة مقارنة"، مجلة معهد القضاء، الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، فبراير 2019.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, septembre 2012.

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitor ing of

Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, a Comparative Study, thesis of Doctor, School of Law, University of Reading, United Kingdom, 2019.

Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission as a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts, PhD Thesis, School of Government & International Relations, Griffith University, Queensland, Australia, 2018.

Ahumada Ruiz, « El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas », Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 8, 1991

Ainsi notamment, après avoir dans un premier temps refusé de contrôler les omissions législatives inconstitutionnelles dans le cadre du recours particulier, la Cour constitutionnelle allemande a par la suite accepté un tel moyen. Cf. La jurisprudence citée par le juge constitutionnel Michael Gerhardt dans son Rapport pour la Cour constitutionnelle fédérale relatif aux omissions législatives rendu pour la XIV^e Congrès des Cours constitutionnelles européennes, septembre 2007, et notammen BVerfGE 77, 170 (214).

Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law*, General Report for the XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington, July 26–30, 2010,

Ariane VIDAL-NAQUET & ILF-GERJC, *L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative*, Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N° 46 (*l'incompétence en droit Pillouer Le constitutionnel*), janvier pp.7–20; Arnaud *L'incompétence négative des autorités administratives: retour sur une notion ambivalente*, *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2009.

Brewer-Carias, *supra* note 2, pp. 148–149; M. de Visser, *Constitutional Review in Europe* (2014).

Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit*, p.86.

D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC* 1999–3.

de la décision dans son aspect de sanction du renvoi à un décret d'application pour la fixation de la fin du blocage des

prix).

Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, une marge de la page 24; also in the same sense, Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, pp.3 and 4

Dimitri LÖHRER, La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, l'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français, Thèse de doctorat, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013

ESTÉPHANIE PAVAGEAU, Les obligations positives dans les jurisprudences des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 6, décembre 2005, .

Florence Galletti, Existe-t-il une obligation de bien légiférer? Propo sur « l'incompétence négative du législateur » dans la jurisprudence d Conseil constitutionnel, R.F.D.C, n° 58, 2004.

George Schmitter, Lincompetence negative du legislature et des ministratives: Annuaire International de justice autorites

ad constitutionnelle, *Economica*, 1989

GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, the Problem of Unconstitutional Legislative Omission, *VERSÃO FINAL*, 27 MAI 2008

H.C.C, Decision N° 6/2018. (VI. 27.), 19 June 2018.

ierre BON, le Conseil Constitutionnel Français et les Cours Constitutionnelles européennes, *op. cit*, p.60

Italian Report for the 14th Congress of the Conference of European Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008.

Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, *op. cit*, p.68.

Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omission. *Teoría general Derecho comparado, El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 265–266; Cited by: Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law*, *op. cit*, p.119.

Juan Luis Requejo Pagés, the problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain presented at the 14th

Congress of the Conference of European Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008.

Michel MELCHIOR & Claude COURTOY, L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour constitutionnelle de Belgique, 4 décembre 2007

P. Blacher, V. Larsonnier, T. Meindl, J. Roux, A. Viala, « Cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 295, 1er janvier 1997,

G. Alberton, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle: les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 302, 1er mars 1998

S. Bollé, « Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 313, 1er janvier 2000

P. Popelier & K. Lemmens, *The Constitution of Belgium* (2015).

P. Popelier, 'The Belgian Constitutional court as positive legislator: in search of a balance between right's protection and respect for acts of parliament', in A.R. Brewer-Carias (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*. A

Comparative Law Study (2011).

Pauline GERVIER, La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, op. cit, p.520.

Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008.

Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.13.

R. Dürr et autres, Rapport général du XIV Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur " les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle", op. cit, p.9.

Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op.cit. p.118;

Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144.

R. Dürr et autres, Rapport général du XIVE Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence

constitutionnelle, op. cit, p.7.

R. Dürr et autres, Rapport général du XIVème Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, une marge de la page 17.

Rapport fait par le Tribunal constitutionnel espagnol et relatif aux omissions législatives, rendu pour la XIV Congrès des Cours constitutionnelles européennes, octobre 2007.

Voir aussi I. Villaverde, « La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional », in M. Carbonell (dir.), En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina jurídica, N° 135, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

S. Verstraelen, ‘The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity’, (2013) 14 German Law Journal.

Sarah VERSTRAELEN, Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions: Who Fills the Legislative Gap? Utrecht Law Review (U.L.R), Vol. 14, Issue 21, 2018.

The BCC explicitly ruled in this manner for the first time in case n° 111/2008.

The equality clause was violated in almost 80% of the unconstitutional omissions determined in the past two years, see the yearly reports of the Constitutional Court on (last visited 23 August 2017).

Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, *Constitutional Courts "negative Legislators" The Brazilian Case*, op. cit, p.144;

Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, *Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case*, *Revista Jurídica Piélagus*, November 2010.

Tribunal constitutionnel espagnol, STC 15/1982 du 23 avril 1982, FJ 8.

Veronique Champeil-Desplats, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés?* C.R.D.F, n° 9, 2011.

Virginie BLONDIO-MONDOLONI, *Finances Publiques et Droits Fondamentaux, Essai sur les relations entre les finances publiques et les droits fondamentaux*, Thèse de doctorat, université d'Aix-Marseille, 2014

Vito Marinese, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, Etude sur les qualités de la loi*, Thèse de doctorat, Université de Nanterre – Paris X, 2007.

Wolfgang Zeidler, Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms, Notre Dame Law Review, Vol. 62. N° 4, 1987.

أبحاث القانون المدني

الطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف الضرر
دراسة تأصلية مقارنة

دكتور

حسام الدين أحمد شريف

دكتوراه القانون المدني- كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْخُلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ
النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾⁽¹⁾

⁽¹⁾ سورة البقرة رقم الآية 188

مقدمة:

تتطلب هذه الدراسة من اعتبار الالتزام بتخفيف الضرر سبب موجب لمسئولية الذي يقع على عاتقه هذا السلوك، وترفض هذه الدراسة من حيث المبدأ التعافل عن تخفيف الضرر، وعدم الاعتراف به كسبب موجب للمسئولية.

وغني عن البيان أن وقوع الضرر الذي كان بالإمكان تخفيفه يجعل وفاء الطرف الآخر لالتزاماته أكثر صعوبة وأشد إرهاباً، بل قد يؤدي في بعض الحالات إلى استحالة تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته.

وجدير بالذكر أن الالتزام بتخفيف الضرر لم يتقرر بنص صريح في القانون المدني المصري، وإن كان قد تم النص عليه صراحة في قانون التأمينات الاجتماعية، وهكذا الحال في فرنسا، إلا أنه يمكن - كما سيأتي بيانه - استخلاص ما يقارب هذا الالتزام من مجمل النصوص الواردة في باب الالتزامات.

وتماشياً مع ما ذكر أُوجبت الفقرة الأولى من المادة 148 القانون المدني المصري تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولعل ما يعنينا في موضوع الدراسة هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة نفسها من عدم اقتصار التزام المتعاقد على ما ورد في العقد فحسب، لكن ضرورة إلزام المتعاقد - أيضاً - بما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام⁽¹⁾.

(1) تنص المادة 148 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984 على أنه: "1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف

ووصولاً لتلك الغاية ظهر ما يسمى بالالتزام بتخفيف الضرر في نصوص الاتفاقيات الدولية، والتقنيات المدنية المقارنة، وتبنته العديد من الأنظمة القضائية عالمياً، بهدف تحقيق الأمانة العقدية خاصة، والأمانة في التعامل بوجه عام، وتجنباً للتصرفات غير الآمنة من جانب الأطراف.

وعلى العكس من ذلك، فإن الالتزام بتخفيف الضرر لم يُعترف به ولم يُنص عليه في القانونين المدنيين المصري والفرنسي، ولم يظهر له أثر في أنظمتها القضائية.

وإذا كان لا بد من تلخيص فكرة الالتزام بتخفيف الضرر في جملة واحدة، فهي بلا شك يمكن اقتباسها من أحد الفقهاء الفرنسيين حين عبر عنها بقوله: "ليس لأن الآخرين لم يسعوا لإخماد حريق، ألا يُلزم المرء بالسعى لإخماده"⁽¹⁾.

وقد يبدو أن هذا الإسقاط - الواضح - كافٍ في حد ذاته للتعبير عن أهمية الالتزام بتخفيف الضرر، ولكن على كل حال: فقد تم تعريف الالتزام بتخفيف الضرر في الفقه الإنجليزي منذ سبعينات القرن الماضي على أنه: "واجب قانوني لتقليل الضرر الذي يتم التعرض له، سواءً أكان ذلك الضرر يتعلق بالمسئولية التعاقدية أم التقصيرية"⁽²⁾.

والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

(1) A.Bénabent, Droit des obligations, droit privé, LGDJ, 14^{ème} éd, 2014.p.307.

(2) In the words of Lord James L.J. in Dunkirk Colliery Co. v. Lever, 1878, 9 Ch. D. 20, at p. 25.

تساؤلات البحث:

نتساءل في هذا البحث عن ملامح الالتزام بتخفيف الضرر، والوصف القانوني له، وقوته الإلزامية، وهل تعرف الأنظمة القانونية والقضائية في مصر وفرنسا فكرة الالتزام بتخفيف الضرر؟ وكيف يمكن تبني طريقة للاعتراف به كسبب موجب للمسئولية، أو دفع قانوني يمكن التمسك به في ظل عدم وجود نص قانوني خاص يضطلع بتلك المهمة؟ وما هي المبررات التي يمكن تلمسها للمشرع عند إغفاله للالتزام بتخفيف الضرر؟ ومن أين يستمد هذا الالتزام قوته حال إغفاله تشريعياً؟

كل تلك الأسئلة الحيرى وغيرها، غيضت من فيض، وقطرة في بحر أسئلة كثيرة ترددت ولا تزال تتردد بقوة على ساحة البحث القانوني، راجية من الباحثين جواباً شافياً كافياً مُحددًا لفكرة الالتزام بتخفيف الضرر، وواضعاً لأسس الطبيعة القانونية لهذا الالتزام، وهو ما نحاول القيام به في هذا البحث المتواضع.

منهج البحث:

يتبع الباحث في هذا البحث أسلوباً وصفيًا تحليليًا، حيث فرض فيه بعض الفرضيات الراضية لفكرة الالتزام بتخفيف الرد، ومن ثم إمكان الرد عليها، كما اتبع منهجاً استقرائياً مقارناً، وذلك بتحليل كل ما تم استنباطه، وعرض النصوص التشريعية التي خصت الالتزام بتخفيف الضرر في التشريع المصري والفرنسي، واستعراض ما تم النص عليه بخصوص هذا الالتزام تارة في عدد من الدول ذات أنظمة القانون العام (القانون المشترك)، وتارة أخرى في عدد من الدول ذات النظام اللاتيني، لا سيما القانون المدني السويسري، لما سيتضح من تقديسه لهذا الالتزام، ونحاول - أخيراً - أن نستخلص رؤية قانونية حول طبيعة الالتزام

بتخفيف الضرر، وقد اشتملت الدراسة المقارنة على موقف الفقهاء واتجاهات القضاء في المسألة محل البحث.

صعوبات البحث:

لعل مناط الإشكال في هذه الدراسة هي تلك النظرة القاصرة لكل من الفقه والقضاء المصري المتمثلة في عدم تصورهما فرض هذا الالتزام، كما كان عليه الحال بالنسبة للدائن عند وضع مجموعة نابليون، فحق الدائنية كان معروفاً دائماً بأنه ارتباط المدين بما يجب عليه للدائن، وأنه لا يفرض على الدائن شيئاً نحو مدينه، بل يجعل من حقه أن ينتظر منه تنفيذ التزامه، ولكن بظهور نظرية إساءة استعمال الحق، تم إقرار وقوع الخطأ بمعناه العام بالنسبة للدائن.

ولعل ما ساعد على رسوخ هذه النظرة افتقار النظام القانوني المصري والفرنسي إلى نصوص تشريعية منظمة وحاكمة للالتزام بتخفيف الضرر، والتسليم بأن في قواعد القانون المدني ما يُغني عن تلك النصوص التشريعية الخاصة.

حدود البحث:

وحيث إن مفهوم الضرر الواجب تخفيفه محل الدراسة - كما سيأتي - هو الخسارة الاقتصادية الناجمة عن التعدي على حق أو مصلحة للمضرور، وكان بالإمكان تجنبه أو التخفيف من حدته باستخدام تدابير معينة، ويستوي في ذلك أن تكون هذه التدابير من قبل من وقع عليه الضرر، أو من قبل فاعل الضرر، فما يعيننا هو بحث الطبيعة القانونية لذلك السلوك الذي كان بالإمكان اتخاذه لتخفيف الضرر الواقع على المضرور أو تجنبه، ولذلك فإننا لن نتناول بالدراسة بحث الضرر المعنوي؛ حيث من الملائم تخصيص دراسة له، كما سيخرج من دراستنا بحث نطاق الالتزام بتخفيف الضرر وأثره للسبب نفسه.

أهمية البحث:

تبدو أهمية البحث في دراسة فكرة الالتزام بتخفيف الضرر باعتباره التزامًا قانونيًا قبل كونه أخلاقيًا، وتحاول الدراسة رغم ندرة الدراسات والأبحاث التي تُنظم وتعالج تلك المسألة أن تستخلص رؤية للطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف الضرر.

كما تبرز أهمية الدراسة في معالجة مسألة على قدر كبير من التهميش وهي مسألة عدم الاعتراف بالالتزام بتخفيف الضرر، وتغافل الفقه والقضاء المصري والفرنسي عن أهميته في مجال المعاملات-عمومًا- وعن كونه دفعًا قانونيًا يستطيع من يتمسك به أن يدفع عن مسؤوليته جزئيًا أو كليًا.

وكما تكمن أهمية هذه الدراسة المتواضعة في محاولة الوقوف حول مدى كفاية الالتزام بتخفيف الضرر بصوره المختلفة في حماية إرادة الأفراد من إساءة استعمال الحق، سواءً أكانت تلك الإرادة تعاقدية أم غير تعاقدية، وضمان التنفيذ الأفضل في حال كونها تعاقدية.

خطة البحث:

في ضوء الإشكالية محل البحث، وفي محاولة الإجابة عن التساؤلات المثارة، يبدو من المناسب أن نُقسم الدراسة إلى فصلين، نعرض في أولهما للاتجاهات التشريعية والقضائية المقارنة حول الالتزام بتخفيف الضرر، ونتناول في ثانيهما تأصيل الالتزام بتخفيف الضرر، وذلك في عدة مباحث ومطالب وفروع كالتالي:

الفصل الأول: الاتجاهات التشريعية والقضائية المقارنة حول الالتزام بتخفيف

الضرر:

المبحث الأول: التشريعات الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر وتطبيقاتها القضائية:

الفرع الأول: الالتزام بتخفيف الضرر في القانون الدولي:

البند الأول: الالتزام بتخفيف الضرر في الاتفاقيات الدولية.

البند الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر في مبادئ اليونيدروا.

الفرع الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المقارن:

البند الأول: الالتزام بتخفيف الضرر في أنظمة القانون العام.

البند الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر في أنظمة القانون المكتوب.

الفرع الثالث: التطبيقات القضائية الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر.

المبحث الثاني: موقف التشريعات والتطبيقات القضائية المصرية والفرنسية من

الالتزام بتخفيف الضرر:

المطلب الأول: موقف التشريعات المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف

الضرر:

الفرع الأول: مبررات الإغفال التشريعي للالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الثاني: النقد الموجه للإغفال التشريعي للالتزام بتخفيف الضرر.

المطلب الثاني: موقف الاتجاهات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام

بتخفيف الضرر:

الفرع الأول: موقف الاتجاهات القضائية المصرية من الالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الثاني: موقف الاتجاهات القضائية الفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر.

الفصل الثاني: تأصيل الالتزام بتخفيف الضرر:

المبحث الأول: التكييف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر:

المطلب الأول: الوصف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر:

الفرع الأول: مدى مواءمة تطبيق معايير الالتزام بالنتيجة على الالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الثاني: مدى مواءمة تطبيق معايير الالتزام بالوسائل على الالتزام بتخفيف الضرر.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في الإلزام بتخفيف الضرر.

المبحث الثاني: القوة الإلزامية للالتزام بتخفيف الضرر:

المطلب الأول: مدى فعالية الاعتبارات الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر:

الفرع الأول: أمثلة ضمنية للالتزام بتخفيف الضرر في القانونين المدنيين المصري والفرنسي.

الفرع الثاني: أمثلة قانونية صريحة للالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية المصرية والفرنسية.

المطلب الثاني: مدى فعالية الاعتبارات الراضية للالتزام بتخفيف الضرر:

الفرع الأول: مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر لعدم وجود نص قانوني يفرضه.

الفرع الثاني: مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر حرصاً على استقرار المعاملات.

الفرع الثالث: مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر استناداً إلى حق الدائن.

الفصل الأول

الاتجاهات التشريعية والقضائية المقارنة حول الالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

بادئ ذي بدء فإنه على الرغم من قوة مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره الشريعة العامة للمتعاقدين، إلا أنه يجب أن يكون نتاج هذه الإرادة متوائماً مع متطلبات العدالة من جهة، وقواعد الأخلاق من جهة أخرى، بالشكل الذي يجعل الآثار المترتبة على هذا العقد متوافقة مع استمرار العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بشكل صحيح، لذلك وجدنا الفقه - فيما مضى - قد طالب بضرورة إدخال القواعد الأخلاقية في نطاق القاعدة القانونية بما يعني إصباغ القاعدة القانونية بالطابع الأخلاقي⁽¹⁾.

وتماشياً مع ذلك يتساءل الباحث عن تجاهل الفقه المصري للالتزام بتخفيف الضرر، سواءً أكان ذلك ببحث فحوى هذا الالتزام أم بأهميته البالغة وأثره البالغ في مجالات العلاقات بوجه عام، والمسئولية بوجه خاص، وسواءً أكانت تلك الأخيرة تعاقدية أم تقصيرية، تلك الأهمية التي حثت تشريعات يصعب إحصاؤها على النص عليه صراحة.

ولم يقف الأمر على التشريعات المدنية الداخلية للدول فحسب، بل تجاوز ذلك نطاق الدولة الواحدة؛ حيث نصت عليه صراحة أهم الاتفاقيات الدولية بشأن البيع، ولم يخف هذا الالتزام عن دول العالم الأوربي، بل وصل الاعتراف به في بعض هذه الشريعات إلي حد التقديس كالتشريع السويسري.

(1). Ripert: "La règle morale dans les obligations civiles en droit français" 1949, 4° éd., p. 40 et s.

أما أنظمة القانون العام (كالتشريع الإنجليزي) فهي صاحبة السبق والفضل في الاعتراف بهذا الالتزام، وهو ما تجسد في أحكام أنظمتها القضائية صراحة قديماً وحديثاً، كما يستاءل الباحث عن عدم تبني القضاء المصري لهذا الالتزام، وعدم وجود أي صدى له - حسب جهد الباحث - حتى ولو من قبيل الرفض أم عدم الاعتراف.

وهذا خلاف ما عليه الحال في القانون الفرنسي؛ حيث كان هذا الالتزام منبغاً للاختلافات في الأوساط الفقهية بين مؤيد ومعارض، ولكن على ما سيبدو - لاحقاً - فإن المشرع الفرنسي ذاته لم يقبل ولم يسمع لتلك الاختلافات.

واستناداً لما سبق، سنعرض لبيان التشريعات المقارنة الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر، وتطبيقاتها القضائية من جهة، ثم نعرض لبيان موقف التشريعات المصرية والفرنسية من هذا الالتزام، وما عليه الحال في أنظمتها القضائية، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: التشريعات الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر وتطبيقاتها القضائية.

المبحث الثاني: موقف التشريعات والتطبيقات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر.

المبحث الأول

التشريعات والتطبيقات القضائية الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر

تقسيم:

تبين للباحث من خلال القراءة الأولية لمصادر الالتزام بتخفيف الضرر أنها على نوعين: أحدهما تشريعية، سواءً أكانت في القانون الدولي أم في القانون المقارن، والأخرى قضائية نابعة من سوابق قضائية، ناشئة من اعتراف العديد من الأنظمة القضائية المقارنة بهذا الالتزام، ثم تحولت من كونها مبادئ قضائية إلى نصوص في تشريعاتها الداخلية، وتبعاً لذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

الفرع الأول: الالتزام بتخفيف الضرر في القانون الدولي.

الفرع الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المقارن.

الفرع الثالث: التطبيقات القضائية الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الأول

الالتزام بتخفيف الضرر في القانون الدولي

تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بتخفيف الضرر قد تم تناوله في العديد من الاتفاقيات الدولية، كما تم تناوله من خلال مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، وسوف نقوم بتقسيم هذا الفرع على النحو التالي:

البند الأول: الالتزام بتخفيف الضرر في الاتفاقيات الدولية.

البند الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر في مبادئ اليونيدروا.

البند الأول

الالتزام بتخفيف الضرر في الاتفاقيات الدولية

غني عن البيان أن الاتفاقيات الدولية- سواءً أكانت سارية المفعول أم لا، وسواءً أكانت سارية على النزاع أم لا، فإنها- عموماً- تعكس اتفاق عدد من الدول بشأن مسألة معينة⁽¹⁾.

كذلك لا يفوتنا أن نشير إلى أن الاتفاقيات الدولية أصبحت بدورها مصدر إلهام في البحث عن القواعد القانونية حال التنازع، وخلق القوانين الوطنية عن حكم للمسألة محل النزاع⁽²⁾، كما يجوز للمحكّمين الرجوع إليها من أجل الفصل في النزاع المعروض عليهم وتطبيق أحكامها، سواءً بمبادرة من الأطراف أو في حالة سكوتهم عن القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وتماشياً مع ما تم ذكره سنضرب مثالين للاتفاقيات الدولية التي حوت نصوصها أحكاماً تتضمن التزاماً بتخفيف الضرر، أحدهما اتفاقية لاهاي، والأخرى اتفاقية فيينا.

ففي البداية، فإن اتفاقية لاهاي يوليو 1964 بشأن البيع الدولي، قد

(1) MAYER, L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé, in L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn, Dalloz, 1994, n° 7, p. 285.

(2) Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, n° 1457, p. 828 ; E. GAILLARD, Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux, J.D.I. 1995, n° 32, p. 25.

وضعت قانونًا موحدًا بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، أشارت فيه إلى الالتزام بتخفيف الضرر في المادة 88 منها⁽¹⁾، ثم بعد اتفاقية لاهاي أدرجت نصوص اتفاقية فيينا المؤرخة 11 أبريل 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع حكمًا صريحًا بالالتزام بتخفيف الضرر في المادة 77 منها⁽²⁾، حيث نصت على أنه: " يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي

(1) اتفاقية لاهاي لتكوين العقود لعام 1964 أو الاتفاقية المتعلقة بالقانون الموحد بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في لاهاي في 1 يولييه 1964، حيث تنص المادة 2/88 منها على أنه: " إذا كانت البضائع عرضة للتلف السريع، أو كان حفظها ينطوي على مصاريف غير معقولة، وجب على الطرف الملزم بحفظ البضائع وفقًا لأحكام المادة 85 أو المادة 86 أن يتخذ الإجراءات المعقولة لبيعها. ويجب عليه قدر الإمكان أن يوجه إلى الطرف الآخر إخطارًا بعزمه على إجراء البيع".

(2) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية البيع أو اتفاقية فيينا): هي معاهدة بشأن قانون المبيعات الدولية الموحدة، تم التصديق عليها من قبل 83 دولة، تمثل نسبة كبيرة من دول التجارة العالمية، مما يجعلها واحدة من القوانين الموحدة الدولية الأكثر نجاحًا. كانت غيانا الدولة الأخيرة التي صدقت على الاتفاقية بعد أن انضمت إليها في 25 سبتمبر 2014، ولقد وضعت اتفاقية البيع من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم التوقيع عليها في فيينا في عام 1980. ويلاحظ أنه يشار إلى اتفاقية البيع أحيانًا باسم اتفاقية فيينا (ولكن لا ينبغي الخلط بينها وبين غيرها من المعاهدات الموقعة في فيينا)، ولقد دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ كمعاهدة متعددة الأطراف في 1 يناير 1988 بعد أن صدقت عليها 11 دولة.

<https://ar.wikipedia.org/wiki/>

وقت الدخول: 2023/2/12 pm2:24

فات، وإذا أهمل القيام بذلك فاللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر
الخسارة التي كان من الممكن تجنبها".
وفي هذا المقام لا يفوتنا أن نشير إلى أن مصر وفرنسا من الدول التي صدقت
على أحكام هذه الإتفاقية.
وهكذا تظهر اتفاقية لاهاي، بل واتفاقية فيينا بدرجة أكبر كتعبير عن توافق في
الآراء حول القاعدة التي بموجبها يُطلب الالتزام بتخفيف الضرر.
وبغض النظر أن هذه الاتفاقيات لا تتدخل كمصادر إيجابية ومباشرة ومكتوبة
للاللتزام بتخفيف الضرر، إلا أنها تعد مصدر إلهام، سواءً للمشرع في الأنظمة
الداخلية، أو لتوجيه المحكمين في صياغة وتطبيق المبادئ العامة للقانون
التجاري الدولي⁽¹⁾.

(1) JARVIN: L'arbitre C.C.I. et la Convention de Vienne du 11 avril
1980 sur la vente internationale de marchandises, R.D.A.I. 1999, p.
355.

البند الثاني

الالتزام بتخفيف الضرر في مبادئ اليونيدروا⁽¹⁾

من وجهة نظر تاريخية أنشئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) في روما عام 1926، وعلى المستوى العملي، فقد أنشئ المعهد لمهمة حكومية دولية محددة، أُشير إليها في ميثاقه التأسيسي، والتي يمكن أن تنير الطريق حول طبيعة القواعد التي قد يُطلب منه تطويرها، ولقد أشار نظامه الأساسي - بصيغته المعدلة لآخر مرة في 2 ديسمبر 1993 - إلى مدى التفويض الممنوح له بقوله: "إن هدف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص هو دراسة وسائل تنسيق القانون الخاص بين الدول والاستعداد تدريجياً لاعتماد تشريعات موحدة".

ولعل من المفيد أن نؤكد أن قواعد اليونيدروا المتعلقة بالمسئولية التعاقدية مماثلة إلى حد بعيد لقواعد القانون الفرنسي، وهذا يشمل على وجه الخصوص التعويض الكامل للضرر الناجم عن كل من الخسارة المتكبدة وخسارة الربح (المادة 7.4.2 من مبادئ اليونيدروا)، واشتراط بعض الضرر (المادة

(1) اعتباراً من 1 أغسطس 1995 أصبحت 57 دولة أعضاء في اليونيدروا: جنوب إفريقيا، ألمانيا، الأرجنتين، أستراليا، النمسا، بلجيكا، بوليفيا، البرازيل، بلغاريا، كندا، تشيلي، الصين، كولومبيا، كوريا، الدنمارك، مصر، إسبانيا، الولايات المتحدة. الدول الأمريكية، الاتحاد الروسي، فنلندا، فرنسا، اليونان، المجر، الهند، إيران، العراق، أيرلندا، إسرائيل، إيطاليا، اليابان، لوكسمبورغ، مالطا، المكسيك، نيكاراغوا، نيجيريا، النرويج، باكستان، باراغواي، هولندا، بولندا، البرتغال، جمهورية كوريا، الجمهورية التشيكية، رومانيا، المملكة المتحدة، سان مارينو، الكرسي الرسولي، السنغال، سلوفاكيا، سلوفينيا، السويد، سويسرا، تونس، تركيا، أوروغواي، فنزويلا ويوغوسلافيا، المكسيك.

1،(7.4.3)، والتعويض عن ضياع الفرصة (المادة 7.4.3، 2) وكذلك تحديد التعويض عن الضرر المتوقع من قبل المدين وقت إبرام العقد (المادة 7.4.4)، ومن ناحية أخرى على عكس القانون الفرنسي، تنص مبادئ اليونيدروا بموجب أحكام المادة (7.4.8 الفقرة 1) على التزام الدائن بالتخفيف من الضرر بقولها: " المدين غير مسئول عن الضرر بقدر ما يمكن للدائن أن يخفف من الضرر بوسائل معقولة"، كما أضافت الفقرة الثانية من نفس النص التأكيد على السماح للدائن "باسترداد النفقات التي تكبدها أثناء محاولته تخفيف الضرر"⁽¹⁾.

واستخلاصاً لما سبق فإن مبادئ اليونيدروا قد تضمنت فكرتين رئيسيتين فيما يتعلق بسلوك الأطراف، أحدهما التصرف بحسن نية، والأخرى اعتماد سلوك معقول.

وأخيراً يجب أن نشير إلى أن الفقرة الأخيرة من المادة (7.4.8) تهدف إلى مجرد" المنع من الانتظار بشكل سلبي للحصول على تعويض عن الضرر الذي كان من الممكن تجنبه أو الحد منه".

(1) للمزيد حول مبادئ اليونيدروا:

M. J. BONNELL: An International Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Transnational Juris Publications, Inc. Irvington, 1994.

الفرع الثاني

الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المقارن

تمهيد وتقسيم:

غني عن البيان أن مصادر التشريع إما أن تستمد جذورها من السوابق القضائية كما هو الحال في أنظمة القانون العام (القانون الأنجلو-ساكسوني) ويكون مقابلاً لذلك أنظمة القانون المكتوب الصادر من المجالس التشريعية التي تستمد جذورها من التراث القانوني الأوروبي، وبالأخص القانون الروماني.

وفي مستهل الحديث عن الالتزام بتخفيف الضرر فيما يتعلق بالقانون المقارن، يجب ملاحظة أن غالبية البلدان تركز نصوصاً للالتزام بتخفيف الضرر⁽¹⁾.

والالتزام بتخفيف الضرر هنا هو مثال جيد على تكامل مصادر القانون المختلفة، وبالتالي سنرى أنه قد تم الاعتراف به قديماً في بلدان القانون العام، غير أن هذا الاعتراف أكثر حداثة في بلدان القانون المكتوب، وسوف نعرض لبيان ذلك على النحو التالي:

البند الأول: الالتزام بتخفيف الضرر في أنظمة القانون العام.

البند الثاني: الالتزام بتخفيف الضرر في أنظمة القانون المكتوب.

(1) B. HANOTIAU: Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, R.D.A.I. 1987, n° 25 s, p. 399 s.

البند الأول

الالتزام بتخفيف الضرر في أنظمة القانون العام

لعل من الضروري التأكيد على أن نظم القانون العام- من الناحية التاريخية- هي أول من تبنت الالتزام بتخفيف الضرر، وسيبدو ذلك جلياً من خلال فحص أصول هذا الالتزام في القانون الإنجليزي، وفي القانون الأمريكي، وذلك على النحو التالي:

الالتزام بتخفيف الضرر في القانون الإنجليزي:

نشأ واجب التخفيف من الأضرار من خلال السوابق القضائية الإنجليزية، ففي القرنين السابع عشر والثامن عشر، شددت المحاكم تدريجياً من سيطرتها على منح التعويضات مستحقة الدفع في حال الإخلال بالعقد، ومن ثم فقد أكدوا-بداية- على التدابير الإيجابية التي يجب اتخاذها في الاعتبار- إذا لزم الأمر- من قبل الدائن غير الراضي، وذلك من أجل التخفيف من الضرر الذي قد ينجم عن عدم تنفيذ المدين للعقد.

ويعود تاريخ هذا الالتزام- والذي يمكن القول بأنه أحد أقدم مظاهر هذا الالتزام في القانون الإنجليزي- إلى قضية Staniford Lyall⁽¹⁾، وبعد ذلك وبين النصف الثاني من القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، سمحت سلسلة من الأحكام بإرساء القاعدة التي بموجبها يُستبعد المضرور من التعويض عن الضرر إذا كان بإمكانه أن يتجنبه، من خلال اتخاذ تدابير معقولة تحقيقاً لهذه

(1) Staniforde. Lyall (1830) 7 Bing 169; Presses universitaires d'Aix-Marseille: <https://books.openedition.org/puam/525>

الغاية.

وجدير بالذكر أنه في عام 1872 كانت- على ما يبدو- أول صياغة عامة للالتزام بتخفيف الضرر، ففي قضية فروست نايت، استقرت هيئة المحلفين على أنه: "عند تقييم الأضرار الناجمة عن خرق العقد، ستأخذ هيئة المحلفين في الحسبان- بلا شك- كل ما فعله المدعي، أو كان قادرًا على أن يفعله حتى تقل خسارته " (1).

وتماشياً مع ما تم ذكره فإن المادتين 50 و 51 من قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام 1979⁽²⁾ قد تعرضتا إلى فرضية عدم وفاء الطرف المتعاقد معه بالتزاماته، والتي يُفترض فيها أن المشتري أو البائع- بناءً على تلك الفرضية- سيتكاسلان أو يخفان من سعيهما إلى إبرام الالتزام، عن طريق عدم البحث عن

(1) The case Frost v. Knight: (1872) LR 7 Ex 111Frost c;

<https://www.examveda.com/the-case-frost-v-knight-1872-lr-7-ex-111-related-to-179971/>

وقت الدخول: 2022/11/23 11:15 pm

(2) للمزيد حول هذا القانون:

- P. S. ATIYAH; The sale of goods 9th edition, London, Pitman Publishing, P.S. (1995);
- M. C. BLAIR, Sale of Goods Act 1979, Butterworths, 1980 ; A. G. GUEST (sous la direction de), Benjamin's Sale of Goods, 4th, Sweet & Maxwell, 1992 ;
- Sir Mackenzie D. E. S. CHALMERS, Sale of Goods Act, 18th., par M. MARK, Butterworths, London, 1981 ;

سوق بديل في التاريخ المتوقع للتسليم⁽¹⁾، وأكدتا على أنه في حالة عدم البحث عن سوق بديل، فإن الدائن المهمل سيخاطر برؤية تعويضه مخفضاً⁽²⁾.

وبموجب المادة 51 من قانون بيع البضائع، فإن خسارة المشتري القابلة للإصلاح هي بالتالي سعر السوق في تاريخ التسليم - المحدد تعاقدياً - مطروحاً منه سعر العقد، حيث نصت على أنه: " (1) عندما يهمل البائع أو يرفض تسليم البضائع إلى المشتري، يجوز للمشتري رفع دعوى ضد البائع لمنحه تعويضات عن عدم التسليم. (2) يتوافق مبلغ التعويض عن خرق البائع للعقد مع الخسارة المقدرة الناتجة بشكل مباشر وطبيعي، وفقاً للمسار الطبيعي للأحداث. (3) في حالة وجود سوق يمكن الوصول إليه للسلع المعنية، يكون تقدير الأضرار مطابقاً للفرق بين السعر التعاقدي، وسعر السوق في التاريخ، أو التواريخ التي كان ينبغي تسليم البضائع فيها، أو في تاريخ رفض التسليم"⁽³⁾.

(1) M. E. ELLAND-GOLDSMITH: La mitigation of damages en droit anglais, R.D.A.I. 1987, n° 16 s., p. 351 s. ; B. HANOTIAU, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, op. cit., n° 12, p. 396.

(2) M. ELLAND-GOLDSMITH: La mitigation of damages en droit anglais, op. cit., n° 16 s., p. 351.

(3) Section 51: " Where the seller wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer, the buyer may maintain an action against the seller for damages for non-delivery. (2) The measure of damages is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach of contract. (3)

الالتزام بتخفيف الضرر في القانون الأمريكي:

وفي نفس الصدد- أيضاً- يعود إقرار الالتزام بتخفيف الضرر في القانون الأمريكي إلى السوابق القضائية، بل إن بعض الفقه يستشهد بقرار عام 1677 الذي طبق- بالفعل- قاعدة تخفيف الأضرار على حساب المدعي في التعويضات⁽¹⁾، حيث إنه في هذه القضية، بعد عدم تمكن المدعي عليه من استلام البضائع، ترك المدعي خيوله تنتظر بالخارج بينما كانت تتصعب عرقاً، مما أدى لموتها، ومع ذلك رفضت المحكمة التي نظرت النزاع طلب التعويض عن الضرر الناجم عن فقدان الحيوانات، على أساس أنه كان بإمكان المدعي فصلها عن العربة، وترك البضائع في أي مكان آخر.

وتأسيساً على ما سبق، فإن مبدأ الالتزام بتخفيف الضرر قد تم ترسيخه الآن في الولايات المتحدة بفضل السوابق القضائية العديدة⁽²⁾، بحيث يمكن للمدعي

Where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price of the goods at the time or times when the goods ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver " .

(1) Farnsworth, Allan: Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws, Tul.J.Int.Comp.L. 1995, at 56 et seq.

(2) Ch. GOETZ et R. E. SCOTT, The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation, Cambridge University Press,1982, p. 967.

استرداد النفقات التي تكبدها بشكل معقول بهدف تخفيف الضرر إلى الحد الأدنى، وعلى العكس من ذلك، يتم استبعاده من التعويض عن جزء الضرر الذي كان بإمكانه تجنبه من خلال اتخاذ خطوات معقولة للقيام بذلك⁽¹⁾.

ولعل من الصائب أن نضرب على ذلك بعض الأمثلة، منها ما ذكرته المادتان 708-2 و 713-2 من القانون التجاري الأمريكي الموحد في حالة عدم تنفيذ المشتري للعقد⁽²⁾، حيث أكدت المادة 708-2 على أن الأضرار المستحقة للبائع تساوي الفرق بين سعر السوق في التاريخ المحدد للتسليم والسعر المنصوص عليه في العقد، حيث نصت على أنه: "... فإن مقياس التعويضات عن عدم قبول المشتري أو رفضه هو الفرق بين سعر السوق في وقت ومكان تقديم العطاء وسعر العقد غير المدفوع بالإضافة إلى أي أضرار عرضية منصوص عليها في هذه المادة"⁽³⁾، وبشكل مماثل فإنه بموجب أحكام المادة 713-2 في

(1) Ch. GOETZ et R. E. SCOTT: The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation, op. cit., p. 973.

(2) قانون التجاري الموحد، الذي نُشر لأول مرة في عام 1952، والذي يعد جمعًا لعدد من القوانين الموحدة (قانون الأدوات القابلة للتداول الموحد عام 1896، وقانون إيصالات المستودعات الموحد عام 1906، وقانون بوالص الشحن ونقل المخزون الموحد عام 1909، وقانون المبيعات المشروط الموحد عام 1918) التي تم وضعها كقانون واحد بهدف موازنة قوانين المبيعات والمعاملات التجارية الأخرى في جميع أنحاء الولايات المتحدة.

للمزيد حول نصوص هذا القانون:

<https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>

وقت الدخول: 2022/11/9 pm 10:33

(3) Article 2-708: "[...the measure of damage for non-acceptance or

حالة عدم الأداء من قبل البائع، فإن الأضرار المستحقة للمشتري تتوافق مع الفرق بين سعر السوق في الوقت الذي علم فيه الأخير بعدم التنفيذ والسعر المنصوص عليه تعاقدياً، وهذا ما أكدته بقولها "... مبلغ التعويض المستحق في حال عدم تسليم البائع أو الإنهاء من طرفه، يجب أن يتوافق مع الفرق بين سعر السوق في التاريخ الذي علم فيه المشتري بعدم تنفيذ العقد والسعر المنصوص عليه تعاقدياً" (1).

وفي هذا الإطار فإن كثيراً من مواد القانون التجاري الموحد تطبق آلية تخفيف الأضرار، فالمادة 2-712- على سبيل المثال- تمنح المشتري الذي لم يتم تسليمه المبيع تعويضاً عن التكاليف الناجمة عن إبرام عقد بديل، حيث نصت على أنه: "(1)... يجوز للمشتري أن يحل محل البائع بالعمل بحسن نية ودون تأخير في عملية شراء معقولة للبضائع المستحقة على البائع. (2) يجوز للمشتري أن يحصل من البائع -كتعويضات- على مبلغ يشتمل على الفرق بين سعر الاستبدال والسعر المنصوص عليه تعاقدياً، وكذلك جميع الأضرار العرضية واللاحقة على النحو المحدد أدناه (المادة 2-715)، مطروحاً منه التكاليف التي تم إلغاؤها نتيجة عدم أداء البائع" (2).

repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price".

(1) Article 2-713 d: "[...] the measure of damage for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price [...]" .

(2) Article 2-712: " (1) [...] the buyer may 'cover' by making in good

ومن زاوية أخرى فإن المادة 2-715 أوضحت أن الأضرار اللاحقة- الناتجة عن عدم الأداء- يجب أن تشمل الخسائر التي كان يمكن للمشتري تجنبها عن طريق التدابير المعقولة، حيث نصت على أنه: " الضرر الناتج عن عدم أداء البائع يشمل ما يلي: (أ) أي خسارة ناتجة عن الاحتياجات العامة أو الخاصة التي يجب أن يكون البائع على علم بها وقت إبرام العقد، والتي لم يكن من الممكن بشكل معقول تجنبها من خلال إبرام عقد بديل، أو بأية وسيلة أخرى..."⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، فبينما ينطبق الالتزام بتخفيف الضرر في القانون الإنجليزي على عواقب الانتهاك الفعلي للعقد، أي الذي تم بالفعل⁽²⁾، إلا أن القانون

faith and without unreasonable delay any reasonable purchase or contract to purchase goods in substitution for those due from the seller. (2) The buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages as hereafter defined (Section 2-715), but fewer expenses saved in consequence of the seller's breach. (3) Failure of the buyer to effect cover within this section does not bar him from any other remedy ".

⁽¹⁾ Article 2-715: " Consequential damages resulting from the seller's breach include: (a): Any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could reasonably be prevented by cover or otherwise... ".

⁽²⁾ R. DAVID et D. PUGSLEY: Les contrats en droit anglais, Revue

الأمريكي يوسع من نطاق الالتزام بتخفيف الضرر ليشمل تلك المتعلقة بالإلغاء المبكر من أحد الأطراف⁽¹⁾.

البند الثاني

الالتزام بتخفيف الضرر في أنظمة القانون المكتوب

في مقام موالي لما سبق التطرق إليه في أنظمة القانون العام، فقد دأبت العديد من أنظمة القانون المكتوب في بلدان العالم المختلفة على النص صراحة على الالتزام بتخفيف الضرر بين طيات تشريعاتها المختلفة، وسوف نعرض لبيان ذلك من خلال النظر في بعض الأنظمة الأفريقية من جهة، ثم بعض الأنظمة الأوروبية من جهة أخرى، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الالتزام بتخفيف الضرر في أنظمة الدول الأفريقية:

يلاحظ من خلال القراءة الأولية أن الالتزام بتخفيف الضرر منصوص عليه في بعض البلدان الأفريقية، وسنأخذ القانون المدني الأثيوبي كمثال للقوانين

internationale de droit comparé, 1985, n° 450, p. 334 ; M. E. ELLAND-GOLDSMITH, *La " mitigation of damages " en droit anglais*, op. cit, n° 26 s., p. 354.

(1) M. E. ELLAND-GOLDSMITH: Note sur la " mitigation of damages " en droit américain, op. cit, p. 359.

الأفريقية⁽¹⁾، فعلى سبيل المثال، تؤكد المادة 1802 بوضوح شديد على الالتزام بتخفيف الضرر في حالة عدم رضا الدائن التعاقدى بقولها: "على الطرف الذي يحتج بعدم تنفيذ العقد أن يفعل كل ما يمكن توقعه منه بشكل معقول لتخفيف الخسارة التي تكبدها، فإذا أهمل القيام بذلك، يجوز للطرف الذي لم ينفذ العقد الاعتماد على هذا الإهمال للمطالبة بتخفيض الأضرار".

ثانياً: الالتزام بتخفيف الضرر في الأنظمة القانونية الأوروبية:

إن الالتزام بتخفيف الضرر مبدأ موجود فعلياً بمختلف الأنظمة الأوروبية، فعلى سبيل المثال:

1- الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المدني الهولندي⁽²⁾:

حرصاً على التأكيد على أهمية مبدأ الالتزام بتخفيف الضرر فقد صيغت المادة 6-9-1-6 من مشروع القانون المدني الهولندي على النحو التالي: "إذا كان الضرر ناجماً جزئياً عن ظرف يمكن أن يُنسب إلى الضحية، فإن التزام الضحية بجبر الضرر يتوقف أو ينخفض إلى أقصى حد معقول"⁽³⁾، وقد تناولت تلك

⁽¹⁾ القانون المدني الإثيوبي رقم 165 لسنة 1960، نشرته على الإنترنت جامعة كامبريدج 28 يوليو 2009، للمزيد حول نصوص هذا القانون، انقر على الرابط التالي:

<https://doi.org/10.1017/S002185530000200X>

وقت الدخول: 2022/12/13 11:15pm

⁽²⁾ القانون المدني الهولندي NLD-1992-L-91671، الذي دخل حيز التنفيذ في عام 1992، للمزيد حول نصوص هذا القانون، انقر على الرابط التالي:

<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

وقت الدخول: 2022/12/9 11:33 pm

⁽³⁾ B. HANOTIAU, Régime juridique et portée de l'obligation de

القاعدة المادة 6: 101 من القانون المدني الهولندي بعد إقراره

2- الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المدني الإيطالي⁽¹⁾:

أشارت المادة 1227 من القانون المدني الإيطالي إلى الالتزام بالتخفيف من الضرر، كما تعرضت إلى فرضيات المساهمة غير المشروعة للدائن في تحقيق الضرر، وأكدت على أن التعويض لا يكون مستحقاً عن الضرر الذي كان يمكن للدائن تجنبه من خلال إظهاره العناية العادية⁽²⁾.

modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, op. cit., n° 25, p. 399.

(1) القانون المدني الإيطالي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 262 في 16 مارس 1942، حيث تنص هذه المادة على أنه:

Art.1227:"Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

<https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale>

وقت الدخول: 2023/1/9 02:33 pm

(2) للمزيد:

- G. GORLA, Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze". Riv. dir. comm., 1951, p.407 ; مرجع باللغة الإيطالية

3- الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المدني السويسري⁽¹⁾:

لعل من المفيد التأكيد على أن التشريعات السويسرية بصفة عامة- كما يرى الباحث- هي أكثر التشريعات على المستوى العالمي إقراراً للالتزام بتخفيف الضرر، وهو ما يستدعي التعرض قليلاً لبعض هذه التشريعات السويسرية الداخلية التي قدست هذا الالتزام وجعلته أصلاً من أصولها التشريعية والقضائية. فالأساس الذي يستخدمه القانون السويسري لتبرير هذا الالتزام بموجب القانون العادي للمسؤولية المدنية هو الحظر العام لإساءة استعمال الحقوق بموجب المادة 2 من القانون المدني السويسري التي تنص على أن: "كل شخص ملزم

-
- ESCATORE et RUPERTO, Codice Civile Annotato, Milan, 1978, p. 1178; مرجع باللغة الإيطالية
 - H.STOLL, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, n° 214, p. 250. مرجع باللغة الألمانية

(1) القانون الاتحادي المؤرخ 30 مارس 1911، للمزيد حول نصوص هذا القانون، انقر على الرابط التالي:

<https://www.britannica.com/topic/Swiss-Civil-Code>

وقت الدخول: 2023/1/9 02:45 pm

ولا يفوتني أن أشير إلى أن سويسرا ليست من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، لكنها تكاد تكون كذلك في العديد من المجالات؛ فبموجب نحو 120 اتفاقية ثنائية، تعدّ سويسرا عضوًا في منطقة شنغن الخالية من الحدود، وهي مندمجة على نحو وثيق مع الاتحاد الأوروبي في مجالات مثل النقل، والبحث، وبرنامج تبادل الطلاب (إيراسموس)، وتتمتع بإمكانية الوصول الكامل إلى السوق الموحدة في قطاعات عدة بما في ذلك التمويل وصناعة الأدوية.

بممارسة حقوقه وأداء التزاماته وفقاً لقواعد حسن النية، ولا يحمي القانون الإساءة الواضحة لحق من الحقوق"، وفي هذه الحالة (أي حالة عدم الالتزام بتخفيف الضرر) سيكون هناك إساءة استعمال لحق المضرور في المطالبة بالتعويض⁽¹⁾. ومن ذلك-أيضاً- ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 99 من الجزء الخامس (قانون الالتزامات السويسري) من القانون المدني السويسري على أن: "قواعد المسؤولية الناشئة عن الأفعال غير المشروعة (قواعد المسؤولية التقصيرية) تطبق بالقياس على آثار الخطأ التعاقدية" وينص كذلك صراحة على إمكانية القاضي من تخفيض التعويض إذا تعدد المضرور عدم اتخاذ تدابير للحد من حجم الضرر الواقع عليه، وبصورة غير مباشرة يجوز للقاضي أن يعاقب المضرور الذي لم يتخذ موقفاً محتملاً أن يقلل من حجم الضرر، وهو ما أكدته المادة 44 الفقرة 1 من قانون الالتزامات بقولها: "يجوز للقاضي أن يخفض الأضرار، أو حتى لا يحكم بها عندما يكون الطرف المضرور قد وافق على الضرر، أو عندما تكون أفعاله قد أسهمت في إحداث الضرر، أو في زيادته، أو أنها أدت إلى تفاقم حالة المدين".

ومن البديع في هذا النص- حقيقة- ذلك التعميم الذي شمل مجالي المسؤولية التقصيرية والتعاقدية⁽²⁾، فالالتزام بتخفيف الضرر- هنا- يتجاوز التمييز

(1) TF., 26 juin 2006, n°4C.83/2006, cons. 4:

https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisement_du_pr%C3%A9judice_corporel_exemple_du_droit_suisse

وقت الدخول: 2023/2/9 09:33 pm

(2) A. TUNC: La responsabilité civile, 2^e éd., Économica, 1989, n° 89,

بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نبين أن الفقرة 4 من المادة 21 من قانون التأمين السويسري قد تضمنت- أيضاً- حكماً صريحاً على الالتزام بتخفيف الضرر المتمثل في تخفيض التعويض⁽²⁾.

p. 73 ; B. HANOTIAU, Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, op. cit., n° 25, p. 399.

⁽¹⁾ أشارت المحكمة الاتحادية الصادر في 30 يونيو 2006 إلى أن هذا النص يجسد حظر إساءة استعمال الحقوق المنصوص عليه في المادة 2 من القانون المدني السويسري، والتي تنص على أن: " كل شخص ملزم بممارسة حقوقه وأداء التزاماته وفقاً لقواعد حسن النية، ولا يحمي القانون الإساءة الواضحة لحق من الحقوق " حكمها التالي:

TF., 26 juin 2006, n°4C.83/2006, cons. 4;

https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisat%C3%A9e_judice_corpore_l_exemple_du_droit_suisse

وقت الدخول: 2023/1/9 02:45 pm

⁽²⁾ قانون التأمين الاجتماعي الاتحادي المؤرخ 6 أكتوبر 2000، للمزيد حول نصوص هذا القانون، انقر على الرابط التالي:

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2017/820/en>

وقت الدخول: 2023/1/9 02:59 pm

الفرع الثالث

التطبيقات القضائية الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر

جدير بالإشارة أنه لا يخلو أي نظام قضائي خاضع لتلك التشريعات الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر - سابقة الإشارة - إلا وبه العديد من الأحكام القضائية في هذا الشأن، ولعله من المناسب هنا - ونحن نعرض لبيان تطبيقات تلك الأنظمة القضائية - أن نجعل من النظام القضائي السويسري أنموذجاً في هذا الشأن؛ لما ذكره الباحث من تعدد النصوص التشريعية السويسرية التي تحرص على تأكيد هذا الالتزام، لاسيما وأن السوابق القضائية السويسرية تعطي شكلاً ملموساً للالتزام بتخفيف الضرر.

ومن أهم تلك التطبيقات ما يلي:

بداية أكدت المحكمة الاتحادية العليا في أحد أحكامها على أنه: "وفقاً للمبدأ العام للمسئولية المدنية يجب على الطرف المتضرر أن يتحمل الضرر بنفسه بقدر ما يستطيع تحمله" (1).

(1) ATF 130 III 182, cons. 5. 5. 1, p. 189; de l'indemnisation du préjudice corporel, exemple du droit suisse " L'obligation de minimiser son dommage"; Intervention dans le cadre de la journée d'études organisée par l'association Jeunes Chercheurs – RDST et le Centre de recherche en droit médical de l'Université Paris Descartes "Le corps humain entre sacralisation et marchandisation", mercredi 16 décembre 2009, Faculté de droit Paris Descartes à Malakoff.

وفي حكم استأنفته إحدى شركات التأمين كانت المحكمة الاتحادية قضت فيه بإلزامها - شركة التأمين - بتعويض إحدى المزارعات، بعدما تعرضت لإصابة جسدية دائمة، تسببت في إعاقتها عن عملها - وظيفة بساتتي - كانت شركة التأمين طالبت بتخفيف التعويض؛ لكون هذه السيدة تتمكن من العمل مع زوجها في مزرعتها الخاصة أثناء تربية أطفالهما الأربعة، ولقد تم قبول هذا الاستئناف لدى المحكمة الفيدرالية، مؤكدة على إنقاص قيمة التعويض المحكوم بها للطرف المضرور (السيدة المصابة)؛ لإمكان المستأنف ضدها من الحد من الخسارة التي لحقتها⁽¹⁾.

وتماشياً مع تقديس مبدأ تخفيف الضرر، فقد ألزمت المحكمة الاتحادية العليا في أحد أحكامها شركة التأمين ضد الحوادث باستمرار صرف المستحقات الواجبة عليها، والذي يتلخص وقائعه في أنه:

أوقفت شركة التأمين الاستحقاقات لشخص يعمل في وظيفة طباطخ بدوام جزئي، كان قد أصيب بعدة إصابات، وكان ينبغي علاج آخرها - الإصابات - بالجراحة، وبعد مرور أكثر من عام على وقوع الحادث، علمت شركة التأمين أنه كان من الممكن تخفيض العجز عن العمل، لو قام المؤمن له بإجراء هذه الجراحة، وبناء على ذلك أوقفت شركة التأمين الاستحقاقات من تاريخ وقوع الحادث، بالإضافة إلى فترة النقاهة المتوقعة بعد العملية، إلا أن المحكمة الاتحادية أدانت هذا الحل، مشيرة إلى أنه كان ينبغي لشركة التأمين أن تأمر الضحية مسبقاً بالمشاركة في العلاج، وطالما أنه لم توجد حالة

(1) l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 juin 1999, n°4C/412/1998, cons. 2c;

https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisation_du_pr%C3%A9judice_corporel_exemple_du_droit_suisse

استدعاء مسبق، فلا يحق لشركة التأمين مقاطعة تلك الإستحقاقات، كما أكدت المحكمة الاتحادية - أيضًا- على أنه لا يمكن الاحتجاج بإهمال الشخص المؤمن عليه إلا إذا أثبت الطبيب أنه أبلغه بالضبط بعواقب رفضه⁽¹⁾.

وفي حكم آخر⁽²⁾، وعلى العكس من ذلك، قضت المحكمة الاتحادية بعدم أحقية رسام للمعاش التقاعدي للعجز؛ لأنه يمكنه القيام بنشاط مهني آخر يتكيف مع حدوده، دون تدريب جديد ودون تجاوز قدراته على التكيف⁽³⁾.

مما سبق، يُستنتج من النصوص السويسرية وتطبيقاتها أن ضحية الإصابة الجسدية ملزمة بالاعتناء بنفسها، وكذلك ملزمة بقبول وظيفة غير تلك التي كان يقوم بها، شريطة أن يمكنه ذلك من كسب لقمة العيش، وبالتالي خفض تكاليف شركات التأمين الخاصة أو العامة.

(1) Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance accident (LAA), ancien article 48 al. 2;

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1982/1676_1676_1676/fr

pm وقت الدخول: 2023/1/11 09:25

(2) TF. 14 juillet 2008, n°9C-612/2007 ; de l'indemnisation du préjudice corporel, exemple du droit suisse, op.cit,p.4.

(3) TF. 2 juillet 2009, n°9C-1043/2008 ; BEATRIZ EXTREMERA FERNÁNDEZ: LA CARGA DE MITIGAR EL DAÑO, Beatriz Extremera Fernández Madrid, 2022.p.295. المرجع باللغة الأسبانية.

المبحث الثاني

موقف التشريعات والاتجاهات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

انطلاقاً مما سلف، فإن الالتزام بتخفيف الضرر قد تم اعتماده في العديد من الأنظمة القانونية ذات التقاليد الرومانية الجرمانية، وقبل ذلك تم الاعتراف به في الكثير من القوانين المدنية الأخرى ذات النظام القانوني العام، ولعل مرجع هذا الالتزام يعود إلى اتفاقية فيينا للبيع الدولي المؤرخة 11 أبريل 1980 في سياق التجارة الدولية.

وعلى الرغم من أن مصر وفرنسا من الدول التي صدقت على أحكام اتفاقية فيينا للبيع الدولي، إلا أنه لم يظهر هذا الالتزام في أحكام قانونيهما المدني، وإن كان قد ظهر في قوانينهم التأمينية⁽¹⁾، وهو ما يبين الإغفال التشريعي لهذا الالتزام في الدولتين، هذا إلى جانب عدم الاعتراف به - اعترافاً كاملاً - بموجب سوابقهما القضائية.

وما يميز المشرع المصري عن نظيره الفرنسي هنا أن المشرع المصري لم يغفل الالتزام بتخفيف الضرر إغفالاً تشريعياً كاملاً، وإنما أغفله إغفالاً نسبياً⁽²⁾؛ حيث

(1) منعاً للتكرار، وليبيان ذلك انظر: أمثلة ضمنية للالتزام بتخفيف الضرر في القانونين المدنيين المصري والفرنسي ص 72-73 من هذا البحث المتوضع.

(2) للمزيد حول موضوع الإغفال التشريعي:

محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي، دار النهضة العربية، 1991. يُسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، 1999.

تنص المادة 221 من القانون المدني المصري-مثلاً- على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"⁽¹⁾.

أما المشرع الفرنسي- كما يرى الباحث- فيعد إغفاله للالتزام بتخفيف الضرر إغفالاً كاملاً وسكوتاً تشريعياً عن هذا الالتزام، ولعل في التطبيقات القضائية الفرنسية لهذا الالتزام، ما يؤكد ذلك الزعم.

وللوقوف على موقف التشريعات والاتجاهات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر، يستلزم ذلك تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف التشريعات المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر

المطلب الثاني: موقف الاتجاهات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر.

أحمد محمد أمين محمد، حدود السلطة التشريعية " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي"، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001. حيدر طال، آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية " دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، مجلد، 34 عدد 2، (2019): العدد الثاني، 2019.

⁽¹⁾ يتطابق هذا النص مع نص: المادة 182 من القانون المدني الجزائري، والمادة 222 من القانون المدني السوري، والمادة 224 من القانون المدني الليبي.

المطلب الأول

موقف التشريعات المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

تجدر الإشارة بداية إلى أن قاعدة الالتزام بتخفيف الضرر قد حققت نجاحًا ملحوظًا—كما اتضح من اعتمادها في النظام القانوني للعديد من البلدان ذات التقاليد الرومانية الجرمانية—ولعل المعول عليه في رفض القانون المدني الفرنسي ويتبعه المصري في ذلك رفضهما الاعتراف بالالتزام المضروب بتعديل الضرر الذي يلحقه، وهو ما يبرره تبيينهما مبدأ الجبر الكامل للضرر⁽¹⁾. ولقد أثار الالتزام بتخفيف الضرر جدلاً فقهيًا واسعًا، تلمس فيه بعض الفقه الفرنسي مبررات لذلك الإغفال التشريعي، بينما انتقد فيه البعض الآخر ذلك الموقف بمبرراته.

(1) للمزيد حول هذا المبدأ: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء السادس، الطبعة الثانية، المنشورات الحقوقية، بيروت، 1992، ص 175 وما بعدها. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (2)، مصادر الالتزام، المجلد الثاني (العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 1089 وما بعدها. محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1972.

وفي واقع الأمر لم يقف الباحث - حسب جهده - على اتجاه فقهي مصري يمكن الاستناد أو الإشارة إليه في هذا الشأن، ولكن هذا لا يمنع من التعرض لبيان تلك المسألة الشائكة في الفقه الفرنسي على النحو التالي:

الفرع الأول: مبررات الإغفال التشريعي للالتزام بتخفيف الضرر.
الفرع الثاني: النقد الموجه للإغفال التشريعي للالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الأول

مبررات الإغفال التشريعي للالتزام بتخفيف الضرر

في مستهل الحديث عن عدم النص على الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المدني الفرنسي، أو النص عليه في نظام التأمين الاجتماعي على نحو منقوص وقاصر - لم يحط بالموضوع من جميع جوانبه - فإن بعض الفقه الحديث قد برر مسلك الرفض التشريعي الفرنسي لهذا الالتزام حتى الآن، بزعم المشرع بأن الضحية لا يجب أن تتحمل المسؤولية، والواقع - كما يقول - أن الاعتراف بأن يظل دور الضحية سلبياً يعد تحريضاً له على الزيادة في إهماله، كما أن عدم الاعتراف بوجود أي التزام من قبل الضحية من شأنه إلغاء الإعفاء الجزئي الذي يؤدي إليه عادة خطأ الضحية⁽¹⁾.

ومن زاوية أخرى يضيف بعض مؤيدي التحليل الاقتصادي أن الالتزام بتخفيف الضرر من الممكن أن يكون مفيداً للمصلحة العامة؛ باعتبار أنه سيقبل من تكاليف التعويض، الذي يعود أثره إلى حد كبير على المجتمع بأسره، ولكن لا ينبغي - كما يقولون - أن ننسى أن مفهوم التقليل من الضرر إلى أدنى حد

(1) Patrice Jourdain, Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?, RTD Civ. 2012, p. 324.

ممكّن، كما هو الحال في أنظمة القانون العام، يمكن أن يؤدي في بعض حالاته إلى قمع الحق في التعويض الذي تتمتع به الضحية، ولتجنب ذلك، سيكون من المستحسن إيجاد موقف وسطي بين المواقف الأنجلوأمريكية والفرنسية، على سبيل المثال من خلال مراعاة النفقات التي تكبدها الضحية لتقليل الضرر الذي لحق به، ومن خلال تقديم تعويض عن هذا الالتزام إذا التزمت به الضحية⁽¹⁾.

وأخيراً فقد ساق بعض الفقه ما مفاده⁽²⁾: أن الإغفال التشريعي مرجعه يكمن في صعوبة إجراءات الالتزام بتخفيف الضرر، التي تتطوي على تكاليف كبيرة لنتيجة غير مؤكدة، ويضيف: ومع ذلك إذا كان مؤيدو الالتزام بالحد من الضرر يرون فيه وسيلة لتوزيع تكلفة التعويض على المجتمع كله، فكيف لا نعتقد أن شركات التأمين - هي الأخرى - ستفرض إجراءات لا نهاية لها على الضحايا مقابل تكلفة سيتحملها في نهاية المطاف جميع الأشخاص المؤمن عليهم.

خلاصة ما سبق: أن الأقوال الفقهية التي تبرر مذهب المشرع الفرنسي في هذا الصدد، قد تعددت حسب المنظور الخاص بكل منها، والتي يمكن إجمال مفادها بأن القانون المدني الفرنسي لا يتضمن حكماً قانونياً عاماً يعاقب على إساءة استعمال الحقوق.

(1) Patrice Jourdain, Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage, op.cit, p.327.

(2) Fasquelle. D": L'existence de fautes lucratives en droit français, in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, LPA 20 nov. 2002, p. 27 et s.

الفرع الثاني

النقد الموجه إلى الإغفال التشريعي للالتزام بتخفيف الضرر

على العكس مما سبق، فقد ارتأى العديد من الفقهاء الفرنسيين أن المشرع بإغفاله الالتزام بتخفيف الضرر قد سلك مسلكاً معيباً آن الأوان لاستدراكه. ولقد أشار لذلك أحد الفقهاء من أن القانون الفرنسي بصيغته الحالية لا يوفر أساساً قانونياً لمثل هذا الالتزام، وإذا لم يُعترف بإضفاء الطابع الأخلاقي على القانون، فلن تكون للقاضي أي سلطة للتدخل في علاقات تتضمن هذا الالتزام⁽¹⁾.

ويضيف بعضهم أن المصلحة العامة تقتضي التزام المضرور بتخفيف الضرر الواقع عليه قدر المستطاع، ويجب أن تقتصر تغطية هيئات التأمين للضرر على ما هو ضروري للغاية، ولا عجب في ذلك - كما يضيف - فقد غزا هذا الالتزام العقائد القانونية الأجنبية والعالمية، ولا سيما أنظمة القانون العام⁽²⁾، وقانون التجارة الدولي⁽³⁾، ومبادئ اليونيدروا⁽⁴⁾، وعمل لجنة لاندو المعنية

(1) Obs.Adida-Canac H.: "Mitigation of damage: une porte entrouverte ? ", D. 2012, p. 199.

(2) H. MUIR-WATT: La modération des dommages en droit anglo-américain, LPA. 20 novembre 2002, n°232, p. 45 et s.

(3) La Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, (article 77).

(4) المادة: 7.4.8 من مبادئ اليونيدروا.

بالمبادئ الأوروبية لقانون العقود⁽¹⁾.

وتماشياً مع ذلك، أكد بعض الفقهاء على أن في الالتزام بتخفيف الضرر حاجة ملحة، تتمثل في جعل المضرر مسئولاً عن عواقب أفعاله⁽²⁾.

وأخيراً ووفقاً لأحد الفقهاء أنه ينبغي للحد من الضرر الذي يلحق بالفرد أن نحد من اللجوء إلى اعتراف القاضي بهذا الالتزام أو عدم اعترافه، لذلك يتعين أن تكون هناك قاعدة قانونية صريحة ملزمة به⁽³⁾.

واستناداً لحجم تلك الانتقادات لموقف المشرع الفرنسي من الالتزام بتخفيف الضرر، فقد تضمنت المشاريع الأخيرة لإصلاح قانون الالتزامات الفرنسي حكماً يهدف إلى تكريس التزام الضحية بالحد من ضرره⁽⁴⁾، حيث تنص المادة 1373

(1) المادة: 50. 9 من المبادئ الأوروبية لقانون العقود.

(2) En ce sens notamment J.-L. AUBERT, Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité, mélanges G. VINEY, LGDJ, 2008, p. 55-61.

(3) A. LAUDE, L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? LPA. 20 novembre 2002, n°232, p. 55 et s.

(4) Art. 1373 du Projet Catala: « Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique» ; Art. 53 du Projet Terré: « Sauf en cas d'atteinte

من مشروع كاتلا على أنه: "عندما يتاح للضحية إمكانية الحد من نطاق ضرره أو تجنب تفاقمه بوسائل آمنة ومعقولة ومتناسبة، فإن امتناعه هنا سيؤخذ في الحسبان بتخفيض تعويضه، إلا عندما يكون من المحتمل أن تضر التدابير بسلامته البدنية".

وتجدر الإشارة إلى أن النص السابق- حال نفاذه- يصلح أن يكون أساساً قانونياً فرنسياً للالتزام بتخفيف الضرر، ولكن ينبغي الإشارة إلى أن نطاق هذا الالتزام الذي تضمنه مشروع كاتلا يتعلق- فحسب- بالضرر المادي، ومن ناحية أخرى فإن الإجراءات التي سيتعين على الضحية اتخاذها للحد من ضرره ستقتصر على تدابير آمنة ومعقولة ومتناسبة⁽¹⁾.

à l'intégrité physique ou psychique de la personne, le juge pourra réduire les dommages et intérêts lorsque le demandeur n'aura pas pris les mesures sûres et raisonnables propres à limiter son préjudice:

<https://www.etudier.com/dissertations/Article-1341-Du-Projet-Catala/47479530.html>

وقت الدخول: 2023/1/17 11:25 pm

(1) D. Mazeaud, « Les projets français de réforme du droit de la responsabilité civile », LPA, 13 mars 2014 n° 52, p. 8.

المطلب الثاني

موقف الاتجاهات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

بادئ ذي بدء لم يقف الباحث - حسب جهده - على أحكام قضائية مصرية يمكن من خلالها الجزم بمعرفة اتجاه القضاء المصري من الالتزام بتخفيف الضرر، وليس الفقه المصري ببعيد عن قضائه حول عقيدته من هذا الالتزام، سواءً من الناحية الجنائية أو المدنية، وهذا لا يمنع من عرض بعض الأحكام القضائية مشيرًا - على عجاله- إلى ما تناوله الفقه المصري قريباً من موضوع الدراسة، وهي تلك الآراء الفقهية المتعلقة بخطأ المضرور حال مشاركته في وقوع للضرر الواقع عليه.

ولبيان الاتجاهات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر، يستلزم ذلك تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف الاتجاهات القضائية المصرية من الالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الثاني: موقف الاتجاهات القضائية الفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الأول

الاتجاهات القضائية المصرية من الالتزام بتخفيف الضرر

بنظرة متأنية للالتزام بتخفيف الضرر بدا للباحث أنه يمكن النظر إليه من عدة جهات، فقد ينظر إليه أولاً: من جهة فاعل الضرر، أي مدى التزامه باستخدام تدابير معينة للحد من الضرر الذي وقع منه وأصاب المضرور، وينظر إليه كذلك ثانياً: من جهة المضرور الذي وقع عليه ضرر، وحول ما إذا كان بإمكانه استخدام تدابير معقولة للحد من الضرر الذي أصابه، أو ينظر إليه ثالثاً من كلا الجهتين، ولعل النظرة الأخيرة، هي التي يرمي إليها الباحث، حيث وقوع هذا الالتزام في عمومته، بغض النظر عن يلتزم به، وسواءً في ذلك أكان فاعلاً أم مضروراً، ولو كان مضروراً يستوي في فعله أن يكون كفيلاً بتحقيق النتيجة، أو لم يكن كافيًا.

وعلى خلاف ذلك يقتصر تصور الفقه المصري على النظرة التقليدية للخطأ الواقع على المضرور، فيخفف من المسؤولية أحياناً، حال تسبب المضرور في وقوع الضرر الذي أصابه، ويرتب على ذلك أثره في تخفيض التعويض، فهو ينظر إليه- فحسب- من حيث قيام علاقة السببية بين سلوك المضرور والضرر الواقع عليه من عدمها:

فمن جهة ينظر إلى قدر إسهام المضرور في إحداث الضرر، وهو ما يعبر عنه الفقه المصري بفرض: " ما لو كان خطأ المدعى عليه نتيجة لخطأ المضرور"⁽¹⁾.

(1) انظر مثلاً: عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 505، بند 466. وفي نفس المعنى أيضاً: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (2)،

ومن جهة أخرى ينظر إلى رضاء المضرور بالضرر الواقع عليه، واستقر الفقه إلى أن رضاء المضرور لا يفي أصلاً مسؤولية المدعي عليه (الفاعل) عن فعله الخاطيء الذي أحدث هذا الضرر، لكن هذا الرضاء قد يكون خطأ منه، وعندئذ فإنه يخفف من مسؤولية المدعي عليه، وللأمانة البحثية، فقد أشار الفقه المصري إلى أنه قد يكون رضاء المضرور في بعض الأحيان خطأ كبيراً يستغرق خطأ المدعي عليه فتتنفى مسؤولية هذا الأخير⁽¹⁾.

وعلى الرغم من ندرة حدوث الفرض الأخير- عملياً- الذي أثاره الفقه المصري، إلا أن الباحث لم يجد له تطبيقاً قضائياً مصرياً وحيداً، إضافة إلى ذلك فإن الفقه المصري قد اقتصر بحثه حول افتراض خطأين قد استغرق أحدهما الآخر، ولم يتعرض لتلك الحالة التي يكون فيها خطأ المضرور هو السبب الوحيد والمباشر في وقوع الضرر عليه.

أما القضاء المصري، فحالته ليس ببعيد عن الفقه في تطبيقاته القضائية حول هذا الالتزام، بل كان بمنزلة الإقرار الضمني لما تناوله الفقه في تصوره للالتزام بتخفيف الضرر.

يؤكد ذلك ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية من أن أساس التعويض عن الفعل الضار غير المشروع يكمن في رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وأن

مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 1239. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص 341.

(1) في هذا المعنى تقريباً: عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع السابق، ص 503-504 وقارن: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص 479-480. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (المصادر غير الإرادية)، دار النهضة العربية، 1974، ص 54، هامش 1.

تقدير التعويض مبناه إسهام المضرور في إحداث الضرر، فإن أسهم في إحداث الضرر اقتصر أثره على تخفيف المسؤولية، أما خطأ المضرور الذي يقطع رابطة السببية فيشترط فيه استغراقه خطأ الجاني، وأن يكون كافياً وحده لإحداث النتيجة⁽¹⁾.

تعليق الباحث:

ولعله من المناسب هنا أن نتساءل عن الحكم أو التصور القضائي لتلك الحالة التي يكون فيها خطأ المضرور كافياً لإحداث النتيجة، ولا يوجد خطأ غيره، فإذا كان هذا الفرض مقبولاً لدي القضاء، فأين هي تطبيقاته في النظام القضائي المصري؟!

ولعله من المفيد هنا - أيضاً - أن نؤكد أنه بالرغم من النص الصريح للالتزام بتخفيف الضرر في المادة (12) من قانون التأمين الإجباري المصري رقم 72 لسنة 2007⁽²⁾، إلا أن محكمة النقض المصرية لم تتناول هذا الالتزام إلا من حيث تقادم الحق في رفع دعوى المضرور (المؤمن له) حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى عدم سقوط حق المؤمن له بالتقادم في رفع الدعوى طالما أنه لا يوجد نص صريح في القانون أو في الوثيقة يقضي به، وهو ما أكدته بقولها: " لئن كان مفاد نص المادة 148 من القانون المدني أن تحديد نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد،

(1) الطعن رقم 5202 ، لسنة 62 ، تاريخ الجلسة 28 / 3 / 2005 - مكتب فني 56 رقم الصفحة 317 - القاعدة رقم 54] - [نقض الحكم والإحالة].

(2) قانون التأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع داخل جمهورية مصر العربية الصادر بتاريخ 29 / 5 / 2007.

وإنما يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، كما يجب تنفيذ هذا الالتزام بما يوجبه حسن النية، ومؤدى ذلك أن طبيعة الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين الإجباري من المسؤولية تستلزم من المؤمن له أن يبذل ما في وسعة لدفع الضرر محل التأمين والتخفيف منه إذا وقع - وهو ما يقتضى الالتزام بدفع دعوى المضرور بما يوجبه حسن النية من عناية، وعدم التفريط أو الإهمال في دفعها - إلا أن هذا الالتزام لا يتسع للدفع بالتقادم...⁽¹⁾."

وعلى الرغم من تأكدها على أهمية هذا الالتزام ومن أنه ليس محلاً للسقوط بالتقادم، إلا أن الباحث - حسب جهده - لم يطلع على تطبيق قضائي يظهر اعتراف القضاء المصري به.

وإضافة إلى ما سبق فإن القاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما ذلك أن ينفذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود⁽²⁾، فلم يعد هناك عقود حرفية التنفيذ وعقود رائدها حسن النية، كما كان الأمر في القانون الروماني، بل العقود جميعها في

(1) الحكم الصادر بتاريخ 1983/12/27 في الدعوى 2749 لسنة 1982 مدني الزقازيق الابتدائية، المستأنف بالاستئناف 102 لسنة 27 المنصورة، [الطعن رقم 1990، لسنة 54، تاريخ الجلسة 20 / 12 / 1988، مكتب فني 39 رقم الجزء 2، رقم الصفحة 1375، القاعدة رقم 234] [رفض].

(2) وقد قضت كذلك محكمة النقض بأن: "بحث حسن النية في تنفيذ العقد من مسائل الواقع التي لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها". نقض مدني فى 15 نوفمبر 1966) مجموعة أحكام النقض السنة 17 رقم 39 ص 1688 .

القانون الحديث قوامها حسن النية في التنفيذ⁽¹⁾.

ويدخل في هذا الإطار (أى استلزام حسن النية في التنفيذ) فرض القاضي الالتزام بتخفيف الضرر، حيث يهدف هذا الالتزام إلى إدخال القواعد الخلقية في نطاق الالتزامات القانونية، هذا الالتزام الذي يحل محل الحياد السلبي المتمثل في عدم الغش أو الخداع أو التضليل⁽²⁾.

(1) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: " ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظل في العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها" (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جزء 2، مطبعة دار الكتاب العربي، 1950، ص 88) .

(2) Lousouarn: Rev.Tirm.dr.Civ,1971, p. 839.

الفرع الثاني

الاتجاهات القضائية الفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر

لقد أثار الالتزام بتخفيف الضرر تناقضًا في الأوساط القضائية الفرنسية؛ لعل ذلك مرجعه المبدأ القضائي بعدم الاكتراث بسلوك الضحية الذي شكله الحكم الشهير الصادر من الغرفة المدنية الثانية بمحكمة النقض في يونيو 2003⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن حكم 2003 قد مثل عقيدة لدى القضاء الفرنسي بعدم الالتزام بتخفيف الضرر، إلا أن هذا الحكم لم يكن منشئًا لهذا الرفض، فقد سبقه الحكم المؤرخ 19 مارس 1997⁽²⁾، والذي أدانت فيه محكمة النقض بشدة ادعاء شركة التأمين وتحملها المسؤولية، حيث تمثل ادعاء شركة التأمين في أن: "الشخص المسؤول عن الضرر (شركة التأمين) لا يتعين عليه تحمل العواقب المالية المترتبة على رفض المضرور (المؤمن له) والزامه (المؤمن له) بالخضوع للتدخل الذي من الممكن أن يحسن حالته (خضوعه لتكريب طرف اصطناعي)" إلا أن محكمة النقض أيدت رفض قضاة الموضوع لطلب شركة التأمين، مشيرة إلى أنه: "يترتب على المادة 16-3 من القانون المدني أنه: "لا يجوز إجبار أحد إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على الخضوع لعملية جراحية"، ومع عدم

(1) والذي تمثل منطوقه بأنه: "يجب على صاحب الحادث أن يصلح جميع العواقب الضارة، وأن الضحية غير مطالبه بالحد من ضررها لمصلحة الشخص المسؤول عن الضرر".

(2) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 mars 1997, 93-10.914,

Publié au bulletin;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036724/>

وقت الدخول: 2023/1/17 03:25 pm

وجود التزام قانوني بالرعاية، فلا تكون الضحية ملزمة بالامتثال هنا، ولها الحصول على التعويض عن الضرر بأكمله دون خصم الجزء المقابل للتحسين الذي كان يمكن الحصول عليه في حالة إجراء العملية".

ويبدو أن قضاة المحكمة-حينها- قد أقرروا رفضاً صريحاً للالتزام بتقليل الضرر الذي يلحق بالفرد⁽¹⁾، وأعدت محكمة النقض تأكيد رفض التزام الضحية بالحد من ضرره في حكمها الشهير الذي أصدرته الدائرة المدنية الثانية في 19 يونيو 2003⁽²⁾، حيث أصبح هذا الحكم بمثابة عقيدة أو مبدأ قضائي لعدم الاعتراف

(1) A. LAUDE, L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? LPA. 20 novembre 2002, n°232, p. 55 et s. CA Douai, 15 mars 2001, Juris-Data, n° 2001-115252, D. 2002, p. 307 et s; C. ANDRE, note sous CA Douai, 15 mars 2001, D. 2002, p. 307 et s. ; J. KULLMANN, Minimiser son dommage? Mélanges Lambert, éd. Dalloz 2002, p. 243 et s.

(2) Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 2003, 00-22.302, Publié au bulletin;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007047923/>

وقت الدخول: 2023/1/19 05:22 pm

وللمزيد حول هذا الحكم الهام:

J.P.CHAZAL;" L'ultra-indemnisation "une réparation au-delà des préjudices directs, D. 2003, p. 2326 et s; D. GENCY-TANDONNET, L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle, GazPal. 6 mai 2004, n°127, p. 27 et s ; P. JOURDAIN, RTDciv. 2003, p. 716 ; note D. MAZEAUD, La

بهذا الالتزام قضائياً.

ولقد نص هذا الحكم على أنه: " يجب على مرتكب الحادث أن يصلح جميع الآثار الضارة، وأن الضحية غير ملزمة بالحد من ضررها لصالح الشخص المسؤول عن الضرر".

وقد علق أحد الفقهاء على الحكم بقوله "يبدو لنا أنه لا يمكن للضحية - في بعض الحالات- أن تظل سلبية، مع الإفلات من العقاب، وأن تسمح لضررها بأن يتفاقم على حساب الطرف المسؤول، ويجب على القاضي أن يأخذ في الاعتبار خطأ الضحية الذي كان من شأنه أن يمنع وقوعه، أو يسهم في تفاقمه على أقل تقدير⁽¹⁾.

وتماشياً مع ما تم ذكره، رفضت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية فكرة إلزام الضحية بتخفيض ضرره بحكمها المؤرخ 3 مايو 2006، حيث نفت عن ضحية التلوث بفيروس التهاب الكبد الوبائي C أن يتحمل المسؤولية ضد مؤسسة الدم الفرنسية، فقد رفضت محكمة النقض الطعن، مشيرة إلى أن: " رفض (M) الخضوع للعلاجات الموصى بها، لأنه لم يكن ملزماً باتباعها، ولا

passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage, D. 2004, p. 1346 et s. ; S. REIFEGERSTE: La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage, LPA. 17 octobre 2003, n°208, p. 16 et s. Cour de cassation, chambre civile 2, 19 juin 2003, no de pourvoi 01-13289: Bull. Civ. II no 203 (arrêts no 1 et no 2).

⁽¹⁾ Patrice Jourdain dans La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage, RTD Civ. 2003, p. 716.

يمكن أن يؤدي ذلك إلى فقدان أو تقليل حقه في التعويض⁽¹⁾.
وفي 20 يناير 2009 تتابع عدم اعتراف محكمة النقض الفرنسية بهذا الالتزام،
والتأكيد على عدم الالتزام به في حكمها الذي أصدرته الدائرة المدنية الثانية⁽²⁾.
ولكن قد يبدو أن العقيدة الراسخة لدى القضاء الفرنسي برفض الالتزام بتخفيف
الضرر قد اهتزت بالحكم الصادر من محكمة النقض 2011 الذي تقبل فيه خطأ
الضحية، حيث أكد هذا الحكم أن خطأ المؤمن عليه قد أدى إلى تفاقم ضرره⁽³⁾،
مما أمكن معه القول حينها -مجازاً- بأن القضاء الفرنسي لديه نية الاعتراف

(1) Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2006, 05-10.411,
Publié au bulletin;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007051689/>

وقت الدخول: 2023/1/18 03:23 pm

(2) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 22 janvier 2009, 07-
20.878 08-10.392, Publié au bulletin;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020181542>

وقت الدخول: 2023/1/17 03:33 pm

S. SALEH & J. SPINELLI, GazPal. 26 mars 2009, n°85, p. 10 et s;

R. LOIR, La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ?,
D. 2009, p. 1114 et s.

(3) Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 24 novembre 2011,
10-25.635, Publié au bulletin;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024856679/>

وقت الدخول: 2023/1/17 03:39 pm

بالالتزام بتخفيف الضرر.

ولكن في الآونة الأخيرة وفي حكمين في 2014 و 2015 عاد القضاء لتأكيد موقفه السابق في عام 2003 من خلال توسيع طبيعة الضرر القابل للإصلاح، وأن الضحية غير مطالبة بالحد من ضررها لمصلحة الشخص المسئول، حيث قرر أنه لا يمكن إلقاء اللوم على الضحية التي لا تتخذ التدابير المعقولة التي من المحتمل أن تمنع تحقيق الضرر⁽¹⁾.

ولعل الحكمين الأخيرين هما ما جعلتا مشاريع الإصلاح- كاتلاعلى سبيل المثال- حبيسة الأدرج حتى الآن حبراً على ورق، كما أنهما لا يعطيان أي إشارة على تطور قادم في السوابق القضائية بشأن الالتزام بتخفيف الضرر، بل على العكس تماماً.

(1) Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 juillet 2014, 13-17.599;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029194036> ;

وقت الدخول: 2023/1/17 03:45 pm

Publié au bulletin et Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 26 mars 2015, 14-16.011, Publié au bulletin;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000030409444>

وقت الدخول: 2023/1/17 03:53 pm

الفصل الثاني

تأصيل الالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

بادئ ذي بدء فإن المسؤولية المدنية- فيما يتعلق بالسبب والنتيجة- في القانون الفرنسي هي الآلية التي يلتزم بها الشخص بدفع تعويض للمضرور، وبطبيعة الحال يجب على القاضي من خلال فحص علاقة السببية، الإجابة عن مدى قيام علاقة السببية (مدى ارتباط السبب بالنتيجة، أو مدى الارتباط الحاصل بين الفعل والنتيجة) وباختصار يجب عليه بحث وفحص علاقة العلة بمعلولها، والشرط بمشروطه، من ذلك كله يستطيع القاضي أن يحدد قيام علاقة السببية من عدمه، ولا شك أنها عملية فنية يتم فيها تقييم الضرر بشكل ملموس، أي بالنظر إلى الحالة الخاصة بالمضرور، وليس في ضوء معيار مجرد⁽¹⁾.

ويحظر هذا المعيار إعطاء المضرور قيمة إلزامية ثابتة كتلك المحددة بجداول تقييم الإصابات، التي تقيم فيها الإصابات الجسدية " التقييم المتدرج الذي يعين قيمة نقدية، يحددها مقياس معايرة طبية للأضرار"⁽²⁾.

(1) للمزيد حول معايير السببية في النظرية التقليدية:

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 482 وما بعدها. جميل الشراوى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها بند 13. سليمان مرقس، الوجيز في شرح القانون المدني(2)، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964، ص263 وما بعدها، بند 398. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 496، وما بعدها، بند 458. على سيد حسن، فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، 1982، ص 459- 548.

(2) Y. LAMBERT-FAIVRE; Rapport au Garde des sceaux sur

ومن الجدير بلفت الانتباه هنا أنه إذا كان نطاق الضرر الواجب تخفيفه- محل الدراسة- هو الخسارة الاقتصادية الناجمة عن التعدي على حق أو مصلحة للمضرور، وهو يتميز عن الضرر المعنوي الناجم عن الاعتداء على شخصية المضرور⁽¹⁾، إلا أن هذه التفرقة- بلا شك- بين الضرر المادي والمعنوي لم يعترف بها القضاء المصري⁽²⁾، ويتماشي- القضاء المصري- في هذا الشأن مع

l'indemnisation du dommage corporel, juin 2003, La documentation française, p. 31 et s.

(1) في هذا المعنى تقريباً:

نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 446 وما بعدها. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج 1، شركة التايمز للطباعة و النشر المساهمة، بغداد، 1991، ص11.

(2) انظر مثلاً: نص المادة/ 163 مدنى مصرى" كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " وعلى نفس المنوال تقريباً نص المادة 1240 مدنى(المادة 1382 قبل تعديل 2016) والتي تنص على أنه " كل فعل من أفعال الإنسان يلحق الضرر بالآخر يلزم من وقع منه الخطأ بإصلاحه" وكذلك المادة 1241 مدنى فرنسي "كل شخص مسئول عن الضرر الذي تسبب فيه، ليس فقط بفعله ولكن أيضاً بسبب إهماله أو تهوره ."

وكذلك حكم محكمة النقض: من المقرر قانوناً بنص المادة 163 من التقنين المدنى المصري: "أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وحيث إنه عن تقدير التعويض: "فمن المقرر بنص المادة 1/170 من القانون المدنى أنه: "يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 220 - 223 مدنى...". ولقد استقرت محكمة النقض على أن: "يبين من نصوص المواد 170، 221، 222 من القانون المدنى أن الأصل فى المساءلة المدنية أن التعويض عمومًا يقدر بمقدار الضرر المباشر الذى أحدثه الخطأ، ويستوى فى ذلك الضرر المادى والضرر الأدبى على أن يراعى القاضى فى تقدير التعويض الظروف الملازمة للمضرور دون تخصيص معايير معينة لتقدير التعويض عن

التمييز الفرنسي- من الناحية الشكلية- بين الضرر غير المالي والضرر المادي، ويتم التعويض عن الضرر المعنوي الذي نجم عنه إصابة جسدية. وعلى كل حال فكما يشير أحد المؤلفين السويسريين، فإن دراسة السوابق القضائية للمحكمة الاتحادية تبين أن التعويض عن الضرر غير المالي يؤدي إلى منح مبالغ أقل من التعويض عن الإصابات الجسدية⁽¹⁾.

وإن كان القانونان المدنيان المصري والفرنسي لم ينصا- صراحة- على الالتزام بتخفيف الضرر، فقد ساق بعض الفقه الفرنسي مايرر رفض المشرع لهذا الالتزام، غير أن هذه المبررات لم تسلم من الانتقادات، ليس للموقف التشريعي - فحسب- بل كذلك توجيه اللوم للأنظمة القضائية؛ لخلوها من أحكام قضائية تؤيد لفكرة الالتزام بتحمل الأضرار، عكس ما هو عليه الحال في الأنظمة الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر، ففي القضاء السويسري - مثلاً- وفي بعض الحالات، سمحت السوابق القضائية بالتعويض عن الخسارة الاقتصادية الناجمة عن عدم القدرة على أداء نشاط غير مدفوع الأجر، مثل العمل المنزلي⁽²⁾.

الضرر الأدبي، طبقاً للطعن المقيد برقم 1368 لسنة 50 ق. "الطعن رقم 3517 لسنة 62 القضائية" هيئة عامة" جلسة 22 فبراير 1994.

⁽¹⁾L. HIRSCH: Le tort moral dans la jurisprudence récente, in Le préjudice corporel: bilan et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Université de Fribourg, F. WERRO & P. PICHONNAZ (éd.), Stämpfli, Berne, 2009, p. 259-290.

⁽²⁾F. WERRO: Le dommage ménager: notion et calcul, in Le préjudice corporel: bilan et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Université de Fribourg, F. WERRO & P. PICHONNAZ

إذ أنه من الأهمية النظر إلى ذلك الضرر الذي يلحق بالمستقبل الاقتصادي، ومن ثم التعويض عنه؛ لأنه سينجم عنه - مستقبلاً - عدم قدرة المضرور على الانخراط في نشاط مدفوع الأجر⁽¹⁾.

من كل ما سبق، وحتى نتمكن من تأصيل الالتزام بتخفيف الضرر، يجب أن نعرض لبيان التكييف القانوني له أولاً، ثم بيان القوة الإلزامية له ثانياً، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: التكييف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر.

المبحث الثاني: القوة الإلزامية للالتزام بتخفيف الضرر.

(éd.), Stämpfli, Berne, 2009, p. 15-38.

⁽¹⁾F. WERRO: La responsabilité civile, p. 257, n°1019: "L'atteinte à l'avenir économique consiste dans la perte ou la diminution des possibilités de gain du fait de l'atteinte à l'intégrité corporelle".

المبحث الأول

التكليف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

غني عن البيان أن الالتزامات تقسم بحسب الهدف منها إلى: التزام بتحقيق نتيجة، والالتزام بوسيلة (الالتزام ببذل عناية) كما أنه أصبح من الأمور التقليدية التفرقة بين هذين الالتزامين، حيث تؤكد طبيعة العقد نوع الالتزام المنشود، وما إذا كان التزامًا بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية.

وفي هذا الإطار فإن المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي تضع أسس الالتزام بالوسائل والنتيجة حيث تقضي بأن: "العقد اتفاق إرادة شخصين أو أكثر بقصد إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إبطالها"⁽¹⁾.

ومن البديهي أن مفهوم القانون يتحدد بمجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلوك الاجتماعي للأفراد، وأن هذه القواعد تتصف بالعمومية والتجريد، وتقترن بجزء مادي تفرضه السلطة العامة⁽²⁾، كما أنها الوحدات التي يتكون منها القانون، وهي لا تتطابق بالضرورة مع اصطلاح النص القانوني، فهي - القواعد القانونية - قد تكون مكتوبة في إطار نص قانوني، وقد تكون قاعدة عرفية درج

(1) Art. 1101 (Ord. no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016) "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations".

(2) عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، 2008، ص 71.

الناس على اتباعها دون أن تنظم بنص قانوني مكتوب، وقد تستمد من مصادر أخرى⁽¹⁾.

وجدير بالإشارة أنه لتحديد المسؤولية التعاقدية ينبغي معرفة نوع الالتزام، ما إذا كان التزامًا بتحقيق نتيجة أم التزامًا ببذل عناية، ولعله ليس من اليسير - دائمًا - الوصول إلى تلك التفرقة، خاصة وأن القانونين المدنيين المصري والفرنسي (حاليًا) لم يبيئا في معرض التمييز بينهما، متى يكون الالتزام بوسيلة، أو متى يكون بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

ومما لا شك فيه أن القاضي يعد خبيرًا بالقانون، ولا ينتظر من الخصوم أو وكلائهم أن يضيفوا على طلباتهم أوصافًا قانونية محددة، أو يحددوا القاعدة القانونية الأكثر انطباقًا على حيثيات النزاع، ولا يمكن له تفويض الغير في دراسة المسائل القانونية المثارة في الدعوى، ولكن لا يخل بالتزامه في هذا الشأن اللجوء إلى خبراء أكثر منه تخصصًا، دون أن يعد ذلك تفويضًا منه لسلطاته بالنسبة للقانون⁽³⁾.

(1) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل الى القانون، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص 71.

(2) للمزيد حول التفرقة بين هذين الالتزامين: أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة في ظل المسئوليتين الشخصية والموضوعية "دراسة تحليلية قضائية في القانون الفرنسي والمصري"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2، 2009، ص 2 وما بعدها.

(3) نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 291-294. عزمي عبد الفتاح، اساس الادعاء، مرجع سابق، ص 159، وانظر قرار محكمة النقض الفرنسية، نقض مدني صادر في 1951/10/7 مج 1951، 253-283 مشار إليه في المصدر السابق، ص 199، هامش

واستناداً لما سبق، فإن الحديث عن التكييف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر يتطلب أن نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الوصف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر.

المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في الإلزام بتخفيف الضرر.

المطلب الأول

الوصف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر

ولعل من المفيد أن نؤكد أن الالتزام بالوسائل والنتيجة لم يكن موجودًا في القانون المدني الفرنسي لعام 1804، ولعل أطروحة ديموج في القرن العشرين هي أول من بدأت هذا التمييز، وبناءً على ما ورد في المادتين 1137 و 1147 من القانون المدني⁽¹⁾، اللتين تم تعديلهما- تعديل لأرقام المواد مع بقاء النص كما هو - من خلال إصلاح 10 فبراير 2016 إلى المادتين 1197 و 1-1231 فمن خلال نص هاتين المادتين، قد يمكن للقضاة- في بعض الحالات- أن يجدوا ما يستعينوا به على هذا التمييز⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق، ولتقييم معيار التمييز بين الالتزامين(الالتزام بالوسائل

⁽¹⁾René Demogue: Traité des obligations en général. I, Sources des Obligations. Tome 1..Paris (14, rue Soufflot): Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie,. 1923.

⁽²⁾ تنص المادة 1197 مدني فرنسي (1137 سابقًا) على أنه:

"L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable".

وتنص المادة 1/1231 مدني فرنسي (1147 سابقًا) على أنه:

"Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure".

والنتيجة)، يؤسس القاضي نفسه هذا المعيار: إما على إرادة الأطراف (تحدد شروط الالتزام من خلال البنود) أو على الظروف المحيطة بالأداء من العقد (حالات طارئة)⁽¹⁾.

مما سبق، ولبيان الوصف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر يتطلب ذلك أن نقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: مدى مواءمة تطبيق معايير الالتزام بالنتيجة على الالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الثاني: مدى مواءمة تطبيق معايير الالتزام بالوسائل على الالتزام بتخفيف الضرر.

(1) أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة في ظل المسئوليتين الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص3.

الفرع الأول

مدى مواعنة تطبيق معايير الالتزام بالنتيجة على الالتزام بتخفيف الضرر

جدير بالذكر أن الالتزام بتحقيق نتيجة يتحدد مضمونه في تطابق الغاية التي ينشد الدائن تحقيقها مع مضمون التزام المدين، وتماشياً مع ما تم ذكره، ففي عقد البيع- مثلاً- ينشد الدائن (المشتري) من هذا العقد أن تُنقل إليه ملكية الشيء المبيع، وبالتالي فالالتزام البائع (المدين) بنقل ملكية المبيع وتسليمه يتطابق مع تلك الغاية، فيكون عندئذ الالتزام البائع- في هذا الفرض- التزاماً بتحقيق نتيجة⁽¹⁾.

ولئن كان الالتزام بالإعطاء والالتزام بالامتناع عن عمل هما التزامان بتحقيق نتيجة دائماً، فإن نطاق التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية يينغي تحديده-فحسب- في حالات الالتزام بعمل، وبالعودة إلى حكم المادة 215 و216 من القانون المدني المصري، وكذلك المادة 2131 مدني فرنسي(1147 سابقاً)⁽²⁾ يتضح للباحث أن مناط الالتزام بتحقيق النتيجة المطالب به المدين لا

(1) اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 1968، فقرة 19 وما بعدها. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، بند 96 وما بعده، ص 169 وما بعدها. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 15-16.

(2) تنص المادة 215 مدني مصري على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه"، وتنص المادة 216 على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث ضرر أو زاد فيه".

وتنص المادة 2131 مدني فرنسي على أنه: " يلتزم المدين بالتعويض بسبب عدم تنفيذه

يستقيم مع الالتزام بتخفيف الضرر أصلاً؛ لأن:

1- الالتزام بتحقيق نتيجة- سواء في مصر أو في فرنسا- التزم فرضه القانون أو العقد، أو يستطيع القاضي بسهولة استخلاصه من العرف أو من ظروف التعامل.

2- المدين يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام- رغم وجوب هذا الالتزام عليه- إذا ثبت توافر السبب الأجنبي (قوة قاهرة- فعل الغير- فعل المضرور ذاته)، ولا شك أن إثبات توافر السبب الأجنبي أيسر بالنسبة للمدين من تنصله من التزامه بتخفيف ضرر لم يفرض عليه حتماً؛ حيث يكون مرد هذا الالتزام الأخير دائماً سوء نيته في التنفيذ.

مما سبق يرى الباحث عدم مواءمة تطبيق معايير الالتزام بنتيجة على الالتزام بتخفيف الضرر، ويتبقى لنا لمعرفة الوصف القانوني للالتزام بتخفيف الضرر- الخاص بموضوع الدراسة-البحث حول مدى مواءمة تطبيق معايير الالتزام بالوسائل عليه، كما سنرى في الفرع التالي.

لالتزامه، أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ، ولو لم يكن هناك سوء نية من جانبه، مادام أنه لم يثبت أن عدم التنفيذ إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه".

الفرع الثاني

مدى مواعنة تطبيق معايير الالتزام بالوسائل على الالتزام بتخفيف الضرر

إن الأصل في الالتزام بالوسائل أن يلتزم المدين بتوفير الوسائل اللازمة لأداء التزاماته، التي قد تتمثل في المحافظة على الشيء، أو إدارته، أو أن يتوخى الحذر في تنفيذ التزامه، فالمدين يوفي بالالتزام الملقى على عاتقه إذا بذل في تنفيذه عناية الرجل العادي، ولو لم يتحقق الغرض المطلوب، هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار، فقد أقر الفقه في الواقع أنه من حيث الالتزام بالوسائل يمكن للمدين أن يعفي نفسه من مسؤوليته أملاً في الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به⁽²⁾، لذلك يتوجب على الدائن أن يقدم دليلاً على أن المدين قد ارتكب خطأ (عمداً أم لا: وخرقاً، وإهمالاً، أو إهمالاً جسيماً) هذا بحانب إثباته توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

ومن الجدير بالإشارة إليه أن القانون المدني الفرنسي كان (قبل تعديل 2016) يقيم التمييز بين الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة على أساس مضمون الالتزام، فيكون التزاماً بنتيجة عندما يتعهد المدين بالحصول على نتيجة محددة، وقد أشارت أحكام الفقرة 1 من المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي إلى الالتزام بتحقيق نتيجة بقولها: "عندما يكون المدين مطالباً، إلا في حالة القوة القاهرة،

(1) تنص المادة 206 مدني مصري: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

(2) أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة في ظل المسئوليتين الشخصية والموضوعية، مرجع سابق، ص5.

بتقديم الترضية الموعودة للدائن " وعلى العكس من ذلك، سيكون هناك التزام بالوسائل عندما يكون المدين قد وعد بوضع نشاطه في خدمة الدائن، ولكن دون ضمان الحصول على هذه النتيجة وفقاً للمادة 1149 الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت على أنه: "عندما يكون المدين مطالباً فقط بالعناية والاجتهاد اللازمين عادة لتحقيق هدف معين".

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر رقم 2016-131 المؤرخ 10 فبراير 2016 الذي حدد عناصر الإصلاح-الأخير- لقانون الالتزامات، لم يقدّم فيه المشروع بتدوين أو تحديد تعريف للالتزام بالوسائل أو النتائج.

وبالرجوع إلى نص المادة 211 من القانون المدني المصري يتبين أنها قد أشارت إلى الالتزام بالوسائل ليس على سبيل التحديد القاطع، وإنما على سبيل المثال، وذلك بقولها: "1- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام، إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ".
من كل ماسبق يتضح للباحث أن القانون المصري ومن قبله الفرنسي لم يوضعا الوصف القانوني الجازم للالتزام عامة، وكما يقول أحد الفقهاء " لا يحدد القانون الوصف القانوني إلا نادراً" ⁽¹⁾، أما الفقه فقد اقترح معياراً للتمييز بين هذين

(1) Bénabent A., Droit civil, les obligations, Montchrestien; 2001; N°411 P.282.

النوعين من الالتزامات، يتمثل في مدى ارتباط الأداء الذي يلتزم به المدين بالغاية المنشودة من وجود الالتزام، فإذا تطابق التزام المدين مع الغاية من الالتزام، كان التزامًا بتحقيق نتيجة، وإذا لم يتطابقا كان التزامًا ببذل عناية، أما التطبيقات القضائية (سواءً الفرنسية أو المصرية) فهي غير ثابتة ويعتريها الغموض والتناقض كثيرًا إلى حد يصعب معه الحكم بوجود معيار واحد محدد يمكن التعويل عليه في هذا الشأن⁽¹⁾.

وما يعيننا في هذا المقام أن الالتزام بتخفيف الضرر لا يمكن تحديد تصور قانوني له - بشكل مقبول - إلا عندما يوجبه نص قانوني⁽²⁾، وأن مبدأ حسن النية

(1) للمزيد حول هذه التطبيقات:

أسامه، الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة، مرجع سابق، ص 273 وما بعدها.

(2) من ذلك مثلاً: المادة 341 من التقنين المدني المجري التي تقضي بأن: " 1_ في حالة وجود خطر أحدث ضررًا يجوز للشخص المعرض للخطر أن يطلب من المحكمة منع الشخص الذي يهدده من الانخراط في سلوك خطير، أو إلزامه باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الضرر وتوفير الأمن إذا لزم الأمر. 2- يجب تطبيق هذه القاعدة حتى لو كان خطر الضرر ناتجًا عن نشاط اقتصادي غير عادل".

القانون المدني المجري الصادر بالمرسوم رقم 11 لعام 1960 والمرسوم رقم 2 لعام 1978:

<https://www.c3.hu/~civital/PTK.html>.

وقت الدخول: 2022/9/22، 04:59 م.

وكذلك المادة /441 من التقنين المدني التشيكوسلوفاكي التي تقضي بذات المعنى تقريبًا " يتحمل الطرف المتضرر الضرر نسبيًا إذا كان الضرر ناتجًا عن خطئه ويتحمل كل الضرر إذا كان الضرر ناتجًا عن خطئه وحده ". القانون المدني التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ 26 فبراير 1964 - البوابة القانونية والمعلوماتية - تشيكوسلوفاكيا:

https://www.slovlex.sk/pravnepredpisy/SK/ZZ/1964/40/vyhlasene_zne

التعاقدية يفرض على وجه العموم التزامًا باتخاذ الوسائل المعقولة للتخفيف من أضراره.

ولذلك يرى الباحث أن الالتزام بتخفيف الضرر لا يكون إلا التزامًا ببذل عناية، ولقد أكد ذلك أحد الفقهاء الكنديين⁽¹⁾، حيث يرى أن المنطق الكامن وراء الالتزام بتقليل الضرر في القانون المدني هو أن ضحية الخطأ لا يمكن أن يجلس على يديه دون بذل جهد لتجنب التعرض للأذى، ومع ذلك فإن التزامه هذا التزامًا بالوسائل وليس بالنتائج، ولقد استند-هذا الفقيه- إلى حكم محكمة الاستئناف بمقاطعة كيبيك (الكندية) 2011، والذي أكد في البند 26 منه على أن: " الالتزام بتخفيف الأضرار يشكل التزامًا بالوسائل وليس التزامًا بنتيجة"⁽²⁾.

[nie](#)

وقت الدخول: 2022/9/22، 05:37 م.

(1) par Karim Renno :Irving Mitchell Kalichman s.e.n.c.r.l.;

<http://www.abondroit.com/2014/09/payer-pour-mitiger.html#more> ;
<http://www.abondroit.com/2013/09/lobligation-de-mitiger-ses-dommages-est.html>.

وقت الدخول: 2022/9/22، 05:56 م.

(2) حكم محكمة الاستئناف بمقاطعة كيبيك الصادر في 23 سبتمبر 2013 والذي استئناف حكم المحكمة العليا بمقاطعة مونتريال الصادر في 18 يوليو 2011:

Europe Cosmétiques inc. c. Locations Le Carrefour Laval inc. (2013 QCCA 1633); <https://soquij.qc.ca/a/fr>

وقت الدخول: 2022/9/22، 06:59 م.

المطلب الثاني

مدى سلطة القاضي في الإلزام بتخفيف الضرر

لعله من المفيد هنا أن نشير إلى ما أكده بعض الفقه من أن العقد يفقد سبب وجوده إذا خيم عليه الشك باستمرار، أو إذا أمكن للقاضي باسم المنفعة العامة أو العدالة تعديل شروطه بطريقة تحكيمية⁽¹⁾.

ومن نافلة القول أن النظام القضائي تسوده قاعدة أن المحكمة تعلم القانون وهي ملزمة بتطبيقه، فهي ملزمة بإعمال قواعد القانون على العقود كافة فيما يعرض على قضاتها من منازعات مما يدخل في نطاقها⁽²⁾، حتى لو لم يطلب الخصوم

(1) Gounot E: Le principe de l'autonomie de la volonté", Thèse, Dijon, 1912, p. 387 et 388.

نبيل ابراهيم سعد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 226-227.

(2) المادة 12 من قانون المرافعات الفرنسي:

Article 12: "Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas

ذلك، ولا يحق لها الامتناع عن الحكم بحجة غموض القانون، أو فقدان النص أو نقصه، وإلا عُد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق.

ولا بد من التأكيد على أن القاعدة القانونية بجميع عناصرها لا تعد من مسائل الواقع، حتى إذا كانت في أصل وضعها التشريعي عبارة عن أنموذج لما يتصوره المشرع من وقائع يراد حكمها بهذه القاعدة، وهذا ما يبرر أن القواعد القانونية بمجرد صدورها ونفاذها تنفصل عن الواقع الذي استمدت منه وجودها وتسمو عليه؛ لاكتسابها صفات خاصة تتمثل بالعمومية والتجريد والإلزام، وتظل بوصفها المتقدم صالحة لحكم الواقع الذي يمثل مجرد فروض خاصة تفتقد لصفة العمومية، ولا يمكن إعطاؤها مدلولاً مجرداً عن الزمان أو المكان؛ لأنها تفتقر لوجود عناصر عديدة لا يمكن حصرها، وتختلف باختلاف النشاط الإنساني⁽¹⁾.

واستخلاصاً لما سبق، فإنه يترتب على قاعدة علم القاضي بالقانون التزامه أولاً: بالبحث بنفسه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ولا تعفيه الصعوبات الناتجة عن تعدد التشريعات وتشابكها، أو غموضها، أو نقصها من هذا الالتزام، وكذلك يترتب عليها التزامه ثانياً: بالعلم بمضمون القاعدة القانونية من خلال تفسيرها باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع⁽²⁾.

spécialement renounce". Modifié par Conseil d'Etat 1875, 1905, 1948 à 1951 1979-10-12 Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres, JCP 1980, II, 19288.

(1) أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص 18-19.

(2) Bellet: La Cour De cassation française, Rev.snt dv, comp 1978.

وبناءً على ذلك يرى الباحث أن الخصوم يملكون تقديم ادعاءاتهم بالإلزام بتخفيف الضرر، وإسنادها إلى مجموع الوقائع وتوضيحها للمحكمة، دون الالتزام بتحديد القاعدة القانونية التي تنطبق على هذه الوقائع، وعلى القاضي من خلال إعمال مبدأ الموازنة المفروض عليه في سبيل تحقيق مواد القانون، أن يتوصل من خلال تفسير العقد إلى التكيف المناسب، فللقاضي-هنا- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وله كذلك أن ينقص من الالتزام المرهق ذاته، واتخاذ ما يلزم لقبول الادعاء بتخفيف الضرر الذي قدمه الخصوم، ولو اقتضى ذلك تعديل العقد، إلا أنه لا يستطيع تعديل عناصر الدعوى المتمثلة بالسبب أو المحل أو الأشخاص⁽¹⁾.

ويستند الباحث فيما توصل إليه إلى أن القاضي يتوجب عليه الفصل في المنازعات المعروضة عليه طبقاً لمنظور التفسير المتطور للنص القانوني ومراعاة الحكمة من تشريعه، حتى إذا لم يستند الخصوم إلى أساس قانوني معين لهذا المنظور، أو إذا لم يطلبوا صراحة تطبيقه، سيما وأن قواعد قانون المرافعات تتضمن نوعاً من القواعد القانونية يتوقف تطبيقها على إرادة الخصوم، ومثالها قواعد الدفوع الشكلية النسبية المتعلقة بالدفوع بعدم اختصاص المحكمة المكاني

(1) في هذا المعنى تقريباً:

نبيل سعد، مصادر الالتزام، مرجع السابق، ص 292. الأنصاري حسن النيداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 1-2. أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 22. وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، 1978، ص 202.

وإبطال عريضة الدعوى⁽¹⁾، فهذه القواعد لا يلتزم القاضي بتطبيقها إلا إذا تمسك بها الخصوم؛ لأنها غير متعلقة بالنظام العام، وفيما عدا هذه القواعد الشكلية يجب على القاضي في حدود الوقائع المثارة استخدام خبرته وفهمه العملي، والنظر في الموضوع على أوجه مختلفة؛ للوصول إلى الوصف القانوني الصحيح، دون الاستناد إلى نص معين أو تكييف طرحه الخصوم؛ لأن ما يقدمه الخصوم في هذه الخصومة لا يعدو قيمة المقترحات غير الملزمة⁽²⁾،⁽³⁾.

ويستطيع القاضي استبدال النصوص لتصحيح الأخطاء القانونية التي ارتكبتها الخصوم أثناء عملية التفسير لبند العقد المدني، ولكن بشرط عدم المساس بالوقائع التي عرضها الخصوم، واحترام مبدأ المواجهة فيما يقدمه من تلقاء نفسه من مسائل القانون⁽⁴⁾.

ولابد من التأكيد على أن الالتزام بتخفيف الضرر قد يفرضه العرف في كثير من الأحيان، لذلك فإنه من الأمور المهمة عند أعمال القاضي لمبدأ الموازنة أن يكون على دراية بمعرفة هذا العرف، ويستطيع إثارته من تلقاء نفسه، ولا يعد

(1) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط6، بلا ناشر، 1980، ص 170، وانظر في تفصيل ذلك منذر الفضل. خالد الزغبى، المدخل الى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998، ص 47-52.

(2) عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 203.

(3) Vincent Jean serge Guinchard: Procédure civile. 23e édition, Librairie La MASSENIE à MONTOLIEU, 1994, p.367.

(4) ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 571.

تدخلاً منه في ميدان الوقائع⁽¹⁾، ويجب عليه تطبيقه حتى إذا لم يتمسك به الخصوم أو لم يحاولوا إقامة الدليل على وجوده ومحتواه⁽²⁾.

ويجب الأخذ في الحسبان أن الصعوبات العملية تعترض الفكرة المتقدمة لاعتبارات متعددة، منها اختلاف الأساس الفني لتكوين العرف عن تكوين التشريع، لذا فإن القاضي إذا كان لا يعذر بجهله بالقانون، فإنه يعذر بجهل تفصيلات العرف وجزئياته الكثيرة، وتفادياً لذلك يستطيع - القاضي - أن يطلب ممن يحتج بالالتزام بتخفيف الضرر من الخصوم، أن يقيم الدليل على وجوده وإثباته بكل وسائل الإثبات⁽³⁾.

خلاصة القول:

يرى الباحث أن للالتزام بتخفيف الضرر دوراً أخلاقياً اجتماعياً يهدف إلى تحقيق غرض القانون وهو العدالة، وإذا ما حدث انحراف في إرادة الأطراف عن تحقيق هذا الهدف الاجتماعي الأخلاقي، انحرف الالتزام - ذاته - بأن أصبح غير عادل، مما سيتوجب معه تصحيح هذه الإرادة - المنحرفة - باستبدالها وإحلال وسيلة أخرى أكثر قدرة على تحقيق العدالة، وهذه الوسيلة تكون قضائية؛ حيث

(1) أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984 - ص 68-75.

(2) توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1982، ص 36-37. عبد القادر الفار، المدخل الدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة، عمان، 1994، ص 87.

(3) عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، دون ناشر، 1960، ص 321. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتميز، دار الحكمة، بغداد، 1991، ص 83.

تحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين في تحقيق العدالة، ولذلك فحكم القاضي ينشئ التزامًا قضائيًا بتخفيف هذا الضرر، ويكون حكمه مصدر هذا الالتزام، ويستند في فرض هذا الالتزام إلى سلطته التقديرية، وليس إلى إرادة المتعاقدين أو العقد، وهنا يكون تدخل القاضي له ما يبرره، ولا يعد عمل القاضي - هنا- خروجًا عن إرادة المتعاقدين ورغبتهما، بل يجري استنادًا إلى هذه الرغبة.

وتجدر الإشارة إلى أن فرض القاضي هذا الالتزام لا يمكن إعماله إلا في الحالات المغالى فيها، لمخالفتها الحدود والقيود القانونية، وبالقدر الذي يملك فيه القاضي سلطة تقديرية إزاء هذا الالتزام.

المبحث الثاني

القوة الإلزامية للالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

لعله من الصائب-هنا- معرفة مدى القوة الإلزامية للالتزام بتخفيف الضرر أو مدى إمكانية تطبيقه، وإذا كنا قد انتهينا من أن هذا الالتزام ليس له سند تشريعي صريح يوجبه، سواءً في القانون المدني المصري أو الفرنسي، فمن الأهمية بمكان أن نتساءل، من أين يستمد هذا الالتزام قوته؟

غني عن البيان أن الالتزامات في عمومها تتطلب- غالباً- إرادة المشرع الصريحة بالنص عليها في قالب القاعدة القانونية المكتوبة، وحيث خلت نصوص القانونين المدنيين المصري والفرنسي من الالتزام بتخفيف الضرر، فهل من الممكن القول بأن هذا الالتزام يستمد قوته من إرادة المشرع الضمنية، والتي يمكن استخلاصها من نصوص في القانون المدني تحت على هذا الالتزام- ضمناً- دون النص الصريح عليه؟ أو من تلك التي يمكن استخلاصها في بعض الحالات من نصوص قانونية صريحة للمشرع في أنظمة قانونية أخرى أكد فيها المشرع صراحة على الالتزام بتخفيف الضرر، ولكن هذه النصوص ربما تكون قد وردت على سبيل الاستثناء.

وهل من الممكن القول بأن هذا الالتزام مرجعه ضمير الجماعة، أو الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده وصولاً لاستقرار المعاملات؟ وبالتالي يستطيع القاضي من خلال سلطته التقديرية إلزام أحد المتخاصمين به، وهل إذا فعل القاضي ذلك عُد تدخله بمنزلة تعديل للعقد؟

ولما كان ذلك كذلك، فإن الحديث عن القوة الإلزامية للالتزام بتخفيف الضرر، أو

إمكانية وجوب الالتزام بتخفيف الضرر، يتطلب منا التعرض لبيان مدى فعالية الاعتبارات التي تستوجب فرض هذا الالتزام، ثم التعرض لبيان ما إذا كانت هناك معوقات لفرضه، ومدى فاعليتها إن وجدت، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مدى فعالية الاعتبارات الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر.

المطلب الثاني: مدى فعالية الاعتبارات الراضية للالتزام بتخفيف الضرر.

المطلب الأول

مدى فعالية الاعتبارات الموجبة للالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

إذا كنا قد انتهينا في نهاية المبحث السابق إلى ضرورة التمسك بالالتزام بتخفيف الضرر؛ لما له من دور أخلاقي واجتماعي، فالتساؤل الذي يطرح نفسه هنا، هل اللجوء إلى المعيار الخلفي والضرورة الاجتماعية يعطيان لهذا الالتزام قوة وجوبية؟ وعلى نفس المنوال، هل التطور الاجتماعي أو فكرة الأخلاق بذاتها كفيلة لرفع هذا الالتزام إلى مرتبة المبدأ العام دون نص صريح يكرسه؟ ولتوضيح ذلك فإن مجال القاعدة الأخلاقية-واقعيًا- أكثر اتساعًا من المجال المحدد للقاعدة القانونية، فهي تتناول الواجبات كافة، القانونية منها وغير القانونية، فضلًا عن أنها ليست بحاجة إلى تقنية معينة لظهورها أو لتأمين العمل بها، فالطبيعة الإنسانية هي التي تضع الواجبات العامة المجردة، بخلاف القاعدة القانونية التي لا يمكن فرضها على مجتمع إلا عن طريق السلطة العامة الممثلة لذلك المجتمع بعد وضعها في شكل معين.

ومن هذا المنطلق، فلما كانت القاعدة الأخلاقية ليست ملزمة إلا لجهة الضمير، فإنه يترتب على ذلك - في حقل البحث الذي نحن بصدده- أن اللجوء إلى القواعد الأخلاقية لا يمكن معه إقرار الالتزام بتخفيف الضرر؛ فعلى المستوى العملي فإن قواعد الأخلاق لن تقوى على الإلزام بهذا الالتزام؛ لأن جزاء مخالفتها- قواعد الأخلاق- يتمثل في لوم النفس وتأنيب الضمير، وهذا مما لا شك فيه لن يعطي للالتزام بتخفيف الضرر معشار القوة المعطاة للقاعدة القانونية؛ فهي إلزامية التطبيق، ويتوجب على الأفراد طاعتها، والخضوع

لأحكامها، ويترتب على مخالفتها جزاء معين توقعه السلطة العامة.

وفي نفس الصدد لا يمكن الاستناد إلى فكرتي التطور الاجتماعي والحق؛ فإنه وإن كان دورهما مقتصرًا على تلك الحالة التي يغيب فيها التشريع عن معالجة الفرض المطروح، إلا أن تلك الفكرتين لا تحتلان مفهومًا محددًا واضحًا يمكن الوقوف عليه، وإنما هما من جملة الأفكار التي يعترها الغموض عند محاولة إبرازها، وكذلك عند محاولة تحديد مضمونها، مما يترك المجال مفتوحًا لاستتساب القضاء (سلطته التقديرية).

وإذا كانت القاعدة الفقهية تقرر بأن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، إلا أنه يمكن - حسب اجتهاد الباحث - الإلزام بالالتزام بتخفيف الضرر قياسًا على الحالات الخاصة التي نظمها المشرع بنصوص مستقلة في القانون المدني، والتي قرر فيها فرض هذا الالتزام المترتب على التصرفات القانونية التي تخالف أحكام القانون، دون أن يبنى ذلك على تحرى قصد المتعاقدين، ففي هذه الحالات يقضي القانون بإبقاء المعاملة كما اتفق عليها أطرافها، مع الإشارة إلى تخفيف الضرر في حال حدوثه، ولنضرب على ذلك بعض الأمثلة في القانونين المدنيين المصري والفرنسي، نستخلص منها رغبة المشرع الضمنية في الالتزام بتخفيف الضرر، ثم نتطرق إلى أمثلة النصوص الصريحة التي أوجبت الالتزام بتخفيف الضرر على سبيل الاستثناء في قليل من الأنظمة المصرية والفرنسية على النحو التالي:

الفرع الأول: أمثلة ضمنية للالتزام بتخفيف الضرر في القانونين المدنيين المصري والفرنسي.

الفرع الثاني: أمثلة قانونية صريحة للالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية المصرية والفرنسية.

الفرع الأول

أمثلة ضمنية للالتزام بتخفيف الضرر في القانونين المدنيين المصري والفرنسي
لعل المثال الأوضح للالتزام بتخفيف الضرر ما قضت به المادة 224 من
القانون المدني المصري⁽¹⁾، من أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في
حالتين: إحداهما: إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، وثانيهما: إذا
أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة
كبيرة⁽²⁾، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيف الضرر بتخفيض الشرط الجزائي
إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الذي وقع⁽³⁾، ومن ثم تكون للقاضي سلطة
في تقدير التعويض بقدر الضرر الذي لحق بالدائن.

ومن أمثلة الشرط الجزائي الذي يتضمن التزاماً بتخفيف الضرر، ما نص عليه
في عقد المقاولات من إلزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية يتأخر
فيها عن إتمام العمل الذي تعهد به⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 224 من القانون المدني المصري على أنه: " 1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. 2- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. 3- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

(2) ابراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت، 1998، ص 68.

(3) أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 72.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970، ص 870. أنور سلطان، جلال العدوي،

ومن أمثلة الالتزام بتخفيف الضرر كذلك، إنقاص الفائدة المشتركة إن زادت عن الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، فالمقترض بفائدة 10% مثلاً لا يلزم إلا بفائدة 7% وفقاً للمادة 227 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وكذلك من الأمثلة التشريعية المدنية التي تحوي في طياتها هذا الالتزام، ما نصت عليه المادة/ 163 مدنى مصرى: " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " .

وعلى نفس المنوال- تقريباً- المادة 1240 مدني(المادة 1382 قبل تعديل 2016) والتي تنص على أنه: " كل فعل من أفعال الإنسان يلحق الضرر بالآخر يلزم من وقع منه الخطأ بإصلاحه"، وكذلك المادة 1241 مدني فرنسي: " كل شخص مسئول عن الضرر الذي تسبب فيه، ليس فقط بفعله ولكن أيضاً بسبب إهماله أو تهوره "⁽²⁾.

رابطة الالتزام، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1968، ص202.

⁽¹⁾ تنص المادة 227 من القانون المدني المصري على أنه: "1- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد، سواءً أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشتترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فالمائة، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر.2- وكل عمولة أو منفعة أيًا كان نوعها، اشتراطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليه على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقة يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة".

⁽²⁾ Article 1240: "Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 art.2" Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

الفرع الثاني

أمثلة قانونية صريحة للالتزام بتخفيف الضرر في بعض الأنظمة القانونية المصرية والفرنسية

كما أشرنا -سابقاً- بوجود السند التشريعي الصريح للالتزام بتخفيف الضرر سواءً في مصر أو فرنسا، ولعل المثال الأوضح له تشريعياً ما أشارت إليه المادة(12) من قانون التأمين الإلزامي المصري رقم 72 لسنة 2007⁽¹⁾ بقولها: يلتزم المؤمن له أو من ينوب عنه بإبلاغ شركة التأمين بالحادث الذي تسببت فيه المركبة والموجب للتعويض وفقاً لهذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوعه، وعليه أن يتخذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة لتجنب تفاقم الأضرار الناجمة عنه، كما يلتزم بأن يقدم إلى شركة التأمين جميع الأوراق والمستندات المتعلقة بالحادث حال تسليمها له، وإذا أخل المؤمن له بأي من التزاماته المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين فلشركة التأمين الرجوع عليه بالأضرار التي تصيبها نتيجة ذلك، ما لم يكن التأخير مبرراً".

وفي نفس الصدد نجد المادة 172-3 من قانون التأمين الفرنسي، قد نصت على الالتزام صراحة بتخفيف الضرر، وبضرورة أن يفعل الطرف المؤمن له كل شيء لتقليل الضرر، وفرضت في المادة 172-2 على عدم الاستجابة لذلك الالتزام

Article 1241, "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

⁽¹⁾ قانون التأمين الإلزامي عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع داخل جمهورية مصر العربية الصادر بتاريخ 29 / 5 / 2007.

عقاباً بإمكانية إنهاء العقد⁽¹⁾، وفي نفس الصدد (إمكانية إنهاء عقد التأمين) تقضي المادة 750 من القانون المدني المصري ببطالان الشروط التعسفية في عقد التأمين مع بقاء التأمين ذاته، فتظل شركة التأمين ملزمة بتأمين الخطر مع إلغاء الشروط التعسفية التي قد تفرضها الشركة على المؤمن له⁽²⁾.

(1) Code des assurances, Dernière modification: 2022-10-01, Édition: 2022-10-02, Article L172-3 ; "Toute modification en cours de contrat, soit de ce qui a été convenu lors de sa formation, soit de l'objet assuré, d'où résulte une aggravation sensible du risque, entraîne la résiliation de l'assurance si elle n'a pas été déclarée à l'assureur dans les trois jours où l'assuré en a eu connaissance, jours fériés non compris, à moins que celui-ci n'apporte la preuve de sa bonne foi, auquel cas il est fait application des dispositions du deuxième alinéa de".

Article L. 172-2. ; " Si cette aggravation n'est pas le fait de l'assuré, l'assurance continue, moyennant augmentation de la prime correspondant à l'aggravation survenue. Si l'aggravation est le fait de l'assuré, l'assureur peut, soit résilier le contrat dans les trois jours à partir du moment où il en a eu connaissance, la prime lui étant acquise, soit exiger une augmentation de prime correspondant à l'aggravation survenue".

(2) تنص المادة 750 من القانون المدني المصري على أنه: " يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية. 2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو

المطلب الثاني

مدى فعالية الاعتبارات الراضية للالتزام بتخفيف الضرر

تمهيد وتقسيم:

لا مناص من القول بأن أي محاولة تهدف إلى إيجاد تبرير قانوني للسماح بالالتزام بتخفيف الضرر ستصطدم بتصلب قضائي رافض لهذا الالتزام، ولعل مرد ذلك - في نظر الباحث - ثلاثة أنواع من الاعتبارات (الفرضيات)، أولهم: ناتج عن عدم وجود نص قانوني يكرس ذلك الالتزام، ووجود نصوص مقابلة له تحث على ضرورة الثبات العقدي، وثانيهم: الحرص على استقرار المعاملات الخاصة، وعدم المساس بالإرادة التي أوجدتها، إلا في حالات استثنائية، وثالثهم: حق الدائن في طلب التنفيذ الكامل للعقد.

ولا شك أن هذه الاعتبارات (الفرضيات) تحمل في طياتها تأييداً للاتجاه القضائي المعتمد في رفض أي إلزام من خارج الإرادة العقدية¹، حتى لو كانت الظروف الواقعية تبرر ذلك الإلزام أو تدعو له، وأن ذلك الإلزام من عمل المشرع، وليس من عمل القضاء، مما يستوجب إيجاد نص قانوني يجيز ذلك الإلزام.

في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان والسقوط.4- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.5- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

¹ سبق التعرض لهذه الاتجاهات عند دراسة موقف الاتجاهات القضائية المصرية والفرنسية من الالتزام بتخفيف الضرر، ص

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه: هل هناك - فعلاً - قاعدة قانونية تمنع على القضاء تطبيق واجب الإلزام بتخفيف الضرر فيما يعرض عليه من نزاعات يظهر فيها الاختلال الواضح في موجبات العقد نتيجة عدم تحمل أحد طرفيه الضرر لأقصى درجة ممكنة؟ وهل أن القضاء الذي امتنع عن تطبيق ذلك الالتزام قد امتنع عنه في الحالات العادية، أم الامتناع من حيث المبدأ سواءً أكان في ظروف عادية أم ظروف فجائية واستثنائية؟

والوقوف على مدى فعالية الاعتبارات السابقة يتطلب منا تقسيم هذا
المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر لعدم وجود نص قانوني يفرضه.

الفرع الثاني: مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر حرصاً على استقرار المعاملات.

الفرع الثالث: مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر استناداً إلى حق الدائن.

الفرع الأول

مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر لعدم وجود نص قانوني يفرضه

الفرض هنا- على عكس ما يراه الباحث- أن في إقرار الالتزام بتخفيف الضرر كثيراً من التشدد، يرفضه الواقع العملي، ولا يقبله الواقع القانوني؛ ومرد ذلك أنه ليس هناك نص في القانون المدني يوجب الالتزام بتخفيف الضرر، وإنما هناك -بمفهوم المخالفة- نصوص متقابلة: كإعمال العقد وفقاً لنطاقه الإرادي المحدد مسبقاً، وطوارئ العقد المحددة مسبقاً، والإبطال لعيب في التكوين، والمسئولية العقدية للإخلال بالتنفيذ، والفسخ والانفساخ كنتيجة للإرادة الصريحة أو الضمنية أو القوة القاهرة... إلخ تلك النصوص التي تقابل-ظاهرياً- الالتزام بتخفيف الضرر.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: أليس من حدود أخرى عليا محسوسة خارج تلك النصوص الآمرة أو النظام العام والآداب تقف أمام تلك الإرادة؟

ومن هذا المنطلق يرى الباحث أن في إخضاع النصوص القانونية المقابلة للالتزام بتخفيف الضرر لتلك الحدود العليا (متطلبات العدالة) استقامة للأمر؛ حيث تحتوى تلك الحدود على حقوق ذاتية أعم وأشمل من تلك الحقوق الموضوعية التي وضعت تلك النصوص القانونية أحكامها⁽¹⁾، وإذا كانت القاعدة الفقهية تقرر بأنه "لا يصار إلى الترجيح ما دام الجمع ممكناً" فإن المجال-هنا-

(1) للمزيد حول العلاقة بين الحق الوضعي والذاتي:

Ghestin et Goubeaux. Droit civil Introduction générale. Paris. 1977. n° 172 et s. Riskallah (Nouhad). Introduction à l'étude de droit. Beyrouth. 1984 p. 19 et s.

يتسع للجمع بين هذه المبادئ والحدود العليا وأي نص من تلك النصوص، فعلى سبيل المثال يمكن الجمع بين القوة القاهرة كسبب للانفساخ وبين وجوب الالتزام بتخفيف الضرر، ما دام أن هذا الضرر قد نتج عن سوء نية أو غش أو إهمال أو غيرها من الأسباب التي تعمد فيها إرادة أحد الأطراف إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، حتى وإن احتوت ظروف وقوع الضرر على قوة القاهرة.

ومن هنا فالقضاء وإن كان ملزمًا بتطبيق تلك النصوص القانونية الموضوعية، إلا أنه ملزم-أيضًا- بالخضوع إلى اعتبارات العدالة، أو ما يسمى بالعدل التبادلي، والعدل التبادلي في وظيفته: " هو العدل الذي يسود في العلاقات بين الأفراد، سواءً أكانت تلك العلاقات تعاقدية أم غير تعاقدية، أيًا كان مصدرها"⁽¹⁾.

ويضيف الباحث أن إقرار الالتزام بتخفيف الضرر يحتاج منّا ألا نغض أعيننا عن كون كل اختلال في التوازن العقدي هو اختلال بالعدالة يجب إزالته، نستند في ذلك إلى أن " مبدأ حسن النية" قد أصبح من المبادئ القانونية الراسخة التي ترتقي به إلى درجة المبدأ القانوني العام، وأن هذا المبدأ كأثر أخلاقي لا يحتاج إلى إيضاح، ولكن - ربما - يحتاج أثره القانوني - المترتب على الأخذ به - إلى ذلك الإيضاح؛ لكونه مفهومًا قانونيًا غامضًا يبتعد عن كل تحديد، فليس لعناصره مفهوم ثابت ومحدد يمكن العودة إليه كمبدأ في التطبيق التشريعي والقضائي.

ولكن لا يفوتنا أن نشير إلى أن مبدأ حسن النية يستمد وجوده من الواقع التشريعي ذاته، ومن التطبيقات القضائية نفسها، فقد يكون حسن النية أساسًا في تكوين العقد؛ وعليه يكون كل كتمان أو سكوت يوقع الطرف الآخر في التعاقد أو

(1) توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، مؤسسة المعارف

للطباعة والنشر، 1957، ص 143-144.

جهل بالشروط الحقيقية للعقد، يشكل عيباً في تكوين ذلك العقد، نفس الحال بالنسبة لحسن النية في عيوب الرضا؛ فلا يجوز التمسك بعيب الغلط على وجه يتعارض مع حسن النية، وكذلك يعد حسن النية أساساً في آثار العقد، فهو مبدأ أساسي يحكم تفسير العقد وتنفيذه⁽¹⁾، كما لا ينبغي تجاهل هذا المبدأ كمصدر

(1) للمزيد حول أثر مبدأ حسن النية وتطبيقاته:

(1) في الفقه العربي:

عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القانون العربي، محاضرات مطبوعات كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 1971، ص 175 وما بعدها. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 285-286. سمير تتاغو، الالتزام القضائي، ط الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص 314. عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010. محمود شعبان البكري خليل، مبدأ حسن النية وأثره في عقد البيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2012. محمد جمال عيسي، حسن النية في العقود، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ع23، 2008.

(2) في الفقه الفرنسي:

A.KARIMI:Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit ,T306 ,L.G.D.J, paris ,2001. GEORGES RIPRET. La règle morale dans les obligations civiles ;4 ème éd , LGDJ.paris.1949. R. Vouin , La bonne foi ,notion et rôle actuels en droit privé français , L.G.D.J, paris,1939. Vermelle:Droit civil, Les contrats spéciaux,3 ème édition ,D, Paris,2000.

Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, 1988.

معتمد عند تقدير التعويض وإلى غير ذلك، ونظرًا لأهمية الأثر المترتب على مبدأ حسن النية، نجد أنه من الأهمية أن يضع المشرع له تعريفًا في الدرجة لا في المبدأ، وأن يراعي القضاء ذلك المضمون من خلال ملاحظة العادات، وبشكل أعم ملاحظة التعامل التعاقدية والجدي⁽¹⁾.

وأخيرًا يرى الباحث أنه لا يمكن قبول الفرض بعدم وجود نص قانوني لرفض الالتزام بتخفيف الضرر؛ فهذا الالتزام يفرضه مبدأ حسن النية كأثر من آثاره، كما أنه من المفترض وجوده في كل تعاقد، فمثلًا: إذا كان تحقيق الربح وعدم حصول خسارة هو من آثار كل عقد، إلا أن تحقيق ربح مبالغ فيه مقابل خسارة فادحة لا ينبغي أن يكون أثرًا لأي عقد، فالاستقامة العقدية هي الترجمة العملية لحسن النية في التعامل.

إضافة إلى أنه: إذا كان حسن النية كمبدأ قانوني عام يفرض نفسه ليتناول حالات محددة تعالجها النصوص التشريعية، كتلك التي يختل فيها التوازن العقدي بصورة غير مألوفة لأسباب خارجية عن التعاقد، ولا يد لأطرافه في حصولها (كالسبب الأجنبي والقوة القاهرة) ليزيل عنها كل اختلال في التوازن العقدي، فإن حسن النية كمبدأ قانوني عام، هو - ذاته - الذي يفرض نفسه بقوة على تلك الحالة التي لم تعالجها النصوص التشريعية، والتي يختل فيها التوازن العقدي بصورة غير مألوفة لأسباب خارجية لا يد للمتعاقد في حصولها، وهو ما يمكن تلمس وجوده في الالتزام بتخفيف الضرر.

(1). Ghestin: Les obligations , Volume 2 , Volume 2, L.G.D.J., 1988,p. 144.

الفرع الثاني

مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر حرصاً على استقرار المعاملات

غني عن البيان أن استقرار المعاملات يعد أحد أهم المبادئ والغايات التي يرمي إليها القانون المدني، ولكن بنظرة متأنية سنجد أن عوامل الاستقرار - ذاتها - قد تحمل في طياتها ما يدعو إلى فرض الالتزام بتخفيف الضرر⁽¹⁾، فالاستقرار العقدي لا يتحقق بالإبقاء على معاملة دون أن يتحمل أحد أطرافها الأضرار التي تسبب فيها بخطئه بما يعد إرهاقاً للطرف الآخر، بل العكس هو الصحيح، ففي إعادة النظر فيها- المعاملات- بأن يلتزم كل طرف بتخفيف الأضرار قدر المستطاع؛ حرصاً على توازنها، خاصة إذا كانت تلك المعاملة من المعاملات الزمنية، والقول بخلاف ذلك- عدم الالتزام بتخفيف الأضرار- يهدد عملياً بنتيجتين:

الأولى: عدم تنفيذ المعاملة من طرف الدائن أو المدين:

يجب الأخذ في الحسبان أنه في بعض الحالات يعمد المدين عن سوء نية إلى عدم تنفيذ المعاملة متحملاً لأعباء المسؤولية المدنية، وذلك عندما تكون هذه المسؤولية أخف من الأضرار التي يتحملها في حالة الاستمرار في العقد، مما

(1) للمزيد حول أهمية مبدأ استقرار المعاملات:

J. François, *Traité de droit civil: Les obligations, Régime général*, Economica 2017, n°139, p. 126. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil , Les obligations*, éd. Dalloz, 2019, n°1423, p. 1504.

يؤدي إلى إزالة المعاملة ذاتها، ولا شك أن الزوال أشد خطراً وضراً على استقرار المعاملات من الالتزام بتخفيف الضرر.

الثانية: التسبب في رواسب سلبية على النظام الاقتصادي:

لعل من الصائب-هنا- أن نؤكد على تلك الفرضية القانونية المرهقة للمدين، والتي يخلقها عدم التزام الدائن بتخفيف ضرره، فمن آثار تلك الحالة، والنتيجة الحتمية لها: تعريض مصالح ذلك المدين إما للإعسار أو للإفلاس، مما يلقي برواسب سلبية على النظام الاقتصادي، ولا شك أن عدم إيجاد علاج صحيح لحالة الإرهاق تلك، سيؤدي إلى سلسلة من الإفلاسات والإعسارات التي لا تحصى، مما سينعكس - بالضرورة - سلباً على مؤسسة الصناعة والتجارة⁽¹⁾.

وحيث أصبحت " المتغيرات والتقلبات الاقتصادية المختلفة" صفة غالبية على مختلف قطاعات العصر بعد فيروس كورونا المستجد (nCoV-2019)، فلم يعد الاستقرار العقدي- في نظريته التقليدية- متفقاً مع منطوق هذا العصر ومفاهيمه، ففي كثير من الحالات أصبح هذا الاستقرار وهمياً وظاهرياً، وأصبح المتعاقد في أمس الحاجة إلى الاحتماء في الالتزام بتخفيف الضرر؛ للتقليل من حدة تلك التقلبات⁽²⁾.

خلاصة ما سبق يرى الباحث أن الاستقرار والثقة في التعامل لا يتحققان بالإبقاء على معاملة كما هي دون الالتزام بتخفيف الضرر قدر الإمكان، خاصة عند

(1) Patrice Jourdain: Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?, RTD Civ. 2012, p. 324.

(2) للمزيد: سناء مكار، رياح جائحة كوفيد 19 الهوجاء تعصف باستقرار المعاملات، بحث منشور بمجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، ع 11(2020)، ص 244 - 266.

تعرض تلك المعاملة لأحداث فجائية لا تحقق الثبات والاستقرار، فهذان الخياران إنما يتحققان بإخضاع المعاملة لتحمل ما يمكن تحمله من أضرار منبعاها ما استجد من ظروف.

الفرع الثالث

مدى فعالية رفض الالتزام بتخفيف الضرر استنادًا إلى حق الدائن

الفرض هنا يتمثل في احتفاء الدائن وراء التنفيذ الدقيق أو الكامل للعقد، فلا يكون التزامه بتخفيف الضرر قائمًا (أي الدائن) في تلك الحالة التي يرفض هذا الدائن عروض المدين، التي من المفترض أنه تعطيه بحسب الظاهر كل القناعة (أي توافق رغباته)، متذرعًا في ذلك بأن تلك العروض لا تتوافق بدقة مع ما كان يتوقعه من العقد.

وعلى العكس من هذا الفرض، يرى الباحث أن التطبيق الحرفي للاتفاق لا يكون - غالبًا - مفيدًا للدائن، خاصة إذا نتج عنه ضرر للمدين كان من الممكن للدائن أن يتداركه، أو كان بإمكانه أن يحد من أثر ذلك الضرر الواقع على مدينه، فالتطبيق الحرفي لأي اتفاق لا يكون مقبولًا إذا كان الاتفاق متناقضًا مع روح القانون، والغائية السامية للعدالة التي تعبر عن رفض كل تعسف للحق.

ويستند الباحث في ذلك إلى ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيان من التأكيد على أن المطالبة بالرد العيني يمكن أن تصل إلى حد إساءة استخدام الحق، لا سيما إذا كان الرد العيني مرهفًا للغاية بالنسبة للمدين وليس للدائن مصلحة⁽¹⁾.

(1) من أمثلة ذلك:

- Adida.Canac H: Mitigation of damage: une porteentrouverte ?" D. 2012, p. 141.
- Bansal A. and M. Dutta: Mitigation of Losses under Contracts Law, "SSRN 2012. p. 62.

ومن أمثلة الأحكام القضائية الفرنسية في هذا الشأن:

ومن المناسب هنا أن نشير إلى ما ذكره أحد الفقهاء الفرنسيين من أنه: " لا يجب السماح لأحد الأطراف في التمسك الحرفي بنص المادة 1134 فقرة 1) 1222 بعد تعديل (2016)، إذا لم يقدم أو يثبت مصلحة حقيقية في هذا التمسك، وإذا خالف تمسكه- أيضاً- الفقرة الثالثة من نفس المادة التي توجب تنفيذ العقود بحسن نية"⁽¹⁾.

وأخيراً يميل الباحث- رداً على هذا الفرض المثار- إلى النظرية القضائية الإنجليزية القائلة بالتنفيذ الكافي (L'exécution suffisante) ⁽²⁾،

-
- Cour de cassation – Deuxième chambre civile, 24 novembre 2011 / n° 10-25.635.
 - Cour de cassation – Deuxième chambre civile, 28 mars 2013 / n° 12-15.373.
 - Cour de cassation – Chambre criminelle, 27 septembre 2016 / n° 1583309.

⁽¹⁾ Ph. Simler: "L'art. 1134 du code civil et la résiliation. unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée" J. C.P. 1979, p. 625.

وتنص المادة 1222 (1134 قبل تعديل 2016) من التقنين المدني الفرنسي بأن: "1- الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني تأخذ قوة القانون بالنسبة لمن أبرموها. 2- لا يمكن نقض هذه الاتفاقات أو تعديلها إلا وفقاً لرضاء الأطراف المتبادل، أو للأسباب التي يقرها القانون. 3- يجب تنفيذ هذه الاتفاقات بحسن نية".

وتقابل هذه المادة نص المادة 147 مدنى مصرى والتي تقرر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. والمادة 148 التي توجب تنفيذ العقد بحسن نية.

⁽²⁾ يؤيد هذه النظرية على وجه الخصوص المرسوم الفرنسي رقم 2019-1333 المؤرخ 11 ديسمبر 2019 بشأن إصلاح الإجراءات المدنية، وللمزيد:

حيث لا يبني القاضي تقديره- وفقاً لهذه النظرية- على عدم التنفيذ المجرد، وإنما يبني تقديره في كل حالة على حدة، حول ما إذا كان التنفيذ في ذاته كافياً بالنظر إلى مجموع الالتزامات المشترطة، أم لم يكن كذلك⁽¹⁾.

خلاصة المطلب:

من كل ما سبق يرى الباحث عدم فعالية الاعتبارات المعيقة لوجوب الالتزام بتخفيف الضرر، ولذلك فهي لا تعدو- في نظر الباحث- إلا أن تكون فرضيات يمكن الرد عليها، وأنها لا تقوى في نظره إلى مرتبة الاعتبارات التي ترفض الالتزام بتخفيف الضرر.

Aude du Parc; L'INSTAURATION DU PRINCIPE DE L'EXÉCUTION
PROVISOIRE DE DROIT ;

<https://www.village-justice.com/articles/instauration-principe-execution-provisoire-droit,33229.html>

وقت الدخول: 2022/7/3 5:24 pm

⁽¹⁾ لمزيد من الإيضاح:

B. Gilson: "Inexécution et résolution en droit anglais". L.G.D.J. 1969.
Préface André David, n°277.

الخاتمة

وفي الختام نعرض لأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا، واستقرأنا للمعايير الدولية بشأن الالتزام بتخفيف الضرر، وتناولنا للتنظيم التشريعي لهذا الالتزام في مصر وفرنسا، إلى جانب العديد من الأنظمة المقارنة، وكذا نعرض لبعض التوصيات في هذا الشأن، وذلك على النحو التالي:

أولاً: نتائج البحث:

نُظم القانون العام- من الناحية التاريخية- هي أول من تبنت الالتزام بتخفيف الضرر، وأن هذا الالتزام قد تم النص عليه في العديد من الاتفاقيات الدولية، كما تم تكريسه في العديد من أنظمة القانون المدني عالمياً.

تردد الفقه الفرنسي بين مؤيد ورافض للالتزام بتخفيف الضرر، ويقابل هذا التردد رفض تام للقضاء الفرنسي وعدم اعتراف بهذا الالتزام، بما يمثل عقيدة قضائية راسخة في ذلك.

يمكن استخلاص ما يحث على الالتزام بتخفيف الضرر من بعض النصوص في التقنين المدني المصري والفرنسي، ففي بعض الحالات يمكن الإلزام بتخفيف الضرر قياساً على الحالات الخاصة التي نظمها المشرع بنصوص مستقلة في القانون المدني، ولكن ذلك غير كاف للإلزام بهذا الالتزام على وجه العموم.

على الرغم من تأكيد محكمة النقض المصرية على أهمية الالتزام بتخفيف الضرر ومن أنه ليس محلاً للسقوط بالنقادم، إلا أنه ليس هناك تطبيق قضائي يُظهر اعتراف القضاء المصري به.

ثمة اعتبارات متعددة تدعو إلى وجوب الالتزام بتخفيف الضرر.

لا يمكن قبول الفرضيات الراضية للالتزام بتخفيف الضرر؛ فهذا الالتزام يفرضه

مبدأ حسن النية كأثر من آثاره- كما أنه من المفترض وجوده في كل تعاقد .
الاستقرار والثقة في التعامل لا يتحققان بالإبقاء على معاملة كما هي، دون
الالتزام بتخفيف الضرر، خاصة عند تعرض تلك المعاملة لأحداث فجائية لا
تحقق الثبات والاستقرار .

لما كانت القاعدة الأخلاقية ليست ملزمة إلا لجهة الضمير، فإنه يترتب على
ذلك - في حقل البحث الذي نحن بصدده- أن اللجوء إلى القواعد الأخلاقية لا
يمكن معه إقرار الالتزام بتخفيف الضرر، مما يحتم ضرورة التأكيد على الالتزام
بتخفيف الضرر بنص تشريعي صريح يوجبه.

ثانياً: التوصيات:

بالنسبة للمشرع:

نوصي المشرع بما يلي:

أن يجعل من الالتزام بتخفيف الضرر مبدأً عاماً، وأن يضع له تعريفاً في
الدرجة.

تأطير التناسب في الالتزام بتخفيف الضرر، بحيث لا تكون التدابير المتخذة
بهدف التخفيف من الضرر أو عدم تفاقمه تمثل تكلفة باهظة للمضرور، ولذلك
سيكون من المستحسن إيجاد موقف وسطي بين المواقف الأنجلو أمريكية
والفرنسية، من خلال مراعاة النفقات التي تكبدها المضرور لتقليل الضرر الذي
لحق به، ومن خلال تقديم تعويض عن هذا الالتزام إذا التزم به المضرور .

بالنسبة للفقهاء:

نوصي الفقه بما يلي:

إذا كان الخطأ التعاقدي يشير إلى خرق التزام ناشئ عن العقد، فإننا نوصي
بضرورة النظر إلى عدم الالتزام بتخفيف الضرر على أنه خطأ تعاقدية إضافي؛

لأنه يشير إلى سلوك يعد غير أخلاقي من الناحية الاجتماعية.
عدم التغافل والاستهانة بالالتزم بتخفيف الضرر، الذي أصبح ينظر إليه -
أحياناً- كسبب للإعفاء من المسؤولية كاملة.

بالنسبة للقضاء:

نوصي القضاء بما يلي:

إعمال مبدأ المواءمة المفروض عليه في سبيل تحقيق مواد القانون، والذي يتوصل من خلاله إلى التكييف المناسب في تفسيره للعقد، فللقاضي-هنا- زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وله كذلك أن ينقص من الالتزام المرهق ذاته، واتخاذ ما يلزم لقبول الادعاء بتخفيف الضرر الذي قدمه الخصوم، ولو اقتضى ذلك تعديل العقد.

مراعاة القضاء مضمون الالتزام بتخفيف الضرر من خلال ملاحظة الأعراف والعادات، وبشكل أعم ملاحظة التعامل التعاقدية والجدي.
وأخيراً، نأمل أن نكون قد وفقنا في استخلاص توصياتنا، وأن يؤخذ بما جاء فيها من صواب، وما الكمال إلا لله رب العالمين.

ولا أجد ما اختتم به أفضل من قول الله عز وجل:

" لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِمْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلا تُحَمِّلْنَا مَا لا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ". (1)

(82) سورة البقرة، الآية 286.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

المراجع الفقهية العامة:

ابراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، الكويت، 1998.

اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، 1968.
عبد القادر الفار، المدخل الدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة، عمان، 1994.
عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، دون ناشر، 1960

أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.

أنور سلطان، جلال العدوي، رابطة الالتزام، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، 1968.

أيمن سعد سليم، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.

توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1982.

جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (المصادر غير الارادية) دار النهضة العربية، 1974.

سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء السادس، الطبعة الثانية، المنشورات الحقوقية، بيروت، 1992.

سليمان مرقس، الوجيز في شرح القانون المدني(2)، المطبعة العالمية، القاهرة،

1964.

عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبعة نهضة مصر، 1954.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (2)، مصادر الالتزام، المجلد الثاني (العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970.

عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في القانون العربي، محاضرات مطبوعات كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 1971.

عزيز جواد هادي الخفاجي، دروس في المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة بغداد، 2008.

محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

منذر الفضل. خالد الزغبى، المدخل الى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998.

نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2007.

نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2009.

نبيل ابراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل الى القانون، منشورات الحلبي،

بيروت، 2007.

ب) المراجع الفقهية المتخصصة:

ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص ، ج 1 ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1980.

أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر .

أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط6، بلا ناشر، 1980.
أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012.

أحمد السيد الصاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، دار النهضة العربية القاهرة، 1984،

أحمد محمد أمين محمد، حدود السلطة التشريعية " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي"، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001.

أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة في ظل المسئوليتين الشخصية والموضوعية" دراسة تحليلية قضائية في القانون الفرنسي والمصري"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد2، 2009.

الأنصاري حسن النيداني، مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.

توفيق حسن فرج، نظرية اللاستغلال في القانون المدني المصري، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1957.

حسن علي الذنون، المبسوط في المسئولية المدنية، ج 1، شركة التايمز للطباعة

- و النشر المساهمة، بغداد، 1991.
- حيدر طال، آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية" دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، مجلد34، العدد الثاني، 2019.
- سمير تناغو، الالتزام القضائي، ط الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
- سناء مكار، رياح جائحة كوفيد 19الهوجاء تعصف باستقرار المعاملات، بحث منشور بمجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، ع 11(2020).
- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الاحكام بالتمييز، دار الحكمة، بغداد، 1991.
- عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، منشأة المعارف، 2018.
- على سيد حسن، فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، 1982.
- محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1972.
- محمد جمال عيسي، حسن النية في العقود، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ع23، 2008.
- محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي، دار النهضة العربية، 1991.
- محمود شعبان البكري خليل، مبدأ حسن النية وأثره في عقد البيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2012.

وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، 1978.
يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري" دراسة
مقارنة"، دار النهضة العربية، 1999.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

(أ) المراجع الفقهية العامة:

A.Bénabent: Droit civil, les obligations, Montchrestien; 2001.

A.Bénabent: Droit des obligations, droit privé, LGDJ,
14^{ème} éd, 2014.

Bellet: La Cour De cassation française, Rev.snt dv, comp
1978.

C. BLAIR: Sale of Goods Act 1979, Butterworths, 1980 .

ESCATORE et RUPERTO: Codice Civile Annotato, Milan,
1978.

François, Traité de droit civil: Les obligations, Régime
général, Economica 2017.

Ghestin et Goubeaux. Droit civil Introduction générale.
Paris. 1977. n° 172 et s. Riskallah (Nouhad). Introduction à
l'étude de droit. Beyrouth. 1984 .

Ghestin: Les obligations , Volume 2 , Volume 2, L.G.D.J.,
1988.

JARVIN: L'arbitre C.C.I. et la Convention de Vienne du 11
avril 1980 sur la vente internationale de marchandises,

R.D.A.I. 1999.

M. J. BONNELL: An International Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Transnational Juris Publications, Inc. Irvington, 1994.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN: Traité de l'arbitrage commercial international, n° 1457, E. GAILLARD, Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux, J.D.I. 1995.

R. DAVID et D. PUGSLEY: Les contrats en droit anglais, Revue internationale de droit comparé, 1985 .

René Demogue: Traité des obligations en général. I, Sources des Obligations. Tome 1.Paris (14, rue Soufflot): Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie,. 1923.

S. ATIYAH: The sale of goods 9th edition, London, Pitman Publishing, P.S. 1995.

Sir Mackenzie D. E. S. CHALMERS: Sale of Goods Act,18th., par M. MARK, Butterworths, London, 1981 .

Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil , Les obligations, éd. Dalloz, 2019.

Vermelle:Droit civil, Les contrats spéciaux,3 ème édition ,D,

Paris,2000.

Vincent Jean serge Guinchard: Procédure civile. 23e édition, Librairie La MASSENIE à MONTOLIEU, 1994.

المراجع الفقهية المتخصصة:

A.KARIMI:Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit ,T306 ,L.G.D.J, paris ,2001.

Adida.Canac H: Mitigation of damage: une porteentrouverte ?" D. 2012.

Bansal A. and M. Dutta :Mitigation of Losses under Contracts Law ،"SSRN 2012.

BEATRIZ EXTREMERA FERNÁNDEZ: LA CARGA DE MITIGAR EL DAÑO, Beatriz Extremera Fernández Madrid, 2022.

CA Douai, 15 mars 2001, Juris-Data, n° 2001-115252, D. 2002.

Ch. GOETZ et R. E. SCOTT: The mitigation principle toward a general theory of contractual obligation, Cambridge University Press,1982.

D. GENCY.TANDONNET: L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle, GazPal. 6 mai 2004.

E. ELLAND-GOLDSMITH: La " mitigation of damages "

en droit anglais, R.D.A.I. 1987.

F. WERRO: La responsabilité civile, n°1019: "L'atteinte à l'avenir économique consiste dans la perte ou la diminution des possibilités de gain du fait de l'atteinte à l'intégrité corporelle ", Université de Fribourg, 2009.

F.WERRO & P. PICHONNAZ (éd.), Stämpfli, Berne, 2009.

Farnsworth, Allan: Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws, Tul.J.Int.Comp.L. 1995.

Fasquelle. D: "L'existence de fautes lucratives en droit français, in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?", LPA 20 nov. 2002.

G. GUEST (sous la direction de), Benjamin's Sale of Goods, 4th, Sweet & Maxwell, 1992.

GEORGES RIPRET. La règle morale dans les obligations civiles ;4 ème éd , LGDJ.paris.1949.

Gilson: "Inexécution et résolution en droit anglais". L.G.D.J. 1969.

GORLA: Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze" Riv. dir. comm., 1951.

Gounot E: Le principe de l'autonomie de la volonté", Thèse, Dijon, 1912, p. 387 et 388.

H.STOLL: Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, C.F. Müller, Heidelberg, 1993.

HANOTIAU: Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, R.D.A.I. 1987.

HIRSCH: Le tort moral dans la jurisprudence récente, in Le préjudice corporel: bilan et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile, Université de Fribourg, 2009.

J.-L. AUBERT: Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité, mélanges G. VINEY, LGDJ, 2008.

J.P.CHAZAL:" L'ultra-indemnisation "une réparation au-delà des préjudices directs, D. 2003.

KULLMANN, Minimiser son dommage? Mélanges Lambert, éd. Dalloz 2002.

LAUDE: L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? LPA. 20 novembre 2002.

Loussouarn: Rev.Tirm.dr.Civ,1971.

MAYER: L'application par l'arbitre des conventions

internationales de droit privé, in L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn, Dalloz, 1994.

MAZEAUD, La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage, D. 2004.

Mazeaud: " Les projets français de réforme du droit de la responsabilité civile " LPA, 13 mars 2014.

MUIR-WATT: La modération des dommages en droit anglo-américain, LPA. 20 novembre 2002.

Obs.Adida-Canac H: "Mitigation of damage: une porte entrouverte ? ", D. 2012.

Patrice Jourdain dans La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage, RTD Civ. 2003.

Patrice Jourdain: Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?, RTD Civ. 2012.

Ph. Simler: "L'art. 1134 du code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée" J. C.P. 1979.

R. LOIR: La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ?, D. 2009.

R. Vouin , La bonne foi ,notion et rôle actuels en droit privé

français , L.G.D.J, paris,1939.

S. REIFEGERSTE: La condamnation par la Cour de cassation de l'obligation de minimiser le dommage, LPA. 17 octobre 2003.

TUNC: La responsabilité civile, 2^e éd., Économica, 1989.

Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, 1988.

Y. LAMBERT.FAIVRE: Rapport au Garde des sceaux sur l'indemnisation du dommage corporel, juin 2003.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

<https://ar.wikipedia.org/wiki/>

[https://books.openedition.org/puam/525.](https://books.openedition.org/puam/525)

<https://www.examveda.com/the-case-frost-v-knight-1872-lr-7-ex-111-related-to-179971/>

<https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>

<https://doi.org/10.1017/S002185530000200X>

<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

<https://leap.unep.org/countries/it/national-legislation/civil-code>

<https://www.britannica.com/topic/Swiss-Civil-Code>

https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisation_du_pr%C

[3%A9judice_corporel_exemple_du_droit_suisse](#)

[https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_](https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisation_du_pr%C)
[assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisation_du_pr%C](#)

[3%A9judice_corporel_exemple_du_droit_suisse](#)

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2017/820/en>

[https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_](https://www.academia.edu/1571455/Une_marchandisation_assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisation_du_pr%C)
[assum%C3%A9e_par_le_biais_de_lindemnisation_du_pr%C](#)

[3%A9judice_corporel_exemple_du_droit_suisse](#)

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1982/1676_1676_1676/f
[r](#)

[https://www.etudier.com/dissertations/Article-1341-Du-](https://www.etudier.com/dissertations/Article-1341-Du-Projet-Catala/47479530.html)
[Projet-Catala/47479530.html](#)

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000070367>
[24/](#)

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000070479>

[23/](#)

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000070516>

[89/](#)

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000201815>

[42](#)

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000248566>

[79/](#)

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000291940>

36 ;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT0000304094>

44

<https://www.c3.hu/~civital/PTK.html>.

https://www.slovlex.sk/pravnepredpisy/SK/ZZ/1964/40/vyhlasene_znenie

asene_znenie

<http://www.abondroit.com/2014/09/payer-pour-mitiger.html#more> ;

mitiger.html#more ;

<http://www.abondroit.com/2013/09/lobligation-de-mitiger-ses-dommages-est.html>.

ses-dommages-est.html.

<https://soquij.qc.ca/a/fr>

<https://www.village-justice.com/articles/instauration-principe-execution-provisoire-droit,33229.html>

principe-execution-provisoire-droit,33229.html

أبحاث القانون الجنائي

دور المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة وفقاً
للقانون القطري

دراسة مقارنة (التشريع المصري - المنظم السعودي)

**The right of the victim not to initiate a
private criminal case in accordance with
Qatari law Comparative study (Egyptian
legislation - Saudi regulator)**

الباحث

سلمان محمد عبد الرحمن علي المضاحكة

الملخص باللغة العربية

هدفت الدراسة إلى بيان حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية الخاصة وفقاً للقانون القطري بالمقارنة بالتشريع المصري والمنظم السعودي، واستخدمت الدراسة المنهج التحليلي والمنهج المقارن في جمع بيانات الدراسة والوصول للنتائج، وقد توصلت الدراسة إلى: حصر المشرع القطري والمشرع المصري الجرائم التي لا يجوز تحريكها إلا بناء على شكوى من المجني عليه ونص على جرائم محددة، منها السب والقذف، أما المنظم السعودي فلم يحددها، لكنه نص على معيار في تصنيفها وهو الجرائم التي تتعلق بحقوق خاصة للأفراد.. أن المشرع القطري يوافق المشرع المصري في إنه لا يجيز لورثة المجني عليه رفع الدعوى الجنائية الخاصة بموروثهم، ويجيز في بعض الحالات تحريك الدعوى من غير المجني عليه، أما المنظم السعودي فيجيز لورثة المجني عليه تحريك الدعوى الجزائية الخاصة، المشرع القطري والمشرع المصري لم ينصا على الاستثناء الذي نص عليه المنظم السعودي وهو: للنيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية الخاصة إذا رأت أن هناك مصلحة عامة بتحريكها. ، ويترتب على تصنيف الدعوى الجنائية بأنها خاصة، حق المجني عليه في عدم تحريكها، وحق التنازل عن الدعوى قبل صدور حكم بات فيها، ويسقط الحق في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة في المشرع القطري بعد ثلاثين يوماً من علم المجني عليه، ويسقط في التشريع المصري بمرور ثلاثة أشهر من علم المجني عليه، ولم يقيد المنظم السعودي الدعوى الجنائية الخاصة بمدة.

ويوصي الباحث: أن يجيز المشرع القطري والمشرع المصري الحق لورثة المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، حفاظاً على حقوق المتوفي، ويجب أن يتيح المشرع القطري والمشرع المصري استثناء مثلما فعل المنظم السعودي

وهو أن يجيز للنيابة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية الخاصة إذا رأت أن هناك مصلحة عامة بتحريكها، ويجب على المشرعين القطري والمصري أن يزيد من هذه المدة قليلاً، فقد يتعرض المجني عليه لصدمة تجعله متردداً في أخذ قراره بشأن تحريك الدعوى الجنائية، وقد يكون تعرض لتهديد لمنعه من تحريك الدعوى.

الكلمات المفتاحية: المجني عليه- الدعوى الجنائية الخاصة- النيابة العامة- الشكوى.

Abstract:

The study aimed to clarify the right of the victim not to initiate a private criminal case according to the Qatari law in comparison with the Egyptian legislation and the Saudi regulator. The study used the analytical and comparative approach in collecting study data and reaching the results. Except on the basis of a complaint from the victim, and it stipulated specific crimes, including insult and slander, while the Saudi regulator did not specify them, but stipulated a criterion in classifying them, which is the crimes that relate to the private rights of individuals.,

The Qatari Legislature agrees with the Egyptian Legislature in that it does not allow the heirs of the victim to file a criminal case related to their inheritance, and in some cases it is permissible to file the case by someone other than the victim, while the Saudi regulator allows the heirs of the victim to file a private criminal case, the Qatari Legislature and the Egyptian Legislature did not provide for the exception Which was stipulated by the Saudi

regulator, which is: The Public Prosecution may file a private criminal case if it deems that there is a public interest in filing it.

Classifying the criminal case as private entails the right of the victim not to move it, and the right to waive the case before a final judgment is issued in it. The right to file a private criminal case lapses in the Qatari Legislature after thirty days of the victim's knowledge, and lapses in Egyptian legislation with the passage of three months. Whoever knew the victim, and the Saudi regulator did not record the criminal case for a period.

The researcher recommends: that the Qatari and Egyptian Legislatures allow the heirs of the victim to have the right to file a private criminal case, in order to preserve the rights of the deceased, and the Qatari and Egyptian Legislatures must allow an exception, as the Saudi regulator did, which is to allow the Public Prosecution to file a private criminal case if it deems that there is It is in the public interest to initiate it, and the Qatari and Egyptian Legislatures must increase this period slightly, as the victim may be subjected to trauma that makes him hesitant in taking his decision regarding initiating a criminal case, and he may have been subjected to a threat to prevent him from initiating the case.

Keywords: victim – private criminal case – public prosecution – complaint.

المقدمة:

أولاً: تحريك الدعوى الجنائية:

تسعى جميع الدول بلا استثناء إلى مكافحة الجريمة، حيث أن الجريمة من أخطر الظواهر على المجتمع، وهي ما تعوق تقدم الدولة وسيطرتها على أمنها؛ ولهذا فإن الدولة تتشدد في مكافحة الجريمة وتضع قوانين ولوائح للحد من إنتشار الجريمة؛ ونظرًا لعدم قدرة الدولة على ممارسة إجراءات مكافحة الجريمة بنفسها فإنها تسند هذه المهمة لجهة مختصة يطلق عليها النيابة العامة، أو هيئة التحقيق العامة في بعض البلدان، وتستهدف الدولة من وراء مكافحة الجريمة حماية المصالح العامة وحقوق الأفراد.

وعلى الرغم من الأصل هو تحريك الدعوى الجنائية من قبل النيابة العامة أو ما يعادلها في البلاد الأخرى، فقد وجد المشرع أن هناك بعض الجرائم تمس بحقوق الأفراد الخاصة، ومن هذا المنطلق قرر عدم جواز تحريك النيابة للدعوى الجنائية التي تمس بحقوق الأفراد الخاصة، فقد وضعت القوانين بهدف حماية حقوق الأفراد ومصالحهم، وهناك من الجرائم التي تجد في تحريكها ضررًا بالغ بحقوق الأفراد الخاصة بدلاً من حمايتها، وهي الجرائم التي يكون المجني عليه بها أكثر تضررًا من الجريمة ذاتها¹.

ثانياً: إستثناء تحريك الدعوى الجنائية:

إن حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية أو عدم تحريكها يعد استثناء على الأصل العام، والذي قرره الدولة لحماية حقوق الأفراد الخاصة

¹ المطيري، شاهر محمد علي (2010). الشكوى كقيد على تحريك الدعوى الجزائية في القانون الجزائري الأردني والكويتي والمصري، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ص4.

ومن أمثلة الجرائم التي تنطوي على حقوق خاصة للأفراد، جرائم سرقة الأبن لأبيه، أو جرائم خطف الإناث، وجرائم القذف، وقررت التشريعات في الجرائم التي تنطوي على حقوق خاصة عدم جواز تحريكها إلا من قبل المجني عليه وبناء على إجراءات محددة، وبهذا يعد هذا الاستثناء قيد على سلطة النيابة العامة في مباشرة إجراءات تحريك الدعوى الجنائية¹.

ثالثاً: أسباب البحث:

ما دفعني للبحث في هذا الموضوع هو أهمية حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم التي يرغب في التنازل عن حقه بمعاوية الجاني حماية لمصالح خاصة أهم من معاوية الجاني، كما لو كان يرغب في الحفاظ على سمعته، كجرائم الزنا التي يترتب على تحريك الدعوى بشأنها إضرار بسمعة العائلة والأبناء، وقد يرى الزوج التنازل عن تحريك الدعوى ومعاوية الزوجة في سبيل حماية أبناءه، وقد أردت أن ألم بجوانب هذا الموضوع في التشريع القطري مقارنة بالتشريعين المصري والسعودي وأبين تنظيم هذه التشريعات لحق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، وهل حددت هذه التشريعات طرقاً معينة لتحريك الدعوى الجنائية الخاصة أم لا؟، وما هو معيار تحديد الجرائم التي يقيد فيها المشرع حق النيابة في تحريك الدعوى الجنائية.

¹ المجيدي، عبد القادر قائد سعيد (2014). شكوى المجني عليه كقيد من قيود تحريك الدعوى الجنائية في القانون اليمني والجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق - بن عكنون، ص1.

مشكلة البحث:

تستهدف الدولة مكافحة الجرائم ومعاقبة المجرم، فإذا وقعت الجريمة فينشأ للدولة حق في معاقبة المجرم، فمن المقرر أن جميع الجرائم تضر بالدولة وأمنها وسلامة واستقرار المجتمع ككل، إلا إنه في بعض الأحيان تكون الجرائم أكثر ضرراً بحقوق الأفراد الخاصة أكثر من حق الدولة في مكافحة الجرائم، ولهذا فإن معظم التشريعات تقيد حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية المتعلقة ببعض الجرائم التي تنطوي على حق خاص للمجني عليه، وتجعل الحق للمجني عليه في تحريكها أم التنازل عن حقه وعدم معاقبة الجاني، ويثور التساؤل حول المعيار الذي يحدد هذه الجرائم، والحكمة من هذا القيد على حرية النيابة العامة في مكافحة الجرائم وتحريك الدعوى الجنائية، وماذا إذا كانت هذه الجرائم تضر أيضاً بدرجة كبيرة بالمصلحة العامة؟ وهل يجوز لغير المجني عليه تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها أمام القضاء؟ وتتلخص إشكالية البحث في السؤال الرئيسي التالي:

ما مدى حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية الخاصة وفقاً للقانون القطري والقانون المقارن؟ ومنه تتفرع الأسئلة الآتية:

ما هو مفهوم الدعوى الجنائية الخاصة؟ وأطرافها؟

هل يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية الخاصة دون موافقة المجني عليه؟

هل يجوز لغير المجني عليه تحريك الدعوى الجنائية الخاصة؟

ما النتائج المترتبة على تصنيف الدعوى الجنائية بأنها خاصة؟

ما هو المعيار الذي يحدد الجرائم التي تنطوي على حق خاص للأفراد؟

متى يسقط الحق في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

- بيان مفهوم الدعاوي الجنائية الخاصة، وتحديد أطرافها.
- بيان مدى جواز تحريك النيابة العامة للدعوى الجنائية الخاصة دون موافقة المجني عليه.
- بيان مدى جواز يجوز تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من غير المجني عليه.
- التعرف على النتائج المترتبة على تصنيف الدعوى الجنائية بإنها خاصة.
- معرفة المعيار الذي يحدد الجرائم التي تنطوي على حق خاص للأفراد.
- بيان متى يسقط الحق في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في محاولة بيان حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية التي تنطوي على حق خاص له، أو ما يعرف بالدعوى الجنائية الخاصة في بعض التشريعات، وبيان المعيار الذي يتم بناء عليه تحديد الجرائم الخاصة، حيث تعد الجرائم من أخطر الظواهر على المجتمع، والسماح للمجني عليه في التنازل عن حقه في بعض الجرائم يكمن أن يعرضه للإبتزاز وإنتشار الجرائم في المجتمع، ولهذا يبين الباحث المعيار الذي يحدد هذه الجرائم في التشريع القطري مقارنة بالتشريعين السعودي والمصري، وبيان ما إذا كان المشرع حدد هذه الجرائم على سبيل الحصر، أم لا، وإذا كانت الجريمة التي تنطوي على حق خاص تضر بالمجتمع ضرراً كبيراً، فهل يجوز التنازل تركها لخيار المجني عليه في رفعها أم تقوم النيابة العامة بتحريك الدعوى الجنائية حفاظاً على أمن المجتمع وسلامته، وهو ما يناقشه هذا البحث، ومن المتوقع أن تفيد نتائج هذا

البحث المختصين في بيان ما إذا كانت تنظيم الدعوى الجنائية الخاصة كافية لحماية حقوق المجني عليه والمصلحة العامة، أم إنه يحتاج إلى إعادة تحديث للحد من إنتشار الجرائم.

مصطلحات البحث:

المجني عليه:

التعريف الإصطلاحي: المجني عليه هو: " الشخص الذي قصد الإضرار به من الجريمة أساساً، وأن لم يصبه ضرراً، أو تعدي الضرر إلى غيره من الأفراد"¹.
التعريف الإجرائي: المجني عليه هو الشخص الذي وقعت عليه الجريمة وتعدت على حقوقه سواء تضرر منها أم لا.

الدعوى الجنائية الخاصة:

التعريف الإصطلاحي: الدعوى الجنائية الخاصة هي: " الدعوى التي تتولد نتيجة الاعتداء على حق خالص للعبد أو حق مشترك وحق العبد هو الغالب"².
التعريف الإجرائي: الدعوى الجنائية الخاصة هي الدعوى التي يغلب فيها حق الفرد على حق الله تعالى أو الحق العام.

منهج البحث:

أستخدم الباحث المنهج التحليلي والمنهج المقارن؛ نظراً لملائمته لطبيعية هذه الدراسة، حيث سيتم جمع الأحكام القانونية المتعلقة بموضوع البحث في التشريع

¹ الشاوي، توفيق (1954م). فقه الإجراءات الجنائية، ط2، دار الكتاب العربي، ص98.

² الشيخ، عادل بن محمد بن حسن (2004م). الإدعاء بالحق الخاص في الشريعة الإسلامية وفي نظام الإجراءات الجزائية بالمملكة العربية السعودية وتطبيقاته من واقع أحكام القضاء السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص84.

القطري وتحليلها ومقارنتها بالأحكام الواردة في القانون المصري والنظام السعودي، للوصول للنتائج وتقديم التوصيات.

حدود البحث:

الحدود الموضوعية: يقتصر البحث على موضوع " حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية الخاصة وفقاً للقانون القطري، والتشريع المقارن (التشريع المصري، والمنظم السعودي).

الحدود المكانية: تم إجراء البحث في دولة قطر.

الحدود الزمانية: تم إجراء البحث في العام 2022م / 2023م.

الدراسات السابقة:

دراسة (بالمعلم، 2004). بعنوان: " تحريك الدعوى الجزائية في القانون الكويتي: دراسة مقارنة"

هدفت الدراسة إلى تحليل الرأي القانوني تجاه وجود سلطتين لتحريك الدعوى العمومية، وبيان الوضع الدستوري حيال بعض الإجراءات، واستخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، ومن أهم ما توصلت إليه: أن المشرع وضع قيود على تحريك الدعوى الجزائية العامة، وجعلها بشكوى من المجني عليه، وأن الإدارة العامة للتحقيقات جمع المكنات القانونية التي تقرر للنياحة العامة حال مباشرتها للتحقيق، أو إحالتها للمحكمة، سواء تمت بتحقيق أو بغير تحقيق.

دراسة (الحمداني، 2012). بعنوان: " دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة"

هدفت الدراسة إلى التعرف على دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية، وبيان مساهمة المجني عليه في الإثبات والطعن في الأحكام الجزائية، واستخدمت

الدراسة المنهج المقارن، وتوصلت نتائج الدراسة إلى: إن الاتجاه الغالب في القوانين الإجرائية الحديثة يسير نحو تدعيم دور المجني عليه في إجراءات الدعوى الجزائية أثناء سير الدعوى، وحتى صدور الحكم النهائي فيها، وأن بعض القوانين الإجرائية الحديثة قد عدت المجني عليه بصفته مجنيا عليه وليس متضرراً من الجريمة.

دراسة (المانع، 2013). بعنوان: " دور المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية: دراسة مقارنة في تشريعات دور مجلس التعاون الخليجي "

هدفت الدراسة إلى التعرف على دور المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية، وبيان معالم الشكوى في التشريعات المقارنة، واستخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، ومن أهم ما توصلت إليه الدراسة: تجمع التشريعات الخليجية على أن دور المجني عليه ينحصر في إبداء رغبته في تحريك الدعوى الجنائية من خلال شكوى يقدمها إلى جهة التحقيق، وأن التنظيم التشريعي للشكوى في التشريعات الخليجية بين أن هناك تبايناً في معالجة المشرع الكويتي لنصوص الشكوى وفقاً لما جاء بالمادتين (109) و (110) ولم يتعرض لمسائل مهمة مثل الوكالة في تقديم الشكوى.

دراسة (المجدي، 2014). بعنوان: " شكوى المجني عليه كقيد من قيود تحريك الدعوى الجزائية في القانون اليمني والجزائري "

هدفت الدراسة إلى التعرف على شكوى المجني عليه باعتبارها قيد من قيود تحريك الدعوى الجزائية في القانون اليمني والجزائري، واستخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة: أن نطاق الحق في الدعوى الجنائية الخاصة في الفقه الجنائي الإسلامي أوسع من نطاقه في

الفقه الجنائي المعاصر، وإن قانون الإجراءات الجزائية اليمني لم يسر في الاتجاه الذي سارت فيه غالبية القوانين الدول العربية الإسلامية، في تحديده لجرائم الشكوى، حيث أتخذ من الشريعة الإسلامية مصدرًا لتحديد الجرائم التي تنطوي على حق خاص، فأعتبر أن جريمة الزنا من جرائم الحدود.

دراسة (علي، 2016). بعنوان: "العدالة الجنائية في قيد الشكوى الخاصة.

هدفت الدراسة إلى بيان حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجزائية وتوقيع العقاب في بعض الجرائم، وجعلها رهناً في يد المجني عليه، واستخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة: أن قيد الشكوى الخاصة في يد المجني عليه بمثابة قيد إجرائي يرد على مباشرة الدولة لحقها في العقاب يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز التنازل عنه، ويعد قيد الشكوى في الدعوى الجنائية وسيلة للتخفيف من أزمة العدالة الجنائية، والتخفيف على الجهاز القضائي.

التعليق على الدراسات السابقة:

تناولت جميع الدراسات السابقة تحريك الدعوى الجنائية، من زوايا مختلفة، فنجد دراسة (بامعلم، 2004). هدفت إلى تحليل الرأي القانوني تجاه وجود سلطتين لتحريك الدعوى العمومية، ودراسة (الحمداني، 2012) هدفت إلى التعرف على دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية، وبيان مساهمة المجني عليه في الإثبات والظن في الأحكام الجزائية، ودراسة (المانع، 2013). هدفت إلى التعرف على دور المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية، وبيان معالم الشكوى في التشريعات المقارنة، أما دراسة (المجيدي، 2014). هدفت إلى التعرف على شكوى المجني عليه باعتبارها قيد من قيود تحريك الدعوى الجزائية في القانون

اليمني والجزائري، ودراسة (علي، 2016). هدفت إلى بيان حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجزائية وتوقيع العقاب في بعض الجرائم، وجعلها رهناً في يد المجني عليه، وتتشابه دراستي مع الدراسات السابقة في تناولها لموضوع تحريك الدعوى الجنائية أو الدعوى الجزائية كما يطلق عليها في بعض التشريعات، وتتشابه أيضاً في استخدامها المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وتختلف دراستي عن جميع الدراسات السابقة في الهدف الرئيسي للدراسة وهو التعرف على مدى حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية الخاصة وفقاً للقانون القطري مقارنة بالتشريعين المصري والسعودي، حيث تحاول دراستي التعرف على معنى الدعوى الجنائية الخاصة ووجودها في التشريع القطري والتشريع المصري والمنظم السعودي، وكيف يتم تنظيمها، والنتائج المترتبة عليها، وتختلف أيضاً عن الدراسات السابقة في الحدود الزمنية والمكانية للدراسة، والتشريعات المقارنة لموضوع الدراسة.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من ثلاثة مباحث، مبحث تمهيدي، ومبحثين، وينقسم كل مبحث لمطلبين، ويتفرع كل مطلب إلى فرعين، على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: التعريف بالدعوى الجنائية الخاصة:

المبحث الأول: تحريك الدعوى الجنائية الخاصة.

المبحث الثاني: النتائج المترتبة على تصنيف الدعوى الجنائية بأنها خاصة.

المبحث التمهيدي

التعريف بالدعوى الجنائية الخاصة

تمهيد وتقسيم:

تختلف الدعوى الجنائية الخاصة عن الدعوى الجنائية العامة، وبعض التشريعات تنص على تقسيم الدعوى الجنائية إلى دعوى جنائية عامة، ودعوى جنائية خاصة، وبعض التشريعات لم تنص على دعوى جنائية خاصة، وإنما يرد ما يقصد بها بمعنى " الجرائم المتعلقة بحقوق خاصة للأفراد" مثلما فعل المنظم السعودي في المادة (17) من نظام الإجراءات الجزائية 1435، وقبل أن نبين أحكام الدعوى الجنائية الخاصة، يقتضي بنا أن نعرفها ونبين طبيعتها وأهميتها من خلال مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الدعوى الجنائية الخاصة.

المطلب الثاني: طبيعة الدعوى الجنائية الخاصة وأهميتها.

المطلب الأول

مفهوم الدعوى الجنائية الخاصة

سأبين في هذا المطلب مفهوم الدعوى الجنائية الخاصة في اللغة (كفرع أول) ومفهوم الدعوى الجنائية الخاصة في الإصطلاح (كفرع ثانٍ)، على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الدعوى الجنائية الخاصة في اللغة:

الدعوى في اللغة : من دعا يدعو دعوة ودعوى ، والجمع دعاوي ودعاوى بكسر الواو وفتحها¹.

ولفظ الدعوى يطلق على معاني عدة منها :

الطلب : يقال ادعيت الأمر أي إذا طلبته .

التمني : تقول ادعيت الشيء أي إذا تمنيته .

الإخبار : يقال فلان يدعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه².

كما يطلق على معاني أخرى عديدة، فيقال دعا فلان، أي طلبه للحضور، وغيره من المعاني، وما يهمننا في هذه المعاني هو الطلب، فالدعوى في القانون هي طلب من المدعي لمعاقبة الجاني وإثبات حقه أمام القضاء.

والخاصة في اللغة: هي خلاف العامة، ويقال خاصة الشيء، أي ما يختص به دون غيره والجمع خواص³.

الفرع الثاني: مفهوم الدعوى الجنائية الخاصة في الإصطلاح.:

عرفت الدعوى الجزائية الخاصة بأنها: "كل دعوى تنصرف إلى الجريمة التي تقع على حق خاص بالفرد" وعرفت أيضًا بأنها: " كل دعوى ترتبت عن جريمة نالت الفرد المجني عليه في الشريعة الإسلامية مباشرة وعلق الشارع قيامها على

1 الفيومي، أحمد بن محمد بن علي. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية- بيروت، ص109.

2 الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، مرجع سابق، ص109.

3 مصطفى، إبراهيم؛ الزيات، أحمد؛ عبد القادر، حامد؛ النجار، محمد (دت). المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، باب الخاء.

طلبه"¹.

وتعرف أيضاً بإنها: " الدعوى التي تتولد نتيجة الاعتداء على حق خالص للعبد أو حق مشترك وحق العبد هو الغالب"

ولم يرد لفظ الدعوى الجنائية الخاصة في التشريعين القطري والمصري، فقد ورد لفظ الدعوى الجنائية بشكل عام، ولم يحدد دعوى جنائية عامة ودعوى جنائية خاصة، ولكنه نص في المادة (3) من قانون رقم 23 لسنة 2004 على: " لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه في الجرائم المنصوص عليها في المواد..."²، والمادة (3) من قانون الإجراءات الجنائية المصري نصت على: " لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه، أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد"³، والواقع أن الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية بشأنها إلا بناء على شكوى من المجني عليه هي الدعوى الجنائية الخاصة، والمنظم السعودي قد قسم الدعوى الجزائية إلى دعوى جزائية عامة، ودعوى جزائية خاصة.

والنظام السعودي لم يعرف الدعوى الجزائية العامة وكذلك فعل في الدعوى الجزائية الخاصة، على الرغم من أن مصطلح " الدعوى الجزائية الخاصة" ورد

¹ الشيخ، مرجع سابق، ص101.

² المادة (3) من القانون القطري رقم 23 لسنة 2004 بشأن إصدار الإجراءات الجنائية.

³ المادة (3) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950 والمعدل بقانون رقم 189 لسنة 2020م.

في أكثر من مادة من نظام الإجراءات الجزائية، منها المادة (23) من نظام الإجراءات الجزائية: " تنقضي الدعوى الجزائية الخاصة في إحدى الحالتين الآتيتين:..."¹.

ومن خلال هذه النصوص يمكن أن نستنتج منها تعريفاً للدعوى الجزائية الخاصة بإنها: " مجموعة من الإجراءات النظامية التي يحق من خلالها للمجني عليه أو من ينوبه عنه أو ورثته اللجوء إلى القضاء لإيقاع العقوبة على الجاني في الجرائم التي تتعلق بحق خاص للفرد".

المطلب الثاني

طبيعة الدعوى الجنائية الخاصة وأهميتها

أتناول في هذا المطلب طبيعة الدعوى الجنائية الخاصة (كفرع أول)، وأهميتها (كفرع ثاني) على النحو التالي:

الفرع الأول: طبيعة الدعوى الجنائية الخاصة.

الدعوى الجنائية الخاصة، هي حق للمجني عليه، خوله له القانون بمقتضاه يتمكن من تحريك الدعوى الجنائية ومطالبة حقه من الجاني، وله الخيار في أن يحرك الدعوى الجنائية، أو عدم تحريكها، وأجمعت التشريعات على قبول الشكوى في الجرائم المتعلقة بحماية مكانة شخصية للمجني عليه، وهي الجرائم الوحيدة التي يمكن القول بوجود اعتبار محدد للأخذ بها عند التشريعات العربية².

والمعيار الذي يحدد طبيعة الدعوى الجنائية الخاصة هو معيار الاعتداء على الحق الخاص، فمقتضى هذا المعيار ينشأ للمجني عليه الحق في تحريك الدعوى

¹ المادة (23) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي 1435هـ.

² المانع، مرجع سابق، ص414.

الجنائية الخاصة، بناء على شكوى كما سآبين في المباحث التالية، ونطاق الجرائم التي تتطوي عليها الجرائم التي تقوم عليها الدعوى الجنائية الخاصة هو الاعتداء على الحق الخاص للمجني عليه، والذي أجاز له القانون تحريك الدعوى بناء على شكوى وتقتصر على الأفعال التي تقف عن حد الضرر بالمجني عليه، ولا يمتد ضررها للنظام العام¹.

وجرائم الحق الخاص مثل السب والقدف، والاحتيال بين الفروع، خطف الإناث ويعلق المشرع تحريك الدعوى الجنائية الخاصة على شكوى المجني عليه، للحيلولة دون أن تكون الدعوى الجنائية الخاصة سبباً في الإساءة بسمعة المجني عليه، والإضرار بعائلته، حيث إنتشار أخبار الجريمة بين عامة الناس قد يسبب له ضرراً ولأبنائه وأصوله، كما لو كانت الجريمة متعلقة بالشرف والأعراض².

وأختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الدعوى الجنائية الخاصة، فيرى البعض بإنها هذه الدعوى ذو طبيعة موضوعية لتعلقها بحق الدولة في إيقاع العقاب على الجاني، وتحريك الدعوى بناء على الشكوى هو قيد على هذا الحق، فهو بمثابة شرط مانع في ممارسة الدولة لحقها في معاقبة الجاني، وأن عدم تحقق هذا الشرط يؤدي إلى تعطيل الأثر الجزائي المترتب على الجريمة ، ونتيجة لأن الأثر المترتب على عدم تحقق شرط العقاب يؤدي إلى عدم توقيع العقاب على الجاني فأن أصحاب هذا الاتجاه يدرجون الشكوى ضمن شروط العقاب، ويرون أن تعليق الدعوى الجنائية الخاصة على شكوى المجني عليه يترتب عليه أثرين: الأثر الأول: وهو الأثر الذي يوقف العقوبة قبل إبلاغ المجني عليه السلطات

¹ علي، مرجع سابق، ص489.

² علي، مرجع سابق، ص490.

الخاصة بالجريمة وإبداء رغبته في معاقبة الجاني.
الأثر الثاني: وهو الأثر المسقط للعقوبة، بمعنى أن المجني عليه له الحق في التنازل عن الدعوى بعد تحريكها¹.

ويرى بعض الفقهاء بأن الدعوى الجنائية الخاصة هي دعوى مشروطة، حيث يرون بأن الشكوى ضرورة لتحريكها، بحيث لا ينشأ عن الجريمة دعوى جنائية إلا بتحقيق الشكوى، ويرى البعض الآخر بأن الشكوى هي من شروط العقاب المترتب على الجريمة، ويعتبرون الشكوى بمثابة سلطة التصرف في العقوبة أو صورة من صور العفو عن الجاني وإيقاف تنفيذ العقوبة من خلال عدم تقديم شكوى أو التنازل عن الدعوى قبل الحكم بالعقاب².

بينما يرى فريق من الفقهاء بأن الدعوى الجنائية الخاصة ذات طبيعة إجرائية (شكالية) حيث تمثل الشكوى عقبة إجرائية في طريق النيابة العامة تقيد إرادتها في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، وبدون الشكوى تنعدم الرابطة بين النيابة العامة والمتهم والقاضي في إنزال العقاب، الذي يعد أثر مباشر للشكوى، وهذا القيد لا يحول دون قيام الدعوى الجنائية الخاصة إذا قام المجني عليه بتقديم الشكوى في المدة المسموح بها³.

والرأي الراجح للباحث هو الاتجاه الذي يرى بأن الدعوى الجنائية الخاصة ذو

1 سرور، أحمد فتحي (1985). الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص127.

2 الحكشي، صبري (1986). الشكوى في القانون الجزائي، ط1، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، ص124.

3 عبيد، رؤوف (1985). مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، ط16، دار الفكر العربي، القاهرة، ص59.

طبيعة إجرائية، حيث أن القواعد الموضوعية هي التي من شأنها إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق السلطة في العقاب، أن القواعد الإجرائية هي التي تتعلق بشروط استعمال الحق، أو بوضعه موضع التنفيذ، وبهذا تعد الدعوى الجنائية الخاصة ذات طبيعة إجرائية، حيث أن الشكوى ليست ركناً في الجريمة، وإنما هي شرطاً لتحريك الدعوى الجنائية الخاصة.

الفرع الثاني: أهمية الدعوى الجنائية الخاصة:

أن أهمية الدعوى الجنائية الخاصة تتمثل في الحفاظ على اعتبار المجني عليه، فقد يكون المجني عليه أنثى تخشى على سمعتها، وقد يكون الجاني من أقارب المجني عليه من الدرجة الأولى ولا يرغب المجني عليه في مخاصمة قريبه وقطع صلة الرحم، أو تفتيت شمل العائلة ويرى من الأفضل له عدم تحريك دعواه.

والسبب في جعل المشرع هناك جرائم خاصة لا تجوز فيها تحريك الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه هو التخفيف عن كاهل القضاء من إزدحام القضايا، وحماية الحقوق الخاصة للأفراد، في الجرائم التي تتعلق بحياتهم الخاصة، فيترك لهم الحق في المطالبة بحقهم من الجاني، أو عدم مطالبته بما يرتأيه مناسبة لطبيعة حياتهم¹.

ويمكن تلخيص أهمية الدعوى الجنائية الخاصة في النقاط الآتية:

أن الأخذ بمبدأ الدعوى الجنائية الخاصة سيؤدي إلى تقييد سلطة النيابة العامة

¹ الحمداني، محمد حسين محمد (2012). دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل - كلية الحقوق، ع53، ص(461-360)، ص363.

المطلقة في تحريك الدعوى الجزائية، فإن سلطة النيابة العامة المطلقة في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة سيجعلها تملك السلطة في تحريك الدعوى الجنائية حتى ولو لم يطلب المجني عليه ذلك، ولو كانت هذه الدعوى تضر بمصلحة المجني عليه.

أن مصلحة المجني عليه قد تتأذى من محاكمة المجني عليه، لعدة أسباب خاصة بالمجني عليه كما لو كانت الجاني من أحد أقارب المجني عليه أو أصوله أو فروعه، وكما يتأذى المجني عليه بمجرد إخبار السلطة المختصة بالجريمة نتيجة للتشهير به وبأسرته، وقد يكون له أطفال في المدارس يخشى الإضرار بسمعتهم وإلحاق الأذى النفسي والمعنوي بهم.

معظم التشريعات الحديثة أقرت هذا الحق، فإعتبره حق التقاضي ولكل إنسان الحرية في أن يلجأ للقضاء لحماية حقه أو عدمه، وتفيد تحريك الدعوى الجنائية الخاصة بموافقة المجني عليه يعد سند دستوري متين له.

التخفيف عن كاهل القضاء بإزدحام القضايا التي في معظم الأحيان ما يقرر المجني عليه التنازل عنها بعد رفعها للقضاء.

التخفيف من الإضرار الواقعة على المجني عليه بسبب الجريمة، وترك الأمر له في إختيار تحريك الدعوى الجنائية أو عدم تحريكها¹.

ويرى الباحث أن الدعوى الجنائية الخاصة لها أهمية كبيرة في حماية حقوق المجني عليه، وترك الحق له في إتخاذ قرار معاقبة الجاني، لما للدعوى الجنائية الخاصة من عواقب تضرر بعائلة المجني عليه، وقد يكون له أبناء لا يرغب في إلحاق الأذى النفسي بهم كما لو كانت الجريمة مرتكبة من أمهم، أو من أحد

1 بوجبير، بثينة (2002). حقوق المجني عليه في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص12.

أخوتهم، وأن ترك الأمر له في موازنة الأمور وطلب معاقبة الجاني أو العفو عنه قد يسهم في تحقيق مصالح شخصية له، ولكن لا يجب التوسع في هذا الحق حتى لا يترتب عليه نتائج عكسية وإضرار بالمجتمع.

المبحث الأول

تحريك الدعوى الجنائية الخاصة

تمهيد وتقسيم:

الأصل في تحريك الدعوى الجنائية أن يتم تحريكها من قبل النيابة العامة أو ما يعادلها في بعض التشريعات، وقد نصت المادة (١) من القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون الإجراءات الجنائية على: " تختص النيابة العامة دون غيرها بتحريك الدعوى الجنائية، ومباشرتها ولا تحرك من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون"¹، وقد نصت المادة (١٥) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على: " تختص هيئة التحقيق والادعاء العام - وفقاً لنظامها - بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة"²، ونصت المادة (١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على: " تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون"³، وتبين المواد السابقة أن التشريع القطري والتشريع المصري والمنظم السعودي جميعهما أتخذ نفس الموقف من حيث الأصل في تحريك الدعوى الجنائية هو من اختصاص النيابة العامة، غير أن هذا الأصل ورد عليه

¹ المادة (١) من القانون القطري رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون الإجراءات الجنائية.

² المادة (١٥) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي لسنة ١٤٣٥ هـ.

³ المادة (١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ م.

استثناء، وهو حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية بناء على شكوى، وهو ما نبينه في المطالب الآتيه:

المطلب الأول: أثر شكوى المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة.

المطلب الثاني: تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من غير المجني عليه

المطلب الأول

أثر شكوى المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة

في هذا المطلب أبين أثر شكوى المجني عليه باعتبارها أهم إجراء لتحريك الدعوى الجنائية الخاصة، من خلال مفهوم شكوى المجني عليه (كفرع أول) وأحوال رفع الدعوى الجنائية الخاصة (كفرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم شكوى المجني عليه:

الشكوى لغةً: شكى يَشْكِي ، شَكُوًى وشَكِيًا وشِكَايَةً ، فهو شاكٍ ، والمفعول مَشْكِيٌّ، وهي اسم لما يشكى به، وهي اسم فاعل من شكا، وتجمع على شكاوي، ويقال شكا فلان أي توجع من ألم ونحوه¹، مثلما جاء في قوله تعالى " قَالَ إِنَّمَا أَشْكُوا بَثِّي وَحُزْنِي إِلَى اللَّهِ"² و (إنما أشكو بثي) تعني ما أشكو حزني وهمي إلا لله، حيث كان سيدنا يعقوب يحزن على فقدان ابنه يوسف عليه السلام، ويشك في أخواته، فقال لهم لست إليكم أشكو حزني، وإنما أشكو إلى الله ألمه ومعاناته

¹ مصطفى، إبراهيم؛ الزيات أحمد؛ عبد القادر، حامد؛ النجار، محمد. المعجم الوسيط، مجمع

اللغة العربية بالقاهرة، ص120.

² سورة يوسف، الآية (86).

من فقدان ابنه يوسف عليه السلام¹.

وفي الإصطلاح تعرف الشكوى بإنها تعرف بإنها: " إخبار المجني عليه أو من يقوم مقامه عن وقوع جريمة عليه، طالبًا حقه في العقاب"²

وتعرف بإنها: " إبلاغ المجني عليه أو من يقوم مقامه شرعًا إحدى الجهات المختصة بوقوع إحدى الجرائم التي تقع عدوانًا على حقوقه الخالصة أو الغالبة على حق الله توصلًا إلى معاقبة فاعلها"³.

وعرف آخرون الشكوى بإنها: " البلاغ الذي يقدمه المجني عليه إلى النيابة العامة أو مأمور الضبط القضائي، يطلب تحريك الدعوى الجزائية التي تتوقف فيها حرية النيابة العامة في هذا التحريك على هذا الإجراء"⁴.

وتعرف أيضًا على إنها: " إبلاغ المجني عليه أو من يمثله قانونًا خلال مدة محددة الجهات المختلفة، بوقوع إحدى الجرائم التي حددها المشرع عليه، طالبًا تحريك الدعوى الجنائية، توصلًا لمعاقبة فاعلها"⁵، وتعرف أيضًا بإنها: " إبلاغ المجني عليه عن جريمة معينة وقعت عليه إلى السلطات العامة لإتخاذ

¹ أبو جعفر، محمد بن جرير الطبري. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: محمود محمد شاكر، دار التربية والتراث، مكة المكرمة.

² غوث، طلحة بن محمد بن عبد الرحمن (2008). الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، مج1، كنوز إشبيليا، ص432.

³ موسى، سعود محمد (1990). شكوى المجني عليه، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، ص42.

⁴ خالد، عدلي أمير (دت). إجراءات الدعوى الجزائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص264.

⁵ المجيدي، مرجع سابق، ص7.

الإجراءات الجزائية الناشئة عن الجريمة"¹.

ويعرفها البعض بإنها: " تعبير عن إرادة المجني عليه يرتب آثاراً قانونية هي رفع القيد الذي يفرضه المشرع على النيابة العامة أو غيرها بشأن تحريك الدعوى الجزائية في بعض الجرائم أو قبل المتهمين"².

ومن خلال ما سبق نستنتج أن الشكوى هي إبداء رغبة المجني عليه في رفع الدعوى الجنائية على الجاني طالباً حقه في عقاب الجاني لإعتدائه على حقه.

الفرع الثاني: أحوال رفع الدعوى الجنائية الخاصة:

أن الدعوى الجنائية الخاصة كما سبق أن بينا، حق للمجني عليه في تحريك دعواه التي تتعلق بحقوق خاصة له، وهو استثناء على الأصل العام، فالجريمة لا بد وأنها تسبب ضرراً للمجتمع وتهدد أمنها، حتى وأن كانت تنطوي على حقوق خاصة للمجني عليه، لكن التشريعات تضع هذا الاستثناء بهدف حماية حق المجني عليه في الحفاظ على سمعته وأسرته، وهذا الاستثناء لا يجب أن نتوسع فيه، حتى لا نضر بأمن المجتمع وأفلات المجرمين من العقاب، الأمر الذي يترتب عليه نقشي الجريمة في المجتمع وعدم السيطرة عليها، وقد وضعت بعض التشريعات جرائم محددة لا يجب للنيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية بشأنها إلا بناء على شكوى من المجني عليه، وبعض التشريعات نصت على معيار في تحديد هذه الجرائم ولم تحددها على سبيل الحصر.

ف نجد المشرع القطري نص في المادة (٣) على إنه: " لا يجوز تحريك الدعوى

¹ عبد الباقي، مصطفى (2015). شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة

2003، جامعة بير زيت، كلية الحقوق والادارة العامة، وحدة البحث العلمي والنشر، ص65.

2 عثمان، أمال عبد الرحيم (1989م). شرح القانون الإجراءات الجزائية، دن، دط، ص68.

الجنايية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو ما يقوم مقامه في الجرائم المنصوص عليها في المواد: (٢٩٣)، (٣٠٨)، (٣٠٩)، (١/٣٢٣)، (٣٢٤)، (١/٣٢٥)، (٣٢٦)، (٣٢٩)، (٣٣٠)، (٣٣١)، (٣٣٣)، (٣٣٢)، (٣٥٧)، (١/٣٨٩)، (٣٩٤)، (٣٩٥) من قانون العقوبات، وكذلك الجرائم الأخرى التي ينص عليها القانون..¹

وبالرجوع لهذه المواد في قانون العقوبات القطري نجد أن الجرائم المنصوص عليها في هذه المواد هي: (إزعاج الآخرين أو التلطف بألفاظ بذيئة، التعدي على سلامة الجسد بالضرب، دخول منزل أو عقار مملوك للغير دون إذن منه، التهديد بإلحاق الضرر، القذف، نشر أخبار تمس الحياة الخاصة، من علم سر بمناسبة مهنته واستخدمه لمنفعه خاصة، الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة، إصدار شيك بدون رصيده أو عدم الالتزام ببنوده، إتلاف مال الغير، إيذاء حيوان، قتل نحل أو حيوان مملوك للغير)².

ويرى الباحث أن المشرع القطري توسع في تحديد الجرائم التي تقوم عليها الدعوى الجنائية الخاصة، وهذا من شأنه أن يزيد من إنتشار الجرائم في المجتمع، فما الحكمة من تقييد جريمة التعدي بالضرب على الجاني وتكون بناء على شكوى؟، وما الحكمة من تقييد حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في جرائم إصدار شيك بدون رصيده؟، وما الحكمة من تقييد حق النيابة

¹ المادة (٣) من القانون القطري رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م.

² أنظر المواد (٢٩٣)، (٣٠٨)، (٣٠٩)، (١/٣٢٣)، (٣٢٤)، (١/٣٢٥)، (٣٢٦)، (٣٢٩)، (٣٣٠)، (٣٣١)، (٣٣٣)، (٣٣٢)، (٣٥٧)، (١/٣٨٩)، (٣٩٤)، (٣٩٥) من قانون العقوبات القطري رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤م.

العامة في تحريك الدعوى الجنائية في جرائم إتلاف مال الغير؟، فلو سلمنا بحق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، يجب أن نأخذ في الاعتبار ضعف المجني عليه، وعدم قدرته لمواجهة الجاني، كما أن المجني عليه في بعض الأحيان لا يتقدم بشكوى لرغبته بعقاب الجاني بنفسه بعيداً عن السلطة، وهذا الأمر من شأنه أن يزعزع الأمن والاستقرار في المجتمع، والتوسع في هذا الاستثناء من شأنه أن يضر بمصلحة المجني عليه والمجتمع، ولهذا يرى الباحث من الأفضل أقتصار هذا الاستثناء على جرائم تستحق أن يترك الأمر للمجني عليه في إختيار تحريك الدعوى الجنائية أو عدمه كما لو كانت الجريمة متعلقة بالشرف، أو متعلقة بأصول وفروع وأزواج المجني عليه، وما سوى ذلك تستعيد النيابة العامة حقها في تحريك الدعوى الجنائية.

ونص المشرع المصري في المادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية على: " لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه، أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد 185 و 274 و 277 و 279 و 292 و 293 و 303 و 306 و 307 و 308 من قانون العقوبات، وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون¹."

وبالرجوع لنصوص هذه المواد في قانون العقوبات المصري نجد أن الجرائم المنصوص عليها في هذه المواد هي: (سب الموظف العام، أو شخصاً ذو صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة، زنا الزوجة، زنا الزوج، ارتكاب أمر مخلة

¹المادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ المعدل بقانون

رقم ١٨٩ لسنة ٢٠٢٠

بالحياء مع إمراة اجنبية، عدم تسليم الأبن إلى من له الحق بموجب حكم قضائي، الامتناع عن نفقة الزوجة أو الأقارب أو الأصهار، السب، التعرض للأنثى بأمر مخدش للحياء، الإهانة أو السب أو القذف¹.

ويرى الباحث أن المشرع المصري أيضاً توسع في تحديد الجرائم المتعلقة بالدعوى الجنائية الخاصة، فما الحكمة من تقييد حق النيابة بتحريك الدعوى الجنائية في جرائم سب الموظف العام؟، أن هذا الحق من شأنه أن يفتح المجال لتهديد الموظف العام، ومن المعلوم أن الموظف العام يقوم بخدمات جليلة للدولة، وفتح المجال للتعدي عليه وسبه سيؤدي إلى عدم قيامه بواجباته بنزاهة، فهو يخشى بطش الجاني، وتهديده، ولن يتقدم بشكوى للسلطات العامة لمعاقبة الجاني، والتخلص من أذاه، ويترتب على ذلك إنتشار التعدي على الموظفون، ولهذا أرى بأن حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية يجب أن يقتصر على جرائم تؤثر في وضعه بحق، مثل جرائم الشرف، والجرائم المرتكبة من أقاربه من الدرجة الأولى، وما سوى ذلك يجب أن تستعيد النيابة العامة حقها في تحريك الدعوى الجنائية.

وأقترح أن تكون هناك لجنة تعرض عليها الجريمة قبل تحريك الدعوى، وتقرر بناء على معايير محددة ما إذا كان الجريمة تتعلق بحق خاص أكثر من الحق العام في معاقبة الجاني، أم لا، وتبين حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية مبني على أسباب مقنعة أم، وجوب تحريكها من قبل النيابة لمعاقبة الجاني، والهدف من هذه اللجنة هو الموازنة بين حق المجني عليه في عدم

¹أنظر المواد: 185 و274 و277 و279 و292 و293 و303 و306 و307 و308

من قانون العقوبات المصري رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣م.

تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، وحق الدولة في مكافحة الجريمة.

ويتبين من نصوص المواد السابقة أن المشرع القطري والمشرع المصري نص على الجرائم التي لا يجوز تحريكها إلا بناء على شكوى من المجني عليه، وحدد هذه الجرائم على سبيل الحصر، إلا أن الجرائم المحددة اختلفت في التشريعين، فنجد التشريع القطري جعل الجرائم التي لا يجوز تحريكها إلا بناء على شكوى هي: القذف، السب، التهديد، نشر أخبار كاذبة، إلحاق الضرر بالغير، إتلاف مال الغير، قتل الحيوان، إصدار شيك بدون رصيد، أما المشرع المصري فأتفق مع التشريع القطري في جرائم القذف والسب، ولكنه أورد جرائم أخرى وهي نفقة الزوجة وزنا الزوجة، وزنا الزوجة، عدم تسليم الأب إلى من له الحق بموجب حكم قضائي.

أما المنظم السعودي فقد نص في المادة (17) من نظام الإجراءات الجزائية على: " لا تجوز إقامة الدعوى الجزائية أو إجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد إلا بناءً على شكوى من المجني عليه، أو ممن ينوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة؛ إلا إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم"¹.

ويتضح من نص هذه المادة أن المنظم السعودي لم يحدد الجرائم التي تجب فيها الشكوى لتحريكها، وإنما نص على معيار بموجبه يتم تصنيف الدعوى على إنها دعوى جزائية خاصة، وهو " الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد" لكننا نرى أن هذا المعيار غير واضح، فالجرائم من المؤكد إنها تنطوي على الحقين، حق الفرد وحق الله تعالى، فما هو المعيار الذي يجب اللجوء إليه لبيان الحق الغالب

¹ المادة (17) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي 1435هـ.

في الدعوى حتى يتم تصنيفها على إنها دعوى جزائية خاصة؟، ولم يجيب المنظم السعودي على هذا التساؤل، إلا إنه هناك جرائم بموجب الشريعة الإسلامية تم تصنيفها على إنها جرائم ذو حق خاص، منها جرائم القصاص، والقتل، والمطبق في القضاء السعودي في جرائم القصاص أن لأولياء الدم أو المجني عليه الخيار في رفع الدعوى الجزائية للمطالبة بالقصاص، أو المطالبة بالدية، ويتطلب الحق في طلب القصاص إجماع الورثة¹، وفي جرائم التعزير يحق للمجني عليه أو من ينيبه رفع دعوى جزائية خاصة يطالب فيها بتعزير المتهم، والمقرر في القضاء السعودي في جرائم التعزير الخاصة أن للمجني عليه رفع دعوى يطالب فيها بتعزير المتهم².

ويرى جانب من الفقه بوجوب إلغاء حق المجني عليه بالشكوى، لما ينطوي عليه من مآخذ تضر بأمن المجتمع واستقراره، لعدم معاقبة الجاني، ويمكن حصرها في ما يلي:

إن الحق في الشكوى وجعله قيد على إرادة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ينطوي على إضرار بالغ بالدولة المالكة للحق في عقاب الجاني، وهو وضع ينطوي على إهدار لفكرة الردع العام التي تعتبر من أهم أغراض العقوبة في القانون الجنائي، كما أن المصلحة العامة تتأذي من عدم معاقبة الجاني الأمر الذي لا يتناسب مع ما يعود على المجتمع من مصلحة المجني عليه في

1 الشيخ، عادل بن محمد حسن (2004). الإدعاء بالحق الخاص في الشريعة الإسلامية وفي نظام الإجراءات الجزائية بالمملكة العربية وتطبيقاته من واقع أحكام القضاء السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص120.

2 الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد (2002). شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، مج8، دار الكتب العلمية، ط1.

عدم عقاب الجاني¹.

أن المجني عليه قد يصيبه ضرراً بهذا الحق، من خلال تعرضه للتهديد من قبل الجاني، وبالتالي يتعرض لتكرار الجريمة أكثر من مرة ويعجز عن الإبلاغ خوفاً من سطوة الجاني، ومن شأن هذا الحق أن يفوت على الدولة فرصة معاقبة الجاني، لأنها لن تمارس حقها في معاقبة الجاني إلا بعد شكوى من المجني عليه.

أن مبدأ الشكوى ينطوي على إخلال صارخ بمبدأ العدالة، لأنه يترك جريمة بلا عقاب أو جزاء².

ويرى الباحث أن تعليق تحريك الدعوى الجنائية الخاصة على شكوى من المجني عليه إنما هي سلاح ذو حدين، فهي تحقق المنافع للمجني عليه والمجتمع، وفي نفس الوقت تضر بالإثتان معاً، ففي حين توفر الحق للمجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية والتشهير بنفسه والإضرار بسمعته وسمعة العائلة، هي أيضاً تعرضه للتهديد من قبل الجاني في السكوت عن حقه في الإبلاغ وتحريك الدعوى الجنائية، وفي حين يحقق هذا الحق الأمن في المجتمع لعدم إثارة الشائعات وإثارة الفتن بين العائلات، فإن هذا الحق أيضاً يفوت الفرصة على الدولة في معاقبة الجاني، وقد يترك الباب مفتوحاً لإنتشار الجرائم من هذا النوع، فالجاني يعلم أن هذه الجريمة تضر بسمعة المجني عليه، وخوفه من التشهير

1 عبيد، حسنين صالح (1984). شكوى المجني عليه، مقال في مجلة القانون والاقتصاد، ع3، ص103.

2 أبو عامر، محمد زكي (1984). الإجراءات الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص433.

بسمعته ومكانته بين الناس والمجتمع ستجعله يسكت عن إخبار النيابة العامة بها، وقد يكون هذا دافع له في إختيار ضحيته الضعيفة وتكرار الجريمة، وبالتأكيد فأن هذا الأمر لن يكون به أي فائدة للمجتمع.

ومن هذا المنطلق يرى الباحث ضرورة التضييق من نطاق حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية، بحيث يقتصر هذا الحق على الأقارب من الدرجة الأولى فقط، وما سوى ذلك تستعيد النيابة حقها في تحريك الدعوى الجنائية دون الرجوع لموافقة المجني عليه.

المطلب الثاني

تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من غير المجني عليه

أتناول في هذا المطلب تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من غير المجني عليهم، وسأبين تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من ورثة المجني عليه أو ما ينوب عنه (كفرع أول)، وتحريك الدعوى الجنائية الخاصة من النيابة العامة (كفرع ثاني)، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من ورثة المجني عليه أو ما ينوب عنه:

الأصل أن الدعوى الجنائية الخاصة ترفع من المجني عليه، كونه صاحب الحق في رفعها، فهو المعتدي على حقه، إلا إنه في بعض الحالات يكون المجني عليه عاجزاً عن المطالبة بحقه، كما لو كان غير عاقل، أو مصاب بعجز ونحوه، فهل يجيز القانون في هذه الحالات تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من ما ينوب عنه، وإذا توفى المجني عليه قبل أن يطالب بحقه، كما لو تسببت الجريمة المرتكبة في وفاته، فهل يجيز القانون لورثة المجني عليه أن يحرك

الدعوى بالنيابة عن موروثهم، هذا ما سنبينه في هذا الفرع.

المقرر في التشريع القطري أن الشكوى تقدم من المجني عليه شفاهة أو كتابةً، أو من وكيله الخاص، حيث نصت المادة (3) من القانون القطري رقم (23) لسنة 2004م، على: ".. وتقدم الشكوى شفاهة أو كتابةً من المجني عليه أو وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي، ويجوز في حالة الجريمة المتلبس بها أن تقدم الشكوى إلى من يكون حاضرًا من رجال السلطة العامة"¹.

ولم ينص القانون القطري على أي نصوص تجيز لورثة المجني عليه تقديم الشكوى نيابة عن موروثهم، وقد نصت المادة (5) من ذات القانون على: " إذا كان المجني عليه في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (3) من هذا القانون، لم يتم ست عشرة سنة كاملة أو كان مصابًا بعاهة في عقله تقدم الشكوى ممن له الولاية، وإذا كانت الجريمة واقعه على المال، تقدم الشكوى من الوصي أو القيم، وإذا كان المجني عليه شخصًا معنويًا تقدم الشكوى من ممثله القانوني أو من يفوضه في ذلك"².

ومن خلال ما سبق نستنتج أن المشرع القطري لا يجيز لورثة المجني عليه رفع الدعوى الجنائية الخاصة بموروثهم، ويجيز في بعض الحالات تحريك الدعوى من غير المجني عليه، وهي إذا كان المجني عليه لم يتم السادسة عشر سنة، أو مصاب بعاهة في عقله، فتقدم الشكوى من ممن له الولاية، أما إذا كانت الجريمة

¹ المادة (3) من القانون القطري رقم 23 لسنة 2004 بشأن إصدار قانون الإجراءات الجنائية.

² المادة (5) من القانون القطري رقم (23) لسنة 2004. بشأن إصدار الإجراءات الجنائية.

واقعة على المال فتقدم الشكوى من الوصي أو القيم، وإذا كان المجني عليه شخص معنوي، فتقدم الشكوى من ممثله القانوني أو من يفوضه.

والمشرع المصري قد أخذ نفس موقف المشرع القطري، فقد نصت المادة (5) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على: " إذا كان المجني عليه في الجريمة لم يبلغ خمس عشرة سنة كاملة، أو كان مصابا بعاهة في عقله، تقدم الشكوى ممن له الولاية عليه.

وإذا كانت الجريمة واقعة على المال، تقبل الشكوى من الوصي أو القيم وتتبع في هاتين الحالتين جميع الأحكام المتقدمة الخاصة بالشكوى.¹

أما المنظم السعودي فقد خالف التشريعين السابقين، وأجاز تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من ورثة المجني عليه، حيث نصت المادة (16) من نظام الإجراءات الجزائية على: " للمجني عليه - أو مَنْ يَنُوب عنه - ولوارثه من بعده، حق رفع الدعوى الجزائية في جميع القضايا التي يتعلق بها حق خاص، ومباشرة هذه الدعوى أمام المحكمة المختصة. وعلى المحكمة في هذه الحال إبلاغ المدعي العام بالحضور."² ونصت المادة السابعة عشر من ذات النظام على: " لا تجوز إقامة الدعوى الجزائية أو إجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد إلا بناءً على شكوى من المجني عليه، أو مَنْ يَنُوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة."³

¹ المادة (5) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950، المعدل بالقانون رقم 189 لسنة 2020م.

² المادة (16) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي 1435هـ.

³ المادة (17) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي 1435هـ.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن المشرع القطري والمشرع المصري أجازا تحريك الدعوى الجنائية الخاص من وكيل المجني عليه، أو ما ينيب عنه في حالات محددة، ولم يجيز تحريك الدعوى الجنائية من ورثة المجني عليه، أما المنظم السعودي فقد أجاز تحريك الدعوى من ورثة المجني عليه، أو ما ينيب عنه.

ويرى الباحث أن المنظم السعودي أحسن صنعاً بإجازة تقديم الشكوى من ورثة المجني عليه، فهناك جرائم قد تؤدي إلى وفاة المجني عليه من جرائم الحق الخاص، أو يعجز المجني عليه من تحريك الدعوى قبل الوفاة كما لو دخل في غيبوبة وتوفى قبل أن يفيق، وفي هذه الحالات فيضيع حق المجني عليه، وقد تتعرض سمعته للإساءة بعد وفاته، كما لو كانت الجريمة خطف أنثى، أو سب أنثى في عرضها، ومن جانباً ننشاد المشرع القطري والمشرع المصري إلى ضرورة وضع نص يجيز لورثة المجني عليه في جرائم الحق الخاص، تحريك الدعوى الجنائية الخاصة لحماية سمعته بعد مماته، وسمعة عائلته، وللحد من إنتشار الجرائم حتى تكون رادعاً لمن توسوس له نفسه إرتكاب مثل هذه الجرائم.

الفرع الثاني: تحريك الدعوى الجنائية الخاصة من النيابة العام:

سبق أن بينا أن الأصل في الدعوى الجنائية الخاصة هو تحريكها من قبل المجني عليه بناء على شكوى يقدمها للنيابة أو رجال السلطة، وبناء على ذلك فلا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية الخاصة إلا بعد موافقة المجني عليه، والتي تظهر من خلال تقديمه لشكوى بالصيغة المنصوص عليها في القانون، وبالرجوع لنصوص القانون القطري، نجد إنه نص في المادة (6) على أن: " تقوم النيابة العامة مقام المجني عليه إذا تعارضت مصلحته مع من يمثله،

أو لم يكن له من يمثله"¹.

وهذه المادة لا تدل على أن النيابة العامة لها حق في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، وإنما تدل على أن القانون منح النيابة الحق في أن تقوم مقام المجني عليه، في حالة ما إذا تعارضت مصلحته مع من يمثله، أو لم يكن له ما يمثله، والمشرع المصري قد أخذ نفس موقف التشريع القطري، فقد نص في المادة (6) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على: " إذا تعارضت مصلحة المجني عليه مع مصلحة من يمثله أو لم يكن له من يمثله، تقوم النيابة العامة مقامه"².

أما المنظم السعودي فقد خالف التشريعين السابقين، حيث نص في المادة (17) من نظام الإجراءات الجنائية السعودي على: " لا تجوز إقامة الدعوى الجزائية أو إجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد إلا بناءً على شكوى من المجني عليه، أو ممن ينوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة؛ إلا إذا رأت هيئة التحقيق والادعاء العام مصلحة عامة في رفع الدعوى والتحقيق في هذه الجرائم"³.

ونستنتج من المادة السابقة أن المنظم السعودي وضع استثناء على الأصل العام في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، حيث أنه جعل لهيئة التحقيق والإدعاء العام⁴، وهي في حالة ما إذا رأت أن هناك مصلحة عامة في رفع الدعوى الجنائية

¹ المادة (6) من القانون القطري رقم (23) لسنة 2004م بشأن إصدار الإجراءات الجنائية.

²² المادة (6) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950، والمعدل بالقانون رقم 189 لسنة 2020م.

³ المادة (17) من نظام الإجراءات الجنائية السعودي 1435هـ.

⁴ هيئة التحقيق والإدعاء العامة، هي ما يقوم مقام النيابة العامة في التشريعات الوضعية،

الخاصة.

ويرى الباحث أن المنظم السعودي أحسن صنعًا بالنص على هذا الاستثناء، فقد قيد المنظم حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في الحالة التي تتعلق فيها بحقوق خاصة للأفراد، وهذا استثناء لا يجب التوسع فيه، فقد تكون الجريمة متعلقة بمصلحة عامة أيضًا، وجعل سلطة تحريكها للمجني عليه قد يعرضه للتهديد، ورفض تحريكها، ويفلت المجرم من العقاب.

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على تصنيف الدعوى الجنائية بإنها خاصة

تمهيد وتقسيم:

إن تصنيف الدعوى الجنائية على إنها دعوى خاصة يترتب عليه العديد من الآثار القانونية، أهمها هو عدم جواز تحريك الدعوى الجنائية الخاصة إلا من خلال المجني عليه، بناء على شكوى يقدمها للنيابة العامة أو رجال السلطة، ويثور التساؤل حول مدى جواز جمع الاستدلالات ومباشرة التحقيق في الجريمة قبل تقديم المجني عليه شكوى لتحريك دعواه، وهل للمجني عليه حق في رفض تحريك الدعوى الجنائية الخاصة إذا قامت النيابة العامة بالتحري عن الجريمة وجمع الاستدلالات عنها؟، ومتى يسقط حق المجني عليه في تقديم الشكوى؟، وهل يجوز له التنازل عن الشكوى بعد تحريك الدعوى وعرضها على القضاء؟، وهذا ما سأبينه في هذا المبحث بمشيئة الله تعالى، من خلال مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: إرادة المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة.

المطلب الثاني: حق التنازل عن الشكوى قبل صدور حكم بات وسقوطها.

المطلب الأول

إرادة المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة

سأبين في هذا المطلب مدى حق النيابة العامة في جمع الاستدلالات ومباشرة التحقيق قبل تقديم الشكوى من المجني عليه (كفرع أول) ورفض المجني عليه تحريك الدعوى الجنائية الخاصة (كفرع ثانٍ)، على النحو التالي:

الفرع الأول: حق النيابة في جمع الاستدلالات ومباشرة التحقيق قبل تقديم الشكوى من المجني عليه.

الأصل أن يتم تحريك الدعوى الجنائية من قبل النيابة العامة، ولكن التشريعات قيدت هذا الحق في ما يخص الدعوى الجنائية الخاصة، إلا أن هناك إجراءات سابقة على تحريك الدعوى كجمع الاستدلالات والتحقيق، ويثور التساؤل حول حق الجهة المختصة في جمع الاستدلالات واتخاذ إجراءات التحقيق في الجريمة قبل تقدم المجني عليه بشكوى؟، ونُجيب على هذا التساؤل كآلاتي:

جمع الاستدلالات: أن أعمال الاستدلال يقوم بها مأموري الضبط الجنائي أو ضابط الشرطة، أو ما يعادلها في التشريعات، وهذه الأعمال أعمال سابقة على إقامة الدعوى و لا تعد من قبيل تحريك الدعوى، ويذهب رجال الفقه والقضاء إلى جواز جمع الاستدلالات عن الجريمة قبل أن يتقدم المجني عليه بشكوى ضد المتهم، وفي بعض التشريعات يستثنى الجرائم المتعلقة بالزنا، فلا يجوز اتخاذ أي إجراءات لجمع الاستدلالات في هذه الجرائم، إلا بعدما يبدي المجني عليه الرغبة في تحريك الدعوى الجنائية من خلال تقديم شكوى للجهات المختصة، نظرًا لتعلقها الشديد بسمعة المجني عليه¹.

¹ الحكشي، صبري محمد علي. الشكوى في القانون الجزائي. ص 167.

إجراءات التحقيق: إجراءات التحقيق هي الخطوة الثانية بعد جمع الاستدلالات، وهي المرحلة التمهيدية لتحريك الدعوى، وإذا كان الغرض من جمع الاستدلالات هو التحري والتقصي عن الجريمة، فإن إجراءات التحقيق تكشف عن إدانة المتهم، وإذا لم يتقدم المجني عليه بشكوى فلا يجوز للنيابة العامة اتخاذ إجراءات التحقيق في دعوى جزائية خاصة، وإذا رفعت الدعوى بدون شكوى تكون إجراءات التحقيق هنا باطلة ويجوز التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وهذا الإجراء يمكن تصحيحه تقدم المجني عليه بالشكوى في وقت لاحق على إجراء التحقيق¹.

الفرع الثاني: رفض المجني عليه تحريك الدعوى الجنائية الخاصة:

ترتكز النظرة الحديثة تجاه المجني عليه على حفظ حقوقه بالقدر الذي لا يجعله ضحية للقوانين بالإضافة لكونه ضحية للجريمة، فهناك من الجرائم التي يفوق ضررها على المجني عليه عند نشرها أكثر من ضررها المادي عليه، وقد نظم التشريعات حماية لحق المجني عليه في حفظ سمعته بعض النصوص التي تتيح للمجني عليه الحق في عدم تحريك الدعوى الجنائية، وتكون بمثابة قيد على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة.

وبالرجوع لنصوص التشريعات القطرية و المصرية والسعودية، فقد وجدنا أن هذه التشريعات جميعها قيدت حق النيابة في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، إلا بعد تقدم المجني عليه بشكوى يبين فيها رغبته في المطالبة بحقه ومعاقبة الجاني، فقد نصت المادة (3) من القانون القطري رقم 23 لسنة 2004م على: " لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من

¹ الشيخ، مرجع سابق، ص155.

يقوم مقامه في الجرائم المنصوص عليها في المواد....¹. ونصت المادة (3) من القانون المصري على: " لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفوية أو كتابية من المجني عليه، أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد...².

وقد نصت المادة (17) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على: " لا تجوز إقامة الدعوى الجنائية أو إجراء التحقيق في الجرائم الواجب فيها حق خاص للأفراد إلا بناءً على شكوى من المجني عليه، أو ممن ينوب عنه، أو وارثه من بعده إلى الجهة المختصة"³.

والحكمة من اتخاذ التشريعات لهذا الموقف هو تغليب المصلحة الخاصة للمجني عليه على المصلحة العامة من حيث ترك سلطة تقديرية للمجني عليه في إتخاذ قرار تحريك الدعوى الجنائية أم عدم تحريكها، بحيث لا تتمكن النيابة العامة من تحريك الدعوى الجنائية إلا من خلال تقدم المجني عليه بشكوى، وبالتالي فإن أي شخص آخر لا صلة له بالمجني عليه تقدم بشكوى أو الإبلاغ عن الجريمة لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية إلا إذا تقدم المجني عليه بالشكوى، وإذا تقدم المجني عليه بالشكوى تسترد النيابة العامة حقها في رفع

¹ المادة (3) من القانون القطري رقم 23 لسنة 2004م، بشأن الإجراءات الجنائية.

² المادة (3) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950، والمعدل بالقانون رقم 189 لسنة 2020م.

³ المادة (17) من نظام الإجراءات الجزائية 1435م.

الدعوى الجنائية والتصرف فيها وفق ما تراه مناسب¹.

ومن خلال ما سبق نستنتج أن الدعوى الجنائية الخاصة لا تقوم إلا بموافقة المجني عليه، ويعبر عن هذه الموافقة بتقديم شكوى يبدي فيها رغبته في المطالبة بحقه ومعاقبة الجاني، وبالتالي فإنه إذا قام رجال الضبط القضائي بالتحري عن الجريمة، وتبين إن هذه الجريمة من الجرائم الخاصة المتعلقة بحقوق الأفراد الخاصة، ورفض المجني عليه تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، فلا يجوز تحريكها.

المطلب الثاني

حق التنازل عن الشكوى قبل صدور حكم بات وسقوطها

سأبين في هذا المطلب حق التنازل عن الشكوى قبل صدور حكم بات (كفرع أول)، وسقوط الحق في تقديم الشكوى تحريك الدعوى الجنائية الخاصة (كفرع ثانٍ)، على النحو الآتي:

الفرع الأول: حق التنازل عن الشكوى قبل صدور حكم بات:

سبق أن بينت أن الشكوى في الدعوى الجنائية الخاصة هي حق خاص للمجني عليه، فقد منحت التشريعات للمجني عليه سلطة الخيار ما بين تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، أو عدم تحريكها، وبالتالي فإن معاقبه الجاني في مثل هذه الجرائم تكون بناء على شكوى من المجني عليه، أي إبداء رغبته في المطالبة بحقه من الجاني وتحريك دعواه، وقد يجد المجني عليه بعد تحريك الدعوى

¹ المجيدي، عبد القادر قائد سعيد (2014). شكوى المجني عليه كقيد من قيود تحريك الدعوى الجنائية في القانون اليمني والجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص4.

الجنائية الخاصة ضرراً ترتب عليه، من تحريكها كما لو تضررت سمعته، أو حدث خلاف بينه وبين عائلته بسبب هذه الجريمة، فيقرر أن يوقف سير الدعوى، فهل يجيز له القانون هذا الحق؟

الحقيقة أن التشريع القطري والتشريع المصري كلاهما، منح المجني عليه هذا الحق، فقد نصت المادة (10) من القانون القطري رقم (23) لسنة 2004م على: " لمن قدم الشكوى أو الطلب أن يتنازل في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم بات، ، وفي حالة تعدد مقدمي الشكوى لا ينتج التنازل أثره إلا إذا صدر منهم جميعاً، والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلاً بالنسبة للباقيين"¹.

ونصت المادة (10) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على: " لمن قدم الشكوى أو الطلب في الأحوال المشار إليها في المواد السابقة وللمجني عليه في الجريمة المنصوص عليها في المادة 185 من قانون العقوبات وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد 303 و306 و307 و308 من القانون المذكور إذا كان موظفاً عاماً أو شخصاً ذا صفة نيابية عامة أو مكلفاً بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أن يتنازل عن الشكوى أو الطلب في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتتقضي الدعوى الجنائية بالتنازل.

وفي حالة تعدد المجني عليهم لا يعتبر التنازل صحيحاً إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى.

¹ المادة (10) من القانون القطري رقم (23) لسنة 2004م، بشأن إصدار الإجراءات الجنائية.

والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلاً بالنسبة للباقيين¹.

وقد نصت المادة (23) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على: "

تنقضي الدعوى الجزائية الخاصة في إحدى الحالتين الآتيتين:

1 - صدور حكم نهائي.

2 - عفو المجني عليه أو وارثه.

ولا يمنع عفو المجني عليه أو وارثه من الاستمرار في دعوى الحق العام.² ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن المشرع القطري قد وافق المشرع المصري والمنظم السعودي، في حق المجني عليه في التنازل عن الشكوى قبل صدور حكم بات في الدعوى، وبهذا يوقف سير الدعوى، وقد أضاف المشرع المصري إنه في حالة تعدد المجني عليه فلا يكون التنازل صحيحاً إلا أن تم من جميع المجني عليهم، وفي حالة تعدد الجناه فيكون التنازل تجاه إحداهما يعد تنازلاً بالنسبة للباقيين.

الفرع الثاني: سقوط الحق في تقديم الشكوى (تحريك الدعوى الجنائية الخاصة):

منحت التشريعات للمجني عليه الحق في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، أو عدم تحريكها بناء على رغبته، إلا إنها قيدت هذا الحق بمده، لا يكون للمجني عليه بعد الحق في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة وتقديم شكواه، فقد نصت المادة (7) من القانون القطري رقم 23 لسنة 2004م، على: " لا تقبل الشكوى

¹ المادة (10) من القانون المصري رقم 150 لسنة 1950، والمعدل بالقانون رقم 189 لسنة 2020م.

² المادة (23) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي 1435هـ.

بعد ثلاثين يوماً من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمركبها، أو من يوم علم من يقوم مقامه، ما لم ينص على خلاف ذلك"¹.

ونصت المادة (3) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على: " ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."².

أما المنظم السعودي فلم يقيد شكوى المجني عليه بمدّة معينة.

ونستنتج مما سبق أن المشرع القطري وضع مدة مقيدة لحق المجني عليه في تقديم الشكوى وهي ثلاثين يوماً من يوم علم المجني عليه بالجريمة، وأرى أن هذه المدة قصيرة جداً، وقد تسلب حق المجني عليه في تقديم شكواه، فقد يكون مصدوماً من الجريمة وعاجز عن أخذ القرار الصحيح، وقد جعل المشرع المصري المدة التي يسقط بعدها الحق في تقديم الشكوى ثلاثة شعور من يوم علم المجني عليه، وأرى أيضاً أن المشرع يجب أن يزيد من هذه المدة قليلاً، فقد يتعرض المجني عليه لصدمه تجعله متردداً في أخذ قراره بشأن تحريك الدعوى الجنائية، وقد يكون تعرض لتهديد لمنعه من تحريك الدعوى.

¹ المادة (8) من القانون القطري رقم 23 لسنة 2004 بشأن إصدار الإجراءات الجنائية.

² المادة (3) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 50 لسنة 1950م، المعدل بقانون رقم 189 لسنة 189 لسنة 2020م.

الخاتمة

أتناول الخاتمة من خلال النتائج والتوصيات، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

الدعوى الجنائية الخاصة هي مجموعة من الإجراءات النظامية التي يحق من خلالها للمجني عليه أو من ينوبه عنه أو ورثته اللجوء إلى القضاء لإيقاع العقوبة على الجاني في الجرائم التي تتعلق بحق خاص للفرد.

لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية الخاصة إلا بناء على شكوى من المجني عليه، وقد قيد النظام السعودي ومنح هيئة التحقيق العامة أن تحرك الدعوى إذا رأت أن تحريكها فيه مصلحة عامة.

حصر المشرع القطري والمشرع المصري الجرائم التي لا يجوز تحريكها إلا بناء على شكوى من المجني عليه ونص على جرائم محددة، منها السب والقدف، أما المنظم السعودي فلم يحددها، لكنه نص على معيار في تصنيفها وهو الجرائم التي تتعلق بحقوق خاصة للأفراد.

أن المشرع القطري يوافق المشرع المصري في إنه لا يجوز لورثة المجني عليه رفع الدعوى الجنائية الخاصة بموروثهم، ويجوز في بعض الحالات تحريك الدعوى من غير المجني عليه، أما المنظم السعودي فيجيز لورثة المجني عليه تحريك الدعوى الجزائية الخاصة.

المشرع القطري والمشرع المصري لم ينص على الاستثناء الذي نص عليه المنظم السعودي وهو: للنيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية الخاصة إذا رأت أن هناك مصلحة عامة بتحريكها.

يترتب على تصنيف الدعوى الجنائية بأنها خاصة، حق المجني عليه في عدم تحريكها، وحق التنازل عن الدعوى قبل صدور حكم بات فيها.

يسقط الحق في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة في المشرع القطري بعد ثلاثين يوماً من علم المجني عليه، ويسقط في التشريع المصري بمرور ثلاثة أشهر من علم المجني عليه، ولم يقيد المنظم السعودي الدعوى الجنائية الخاصة بمدة.

ثانياً: التوصيات:

يجب أن يجيز المشرع القطري والمشرع المصري الحق لورثة المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، حفاظاً على حقوق المتوفي، والذي قد يكون توفى قبل أن يبين رغبته في تحريك الدعوى، حماية لسمعته بعد مماته، وسمعة عائلته، وللحد من إنتشار الجرائم حتى تكون رادعاً لمن تسوس له نفسه إرتكاب مثل هذه الجرائم.

يجب أن يتيح المشرع القطري والمشرع المصري استثناء مثلما فعل المنظم السعودي وهو أن يجيز للنيابة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية الخاصة إذا رأت أن هناك مصلحة عامة بتحريكها، فقد تكون الجريمة متعلقة بمصلحة عامة أيضاً، وجعل سلطة تحريكها للمجني عليه قد يعرضه للتهديد، ورفض تحريكها، ويفلت المجرم من العقاب. يجب على المشرعين القطري والمصري أن يزيد من هذه المدة قليلاً، فقد يتعرض المجني عليه لصدمة تجعله متردداً في أخذ قراره بشأن تحريك الدعوى الجنائية، وقد يكون تعرض لتهديد لمنعه من تحريك الدعوى.

يجب أن تكون هناك لجنة تعرض عليها الجريمة قبل تحريك الدعوى، وتقرر بناء على معايير محددة ما إذا كان الجريمة تتعلق بحق خاص أكثر من الحق العام في معاقبة الجاني، أم لا، وتبين حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية مبني على أسباب مقنعة أم، وجوب تحريكها من قبل النيابة لمعاقبة الجاني، والهدف من هذه اللجنة هو الموازنة بين حق المجني عليه في عدم تحريك الدعوى الجنائية الخاصة، وحق الدولة في مكافحة الجريمة.

المراجع

- أبو جعفر، محمد بن جرير الطبري. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: محمود محمد شاكر، دار التربية والتراث، مكة المكرمة.
- أبو عامر، محمد زكي (1984). الإجراءات الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية
- بالمعلم، صالح أحمد صالح (2004). تحريك الدعوى الجزائية في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عدن، كلية الحقوق.
- بوجبير، بثينة (2002). حقوق المجني عليه في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- الحمداني، محمد حسين محمد (2012). دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل - كلية الحقوق، ع53، ص(461-360).
- الحكشي، صبري (1986). الشكوى في القانون الجزائري، ط1، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن.
- خالد، عدلي أمير (دت). إجراءات الدعوى الجزائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد (2002). شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، مج8، دار الكتب العلمية، ط1.
- سرور، أحمد فتحي (1985). الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص127
- الشاوي، توفيق (1954م). فقه الإجراءات الجنائية، ط2، دار الكتاب العربي.

الشيخ، عادل بن محمد بن حسن (2004م). الإدعاء بالحق الخاص في الشريعة الإسلامية وفي نظام الإجراءات الجزائية بالمملكة العربية السعودية وتطبيقاته من واقع أحكام القضاء السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

عثمان، آمال عبد الرحيم (1989م). شرح القانون الإجراءات الجزائية، دن، دط. عبيد، حسنين صالح (1984). شكوى المجني عليه، مقال في مجلة القانون والاقتصاد، ع3.

علي، أحمد مصطفى (2016). العدالة الجنائية في قيد الشكوى الخاصة، كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك - كلية القانون والعلوم السياسية، مج5، ع17، ص(484 - 538).

عبد الباقي، مصطفى (2015). شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2003، جامعة بير زيت، كلية الحقوق والادارة العامة، وحدة البحث العلمي والنشر.

غوث، طلحة بن محمد بن عبد الرحمن (2008). الإدعاء العام وأحكامه في الفقه والنظام، مج1، كنوز إشبيليا.

مصطفى، إبراهيم؛ الزيات، أحمد؛ عبد القادر، حامد؛ النجار، محمد (دت). المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، باب الخاء.

موسى، سعود محمد (1990). شكوى المجني عليه، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة.

المطيري، شاهر محمد علي (2010). الشكوى كقيد على تحريك الدعوى الجزائية في القانون الجزائري الأردني والكويتي والمصري، رسالة ماجستير،

جامعة الشرق الأوسط.

المجيدي، عبد القادر قائد سعيد (2014). شكوى المجني عليه كقيد من قيود تحريك الدعوى الجزائية في القانون اليمني والجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق - بن عكنون.

المانع، عادل علي (2013). دور المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية: دراسة مقارنة في تشريعات مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، كلية الحقوق.

الحمداني، محمد حسين محمد (2012). دور المجني عليه أثناء سير الدعوى الجزائية: دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل - كلية الحقوق، ع53، ص(461 - 360).

القوانين:

القانون القطري رقم (23) لسنة 2004م، بشأن إصدار الإجراءات الجنائية.
القانون المصري رقم 150 لسنة 1950، والمعدل بالقانون رقم 189 لسنة 2020م

نظام الإجراءات الجزائية السعودي 1435هـ.

ابحاث القانون الدولي العام

الطفولة وتكوين الذات
أساسيات مفهوم الطفل في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان

دكتور

أحمد صلاح الدين بالطو

أستاذ القانون العام المشارك- كلية الحقوق- جامعة الملك عبد العزيز

مستخلص

تستعرض هذه الدراسة المركز القانوني للطفل في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، بالاستناد إلى تحليل الأحكام التي صدرت عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ولها علاقة بالطفل. وتهدف الدراسة إلى تشكيل مفهوم كامل للخصوصية القضائية في هذا الشأن، من خلال تحليل مفهوم الطفولة في هذا التشريع الأوروبي، إذ توجد علاقة وثيقة بين مفهومي (الطفل) و(الذات)، يتم فيها دعم مفهوم الطفل في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من خلال تفسير الذات على أنها تنشأ منذ الطفولة، ويتم تصوير الطفولة على أنها تمكن من فهم الذات من خلال بعض العوامل الأساسية التي تساهم في نشأة الطفل. تقوم هذه الدراسة بتقويم الآثار المترتبة على ذلك، وتستننتج الوضع القانوني للطفل المنصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

مقدمة

تحظى فئة الأطفال في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بكثير من الاهتمام. فالطفل يُنظر إليه من واقع أنه هدف للرغبة في تحقيق المتوقع أو المأمول منه، وأنه رمز للالتزام والثبات في علاقة بين فردين، وأنه فرد متميز، تسيطر، في الغالب، مصالحه الفضلى على أنها الأهم. تبرز الطفولة نفسها على أنها مرحلة ومدة زمنية يشغلها الطفل تنتقل من خلالها المعرفة الحيوية من البالغين إلى الصغار، وأيضاً مرحلة، تتم فيها البرمجة الأساسية للشخصية.¹ وبالفعل، عند مناقشة كل ما يخص فئة الأطفال، نلاحظ صياغة وتحديد رؤية تطور الفرد بشكل عام، هذا الفرد الذي يُفترض، بعد ذلك، أنه هو المبدأ التأسيسي الأهم للقانون الأوروبي لحقوق الإنسان، والذي تشكل حماية حرته وكرامته، المهمة الجوهرية لرسالة قانون حقوق الإنسان.

ففي إطار هيكلية الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فإن الطفل يحظى بأهمية كبيرة، تجعله محوراً أساسياً ضمن محاور قانون حقوق الإنسان، وعليه، فإن تحديد وضعه ومكانته القانونية يحتاج إلى مزيد من التحليل. في هذه الدراسة، سوف يتم وصف فئة الأطفال في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، من خلال الاستعانة بتحليل بعض الأحكام القضائية التي لها علاقة بالطفل، الصادرة من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. تهدف الدراسة إلى تقديم وصف كامل للذاتية القانونية التي تم إنشاؤها من خلال فكرة الطفل في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان. وضمن تصور الطفل، فليس هناك فقط تصور للطفل في موقعه

¹ صغير بن محمد الصغير، حقوق الطفل بين القوانين الدولية والشريعة الربانية، شبكة الألوكة، 1439هـ، ص53-54.

الثابت ضمن سياق الوالدين، ولدور الأشخاص الآخرين في تشكيل شخصية الطفل فسحب بل، هناك أيضاً حسابان لذات الطفل نفسه، وللعوامل التي ساهمت في تنشئته.

إن الطفولة في هذا السياق أمر حيوي، إذ إن هناك عمليتين أساسيتين في تكوين الذات، (الفردية والتعود)، تنشآن في مرحلة الطفولة. الفردية هي تخطيط للطفل، والتعبير عما لديه من اهتمامات، قد تختلف عن اهتمامات والديه. والتعود يتعلق بترسيخ الأفعال وعناصر الوجود على أنها عادات، بحيث تصبح سمات لا وافية من شخصية الفرد. والطفولة بهذه الطريقة، تحظى بدور متكامل في توصيف قانون حقوق الإنسان لتشكيل الذات، إذ إنها توفر الإطار الذي من خلاله يتم هيكلة وتفسير الحياة فيما بعد. فمن خلال مناقشة وتحليل بعض قضايا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقد قام الباحث بوضع إطار لمرحلة الطفولة، بشكل يساعد على فهم الذات، مما يساهم في فهم شخصية الفرد التي تنشأ أثناء مرحلة الطفولة نفسها.

أهمية الدراسة

تكتسب الدراسة أهميتها من حقيقة أن مرحلة الطفولة لها، أهمية كبيرة، إذ يتم حسابان الطفولة من واقع أنها مرحلة يتم فيها تكوين إطار أساسي للمعنى الذي من خلاله نعيش الحياة، والذي يفهم من خلاله ما تبقى من حياة الفرد. إن الفكرة هي أن مجريات الحياة، من أحداث، وأفعال، وخبرات تقع على خلفية مرحلة الطفولة ويمكن تفسيرها بالرجوع إليها، وعليه فمن الطبيعي أن تولي التشريعات الكثير من الأهمية لفهم المرحلة الخاصة بالطفل (الطفولة).

منهج الدراسة

إن المنهج المتبع في هذه الدراسة هو (المنهج الوصفي التحليلي) وذلك وصفاً وتحليلاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى التعمق في بعض الآراء والتفسيرات المختلفة للعلماء والفقهاء، بشأن مفهوم الطفل وفقاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. في سبيل معالجة إشكاليات الدراسة، فإن منهجية الدراسة عملت تحديد العوامل المؤثرة في تكوين الذات، وعلاقتها بمرحلة الطفولة، ليس فقط من خلال الاكتفاء بظاهر النصوص القانونية المتعلقة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بل من خلال تحليل قضايا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وتناولها بالعمق اللازم للإجابة عن تساؤلات الدراسة.

تساؤلات الدراسة

عملت الدراسة على الإجابة عن الأسئلة الآتية:

تعريف الطفل وفقاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؟

العلاقة بين مرحلة الطفولة وتكوين الذات؟

العلاقة بين مرحلة الطفولة وهوية الفرد؟

أبرز قضايا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بمرحلة الطفولة؟

خطة الدراسة

المبحث الأول: مفهوم الطفل، فيه مطلبان:

- المطلب الأول: ارتباط الطفل بالوالدين.

الفرع الأول: التأثير الإيجابي للطفل في الوالدين

- المطلب الثاني: أصول الذات.

المبحث الثاني: العوامل المؤثرة في تكوين الذات في مرحلة الطفولة، وفيه ثلاث مطالب:

- المطلب الأول: التفرد.

- المطلب الثاني: التعود.

- المطلب الثالث: تكوين الذات في ظل المتغيرات الاجتماعية.

المبحث الثالث: مرحلة الطفولة وتأثيرها في تكون مفهوم للحياة، وفيه ثلاث مطالب:

- المطلب الأول: أساسيات مرحلة الطفولة.

- المطلب الثاني: تكوين الهوية أثناء مرحلة الطفولة.

- المطلب الثالث: الذات السردية.

الخاتمة.

المبحث الأول

مفهوم الطفل

إن الطفل يشكل إحدى فئات القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، لذلك كان هذا الأمر يأتي في المقدمة بشكل واضح في الحالات التي لا يتم فيها تحديد طفل بعينه، وبدلاً من ذلك يتم تخيل فكرة شديدة الشمول عن هذا (الطفل). هذا هو الحال، على سبيل المثال، في الحالات المتعلقة بإجراءات طلب الحصول على موافقة لتبني أحد الأطفال، إذ إن انعدام هوية طفل بعينه لا تبطل حقيقة المركزية التي يجب تطبيقها في مثل هذه الحالات، بهدف إعلاء (المصلحة الفضلى) للأطفال بصفة عامة.¹ إن العمومية وعدم تحديد هذا المفهوم، يؤدي إلى العديد من التساؤلات عن المقصود من المصلحة الفضلى للطفل، وهذا بدوره، يفترض مسبقاً بعض التصورات عن الأطفال كفئة، وفئة "الطفل" في المقام الأول. تحمل هذه الفئة، بعد ذلك، قوة معيارية وطبيعية. فهذا هو السياق الذي تتشكل داخله أفكاراً، مثل التطور الطبيعي للحياة الأسرية للطفل، والمكونات الأساسية لمرحلة الطفولة الطبيعية، ضمن الفقه التشريعي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

فبمجرد أن تمنح الفئة الخاصة "بالطفل" الحياة بهذا الشكل؛ تنشأ التوترات، أحياناً، بين ثقل هذه الفئة، كمركب اجتماعي قانوني، وبين المصالح الملموسة لطفل معين. أحد الأمثلة على ذلك هو (قضية ع س ص ضد المملكة

¹العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013م، ص 17.

المتحدة)¹، إذ ادعى فيها المدعون عدم الاعتراف القانوني بعلاقة الأب بابنه الذي جاء من خلال تلقيح المتبرع، وبعد ذلك تحول الابن من أنثى إلى ذكر. لقد تم الادعاء بأن ذلك ينتهك حقهم في احترام حياتهم الأسرية، وذلك بموجب المادة (8) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المتعلقة بحق الخصوصية وتكوين الأسرة، وعلى وجه الخصوص، أشاروا إلى أن ذلك قد ينتقص من شعورهم بالأمان داخل الأسرة.

ومع ذلك، فقد رأت المحكمة أنه يمكن التعامل مع مخاوف أصحاب الدعوى بخصوص الوضع الخاص بابنه المتحول، من خلال، على سبيل المثال، تضمين حقوقه في وصية، لأنه لن يكون من الورثة. من الملاحظ أن المحكمة كانت أكثر انشغالاً بفكرة أن منح الاعتراف القانوني المطلوب، قد لا يكون بالضرورة لصالح الأطفال الذين تم إنجابهم بهذه الطريقة من خلال التلقيح الاصطناعي بشكل عام.² في ضوء تلك الحالة من الارتياب، فقد فضلت المحكمة حماية استقرار فئتها "الطفل" (وهي فئة، بموجب المادة (8) من الاتفاقية، لا تلزم الدول بالاعتراف بشكل رسمي بكون الشخص أبًا للطفل، إن لم يكن الأب البيولوجي) على المصالح الخاصة بهذا الطفل وأسرته من خلال الاعتراف قانونًا بعلاقتهم.³

¹ X, Y AND Z v. The United Kingdom, App. No. 21830/93 (ECHR, 1997).

² Bradley AW and others, European Human Rights Law.: Text and Materials (3rd edition, Oxford University Press, 2008) 9–13.

³ محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م، ص125-127.

على خلفية معيارية هذه الفئة، والأهمية التي يمنحها القانون لاستقرارها، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، يتعلق بالشكل الذي يتخذه "الطفل" نفسه وفيما يلي، سوف يتم النظر في كيفية تخيل "الطفل" وكيف، في ضوء ذلك، يتم تصور "الطفل" على أنه كائن ناشئ وقادم إلى الوجود؟ إن هذا المفهوم عن الطفل هو الذي يتم تصوره عادة في عملية تشكيل "الطفل" بدون الحاجة إلى رؤيته أو تحديد اسمه أو جنسه أو جنسيته، إذ إن ما يحصل هنا هو تكوين فكرة عن الذات، بشكل أكثر شمولاً، كونها تتشأ في ذات أخرى.

المطلب الأول

ارتباط الطفل بالوالدين

إن بناء فكرة "الطفل" في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان يرتبط بمفهوم "الوالد"، وعلى وجه الخصوص، في الحق المعترف به في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فيما يتعلق باحترام القرار، سواء أصبح أم لم يصبح والداً.¹ وقد تم التعبير عن هذا صراحة في (قضية إيفانز ضد المملكة المتحدة)،² التي تتعلق بالمصالح المتصارعة للمدعية وشريكها السابق، فيما يتعلق بستة أجنة تم تجميدها معاً، قبل الجراحة التي أجرتها المدعية لإزالة المبايض. وخلال مدة العلاج، قامت المدعية وشريكها بالتوقيع على استمارة ذكرت أنه بموجب قانون الإخصاب البشري وعلم الأجنة، سيكون من الممكن لأي منهما سحب موافقته على استخدام الأجنة في أي وقت قبل عملية الزرع (تسمى قواعد الموافقة

¹ محمد بشير الشافعي، قانون حقوق الانسان، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف، مصر الطبعة الثالثة، 2004م، ص54-55.

² Evans v United Kingdom, App. No. 6339/05 (ECHR, 2007).

المشتركة)، وبعد مدة ليست طويلة، انتهت علاقتهما، وأخبر شريكها العيادة بأنه يرغب في تدمير الأجنة. اعترضت المدعية، ووقفت في النهاية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مشيرة إلى أن الأحكام المحلية التي تمكّن شريكها من سحب موافقته بهذه الطريقة، تنتهك حقوقها بموجب المادة (8) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وكانت شكواها، بصفة خاصة، من أن تأثير قواعد الموافقة المشتركة تمثل في حرمانها من فرصتها الوحيدة للحصول على طفل قادم وراثيًا. وعليه، كان الصراع بين قرارها بأن تصبح والدّة، وقرار شريكها بالنقيض.

في النهاية، حكمت المحكمة في صالح شريكها، الذي كانت له الأحقية في احترام قراره بألا يصبح أبًا بالوراثة على حق المدعية؛ ولم يثبت أي انتهاك للمادة (8) من الاتفاقية. وهنا يبرز تساؤل عام يتعلق بسبب سيطرة حق الشريك بتلك الطريقة. ولكن من الواضح أنه، من منظور الكيفية التي تم بها تصور "الطفل" هو أن المحكمة رأت أن الحق في احترام الحياة الخاصة يشمل في طبيّته الحق في احترام كلا القرارين: بأن يصبح أو لا يصبح أبًا بالوراثة. علاوة على ذلك، فقد أدركت المحكمة رغبة المدعية في أن ترى نفسها أمًا بالوراثة، محاولتها إيجاد طريقة للتغلب على حقيقة أنه، بعد هذا القرار، لن تتاح لها الفرصة برؤية نفسها على هذا النحو. كما حاولت تعويض خسارتها من خلال اقتراح طرق بديلة للأبوة.¹ وعليه، فإن المحكمة لم تمنعها من أن تصبح أمًا بالمعنى الاجتماعي أو القانوني أو حتى المادي، إذ كانت الأبوة الجينية فقط هي محل الخلاف. بعبارة

¹ محمد أمين الميداني، اللجان الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، منشورات مركز القاهرة لدراسات لحقوق الإنسان، القاهرة، 2000م، ص 28-29.

أخرى، لا يزال بإمكان المدعية، وفقاً لقانون حقوق الإنسان، إدراك غايتها في أن تصبح أمًا، لكن من خلال اللجوء إلى طرق أخرى.

إن المفهوم الذي تطرحه المحكمة، الخاص بتحقيق الفرد هدفه من الأبوة، والذي تم ربطه بالتممية الشخصية من خلال دور الآباء، يسري على كل الحالات التي يكون فيها الحق في احترام القرار بشأن أن تصبح أو لا تصبح أبًا، أمرًا على المحك، إذ إن ذلك يعتمد على رؤية الدور الذي يلعبه الطفل في رفاهية الوالد المحتملة. ومفهوم "الطفل" يتم بناؤه، في المقام الأول، على أنه هدف لرغبة الوالد في وجود هذا الطفل، إذ ينظر فيه الوالد وكله أمل وترقب.¹ يظهر ذلك بشكل أوضح عندما تكون الحياة الأسرية المرغوبة هي موضع الخلاف، والتي تعد أحيانًا، بشكل استثنائي، قوية بما يكفي لتكون ضمن مفهوم "الحياة الأسرية" التي تصوغها المادة (8) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك على الرغم من أن المحكمة تؤكد على أن هذا الحكم يفترض، مسبقًا، وجود أسرة.

يتبين ذلك في (قضية بينى وآخرين ضد رومانيا)،² التي نتجت عن شكوى زوجين إيطاليين، شرعا في الإجراءات لتبني طفلتين رومانييتين، من فشل تنفيذ القرارات الخاصة بالمحاكم الرومانية، فيما يتعلق بالتبني، في انتهاك حقهما في احترام حياتهما الأسرية، إذ تم اعتقاد مفهوم "الحياة الأسرية" الوارد في المادة (8)

¹ غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحياته الأساسية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2015م، ص106.

² Pini and Others v. Romania, App. No. 78028/01 and 78030/01 (ECHR, 2004).

قابلاً للتطبيق عليهما. وذلك لأن الزوجين كانا دائماً يعدان أنفسهم أبوين لهاتين الفتاتين، ويتصرفان على هذا النحو تجاههما من خلال الوسيلة الوحيدة المتاحة لهما، وهي إرسال رسائل مكتوبة إليهما باللغة الرومانية، إذ اعتقدا أن العلاقة الناشئة عن تبني قانوني وحقيقي، كافية لتحقيق الاحترام الممنوح للحياة الأسرية بموجب المادة (8) من الاتفاقية. ومع ذلك، رأت المحكمة أن "الحياة الأسرية"، لم تكتمل بشكل كامل، نظرًا لأن الزوجين لم يعيشا مع بناتهما بالتبني، أو كانت لديهما علاقات فعلية وثيقة بما فيه الكفاية معهما، إما قبل أو بعد إصدار أوامر التبني.¹

بناء على ذلك، كانت حقيقة أن الزوجين كانا يعدان أنفسهم أبوين للفتاتين، هي محل نظر المحكمة أثناء فحصها ما إذا كانت العلاقة تندرج تحت نطاق المادة (8) من الاتفاقية. وركزت المحكمة، بهذه الطريقة، على كيفية تخيل الأطفال، للمعنى الذي تم إسقاطه عليهم من والديهم بالتبني، والطريقة التي تم بها وضعهم داخل مجموعة خاصة من العلاقات الأسرية. تلك العملية من التخيل الذاتي والإسقاط، منصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، من واقع أنها الوسيلة التي من خلالها يتم تصور الطفل للوهلة الأولى. فيُنظر إلى الطفل على أنه هدف لتخيل الفرد عن نفسه بحسبانه "أبًا"، مما يعني أن أصول فكرة الطفل كفرد، تقع في عقل شخص آخر، هو هذا الأب.²

¹ وفاء مرزوق، حماية الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010م، ص 37-38.

² Wicks E and others, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights (6th edition, Oxford University Press, 2014) 162-167.

الفرع الأول

التأثير الإيجابي للطفل على الوالدين

وفقاً لهذا التخيل، يأتي مفهوم "الطفل" إلى الوجود. الطفل الذي يتم تخيله ويأتي إلى الحياة بواسطة آخر، وأن اختيار اسم له، على سبيل المثال، يشكل مسألة تتعلق بحقوق الحياة الخاصة لوالديه. يتم تثبيت هذا الطفل بعناية في العلاقة القائمة، أو التي نشأت، بين الآباء. في الواقع، وبشكل أكثر شمولاً، إن المحكمة رأَت وجود طفل مولود لزوجين، دليلاً على التزامهما تجاه بعضهما البعض، بغرض إثبات ما إذا كانت علاقتهما ترقى إلى مفهوم "الحياة الأسرية" بموجب المادة (8). وهكذا، يتم تحديد موقع كل من الطفل والآباء منذ البداية لتكون علاقتهما مترابطة ومكاملة بعضها الآخر.

هذه الرؤية، التي تؤكد على المصالح المشتركة بين الطفل والوالدين، تدعم مفهوم حقوق الوالدين الذي تم تبنيه في فقه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وهذا المفهوم بدوره، يدعم بناء الطفل كونه امتداداً للوالد.¹ ومن ثم، يُنص، على أحد المستويات، على احترام المعتقدات الدينية والفلسفية للوالدين، كونها مسألة تتعلق بحقوق الوالدين، في سياق أعمال حق الطفل في التعليم. ولكن إذا بحثنا بشكل أعمق قليلاً، فإننا نرى أنه في ذات سياق القضايا المتعلقة بالتعليم، يقع الوزن الذي يتم منحه للمعتقدات الدينية والفلسفية للوالدين، إذ إن ما يظهر هنا بشكل فعال، هو ممارسة حقوق الوالدين من خلال الطفل. هذا المنظور الخاص بكون الطفل امتداداً للوالد، يعود إلى مفهوم أكثر قدماً عن التحكم والسلطة

¹ أبو الخير أحمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الانسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004م، ص19-21.

الأبوية.¹ وفي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، نجد ممارسة تلك السلطة الأبوية محمية بموجب المادة (8) على أنها مسألة تتعلق بالحقوق الأبوية. هذا التحديد الدقيق لهوية كل من الطفل والوالد بهذه الطريقة، والتصوير للطفل الناشئ كونه امتدادًا لوالده، يبلغ أوجه بإدراج الأمور المتعلقة بشكل وثيق جدًا بالطفل ضمن "الحياة الخاصة" لأحد الوالدين. مثال على ذلك، (قضية زنامنسكايا ضد روسيا)،² فقد اشتمت المدعية من رفض المحاكم الروسية إثبات أبوة طفلها المولود ميتًا، وتغيير اسمه في السجل وفقًا لذلك، من اسم زوجها السابق إلى اسم شريكها الراحل، وأن ذلك ينتهك حقها في المادة (8).

لقد رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أن موضوع إثبات أبوة الطفل الميت، من العوامل المؤثرة في الحياة الخاصة بالمدعية، إذ كان هذا بسبب الرابطة القوية التي نشأت بين المدعية والجنين الذي أوشك على إتمام تكوينه، وهي رابطة ظهرت في رغبتها في منحه اسمًا ودفنه. علاوة على ذلك، لم يكن هناك أي تضارب في المصالح، إذ لم يكن هناك نزاع حول أبوة الطفل الميت، إن إثبات الأبوة في تلك الحالة لم يكن ليفرض أي التزامات خاصة بالنفقة على أي شخص.³ ونظرًا إلى أن المحاكم المحلية لم تحدد أي أسباب مشروعة أو مقنعة لدعم الوضع الراهن هنا، فقد رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن

¹ Taylor P, Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice (Cambridge University Press, 2005) 97-101.

² Znamenskaya v. Russia, App. No. 77785/01 (ECHR, 2005).

³ مخلد الطراونة، حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية والتشريعات الأردنية، بحث منشور بمجلة، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد (2)، 2003م، ص111-112.

ذلك الوضع في النهاية، لم يكن متوافقاً مع المادة (8)، لعدم الأخذ في الحسبان الواقع البيولوجي والاجتماعي للقضية، وإغفال كل من الحقائق الثابتة ورغبات المعنيين، دون تحقيق أي منفعة في الواقع لأي شخص. من ثم فقد، أقرت المحكمة وجود انتهاك لحق المدعية، منصوص عليه في المادة (8) من الاتفاقية.

إن هذا المثال المقدم عن حالة أب بيولوجي، كونه مسألة تتعلق بالحياة الخاصة بالمدعية، هو، من ناحية، أمر يمكن تفهمه. إذ إن الاعتراف القانوني الدقيق بأبوة طفلها الذي ولد ميتاً، كان غاية شديدة الضرورة بالنسبة للمدعية، التي بعد فقدانها لطفلها، سعت إلى اعتراف رسمي بوحدة الأسرة. الجدير بالذكر، أن المحكمة قد قامت بتحديد أصول الطفل، فيما يتعلق بأبوته، على أنها مسألة متعلقة بالحياة الخاصة لوالدته.

المطلب الثاني

أصول الذات

وهكذا، فالطفل، في سياق القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، يأتي في سياق "الوالد"، كونه، في المقام الأول، هدفاً لتخيل الفرد لذاته، وكونه ثانياً يتم وضعه داخل علاقة أبوية، ويتم عدّه امتداداً للأبوين. في ظل هذه الخلفية للوزن الممنوح لـ "الوالد" في عملية تكوين الطفل، فإنه يجب فهم فكرة الحق في معرفة الأصول، إذ إنها، بشكل دقيق، تتعلق بمعنى "أصول الطفل داخل الآخر"، وهي التي تطلق المعاني الضمنية، من منظور الطفل، للرؤية التي يكون فيها الطفل امتداداً للوالدين.¹

إن الحق في معرفة الأصول ذاته، استخلصته المحكمة من تفسيرها للمادة (8) المتعلقة بالحياة الخاصة للفرد، إذ تمت إثارتها بشكل أكثر وضوحاً في عدد من القضايا المتعلقة بمسألة الوصول إلى معلومات حول أصول الأفراد، وتحديد الآباء البيولوجيين لهم. من تلك القضايا، على سبيل المثال، أن تسعى طفلة متبناة إلى تتبع والدتها البيولوجية المجهولة والبحث عنها، وهو وضع نشأ بصفة خاصة في سياق الاحتمال القانوني، والموجود في بعض البلدان التي تسمح بمبدأ الولادات المجهولة، والتي من الممكن أن تلد فيها المرأة دون الكشف عن هويتها، وعدم تسجيلها في شهادة ميلاد الطفل. في مثل هذه الحالات، تضع المحكمة تصوراً لمضمون مطالبة الطفل بمعرفة أصوله فيما يتعلق بالنمو

¹ عمر الحفصي فرحات، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، دراسة في أجهزة الحماية العالمية والإقليمية وإجراءاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1433هـ-2012م، ص 49-54.

الشخصي لهذا الطفل. وبالرغم من أن النمو الشخصي للطفل لن يتوقف في ظل غياب معرفة أصوله، إلا أن عدم معرفة أصوله قد يعيق نموه.¹

في (قضية جودلي ضد إيطاليا)،² على سبيل المثال، كانت المدعية تبلغ من العمر تسعة وستين عامًا، وكانت قد ولدت بشكل مجهول، فأخذت تسعى للحصول على معلومات عن والدتها البيولوجية. أشارت المحكمة إلى أنه، بالرغم من كبر سنها، إلا أنها تمكنت من تطوير شخصيتها، حتى في حالة عدم اليقين بشأن هوية والدتها. وهذا يؤكد على أن اهتمام الفرد باكتشاف أبويه، لا يختفي مع تقدم العمر. فكما هو واضح في هذه القضية، فإن حقيقة إظهار المدعية لهذا الاهتمام الحقيقي في هذا العمر في رغبتها في إثبات هوية والدتها، تشير إلى معاناتها الفكرية والنفسية، حتى لو لم يتم التصديق على ذلك طبيًا.

إن هوية الآباء البيولوجيين للفرد، بهذه الطريقة، مقدمة على أنها جزء من هوية الشخص الفردية، ومن ثم لها صلة بالنمو والتطور الشخصي.³ فعندما يفتقد الطفل هذه المعلومات، يبرز لديه مفهوم "الحقيقة"، تكون المسألة ذات علاقة بالمصلحة الفردية في الحصول على المعلومات اللازمة لاكتشاف الحقيقة المتعلقة بجوانب هامة من هوية الفرد الشخصية. وعليه، فإن معرفة الأصول البيولوجية للفرد، تلعب دورًا مهمًا في الهوية الشخصية له، من ناحية أن اكتشاف

¹ محمد أبو الخير شكري، الطفولة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الدولية، دار الفكر، دمشق، 2011م، ص 18-22.

² Godelli v. Italy, App. No. 33783/09 (ECHR, 2013).

³ محمد أمين الميداني، مدخل إلى منظمة التعاون الإسلامي وحماية حقوق الإنسان، منشورات الحلبي لحقوقية، 2017م، ص 71.

تلك المعلومات، بعد غيابها السابق، يثبت الهوية الشخصية، ويدعم التطور الفردي.

الفكرة ذاتها، تبرز في الحالات التي يسعى فيها الأطفال إلى التوصل إلى إجابة عن سؤال يتعلق ببنوتهم، والتي يتم تقديمها بالمثل كحالات تتعلق بمسائل ما يسمى بالحقيقة البيولوجية، إذ تكون الهوية الشخصية للأفراد بالكامل على المحك. أحد الأمثلة على ذلك، هي (قضية جاجي ضد سويسرا)¹، حيث اشتكى المدعي، البالغ من العمر سبعة وستين عامًا، من أن رفض المحاكم المحلية السماح له بإجراء اختبارات الحمض النووي على رفات والده البيولوجي المفترض، والذي كان دائمًا ينكر أبوته للمدعي، ولكنه رفض الخضوع لاختبارات الأبوة في ذلك الوقت، ينتهك حقه في احترام حياته الخاصة.

كررت المحكمة هنا التأكيد على أهمية الحق في الهوية، بالنسبة لحياة الفرد الخاصة، والذي يتضمن الحق في معرفة نسبه، ورأت أنه بناءً على ذلك، فإن تلك القضية قد دعت إلى ضرورة إجراء فحص صارم بشكل خاص، عند محاولة التآليف بين المصالح المتصارعة. تلك المصالح تشتمل، من ناحية على حق المدعي في إثبات نسبه، ومن ناحية أخرى، على حق الأطراف الأخرى في حرمة جسد المتوفى، والحق في احترام المتوفى، بالإضافة إلى المصلحة العامة في الحفاظ على اليقين القانوني. وبناء على أن أسرة المتوفى لم تقدم أي أسس دينية أو فلسفية لمعارضة أخذ عينة من الحمض النووي، خلصت المحكمة إلى أن السلطات السويسرية، قد انتهكت حق المدعي في احترام حياته الخاصة. أحد الأسانيد لهذا الحكم هو أن الإزعاج الذي قد يسببه اختبار الحمض النووي على

¹ Jaggi v. Switzerland, App. No. 58757/00 (ECHR, 2006).

المتوفى أو أسرته، لا يقارن في مقداره الضئيل مع المعاناة التي عانى منها المدعي طوال حياته والمتعلقة بهويته الشخصية. إن الهوية الشخصية، بهذه الطريقة، كان يتم تصويرها على أنها مدعومة بالاعتراف القانوني بالأصول البيولوجية. وكجزء من هذه الرؤية، فإن ذاتية الطفل تنشأ في الأساس داخل آخر. ويمكن تفسير هذا الارتباط من خلال فكرة الارتباطات العاطفية، القائمة على حقيقة عدم إمكانية نشوء أي موضوع، بدون وجود ارتباط عاطفي بهؤلاء الذين يعتمد أو تعتمد عليهم بشكل أساسي.¹

بناء على ما سبق، يتضح أن الحق في معرفة الأصول في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، لا يتعلق فقط بأصول الطفل، كموضوع، لدى الآخر، بل إنه مرتبط كذلك بمفهوم أكثر بدائية يتعلق بأصول الهوية الشخصية أو ما يسمى بأصول الذات لدى الآخر. إن الرؤية التي تدعم هذا المفهوم، تتمثل في تثبيت وتقرير المحكمة للمسعى الفردي لتحقيق الهوية الشخصية، وهو تثبيت يتشكل في إدراك إمكانية وضع المرء ذاته داخل الآخر.

¹ أحمد ظاهر، حقوق الإنسان: دراسة مقارنة، دار الكرمل، عمان، الطبعة الثانية، 1993م، ص 132-133.

المبحث الثاني

العوامل المؤثرة في تكوين الذات في مرحلة الطفولة

أكد المبحث السابق أن مفهوم الطفل في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، يتعلق بأصول الذات في القانون، بنفس قدر تعلقه بأصول هذا الطفل، إذ يتم تصور الطفل في سياق محدد من واقع أنه امتداد لوالديه. وما ينطوي عليه ذلك، من وجهة نظر الطفل، هو أن أصول الذات تقع في الآخر. هذا المفهوم الخاص بالطفل، ليس الوحيد الذي يتبناه القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، إذ إن هناك مفهومًا آخر نصت عليه بعض السوابق القضائية، وهو ما يسمى بتفرد الطفل، والذي يعني تحديد الطفل كفرد، يجب التعبير عن اهتماماته، التي قد تختلف عن اهتمامات والديه ومن حوله. تسير عملية التفرد هذه، جنبًا إلى جنب، مع عملية التعود، والتي تنطوي على تأسيس للأفعال وأساليب التعايش، بحيث تصبح سمات لا واعية من شخصية الفرد.¹ وفيما يلي، يتم التأكيد على أن التفرد والتعود، يُنظر إليهما على أنها عمليات تطويرية جوهرية، تنشأ في مرحلة الطفولة، وهي أساسية في عملية تشكيل الذات.

¹ محمد أمين الميداني، الميثاق العربي لحقوق الإنسان: دراسات ووثائق، دار المنى، الطبعة الأولى، لبنان، 2012م، ص40-44.

المطلب الأول

التفرد

إن الإشارة إلى مفهوم الطفل على أنه فرد، في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، يختلف عن مفهوم الأفراد الآخرين، مثل والديه وجميع من حوله، لأنه يصبح مرتبطاً بمبدأ المصلحة الفضلى، مما يعني ضرورة أن تكون كل القرارات المتعلقة بالأطفال، الصادرة من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، هي الاعتبار الأساسي، وأن الأهم فيها هو مصلحته الفضلى. ففي الحالات التي تتعلق بعلاقة الطفل بالأب، نجد أن رؤية ما يشكل "المصلحة الفضلى"، تقوم في الأساس على أمرين: الأول إنه يجب الحفاظ على روابط الطفل بأسرته، باستثناء الحالات التي يثبت فيها عدم كفاءة الأسرة، والآخر أنه من مصلحة الطفل ضمان أن نموه يحدث في بيئة سليمة، ولا يحق لوالديه بموجب المادة (8) القيام بأية إجراءات قد تضر بصحة الطفل أو نموه.¹ وعليه، بينما يبدو أن مبدأ (المصلحة الفضلى) قد يخدم مصالح طفل بعينه في حالة معينة، إلا أنه يساعد أيضاً في صياغة وصف أكثر شمولية ومعيارية عن نمو الطفل.

العنصر الأول في هذا التفسير، النقطة المتعلقة بالروابط الأسرية، يعد انعكاساً للمبدأ الأهم من النهج التشريعي للمادة (8) المتعلقة بالحياة الأسرية، والذي يتمثل في أن الاستمتاع المتبادل بين الطفل ووالديه بصحبة كل منهما الآخر، يشكل عنصرًا هامًا في الحياة الأسرية. إنه يمثل تطوراً للرؤية، المشار إليها سابقاً، والتي تنص على أن الطفل يُنظر إليه في سياق والديه. إذ هنا يُعبر

¹ Dijk PV and others (eds,) Theory and Practice of the European Court of Human Rights (4th edition, Intersentia, 2006) 117-121.

عن الطفل، بأنه يمتلك مصلحة مستقلة في الحفاظ على تلك الروابط. وهذا يُترجم إلى سلسلة من الالتزامات من جانب السلطات المحلية، فيما يتعلق بالحفاظ على العلاقة بين الطفل ووالديه. يمكن أن تكون هذه الالتزامات إيجابية، على سبيل المثال، الالتزامات نحو تمكين رابطة أسرية مستقرة مع طفل في طور النمو، من أجل ضمان استمرارية الحياة الأسرية بين الآباء والأبناء، في حالة انفصال الوالدين، أو لإعادة تأهيل الطفل والوالد، حيثما أمكن، في حالات الرعاية العامة. وفي ذات الوقت، تعد أيضًا التزامات سلبية، مثل الامتناع عن الإجراءات التي تؤدي إلى تمزيق الروابط الأسرية، بمعنى أن الاضطراب في العلاقة القائمة بين الوالدين والطفل، يجب أن يظل عند الحد الأدنى الضروري، لأنه حتى الإجراء المؤقت، يمكن أن يكون له تأثير في الطفل يدوم طويلًا، وكذلك في الوالد.¹

في الحالات التي يتم فيها وضع الطفل تحت الرعاية، على سبيل المثال، فعلى الرغم من منح السلطات المحلية هامش تقدير (سلطة) في تقويم الحاجة إلى أمر رعاية في المقام الأول، خاصة إذا كان أمرًا طارئًا، فإن أية قيود أخرى تفرض على العلاقة بين الوالدين والطفل، مثل الاتصال، فسيتم فحصها بدقة أكبر. والسبب هو أن ذلك قد يعرض الأطفال لخطر تقليص العلاقات الأسرية بينهم وبين آبائهم، والمعاناة من الاغتراب عن والديهم.² ووفقًا لذلك، يجب أن تتخذ السلطات خطوات لضمان عدم المساس نهائيًا بفرص إعادة تأسيس العلاقة

¹ محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، دار ابن كثير، 2005م، ص 67-69.

² يوسف حسن يوسف، جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2013م، ص 25-26.

المنقطعة، إذ في حال إضفاء الأطفال وقتاً تحت الرعاية، تكون السلطات ملزمة بضمان أن كلاً من الأطفال والآباء قد تمت تهيئتهم لإعادة لم الشمل.

في هذا العنصر الأول، المتعلق بالروابط الأسرية، لتفسير "المصلحة الفضلى" للطفل في القانون الأوروبي، إذا تم التركيز على المصلحة الخاصة بالطفل في الحفاظ على علاقته بالأب، فإنه في العلاقة بالعنصر الثاني، أي نمو الطفل داخل بيئة سليمة، يبرز مفهوم تفرد الطفل بشكل أكثر وضوحاً. وهذا لا يعني أن إبعاد الطفل عن والديه، سيكون له ما يبرره على أساس واحد متمثل في وجود بيئة أكثر فائدة له في مكان آخر، إذ إن ما يؤسس له هذا العنصر من رؤية "المصلحة الفضلى" للطفل، يتمثل في أن المصلحة العاطفية الخاصة بالطفل، يتم تصورها بصفة عامة على أنها لصيقة باستقراره، لا بالسلامة العاطفية لوالديه.¹ وعليه، فعلى سبيل المثال، إذا صار الطفل، بمرور الوقت، مستقراً في بيئة جديدة، أو بترتيبات معيشية جديدة، مهما كانت مؤقتة، فقد يكون من المصلحة الفضلى له، بخلاف مصالح والديه، أن يتم تركه هناك، وعدم إنفاذ أي أمر مخالف لذلك. وهكذا، في حالات كفالة الأطفال، يمكن أن يحدد مرور الزمن، في النهاية، ما يمثل المصلحة الفضلى للطفل. وهذا في حد ذاته، يدعم مجموعة كاملة من الالتزامات التي تقع على عاتق السلطات المحلية، فيما يتعلق بتنفيذ الأوامر المتعلقة بالحضانة لدى الوالد الآخر، أو الأمر بإبعاد الطفل، أو إعادته للعيش مع الوالد الآخر، وفيما يتعلق بعمليات اتخاذ قرارات، والنظر في القضايا أمام المحاكم.

¹ خالد سليمان العبيد، حقوق الإنسان في التنظيمات القانونية: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والإعلانات والمواثيق الدولية، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، 2014م، ص 209.

من خلال منظور "المصالح الفضلى"، يتم تقديم الطفل، بهذا الشكل، على أنه عامل فردي لديه اهتمامات مميزة، ومن ثم فإن الحث على التفرد التدريجي للطفل، من واقع أنه إحدى العمليات المتكاملة الواردة في رؤية قانون حقوق الإنسان للطفولة. وفي الوقت نفسه، وكدعم لفكرة التفرد، هناك تفسير معياري لطبيعة المصالح الخاصة بالطفل، وهو تفسير تعد فيه البيئة الآمنة والمستقرة عاطفياً مصلحة في حد ذاتها، إذ إن أي اضطراب أو عدم استقرار يمر به الطفل، فيما يتعلق بعلاقته وبيئته الأسرية، يعد هادماً لنموه وتطوره.¹

في الواقع، إن هذا الوزن الذي يمنحه القانون الأوروبي لاستقرار الطفل، لطالما كان مبرراً لإبعاد الآباء البيولوجيين المحتملين. لذلك فهناك أمثلة على التحديات التي تواجه الأبوة التي فضلت فيها المحكمة تأمين استقرار البيئة المنزلية للطفل والحفاظ عليها (الوحدة الأسرية الاجتماعية) في مقابل التهديد بالاضطراب الذي يتسبب فيه ذلك الشخص الذي يدعي أنه الأب الشرعي للطفل موضوع النقاش. ولكن، كما تمت الإشارة إليه سابقاً، هذا يعد نقيضاً لأهمية الحقيقة البيولوجية ومعرفة الأصول عند تشكيل الذات، إذ إن ذلك يستلزم تعاملاً من نوع خاص مع استقرار الطفل، نظراً لأن المقاومة التي يتم القيام بها باسم تأمين استقرار الطفل، تؤمن في الوقت نفسه استقرار نواة الأسرة الحالية. وعليه، فبالرغم من إمكانية استيعاب التفرد، من ناحية إقرار مصلحة الطفل في تحقيق استقراره العاطفي، إلا أنه مازال هناك رؤية معيارية وطبيعية للطفولة، وأهمية نمو الطفل من ناحية أخرى.

¹فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص137.

المطلب الثاني

التعود

يمكن تحديد مفهوم الاستقرار الفردي للطفل، من خلال تعود الطفل والبيئة التي اعتاد عليها. يظهر ذلك مثلاً، في (قضية نيولينجر وشورق ضد سويسرا)،¹ وهي إحدى القضايا المتعلقة بتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن "المصلحة الفضلى" للطفل في سياق الإجراءات الدولية لعقوبة الاختطاف. تتعلق تلك القضية بالإجراءات الخاصة بإصدار أمر بعودة طفل، تم نقله بشكل غير مشروع (بالمعنى المقصود في اتفاقية لاهاي بشأن الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال) نقلته والدته من إسرائيل إلى سويسرا. ادعى الطفل ووالدته أن الأمر الصادر بعودته إلى إسرائيل، ينتهك حقهما في المادة (8)، ووافقت المحكمة على ذلك، إذ رأت على وجه الخصوص أن "المصلحة الفضلى" سوف تتحقق بشكل أفضل إذا بقي في سويسرا، بدلاً من إعادته إلى إسرائيل. ولقد أكدت المحكمة وجود بعض التساؤلات المتعلقة بمدى أهلية وقدرة والده على العناية به، فعلى الرغم من أنه كان في عمر يتسم بقدرة معينة على التكيف، إلا أن اجتناب استقراره وإعادته إلى إسرائيل من المحتمل أن ينتج عنه عواقب وخيمة عليه، والتي قد تفوق أي فائدة محتملة من عودته إلى إسرائيل.

ولقد وصفت المحكمة ذلك ببيئة (التعود)، والتي قد يتسبب اقتلاع الطفل منها في مشكلات كبيرة، إذ إن هذا المفهوم الخاص ببيئة التعود الخاصة بالطفل، له أصوله في اتفاقية لاهاي ذاتها، والتي تتناول الاحتجاج أو الإبعاد غير القانوني

¹ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07 (ECHR, 2010).

للأطفال، ومن بين أهدافها، وضع إجراءات لضمان عودتهم السريعة إلى دول إقامتهم المعتادة. مفهوم "المسكن المعتاد" يشير هنا إلى الدولة التي كان الطفل يعيش فيها قبل احتجازه أو إبعاده غير القانوني. بالفعل، في (قضية نيولينجر وشروق)¹، استخدمت المحكمة مصطلح "البيئة المعتادة" ليس في إشارة إلى المكان الذي أمر الطفل بالعودة إليه، بل إشارة إلى البيئة التي تشكلت منذ ذلك الحين مع والدته في سويسرا.

في تكوين مفهومها عما هي "البيئة المعتادة" في هذا السياق، تلمح المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لما يعد بشكل أساسي تقويماً لدرجة الروابط الاجتماعية والثقافية والأسرية، وهو تقويم مستمد من السوابق القضائية بشأن إجراءات الإبعاد، إذ إن مثل هذا التحليل، ينظر ليس فقط فيما إذا كان الطفل قد حظي بالاستقرار، لكن أيضاً في الكيفية التي تم بها هذا الاستقرار، ومدى إسهام الطفل في تحقيق هذا الاستقرار.² وهذا ما يدعم التمييز الدقيق بين تصور بيئة التعود، التي تستلزم التقويم الكامل للروابط، واختبار المصلحة الفضلى، فيما يتعلق بنمو الطفل في ظل بيئة سليمة. ومع ذلك، فإن كليهما يتعلق في النهاية بتهيئة الظروف المواتية لنمو الطفل، كما يتصوره قانون حقوق الإنسان. النقطة التي يجب التأكيد عليها هي أن تعطيل الاستقرار الحالي للطفل يمكن أن يعيق نموه. وهنا تكمن الأهمية الحقيقية لهذا المفهوم الخاص ببيئة التعود، والذي يمكن

¹ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07 (ECHR, 2010).

² Marshall J, Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights (Martinus Nijhoff Leiden, 2009) 177–181.

أن نستخلص منه مفهومًا أوسع يتعلق بالرؤية التطورية للطفولة التي تم التأكيد عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان؛ لأن هذا المفهوم الخاص ببيئة التعود، لا يعد مجرد إشارة إلى بيئة معتاد عليها الفرد، إذ إن التعبير عنها، فيما يتعلق باستقرار الفرد، يجعلها مسألة تتعلق أكثر بالتصرف الفردي، والتكوين، والتوجه.

إن إشارة المحكمة إلى بيئة التعود، هي فكرة تتعلق بالطريقة الاعتيادية للوجود، إذ يؤكد بعض الفقهاء أن هذا الشكل من الحياة، يُستمد من تفاعلنا الاجتماعي داخل بيئة مادية. وعلى الرغم من أن الحياة هي مزيج من العناصر المعتادة والواعية، إلا أنها في الغالب أفعال معتادة (الأفعال اللاواعية) تربط جميع أفعالنا معًا، وتؤسس "بنية مرجعية" تحمل العبء الرئيسي في حياتنا. إن العيش المعتاد، بهذا الشكل، يُنظر إليه على أنه سهل الاستمرارية.¹

إن الفكرة المتأصلة في مبادئ حقوق الإنسان، والمتعلقة بمفهوم أن زعزعة استقرار بيئة التعود الخاصة بالطفل، من شأنه التأثير بالسلب في نموه، يعكس هذا المعنى القائل بأن الجانب التعودي من كياننا له أهمية كبيرة في حياتنا. إن توافر هذا الجانب التعودي، يعمل على تثبيت الفرد، ويساعد على توجيه الطاقة إلى مكانها الصحيح. في حالة الأطفال، فإن ذلك قد يشير من فوره نحو البيئة المدرسية أو الأقران، وفيما بعد، مع تلاشي السلطة الأبوية، قد يتم توجيه الانتباه

¹ علي يوسف، حقوق الإنسان في ظل العولمة، دار أسامة، عمان، الأردن، 2010م، ص70-72.

نحو دور الطفل كعضو في المجتمع.¹ إن الفكرة المحورية، تتمثل في أن التعود، من واقع أنها عملية منشؤها الطفولة، يعد شرطاً مسبقاً لنمو الطفل، وبشكل أكثر شمولاً، أنها تفسح المجال للنمو الفردي.

المطلب الثالث

تكوين الذات في ظل المتغيرات الاجتماعية

بناء على ما سبق، يتم تقديم الطفولة من جانب تطوري، ويتم تصويرها على أنها المسافة والوقت اللذان تستطيع خلالهما البيئة المستقرة والأمنة، والتي تتضمن عمليتي التفرّد والتعود، دعم حدوث التغيير والنمو. ومما يدعم ذلك، فكرة أن الطفولة، كونها إحدى مراحل النمو، تعد مرحلة هامة لتشكيل الضمير وترسيخ الذات. الأطفال، بصفة عامة، يتسمون بالضعف وسرعة التأثر، كونهم يتمتعون باستقلالية محدودة، تزداد شيئاً فشيئاً مع نضوجهم وتطورهم. كما أنهم أيضاً بحاجة إلى التشكيل بطريقة معينة. إن للمدرسة، بصفة خاصة المدرسة الابتدائية، والتي لها أهمية كبيرة بالنسبة لنمو الطفل، دوراً محورياً في هذا الشأن، إذ إن من بين الأهداف التي تسعى المدرسة إلى تحقيقها، تطوير وتشكيل شخصيات تلاميذها وإمكاناتهم العقلية. كما أنها تلعب دوراً محورياً بالنسبة لعملية تعليم الأطفال وتكاملهم، إذ يتم من خلالها، العملية الشاملة التي من خلالها يسعى البالغون إلى نقل معتقداتهم، وثقافتهم، وغيرها من القيم إلى صغار السن. وفي المرحلة الابتدائية، ينطوي ذلك على التكامل داخل المجتمع والالتقاء بخبراته الأولى، وفي الوقت نفسه، يلعب التعليم الثانوي دوراً متزايداً في التطوير

¹ Kalin W and Kunzli J, The Law of International Human Rights Protection (Oxford University Press, 2009) 154.

الشخصي الناجح وفي التكامل الاجتماعي والمهني للأفراد المعنيين.¹

التركيز هنا، يقع بشكل مباشر على مفهوم التنشئة الاجتماعية، على غرس أنماط معينة من الكينونة في الشباب، تعتبرها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ذات قيمة اجتماعية، باسم جميع الدول المشاركة فيها. ظهر ذلك بشكل ملحوظ في (قضية عثمان أوغلو وكوكاباس ضد سويسرا)،² إذ كان مقدما الدعوى مسلمين متدينين، رأيا أن مطالبتهما بمشاركة بناتهما في دروس تعليم سباحة مختلطة في المدرسة مخالف لمعتقداتهم الدينية. وكانت شكاوهما الأساسية من رفض السلطات إعفاء بناتهم من تلك الدروس، وادعوا انتهاكاً لحقهم في حرية العقيدة بموجب المادة (9). لقد قبلت المحكمة الأوروبية ما قالته السلطات السويسرية، أن التدخل في حق مقدمي الدعوة في إظهار عقيدتهم هنا، أي رفض السلطات إعفاء بنات مقدمي الدعوة من الحضور الإلزامي لدروس السباحة المختلطة، مستندة إلى بعض الأهداف المشروعة لحماية حقوق وحرريات الآخرين وحماية النظام العام. كما رأت المحكمة أن التدخل يحقق هدف دمج الأطفال الأجانب من مختلف الثقافات والعقائد، ولحماية التلاميذ الأجانب من الاستبعاد الاجتماعي. وأوضحت تلك المفاهيم في تحليلها لضرورة التدخل، والتي أكدت فيه، بصفة خاصة، على دور المدرسة في عملية التكامل الاجتماعي، وهو دور اكتسب أهمية كبرى عندما تعلق الأمر بالأطفال من أصول أجنبية. لقد رأت المحكمة أن التعليم الإلزامي، يلعب دوراً هاماً في نمو الطفل، ومصحة الأطفال

¹ غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999-2000م، ص16-21.

² Osmanoglu and Kocabas v. Switzerland, App. No. 29086/12 (ECHR, 2017).

هنا في تلقي هذا التعليم بالكامل، ومن ثم تمكين اندماجهم الاجتماعي الناجح وفقاً للأعراف والعادات المحلية، تتفوق بالنتيجة على رغبة الوالدين في إعفاء بناتهم من حضور دروس السباحة المختلطة.¹ وعليه، لم تتعد السلطات السويسرية على هامش التقدير الخاص بهم.

كان التركيز هنا على رؤية معينة لنمو الطفل، ليس كثيراً على نموه كفرد، لكن بالأحرى على نموه كونه عضواً في المجتمع، والذي كان يتم دمج داخله، وفي ذات الوقت كان يتم تشكيل مفهوم عنه. وهكذا، بينما كانت التربية البدنية، شاملة دروس السباحة، فهي هامة لصحة ونمو الطفل، بيد أن الاهتمام بهذا النوع من التعليم، لم يكن قاصراً على حقيقة أن الأطفال يتعلمون السباحة ويشاركون في التمارين البدنية، لكنه بالأحرى يكمن بشكل خاص في حقيقة ممارسة هذا النشاط بشكل مشترك مع جميع التلاميذ الآخرين، دون استثناءات بناءً على أصل الأطفال أو معتقدات والديهم الدينية أو الفلسفية.² أهمية ذلك مستمدة من واقع أن النشاط كان يتم القيام به في الوقت نفسه بشكل مشترك، فالأمر الهام، هو أن الأطفال كانوا يسبحون معاً في الوقت نفسه. إنهم كانوا يتعلمون ويمارسون ذلك النشاط بشكل مشترك، إنهم كانوا يتقاسمون الوقت، ويشاركون تبعاً لذلك فيما تم تصوره على أنه بناء لشكل من أشكال الحياة الجماعية.

¹ Evans C, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights (Oxford University Press, 2001) 235–239.

² Brems E, 'Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: the Importance of Empirical Findings' (2014) 22 Journal of Law and Policy 517, 527.

ومن ثم نجد أيضاً التأكيد الذي أولته المحكمة على الدروس الاجتماعية طويلة المدى التي قد يستمدها التلاميذ من تجربة المشاركة تلك. وعند تناول الإشارة التي قام بها مقدمو الطلب إلى منح بناتهم خيار حضور دروس سباحة خاصة كبديل لذلك، نجد أن المحكمة لم تكرر فقط ما قالتها سابقاً عن قيمة سباحة الأطفال معاً، بل إنها رأت أن منح إعفاء من حضور الدروس للأطفال الذين يستطيع والدوهم تحمل نفقات الدروس الخاصة، من شأنه إحداث حالة من عدم المساواة بالنسبة للأطفال ممن لا يستطيع والدوهم القيام بذلك. وفي ذات السياق، ذكرت المحكمة أن السلطات قد وفرت للمدعين، على سبيل المثال، إمكانية قيام بناتهم بتغطية أجسادهن خلال الدروس من خلال ارتداء البوركيني. إن وجهة النظر الخفية تكمن في أنه من الأهمية بمكان أن يتعلم الأطفال فائدة القيام معاً بشكل مشترك، وأن هذا يجب أن يؤثر في إحساسهم بالوجود المعتاد، لأن ذلك من شأنه أن يضمن استمرارية هذا الشكل من الحياة على المدى الطويل.¹

الطفولة وفقاً لهذا المنظور، تبرز كبنية اجتماعية جوهرية، إذ إنها تُقدم على أنها توقيت هام لتشكيل الذات ولتعلم مجموعة معينة من القواعد، إذ إن البعض يرى أنها عملية توصف بأنها تكامل اجتماعي. ومن المتوقع وقوع الطفل في مجموعة من الأخطاء في سياق تعلمه لتلك القواعد، فعلى سبيل المثال، في أحد الجوانب الرئيسية لقانون الترحيل، فيما يتعلق بالحالات التي تسعى فيها الدولة إلى ترحيل فرد ارتكب جرائم جنائية، فإن المحكمة ستنتظر في سن الفرد في وقت ارتكابه لتلك الجرائم، وما إذا كانت الجرائم، على سبيل المثال، مجرد أفعال

¹المرجع السابق.

صادرة من أحداث. وحيثما كان الفرد قاصراً وقت الترحيل أو وقت ارتكاب الجرائم، ستأخذ المحكمة في الحسبان مبدأ "المصلحة الفضلى"، وكجزء من هذا، تلتزم الدولة بواجبها تجاه "إعادة تأهيله".¹

التركيز هنا على إمكانية "إعادة دمج" الفرد مرة أخرى في المجتمع، وأن يتغير ويتطور، فذلك خط فكري يدعم القضايا التي تتضمن التعامل مع المجرمين الصغار ومعاقتهم بشكل أكثر شمولاً، وقد ركزت فيها المحكمة على الحاجة إلى الوضع في الحسبان التطورات في شخصية واتجاهات الحدث الصغير خلال تقدمه في العمر، وهي تغيرات تحدث حتماً مع النضوج. بناء على ما سبق، يُنظر إلى سنوات الطفولة والبلوغ المبكر على أنها تشكل الذات في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فيما يتعلق بكل من عمليتي التفرد والتعود المشار إليهما سابقاً، ومن حيث التعلم والتفاعل الاجتماعي.

المبحث الثالث

مرحلة الطفولة وتأثيرها في تكوين مفهوم للحياة

إن رؤية الطفولة التي تبرز في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، هي أيضاً، من ثم، رؤية للذات. إنها رؤية تشكل فيها الطفولة، بعمليتيها التفرد والتعود، أساس الذات. في هذا الجزء الأخير من البحث، يتم تناول عملية تكوين الذات بتفصيل أكثر، إذ تتم الإشارة إلى أن الطفولة مقدمة هنا على أنها توفر إطار المعنى الذي يتم من خلاله تنظيم الحياة فيما بعد. الفكرة التي تبرز من السوابق القضائية، تتمثل في أن فهم مرحلة الطفولة الخاصة بالطفل، يعد أمراً

¹ عبد العزيز مخيمر، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مطبوعات جامعة الكويت، ط1، 1997م، ص52-54.

ضروريًا من أجل نمو فهم الذات، وهذا بدوره يعد أمرًا ضروريًا، لأنه يسهل عملية تكوين السرد عن الذات.

المطلب الأول

أساسيات مرحلة الطفولة

كما رأينا بالفعل، يتم تقديم الطفولة في القانون الأوروبي على أنها مرحلة يتم فيها عملية تشكيل الذات، بيد أن هذه الوظيفة الهيكلية تظهر بشكل أكثر وضوحًا في الحالات التي تنتظر فيها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أهمية وتأثير الطفولة بأثر رجعي. واحدة من أهم مجموعات السوابق القضائية في هذا الصدد، هي تلك المتعلقة بترحيل الجيل الثاني من المهاجرين، إذ تتعلق تلك القضايا بالأفراد، سواء المولودون في أو الذين جاءوا إلى البلد المضيف في مرحلة عمرية مبكرة، ومن صدرت بحقهم أوامر ترحيل فيما بعد. الفكرة الأساسية التي تدعم تلك السوابق القضائية هنا، تتمثل في أنه كلما كان انتقال الفرد الصغير إلى بلد ما في مرحلة مبكرة، كلما كان الترحيل من البلد أكثر خطورة، وذلك على الرغم من أنه في الحالات التي تنطوي على جرائم خطيرة، تعكس ما يتم تصوره أساسًا على أنه عدم التزام تجاه البلد المضيف، يكون عمر الفرد عند الوصول أقل أهمية.

في (قضية ج ضد بلجيكا)¹، قامت السلطات البلجيكية بإصدار أمر بترحيل المدعي الذي انتقل إلى بلجيكا من المغرب في سن الحادي عشر، وذكرت المحكمة أن التدخل في حياته الخاصة المتمثل في هذا الأمر، لم يكن قاسيًا بقدر ما قد ينتج عن ترحيل المتقدمين الذين ولدوا في البلد المضيف أو ذهبوا

¹ C. v. Belgium, App. No. 21794/93 (ECHR, 1996).

إلى هناك لأول مرة وهم أطفال صغار. ورأت المحكمة أن القرار الصادر على المدعي، عقب إدانته بارتكاب عدد من الجرائم الجنائية، أنه حقق توازنًا عادلاً بين مصالح الدولة في منع الجريمة، ومصالح المدعي في حياته الخاصة. وهكذا، أكدت المحكمة على أنه على الرغم مما كان لدى المدعي من روابط حقيقية مع بلجيكا، حيث عاش، وحصل على أغلب تعليمه، وعمل هناك، إلا أنه كان لا يزال يحتفظ بروابط هامة مع المغرب، مثل حقيقة أن وفاة والده كانت في المغرب، وأنه أيضًا لا بد وأن أقام علاقاته الاجتماعية والمدرسية الأولى في المغرب.

المسألة في تلك الحالات هي مسألة روابط، فحيثما وُلد الفرد في بلد ما، أو انتقل إليه في سن مبكرة، وعاش السنوات التشكيلية لطفولته هناك، فإن المحكمة تفترض أن الروابط الشخصية والاجتماعية والثقافية كانت قد تشكلت في المغرب. الفكرة تتمثل في أن حياة هذا الفرد ستُعاش ويتم فهمها من خلال عدسة تلك الروابط، بمعنى سيكون الفرد قد اعتاد على تلك البلد، وستكون حياته وعلاقاته منطقية في سياق هذا البلد.¹ إن مفهوم الروابط الذي يجب وضعه في الحسبان، يحظى بمثل هذا الوزن في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إذ إن هذا المفهوم يُستخدم غالبًا في حالات الترحيل أو رفض الإقامة كسبب لترحيل والد الطفل إلى بلد آخر، أو رفض إقامته، خاصة إذا كان من الصعب جدًا على الطفل أو الوالد الآخر الانتقال والعيش هناك أيضًا. وقد تمت الاستعانة بها أيضًا، في بعض السوابق القضائية، لدعم القرار بفصل الطفل عن أحد الوالدين

¹ أحمد هنيدي، حقوق الانسان في ضوء الشريعة الإسلامية منظور قانوني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015م، ص 11-16.

لأسباب تتعلق بالهجرة. أحد الأمثلة على ذلك تتمثل في (قضية أحمد ضد هولندا)¹، التي تتعلق برفض السلطات منح الابن تأشيرة إقامة تمكنه من الإقامة في هولندا مع والده، وهو ما عده المدعيان انتهاكاً لحقوقهم بحسب المادة (8) من الاتفاقية. ولكن المحكمة رفضت الدعوى، ورأت أن الابن قد عاش أغلب حياته في المغرب، بلده الأصلي والمكان الذي تربطه به روابط قوية بالبيئة لغوياً وثقافياً. كان التفريق بين الأب وابنه، نتيجة لقرار اتخذه الأب بالاستقرار في هولندا. علاوة على ذلك، فإن حقيقة أنه قام بإرسال ابنه إلى مدرسة داخلية في المغرب، كانت تعني أنه رتب له أن تتم العناية به داخل المغرب. وأشارت المحكمة إلى أن المادة (8) لا تضمن الحق في اختيار المكان الأنسب لتكوين الحياة الأسرية.

إن تأطير هذه القضية، فيما يتعلق بتحقيق التوازن بين مصالح المدعين ومصالح الدولة في ضبط عملية الهجرة، ومن ناحية تمكن أو عدم تمكن الابن من الانتقال إلى المغرب، كان تأطيراً يولي ثقلاً كبيراً للروابط التي تربط الابن بالمغرب. ولكن الرأي المعارض في المحكمة، أشار إلى حق الأب في أن يكون ابنه بجواره، ليرشده، ويشرف على تعليمه وتدريبه، وليساعده على اختيار والبدء في عمل، وأن يسهم في إيجاد حياة سعيدة ومنتجة لابنه. وما يؤكد ذلك، ما تمت الإشارة إليه سابقاً، أن الطفل هو امتداد لوالده. ولكن، بدلاً من ذلك، ركزت غالبية القضاة بشكل أكبر على حقيقة أن الابن قد عاش أغلب حياته في المغرب، وتلك الروابط مع المكان، التي تكونت في وقت مبكر من حياته، هي التي شكلت حياته.

¹ Ahmut v. The Netherlands, App. No. 21702/93 (ECHR, 1996).

إنه لمن الواضح أن الطفولة، وما بها من علاقات، تحمل معنى جوهرياً في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إذ إنها تشكل الاتجاه الذي تشرع حياة المرء في إتباعه، وتجارب الطفولة المحددة في القانون، بحسبانها هيكلية للحياة والأحداث اللاحقة، وتعمل كنوع من نقطة مرجعية يتم على أساسها شرح هذه الأحداث أو أنماط الوجود اللاحقة. وقد فسرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذه التجارب أيضاً على خلفية وصفها المعياري لتطور الطفل، والذي تمت مناقشته سابقاً، والتي برز فيها الدور المحوري الذي تلعبه بيئة الطفولة المستقرة. على سبيل المثال، في حالات صدمات الطفولة، تنظر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان إلى تجربة الطفل من خلال عدسة التكيف، إذ يتمثل السؤال فيما يمكن للطفل، من الناحية النظرية، التكيف معه. وفي بعض الحالات، يرى البعض أن التكيف ليس خياراً ممكناً.¹ في (قضية زى وآخرين ضد المملكة المتحدة)،² على سبيل المثال، إذ وُجد فيها أن السلطات المحلية قد أخفقت في حماية أطفال المدعي من الإساءة الشديدة، والإهمال الذي عانوا منه على أيدي والديهم، إذ رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في تقويمها للأضرار، أن الأطفال على الأرجح سيعانون من آثار تجاربهم هذه في بقية حياتهم، على الرغم من أن قدرتهم على التكيف قد تختلف من فرد إلى آخر.

هذا النمط من التحليل، والذي يركز على التكيف، يستلزم تكوين رؤية حول ما يمكن أن يتم عده صدمة للطفل، رؤية خاصة باستجابات الطفل تجاه الصدمات.

¹ Weissbrodt D and others, International Human Rights: Law, Policy, and Process (3rd edition, Anderson Publishing Co., 2001) 204.

² Z and Others v United Kingdom, App. No. 29392/95 (ECHR, 2001).

في حين أن هذا التفسير ينشأ داخل الرؤية الأكثر شمولاً، الخاصة بنمو الطفل والمنصوص عليها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إلا أنها تصبح أيضاً حساباً تنبيئياً ومعياريًا للكيفية التي ستعاش بها الحياة لاحقاً. إن الفكرة الداعمة لاستدلال المحكمة في (قضية زى وآخرين ضد المملكة المتحدة)¹، على سبيل المثال، تمثلت في أن تجارب الأطفال مع الصدمات، من شأنها أن تشكل، إلى درجة معينة، حياتهم وخبراتهم المستقبلية، إذ إن مرحلة الطفولة، في النهاية، مقدمة على أنها توفر إطار المعاني الذي من خلاله تعاش الحياة فيما بعد.

المطلب الثاني

تكوين الهوية أثناء مرحلة الطفولة

بناء على ما سبق، فإن رؤية الطفولة، كما هو منصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تكتسب أهمية كبيرة، إذ يتم رؤية الطفولة على أنها إطار للمعنى، من خلاله نعيش الحياة، بمعنى أنه يمكن حسابها "هيكلاً بدائياً" شاملاً، والذي يشكل ما تبقى من حياة الفرد. الفكرة هي أن مجريات الحياة، من أحداث، وأفعال، وخبرات تقع على خلفية مرحلة الطفولة ويمكن تفسيرها بالرجوع إليها، ومن ثم فمن غير المستغرب أن تولي التشريعات الكثير من الثقل لأهمية فهم مرحلة الطفولة.

هذا المفهوم تم التعبير عنه للمرة الأولى بواسطة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في (قضية جاسكين ضد المملكة المتحدة)²، إذ عاش المدعي أغلب طفولته في دور الرعاية بعد وفاة والدته، عندما كان طفلاً صغيراً. وقد ادعى

¹ المرجع السابق.

² Gaskin v. The United Kingdom, App. No. 10454/83 (ECHR, 1989).

سوء معاملته في دور الرعاية تلك، وعند وصوله لثمانية عشر عامًا، بدأ محاولة الوصول إلى معلومات سرية عن تلك المرحلة من حياته على أساس أن معرفة الماضي من شأنها أن تساعد في التغلب على الصعوبات الحالية التي يواجهها. رفضت السلطات وصوله لجميع سجلات قضيته، ومن ثم تقدم المدعي بشكوى أن ذلك ينتهك حقه في احترام حياته الخاصة والأسرية بموجب المادة (8) من الاتفاقية.

في البداية، رأت المحكمة أن سجلات القضية الخاصة بملف المدعي، تتعلق بحياته الخاصة والأسرية، وعلى هذا النحو فإن حرمانه من الوصول لهذا الملف، يقع في حدود المادة (8) من الاتفاقية. وأكدت على أن الملف يحتوي بلا شك على معلومات تتعلق بجوانب شخصية لطفولة المدعي ونموه وتاريخه، وعليه يمكن أن يُشكل الملف مصدره الرئيسي للمعلومات حول سنوات حياته السابقة والتكوينية. كانت المسألة تتعلق بما إذا كانت المملكة المتحدة قد انتهكت التزامًا إيجابيًا في تعاملها مع طلبات المدعي للوصول إلى ملفه. وقد رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنها فعلت. فمن ناحية، رأت أن المسألة تتعلق بالمصالح الحيوية لهؤلاء ممن في موقف المدعي نفسه في الحصول على المعلومات الضرورية، لمعرفة وفهم طفولتهم ومراحل نموهم الأولى. ومن ناحية أخرى، فهناك سرية السجلات العامة، والتي تعد محورية للحصول على معلومات موضوعية وموثوقة، ومن أجل التأكيد على حماية الأطراف الثلاثة. ومع ذلك، قررت المحكمة وجود إخفاق في تأمين احترام الحياة الخاصة والأسرية للمدعي،

إخفاق في حماية مصلحته في فهم وتعرف طفولته.¹

الفكرة الأساسية لهذه القضية، وللعديد من القضايا اللاحقة المتعلقة بالموضوع نفسه، هي حقيقة أن الوصول إلى سجلات الخدمة الاجتماعية الخاصة بطفولة الفرد، يؤكد على أننا في حاجة إلى أن نتمكن من فهم طفولتنا حتى نتمكن من فهم أنفسنا وتحديد هويتنا الذاتية. هذا الربط بين الطفولة والذاتية، تم إظهاره بشكل أكبر في (قضية هاس ضد هولندا)،² إذ كانت شكوى المدعي أنه، بصفته طفلاً "غير شرعي" غير معترف به قانوناً، لم يكن قادراً على أن يرث من والده البيولوجي المزعوم، إذ ادعى بأن ذلك ينتهك حقوقه بموجب المادتين (8) و(14). وادعى أنه على الرغم من أن والده ووالدته لم يعيشا معاً، وأن والده لم يعترف به قانوناً كابن له، بيد أن والده كان يساهم في إعالته، وكان يعطيه الأموال في حال احتياجه لها. ومع ذلك، رأت المحكمة أنه لا مجال لتطبيق المادة (8) في هذه القضية، مما يعني أن المادة (14) لا يمكن الاعتماد عليها، إذ رأت أن "الاتصالات المتفرقة" بين المدعي ووالده، والأعمال الأبوية المزعومة، لا تشكل "حياة أسرية" بالمعنى المقصود في الاتفاقية. علاوة على ذلك، كان المدعي لا يسعى سوى وراء الاعتراف به كابن، حتى يكون له الحق في الميراث في تركة والده.

إن نيته لم تكن أبداً قبول ادعاء كونه ابناً، والذي يمدّه بالأمان العاطفي المصاحب لمعرفة أنه ينتمي إلى عائلة، أو حتى أقل من ذلك، لتمكينه من إقامة

¹ Hannum H, Guide to International Human Rights Practice (4th edition, Transnational Publishers Inc, 2004) 131.

² Haas v. the Netherlands, App. No. 36983/97 (ECHR, 2004).

روابط مع ما تبقى من دائرة أسرة والده، أو لحسم أية شكوك قد تساوره حول هويته الشخصية. الادعاءات الأخرى، فيما تضمنته المحكمة، كانت أكثر قيمة، وكانت الأحق باهتمام أكبر. فعلى الرغم من أنه من غير الممكن أن نستمد من المادة (8) حقاً للفرد في أن يتم الاعتراف به وريثاً لشخص متوفى، بيد أن الحقوق المتعلقة بفهم الفرد لذاته، والهوية الشخصية للفرد، ومن ثم، معرفة وفهم طفولته وخلفيته، لهذا الغرض، تشكل جزءاً من المادة (8).

المطلب الثالث

الذات السردية

إن الفكرة القائلة بأن فهم الفرد لذاته، يعتمد على فهمه لمرحلة طفولته، تعد تطوراً للنقطة سالفة الذكر، القائلة بأن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تضع أصول الذات (الطفل) لدى الآخر (الأب). إن فهم الفرد لطفولته، يقدمه القانون على أنه يمكنه من الشروع في عملية صياغة سرد عن ذاته، وهذه السردية بدورها تبرز في قانون حقوق الإنسان، كونها وسيلة يتم من خلالها تأسيس استمرارية الذات عبر الزمن.¹ وهكذا، فبينما لا يعد فعل العيش في حد ذاته عملاً سردياً، بيد أننا نجد السرد من واقع أنه فعل، يبرز في القانون، وسيلة لتنظيم الحياة والتفاعل معها، مع انعدام القدرة على التنبؤ بها، بمعنى آخر، إنه شكل من أشكال "فهم الذات" يتولد من خلال التفكير السردية. تُستخدم الصيغة السردية، وسيلة يتم من خلالها إيجاد معلومات عن الذات، ولهذا السبب، فإنها تعمل على سد الفجوات في الخبرات الزمنية للفرد، الأمر الذي من شأنه أن

¹ إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، حقوق الطفل: نظرية تحليلية وثنائية عن حقوق الطفل العربي والمسلم في العالم المعاصر، مركز الإسكندرية للكتاب، 2005م، ص 88-90.

يعطل فكرة الاستمرارية الذاتية لهذا الفرد. ويصبح إنتاج السرد، بهذه الطريقة، طريقة يدافع بها الفرد عن نفسه، وفهمه الذاتي في مقابل تلك الفجوات والاضطرابات.¹

تتمثل إحدى الطرق التي يعمل بها الشكل السردى في احتواء القلق ووضعه ضمن سرد أكبر، ويمكن أن يظهر ذلك في سلسلة من القضايا التي تنطوي على ادعاءات أشخاص بأنهم أنفسهم كانوا ضحايا المعاملة غير الإنسانية والمهينة بسبب عدم المبالاة وعدم الكفاءة التي أبدتها السلطات في مواجهة اختفاء أفراد عائلاتهم. إن جوهر اهتمام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في استجابته في تلك الحالات، يتعلق بالقلق المستمر الذي انغمس فيه الأقارب، فيما يتعلق بمصير أحبائهم. وبمجرد تخلصهم من حالة القلق هذه، على سبيل المثال، الاعتراف بالقرب المتوفى، فإن الوضع يتبدل.² هذا يرجع إلى أن القلق المسيطر على تلك الحالات، كما يتصوره القانون، هو قلق من المصير، من عدم معرفة شيء يمكن حسمه بواسطة تفسير الأحداث.

إن استخدام الصيغة السردية لاحتواء الانقطاعات التي لا حصر لها، والتي يتجمع فيها شتات الحياة أو يتفرق، لاحتواء الاضطرابات، يفترض مسبقاً، بالطبع، أن هناك بعض اليقين في السرد الذي يتم تقديمه. لكن هنا تبرز مشكلتان يجب على قانون حقوق الإنسان مواجهتهما: الأولى تتعلق بأنه لا بد

¹ أبو الخير أحمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004م، ص93-96.

² Taylor P, Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice (Cambridge University Press, 2005) 46-49.

دائماً من اتخاذ قرار، ليس فقط بين السرديات المتعددة والمتعارضة، لكن أيضاً فيما يتعلق بالمكان الذي يبدأ منه السرد، والذي استقر القانون الأوروبي لحقوق الإنسان على أنه "مرحلة طفولة". المشكلة الثانية، التي، في الواقع، تشكل إشكالية حتى بالنسبة للأولى، تتعلق بأن السردية نفسها تعد شكلاً غير مستقر، إذ أحياناً يكون التمييز بين "الحقيقة السردية" (بما تقدمه من تفسير متماسك) و"الحقيقة التاريخية" (ما حدث بالفعل) صعب للغاية. ومن ثم، يحدث ذلك تشويشاً بين الحقيقة السردية والتاريخية، ويُشكل إخفاً في فهم حقيقة أن الماضي يتم إعادة بنائه بشكل مستمر خلال العملية التحليلية.¹

بناء على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، نجد أن هناك إعادة بناء لـ "الطفولة" ذاتها، وعليه، فبينما قد يكون فهم الفرد لطفولته منصوباً عليه بشكل جيد في القانون، على أنه يمكنه من الشروع في عملية تكوين سرد عن ذاته، في سياق عملية السرد تلك؛ نجد أن مرحلة طفولته ذاتها سيعاد تخيلها، من خلال إعادة تخيل مساحة ووقت التجربة والذي يتيح إمكانية عدها مثالية. كذلك، سوف يقوم بإعادة تخيل ذاته، بالطبع، لأن "الذات السردية"، مثل تلك المتصورة في قانون حقوق الإنسان الأوروبي، تستلزم إعادة بنائها المستمر. إن الآثار التي تنتج من هذه الرؤية للذات كبيرة. ففي حين أن الطفولة والذاتية، من ناحية، مبنيتان على أنهما تعتمدان على بعضهما بشكل متبادل في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بيد أننا نجد أنهما من مفهوم الذات السردية أيضاً، على الجانب الآخر، يقوضان بالضرورة، كل منهما الآخر. إن الطفولة تبرز في قانون حقوق

¹ Wicks E and others, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights (6th edition, Oxford University Press, 2014) 137-138.

الإنسان على أنها الزمان والمكان اللذين تترسخ فيهما العمليات الجوهرية للتكوين الذاتي (التفرد والتعود)؛ وفهم الطفولة يُنظر إليه على أنه ضروري لفهم الذات.¹ في الوقت نفسه، على الرغم من ذلك، نجد أن هذا الفهم ذاته للطفولة، والذي تم تصوره على أنه يسمح بتشكيل السرد، قد تم تقويضه بشكل متناقض من خلال ممارسة تلك الإمكانية. السبب في ذلك، هو أن فعل السرد، يستلزم إعادة تصور الفهم الأصلي للطفولة على أنه مصدر للسرد ذاته. وهكذا فإن الذات في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تقوض أصولها، وما يتبقى، هو رؤية للذات السردية، ويكمن شرط إمكانية وجودها في إعادة بنائها المستمر.

¹ Dijk PV and others (eds,) Theory and Practice of the European Court of Human Rights (4th edition, Intersentia, 2006) 267–270.

خاتمة

إن فئة "الطفل" في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لا تتعلق فقط بـ "تصور الطفل"، لكنه يتعلق أيضاً بتصور "الذات" إذ إن كلا المفهومين متشابك. ففي المقام الأول، يبرز "الطفل" في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان في سياق "الوالد"، كونه في المقام الأول وبشكل فردي، هدفاً لتخيل فردي لنفسه أو نفسها "والدًا"، وكونه ثانياً يتم وضعه داخل علاقة أبوية، ويتم تصوره على أنه امتداد للوالدين. إن ذلك الوزن الممنوح للآخر خلال عملية بناء "الطفل"، هو الذي يجعلنا نتصور ذاتية الطفل على أنها لصيقة بالآخر، وهي رؤية تكمن وراء الطريقة التي يتم من خلالها تصور الحق في معرفة الأصول في القانون الأوروبي لحقوق الإنسان على أنه ينطوي على موقع الهوية الشخصية لدى الآخر (الوالد).

إن أصول "الطفل" في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تتعلق بالطفل بقدر تعلقها بأصول "الذات". إن الطريقة التي يتم بها تصور الطفولة فيما بعد، تنطوي على تطوير لهذا التفسير الأصلي. يُنظر إلى الطفولة من منظور تطوري، وكذلك على أنها تنطوي على تحريض عمليتين جوهريتين في تكوين الذات؛ ألا وهما: التفرد والتعود. عملية التفرد هي إبراز طفل محدد، والتعبير عن اهتماماته الفردية كونها تختلف عن اهتمامات والديه. أما عملية التعود، فهي عملية تتعلق بغرس الأفعال وعناصر الوجود على أنها عادات، بحيث تصبح سمات غير واعية في شخصية الفرد. إن الطريقة التي يتم النظر بها إلى الطفولة، بحسبانها تتضمن أصول هاتين العمليتين على أنها تشكل الذات، تتضمن كذلك رؤية لها على أنها توفر إطاراً خالداً للمعنى، يتم من خلاله هيكله الحياة وتفسيرها فيما بعد. هنا تبرز الفكرة الأساسية، وهي أن (فهم الطفولة يمكّن من فهم الذات)،

لأنه يساعد الفرد على الشروع في عملية صياغة سرد عن ذاته، ثم يبرز ضوء تفسير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان للذات السردية من خلال رؤية الطفولة هذه.

في إطار رؤية القانون الأوروبي لحقوق الإنسان، يبرز الطفل فئة رئيسية، إذ لا تعد فقط الدراسة الدقيقة لهذه الفئة ذات قيمة من ناحية أنها تتيح التفكير النقدي في أنواع الصفات المعيارية والتطبيقية التي تدعم الفئات التي تم إنشاؤها بشكل قانوني؛ لكنها تتيح أيضًا تحليل رؤية الحالة الإنسانية التي يقوم عليها القانون الأوروبي لحقوق الإنسان بشكل عام، وتنتشر في تشريعه. إن فئة "الطفل" في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تقودنا إلى فئة "الذات" وتفسير القانون للطفولة، والتي ينظر إليها على أنها تتطوي على عمليات جوهرية بالنسبة لتشكيل الذات، وعليه يصبح تفسيرًا للذاتية. وبهذا الشكل يمكننا القول: إن الطفولة والذاتية كلتاهما تعتمد على الأخرى. ومع ذلك، فإن هذه التبعية المتبادلة، تتمثل في تبادلية تقويض كل منهما من الآخر، إذ إنه في حين يعد فهم الطفولة أمرًا حيويًا في عملية تمكين تكوين سرد عن الذات؛ فإن عملية السرد ذاتها تستلزم إعادة تصور لهذا الفهم الأصلي. إذا كان هذا يتطلب رؤية للذات السردية، بحسبانها ذاتًا يتم إعادة بنائها باستمرار؛ فهنا تكمن أيضًا إمكاناتها التحويلية؛ لأنه إذا كانت الذات السردية تستلزم البناء الذاتي، وإعادة البناء الذاتي؛ فإن هذا يبدو أنه يقدم طريقة نهائية للخروج من حدود الفئات المشكّلة قانونًا، وهي طريقة لها أصولها في القانون، في فئة "الطفل"، كما أنها توفر أيضًا إمكانية الذهاب إلى أبعد من هذه الفئة بالذات.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

- أبو الخير أحمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2004م.
- أحمد ظاهر، حقوق الإنسان: دراسة مقارنة، دار الكرمل، عمان، الطبعة الثانية، 1993م.
- أحمد هنيدي، حقوق الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية منظور قانوني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015م.
- إسماعيل عبد الفتاح عبد الكافي، حقوق الطفل: نظرية تحليلية وثائقية عن حقوق الطفل العربي والمسلم في العالم المعاصر، مركز الإسكندرية للكتاب، 2005م.
- خالد سليمان العبيد، حقوق الإنسان في التنظيمات القانونية: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والإعلانات والمواثيق الدولية، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية، 2014م.
- صغير بن محمد الصغير، حقوق الطفل بين القوانين الدولية والشريعة الربانية، شبكة الألوكة، 1439هـ.
- عبد العزيز مخيمر، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مطبوعات جامعة الكويت، ط1، 1997م.
- العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- علي يوسف، حقوق الإنسان في ظل العولمة، دار أسامة، عمان، الأردن، 2010م.

عمر الحفصي فرحات، آليات الحماية الدولية لحقوق الانسان وحرياته الأساسية، دراسة في أجهزة الحماية العالمية والإقليمية وإجراءاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1433هـ-2012م.

غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2015م.

غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999-2000م.

فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2007م.

محمد أبو الخير شكري، الطفولة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الدولية، دار الفكر، دمشق، 2011م.

محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، دار ابن كثير، 2005م.

محمد أمين الميداني، اللجان الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، منشورات مركز القاهرة لدراسات لحقوق الإنسان، القاهرة، 2000م.

محمد أمين الميداني، الميثاق العربي لحقوق الإنسان: دراسات ووثائق، دار المنى، الطبعة الأولى، لبنان، 2012م.

محمد أمين الميداني، مدخل إلى منظمة التعاون الإسلامي وحماية حقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017م.

محمد بشير الشافعي، قانون حقوق الانسان، مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف، مصر الطبعة الثالثة، 2004م.

محمد عبد الجواد محمد، حماية الأمومة والطفولة في المواثيق الدولية والشريعة

الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م.
مخلد الطراونة، حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي
والشريعة الإسلامية والتشريعات الأردنية، بحث منشور بمجلة، مجلس النشر
العلمي، الكويت، العدد (2)، 2003م.
وفاء مرزوق، حماية الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010م.
يوسف حسن يوسف، جريمة استغلال الأطفال وحمايتهم في القانون الدولي
والشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1،
2013م.

ثانياً: المراجع الأجنبية

Bradley AW and others, European Human Rights Law: Text and
Materials (3rd edition, Oxford University Press, 2008)

Brems E, 'Face Veil Bans in the European Court of Human
Rights: the Importance of Empirical Findings' (2014) 22 Journal
of Law and Policy 517,

Dijk PV and others (eds,) Theory and Practice of the European
Court of Human Rights (4th edition, Intersentia, 2006)

Evans C, Freedom of Religion under the European Convention
on Human Rights (Oxford University Press, 2001)

Hannum H, Guide to International Human Rights Practice
(4th edition, Transnational Publishers Inc, 2004)

Kalin W and Kunzli J, The Law of International Human Rights Protection (Oxford University Press, 2009)

Marshall J, Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights (Martinus Nijhoff Leiden, 2009)

Taylor P, Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice (Cambridge University Press, 2005)

Weissbrodt D and others, International Human Rights: Law, Policy, and Process (3rd edition, Anderson Publishing Co., 2001)

Wicks E and others, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights (6th edition, Oxford University Press, 2014)

ثالثاً: الأحكام القضائية

Ahmut v. The Netherlands, App. No. 21702/93 (ECHR, 1996)

C. v. Belgium, App. No. 21794/93 (ECHR, 1996)

Evans v United Kingdom, App. No. 6339/05 (ECHR, 2007)

Gaskin v. The United Kingdom, App. No. 10454/83 (ECHR,

1989)

Godelli v. Italy, App. No. 33783/09 (ECHR, 2013)

Haas v. the Netherlands, App. No. 36983/97 (ECHR, 2004)

Jaggi v. Switzerland, App. No. 58757/00 (ECHR, 2006)

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07
(ECHR, 2010)

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, App. No. 41615/07
(ECHR, 2010)

Osmanoglu and Kocabas v. Switzerland, App. No.
29086/12 (ECHR, 2017)

Pini and Others v. Romania, App. No. 78028/01 and
78030/01 (ECHR, 2004)

X, Y AND Z v. The United Kingdom, App. No. 21830/93
(ECHR, 1997)

Z and Others v United Kingdom, App. No. 29392/95
(ECHR, 2001)

Z and Others v United Kingdom, App. No. 29392/95
(ECHR, 2001)

Znamenskaya v. Russia, App. No. 77785/01 (ECHR, 2005)

المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي

الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية

(النزاع الروسي الأوكراني انموذجاً)

**International responsibility for violating the
rules of international humanitarian law in
international armed conflicts
(The Russian-Ukrainian conflict as a model)**

دكتور

أبكر علي عبد المجيد أحمد

استاذ القانون الدولي المشارك- قسم الأنظمة-كلية الشريعة والأنظمة-
جامعة تبوك-المملكة العربية السعودية -كلية القانون والشريعة- جامعة
نيالا-السودان

مستخلص:

تناولت الدراسة المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية (النزاع الروسي الأوكراني انموذجاً). تأتي أهداف هذه الدراسة وأهميتها من دراسة موقف القانون الدولي الإنساني من الآثار الناتجة عن النزاع الروسي الأوكراني وإمكانية تصدي المحكمة الجنائية الدولية للانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف الأربعة سنة 1949م والبروتوكول الإضافي الأول سنة 1977م. تكمن مشكلة الدراسة حول إمكانية محاكمة المسؤولين الروس عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاع الروسي الأوكراني، خاصة وأن تاريخ البشرية أثبتت أن المسؤولين عن الجرائم الدولية في الغالب هم رؤساء الدول والقادة العسكريين. اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن يستخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي، المنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنباطي. توصلت الدراسة إلى عدد من نتائج أهمها: أن روسيا مسؤولة دولياً عن الجرائم التي ارتكبت بالمخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني في حربها على أوكرانيا، ولا يمكنها أن تدفع مسؤوليتها هذه، إذ لا يتوفر أي مانع من موانع المسؤولية الدولية. أوصت الدراسة بعدة توصيات أهمها: ضرورة تفعيل المبادئ والاتفاقيات الدولية التي تمنع العدوان وتعاقب على الجرائم التي ترتكب بالمخالفة للقانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية من أجل توفير حماية أكثر فاعلية للمحميين بموجب القانون الدولي الإنساني.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية - الدولية - الإنساني - النزاعات - المسلحة - الدولية.

Extract:

The study dealt with international responsibility for violating the rules of international humanitarian law in international armed conflicts (the Russian-Ukrainian conflict as a model). The objectives and importance of this study come from studying the position of international humanitarian law on the effects resulting from the Russian-Ukrainian conflict and the possibility of the International Criminal Court addressing serious violations of the four Geneva Conventions in 1949 AD and the First Additional Protocol in 1977 AD. The problem of the study lies in the possibility of prosecuting Russian officials for violating the rules of international humanitarian law in the Russian-Ukrainian conflict, especially since human history has proven that those responsible for international crimes are mostly heads of state and military leaders. The nature of this study required that the researcher use the analytical descriptive method, the inductive method, and the deductive method. The study reached a number of results, the most important of which are: Russia is internationally responsible for the crimes committed in violation of the rules of international human law in its war on Ukraine, and it cannot pay its responsibility for this, as there is no impediment to international responsibility. The study recommended several recommendations, the most important of which are: the necessity of activating international principles and agreements that prevent aggression and punish crimes committed in violation of international humanitarian law in international armed conflicts in order to provide more effective protection for those protected under international humanitarian law.

Keywords: responsibility - international - humanitarian - armed - international conflicts

مقدمة:

مما لا شك فيه أن القانون الدولي الإنساني قائم على جملة من المبادئ الهامة التي تتفرع بدورها بالقواعد التي تحكم سير العمليات العدائية، ورغم ذلك فإن القانون الدولي الإنساني لا يمنع الحرب إلا أنه يسعى إلى الحد من آثارها حرصاً على مقتضيات الإنسانية التي لا يمكن أن تتجاهلها الضرورات الحربية، فهناك واجب على كل دولة طرف في نزاع مسلح دولي أن تنفذ لالتزاماتها الخاصة باحترام قوانين وعادات الحرب بدقة من أجل حماية الكائن البشري وكرامته وحياته، فضلاً عن حماية البيئة الطبيعية من الدمار فالضحايا الذين تتعرضون للانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية لا يمكن إهمالهم ولا بد من إرساء مبدأ العدالة الجنائية في هذا المجال. سيما وأن تحديد المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني تعتبر جزءاً أساسياً في النظام القانوني الدولي، الأمر الذي يقضي بضرورة اتفاق أعضاء المجتمع الدولي في مجال تنفيذ القانون الدولي الإنساني في النزاع الروسي الأوكراني والتي أثرت بصورة مباشرة على السكان المدنيين الذين فروا من المناطق التي تدور فيها الحرب وأصبحوا يبحثون عن وسائل لتدارك الأضرار التي لحقت بهم، مادام الالتزام بالقانون الدولي الإنساني ذات طبيعة جماعية وأن جميع الدول المتعاقدة تعتبر متضررة في من الانتهاكات، فضلاً عن ذلك ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بمحاكمة المسؤولين عن تلك الجرائم.

أهمية البحث:

تكمن أهمية الدراسة في أن للحروب والنزاعات المسلحة في الوقت المعاصر تأثيرات على البيئة والتنمية المستدامة كما أن لها تأثيرات إنسانية وجسدية مروعة ، فهي تشرذم مئات الملايين ، فضلاً أن آثارها النفسية والاجتماعية والتي تتجاوز من يخوضها لتصل إلى أسرهم فترمل النساء ، وتُيتم

الأطفال ، وتُسبب الشح في الموارد البيئية ، وتدمر البُني التحتية وتنتهي بالفقر والمجاعة.

اشكالية البحث:

تكمن مشكلة الدراسة في أن للنزاعات والحروب الدولية في الوقت الراهن آثار بليغة حيث أن أطراف النزاع بدافع القضاء على الطرف الآخر يرتكبون مخالفات لقواعد القانون الدولي الإنساني، خاصة وأن النزاعات الدولية غالباً ما يتجاوز آثارها حدود الأراضي الدولية وذلك من خلال استخدام أطراف النزاع للمتفجرات والأسلحة بعيدة المدى، وبدون شك يتعرض الفئات المحمية للقتل والتشريد، فضلاً عن الأثر البيئي من تدمير الغابات، والموائل الطبيعية وينتج عن هذا خلل في نوعية المياه وإنتاجية الغذاء، سيما وأن أثر الحرب لا يمكن أن يكون محصوراً ببلد معين حصلت فيه الحرب وإنما تتسع لتشمل دول الجوار، فهي آثار طويلة المدى تبدأ بنهاية الحرب وتستمر لسنين، فلا بد من المساءلة الدولية للمسؤولين عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاع الروسي الأوكراني. وتنفرع من هذه المشكلة الأسئلة الفرعية الآتية:

1. ماهي المسؤولية الدولية؟ وماهي الشروط الواجب توافرها لإثارها؟.
2. ماهي النزاعات المسلحة الدولية؟ وما هي القواعد التي تحكمها؟.
3. هل القانون الدولي الإنساني ينطبق على النزاع الروسي الأوكراني؟.
4. ما هي قواعد القانون الدولي الإنساني المنتهكة في النزاع الروسي الأوكراني؟.
5. هل يمكن محاكمة المسؤولين الروس عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني، خاصة وأن تاريخ البشرية أثبتت أن المسؤولين عن الجرائم الدولية في الغالب هم رؤساء الدول والقادة العسكريين؟.

أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى معرفة:

1. قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة في النزاع الروسي الأوكراني.
2. موقف القانون الدولي الإنساني من الآثار الناتجة عن النزاع الروسي الأوكراني.
3. امكانية مساءلة المسؤولين الروس عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني.
4. امكانية تصدي المحكمة الجنائية الدولية لانتهاكات القانون الدولي الإنساني في النزاع الروسي الأوكراني.

منهج البحث:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك لدراسة وتحليل الموضوع بهدف الوصول إلى وصف علمي قانوني متكامل تسهم في فهم الواقعة، وخروج بنتائج واقعية وتوصيات قابلة للتطبيق العملي. كما اتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي، لاستنباط قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وتحليلها، فضلاً عن القواعد والمبادئ الدولية وذلك لاستخلاص القواعد التي تحكم موضوع الدراسة. والمنهج الاستنباطي، للاستناد إلى المسلمات من القواعد والمبادئ الدولية ثم دراستها واستنباط منها ما ينطبق على موضوع الدراسة.

الدراسات السابقة:

خطة البحث:

قسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الدولية وشروطها وأهميتها وأنواعها وآثارها

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية وشروطها.

المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الدولية وأهميتها وآثارها وموانعها.

المبحث الثاني: مفهوم النزاعات المسلحة وأنواعها

المطلب الأول: مفهوم النزاعات المسلحة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: أنواع النزاعات المسلحة.
المبحث الثالث: مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاع الروسي
الأوكراني وامكانية مساعدة روسيا دوليا
المطلب الأول: مفهوم القانون الدولي الإنساني ونطاق تطبيقه.
المطلب الثاني: مسؤولية روسيا الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي
الإنساني في أوكرانيا.

المبحث الأول

مفهوم المسؤولية الدولية وشروطها وأهميتها وأنواعها وآثارها

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الدولية وشروطها:

أولاً: مفهوم المسؤولية الدولية:

كلمة المسؤولية مشتقة من القانون الروماني حيث ميز القانون الروماني بين (المدين وكفيله) وحين ولدت هذه النظرية لم تكن هنالك إشارة إلى الخطأ، بل كانت المسؤولية يسبق عليها الطابعالاقتصادي، والمالي متمثلاً في قيام الكفيل بالأداء في حالة عسر المدين⁽¹⁾. بينما العالم الهولندي جروسيوس استند على المفهوم الكنسي للمسؤولية بوصفها نظرية إلهية وليست نظرية قانونية قائمة على خطأ الإنسان⁽²⁾، كما أن هناك جانب آخر من الفقه أرجع المسؤولية إلى واجب التعويض الذي أشارت إليها محكمة العدل الدولية في قضية مصنع شورزو بين ألمانيا وبولينا عام 1927م حيث ذكرت المحكمة؛ أن هناك مبدأ في القانون الدولي العام مفاده أن انتهاك أية قاعدة يؤدي إلى واجب إصلاح مناسب، والتعويض هو النتيجة الجوهرية لانتهاك معاهدة حتى وإن لم يدرج هذا الواجب في المعاهدة⁽³⁾. تبين من ذلك أن النتيجة المنطقية للمسؤولية الدولية هي تعويض تصرف الدولة المقصرة التي ارتكبت مخالفة لقاعدة دولية أسفرت عنها ضرر بدولة أخرى سواء كان في شخصيتها الدولية، أو بممتلكاتها، أو رعاياها.

¹ - غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مطبعة التوفيق، عمان، 1990م، ص3.

² - الفقي الهولندي جروسيوس، Law Of War and peace، قانون الحرب والسلم، نقلاً عن آرثر نوسيوم، الوجيز في تاريخ القانون الدولي، ترجمة رياض القيسي، مطبعة الفرات، منشورات بيت الحكمة، بغداد، 2002م، ص178.

³ - عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997م، ص160.

ومن هذا المنطلق عُرفت المسؤولية الدولية بأنها نظام قانوني بموجبه تلتزم الدولة المسند إليها ارتكاب عمل غير مشروع على وفق القانون الدولي بتعويض الدولة التي ارتكبت ضدها هذا العمل⁽¹⁾، وبعبارة أخرى الالتزام المفروض بموجب النظام القانوني الدولي على أي شخص من أشخاص القانون الدولي العام بتعويض الشخص الدولي الذي أصابه الضرر نتيجة للقيام بعمل ما أو الامتناع عن عمل⁽²⁾. وفي ذات السياق عرفها شارل روسو بأنها وضع قانوني بمقتضاه تلتزم الدولة المنسوب إليها ارتكاب عمل غير مشروع وفقاً للقانون الدولي بتعويض الدولة التي وقع هذا العمل في مواجهتها⁽³⁾، وعرفها الدكتور رشاد عارف بأنها المسؤولية التي تترتب عندما يأتي أحد أشخاص القانون الدولي فعلاً إيجابياً محظوراً أو يمتنع عن القيام بواجب تفرضه قواعد القانون الدولي عليه ويترتب عن ذلك ضرر لشخص آخر، كما عرفتها اللجنة التحضيرية للمؤتمر الذي انعقد عام 1930م لتدوين قواعد القانون الدولي بأنها الالتزام بإصلاح الضرر الناتج عن إخلال الدولة بالتزاماتها الدولية ويترتب عليه وفقاً للمبادئ

¹ - شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكرالله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1982م، ص107. نقلاً عن غسان الجندي، المسؤولية الدولية، المرجع السابق، ص4.

² - جابر إبراهيم الراوي، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، جامعة بغداد، 1983م، ص32.

³ - عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط1، دار الطباعة الحديثة القاهرة، 1986م، ص2.

العامة للقانون الدولي الالتزام بتقديم الترضية للدولة التي اصابها الضرر في أشخاص رعاياها في شكل اعتذار بصورة رسمية وعقاب المذنبين⁽¹⁾.

من مجمل هذه التعريفات للمسؤولية الدولية وعلى الرغم من الاختلاف في العبارات نخلص إلى أنها تدور حول معنى واحد وهو أن المسؤولية الدولية ارتكاب شخص من أشخاص القانون مخالفة لقاعدة قانونية دولية نتجت عنها ضرر بشخص آخر يستوجب معالجتها بتقديم تعويض مناسب، وهو ما اتفق عليه الفقه والقضاء الدوليين في أن المسؤولية الدولية هي إسناد فعل غير مشروع لدولة في ظل قواعد القانون الدولي، وفي هذا الصدد تقع المسؤولية الدولية في النزاعات المسلحة الدولية عندما يرتكب أحد أطرافها أفعالاً تعد انتهاكاً لقوانين وعادات الحرب.

ثانياً: شروط المسؤولية الدولية

من التعريفات التي أوردناها آنفاً للمسؤولية الدولية يمكن بيان الشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية الدولية:

1. تصرف غير مشروع دولياً

تنتج المسؤولية الدولية عن تصرف غير مشروع سواء كان هذا التصرف غير المشروع إخلالاً بالالتزام تعاهدي أو تقصير، وهذا التصرف غير المشروع يمكن أن يكون عملاً إيجابياً، كما يمكن أن يكون تصرفاً سلبياً وقد تبين ذلك في مشروع لجنة القانون الدولي حول المسؤولية⁽²⁾. ومن التطبيقات القضائية التي

¹ - رشاد عارف يوسف السيد، المسؤولية الدولية عن أضرار الحروب العربية والاسرائيلية، دار الفرقان، من دون مكان نشر، 1984م، ص ص 19-21. نقلاً عن شهاب سليمان عبد الله، القانون الدولي العام، ط1، مكتبة المتنبى، الرياض، 2015م، ص 229.

² - عبد الواحد محمد الفار، الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث، دراسة قانونية في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الجديد سنة 1982م، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص 110.

أرست هذا الفهم قضية مضيق كورفو بين بريطانيا وألبانيا سنة 1948م، فقد توصلت محكمة العدل الدولية أن كلاً من الدولتين مسؤولتين دولياً، فالأولى مسؤولة نتيجة لقيامها بنزع الألغام من المياه الإقليمية الألبانية، والثانية مسؤولة نتيجة لعدم إبلاغها الدول بوجود الألغام في مياهها الإقليمية⁽¹⁾. ويتبين من ذلك أن الأولى مسؤولة نتيجة اتيانها فعل ايجابي وهو بضرب المياه الإقليمية لدولة أخرى، والثانية مسؤولة نتيجة امتناعها السلبي والتمثل في عدم ابلاغ المجتمع الدولي بوجود الألغام في مياهها الإقليمية حتى يمكن تجنبها.

وفي هذا الاطار أيضا حكم محكمة العدل الدولية في قضية الرهائن الدبلوماسيين الأمريكيين في طهران سنة 1980م، عندما اقتحم الحرس الثوري الإيراني حرمة السفارة الأمريكية في طهران، وتأسيسا على ذلك درست المحكمة الوسائل المتاحة للحكومة الإيرانية من أجل تجنب أخذ الرهائن، فتوصلت المحكمة إلى أن السلطات الإيرانية كانت تعلم بالتزاماتها الدولية التي تهدف إلى حماية السفارات في طهران، لا سيما وأنها تلقت طلبات بالمساعدة من السفارة الأمريكية، وعلى الرغم من أن تلك السلطات كانت تملك الوسائل اللازمة لتنفيذ واجباتها الدولية إلا أنها أهملت بسوء نية تنفيذ هذه الواجبات⁽²⁾.

كما يعد التعسف في استعمال الحق تصرفاً غير مشروع دولياً، إذ تكرر الامر في قرار محكمة التحكيم في قضية منطقة Tacna Arica بين بيرو وشيلي حيث اتفقتا الدولتان على أن تقوم شيلي بإدارة هذه المنطقة الواقعة داخل دولة بيرو لمدة معينة، ثم يجرى استفتاء ليقرر سكان تلك المنطقة مصيرهم بالانضمام إلى أي من هاتين الدولتين، إلا أن حكومة شيلي قامت بإجبار

¹ - عبد الحق الذهبي، إشكالية تعريف المضايق بين الفقه والقضاء الدوليين، الحوار المتمدن، العدد 1582، سنة 2006 ، نقلاً من موقع على شبكة الإنترنت <http://www.ahewar.org>.

² - غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مرجع سابق، ص7.

البيروبيين على تركها بالطلب إليهم الالتحاق بقواتها المسلحة وإحلال الشيليين محلهم وتجنيد صغار السن من البيروبيين في قواتها المسلحة الأمر الذي يهدف في الحقيقة إلى إجبارهم على ترك المنطقة، ووجدت المحكمة أن في ذلك تعسفاً في استعمال الحق وهو أمر غير مشروع دولياً⁽¹⁾. فضلاً عن ذلك لا يجوز للدولة التذرع بقانونها الداخلي للتصل من التزاماتها الدولية⁽²⁾، وفي نفس الصدد لا يمكن للدولة الضحية أن تباشر إجراءات المسؤولية إلا إذا استطاعت إثبات عدم مشروعية التصرف الذي أتته الدولة الأخرى، أي وجود مصلحة محمية قانوناً⁽³⁾. وتماشياً مع ما تم ذكره يجمع الفقه على أن العمل غير المشروع يتضمن انتهاكاً لأحكام القانون الدولي أياً كان مصدر هذه الأحكام سواء كان اتفاقاً، أم عرفياً، أو أن تلك الأحكام من مبادئ القانون العام المعترف بها، أو حتى إذا كان علاقة قانونية خاصة أو قرار محكمة أو منظمة دولية⁽⁴⁾.

2. أن يكون التصرف غير المشروع صادراً عن شخص دولي:

بما لا يضع مجالاً للشك أن كل شخص من أشخاص القانون الدولي مسؤولاً عن تصرفاته على صعيد القانون الدولي، ومن هذا المنطلق نجد أن

¹ - غسان الجندي، المسؤولية الدولية، المرجع نفسه، ص 8.

² - أنظر الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الدائمة في قضية معاملة المواطنين البولنديين في مدينة دانتزغ في سنة 1932م، كما وردت تلك الإشارة في حكمها من قبل في قضية السفينة ويمبلدون التي صدمت سفينة فحم تركية في عرض البحر الأبيض المتوسط سنة 1923م. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 82 و 161.

³ - أكدت محكمة العدل الدولية هذا الأمر في قضية ناميبيا عام 1966م حينما أعلنت المحكمة أن شكوى كل من أنثيوبيا وليبيريا ضد اتحاد جنوب أفريقيا غير مقبولة لأنهما لم تثبتا أن تصرفات جنوب أفريقيا قد ألحقت ضرراً في حقوقهما، أو لم تكن للدولتين مصلحة في إقامة الدعوى. غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مرجع سابق ص 10.

⁴ - غسان الجندي، المسؤولية الدولية، المرجع نفسه، ص 10.

فالمسؤولية الدولية عنصر من عناصر الشخصية القانونية الدولية، فالرابطة القانونية التي ينشئها العمل غير المشروع تقوم أساساً بين أشخاص القانون الدولي، ولا يمكن أن يكون أحد أطرافها غيرهم، وتأسيساً على ذلك ذكرت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في سنة 1949م والخاص بالتعويض عن الأضرار التي تصيب موظفي الأمم المتحدة ولعل من بينها مقتل (الكونت برنا دوت).⁽¹⁾: أن المطالبة بالمسؤولية تأخذ شكل المطالبة بين وحدتين سياسيتين متساويتين في القانون مماثلتين في الشكل وهما معاً من الأشخاص المباشرة للقانون الدولي⁽²⁾، ونفهم من ذلك أن المسؤولية الدولية لا يمكن أن تنشأ بين الدول والأفراد الطبيعيين وإنما بين أشخاص القانون الدولي (الدول والمنظمات الدولية).

تجدر الإشارة إلى أن تصرفات الدولة الموجبة للمسؤولية الدولية قد تكون صادرة عن أحد سلطاتها الثلاثة، التشريعية، التنفيذية والقضائية، وسنبين ذلك بالقدر المتعلق بتلوث البيئة البحرية.

أ. تصرفات السلطة التشريعية:

في حال قيام السلطة التشريعية في الدولة بسن قانون يتنافى مع معاهدة دولية أو امتناعها عن إصدار قانون لتطبيق معاهدة دولية يؤدي إلى جعل تلك الدولة مسؤولة مسؤولية دولية، وفي هذا الصدد لم يعفي القانون الدولي في قضية الألباما بريطانيا من النقص الموجود في قانونها الداخلي الذي استغلته

¹ - عينه مجلس الامن في عام 1948م وسيطاً في القضية الفلسطينية وأغتيله على يد الإسرائيليين. بد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص187.

² - حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، ط6، الدار العربية القاهرة، 1976م، ص223، و محمد المجذوب، محاضرات في المنظمات الدولية، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 1983م، ص69.

الولايات الجنوبية في حرب الانفصال الأمريكية لتجهيز وتسليح السفن في بريطانيا مما أدى إلى زيادة أجل هذه الحرب⁽¹⁾. وتأسيساً على ذلك فإن مسؤولية الدولة عن تصرفات سلطتها التشريعية تكون في الحالات الآتية:

1. اصدار السلطة التشريعية لقانون يهدف إلى فرض جنسية الدولة على الأجانب بمجرد استقرارهم في إقليم الدولة وخضوعهم للخدمة العسكرية.
 2. تقاعس السلطة التشريعية عن اصدار قانون لتنفيذ الدولة لالتزاماتها الدولية.
- ب. تصرفات السلطة القضائية:

تسأل الدولة عن الأحكام التي تصدر عن محاكمها إذا كانت هذه الأحكام متعارضة مع قواعد القانون الدولي العام، ونتيجة لذلك لا يمكن الاحتجاج بمبدأ استقلال القضاء لأنه مبدأ داخلي أساسه علاقة السلطة القضائية بالسلطات الأخرى، كما تسأل الدولة في حالة إنكار العدالة وذلك إذا لم تكفل الدولة للأجانب إمكانية اللجوء إلى قضائها الوطني وفقاً لنظمها القانونية من أجل الحصول على تعويض كافي أو على أية ترضية أخرى يتعلق الاضرار التي يتسبب بها الاشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الخاضعون لولايتها. وفي نفس الصدد تسأل الدولة عن فساد جهازها القضائي بالشكل الذي يؤدي إلى تأخير الفصل في دعاوى التعويض، وبالتالي تقويت الغرض من ضمان الحصول على تعويض سريع وكاف، أو انتشار الرشاوي بين القضاء، أو تدخل الدولة في عمل القضاء⁽²⁾، وعلى العكس من ذلك فإن الدولة لا تسأل عن الأحكام الخاطئة التي تصدر عن محاكمها بحسن نية كالخطأ في التقدير أو الوقائع إذ يستطيع هنا

¹ - غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مرجع سابق، ص 28.

² - أسامة عرفات، القانون الدولي العام، دار الإجازة، الرياض، 2017م، ص 247.

المتضرر أن يطعن في هذه الأحكام، ويؤيد هذا الرأي قرار محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية الباخرة لوتس بين فرنسا وتركيا عام (1927م)⁽¹⁾.

ج. تصرفات السلطة التنفيذية:

إن كل فعل صادر عن شخص يمثل الدولة على وفق القانون الداخلي ينسب إلى الدولة، لكن القانون الدولي ليس ملازماً أو مرتبطاً بالتقسيمات والأسماء التي يأخذ بها القانون الداخلي في هذا المجال، فالقانون الدولي يرتب مسؤولية الدولة حتى عن أفعال أو تصرفات شخص أو جماعة من الأفراد العاديين الذين يتصرفون باسم الدولة حتى لو لم تكن هناك أية رابطة تربطهم بجهاز الدولة الإداري. وجميع ما يصدر من الهيئات العامة الإقليمية من أفعال الدولة، كالقري والمقاطعات والأقاليم والولايات والمحليات في الدولة الفدرالية على وفق مبدأ وحدة الدولة بغض النظر عن الاستقلال الإداري الذي تتمتع به هذه الكيانات من الدولة، ينسب إلى الدولة وقد تأييد ذلك في حكم تحكيمي في قضية (مونتجو) بين الولايات المتحدة الأمريكية وكولمبيا عام 1875م⁽²⁾. ومن أمثلة تصرفات السلطة التنفيذية المرتبة للمسؤولية:

1. المعاملة السيئة للأجانب من قوات الأمن، ويمكن الإشارة هنا إلى حكم محكمة التحكيم في قضية (Cesarino عام 1903م) بين إيطاليا وفرنزويلا عندما وجدت المحكمة فنزويلا مسؤولة عن اقتيال شرطي فنزويلي لمواطن إيطالي⁽³⁾.

¹ - عصام عطية، القانون الدولي العام، ط4، الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة، كلية الحقوق جامعة بغداد، 1987م، ص338.

² - غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مرجع سابق، صص 117-118. وعلي إبراهيم، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، صص 763 و 767.

⁽³⁾ - غسان الجندي، المسؤولية الدولية، المرجع السابق، صص 117-118.

2. عدم توفير السلطة التنفيذية الحماية الفعالة للأجانب المقيمين على أرضها، وهنا نشير إدانة محكمة العدل الدولية في قضية الرهائن الأمريكيين في طهران المذكورة آنفا بسبب عدم قيام رجال الأمن الإيرانيين بتوفير حماية للبعثة الدبلوماسية الأمريكية هناك.

3. عدم قيام أجهزة الأمن بملاحقة المجرمين الذين ارتكبوا جرائم ضد الأجانب ونستشهد هنا بقضية الإعدام التعسفي للإيطاليين ولاية نيو أورليانز عام 1891م. الجدير بالملاحظة أنه إذا كانت الدولة تسأل عن التصرفات المخالفة لقواعد القانون الدولي الصادرة عن سلطاتها الثلاثة، السؤال الذي يبادر في الذهن هل تسأل عن تصرفات الأفراد الطبيعيين أو المعنويين؟.

وللإجابة على هذا السؤال وفق ما استقر عليه الفقه والعمل الدوليين، نجد أن القاعدة العامة تشير إلى أن الدولة غير مسؤولة عن تصرفات الأشخاص التابعين لها ممن لا يعملون باسمها أو لحسابها، ولكن استثناء من ذلك فإن الدولة تسأل في حالتين:

أ. إذا ثبت أن الدولة لم تقم ببذل العناية اللازمة لمنع هؤلاء الأشخاص من ارتكاب تلك الأفعال، أو لم تتخذ الحيطة اللازمة لكي تحول بينهم وبين إحداث الأضرار كما لو كان هناك قصور في تشريعاتها، وفي هذا السياق أقر مجمع القانون الدولي في اجتماعه بلوزان سنة 1935م أن الدولة لا تسأل عن الأعمال الضارة التي من الأفراد إلا إذا كان الضرر ناشئاً بسبب تقصير في اتخاذ الوسائل المناسبة التي تلجأ إليها عادة في الظروف المماثلة لمنع هذه الأفعال أو للعقاب عليها⁽¹⁾.

(1) - أسامة عرفات، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص248. وعبد الواحد محمد الفار، الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث، مرجع سابق، ص120.

ب. إذا لم تقم الدولة بعقاب مرتكبي هذه الأفعال، أو لم تتخذ تجاههم أية إجراءات لمحاكمتهم، وبصورة خاصة إذا قصرت في تقديم هؤلاء إلى المحاكمة، أو رفضت اتخاذ أية إجراءات قضائية ضدهم⁽¹⁾.

3. تحقق الضرر نتيجة لفعل غير مشروع:

يعرف الضرر في نطاق القانون الدولي بأنه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لأحد أشخاص القانون الدولي، ويشترط لقيام المسؤولية الدولية أن ينتج عن الفعل غير المشروع ضرر يصيب دولة من الدول سواء كان الضرر مادياً كالاعتداء على الحدود الإقليمية للدولة أو مقوماتها أم معنوياً كأن تهان كرامتها، أو المساس بالمصالح السياسية للدولة في علاقاتها مع غيرها من أشخاص القانون الدولي⁽²⁾.

إذا كان يشترط لقيام المسؤولية الدولية توافر الشروط المذكورة آنفاً، السؤال الذي يدور في الأذهان هل هذه الشروط منطبقة على النزاع الروسي الأوكراني؟ وهل تعتبر روسيا مسؤولة دولياً؟ أم أنها في حالة دفاع شرعي؟

للإجابة على هذه التساؤلات ومن خلال القراءة الأولية لشروط المسؤولية الدولية والاستنتاج منها نلاحظ أن جميع هذه الشروط منطبقة على روسيا في أنها بادرت بأفعال غير مشروعة دولية بمخالفتها لقواعد القانون الدولي التي تمنع استخدام القوة المسلحة والتهديد بها، وكذلك القواعد التي تدعو الأطراف إلى تسوية المنازعات تسوية سلمية، لاسيما قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة في النزاعات المسلحة الدولية، فضلاً عن تحقق الأضرار المادية والمعنوية خاصة قتل وتشريد الأبرياء من المدنيين الأوكرانيين، وبالتالي تعبر مسؤولة

¹ - شهاب سليمان عبد الله، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 240.

² - محمود سامي جنينة، القانون الدولي العام، القاهرة، 1938م، ص 389. وعصام عطية، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 353. وأسامة عرفات، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 252.

مسؤولية دولية بشقيها المدنية والجنائية، ولا يوجد ما ينفى مسؤوليتها هذه، وعليها الاستعداد لتحمل الجزاءات التي سوف توقع بحقها من قبل المجتمع الدولي.

المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الدولية وأهميتها وآثارها وموانعها أولاً: أنواع المسؤولية الدولية الجنائية:

من استخلاصاً من التعريفات السابقة التي أوردناها للمسؤولية الدولية يمكن تقسيمها إلى قسمين:

1. **المسؤولية الدولية المدنية:** وهي التزام تتحمل به الدولة ما ينسب إليها من القيام بعمل أو الامتناع عنه خلافاً لالتزاماتها الدولية مما يوجب عليها تعويض الدولة التي تضررت منه.⁽¹⁾ ، أما المسؤولية المدنية للأفراد فتتوجه للذمة المالية للإنسان⁽²⁾. عند نقل هذه المسؤولية في ما يدور من نزاعات مسلحة بين روسيا وأكرانيا نجد أن روسيا تعتبر مسؤولة مسؤولية دولية مدنية نتيجة الأضرار التي لحقت بأوكرانيا من جراء تدمير ممتلكاتها وأعيانها المدنية فضلاً عن تدمير الطرق والجسور التي تعتبر وسيلة حركة لنقل السكان المدنيين وإبعادهم عن المناطق التي تدور فيها الحرب، الأمر الذي يقضي بضرورة تحمل مسؤوليتها وتعويض أوكرانيا نتيجة تلك الأضرار.

2. **المسؤولية الدولية الجنائية:** وهي مسؤولية الدولة عند ارتكابها فعلاً يعتبره القانون الدولي جريمة دولية ومعاقبها من قبل المجتمع الدولي بالعقوبة المقررة للجريمة الدولية المرتكبة⁽³⁾، اعتبارها جرائم دولية تهدد السلم العالمي، وبالتالي

¹ - عمر محمد المحمودي، قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، طرابلس، 1989م، ص75.

² - محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ط7، ج2، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995م، ص351.

³ - عمر محمد المحمودي، قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، طرابلس، 1989م، ص75.

تستوجب مواجهتها بشكل جماعي وإنزال العقاب بالدولة المخالفة، ومن أمثلة هذه الجرائم الدولية العدوان، وجرائم الحرب، كما أن موضوع المسؤولية الدولية الجنائية وجد تقنينه في الكثير من المواثيق الدولية وفي مقدمتها ميثاق الأمم المتحدة الذي يسعى إلى حماية السلام العالمي وتحقيق التعاون بين الدول، وكذلك في المعاهدات الخاصة بالدفاع عن ضحايا الحرب⁽¹⁾. وأما المسؤولية الدولية الجنائية للأفراد فتقتضي توجيه العقاب فيها إلى جسد الإنسان وحرية الشخصية⁽²⁾، والمسؤولية تتدرج بحسب جسامة الفعل المرتكب، فقد يكون الفعل المخالفة بسيطة لا يترتب عليها أي جزاء، وقد يكون مخالفة جسيمة من شأنها أحداث الاضطراب في الأمن والنظام العام للمجتمع الدولي فينبغي العقاب عليها⁽³⁾.

مما سبق نخلص إلى أن القانون الدولي الجنائي باعتباره فرعاً من القانون الدولي العام، تنص على توقيع العقاب على مرتكب الجريمة الدولية، وهذا يعني أن القانون الدولي الجنائي يعترف بمبدأ المسؤولية الجنائية للأفراد عن ارتكاب الجرائم الدولية، وهذه المسؤولية توازي المسؤولية الدولية للدول وقد تكون أكثر من ذلك.

ثانياً: أهمية المسؤولية الدولية:

تكمن أهمية المسؤولية الدولية في أنها تعتبر الأداة القانونية اللازمة لضمان المحافظة على تطبيق قواعد القانون الدولي العام، وبالتالي تدعيم وتعزيز الأمن

¹ - عدنان طه مهدي الدوري و عبد الأمير العكيلي، القانون الدولي العام، ط1، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، 1992م، ص207.

² - محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص351.

³ - عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص11.

والتعاون الدولي⁽¹⁾، كما أنها تؤكد أن قواعد القانون الدولي ليست غريبة عن فكرة الجزاء ، فكل خرق للالتزامات الدولية يجبر وراءه مسؤولية الطرف المخالف التي تستوجب بدورها تعويض الطرف المتضرر⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق نلاحظ أن للمسؤولية الدولية الجنائية أهمية كبرى في نطاق العلاقات الدولية في الوقت الراهن، سيما وأن اقرارها وقبولها يمكن أن يسهم في إرساء مبدأ الأمن والسلم الدوليين واحترام حقوق الإنسان، خاصة في ظل تطور وسائل وأساليب القتال حيث أن أطراف النزاع يستخدمون كل ما يمتلكونها من الأسلحة بهدف القضاء على الطرف الآخر دون وضع في الاعتبار ما يسفر عن ذلك من نتائج وآثار بحق المجتمع الدولي.

ثالثاً: آثار المسؤولية الدولية:

إذا اكتملت شروط المسؤولية الدولية السابقة ذكرها ترتب عليها أثر قانوني، وهو الالتزام بتعويض الضرر الذي نشأ عن الفعل غير المشروع⁽³⁾، ومن المبادئ الثابتة في القانون الدولي أن خرق أي التزام دولي أو تقصير في الوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتق الدولة يستوجب تحملها المسؤولية الدولية، وتقديم تعويضاً مناسباً، وعليه فإن واجب الالتزام بدفع التعويض يعتبر قاعدة قانونية دولية يتم تطبيقها كنتيجة لإخفاق الدولة في تنفيذ التزاماتها الدولية، ولذلك يعتبر

¹ - عدنان طه مهدي الدوري وعبد الأمير العكلي، القانون الدولي العام، ط1، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، 1992م، ص195.

² - أحمد سرحال، قانون العلاقات الدولية، ط2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1993م، ص348.

³ - أحمد محمد رفعت، القانون الدولي العام، مكتبة علاء الدين، الإسكندرية، 2001م، ص616.

التعويض فعل إيجابي لإصلاح الضرر الحاصل⁽¹⁾. وتجدر الإشارة إلى أن إصلاح الضرر هو مصطلح عام في المسؤولية الدولية يشمل جميع الطرق التي تملكها الدولة في التحرر من المسؤولية أو تحمل نتائجها، وبناء على ذلك من حق الدولة التي أصابها الضرر في الرد العيني للأشياء التي فقدها، وحقها في توقف السلوك المكون للفعل غير المشروع، وحقها في التعويض المالي، وحقها في تلقي الترضية المناسبة التي تتمثل في الإقرار بعدم مشروعية التصرف الضار والاعتذار عن وقوعه، فضلاً عن اتخاذ الدولة المدعى عليها الخطوات اللازمة لمنع تكرار أي انتهاك من جانبها لالتزاماتها الدولية⁽²⁾. وفي هذا السياق أعلنت محكمة العدل الدولية الدائمة مبدأ جوهرى أساسه أن التعويضات يجب قدر المستطاع أن تعمل على إزالة جميع آثار العمل غير المشروع وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع هذا العمل.

استناداً إلى ما سبق نبين صور وأشكال إصلاح الضرر في القانون الدولي على النحو الآتي:

1. وقف السلوك أو الفعل غير المشروع:

بمعنى أن إذا كان الفعل غير المشروع مازال مستمراً فإن وقفه يعد صورة من صور إصلاح الضرر المتعارف عليه في قانون المسؤولية الدولية، إلا أن هذا لا يعني إزالة النتائج الضارة، وإنما الخطوة التي تسبق إصلاح الضرر، وتماشياً مع ذلك قررت محكمة العدل الدولية في قضية الرهائن الأمريكيين في طهران سنة 1980م، كخطوة أولى في طريق إصلاح الضرر بأن توقف إيران فوراً الحجز غير المشروع لأعضاء البعثة الدبلوماسية الأمريكية، ثم في خطوة

¹ - صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الجديد سنة 1982م، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص530.

² - أسامة عرفات، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص253.

لاحقة، على إيران دفع تعويض مناسب لإصلاح الأضرار التي لحقت بالولايات المتحدة ورعاياها⁽¹⁾.

استخلاصاً لما سبق أنه يجب على الطرف المسؤول إيقاف السلوك غير المشروع دولياً، ثم القيام بإصلاح الأضرار التي لحقت بالطرف المضرور، ولكن يبقى التساؤل المطروح كيف يكون الوضع في حال عدم تحمل الدولة مسؤوليتها اختيارياً، وما زالت مستمرة في سلوكها غير المشروعة؟ وللإجابة على هذا السؤال وربطه بالحرب الروسي الأوكراني نجد أن روسيا رفضت تحمل مسؤوليتها عن عدوانها على أوكرانيا، فضلاً عن استخدامها لحق الفيتو بمجلس الأمن وتندرع بأنها في حالة دفاع شرعي على الرغم من عدم وجود ما يشير إلى أنها في حالة دفاع عن نفسها، الأمر الذي يقضي بضرورة التدخل الدولي حتى لا يطول هذا الحرب وينتج عنه آثار يصعب معالجتها.

2. الرد العيني أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه:

يقضي هذا الالتزام بأنه يتعين على الدولة التي ارتكبت عملاً غير مشروع إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل ارتكابه، وهي الصورة المثالية والمفضلة لدى الدول في إصلاح الأضرار ويقرر غالبية فقهاء القانون الدولي بأن العرف الدولي يأخذ بمبدأ التعويض العيني كقاعدة عامة لإصلاح الضرر، وقد أكدت لجنة القانون الدولي في مشروع مسؤولية الدول هذه القاعدة بالقول أن القانون الدولي العرفي ينص كقاعدة عامة على إلزامية تقديم تعويض عيني كلما كان ذلك ممكناً من الناحية المادية. وتطبيقاً لذلك أعادت إيران بناء السفارة الأمريكية التي هدمها الطلاب الثائرون عام 1979م على نفقتها الخاصة⁽²⁾.

¹ - علي إبراهيم يوسف، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص 500-501.

² - علي إبراهيم، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 505.

3. الالتزام بتقديم التعويض المالي:

يعد التعويض المالي أكثر صور إصلاح الضرر شيوعاً بل يعتبر الصورة التي تتسجم مع التطبيق العملي، وعليها إذا كان التعويض العيني غير ممكن، أو أنه غير كاف، أو هناك عقبات تحول دون إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل فإنه ينبغي على الدولة المسؤولة تقديم تعويضات مالية مناسبة بالفدر اللازم لإعادة هذا الوضع إلى ما كان عليه، أي تغطي كل الأضرار التي نتجت عن الفعل، مثال على ذلك صدور حكم قضائي من المحاكم الوطنية للدولة من المستحيل إغائه نظراً لتمتع هذا الحكم بحجية الشيء المضي به طبقاً للنظام القانوني الداخلي، وفي هذه الحالة لا يكون أما الأجنبي إلا المطالبة بالتعويض المالي عن الأضرار التي أصابته، ويتم تحديد مبلغ التعويض بالاتفاق بين أطراف النزاع أو عن طريق اللجوء إلى التحكيم، أو القضاء الدولي، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون التعويض المالي كافياً لإزالة كافة الآثار المترتبة على التصرف الضار⁽¹⁾.

4. الترضية:

يقصد بالترضية قيام الدولة المسؤولة بالإفصاح عن عدم إقرارها للتصرف الضار الصادر من سلطاتها أو موظفيها، وبذلك تعتبر الصورة الملائمة لإصلاح الضرر المعنوي، إذ أن في بعض الأحوال قد تكون المبالغ المالية مهما كبرت غير كافية لإصلاح الضرر المعنوي ولذلك يلزم لإصلاحه تقديم ترضية معنوية

¹ - عبد الغني محمود، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 202-203. نقلاً عن أسامة عرفات، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 257. وأحمد محمد رفعت، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 618.

مناسبة، وتقتصر الترضية في القانون الدولي المعاصر على تقديم الأسف والاعتذار الرسمي من جانب الدولة التي صدر عنها السلوك غير المشروع⁽¹⁾.

رابعاً: موانع المسؤولية الدولية:

لا توجد أدنى صعوبة في دفع المسؤولية الدولية إذا تقررت على وفق القواعد العامة أي المسؤولية القائمة على أساس العمل غير المشروع ، ففي هذه الحالة يمكن للمسؤول (دولة أو فرد) درء مسؤوليته بإثبات الضرر الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر وأن لا يد له في فيه، فإذا أثبت هذا الشخص أو الدولة أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي، حادثاً مفاجئاً أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بالتعويض عن هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك، ذلك أن السبب الأجنبي يقطع رابطة السببية بين خطأ المدعي عليه والضرر ، فلا يعد الضرر ناشئاً عن ذلك الخطأ، ومن ثم ينتفي ركن من أركان المسؤولية فينتفي معه المسؤولية ذاتها⁽²⁾. وفي ذات السياق استقر الفقه الدولي على عدد من الأسباب التي تنتفع بها المسؤولية الدولية نشرحها في الآتي:

1- القوة القاهرة (الحادث الفجائي).

تتدرج الدول بصورة واسعة بالقوة القاهرة أساساً لانتفاع عدم مشروعية العمل الصادر عنها أو لانتفاع المسؤولية الدولية لقطع رابطة السببية بين الفعل والضرر بالنسبة للمسؤولية القائمة على أسس موضوعية، وتأسيساً على ذلك

¹ - عبد الواحد الفار، القانون الدولي العام، مطبعة جامعة أسيوط والكتاب الجامعي 2003م، ص ص 356-357. علي إبراهيم القانون الدولي العام، مرجع سابق ص509. نقلا عن

أسامة عرفات القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص259.

² - عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن التلوث، دراسة حول تأصيل قواعد للمسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994م، ص755.

تتزع تلك الدول بالقوة القاهرة والأحداث العرضية لتبرير التصرفات غير العمدية، كأن تضطر الدولة المطلوب منها الوفاء بالالتزام دولي أن تتصرف بطريقة لا تتطابق مع ما تطلبه منها ذلك الالتزام الدولي بسبب وجود قوة لا سبيل إلى مقاومتها، يجعل من المستحيل مادياً عليها أن تتصرف بما يطابق ذلك الالتزام دون أن تنتهج مسلكاً يخالف ما يتطلب منها ذلك الالتزام، وأن تلك القوة قد تعود إلى عوامل طبيعية كالكوارث الطبيعية بأنواعها أو فعل إنسان مثل فقدان السيطرة على جزء من إقليم الدولة نتيجة تمرد مما يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام الدولي⁽¹⁾. وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن عدم إمكانية قبول القوة القاهرة سبباً مانعاً من إقامة المسؤولية لا يمنع من وصفها ظرفاً مخففاً عند تحديد التعويض المستحق⁽²⁾.

وبناء على ذلك أورد فقه القانون الدولي عدداً من تطبيقات القضاء الدولي لفكرة القوة القاهرة كمانع لإقامة المسؤولية الدولية ففي عام 1929م قررت محكمة العدل الدولية الدائمة أن الظروف التي تمر بها البرازيل بمثابة القوة القاهرة تمنعها من السداد بالفرنك الذهبي والسداد على أساس الفرنك الورقي للقروض الصادرة للاتحاد البرازيلي في فرنسا بالذهب⁽³⁾، وفي مجال المعاهدات الدولية فإن فكرة القوة القاهرة لم تغيب عن ذهن المشرعين، فقد وردت الإشارة إليها في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الجديد سنة 1982م بمناسبة

¹- بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989م، ص453-454.

²- جابر الراوي، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، جامعة بغداد، 1983م، ص245.

³- بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، مرجع سابق، ص461.

الحديث عن حق المرور البريء وعدم توقف السفن التي تمارس هذا الحق إلا في أحوال معينة من بينها الظروف القاهرة⁽¹⁾.

تبيّن من ذلك أن المسؤولية الدولية تنتفي إذا كان السبب الرئيسي للحادث الذي سبب ضرراً قاهرة لا يد فيه للطرف الذي ارتكب الفعل الضار.

2- حالة الضرورة:

يعرف الفقه حالة الضرورة بأنها الوضعية التي تكون فيها الدولة مدفوعة من ظرف كبير يجرمها من حرية الاختيار فتقوم بعمل ضار لدولة أخرى حتى تتجو من هذا الخطر، أو بمعنى آخر أنها الحالة التي يستحيل فيها التصرف بوسيلة أخرى غير مخالفة للقانون الدولي⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الشروط التي يجب توافرها لاعتبار الحالة من قبيل الضرورة، هي أن يكون الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع، فإذا كان الضرران متساويان أو كان الضرر المفضي به أكبر من الضرر المراد تفاديه فلا تكون بصدد حالة ضرورة ويكون ثمة محل للمسؤولية التقصيرية⁽³⁾. ومن تطبيقات القضايا في شأن حالة الضرورة قضية الباخرة الأمريكية Neptune التي صادرتها وحمولتها (البحرية البريطانية) عندما كانت في طريقها إلى الموانئ الفرنسية وتدرعت المملكة المتحدة بحالة القحط والجوع التي تمر بها

¹ - المادة 1/18 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار سنة 1982م.

² - بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، المرجع السابق، ص 468.

³ - عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن التلوث، مرجع سابق، ص 777.

قواتها، وقد أكد المحكمون هذه الحالة لتبرير الفعل، ومع ذلك دفعت المملكة المتحدة تعويضاً عن ذلك الحادث إلى المالكين⁽¹⁾.

3- الدفاع عن النفس:

من الأمور المسلم بها أن لكل دولة الحق الكامل في أن تقابل أي هجوم على إقليمها أو على رعاياها أو على سفنها بالقوة المسلحة عند الاقتضاء، وهي لا تتحمل في هذه الحالة تبعية اية مسؤولية دولية عن أعمالها في الدفاع عن نفسها، بشرط أن يكون الاعتداء الواقع على إقليمها أو رعاياها أو سفنها أو طائراتها عملاً غير مشروع في الأصل ويشترط في هذه الحالة أيضاً ألا تتجاوز أعمال الدفاع عن النفس حدودها⁽²⁾. وفي ذات السياق أشار ميثاق الأمم المتحدة إلى إحدى صور الدفاع عن النفس وهي حالة عدوان مسلح⁽³⁾.

استنتجا مما تقدم يتضح لنا أن القانون الدولي أعفى الدول من المسؤولية الدولية إذا كان الفعل غير المشروع دولياً ناتج عن قيامها بالدفاع عن نفسها وسكانها وممتلكاتها، وفي هذا الصدد نستطيع أن نقول بأن أوكرانيا في حربها مع روسيا تعتبر في حالة الدفاع عن النفس وبالتالي لا يمكن اعتبارها مسؤولة دولياً عن الأضرار التي لحقت بروسيا في هذا الحرب.

4- خطأ الغير:

يتمثل هذه الحالة في قيام شخص أجنبي بالتدخل بإحداث الضرر فيقطع رابطة السببية بين الضرر وعمل الدولة، ويمكن أن يكون التدخل سلبياً أو إيجابياً، وفي هذا الصدد قد اعتبر القضاء الدولي أن الأعمال الصادرة عن الغير

¹ عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن التلوث، المرجع نفسه، ص778.

(2) - أ.د. حامد سلطان ، القانون الدولي العام في وقت السلم ، ط6 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976م ، ص244.

(3) - المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945م.

تقطع علاقة السببية، وعليه يكون الغير مسؤولاً عن الضرر هو وليس المدعي عليه وذلك في قضية (رودولف) سنة (1903)م وتتلخص وقائعها بأن رودولف طالب الحكومة الفنزويلية بالتعويض عن الفعل غير المشروع الذي نتج عن فسخ عقد بناء واستثمار سوق، و الذي سبق أن أبرم بين رودولف والحكومة الفنزويلية نتيجة لفقدان الاعتماد فرفضت لجنة المطالبات الحكم بالتعويض لعدم وجود تدخل من طرف خارجي ولم تكن الحكومة الفنزويلية ذلك الطرف⁽¹⁾.

5- خطأ أو رضا المضرور:

إذا كان العمل الذي أنته دولة ما قد تم برضا الدولة الأخرى التي تضررت منه لم يعد هناك مجال للمسؤولية الدولية، وهذا ينطبق على العمل غير المشروع الذي يحتمل المخاطر فإن الرضا يجب أن ينصب على النتيجة المحتملة وليس مجرد الفعل إذ أن ذلك الفعل لا يحتاج إلى قبول أو رضا من الدولة الأخرى لممارسته، ويشترط في العادة لهذا الرضا أن يكون خالياً من أي عيب من عيوب الإرادة وأن لا يكون مخالفاً لقاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي⁽²⁾.

أما بالنسبة لفعل المضرور نفسه المتسبب بالضرر فإن المضرور الذي يتعمد إيقاع الضرر بنفسه بغض النظر عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك لا يستحق تعويضاً بأي شكل من الأشكال، ومجرد إثبات تعمد الضرر بنفسه أو إهماله يعني استغراق خطئه خطأً أو إهمال الآخرين على فرض وجوده.

باستقراء موانع المسؤولية الدولية المذكورة آنفاً وتطبيقها على النزاع الروسي الأوكراني نجد أن روسيا لم تكن مستفيدة من أي مانع من هذه الموانع رغم تذرعها بأنها في حالة الدفاع عن نفسها، وعلى ذلك تعتبر مسؤولة دولياً عن عدوانها المسلحة في الأراضي الأوكرانية وعليها تحمل نتائجها وإعداد العدة

(1) - جابر إبراهيم الراوي ، المرجع السابق ، ص 247.

(2) - المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969م.

لمواجهة مصيرها بالعقوبات التي سوف توقع عليها طالبت المدة أم قصرت، خاصة وأن الجرائم التي وقعت تعتبر من الجرائم الأشد خطيرة موضوع الاهتمام الدولي، وبالتالي لا تسقط بالتقادم.

المبحث الثاني: مفهوم النزاعات المسلحة وأنواعها

المطلب الأول: مفهوم النزاعات المسلحة لغة واصطلاحاً:

النزاعات في اللغة العربية من مصدر نزع، نازعته منازعةً ونزاعاً، إذا جاذبته في الخصومة وبينهم نزاعة، أي خصومة، والتنازع التخاصم⁽¹⁾. فالنزاع بصفة عامة اختلاف وتخاصم وتختلف من حيث حدته، أما النزاع المسلح هو مفهوم عام يطبق على المواجهات المسلحة المنظمة التي يمكن أن تحدث بين دولتين أو أكثر أو بين دولة وكيان مسلح لا يشكل دولة بالمعنى القانوني للقانون الدولي، كما يحدث بين دولة وبين جماعة منشقة كما بين جماعتين عرقيتين أو طائفتين أو مجموعات أيديولوجية مختلفة ضمن دولة واحدة⁽²⁾.

المطلب الثاني: أنواع النزاعات المسلحة

وفي هذا السياق قد درج الفقه الوضعي المعاصر تقسيم النزاعات المسلحة إلى نزاع مسلح دولي وغير دولي (داخلي)، وفيما يلي نبين مفهوم النزاع المسلح الدولي وغير الدولي:

أولاً: مفهوم النزاع Conflict المسلح الدولي: عرّف النزاعات المسلحة الدولية بأنها: تَدخُلُ للقوة المسلحة لدولة ضد

دولة أخرى، سواء أكانت التدخل مشروعاً، أم غير مشروع، وسواء أعلنتها الحرير رسمياً، أم لم تعلن

¹ - نديم مزعشيلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، ص 555.

² - أحمد اشراقية، ورقة بحثية: تصنيف النزاعات المسلحة بين كفاية النص والحاجة إلي التعديل، قدم في مؤتمر، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، بيروت، 2016م، ص 5.

(1). تبيّن من هذا التعريف أنّ أطراف النزاع المسلح الدولي يكون بين الدول، أي أن شرط الدولية يعني على الأقل بين طرفين، ومن أشخاص القانون الدولي العام (الدول)⁽²⁾. وكما جاء أيضاً من التعريف السابق فإن مفهوم النزاعات المسلحة بين الدولة لا يعتد بمشروعية الحرب من عدمه، وكما لا يعدّ شكل الإعلان مهماً إنما حصوله هو المهم، حيث تعدّ هذه الواقعة بمنزلة المؤشر على قدرة السلطة التنفيذية باتخاذ القرار للدخول في نزاع مسلح دون العودة إلى السلطة التشريعية وأخذ موافقتها من عدمه. وكان القانون الدولي العرفي قد جعل من إعلان الحرب أمراً اختياريًا، ولم تكن واقعة عدم إعلان النزاع المسلح الدولي تجعل منه نزاعاً غير مشروع. لذا تتنوع سلوك الدول بالنسبة لهذا الموضوع، فقد تمت مراعاة هذه القاعدة في الحرب العالمية الأولى مثلاً، بينما لم تراعى ألمانيا هذا المبدأ في الحرب العالمية الثانية عند هجومها على الاتحاد السوفيتي السابق، وكذلك الأمر عندما هاجمت اليابان الولايات المتحدة الأمريكية في بيرل هاربور. وأما هذه الأخيرة فبين أكثر من مائتي حرب شنتها لم تعلن إلا خمسة حسب تصريح لجميس بيكر أحد وزراء خارجيتها، ليصبح العدد ستة بعد إعلان الحرب على العراق عام ٢٠٠٣⁽³⁾. وبما أنّ طبيعة النزاعات الدولية كما الحال في العصر الحديث تتباين في أهدافها وأغراضها وأسبابها (اقتصادية، اجتماعية،

¹ - محمد سليمان الفراء، القانون الدولي الإنساني في الشريعة والقانون، عدد الطبعة والمكان دون، ص 18.

² - كمال حمّاد، النزاعات الدولية، الطبعة الأولى 1998م، الدار الوطنية للدراسات، ص 17.

³ - أمل يازجي، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، ورقة بحثية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول 2003، دمشق، ص 113.

سياسية)، وأبعادها (مدينة، عسكرية) فالنزاع المسلح الدولي إضافة إلى الشروط السابقة أن يكون صداماً مسلحاً باستخدام أسلحة تقليدية أو مستحدثة ومتطورة. وتتعدد النزاعات الدولية إلى نوعين: محدودة، وواسعة النطاق (الحرب)⁽¹⁾ ، ويُعزى البعض من استخدام مصطلح بدل الحرب، لأنّ مصطلح الحرب أصبح مصطلحاً واسعاً يشمل على ثلاثة مفاهيم قانونية وهي: العدوان - الدفاع المشروع - الأمن الجماعي، وقد جاءت ضرورة التمييز بين هذه المفاهيم بعد أن حُرّم اللجوء إلى الحرب أو بالأحرى اللجوء إلى القوة المسلحة لحل النزاعات الدولية ابتداءً من ميثاق بريان - كيلوغ وميثاق الأمم المتحدة، حيث حُرّم العدوان بعد أن حُرّم التهديد باستخدام القوة في العلاقات الدولية، بينما أعطيت الدول حق الدفاع المشروع عن النفس) وحتى الاستباقي منه، رغم خطورة المفهوم وعدم وضوحه وسوء استخدامه. وكما يشمل الحرب أيضاً النزاعات المسلحة الدولية والنزاعات المسلحة غير الدولية، وكما دخل مصطلح الحرب المجال العام، فاستخدمه الساسة ليشيروا إلى الحرب الباردة مثلاً أو حرب النجوم أو حروب على الفساد أو غلاء المعيشة، مما يدعو للقول: إنه أصبح مصطلحاً اجتماعياً سياسياً أكثر مما هو مصطلح قانوني. لذلك حل مصطلح النزاعات المسلحة تدريجياً محل مصطلح الحرب رغم استمرار بعض الكتاب في استخدام المصطلح الأخير⁽²⁾.

وإذا كانت النزاعات المسلحة المحدودة تمثل استخداماً للقوة المسلحة لتحقيق ما. وهي بذلك تتفق مع الحرب - إلا أنّ هذه الأخيرة تتميز أساساً باتساع نطاقها- أي امتداد مسرح العمليات على نطاق واسع بين الدولتين أو الدول المتحاربة (وإن ذهب الاستخدام الدارج لكلمة الحرب إلى استخدامها حتى في

1 - أحمد أبو الوفا ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009م ، ص 12.

2 - أمل يازجي ، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع ، المرجع السابق ، ص 109.

إطار المنازعات المحدودة⁽¹⁾. وعلى هذا فالحرب أيضاً تتصرف إلي كل صراع مسلح أطرافه الدول، أو غيرها من أشخاص القانون الدولي العام الأخرى. يكون الغرض من ورائه تحقيق مصالح ذاتية خاصة بها متى اتجهت إرادتها إلي قيام حالة الحرب وما ستتبعه من تطبيق قانون النزاعات المسلحة عناصر الحرب⁽²⁾.
ثانياً: مفهوم النزاع المسلح الداخلي (غير ذات الطابع الدولي): هو صدام مسلح ما بين فرق مسلحة منظمة تقاوم ضد الحكومة والقوات المسلحة التابعة لها في إقليم دولة معينة⁽³⁾. وكما عرّف بأنها: نزاعات تدور داخل حدود الدولة وتتشب بين دولة ما وجماعة أو جماعات مسلحة منظمة من غير الدولة أو ما بين الجماعات نفسها⁽⁴⁾.

من خلال مما سبق نجد أنّ النزاع المسلح الداخلي تتم داخل حدود إقليم دولة ما (مثال ذلك وقوع تمرد أو عصيان مسلح للانفصال عن السلطة المركزية، أو المطالبة بأمر معين يسعى إلي تحقيقها). وهي تدور بين قواتها المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس قيادة مسؤولة على جزء من الإقليم ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة⁽⁵⁾.

-
- 1 - أحمد أبو الوفا ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، مرجع سابق، ص 12.
 - 2 - حازم محمد علتم ، قانون النزاعات المسلحة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008م ، ص 152.
 - 3 - بدر الدين عبدالله حسن ، القانون الدولي الإنساني مبادئه وأحكامه ، ط1 ، الخرطوم ، 2007م ، ص 40.
 - 4 - تعزيز احترام القانون الدولي الإنساني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط1 ، مصر ، 2008م ، ص 5.
 - 5 - أحمد أبو الوفا، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، المرجع السابق، ص9.

والنزاع المسلح الداخلي أيضاً كما هو واضح من التعريفات السابقة تنقسم إلى قسمين، نزاعات مسلحة غير دولية يتواجه فيها جيش نظامي مع فصائل مسلحة أجنبية أو وطنية مستقرة خارج إطار الدولة المعنية بالنزاع، ونزاعات مسلحة داخلية أي الحروب الأهلية⁽¹⁾.

على ضوء استعراضي لمفهوم النزاع المسلح الدولي والداخلي تتبين أن المعيار الأساسي للترقية بينهما أن النزاع المسلح الدولي أطرافه الدول على نقيض النزاع المسلح الداخلي عادة ما يبين فرق أو جماعات مسلحة منظمة والقوات المسلحة التابعة لحكومة تلك الدولة.

المبحث الثالث: مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاع الروسي الأوكراني وإمكانية مساعلة روسيا دولياً

المطلب الأول: مفهوم القانون الدولي الإنساني ونطاق تطبيقه:

أولاً: مفهوم القانون الدولي الإنساني:

يعتبر القانون الدولي الإنساني من أقدم فروع القانون الدولي العام، كما يعتبر فرعاً رئيسياً له، إلا أنه كنظام إنساني لا يُحرم، ولا يُجرم الحرب، ولا يبحث في مدى شرعيتها، ولكنه يعمل على ترشيدها والحد من آثارها الوخيمة على الأبرياء، والقانون الدولي الإنساني كاصطلاح حديث الاستخدام، ولكن جذوره ضاربه في التاريخ الإنساني. تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الاختلافات في المصطلح المستخدم في تعريف هذا الفرع من أفرع القانون الدولي العام، فقد شاع استخدام مصطلح "قانون الحرب"، ثم تطور هذا المصطلح إلى "قانون النزاعات المسلحة" إلى أن استقر الأمر تجاه استخدام مصطلح "القانون الإنساني الدولي"، وبناءً على ذلك تباينت وجهات نظر الفقه حول المسمى الصحيح

¹ - أمل يازجي، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع، ورقة بحثية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، 2003م، ص 109.

للقانون بين رأي ينادي بإطلاق مسمى "القانون الإنساني الدولي" على اعتبار أن إنسانية الإنسان تسبق دوليته، بينما تبنى رأي آخر مسمى "القانون الدولي الإنساني" على اعتبار أن الدولية هنا مرجعها إلى طبيعة القانون ذاته، وهذا الرأي الأخير هو الذي أخذت به اللجنة الدولية للصليب الأحمر⁽¹⁾، لأول مرة في الوثائق التي تقدمت بها عام 1971م إلى مؤتمر الخبراء الحكوميين للعمل على انماء وتطوير القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق عرّف القانون الدولي الإنساني بأنه: مجموعة القواعد العرفية والمكتوبة التي تستوحي الشعور الإنساني وتركز على حماية الفرد في حالة النزاع المسلح بما ينتج عن ذلك من آلام، كما تهدف إلى حماية الأموال التي ليست لها علاقة مباشرة بالعمليات العسكرية⁽³⁾. وفي نفس الصدد عرفه بعض الفقه بأنه مجموعة من القواعد التي تهدف إلى جعل الحرب أكثر إنسانية سواء في العلاقة بين الأطراف المتحاربة، أو بالنسبة للأشخاص الذين ليس لهم علاقة بالنزاع المسلح، بينما عرف البعض الآخر بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تلتزم الدول بتنفيذها لحماية الإنسان في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية⁽⁴⁾، وكما يُعرف بأنه: ذلك الفرع من القانون العام الذي تطبق قواعده العرفية والمكتوبة في حالات النزاع المسلح (**Armed Conflict**) والتي تهدف

¹ - محمود شريف بسيوني، القانون الدولي الإنساني، من دون دار ومكان نشر، 2016م، ص3.

² - صلاح عامر، مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977م، ص100.

³ - سامي يس خالد، مجموعة محاضرات في أحكام القانون الدولي الإنساني، ط1، الخرطوم، 2008م، ص7.

⁴ - محمد الفاتح الجزولي، آليات الرقابة الدولية على النزاعات المسلحة، ط1، دار العالمية، للنشر، من دون مكان نشر، 2006، ص43.

إلى حماية الإنسان باعتباره إنساناً⁽¹⁾. وفي ذات السياق أشارت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية مشروعية استخدام الأسلحة النووية، أو التهديد باستخدامها عام 1969م بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحدد حقوق وواجبات المقاتلين في إدارتهم للعمليات العسكرية، والقواعد التي تقيد حريتهم في استخدام وسائل الإضرار بالعدو، بالإضافة إلى القواعد المقررة لحماية ضحايا النزاعات المسلحة التي توفر الضمانات لأفراد القوات المسلحة المعاقين الذين لا يشاركون في الأعمال العدائية⁽²⁾.

استناداً إلى ما سبق ذكره يتبين لنا أن القانون الدولي الإنساني هو مجموعة من القواعد الرامية إلى الحد من آثار النزاعات المسلحة لدواعٍ إنسانية، وأنه القانون يحمي الأشخاص الذين لم يشاركوا في القتال، أو كفوا عن المشاركة فيه، كما أنه يقيد حق اختيار الوسائل والأساليب المستعملة في الحرب؛ إذن فهو يهدف إلى تخفيف معاناة جميع ضحايا المنازعات المسلحة الخاضعين لسلطات العدو سواء كانوا من الجرحى أو المرضى أو الغرقى في البحار أو أسرى الحرب أو المدنيين⁽³⁾.

استخلاصاً لما سبق يمكن القول أن قواعد القانون الدولي الإنساني تستسقي مصادره من قواعد عرفية وذو طابع أخلاقي تُستمد أيضاً من المبادئ الإنسانية العامة وما تقتضيه الوجدان السليم أثناء النزاعات المسلحة، فضلاً عن

1- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام - حقوق الإنسان، (الكتاب الأول، ط1، دار الثقافة، عمان، 1997م)، ص 229 .

2 - محمد الفاتح الجزولي، آليات الرقابة الدولية على النزاعات المسلحة، ط1، المرجع السابق، ص 43.

3 - سيد هاشم ، حماية المدنيين في الاراضي المحتلة ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر جنيف

اتفاقية حظر وانتاج الاسلحة البيولوجية لعام 1972 .

المصادر المكتوبة والمدونة، وتشمل كذلك قواعد الاتفاقيات والوثائق الدولية التي تنظم سير العمليات العسكرية وحقوق وواجبات المحاربين وغير المحاربين، وأهمها اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م والبروتوكول الملحقان بها لعام 1977م وغيرها من الاتفاقيات الدولية التي تمتد نطاق حمايتها إلى الأشخاص والأعيان. فضلاً عن ذلك تأثره فيما يتعلق بحماية ضحايا الحروب وأسلوب إدارة القتال بالصكوك الدولية الهامة في ميدان حقوق الإنسان، مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على اعتبار أن الإنسان يحق له التمتع بحقوقه اللصيقة بآدميته وكرامته البشرية على قدم المساواة في زمن السلم أو زمن الحرب.

واستناداً إلى ماسبق سعى القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. الحد من الأضرار الناجمة عن النزاعات المسلحة.
2. توفير الحد الأدنى من الحماية الإنسانية أثناء النزاعات المسلحة.
3. تقييد حق أطراف النزاع في اختيار أساليب ووسائل القتال.
4. حماية الأعيان المدنية من أضرار العمليات العسكرية.

ثانياً: نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني:

السؤال الذي يبادر في الذهن ابتداءً، هل قواعد القانون الدولي الإنساني واجب التطبيق على كل نزاع مسلح؟ أم القانون الدولي الإنساني يستثنى بعض النزاعات من نطاقه وفق معايير محددة وموضوعية؟ وللإجابة على هذه التساؤلات بينت اتفاقيات جنيف الأربع النطاق المادي للتطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية ونصت على أنها: تطبق في حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة حتى وإن لم يعترف أحدهما بحالة الحرب، وكما تنطبق أيضاً

في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة⁽¹⁾، وتندرج في نطاق النزاعات الدولية أيضاً حروب التحرير الوطني ضد الاستعمار الأجنبي والنضال المسلح للمقاومة ضد الاحتلال والأنظمة العنصرية لتقرير المصير⁽²⁾. أما النطاق المادي للتطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة غير الدولية فقد نصت الاتفاقيات الأربعة على أنها: في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام الواردة في المادة الثالثة المشتركة في الاتفاقيات سالف الذكر⁽³⁾. وتجدر الإشارة إلى أن قبل المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربعة 1949، لم يكن القانون الدولي مهتماً بالنزاعات المسلحة الداخلية على اعتبار أنها تتعلق "بالسيادة الوطنية" وشكل هذا النص ثورة قانونية، فلأول مرة تتقدم حماية الأفراد على سيادة الدول⁽⁴⁾.

وعليه فإن القانون الدولي الإنساني بهذا التحديد ينطبق على جميع حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، مادام الإنسان هو ضحية هذا النزاع فهو يحتاج إلى مساعدة إنسانية تكفلها قواعد هذا القانون. ولذلك يجب الأخذ بالحسبان أن العمل على تنفيذه على نحو فعال في الوقت الراهن يبقى امراً ملحاً

1 - المادة الثانية، اتفاقيات جنيف الأربع (الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان، والثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، والثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، والرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب) لعام 1949م.

2 - البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977م.

3 - المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع، سنة 1949م.

4 - أحمد اشراقية، تصنيف النزاعات المسلحة بين كفاية النص والحاجة إلي التعديل، مرجع سابق، ص 7.

أكثر من أي وقت سابق. وأخيراً ، ولا يفوتنا أن ننوه إنه على الجميع سواء في إطار الحكومات أو المنظمات أو كأفراد تقدم إسهامات فعالة لتطبيق القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية⁽¹⁾.

وتفسيرا لذلك فإن القانون الدولي الإنساني ينطبق على جميع النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بالنظر إلى النتائج التي تسفر عن تلك النزاعات، والغاية من وجود القانون الدولي الإنساني، وبالتالي فإنه مما لا شك فيه أنه ينطبق على النزاع الروسي الأوكراني منذ بداية الحرب بين الطرفين في شبه جزيرة الغرم وإلى الوقت الحالي نتيجة للأضرار التي نتجت وما زالت مستمرة بحق المحميين بموجب قواعده.

ثالثاً: الأشخاص الذين يحميهم القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية:

يشتمل القانون الدولي الإنساني على مجموعة من القواعد التي توفر الحماية للأشخاص الذين يقعون في قبضة العدو، وتكمن الفكرة الأساسية لهذه القواعد في المعاملة الإنسانية وصون كرامة الجرحى والمرضى والقتلى والمعتقلين دون تمييز على أساس العرق، أو الجنس، أو الجنسية وأي معيار آخر⁽²⁾. وبما لا يدع مجالاً للشك أن حماية الجرحى، والمرضى، والغرقى من القوات المسلحة بما فيهم الأعداء، من اهتمامات القانون الدولي الإنساني المعاصر. وتأسيساً على ذلك من الواجب في جميع الأوقات وخاصة بعد الاشتباك في القتال اتخاذ

1 - جيرهارد فان غلان ، القانون بين الامم ، ندخل القانون الدولي العام الجزء الاول ، بيروت 1970 ص 199 وكذلك د. أحمد مصباح عيسى ، حقوق الانسان في العالم المعاصر ، ط (1) دار الرواد طرابلس ص 41.

2- المادة 13 من اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية السكان المدنيين سنة 1949م. والمادة 12 من اتفاقية جنيف الأولى الخاصة بحماية الجرحى والمرضى من القوات المسلحة في الميدان سنة 1949م.

أطراف النزاع دون إبطاء جميع التدابير الممكنة للبحث عن الجرحى والمرضى وجمعهم وحمايتهم من السلب وسوء المعاملة وتأمين الرعاية اللازمة لهم، فضلا عن البحث عن جثث الموتى ومنع السلب، علاوة على ذلك فإنه يجب جمعهم والعناية بهم، بصرف النظر عن الجانب الذي ينتمون إليه. كما يجب على كل طرف في النزاع اتخاذ التدابير اللازمة لمعرفة مصير الأشخاص المشمولين بالحماية الخاضعين لسلطته⁽¹⁾، أي الجرحى والمرضى والقتلى من العسكريين وأسرى الحرب والمدنيين المحميين المحرومين من حريتهم، وعلى كل طرف أن يجمع المعلومات المطلوبة ويحشدتها في مركز واحد وينقلها إلى الطرف الآخر⁽²⁾، عبر الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر التي تعمل وسيطاً محايداً⁽³⁾. ومن زاوية أخرى يقع أسرى الحرب تحت سلطة الدولة المعادية، لا تحت سلطة الأفراد أو الوحدات العسكرية التي أسرتهم، وبخلاف المسؤوليات الفردية التي قد توجد، تكون الدولة الحاجزة مسؤولة عن المعاملة الأسرى، بحيث يجب معاملتهم معاملة إنسانية في جميع الأوقات. وبناءً على ذلك يحظر أن تقترف الدولة الحاجزة أي فعل أو إهمال غير مشروع يسبب موت أسير في عهدها، ويعتبر انتهاكا جسيما لهذه الاتفاقية. وعلى الأخص، لا يجوز تعريض أي أسير حرب للتشويه البدني أو التجارب الطبية أو العلمية من أي نوع كان مما لا تبرره المعالجة الطبية للأسير أو لا

¹ - المادة 15 من اتفاقية جنيف الأولى الخاصة بحماية الجرحى والمرضى من القوات المسلحة في الميدان سنة 1949م.

² - المواد 26/25 من اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية السكان المدنيين سنة 1949م.

³ - تقدم الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين مجموعة من خدمات البحث عن المفقودين في مختلف دول العالم وتتيح هذه الخدمات للمحتجزين المدنيين المتأثرين بالنزاعات المسلحة بإعادة الاتصال بأفراد عائلاتهم، والجدير بالملاحظة أن الوكالة شاهدة تقدا ملبوسا في العصر الحالي في ظل التقدم التكنولوجي والتي تعمل على نقل المعلومات بأسرع وقت ممكن.

يكون في مصلحته. وبالمثل، كما يجب حماية أسرى الحرب في جميع الأوقات، وعلي الأخص ضد جميع أعمال العنف أو التهديد، وضد السباب وفضول الجماهير⁽¹⁾. تبين من ذلك أن اتفاقيات جنيف تحظر أطراف النزاع من الاعتداء على المدنيين وتلزمهم في جميع الأحوال العمل على حمايتهم، كما تفرض عليهم اعتبار من يقع في يدهم من العدو أسير حرب ومعاملته معاملة إنسانية بما يصون كرامته. وفي هذا الصدد تحتوي اتفاقيات جنيف لعام 1949 على قواعد محددة تحكم ظروف الاحتجاز وتضمن وصول اللجنة الدولية إلى المحتجزين، سواء أسرى الحرب أو المدنيين.

ولتوضيح ذلك نبيّن الذين يستفيدون من حماية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وهم:

1. المدنيون:

عرفت المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأشخاص المدنيين، بأنهم الأشخاص الذين ليس لهم دور ايجابي في الأعمال العدائية بما فيهم أفراد القوات المسلحة الذين سلموا سلاحهم أو ابعدوا عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الأسر أو لأي سبب آخر، كما عرف البروتوكول الاضافي الأول المدني بأنه الشخص الذي لاينتمي إلى القوات المسلحة، وبالتالي فإن الأشخاص المدنيين المحميون هم السكان المدنيون والصحافيون والقائمون بالخدمات الإنسانية وأفراد الحماية المدنية وموظفو الخدمات الطبية، والخدمات الروحية أو الدينية، وموظفو جمعيات الاغاثة التطوعية⁽²⁾. تبين من ذلك أن المدنيين هم الأشخاص الذين ليسوا من المقاتلين ويصدق ذلك للجنسين بما فيهم الأطفال، أي

¹ - المواد 13/12 من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بحماية أسرى الحرب سنة 1949م.

² - المادة 50 من البروتوكول الاضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية سنة

1977م.

الأشخاص المحميون بموجب القانون الدولي الإنساني عندما يقعون في أيدي طرف في نزاع ليسوا من رعاياها وليس بين الدولتين علاقات دبلوماسية، ويشترط للاستفادة من هذه الحماية ألا يشاركوا مباشرة في العمليات العدائية.

تجدر الإشارة إلى أن الحماية التي يتمتع بها المدنيين تتمثل في حظر كافة أعمال الاكراه والتعذيب والعقاب الجماعي والانتقام واحتجاز الرهائن وترحيل السكان، كما منحت اتفاقية جنيف الرابعة الأجانب الموجودين في اراضي أطراف النزاع حق مغادرة أراضي العدو وتلقي مواد الاغاثة وممارسة الأعمال المسموح بها والاقامة، وحظرت الاتفاقية من توجيه الهجمات العسكرية ضد السكان المدنيين، طالما أنهم لايشتركون في القتال مباشرة، إلا أن جوانب هذه الحماية لا تكتمل، إلا اذا تقررر حماية خاصة للأهداف والمنشآت المدنية، وتستند هذه الحماية على المبدأ العام الذي يعتبر الهجمات العسكرية مشروعة عندما يتم توجيهها ضد الأهداف العسكرية فقط والتي يحقق تدميرها الكلي أو الجزئي ميزة عسكرية مؤكدة للطرف القائم بالهجوم، وتأسيسا على ذلك فقد اتجه الفقه الدولي إلى السعي نحو اقرار قواعد خاصة لحماية الأشياء والمنشآت اللازمة لبقاء السكان المدنيين ولاستمرار حياتهم الطبيعية، وفي ذات السياق أكد البروتوكول الاضافي الأول على منع تجويع المدنيين كأسلوب من اساليب الحرب، كما منعت مهاجمة أو تدمير أو تعطيل الأعيان والمواد التي لاغنى عنها لبقاء السكان المدنيين، مثل المواد الغذائية والمناطق الزراعية والمحاصيل والماشية ومرافق مياة الشرب وشبكاتنا واشغال الري، كما حظرت على استخدام اسلوب التجويع الاقتصادي للمدنيين كوسيلة للضغط على ارادة العدو لحملة على الاستسلام⁽¹⁾، ويستثنى من هذه الحماية اذا قام الخصم باستخدام هذه المواد التي

1 - المواد 53 و 54 من البروتوكول الاول الاول اخاص بالنزاعات المسلحة الدولية سنة 1977م.

لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين زاداً لأفراد قواته المسلحة وحدهم، أو دعماً مباشراً لعمل عسكري، وفي هذه الحالة يجوز مهاجمة تلك الأعيان شريطة مراعاة حاجة السكان المدنيين وعدم تعريضهم إلى خطر مجاعة يضطرهم إلى النزوح عن أرضهم⁽¹⁾، فضلا عن حماية المنشآت الهندسية التي تحوي قوى خطرة مثل السدود والجسور والمحطات النووية⁽²⁾. إذا كان المدنيين محميين بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني ضد الهجمات العسكرية السؤال الجدير بالطرح هل تأثر المدنيين من النزاع الروسي الأوكراني؟.

للإجابة على هذا السؤال وبتطبيق نصوص اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية السكان المدنيين، والبروتوكول الإضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية، نجد أن خلال هذا الحرب عانى المدنيين من عواقب سياسية وأمنية واقتصادية وتنموية وإنسانية وخيمة يعجز عنها الوصف، حيث فر الملايين من الأفراد من مناطقهم بسبب العنف، واصبحوا ويعتمدون على المساعدات الإنسانية للبقاء على قيد الحياة، وبهذا تعد النزاع الروسي الأوكراني من أخطر الأزمات الإنسانية التي تواجه المجتمع الدولي خلال المرحلة الراهنة، بل وتمثل كارثة إنسانية متعددة الأبعاد، سيما وأنها تشمل أكبر تحدي للقانون الدولي الإنساني والمنظمات الإنسانية.

2. المقاتلون العاجزون عن القتال: وهم حسب مفهوم اتفاقيات جنيف الأولى والثانية سنة 1949م والبروتوكولان الإضافيان سنة 1977م، الجرحى والمرضى من الأشخاص العسكريون أو المدنيون الذين يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية بسبب الصدمة أو المرض أو أي اضطراب أو عجز، بدنياً كان أم عقلياً،

1 - سيد هاشم، معاملة اسرى الحرب في ظل احكام اتفاقية جنيف، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، جنيف، من دون تاريخ نشر.

2 - المادة 56 من البرتول لاضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية سنة 1977م.

والذين يحجمون عن أي عمل عدائي، وشمل هذان التعبيران أيضاً الرضع والأطفال حديثي الولادة والأشخاص الآخرين الذين قد يحتاجون إلى مساعدة أو رعاية طبية عاجلة، مثل ذوي العاهات وإولات الأحمال الذين يحجمون عن أي عمل عدائي، والمنكوبون في البحار، من العسكريون أو المدنيون الذين يتعرضون للخطر في البحار أو أية مياه أخرى نتيجة لما يصيبهم أو يصيب السفينة أو الطائرة التي تقلهم من نكبات، والذين يحجمون عن أي عمل عدائي، ويستمر اعتبار هؤلاء الأشخاص منكوبين في البحار أثناء إنقاذهم إلى أن يحصلوا على وضع آخر بمقتضى اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، بشرط أن يستمروا في الأحجام عن أي عمل عدائي⁽¹⁾. تبين من ذلك أن العاجزون عن القتال هم المقاتلون من الطرفين عندما يكونون في قبضة السلطة في الطرف الآخر معادٍ ويعبرون بوضوح عن وجود نية للاستسلام، أو يسقطون جرحى، أو مرضى ولم يكن لديهم القدرة في الدفاع عن أنفسهم.

أما بشأن حمايتهم فقد ورد في البروتوكول الإضافي الأول على أنه للأشخاص العاجزين عن القتال وغير المشاركين بشكل مباشر في الأعمال العدائية حق احترام حياتهم وسلامتهم البدنية والروحية ويحمي هؤلاء الأشخاص ويعاملون معاملة إنسانية دون تمييز⁽²⁾.

3. الأسرى: ورد مفهوم الأسير في البروتوكول الإضافي الأول بأنه: كل مقاتل يقع في قبضة الخصم⁽³⁾، وبناءً على ذلك فإن الأشخاص الذين يتمتعون بصفة

¹ - المادة 8 من البروتوكول الإضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية سنة 1977م.

² - المواد 40، 41، 42 من البروتوكول الإضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية سنة 1977م.

³ - المادة 44 من البروتوكول الإضافي الأول الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية سنة 1977م.

الأسير هم، أفراد القوات النظامية للدولة، أي مجموعة من أفراد القوات المسلحة بتشكيلاتها المختلفة، ويخضعون لإرادة الدولة ويتقاضون رواتبهم من سلطاتها العسكرية ويشمل ذلك المكلفون بالخدمة العسكرية الإلزامية والمتطوعون والملتحقون كالصحفيين والمراسلين لوكالات الأنباء، والمكلفون بحالة الطوارئ، وقوات الأمن الداخلي كالشرطة وحرس الحدود وأفراد أطقم البواخر والغواصات والطائرات الحربية. يتضح من ذلك أن الأسرى هم المقاتلون من طرفي النزاع الذين ألقوا أسلحتهم واستسلموا للطرف الآخر، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يعاقبوا أو يحاكموا نتيجة مشاركتهم مباشرة في الأعمال العدائية حيث أنهم يتمتعون بحماية التي تكفل لهم حياة كريمة، وعم التعرض للتعذيب، أو أي عمل من أعمال الانتقام. وتجدر الإشارة إلى أن الفلسفة العامة من هذه الحماية أن الحرب ليس بين الجنود من الطرفين، وإنما بين الدول وبالتالي يجب على الجندي احترام أخاه الجندي من الطرف الآخر.

تجدر الإشارة إلى أن هناك أشخاص لايجوز التعرض لهم ، وهم الأشخاص الذين لايجوز أسرهم أو حجزهم أو القبض عليهم ويتمتعون بحماية دولية وحقوق وامتيازات واردة في اتفاقية جنيف لأسرى الحرب وهم، أفراد الخدمات الطبية والدينية والمرافقون للقوات المسلحة كالأطباء، والصيادلة، والمرمضات، والمخبرين، والمصورين الشعاعيين ومساعدتهم، أفراد المنشآت الطبية الثابتة والمتحركة التابعة للخدمات الطبية، وأفراد الهيئات الطبية المختصون بالبحث عن الجرحى والمرضى أو حملهم أو معالجتهم ومكافحة الأوبئة والأمراض عنهم، وموظفو المنظمات والجهات الدولية والوطنية المعترف بها، كالصليب الأحمر والهلال الأحمر وغيرها من الجمعيات المتطوعة، أفراد أطقم بواخر المستشفى العسكري، والمنشآت المخصصة لمساعدة الجرحى والمرضى والغرقى ومعالجتهم ونقلهم، والأفراد الذين لم يبلغوا سن الرشد.

وتأسيسا على ذلك فإن أسرى الحرب بالحماية المقررة لهم عند ابتداء الأسر وتمثل في تحريم قتلهم اذا ما القوا سلاحهم باختيارهم واستسلموا للعدو⁽¹⁾، كما تلتزم الدولة الأسيرة برد ممتلكات الأسير عند انقضاء الأسر ولا يجوز للدولة الأسيرة أن تجرد الأسير من شاراته ورتبة وجنسيته، وكذلك الأشياء ذات القيمة الشخصية أو التذكارية، كما تلتزم الدولة الأسيرة بأن تعامل الأسير معاملة إنسانية، واحترام شخصيته وشرفه وتقديم العناية الصحية والطبية له ومعاملته على قدم المساواة، والسماح له بممارسة الشعائر الدينية والأنشطة الذهنية والبدنية، والاتصال بالخارج، فضلا عن السماح لممثلي المنظمات الدولية بزيارة الأسرى والاطلاع على احوالهم⁽²⁾.

4. الأعيان المدنية: وتشمل على سبيل المثال المستشفيات العامة والخاصة والمدارس ودور العبادة، كما يشمل المواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان على قيد الحياة، فقواعد القانون الدولي الإنساني تمنع أطراف النزاع من توجيه ضربات على مثل هذه الأماكن، فضلا عن وضع أهداف عسكرية بالقرب منها. وفي هذا السياق أورد القانون الدولي الإنساني ثلاثة مبادئ أساسية تحكم وتنظم الطريقة التي ينفذ بها أطراف النزاع المسلح عملياتهم العسكرية، أي طريقة سير العمليات العدائية، بحث أن أطراف النزاع لا يتمتعون بحرية مطلقة في تنفيذ خططهم الحربية، وهذه المبادئ هي "التمييز، والتناسب والاحتياط"، وكلها مبادئ ذكرها في البروتوكول الإضافي الأول سنة 1977م والقانون الدولي العرفي. وهي قواعد تهدف إلى حماية المدنيين من آثار العمليات العدائية. كما يجب على أطراف النزاع عند استخدامهم للتقنيات والوسائل الإلكترونية الحديثة وخاصة الأسلحة بعيدة المدى في تنفيذ الهجمات احترام القانون الدولي الإنساني:

1 - اتفاقية حظر أو تقييد استعمال اسلحة تقليدية لعام 1980 .

2 المادة 18 من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بحماية أسرى الحرب سنة 1949م.

1. مبدأ التمييز: يتطلب مبدأ التمييز أن يميز طرفا النزاع المسلح في جميع الأوقات بين المدنيين والأعيان المدنية والمقاتلين والأهداف العسكرية، فلا يجوز توجيه العمليات العسكرية إلا ضد أهداف عسكرية، أما استهداف المدنيين عن عمد فهو جريمة حرب. وتأسيساً على ذلك لا يجوز مهاجمة المدنيين إلا إذا شاركوا في العمليات العدائية مشاركة مباشرة وطوال هذه الفترة. لكن في تقديري أن هذا المبدأ من الصعب تطبيقه في العصر الحالي نتيجة لوجود أسلحة فتاكة ذات المدى البعيد والانتشار الواسع تكنولوجيا وسائل القتال.

كما يجب عدم استهداف أعيان مدنية، مثل منازل المدنيين والمدارس والمستشفيات والمرافق الطبية، إلا إذا قدمت مساهمة فعّالة في العمل العسكري وكان استهدافها يقدم ميزة عسكرية أكيدة. وبالنسبة للأعيان المدنية، يجب الحفاظ على البنية التحتية الأساسية، بما في ذلك المستشفيات وشبكات المياه والغاز وأنظمة الكهرباء التي تزود البنية التحتية المدنية بإمدادات المياه والكهرباء الحيوية.

بعض الأعيان والممتلكات مشمولة بحماية إضافية محددة، مثل المستشفيات أو البضائع التي لا غنى عنها لبقاء السكان، والممتلكات الثقافية، والمنشآت التي تحتوي على قوى خطرة. ويُحظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب، كما يُحظر نشر الرعب عمدًا بين السكان المدنيين.

2. التناسب: يجب أن تحترم الهجمات الموجهة ضد مقاتل أو هدف عسكري مبدأ التناسب. وهذا يعني أنه يحظر شن هجوم قد يتوقع أن يسبب خسائر جانبية في أرواح المدنيين، أو إصابات للمدنيين، أو إلحاق ضرر بالأعيان المدنية يكون مفرطاً مقارنة بالميزة العسكرية الملموسة والمباشرة المتوقعة. أي لا يمكن مهاجمة هدف عسكري إلا بعد تقييم يؤدي إلى نتائج مفاده أن الخسائر والأضرار المدنية لا يتوقع أن تفوق الميزة العسكرية المتوقعة. ولذلك ينبغي إلغاء الهجوم إذا اتضح أن الظروف الكامنة وراء هذا التقييم قد تغيرت.

3. الاحتياط: يجب على أي طرف في نزاع مسلح أن يتوخى الحذر باستمرار لتجنب استهداف المدنيين أو الأعيان المدنية عند تنفيذ العمليات العسكرية. ويجب على الطرفين اتخاذ جميع الاحتياطات الممكنة في اختيار وسائل وأساليب الهجوم لتجنب إلحاق الضرر العرضي بالمدنيين والممتلكات المدنية، أو على الأقل التقليل منه. وكما يجب على الطرفين توخي كل ما هو ممكن لتجنب وضع الأهداف العسكرية داخل المناطق المكتظة بالسكان أو بالقرب منها.

رابعاً: موقف القانون الدولي الإنساني من النتائج المترتبة عن الحرب الروسي الأوكراني

مما لا شك فيه أن القانون الدولي الإنساني نشأ نتيجة إفراس لمجموعة من القيم والمبادئ الأخلاقية التي تدعو في إطارها العام إلى نبذ الحروب بين الدول والشعوب والرجوع إلى الحل السلمي للمشكلات التي تنشأ بين الدول⁽¹⁾. ومن هذا المنطلق تأتي أهميتهم تنامي اللجوء إلى العنف المسلح على المستوى الدولي والداخلي أن معاً، حيث يشهد العالم تزايداً ملموساً في عدد النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وترتب على ذلك تزايداً في عدد ضحاياها، مما يدعو إلى أهمية نشر قواعد هذا القانون زمن السلم، خاصة بين القوات المسلحة التي ترتكب عادةً كثيراً من الانتهاكات نتيجة جهلها لهذه القواعد القانونية، حيث أنها تضمن الجانب الإنساني في مواجهة آلات التدمير العسكرية، وهذا ما يتطلب تكثيف الوعي لنشر مفاهيم هذا القانون كي يتجنب الجمع الآثار المدمرة للحرب، خاصة بعد ازدياد الحروب، وتطور أسلحة الدمار الشامل والرغبة الأكيدة لبعض الدول بالقتل والتدمير لتحقيق مصالحها، مما تسبب في قتل

¹ - إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني من كتاب (القانون الدولي الإنساني دليل التطبيق على الصعيد الوطني)، ط1، إعداد نخبة من المختصين والخبراء، تقديم. احمد فتحي سرور، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003م، ص 17.

ملايين المدنيين وتشردهم، إذ كانت غالبيتهم من الأطفال والنساء والشيوخ(المدنيين العزل)⁽¹⁾، والملاحظ أن هذه الانتهاكات الجسيمة لإحكام القانون الدولي الإنساني برغم كثرتها وتنوعها لم تقابلها آليات ملائمة لقمعها وإنزال العقاب بمرتكبيها. فكان هناك تساؤل يبادر في الذهن؛ كيف يتم التحقق من تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني؟. وللإجابة على هذا السؤال تطرق المجتمع الدولي على ضرورة إيجاد آليات لتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني⁽²⁾.

وفي ذات السياق يعزز دور هذا القانون ظهور العديد من المنظمات الدولية التي عملت على تخفيف الآثار المدمرة للحرب، وتقديم المساعدات للجرحى والمرضى والغرقى والأسرى، وغيرهم ممن يتضررون من جراء العمليات العسكرية. وفضح الأساليب الهمجية التي ترتكبها الدول المتحاربة ضد المدنيين ومن أبرز هذه المنظمات اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، ومنظمة العفو الدولية ومنظمة حقوق الإنسان، إذ أسهمت هذه المنظمات في تقديم المساعدات الإنسانية للمكوبين في شتى بقاء العالم.

ومن هذا المنطلق يراود اللجنة الدولية للصليب الأحمر قلق إزاء القتال الدائر في أوكرانيا والمخاطر الجسيمة التي يتعرض لها المدنيون هناك، لا سيما في المدن والمناطق المأهولة الأخرى. واليوم، يعد استخدام الأسلحة المتفجرة ذات التأثير الواسع السبب الرئيسي للأضرار التي تشهدها المدن. من الضروري

¹ - إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني من كتاب (القانون

الدولي الإنساني دليل التطبيق على الصعيد الوطني)، مرجع سابق، ص17.

² - دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني منشور على الموقع <https://democraticac.de> بتاريخ يوليو 2022م.

حماية البنية التحتية المدنية، مثل المستشفيات والمدارس ومرافق المياه والكهرباء، بشكل فعّال وعدم استهدافها. فلا تجوز مهاجمة الأهداف المشروعة في المناطق المجاورة لها إلا إذا بذل كل ما هو ممكن لتجنب الإضرار بها. وقد دعت اللجنة الدولية وجهاتٍ أخرى لسنوات عديدة إلى احترام هذه القواعد بصورة أفضل، لا سيما في حرب المدن. لقد حان الوقت للتعامل مع مبدأ التمييز بجدية أكبر. إذ تثير الأسلحة المستخدمة في المعارك التي تدور رحاها داخل المدن في أنحاء العالم أسئلة خطيرة للغاية بشأن كيف تفسر الدول حظر الهجمات العشوائية. فمن الصعب أن نرى استمرار الحديث عن أن استخدام المدفعية غير الموجهة أو قذائف الهاون أو القنابل الكبيرة والذخائر العنقودية وقاذفات الصواريخ متعددة الفوهات قادرة على التمييز بين المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية داخل المدن، مع الحد من آثار هذه الأسلحة حسب ما يقتضي القانون الدولي الإنساني. ولهذا السبب تدعو اللجنة الدولية جميع الدول إلى تجنب استخدام الأسلحة المتفجرة الثقيلة في المناطق الحضرية، وتحديدًا أنها يجب ألا تستخدم ما لم تتخذ تدابير كافية لتقليل المخاطر المترتبة عليها والمتمثلة في إلحاق الضرر بالمدنيين⁽¹⁾.

إن اللجنة الدولية تتعهد ببذل كل ما في وسعها للعمل من أجل احترام القانون الدولي الإنساني في خضم العمليات العدائية، وإجلاء المدنيين بعيدًا عن خطر الوقوع في مرمى تبادل إطلاق النار والقصف، وتقديم الإغاثة والحماية للمدنيين ومن كفوا عن المشاركة في العمليات العدائية، وزيارة المحتجزين وضمان حماية حقوقهم، والحيلولة دون فقد أثر الأشخاص، ولم شمل العائلات. ونظرًا لكون النزاع الحالي نزاعًا مسلحًا دوليًا ينطوي على قدرات عسكرية هائلة،

¹ - الناجون من التعذيب والمنظمات غير الحكومية يخطون خطوات عملاقة نحو العدالة 29

نيسان/أبريل 2022 <https://www.ohchr.org>

ويتسبب في عواقب إنسانية على نطاق لم نشهده في مثل هذه الفترة القصيرة لعقود مضت، فقد يبدو هذا النزاع ذا درجة مختلفة من حيث أهميته. وفي هذا الصدد دعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر أوكرانيا وروسيا للتوصل إلى اتفاق واضح لإجلاء المدنيين من مدينة ماريوبول المحاصرة جنوب أوكرانيا وغيرها من المواقع التي مزقتها الحرب⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مسؤولية روسيا الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني في أوكرانيا

إن المشكلة التي يعاني منها المجتمع الدولي هي عدم وجود سلطة عليا تتولى مسألة تطبيق القانون الدولي العام، فلا توجد سلطة إدارية أو قضائية إلزامية تتولى تقاضي من ينتهك قواعد القانون الدولي الإنساني وتعرض العقاب عليه، ولا توجد مؤسسات تنفيذية تنفيذ الجزاء بحق الدول التي تنتهك قواعد القانون الدولي العام، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الداخلي حيث تختص الولاية الإلزامية للمحاكم الوطنية بتحديد المخالف وتتولى السلطة التنفيذية تنفيذ العقوبة بحق المخالف. والأسباب التي تعيق قيام سلطة في نطاق القانون الدولي تحدد المخالف وتنفذ الجزاء بحقه تعود إلى تمسك الدول بمبدأ السيادة والاستقلال التي تُعد حاجزاً أمام إجبار الدول على تطبيق قواعد القانون الدولي وخاصة تلك القواعد الخاصة بقوانين. غير أنه بتطور المفاهيم الإنسانية في المجتمع الدولي، وظهور العديد من المنظمات الدولية، ظهرت الدعوة إلى تحديد الأعمال التي تُعد انتهاكاً جسيماً لقواعد القانون الدولي الإنساني، ووصفها بأنها جرائم حرب،

¹ - الصليب الأحمر يحث أوكرانيا وروسيا على الاتفاق على إجراء عمليات إجلاء آمنة، 30

مارس 2022 - 10:47 <https://www.swissinfo.ch>

وتحديد الأشخاص الذين يتحملون مسؤولية ارتكابها ووصفهم بأنهم مجرمو حرب، وحددت الجهات القضائية التي يحق لها محاكمتهم، وفي هذا الصدد أجازت اتفاقية جنيف لعام 1959م لحماية أسرى الحرب معاقبة مجرمي الحرب الذين يرتكبون جرائم ضد القانون الدولي الإنساني أمام محاكمها الوطنية كما منحت اتفاقية منع ومعاقبة جريمة إبادة الجنس البشري الموقع عليها في باريس عام 1948م محاكم الدولة التي تُرتكب الجريمة على أراضيها اختصاص النظر في مثل هذه الجرائم، وأوجبت الاتفاقية على جميع الدول الأعضاء إصدار القوانين اللازمة لمعاقبة مجرمي الحرب الذين يرتكبون جرائم إبادة الجنس البشري⁽¹⁾.

ونستنتج من ذلك أنه يحق للدولة التي ارتكبت الجرائم على أرضها تتولى مهمة معاقبة مجرمي من قبل محاكمها الوطنية، أو لجان خاصة بذلك، أو محاكم دولية تتفق الدول المنتصرة على إنشائها، كما جرى ذلك في الحرب العالمية الثانية عندما سُكّلت محكمتا (نورمبرج) و(طوكيو) لمحاكمة مجرمي الحرب. غير أنّ التطورات الدولية المعاصرة أدت إلى عقد معاهدة روما سنة 1998م والتي بموجبها تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مجرمي الحرب.

وبما لا يدع مجالاً للشك إن القواعد الدولية الحديثة وقانون الحرب والنزاعات المسلحة الحالية تحرم اللجوء إلى القوة المسلحة في العلاقات الدولية،

¹ المادة 129 من اتفاقية جنيف لعام 1959م الخاصة بحماية أسرى الحرب، والمادة 49 من اتفاقية تحسين حال الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة في الميدان، والمادة 50 من اتفاقية جنيف بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى بالقوات المسلحة في البحار، والمادة 146 من اتفاقية جنيف الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب سنة 1949م.

كما فرضت العديد من الالتزامات التي يجب على الدول عدم مخالفتها عند نشوب الحروب بين الدول، إلا أن الرغبة في الانتصار من قبيل الدول المتحاربة والرغبة في اضعاف قوة الطرف الآخر تلجأ بعض الدول عمداً أو اضراً لمخالفة قوانين وأعراف الحرب لتحقيق كسب عسكري، لذا كان لابد من ايجاد نظام يحدد مسؤولية الطرف الذي يلجأ إلى اقتراح هذه المخالفات وذلك للحفاظ على حقوق الإنسان ابان النزاعات المسلحة. يتبين من ذلك أن أساس المسؤولية في الحروب هو مخالفة قاعدة من قواعد الحرب الواجبة الاتباع، مثل شن حروب عدوانية، وتدمير ممتلكات رعايا العدو والأعيان المدنية من غير ضرورة عسكرية، أو اتيان الأفعال التي حددتها الاتفاقيات الدولية للقانون الدولي الإنساني ومبادئ المحاكمات الدولية بأنها جرائم حرب⁽¹⁾. تجدر الإشارة إلى أن اتفاقيات جنيف الأربعة سنة 1949م أوردت مجموعة من الأفعال التي تعتبر جرائم منها: القتل العمد، التعذيب، المعاملة غيرالإنسانية، تخريب الأموال والاستيلاء عليها، ابعاد الأشخاص ونقلهم من أماكن تواجدهم بصورة غير مشروعة، جعل السكان المدنيين هدفا للهجوم، الهجوم العشوائي الذي يصيب المدنيين والمناطق المدنية، الهجوم على المنشآت الهندسية التي تحتوي على قوة خطيرة، وكذلك الهجوم على الأشخاص العاجزين عن القتال⁽²⁾.

تشكل الحروب العدوانية جريمة ضد السلام الذي تترتب عنه مسؤولية بموجب القانون الدولي، فعلى كل دولة واجب بأن تمتنع عن التهديد أو استعمال القوة لانتهاك الحدود الدولية القائمة لدولة أخرى، أو التهديد، استعمال القوة كوسيلة لحل النزاعات الدولية بما في ذلك النزاعات الإقليمية المتعلقة بحدود

¹ - شهاب سليمان عبد الله، القانون الدولي العام، ط1، مكتبة المتنبى، الرياض، 2016م، ص ص 229-230.

² - المواد 50 و53 من الاتفاقية الأولى. والمواد 44 و51 من الاتفاقية الثانية. والمادة 3 من الاتفاقية الثالثة. والمادة 147 من الاتفاقية الرابعة، والبروتوكولان الاضافيان

الدول⁽¹⁾، استعمال القوة ممنوع بموجب القانون الدولي ويطلب ميثاق الأمم المتحدة الدول الأعضاء بتسوية النزاعات التي تنشأ بينها بالوسائل السلمية والامتناع في علاقاتها الدولية مع بعضها البعض من استعمال القوة أو التهديد بها، ولقد اعتبرت مفوضية القانون الدولي التابع للأمم المتحدة الانتهاك الخطير للالتزام دولي يتعلق بالمحافظة على السلام والأمن الدوليين اعتبرته بمثابة جريمة دولية⁽²⁾، كما يطلب الميثاق من كل الدول الأعضاء في المنظمة أن تسوي نزاعاتها الدولية بالطرق السلمية على وجه لا يعرض السلام والأمن الدوليين والعدالة للخطر⁽³⁾. نستنتج من ذلك أن الهدف الأساسي للأمم المتحدة هو المحافظة على السلام والأمن الدوليين، وتحقيقاً لذلك نص الميثاق على أن تتخذ المنظمة التدابير الجماعية الفعالة للمحافظة وإزالة كل التهديدات للسلام ومناهضة أعمال العدوان، أو أي انتهاكات أخرى للسلام وأن ترسي عن طريق الوسائل السلمية ووفقاً لمبادئ العدالة والقانون الدولي لتسوية المنازعات الدولية أو الحالات التي قد تؤدي لانتهاك السلام⁽⁴⁾.

وقدمت لجنة التحقيق الدولية المستقلة بشأن أوكرانيا تقريراً مكتوباً مفصلاً إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بيّنت فيها أن هناك أسباباً معقولة تدعو لاستنتاج ارتكاب مجموعة من جرائم الحرب وانتهاكات حقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني في أوكرانيا، بالنظر إلى خطورة الانتهاكات التي تم تحديدها،

¹ - البخاري عبد الله الجعلي، القانون الدولي العام وفقاً للفقهاء والسوابق والتشريع، ط12، مركز

البروفيسور البخاري للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، 2011م، ص281.

² - البخاري عبد الله الجعلي، القانون الدولي العام وفقاً للفقهاء والسوابق والتشريع، المرجع نفسه، ص275.

³ - المادة 3/2 من ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945م.

⁴ - البخاري عبد الله الجعلي، القانون الدولي العام وفقاً للفقهاء والسوابق والتشريع، مرجع سابق، ص280.

وتدعو بأن هناك حاجة لا ريب فيها للمساءلة، كما أن تأثير هذه الانتهاكات على السكان المدنيين في أوكرانيا هائل منها خسائر في الأرواح بالآلاف، وتدمير البنية التحتية، ووثقت اللجنة عدة هجمات من قبل القوات المسلحة الروسية استخدمت فيها أسلحة متفجرة بشكل عشوائي في مناطق مأهولة بالسكان. وفي ذات السياق وجدت اللجنة أن القوات المسلحة الروسية هاجمت مدنيين كانوا يحاولون الفرار، وبحسب التقرير فإن القوات المسلحة الروسية مسؤولة عن الغالبية العظمى من الانتهاكات، بما في ذلك جرائم الحرب. فضلاً عن ذلك وثقت اللجنة أنماط الإعدام بإجراءات موجزة، والحبس غير القانوني، والتعذيب، وسوء المعاملة، والاعتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسي المرتكبة في المناطق التي تحتلها القوات المسلحة الروسية في المناطق الأربع التي ركزت عليها. حيث تم اعتقال أشخاص، وتم ترحيل بعضهم بشكل غير قانوني إلى الاتحاد الروسي، ولا يزال العديد منهم في عداد المفقودين، كما أثر العنف الجنسي على الضحايا من جميع الأعمار وأجبر أفراد الأسرة، بمن فيهم الأطفال، في بعض الأحيان على مشاهدة الجرائم، ولا تزال هذه الانتهاكات تخلف أثراً مدمراً على المدنيين، ومن الجدير بالذكر أن بعض الضحايا شددوا على الدور الأساسي للعدالة والمساءلة، وفي هذا الصدد، توصي اللجنة بتعزيز تنسيق جهود المساءلة الدولية والوطنية لتحسين الفعالية ومنع إلحاق الأذى بالضحايا والشهود. وبناءً على ذلك ستسعى اللجنة بما يتفق مع ولايتها إلى المساهمة في تحديد المسؤولين عن تلك الجرائم⁽¹⁾.

¹ - تقرير اللجنة تحقيق دولية يدعو إلى المساءلة عن جرائم الحرب وانتهاكات حقوق الإنسان التي ارتكبت في أوكرانيا <https://news.un.org/ar/story/2022/10/1114197> تاريخ النشر 18 تشرين الأول/أكتوبر 2022

واستخلاصاً لما سبق نجد أن روسيا مسؤولة دولياً عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني منذ نشوب الحرب وذلك لمخالفتها للعديد من المبادئ، والقواعد والاتفاقيات الدولية التي تمنع مثل هذه الخروقات، منها مبدأ حظر استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، ومبدأ الاحترام المتبادل، ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية، فضلاً عن اتفاقيات القانون الدولي الإنساني المطبقة في النزاعات المسلحة الدولية.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الحمد لله الذي وفقني لإكمال هذه الدراسة والتي جاءت بعنوان المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية (النزاع الروسي الأوكراني انموذجاً)، وبما لا يدع مجالات للشك فإن للنزاعات المسلحة الدولية آثار بالغة على المجتمع الدولي بصفة عامة، ويحدث النزاع المسلح الدولي عندما تلجأ دولتان أو أكثر إلى القوة، وفي هذا السياق أظهرت التقارير الدولية عن النزاع الروسي الأوكراني إلى أن هناك مخالفات من قبل القوات الروسية لقواعد القانون الدولي التي تحكم سير العمليات العدائية والتي تهدف إلى حماية فئات من الناس بمجرد نشوب النزاع المسلح، وعليه فإن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني يشكل جريمة دولية، أو يعد من قبيل الانتهاكات الجسيمة التي يستوجب المساءلة، ولا يمكن أن يفلت مرتبها من العقاب مهما طاللت المدة، وقد خلصت الدراسة إلى بلورة عدد من النتائج، كما بدا لنا عدد من التوصيات على النحو التالي:

أولاً : النتائج

1. نتج عن الحرب الروسي الأوكراني آثار وخيمة في حق المدنيين العزل خاصة النساء والأطفال المحميين بموجب القانون الدولي الإنساني المتمثلة في القتل والتشريد والتعذيب والمعاملة اللا إنسانية.
2. استعمال وسائل القتال من أسلحة متفجرة، والقنابل، والقصف المدفعي للطائرات والآليات العسكرية أثر على البيئة الطبيعية في المناطق التي تدور فيها الحرب.
3. إن روسيا قد خالفت التزاماتها الدولية وانتهكت مبادئ القانون الدولي العام خاصة مبدأ حظر استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية، كما انتهكت قواعد القانون الدولي الإنساني المنظمة للحروب الدولية.

4. إن اللجنة الدولية للصليب الأحمر قلق إزاء القتال الدائر في أوكرانيا والمخاطر الجسيمة التي يتعرض لها المدنيون، لا سيما في المدن والمناطق المأهولة الأخرى، حيث عملت على حث أطراف النزاع على الالتزام بقواعد وعادات الحرب وتجنب إيذاء المدنيين وكل المحميين بموجب القانون الدولي الإنساني.

5. إن روسيا مسؤولة دولياً عن الجرائم التي ارتكبت بالمخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني في حربها على أوكرانيا، ولا يمكنها أن تدفع مسؤوليتها هذه، إذ لا يتوفر أي مانع من موانع المسؤولية الدولية.

ثانياً : التوصيات

1. ضرورة محاكمة المسؤولين الروس بما فيهم الرئيس بوتن عن الجرائم التي ارتكبت في أوكرانيا بحق المدنيين العزل المحميين بموجب قواعد القانون الدولي الإنساني.

2. ضرورة تنظيف الأماكن التي دارت فيها الحرب ونزع الألغام الأرضية سواء المضادة للأفراد أو لوسائل النقل، وإعادة اعمار ما افسد الحرب من مباني وغيرها، حتى يتمكن الفارين بعد العودة أن يعيشوا في أمان.

3. ضرورة إيجاد نوع من التنسيق والتعاون بين الجهود الدولية والجهود الإقليمية لمعالجة الأزمة الروسية الأوكرانية حفاظاً على الأمن والسلام الدوليين.

4. ضرورة تفعيل المبادئ والاتفاقيات الدولية التي تمنع العدوان وتعاقب على الجرائم التي ترتكب بالمخالفة للقانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية من أجل توفير حماية أكثر فاعلية للمحميين بموجب القانون الدولي الإنساني.

6. على المحكمة الجنائية الدولية ممارسة اختصاصها وذلك بمباشرة التحقيق في الجرائم التي وقعت في أوكرانيا على اعتبارها أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي التي تدخل في اختصاصها.

5. أخيراً نوصي الباحثين والكتاب بإجراء المزيد من الأبحاث والدراسات وخروج برؤى وأفكار حول امكانية محاكمة المسؤولين الروس عن الجرائم الدولية التي ارتكبوها في أوكرانيا حتى يشعر المجتمع الدولي بوجود عدالة دولية فوق الجميع.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: كتب القانون وشروحه

1. أحمد مصباح عيسي ، حقوق الانسان في العالم المعاصر ، ط (1) دار الرواد طرابلس.
2. أسامة عرفات، القانون الدولي العام، دار الإجابة، الرياض، 2017م.
3. أحمد سرحال، قانون العلاقات الدولية، ط2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1993م.
4. أحمد محمد رفعت، القانون الدولي العام، مكتبة علاء الدين، الإسكندرية، 2001م.
5. أحمد اشراقية، ورقة بحثية: تصنيف النزاعات المسلحة بين كفاية النص والحاجة إلي التعديل، قدم في مؤتمر، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، بيروت، 2016م.
6. أحمد أبو الوفا ، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009م.
7. إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني من كتاب (القانون الدولي الإنساني دليل التطبيق على الصعيد الوطني)، ط1، إعداد نخبة من المختصين والخبراء، تقديم. احمد فتحي سرور، دار المستقبل العربي، القاهرة، 2003م.
8. آرثر نوسيوم، الوجيز في تاريخ القانون الدولي، ترجمة رياض القيسي، مطبعة الفرات، منشورات بيت الحكمة، بغداد، 2002م.

9. البخاري عبد الله الجعلي، القانون الدولي العام وفقا للفقهاء والسوابق والتشريع، ط2، مركز البروفيسور البخاري للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، 2011م
10. بدر الدين عبدالله حسن ، القانون الدولي الإنساني مبادئه وأحكامه ، ط1 ، الخرطوم ، 2007م.
11. تعزيز احترام القانون الدولي الإنساني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط1 ، مصر، 2008م.
12. جابر إبراهيم الراوي، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، جامعة بغداد، 1983م.
13. جيرهارد فان غلان ، القانون بين الامم ، ندخل القانون الدولي العام الجزء الاول ، بيروت 1970م.
14. حازم محمد علمت ، قانون النزاعات المسلحة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008م.
15. حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، ط6، الدار العربية القاهرة ، 1976م.
16. رشاد عارف يوسف السيد، المسؤولية الدولية عن أضرار الحروب العربية والاسرائيلية، دار الفرقان، من دون مكان نشر، 1984م.
17. سامي يس خالد، مجموعة محاضرات في أحكام القانون الدولي الإنساني، ط1، الخرطوم، 2008م.
18. سيد هاشم ، حماية المدنيين في الاراضي المحتلة ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر جنيف
19. شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة شكرالله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت ، 1982م

20. شهاب سليمان عبد الله، القانون الدولي العام، ط1، مكتبة المتنبى، الرياض، 2016م.
21. صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الجديد سنة 1982م، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
22. صلاح عامر، مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة.
23. عمر محمد المحمودي، قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، طرابلس، 1989م.
24. عدنان طه مهدي الدوري و عبد الأمير العكيلي، القانون الدولي العام، ط1، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، 1992م.
25. عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
26. عدنان طه مهدي الدوري و عبد الأمير العكيلي، القانون الدولي العام، ط1، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، 1992م.
27. علي إبراهيم يوسف، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
28. عبد الغني محمود، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
29. عبد الواحد الفار، القانون الدولي العام، مطبعة جامعة أسيوط والكتاب الجامعي 2003م.
30. عبد الواحد محمد الفار، الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث، دراسة قانونية في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الجديد سنة 1982م، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.

31. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام - حقوق الإنسان، (الكتاب الأول، ط1، دار الثقافة، عمان، 1997م).
32. عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997م.
33. عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط1، دار الطباعة الحديثة القاهرة، 1986م.
34. عمر محمد المحمودي، قضايا معاصرة في القانون الدولي العام، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، طرابلس، 1989م.
35. عبد الحق الذهبي، إشكالية تعريف المضايق بين الفقه والقضاء الدوليين، الحوار المتمدن، العدد 1582، سنة 2006م
36. عصام عطية، القانون الدولي العام، ط4، الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة، كلية الحقوق جامعة بغداد، 1987م
37. علي إبراهيم، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
38. غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مطبعة التوفيق، عمان، 1990م.
39. كمال حمّاد ، النزاعات الدولية ، الطبعة الأولى 1998م، الدار الوطنية للدراسات.
40. محمد المجذوب، محاضرات في المنظمات الدولية، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 1983م.
41. محمود سامي جنيّة، القانون الدولي العام، القاهرة، 1938م
42. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ط7، ج2، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995م.
43. محمد سليمان الفرا ، القانون الدولي الإنساني في الشريعة والقانون ، عدد الطبعة والمكان دون.

44. محمود شريف بسيوني، القانون الدولي الإنساني، من دون دار ومكان نشر، 2016م.

45. محمد الفاتح الجزولي، آليات الرقابة الدولية على النزاعات المسلحة، ط1، دار العالمية، للنشر، من دون مكان نشر، 2006م.

46. نديم مزعشيلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، من دون تاريخ نشر.

ثانياً: المقالات المنشورة في المجلات العلمية:

1. أمل يازجي، القانون الدولي الإنساني وقانون النزاعات المسلحة بين النظرية والواقع ، ورقة بحثية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد الأول 2003، دمشق.

ثالثاً: الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقيات جنيف الأربعة سنة 1949م.
2. ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945م.
3. اتفاقية جنيف لعام 1959م الخاصة بحماية أسرى الحرب
4. اتفاقية حظر وانتاج الاسلحة البيولوجية لعام 1972 .
5. البرتوكول الإضافي الأول لعام 1977م.
6. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية سنة 1998م.

رابعاً: المواقع الالكترونية:

1. دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني منشور على الموقع <https://democraticac.de> بتاريخ يوليو 2022م.
2. الناجون من التعذيب والمنظمات غير الحكومية يخطون خطوات عملاقة نحو العدالة 29 نيسان/أبريل 2022 <https://www.ohchr.org>
3. الصليب الأحمر يحث أوكرانيا وروسيا على الاتفاق على إجراء عمليات إجلاء آمنة، 30 مارس 2022 - <https://www.swissinfo.ch> 10:47

4. تقرير للجنة تحقيق دولية يدعو إلى المساءلة عن جرائم الحرب وانتهاكات حقوق الإنسان التي ارتكبت في أوكرانيا
النشر التاريخ <https://news.un.org/ar/story/2022/10/1114197>
18 تشرين الأول/أكتوبر 2022م.

أبحاث المرافعات المدنية والتجارية

الدفع بعدم القبول في نظام المرافعات الشرعية

دكتوراه

هايدي السيد هشام احمد بلتاجي شلبي

عضو هيئة تدريس بكليات الشرق العربي-المملكة العربية السعودية

مقدمة

إذا كان حق اللجوء إلى القضاء من الحقوق العامة التي تكفلها الدولة، فإن ممارسة هذا الحق يجب أن تتم بصورة منظمة. ولما كانت التشريعات الموضوعية هي موطن العدل بمفهومه وفحواه، فإن التشريعات الإجرائية هي الطريق إليه والأداة⁽¹⁾. لذا فإن المنظم السعودي اهتم بتنظيمها وحدد طرق لاقتضاء الحقوق والحصول على الحماية القضائية، وفرض إجراءات شكلية محددة ينبغي على المتقاضين احترامها وذلك بغية تحقيق ضمانات التقاضي الأساسية⁽²⁾ للخصوم، وضمان حسن سير العدالة. وذلك كلة عن طريق الدعوى، فهي الوسيلة الشرعية لاقتضاء كل ذي حق حقه⁽³⁾، إلا أنها موقوفة على رغبة صاحب الحق الموضوعي، فهو وحده صاحب المركز القانوني الذي يُخول له القيام بالإجراءات والمطالبات القضائية؛ من أجل الحصول على حكم قضائي في موضوع الدعوى بهدف حماية الحق أو المركز القانوني المدعى به⁽⁴⁾.

(1) انظر: د. كمال محمد عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء، الطبعة الثالثة، 1995، ص17.

(2) د. عثمان خلك، ضمانات الخصومة القضائية في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، المجلد 14، العدد6، 2021، ص4418

(3) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2021، ص167

(4) د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص321

وإذا كان استعمال الحقوق الإجرائية ليس أمراً متاحاً دائماً ، بحيث لا يجوز استعمالها إلا لمن كان في حاجة لها فتلك الحقوق مرتبطة بالاعتداء على الحقوق والمراكز القانونية ، وبما أن جزاء عدم القبول يفترض استعمال حق إجرائي ، ففي هذا الفرض تستعمل الحقوق الإجرائية والتي تكون موضوعاً لعدم القبول إذا شاب استعمالها عيب يتصل بها ، كعدم وجود شرط من شروط قبولها⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أن نظام المرافعات الشرعية السعودي⁽²⁾ يعتمد أحكاماً ونصوصاً قادرة على معالجة أغلب المسائل الإجرائية . كما أنه تطور

(1) د. إبراهيم أمين النفاوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987، ص735. وفي نفس المعنى انظر د. هايدي البلتاجي، الصفة في الدعوي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2021،

(2) يقصد بنظام المرافعات الشرعية مجموعة من القواعد والأحكام المتعلقة بإجراءات التداوي بين قواعد منضبطة موحدة تحدد لجميع الأشخاص طريقاً واحداً للالتجاء للقضاء . وإجراءات موحدة للإثبات وللفضل في الدعاوى وإصدار الأحكام والتشكي منها، وتنفيذها جبراً بما يحفظ للقضاء مكانته وللخصوم حقوقهم. ونظام المرافعات = الشرعية حكم تقتضيه الشريعة الإسلامية طالما أنه يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية ولا يتعارض مع دليلاً شرعياً تفصيلياً قطعي الثبوت والدلالة . ونظام المرافعات الشرعية السعودي خاص بالحقوق الخاصة في الأموال ، والأنكحة ، وأما الجنابات والحدود والتعزيرات وما يتعلق بها ؛ فلها نظام خاص يسمى " نظام الإجراءات الجزائية " ، ويعد نظام المرافعات الشرعية السعودي هو النظام الأم بالنسبة لغيره ، فما لم ينص عليه من دعاوى جزائية في نظامها يرجع فيه إلى نظام المرافعات . ويتكون نظام المرافعات الشرعية المعدل من أربعة عشر باباً متضمنةً ثنتين وأربعين ومائتي مادة . للمزيد انظر د. عبد الرحمن خالد عايد ، شروط

مع مرور الوقت وأصبح يحتوي على الكثير من الإجراءات التي تهدف إلى تيسير إجراءات التقاضي⁽¹⁾. وذلك لتوفير الوقت والجهد والمال والاقتصاد في الإجراء تجنباً لهدر الإجراءات. والدفع بعدم القبول هو واحد من الدفوع التي أشار إليها نظام المرافعات الشرعية، وعلى الرغم من أهمية هذا الدفع، لم يحظ بدراسات متخصصة رغم أنه يعدّ مثار جدل قانوني عند الفقهاء من حيث معرفته حقيقة طبيعته. فهل يعدّ دفع شكلياً أم موضوعياً أم مختلطاً أم دفع مستقل. وهذا هو الباعث لإجراء بحث عن هذا الدفع في نظام المرافعات الشرعية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في نظام المرافعات أنه يتمتع بأهمية بالغة تظهر في أنه يعتبر الضامن الأساسي لحقوق الأفراد والحصول عليها بطريقة ناجزة وعادلة⁽²⁾، من خلال أطر محددة وواضحة لا يمكن الالتفاف عليها من قبل المخاطبين بها أو القائمين على تنفيذها. ولذلك فإن معرفة الخصوم للطبيعة

الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد 9، 2017، ص 328 وما بعدها. أيضاً انظر د. فؤاد عبد المنعم أحمد، والمستشار الحسين علي غنيم، أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، المكتب العربي الحديث، 2002، ص 11.

(1) د. عثمان خلك، ضمانات الخصومة القضائية في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، المجلد 14، العدد 6، 2021، ص 4418.

(2) انظر: أ. جليل فسطو القواعد العامة للمرافعات المدنية في القانون العربي المقارن، دراسة

مقارنة، دار الثقافة ط 1، بيروت، 1975م، ص 11

الإجرائية لنظام المرافعات، وضرورة احترام الإجراءات الشكلية المفروضة فيه وعدم إهمال أو إغفال أي منها، ضروري لحسن سير الخصومة فهو يهدف إلى توفير الحماية القانونية لحقوقهم الموضوعية الخاصة - متى تعرضت للاعتداء - من الضياع وعدم إهدارها أمام القضاء. ولهذا السبب فرض المنظم السعودي جزاءات إجرائية على عدم احترام أو عدم اتباع أي من الإجراءات الشكلية خلال سير الخصومة القضائية.

_ هذا البحث عبارة عن محاولة لإيجاد دراسة متخصصة في موضوع الدفع بعدم القبول في ظل عدم وضوح شروط قبول الدعوي في نظام المرافعات، وبالتالي الوقوف على ما هي شروط قبول الدعوي، والتفرقة بينها وبين شروط صحة الاجراء.

- التعرف على ما استقر عليه نظام المرافعات الشرعية والقضاء السعودي بخصوص الدفع بعدم القبول وما هي أسبابه وأحكامه الخاصة به، وما هي الطبيعة النظامية لهذا الدفع. وما علاقته بأنواع الدفع الأخرى.

أهداف البحث:

تكمّن أهداف البحث في التعرف على الآتي:

- ما المقصود بالدفع بعدم القبول. وهل يستنفذ ولاية المحكمة أم لا وهل يجوز الحكم الصادر في هذا الدفع حجية الأمر المقضي به.

- هل تعدُّ الأهليةُ شرطاً من شروطِ قبولِ الدعوى وفقاً لما جاءَ بنصِ المادةِ 76 من نظامِ المرافعاتِ الشرعيةِ أم أنها شرطٌ لصحةِ الإجراءِ فقط؟
- ما هي الطبيعة النظامية لهذا الدفع.
- ما هي حالات وصور هذا الدفع في النظام والقضاء.
- ما هو وقت التمسُّك بالدَّفْعِ بِعَدَمِ القبولِ، ومدِّي تَعَلُّقِهِ بِالنِّظامِ العامِ.
- معرفة المصطلحات الأخرى المستخدمة في القضاء السعودي للقضاء بعدم القبول.
- إيضاح مدى التزام المحاكم الشرعيَّة بِذَاتِ المُسمى " عدم القبول " أم يَجْرِي العَمَلُ عَلى خِلافِ المُسمى أو عَلى مُسمى آخر بدلا من عدم القبول.

إشكالية البحث:

وتكمن إشكالية البحث من خلال عدة تساؤلات، هي: ما هي طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى، وهل هو دفع شكلي أم موضوعي أم دفع مستقل ذو طبيعة خاصة. وما هي أسبابه وهل من ضمن أسبابه عدم توافر شرط الأهلية الإجرائية؟

لماذا لم ينص نظام المرافعات الشرعية السعودي على شرط الصفة كأحد أهم شروط قبول الدعوى في نص المادة الثالثة الخاصة بشروط قبول الدعوى، على

الرغم من نصه عليها مرتين في نص المادة 76 وذلك كأحد أسباب الدفع بعدم القبول وحال انتفائها في المدعي عليه.

هل يعد شرط الأهلية شرطاً من ضمن شروط قبول الدعوى وفقاً لما هو منصوص عليه في نظام المرافعات الشرعية، أم هو شرط لصحة الإجراء فقط.

مدى تطبيق القضاء السعودي لنصوص المرافعات الشرعية وهل يستخدم نفس المصطلحات الواردة في النظام في أحكامه أم لا؟ لذلك سنتحدث في هذا البحث عن إشكالات الدفع بعدم القبول في نظام المرافعات السعودي، فنعرض لمفهوم هذا الدفع، وطبيعته، وحالاته، وأحكامه، لذا سوف نعرض لهذا البحث من خلال النقاط الآتية:

- ماهية الدفع بعدم القبول.
- مفهوم الدفع بعدم القبول.
- الحكمة من الدفع بعدم القبول.
- الطبيعة النظامية للدفع بعدم القبول.
- حالات وصور الدفع بعدم القبول في نظام المرافعات الشرعية والقضاء السعودي .
- الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول.
- مدى تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام.
- مدى استنفاد الحكم الصادر في الدفع لولاية محكمة أول درجة.
- حجية الحكم الصادر في هذا الدفع.

• ماهية الدفع بعدم القبول:

الدفع⁽¹⁾، هو الإتيانُ بدعوى من قبل المدعى عليه تدفعُ دعوى المدعى⁽²⁾ ، أو كلُّ ما يجيب به المدعى عليه عن الدعوى، ويؤسَّس عليه طلب الحكم بعدم قبولها⁽³⁾. ويطلق مصطلح الدفع "Les exceptions" بمعناه العام على كلِّ وسائل الدفاع "Moyens des défenses" التي تمكِّن الخصم من الردِّ على دعوى خصمه؛ ليتجنَّب الحكم لخصمه بما يدعيه⁽⁴⁾.

والدفع في نظام المرافعات يُطلق على الوسائل التي يلجأ لها الخصم ويطعن بموجبها في صحة إجراءات الخصومة وشكلها، دون التعرُّض لأصل الحق. وهذه الدفع تُعرف بالدفع الشكلية "دفع إجرائية" ، أمَّا الدفع المتصلة بأصل الحق المتنازع عليه، أي التي تُوجَّه إلى الحق المدعى به، فهي تُعرف

(1) الدفع يأتي بمعنى رد الشيء فتقول: دفعت القول أي رددته بالحجة، ودفعت الوديعة إلي صاحبها رددتها إليه. للمزيد انظر تفصيلاً القاضي. عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي، ج1، دار بن فرحون، 1433هـ/2012، ص33

(2) انظر: المادة (1631) من مجلة الاحكام العدلية ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام (4-185)

(3) د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص13.

(4) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص11.

بالدفع الموضوعية⁽¹⁾، ويطلق عليها في النظام السعودي "دفع الدعوي". وأمّا وسائل الدفاع التي يُنكر بها الخصم سلطة خصمه في مباشرة دعواه، كأنّ يدفع مثلاً بانتفاء مصلحة الخصم، أو سبق صدور حكم في الموضوع، فتُعرف هذه بالدفع بعدم القبول، كما يطلق عليها في النظام "دفع الخصومة".

ويتبين من ذلك أنّ الدفع في نظام المرافعات الشرعية هي إمّا دفعٌ شكليٌّ أو إجرائيٌّ. "procédure" de "Exception" ودفعٌ موضوعيٌّ وهو ما يطلق عليه دفع الدعوي "défense au foud" ودفعٌ بعدم القبول وهو ما يسمى بدفع الخصومة "Fins de non recevoir"، وهذا الدفع هو محور البحث؛ وللحديث عن هذا الدفع نعرض للنقاط الآتية:

(1) الإشارة السابقة، ص12.

مفهوم الدفع بعدم القبول "دفع الخصومة"⁽¹⁾:

الدفع بعدم القبول "Les fin de non recevoir" هو وسيلة دفاع تمكن المتقاضى من أن يعارض في طلب الخصم دون منازعة في اصل الحق المدعى

(1) حيث ذهب جانب من الفقه في نظام المرافعات الشرعية السعودي لتقسيم الدفوع إلى ثلاث أنواع من حيث موضوعها الأول: "دفع الدعوى" وهو ما يسمى بالدفع الموضوعي . وهو الدفع الخاص بموضوع الدعوى والموجه إلى أصل الحق المدعى به. وهذا الحكم يجوز على حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديد النزاع كما أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يستأنف وتفصل فيه محكمة الاستئناف. ومثاله: أن يدعي شخص على آخر أنه أقرضه مائة ألف ريال، فيقر المدعي عليه بذلك ويدفع بأنه سده للمدعي أو أنه أبرئه منها. والنوع الثاني وهو الدفع الإجرائي وهو ما يسمى بالدفع الشكلي وهو يثار قبل التكلم في الموضوع أي قبل بدء النزاع وإلا سقط الحق في الإدلاء بها. أوجب المنظم إبداء جميع الدفوع الشكلية معا وقبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منه ما لم يتصل بالنظام العام. والمحكمة تفصل في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع. إذ إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع. وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة القائمة ومن ثم يجوز تجديد الخصومة مع مراعاة الإجراءات الصحيحة. وولاية المحكمة الاستئنافية تقتصر على مجرد إعادة النظر في الدفع الشكلي، ولا يجوز لها أن تفصل في الموضوع إن هي ألغت الحكم المستأنف، بل يتعين عليها إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل في موضوعها. والنوع الثالث وهو "دفع الخصومة" وهو ما يعرف بالدفع بعدم القبول الذي هو محور البحث. للمزيد انظر تفصيلا: القاضي. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي، ج1، مرجع سابق، ص353 وما بعدها. كذلك د. أحمد صدقي محمود، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية، 2020. ص 100

وما بعدها

به ، كما انه قول يأتي به المدعي عليه لمواجهة دعوي المدعي⁽¹⁾. فهو دفع لا يُوجَّهُ إلى إجراءات الخصومة أو موضوعها، بل إلى حق المدعي في رفع الدعوى⁽²⁾، أي إنه يُوجَّهُ إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف إنكار حق طالبيها⁽³⁾، وهذا الدفع يريد به عدم سماع الدعوي لانتفاء شرط من شروط قبولها . وبالاطلاع على كتب الفقهاء في نظام المرافعات الشرعية يتبين أن هناك شروطاً لسماع الدعوي وقبولها يترتب على انتفاء أحد منها عدم سماع الدعوي. وذلك هو المصطلح الأكثر شيوعاً في نظام المرافعات الشرعية، وأطلقوا عليه أيضاً " دفع الخصومة " ويعدُّ عدم سماع الدعوي من قبيل دفع عدم القبول.

ومن الملاحظ استخدام الفقهاء لمصطلح عدم القبول عند تخلف شرط من شروط قبول الدعوي. وقد ذكر الفقهاء هذا الدفع بسمى آخر وهو : عدم سماع الدعوي ، وهو المسمى الأكثر شيوعاً في كتب الفقه السعودي ، فإذا ما ذكر عدم القبول ؛ فإنه يعني عدم السماع ، وإن ذكر عدم سماع الدعوي يعني عدم قبولها ؛ كونهم اشترطوا شروطاً لسماع الدعوي وقبولها ، فإن تخلف شرط منها ترتب على ذلك جزاء عدم قبول الدعوي أي عدم سماعها ، ومن ذلك قولهم: ١ -

(1) القاضي عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي،

ج1، مرجع سابق، ص33

(2) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، 1978، ص573؛ د. أحمد هندي،

قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص263.

(3) د. نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981،

ص135 وما بعدها.

لو قال: لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة⁽¹⁾ . ٢- لو قال: أظن أن لي عليه ألفا لا تسمع الدعوى كونها غير محققة. ولتعذر الحكم بالمجهول⁽²⁾ . ٣- " وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على ما لا يصح إقراره، فلا تسمع على السفية. وقد ذكر الفقهاء هذا الدفع أيضا بمسمى آخر وهو: دفع الخصومة عن المدعى عليه دون التعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه⁽³⁾ ومثاله: أن يدفع المدعى عليه الخصومة عن نفسه بأن يده ليست يد خصومة، وإنما يد حفظ ونحو ذلك⁽⁴⁾ فالمدعى عليه دفع الخصومة عن نفسه؛ كونه ليس ذا صفة، لأنه ممن لا يصح إقراره ولا يترتب عليه حكم، وعليه فليس للحاكم ان يسمع الدعوى علي من لا يصح اقراره .

فهذا الدفع يرمي لإنكار سلطة المدعي في مباشرة دعواه، وما إذا كان من الممكن مباشرة دعواه أم أنّ شرط مباشرتها غير موجود بسبب عدم توافر شرط من الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى، كتخلف شرط المصلحة أو

(1) د. إبراهيم بن علي ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام تحقيق جمال مرعشلي ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، طبعة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م)، ج ١ ، ص ١٠٨

(2) المرجع السابق، ج ١، ص ١١٠

(3) د. محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون، من منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية والمقدسات، 1972 ص ٥٨٨.

(4) د.محمد علاء الدين أفندي ابن عابدين ، حاشية قرّة عيون الأخيار، ج ١١ ، ص ٦٦٤ . ، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم : البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ج7،ص228

الصفة (1). فهو وسيلةٌ يتوجَّه بها المدعى عليه إلى حقِّ المدعي في رفع الدعوى، وبالتالي لسلطة المحكمة في نظرها(2)، مثل التمسُّك بانتفاء الصفة أو المصلحة (3) فعند تخلُّف شرطٍ من هذه الشروط، يجوز للخصم الآخر أن يتمسَّك بعدم قبول الطلب أو الطعن أو الدفع(4)، وذلك يؤكِّد على أن الدفع بعدم القبول ما هو إلا وسيلةٌ تهدف إلى عدم قبول الطلب دون التعرُّض لموضوع الدعوى (5). وإذا قضت المحكمة بعدم القبول، فلا تكون تعرَّضت لأصل الحقِّ ولا مسَّت شكل الدعوى(6). فهو جزءٌ إجرائيٌّ وقائيٌّ لمواجهة التعسُّف في استعمال الدعوى، فهو لا يمسُّ حق الدعوى، حيث يظلُّ لصاحب الحقِّ في الدعوى أن يُعاود مرة أخرى لاستعمال هذا الحق(7).

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص19؛ د. أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج2، ط 13، طبعة نادي القضاة، 2016، ص1097

(2) د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص549.

(3) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي، دار النهضة العربية، 2015، ص678 وما بعدها.

(4) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2017، ص100. د. أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1996، ص325.

(5) J.vincent, S.Guinchard, procédure civile,op.cit, 1981 p 73 n° 46.

(6) د. نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981، ص135.

(7) د. أحمد محمد أحمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1986، ص177.

والدفع بعدم القبول لكي يُحقق هدفه يفترض أن يبدي قبل التكلّم في الموضوع؛ لأنه قد يريح المحكمة من التعرض لموضوع الدعوى، إذا ما تَمَّت الإجابة على هذا الدفع، وبالتالي عدم قبول الدعوى وتجنّب مناقشة موضوع الدعوى. فهو قول يأتي به المدعي عليه رداً علي الدعوى ليدفع به الخصومة بما يردّها عنه دون المساس بموضوع الدعوى سواء بتصديق أو بتكذيب (1)

وفي هذا الصدد نص المنظم السعودي في نظام المرافعات الشرعية في المادة الثالثة على أن "1- لا يقبل اي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .2- ان ظهر للمحكمة أن الدعوى صورية أو كيدية وجب عليها رفضها، ولها الحكم على من يثبت عليه ذلك بتعزير."

يتضح من نص المادة الثالثة في الفقرة الأولى منها من نظام المرافعات الشرعية، أن المنظم نص علي شرط المصلحة صراحة كشرط لقبول الدعاوي والدفع فهي شرط ابتداء واستمرار وبقاء. واشترط في شرط المصلحة عدة أوصاف منها أن تكون قائمة ومشروعة، واستثنى بعض الدعاوي واكتفي فيها بالمصلحة المحتملة⁽²⁾. ولكن يثار تساؤل حول شرط الصفة، لماذا لم ينص على

(1) القاضي .عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات

السعودي، ج1، مرجع سابق، ص354

(2) للمزيد حول شرط المصلحة انظر تفصيلا د. عبد الرحمن خالد عايد ، شروط الدعوى في نظام المرافعات الشرعية =السعودي ، دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور بجامعة الإمام

هذا الشرط كشرط أساسي لقبول الدعوى بجانب شرط المصلحة، وهل عدم النص علي شرط الصفة مقصود على أساس أنه شرط بديهي لقبول الدعوى أم نستخلص من نص المادة الثالثة أن شرط المصلحة بأوصافها فقط هو الشرط الوحيد لقبول الدعوى.

وإذا كانت المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى فلماذا نص المنظم السعودي علي الصفة في نص المادة 76⁽¹⁾ كسبب من أسباب الدفع بعدم قبول الدعوى، وذكرت مرتان الأولى حال انتفاء صفة المدعي، والثانية بخصوص انتفاء صفة المدعي عليه؟

وإذا كان عدم ذكرها مقصودا لأنها شرط بديهي لقبول الدعوى. فلماذا نص على شرط المصلحة صراحة؟ فمن باب أولى يسري ذلك على شرط المصلحة أيضا لأنها تعد شرطا أولى وبديهيًا لقبول أي دعوى، بل قد تكون الصفة أحيانا

محمد بن سعود الإسلامية - الجمعية العلمية القضائية السعودية، العدد 9، 2017، ص 345 وما بعدها . وكذلك د. محمود الحسيني، المصلحة كأساس للدعاء المدني، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2022، ص 33 وما بعدها.

(1) حيث تنص المادة السادسة والسبعون من نظام المرافعات الشرعية علي ان :1- "الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها؛ يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها. 2- إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لعب في صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت نظر الدعوى لتبليغ ذي الصفة."

الشرط الأول والأهم في قبول أي دعوى لأن شرط الصفة هو الشرط الذي يبحث فيه أولاً قبل البحث في شرط المصلحة

إذ إن الصفة تبحث في البداية وما إذا كان هل لأطراف الدعوي صفة في رفعها إم لا؟ أما شرط المصلحة فهو قد يخضع لتقدير مستقبلي، إذ قد يتبين بعد ذلك على الرغم من وجود صفة إلا أن شرط المصلحة بعد البحث غير متوافر، ويحكم في هذه الحالة بعدم قبول الدعوي لانتفاء المصلحة

فشرط الصفة أما أن يكون متوافراً فتقبل الدعوي، وإما أن يكون غير متوافر فلا تقبل الدعوي فهو شرط حتمي بخلاف شرط المصلحة التي قد تكون محتملة في بعض الدعاوى.

ويتفق كل من الفقه والنظام على ضرورة توافر شرط المصلحة لقبول أي دعوى أو دفع أو طعن.

ولم يذكر النظام شرط الصفة في المادة الثالثة، وعلى الرغم من ذلك اتفق الفقهاء على مضمونة باعتباره من جملة الشروط اللازم توافرها لقبول الدعوى ويتبين أن هذا الخلاف لفظي فقط، أما من ناحية المضمون فلا اختلاف بينهم.

ويتبين اشتراط الصفة في الدعوى من المادة الثالثة أيضاً؛ حيث جاء فيها "لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة ... إلخ. فقله: " **لصاحبه**" تعني أنه صاحب صفة في الدعوى⁽¹⁾.

(1) للمزيد انظر د. عبدالرحمن خالد عايد ، شروط الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي : دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية -

لذا تقترح الدراسة ضرورة إضافة شرط الصفة في نص المادة الثالثة من نظام المرافعات السعودي بجانب شرط المصلحة ليصبح نص المادة كالآتي: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه صفة ومصلحة قائمة مشروعة"

وتعني المصلحة في الدعوى التي تصلح كشرط لقبول الدعوى في الفقه الإسلامي والنظام أنها: الحاجة إلى الحماية القضائية التي قد تجلب لصاحبها نفعاً معتبراً أو تدفع عنه ضرر حال أو محقق. بينما القانون اختلف شراحه حول مفهوم المصلحة تبعاً لتنوع استعمالاتها المختلفة. فمنهم من يخلط بين المصلحة في الدعوى والمصلحة الموضوعية؛ لأنه يعد الدعوى عنصر من عناصر الحق؛ والتي تتمثل في الحماية القانونية، ويترتب على ذلك أن الدفع بعدم القبول دفع موضوعي. ومنهم من يميز بين المصلحة في الدعوى والمصلحة الموضوعية والمصلحة في الإجراء؛ وجعل الحق الموضوعي شرطاً في نشوء الحق في الدعوى. ويترتب على ذلك تقسيمه للدفع بعدم القبول إلى قسمين: الأول: دفع بعدم القبول الموضوعي. والثاني: دفع بعدم القبول الإجرائي. والرأي الراجح في الفقه القانوني الحديث أن المصلحة التي تصلح كشرط لقبول الدعوى هي: الحاجة إلى طلب الحماية القضائية التي قد تعود بالفائدة على المدعي فيما لو حكم له، وهذا الرأي يتطابق مع الفقه الإسلامي والنظام.

وتتعدد شروط قبول الدعوى في الفقه الإسلامي، والنظام يردُّ شروط قبول الدعوى إلى شرط المصلحة وأوصافها؛ بالإضافة إلى شرط الأهلية حيث تعتبر

الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوى في الفقه الإسلامي، وفي حال تخلف هذا الشرط لا تسمع الدعوى ولا تقبل. ونظام المرافعات الشرعية اقتدى بالفقه الإسلامي في ذلك وفقاً لنص المادة (76) باعتباره من النظام العام، ويجب التمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى. بينما الرأي الراجح عند فقهاء القانون والقضاء المصري أن الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى، وإنما شرط لصحة إجراءات الخصومة. ووسيلة التمسك بعدم توافرها هي: الدفع ببطلان الإجراء وليس الدفع بعدم قبول الدعوى.

فجزاء البطلان يواجه مسألة صحة الطلب القضائي، أما جزاء عدم القبول يواجه مسألة توافر أو عدم توافر الشروط اللازمة لقبول الطلب القضائي؛ بهدف النظر فيما بعد في مسألة منح الحماية القضائية للمدعي، لذلك فعدم القبول هو: وصف أو تكييف قانوني لطلب مقدم إلى المحكمة، يؤدي إلى امتناع المحكمة عن النظر في الادعاء الذي يتضمنه الطلب؛ لتخلف شرط من الشروط اللازمة لقبول الدعوى. أما البطلان: فهو تكييف قانوني لعمل إجرائي في الخصومة تم اتخاذه بطريقة مخالفة لنموذج القانوني بما يؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون إذا كان كاملاً⁽¹⁾. ومابعدا ونتيجة لذلك فالدفع بعدم القبول يعتبر واحد من الجزاءات التي يعرفها نظام المرافعات. فهو يواجه مسألة قبول أو عدم قبول الدعوى، وبالتالي يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية أو عدم أحقيته في الحصول عليها⁽²⁾.

(1) د. فتحي والي، نظرية البطلان، دار النهضة العربية، 1997، ص 8

(2) د. نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 146

وسواء كان الجزاء البطلان أو عدم القبول، فهي أوصاف أو تكييفات قانونية لأعمال إجرائية معينة. لذلك فكل ذلك يعد تكييفاً قانونياً، أما الجزاء فهو نتيجة الوصف القانوني: فعدم القبول، يترتب عليه امتناع المحكمة عن قبول الدعوى وهذا هو الجزاء. أما بطلان العمل الإجرائي، يترتب عليه عدم إنتاجيته العمل لآثاره التي كان من الممكن أن ينتجها لو كان صحيحاً وذلك هو الجزاء.

الحكمة من الدفع بعدم القبول:

من المسلم به أن للخصومة القضائية أدوات⁽¹⁾، هما: الدعوى والدفع⁽¹⁾،

⁽¹⁾ كما يختلف الدفع عن الدفاع: بأن وسائل الدفاع أعم وأشمل من الدفع، حيث تُطلق وسائل الدفاع على الدفوع من ناحية، وأوجه الدفع من ناحية أخرى، ويدخل ذلك كله في إطار حقوق الدفاع، فالدفع هو رد الفعل التي يتخذها الخصم في مواجهة خصمه، و تنقسم الدفوع لثلاثة أنواع: الأول يتوجّه به إلى حق المدعين؛ أي لحقّ الخصم في رفع ادّعائه أمام القضاء، ومن ثمّ لسلطة القضاء في نظر هذا الادّعاء، ويُسمّى بالدفع بعدم القبول " دفع الخصومة"، والثاني وهو الدفع الإجرائي أو الشكلي ويتوجّه الخصم به إلى إجراءات الدعوى. والثالث يتوجّه لأصل الحق الموضوعي، ويُسمّى دفعاً موضوعياً أو دفع الدعوى. أمّا أوجه الدفاع وهي الشق الثاني من وسائل الدفاع، فيُقصد بها عمليات الاستنباط العقلي والمنطقي التي يتخذها كل خصم في مواجهة ما يدلي به خصمه من أقوال أو أفعال. فهذا هو وسيلة دفاع عقلية ومنطقية. للمزيد انظر: د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص465.

وقد تضمن نظام المرافعات الشرعية الجديد العديد من المواد التي تدل على الأخذ بهذا المبدأ، لا سيما في مواد الباب الخامس المتعلق بإجراءات الجلسات ونظامها، ومواد الباب السادس حول الدفوع والإدخال والتدخل والطلبات العارضة، وكذلك بعض مواد الباب التاسع المتعلقة بإجراءات الإثبات ووسائله، إضافة إلى ما نصت عليه المادة (١٦٥) وما

بعدها من مواد في إعطاء حق الاعتراض على الحكم ، وما يتعلق به من طلب تصحيح الأحكام والتماس إعادة النظر وغيرها من الصور التي تؤكد التزام النظام القضائي السعودي بالمبادئ القضائية الشرعية التي تهدف الى الفصل الخصومات وإيصال الحقوق الى ذويها بطرق منصفة وعادلة .

أما نظام قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم فقد نص في المادة (١٩) على أن "يحضر المتهم جلسات المحاكمة بنفسه في الدعاوى الجزائية، فإذا أبلغ ولم يحضر أعيد طلب حضوره لجلسة أخرى، فإن تخلف بعد ذلك عن الحضور جاز للدائرة أن تحكم في الدعوى غيابياً أو أن تأمر بإحضاره إلى جلسة تحدها، فإن تعذر إحضاره حكمت في الدعوى غيابياً، ونص في المادة نفسها على أن له حق الدفاع عن نفسه كتابة أو مشافهة وله أن يستعين بمحام". كذلك اعطي هذا النظام للمحكوم عليه حق الاعتراض على الحكم والطعن فيه. للمزيد انظر المواد 34 وما بعدها من نظام المرافعات امام ديوان المظالم. وحرية الدفاع في القضاء السعودي تحقق جميع الصور التي وردت في القضاء الإسلامي بخصوص حرية الدفاع والمناقشة ولا غرابة في ذلك، فالقضاء السعودي قضاء شرعي إسلامي. وقد تضمنت الأنظمة القضائية الصادرة في المملكة الكثير من المواد التي تدل على اعطاء الحرية لطرفي الدعوى للدفاع والمناقشة والادلاء بما لديهم، دون خوف. ففي مجال ضبط دعوى أطراف النزاع ومن له علاقة بهم، وردت نصوص نظامية بهذا الخصوص. ومن أمثلة ذلك ما تضمنه نظام تركيز مسئوليات القضاء الشرعي الصادر بموجب التصديق العالي رقم ١٠٩ في ١٣٧٢/١/٢٤هـ من مواد تبين اختصاصات كاتب الضبط الذي يعمل مع القاضي وهو ما يعرف باسم الكاتب. وأهم ما تدل عليه هذه المواد ما يلي: - أن للمدعى الحرية التامة في إيراد ما لديه ومناقشته مع القاضي وغير ذلك مما يتعلق بالدعوى، ولا يكتفي القاضي بالسماع، بل يدون ذلك بواسطة كاتبه. =المزيد انظر تفصيلا د. سعد بن محمد بن علي ال ظفير، قواعد المرافعات الشرعية فقها ونظاما، الرياض، 1432/2011هـ، ص 55 وما بعدها.

فالدعوى هي وسيلة المدعي للمطالبة بحقّ، والدفع هو وسيلة المدعى عليه للردّ على عدم صحة ادّعاء المدعي في دعواه. لكن يظلّ هذان الإجراءان يربطهم قاسمٌ مشترك رغم اختلاف الدفع عن الدعوى، وهو حقّ المنظم في تنظيم كليهما، وحدد شروطاً لمن له حقّ استخدام أحد هاتين الوسيلتين، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه. لكن ما يهمننا في هذا البحث هو الحديث عن عدم احترام المدعي لهذه القواعد التنظيمية والإجرائية عند ادّعائه. ووفقاً للسلطة التقديرية للقاضي في عدم جعل المدعى عليه هو الطرف السلبي في الخصومة دائماً؛ لذا فإنّ المنظم قد أقرّ جزاءً عند عدم احترام المدعي لبعض الإجراءات والمواعيد، أطلق عليها المنظم جزاء عدم قبول الدعوى⁽¹⁾.

وهو وسيلة يتمسك بها المدعى عليه ضدّ تعسف المدعي في دعواه؛ إذ إنّ الهدف من الدعوى هو اقتضاء الحقوق وإقامة العدل، فنظام المرافعات يرتبط بالشكل ولا يمس أصل الحق⁽²⁾

لذلك كان حقاً أصيلاً للمدعى عليه الدفع بعدم القبول، كإجراءٍ رادعٍ للردّ على المدعي عند خطئه في طريقة توجيهه طلبه، فإنه من خلال هذا الدفع يصبح المدعي مسلوب السلطة في استعمال الدعوى، إن هو لم يتّبع الإجراء الصحيح الذي رسمه القانون له عند المطالبة القضائية.

(1) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحقّ الإجرائي، النظرية العامة للحقّ الإجرائي، النظرية العامة للحقّ الإجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013. ص 625. وللمزيد انظر تفصيلاً د. هايدي

البلتاجي، الصفة في الدعوى، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها
(2) القاضي عباس زياد السعدي، النافع في قضاء المرافعات المدنية والتجارية، ، بغداد، 2016. ص 4.

لذا نستطيع القول بأنّ الدفع بعدم القبول وسيلة لردع المدعي الذي يفتقر للمواصفات والشروط الإجرائية في المطالبة القضائية، حيث إنه يُوجّه للحماية القضائية المطلوبة بهدف إنكار حقّ طالبا فيها، فالحماية يجب أن تُوفّر للخصم الحريص على دعواه، وليس المستهين بالإجراءات المطلوبة.

طبيعة الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول عاني من أزمة حقيقية حول تكييفه بين بقية الدفوع الموضوعية والشكلية، فطمست ملامحه، وجعلته مسخاً بين الدفوع، وتفاقت تلك الأزمة عندما ساير بعض الفقهاء وأحكام القضاء هذه التفرقة بين ما يُسمّى بالدفع بعدم القبول الموضوعي، والدفع بعدم القبول الشكلي؛ ممّا زاد الأمر صعوبة⁽¹⁾.

وهذه التفرقة لا جدوى من ورائها؛ لأنها تُفقد الدفع بعدم القبول ذاتيته؛ لأنّ الأمر في النهاية سيؤدّي إلى تطبيق قواعد الدفوع الموضوعية أو قواعد الدفوع الشكلية، ومن ثمّ فلا حاجة للقول بوجود طائفة الدفوع بعدم القبول.

ودليل ذلك أنّ الدفع بعدم القبول لا يعدّ تكييفاً للدعوى، وإنما هو تكييف للطلب القضائيّ أو الدفع أو الطعن المقدّم للمحكمة المتضمن رفع الدعوى. فلا يمكن اعتباره من الدفوع الموضوعية؛ لأنه لا يناقش في موضوع الدعوى، ولا من الدفوع الشكلية؛ لأنه لا يقيم عقبة حاسمة في وجه الدعوى. فالدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لنظر الدعوى، وهي

(1) انظر تفصيلاً: د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق،

الصفة والمصلحة⁽¹⁾. فهو دفع لا يوجّه إلى الحق موضوع الدعوى، ولا يعدّ الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى، كالدفع الموضوعي، وهو أيضاً لا يتعلّق بصحة الخصومة أو إجراءاتها كالدفع الشكلي. ومع ذلك سنعرض للآراء حول طبيعة الدفع بعدم القبول، وذلك من خلال النقاط الآتية:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الدفع بعدم القبول دفعا موضوعياً؛

وذلك لأنه يشبه وسائل الدفوع الموضوعية، على أساس أنّ الدعوى تعدّ عنصراً من عناصر الحقّ المراد حمايته، ولذلك فهي توصف بأوصافه وتأخذ حكمه،

ويمكن الردّ على هذا السبب بأنّ الطعن في الحكم الصادر بالدفع بعدم القبول لا يفصل في الموضوع، وبالتالي لا ينقل لمحكمة الطعن سوى مسألة القبول من عدمه⁽²⁾، فمضمون الحكم بعدم القبول هو عدم الفصل في موضوع الدعوى⁽³⁾. وبالتالي لا تستنفذ⁽⁴⁾ المحكمة ولايتها؛ لأنها لم تفصل فيه؛ ويرجع

(1) نقض مدني، الطعن رقم 1180 لسنة 69 ق، جلسة 2000/6/13، مكتب فني 51، رقم الجزء 2، ص 811

(2) ماجد حامد عبد الهادي، الدفع بعدم القبول، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2018، ص 26. سعاد عطية الدعالة، الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 38.

(3) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 2001. ص 504

(4) د. محمود محمد هاشم، استفاد ولاية القاضي المدني في قانون القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1984 المجلد الأول والثاني، ص 35 وما بعدها.

ذلك إلى أن الحق في الدعوى ينشأ عندما يوجد للشخص حق موضوعي يحميه القانون. وإذا كان لحق الدعوى شروط وجودٍ فله شروط صحة أيضاً، وإذا كان الدفع الشكلي يعني تخلف شروط الصحة، كالأهلية أو الاختصاص، فإن الدفع بعدم القبول يعني تخلف شرطٍ من شروط قبول الدعوى كالصفة والمصلحة⁽¹⁾.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ إلى القول بأن الدفع بعدم القبول يقترب من الدفع الشكلي، حيث إنه يثير مسألة إجرائية أولية سابقة على الفصل في موضوع الدعوى، وبذلك فهي تمنع النظر في الدعوى، فهي تنحصر في مسألة قبول أو عدم قبول الدعوى. وهذه المسألة إجرائية، وتوجه عادةً للعيوب الإجرائية، كالدفع ببطالان الإجراءات والدفع بسقوط الخصومة، وعدم توافر شروط وجود الدعوى يترتب عليه الحكم بعدم قبولها، كانعدام المصلحة أو عدم رفع الدعوى بالشكل المحدد قانوناً⁽³⁾.

وينتهي هذا الرأي إلى أن الحكم بعدم القبول لا يعد عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق، ولا يحوز الحكم في الدفع بعدم القبول حجية الأمر المقضي به، حيث إن

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 367

(2) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 499 وما بعدها.

(3) انظر تفصيلاً في عرض هذه الآراء: د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، مرجع سابق، 847 وما بعدها؛ د. فارس علي عمر الجرجري، الدفع بعدم القبول، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، السنة 2008، ص 49

هذه الحجية تكون في القضاء الموضوعي؛ أي الأحكام الفاصلة في الموضوع، ولذلك يرى هذا الفقه تغليب الطبيعة الإجرائية للدفع بعدم القبول.

ويمكن الردُّ على هذا الاتجاه بأنَّ الدفع الإجرائية تُوجَّه إلى إجراءات الخصومة، في حين أنَّ الدفع بعدم القبول يُوجَّه إلى الحقِّ في الدعوى، وأنَّ الجزاءات المترتبة على تغيب إجراءات الخصومة هي البطالان، أمَّا بالنسبة لتخلف شرطٍ من شروط قبول الدعوى فيحكم بعدم القبول. وهذا يعني أنَّ الادِّعاء غير مقبول، ومن ثمَّ لا حاجة لإقامة الخصومة واستمرارها بشأن ادِّعاء لا يحميه القانون⁽¹⁾.

ونرى أنه لو كان الدفعُ بعدم القبول يعدُّ دفعًا شكليًا لما نص عليه المنظم السعودي في نص المادة 76 من نظام المرافعات الشرعية، وكان لا داعي لذكره في نصِّ خاصٍّ يُميزه عن بقية الدفوع.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ إلى القول أن الدفع بعدم القبول تنقسم إلى دفوع متعلقة بالموضوع، في فروض معينة كعدم القبول لانعدام المصلحة وبالتالي تسري عليها قواعد الدفوع الموضوعية، و دفوع متعلقة بالإجراءات و تسمى بالدفوع بعدم القبول الإجرائية فتسري عليها القواعد العامة التي تسري على الدفوع الشكلية، و بالتالي يكون للدفع بعدم القبول وصفين فتارة

(1) د. إبراهيم حرب محيسن، النظرية العامة للدفوع المدنية - دراسة مقارنة، عمان، دار الفلاح، 2008، ص41.

(2) المستشار هشام الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981، ص11 و 202.

يكون دفع موضوعي وتارة أخرى يكون دفع شكلي مما قد يؤدي إلى زوال الدفع بعدم القبول و على هذا الأساس انتقد هذا الرأي.

والنتائج المترتبة على وجهة نظر هذا الاتجاه هي: وجوب تطبيق الحكم القانوني للدفع الموضوعي والشكلي على الدفع بعدم القبول أينما وجد. فالدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع وأصل الحق المدعى به يُطبَّق عليه أحكام الدفع الموضوعية، والدفع الشكلي المتعلق بعيب في الإجراءات يُطبَّق عليه أحكام الدفع الشكلية⁽¹⁾.

ونخلص من ذلك كله إلى أن الدفع بعدم القبول ليس دفعاً موضوعياً، وهو أيضاً ليس دفعاً شكلياً، وهو أيضاً ليس دفعاً مختلطاً؛ فالدفع بعدم القبول يُوجَّه إلى الحماية القضائية بهدف إنكارها على مدعيها ليضمن عدم قبول طلبه، ويبحث هذا الدفع والحكم فيه قد يقتضي التعرُّض لموضوع الدعوى، ولكن هذا التعرُّض لا يكون في هذه الحالة بهدف الفصل في الموضوع، ولكن هو مجرد تعرُّض أولي يتحسَّس القاضي فيه صحة هذا الدفع من عدمه⁽²⁾.

فإذا حكمت المحكمة بعدم القبول فلا تكون تناولت شكل الدعوى ولا مسَّت أصل الحق، ولذلك ذهب رأيي - وبحق - إلى القول بأن لا جدوى من وراء

(1) د. فارس علي عمر الجرجري، الدفوع بعدم القبول، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، السنة 2008، ص52.

(2) د. نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1:1981، ص134.

التفرقة بين الدفع بعدم القبول والدفع الأخرى؛ لأنَّ هذه التفرقة تُفقد الدفع بعدم القبول ذاتيته⁽¹⁾.

وبالنسبة للنصّ على الدفع بعدم القبول في نظام المرافعات فنجد أنّ المنظم السعودي نصّ عليه في نصوص المواد كدفع مستقلّ عن غيره من الدفع، ولو كان الدفع بعدم القبول دفعًا شكليًا أو موضوعيًا لَمَا نصّ عليه المنظم بجانب تلك الدفع.

ولذلك يمكننا القول: إنّ الدفع بعدم القبول يعدّ دفعًا قائمًا بذاته ومستقلًا عن بقية الدفع، ولا يؤثر في ذلك وجود بعض ملامح التشابه ما بين أحكامه وأحكام الدفع الأخرى، فهو نوعٌ ثالثٌ من الدفع

ونؤيد الرأي القائل بأنّ الدفع بعدم القبول هو دفعٌ مستقلّ له طبيعةٌ خاصّة، وهو دفعٌ يقف موقفًا وسطًا بين الدفع الموضوعيّة التي تتعلّق بأصل الحقّ موضوع النزاع، وبين الدفع الشكليّة التي تتعلّق بشكل الإجراءات وصحتها، فهو دفعٌ له نظامه القانوني الخاصُّ به، دون حاجةٍ لوضعه في مقارنةٍ بين سائر الدفع، حيث لا جدوى من تلك المقارنة، لمحاولة ضمّه لإحدى الدفع سواء الموضوعيّة أم الشكليّة؛ فهو دفعٌ في حقيقة الأمر يعدّ سابقًا على الدفع الشكليّ؛ لأنّ غايته هو منع المحكمة من نظر دعوى غير متوافر فيها شروط قبولها، فمن المفترض أن يسبق ذلك الدفع الموضوعي الذي يتعرض لأصل

(1) د. نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 133 وما بعدها. د. طلعت دويدار، الوسيط، مرجع سابق، ص 549؛ د. أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 264.

الحق، ومن بابٍ أولى يسبق الدفع الشكليّ الذي يتعرض لإجراءات الدعوى وصحتها، إذا كانت شروط وجود الحقّ في نظر الدعوى غير موجودة أصلاً

فهذه الشروط إمّا أن تتوافر وتقبل الدعوى بدايةً، وإمّا لا تتوافر، ومن ثمّ فلا مجال للقول بإثارة دفعٍ شكليّ أو دفع موضوعيّ لدعوى ليست متوافرةً بها شروط قبولها أصلاً. والمنع هذا ينصبُّ على استعمال الحق الإجماليّ لا على وجوده؛ فاستعمال الحق يرتبط بمدى توافر شروط قبوله.

حالات وصور الدفع بعدم القبول " الدفع بالخصومة " في نظام المرافعات الشرعية والقضاء:

تبين بعد البحث في نظام المرافعات الشرعية بصدد جزاء عدم القبول، وخصوصاً في الأحكام القضائية الخاصة به استخدام القضاء لمصطلحات قانونية أخرى لجزاء عدم القبول، ومنها الحكم بعدم سماع الدعوى أو بصرف النظر عن الدعوى، وأحياناً برد الدعوى، وثمة تساؤل هنا يطرح نفسه وهو ما مدى تطبيق القضاء السعودي لنصوص النظام بصدد أحكام الدفع بعدم القبول في ضوء نظام المرافعات الشرعية؟

ومن صور الحكم بصرف النظر " عدم القبول " في القضاء السعودي يكون لانتفاء الصفة أو المصلحة أو الأهلية أو لعدم تحرير الدعوى أو لوجود شرط تحكيم أو لسابقة الفصل في الدعوى أو لفوات ميعاد الدعوى وفي بعض الأحيان يحكم بصرف النظر لعدم الاختصاص أو لأي سبب آخر.

ومن تطبيقات ذلك قضت المحكمة⁽¹⁾ بصرف النظر عن دعوى المدعي حيال المدعي عليه أو موكلته، " وإفهام المدعي بأن دعوى موكلته تتوجه على صاحبة المدارس المسجلة باسمها المدارس وإقامتها عليها لدى الجهة المختصة . كما قضت المحكمة أيضا بصرف النظر عن الدعوى لانتفاء صفة المدعي⁽²⁾ حيث أقام المدعي دعواه ضد المدعي عليه بصفته زوج ابنته طالباً إلزامه بتسليم ابنته مؤخراً الصداق الذي اشترطته في عقد النكاح، كما طلب إلزامه بتسليمها نفقة لمدة ماضية، وبسؤال المدعي عن صفته في الدعوى قرر أنه والد زوجة المدعي عليه وله الحق في المطالبة بحقوق ابنته مع أنه ليس لديه وكالة عنها، ونظراً لأن الحقوق المدعى بها خاصة بالزوجة وهي صاحبة الحق في المطالبة بها وليس للمدعي صفة في ذلك، لذا فقد قرر القاضي صرف النظر عن الدعوى لانتفاء الصفة، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

(1) فقرر المدعي عدم القناعة وأفهم بالمراجعة ليوم الأربعاء 1425/3/23 هـ لاستلام نسخة الحكم، ومن حقه الاعتراض بطلب التمييز في مدة أقصاها ثلاثون يوماً ابتداء من التاريخ المذكور، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المهلة فإن حقه في التمييز يعتبر ساقطاً ويكون الحكم مكتسب القطعية ففهم بذلك وبه حرر في 3/16/1425هـ انظر: دعوى حقوقية. رقم قيد الدعوي 66، بتاريخ 1424/11/7، المحكمة العامة بالرياض.

(2) انظر حكم محكمة الدرجة الأولى محكمة محافظة شرورة العامة رقم القضية: 3537743 تاريخها 1435-محكمة الاستئناف بمنطقة عسير رقم القرار: 30243102: تاريخه 1435/5/15.

ويتبين من هذه الأحكام أن المدعي والمدعي عليه ليس ذو صفة في الدعوى، وهذا الحكم لا يمنع من إعادة رفع الدعوى مرة أخرى. ومن الملاحظ استخدام المحكمة لمصطلح "صرف النظر"، بدلا من مصطلح "عدم القبول" وذلك بصدد انتفاء شرط من شروط قبول الدعوي وهو شرط الصفة في المدعي عليه في الحكم الأول، وفي الحكم الآخر لتخلفها لدي المدعي

ومن ضمن حالات عدم القبول في نظام المرافعات الشرعية ما نص عليه النظام في المادة 66 بأنه "على القاضي أن يسأل المدعي عما هو لازم لتحرير دعواه قبل استجواب المدعي عليه، وليس له السير فيها قبل ذلك، وإذا عجز المدعي عن تحريرها أو امتنع عن ذلك، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى."

وتأكيدا لذلك قضت المحكمة بصرف النظر عن دعوى المدعي لعدم تحريرها⁽¹⁾ وأفهم المدعي أن لموكله إقامة الدعوى للمطالبة بقيمة الشيكات متى ما تم تحريرها. أقام المدعي دعواه ضد المدعي عليه طالبا إزالته بتسليمه باقي نصيبه من الربح في بيع أرض مشتركة بينهما، وذلك لأن المدعي عليه سلمه نصيبه من ربح بيع الأرض ثم اتضح له أن نصيبه أكثر من ذلك، ونظراً لأن الدعوى غير محررة فقد أفهم المدعي بما يلزم لتحريرها فعجز عن ذلك، ولذا فقد

(1) انظر حكم محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة بالرياض رقم القضية: ٣٤٣٣٥٢٠٢ تاريخها: ١٤٣٤. محكمة الاستئناف بمنطقة الرياض رقم القرار: ٣٥٣٤١٥٤٣: تاريخه: ٥٠٥/٠٨/١٤٣٥ هـ.

قرر القاضي **صرف النظر** عن دعوى المدعي لعدم تحرير دعواه، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

كما أصدر فضيلة القاضي ناظر الدعوى حكماً برد دعوى المدعي لعدم تحريرها⁽¹⁾، حيث أنه يُشترط لصحة الدعوى أن تكون معلومة المدعى به، وأفهم أن بإمكانه أو إمكان المدعين الأصليين المطالبة مرة أخرى متى ما تمكنوا من معرفة الأرض المطالب بإفراجها من حيث حدودها ومساحتها وموقعها ورقم صك الملكية ومصدره. والأصل أن الدعوى لا تكون مسموعة إلا إذا كانت محررة معلومة المدعى به مصرحاً بالطلب فيها فيبين الخصم ما يلزم لتحريرها.

ومن الملاحظ أن القاضي قد أشار في الحكم الأول إلى مصطلح صرف النظر لعدم تحرير الدعوي وفي الحكم الثاني إلي مصطلح رد دعوى لعدم تحرير الدعوي أيضاً، وذلك على اعتبار أن عدم القبول أو صرف النظر هو في حقيقته رد للدعوى، إلا أن هذا مخالف لما نص عليه نظام المرافعات من أن قبول الدعوى من عدمه يتعلق بشروط قبول أو سماع الدعوى.

ومن تطبيقات هذه الأحكام في مجال الدفع بعدم القبول :

حكم القاضي بصرف النظر عن سماع الدعوى لإقامتها من غير ذي صفة⁽²⁾ حيث أقام المدعي دعواه علي المدعى عليه طالباً إلزامه برعاية والدته والعناية بها، ونظراً لأن المدعي ليس وكياً عن والدته المدعى عليه، ولأن

(1) انظر الدعوى: ٥٦، التاريخ 1423/10/14هـ، المحكمة العامة بالرياض.

(2) انظر حكم محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة رقم القضية: ٣٤٢٠٤٠٤٤ تاريخها:

١٤٣٤، محكمة الاستئناف بمنطقة عسير رقم القرار: ٣٥١٧٨٦٤١ تاريخه: 1435/3/14

الطرفان قررا أن المرأة المذكورة تتمتع بقواها العقلية، لذا، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

وكذلك حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى لتخلف الصفة⁽¹⁾، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه طالباً إلزامه برد مبلغ تسلمه مقابل إصدار جواز سفر عن طريق الجهات الرسمية إلا أنه لم ينجز ذلك العمل، ونظراً لأن المدعي ليس طرفاً في الاتفاق المذكور، كما أن المبلغ المدعى به لم يسلم منه للمدعى عليه، ولأن المدعي ليس لديه وكالة عن دافع المبلغ تخوله مطالبة المدعى عليه به.

وحكم القاضي برد الدعوى⁽²⁾، حيث أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه طالباً بإبطال عقد بيع قطعة أرض ورد الثمن المسلم للبائع وتعويض عن خسارته لوجود غش في البيع ويعرض الدعوى على المدعى عليه قرر أنه مجرد وسيط في البيع وقد سلم الثمن المدفوع للبائع فضلاً عن أن عقد البيع لم يتم توقيعه في مكتبه فلا يكون مسؤولاً عنه، ونظراً لكون المدعى عليه ليس له

(1) انظر حكم محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة بمحافظة جدة، رقم القضية:

٣٤٤٤٢٠٥٧، تاريخها: 1434. محكمة الاستئناف: بمنطقة مكة المكرمة، رقم القرار:

٣٥٢٢٠٧٩٩: تاريخه 1435/4/24

(2) انظر حكم محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة بسكاكا، رقم القضية: ٣٤١٦٧١٥٢.

تاريخها: ١٤٣٤، محكمة الاستئناف بمنطقة الجوف، رقم القرار: ٣٥١٧٦٦٤٨: تاريخه

١٣/٠٣/١٤٣٥

صفة في مواجهته بالدعوى، ولأن طلبات المدعي إنما تتوجه على البائع لا الوسيط، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

كما حكم القاضي بصرف النظر عن سماع الدعوى⁽¹⁾ لإقامتها من غير ذي صفة حيث اقام المدعي دعواه ضد المدعي عليه طالباً لإلزامه برعاية والدته والعناية بها، ونظراً لأن المدعي ليس وكيلاً عن والدته المدعي عليه، ولأن الطرفين قررا أن المرأة المذكورة تتمتع بقواها العقلية، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

كما أصدر فضيلة ناظر الدعوى حكماً ببرد دعوى المدعي⁽²⁾ بعدم استحقاقه لما يدعيه حيال المدعي عليه، فقرر المدعي عدم القناعة، فأفهم بالمراجعة لاستلام نسخة الحكم، وأن من حقه الاعتراض بطلب التمييز في مدة أقصاها ثلاثون يوماً تبدأ من التاريخ المذكور، فإن لم يُقدم اعتراضه خلال هذه المدة، فإن حقه في طلب التمييز يُعتبر ساقطاً، ويكون الحكم نهائي مكتسب للقطعية

يتضح من هذه الدعوى تخلف شرط المصلحة، حيث لا يوجد بين أطراف الدعوى شرط بتسليم البطاقة الجمركية، كما أن المشتري لم يمنعه أحد من قيادة المعدة، مما يدل على طلبه شيء لا حق له فيه

(1) انظر حكم محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة بمحافظة جدة، رقم القضية: ٣٤٤٤٢٠٥٧ تاريخها: ١٤٣٤ محكمة الاستئناف: بمنطقة مكة المكرمة، رقم القرار: ٣٥٢٢٠٧٩٩ تاريخه ١٤٣٥/٠٤/٢٤هـ

(2) رقم قيد الدعوى: ١٥١ التاريخ: ١٤٢٥/٣/١٤هـ، المحكمة العامة بالرياض

لكن الملاحظ من خلال جميع هذه الأحكام أن القضاء بدلاً من أن يستخدم الصيغة المدرجة في نظام المرافعات الشرعية وهو الحكم بعدم قبول الدعوى استخدم مصطلحات أخرى كصيغة رد الدعوى، وصرف النظر وعدم سماع الدعوى. وهذا يعد مخالفة لنصوص النظام التي تنص على الحكم بعدم القبول عند تخلف شروط قبول الدعوى سواء أكانت شروط إيجابية كشرط الصفة والمصلحة أم شروطاً سلبية وهي فوات ميعاد الدعوى، الاتفاق على التحكيم، سابقة الفصل فيها. وكذلك عدم تحرير الدعوى وأيضاً استخدامها بدلاً من الحكم بعدم الاختصاص مثل: صرف النظر عن الدعوى لعدم الاختصاص، كثيراً ما تستخدم صيغة صرف النظر، سواء في مثل هذه الحالة أو استخدامها بدلاً من الحكم بعدم الاختصاص مثل: صرف النظر كما تستخدم في حالة عدم وجود بيّنة لدى المدعي وبعد أداء اليمين من قبل المدعى عليه، مما يوضح أن صرف النظر مصطلح عام يستخدم في الأحكام وإن اختلفت تسببها.

وتطبيقاً لذلك قام المدعي دعواه ضد المدعى عليه طالباً إلزامه بتسليمه مبلغ تصفية شراكة بينهما في محل ديكورات وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بالشراكة وأنكر استحقاق المدعي المبلغ المدعى به ودفع بعدم إجراء محاسبة بين الطرفين، ونظراً لأن المدعي يطلب نصيبه في شراكة بينه وبين المدعى عليه في محل بيع ديكورات وهذا يدخل في الأعمال التجارية التي يختص بها

ديوان المظالم، لذا فقد قرر القاضي صرف النظر عن الدعوى لعدم الاختصاص⁽¹⁾، فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

ايضا حكم القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص الولائي⁽²⁾ فاعترض المدعي، وصدق الحكم من محكمة الاستئناف. أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه طالباً فسخ عقد شراكة مبرم بينهما لإخلال المدعى عليه بشروط العقد، ونظراً لأن العقد محل الدعوى يتضمن الاتفاق على بناء وحدات سكنية وتأجيرها على الأفراد والشركات ولاختصاص المحكمة التجارية بنظر هذه الدعوى لكونها نزاعاً بين شركاء

ومن ضمن حالات الحكم بصرف النظر لوجود شرط التحكيم حيث حكمت المحكمة بصرف النظر عن الدعوى لعدم الاختصاص⁽³⁾ نظراً لوجود شرط التحكيم بين الطرفين في العقد المبرم بينهما، فاعترض المدعي وصدق الحكم من محكمة الاستئناف. كما قضت المحكمة بصرف النظر عن الدعوى

(1) حكم محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة بالمدينة المنورة رقم القضية: ٣٥١٠٤١٤٥ تاريخها : 1435محكمة الاستئناف بمنطقة المدينة المنورة رقم القرار : ٣٥٢٣٧٤٩٦ : تاريخه 1435/5/9هـ

(2) محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة بجازان. رقم القضية: ٣٥٢١٩٤٤٤ تاريخها: ١٤٣٥ محكمة الاستئناف: بمنطقة عسير رقم القرار: ٣٥٣٦٢٢٣٦: تاريخه 1435\8\21هـ

(3) انظر حكم محكمة الدرجة الأولى: المحكمة العامة بالرياض رقم القضية: ٣٤٢٣٣٦٤٧ تاريخها: ١٤٣٤، محكمة الاستئناف: بمنطقة الرياض رقم القرار: ٣٥٣٢٣٤٤٨ تاريخه: 1435/7/٢١هـ

لعدم الاختصاص بنظرها لوجود شرط في العقد يقضي باللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾ في حال النزاع ونظراً لوجود شرط التحكيم بين الطرفين في العقد المبرم بينهما، فاعترض المدعي وصدق الحكم من محكمة الاستئناف.

رأي الباحثة:

ويتضح من ذلك أن القضاء السعودي لم يستخدم المصطلحات الواردة في نظام المرافعات الشرعية وخصوصاً ما نصت عليه المادة 76 الخاصة بأسباب عدم قبول الدعوى حينما نصت علي جزاء عدم القبول لانعدام الصفة أو المصلحة أو الأهلية أو لأي سبب آخر، وتبين للباحثة من خلال البحث أن عبارة لأي سبب آخر في هذه المادة تشمل الحكم بعدم القبول أو بصرف النظر أو بعدم سماع الدعوى وذلك إما لعدم تحرير الدعوى باعتباره شرطاً من شروط قبول الدعوى ويُعبر عنه بشرط المصلحة. فإن تخلف هذا الشرط فإنه يعد في نفس الوقت أن شرط المصلحة غير موجود فيها مما يكون سبباً للحكم بعدم القبول، ولا يحكم القاضي بهذا الحكم إلا بعد استنفاد سلطته التي منحها له المنظم في المادة 66⁽²⁾ من نظام المرافعات وهذا الحكم يُعد حكماً فرعياً يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى. ومن ثم يحق للمدعي في هذه الحالة رفع دعواه

(1) المحكمة العامة بالمدينة المنورة رقم القضية: ٣٥١٠٤١٤٥ تاريخها : ١٤٣٥ : محكمة

الاستئناف بمنطقة المدينة المنورة رقم القرار : ٣٥٢٣٧٤٩٦ : تاريخه 1435/5/9

(2) تنص المادة 66 من نظام المرافعات الشرعية " على القاضي أن يسأل المدعي عما هو

لازم لتحرير دعواه قبل استجواب المدعي عليه، وليس له السير فيها قبل ذلك، وإذا عجز

المدعي عن تحريرها أو امتنع عن ذلك، فيحكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى."

مرة أخرى إلى نفس القاضي بعد تحريرها ولو بعد تصديق الحكم من محكمة التمييز⁽¹⁾. وتشمل حالات الدفع بعدم القبول أيضا الاتفاق على شرط التحكيم أو بسبب فوات الميعاد. ولكن ذكرت المادة 76 بعد ذلك الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكأنها اعتبرت مثل هذا الدفع نوع آخر من أنواع الدفوع غير الدفوع الشكلية والموضوعية والدفع بعد القبول. ونعتقد أن هذا الدفع ما هو في حقيقته إلا نوع من أنواع الدفع بعدم القبول إذ هو يهدف إلى عدم سماع الدعوى لسابقة الفصل فيها وهي نفس غاية الدفع بعدم القبول وهو عدم النظر في موضوع الدعوى. وبناء على ذلك تعد حالات وصور الدفع بعدم القبول في نظام المرافعات والقضاء هي انعدام الصفة أو المصلحة أو الأهلية أو لأي سبب آخر كعدم تحرير الدعوى أو بسبب وجود شرط التحكيم أو لسابقة الفصل فيها. وقد يكون لأي سبب آخر لأن هذه الأسباب كلها ذكرها النظام على سبيل المثال وليس الحصر وترك سلطة الاجتهاد للقضاء.

لذا تقترح الدراسة تعديل نص المادة 76 من نظام المرافعات وذلك بحذف عبارة " وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها؛" وذلك على اعتبار أنه نوع من أنواع الدفع بعدم القبول وليس طائفة مستقلة عنه.

ويتضح من ذلك أنه لا بد من ضبط المصطلحات في الأحكام القضائية حتى تتوافق مع ما جاء في نظام المرافعات الشرعية. فهناك فرق بين الحكم بعدم

(1) انظر : القاضي عبدالله ال خنين، الكاشف، ج1، مرجع سابق، ص321 وكذلك فهد نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق،

القبول مثلا والحكم بالرفض وغيره من الجزاءات الأخرى. فلا يتصور عند عدم توافر شروط قبول الدعوى أن تحكم المحكمة بالرفض أو بالرد بدلا من عدم القبول

إذ إن الحكم بعدم القبول يختلف عن الحكم برفض الدعوى، إذ إن الأخير من شأنه إماتة الحق المطالب به مما يترتب عليه الحيلولة دون رفع الدعوى من جديد. فالحكم بالرفض في هذه الحالة يكون حكماً مجحفاً؛ إذ إنه فصل في الشكل والموضوع معا دون بحث⁽¹⁾، فبحث القاضي في الأوراق بداية يكون بهدف التأكد من الشروط العامة لقبول الدعوى، وليس البحث في موضوع الحق، فلا تكفي تلك الدراسة المبدئية للحكم بالرفض، فالدفع بعدم القبول يختلف عن الدفع الموضوعية والشكلية أيضا.

فإذا افترضنا أن الدعوى قد أقيمت من غير ذي صفة فليس هذا معناه أن المدعي ليس له حق أو أنه ليس ثمة اعتداء وقع عليه، بل إن الصحيح هو خطئه في مطالبة من لا صفة له. فالمنظم أجاز للمحكمة عند تخلف صفة المدعى عليه أن تُؤجل الدعوى لإعلان صاحب الصفة الحقيقية، فإذا لم يتم التصحيح حكمت المحكمة بعدم القبول، أما إذا حكمت بالرفض فيكون حكمها منهيًا للنزاع أمام تلك المحكمة على ذات المدعى عليه، وأنه في هذا الفرض يستطيع أن يدفع بعدم قبول الدعوى؛ وذلك لسابقة الفصل فيها.. لذا يجب مراعاة المصطلحات الإجرائية في الأحكام القضائية وذلك تطبيقا لنصوص النظام من

(1) للمزيد انظر تفصيلا د. هايدي البلتاجي، الصفة في الدعوى، مرجع سابق، ص 30

ناحية، ومن ناحية أخرى لضبط دقة المصطلحات القانونية وما يترتب عليها من آثار.

ومن المعلوم أن هناك فرق بين المصطلحات فلا يمكن استخدام مصطلح رد أو رفض الدعوى في حالة عدم القبول أو العكس، فهناك فرق بين تلك الدفوع من خلال طبيعتها وأحكامها مما يستلزم من المختصين استخدام نفس المصطلحات المشار لها في نصوص نظام المرافعات الشرعية حتى يكون التطبيق بصورة فعالة وحقيقية. وليس هناك مساحة للاجتهاد في استخدام مصطلحات أخرى غير المنصوص عليها بالنظام الذي يتطلب الالتزام بدقة المصطلح، الواردة فيه حسب الوقائع المعروضة على القضاة. فالمصطلح هو وعاء الفكرة. ولذلك لا بد من ضبط المصطلحات في علم القانون عموماً، وعلم قانون المرافعات خصوصاً، فهو الأداة الفعالة فهم القواعد القانونية فهما دقيقاً، ومن ثم تطبيقها تطبيقاً صحيحاً في الواقع العملي⁽¹⁾

الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول:

سنتناول أحكام الدفع بعدم القبول، وذلك من خلال كيفية إبداء هذا الدفع من حيث سلطة الخصوم والمحكمة في إبدائه، ووقت التمسك به ومدى تعلقه بالنظام العام، وهل يستتفد ولاية المحكمة أم لا، وهل له حجية أم لا. وبناء عليه؛ فإننا سنعرض لهذا الموضوع في ثلاثة نقاط:

(1) د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 321

وقت التمسك بالدفع بعدم القبول:

لما كانت شروط قبول الدعوى هي إحدى وأهمّ المسائل التي ينبغي على المحكمة أن تبحث عنها أولاً لنظر الدعوى، فلا بدّ أن تتحقّق المحكمة من وجود شروط قبولها. ولكي تتحقّق الغاية من الدعوى وهي الفصل في الخصومة، فذلك يقتضي تحديداً من يحقّ له المطالبة بهذا الحقّ، وإلى من يصحّ توجيه هذه المطالبة؛ وذلك لضمان الوصول لتلك الغاية التي شرعت الدعوى من أجلها. لذلك سنتحدث عن هذا الموضوع من خلال النقاط التالية الآتية:

- تعلّق الدفع بعدم القبول بالنظام العامّ:
- مدى استنفاد الحكم الصادر في الدفع لولاية محكمة أول درجة.
- حجّية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول.

تعلُّق الدفع بعدم القبول بالنظام العام:

تستمد المحكمة سلطتها في نظام المرافعات الشرعية السعودي من أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما نص عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام⁽¹⁾

وقد منح النظام القاضي دوراً إيجابياً في مجال الخصومة المدنية، ومن ذلك على سبيل المثال: أن للمحكمة سلطة اختصاص الغير كما ورد في نص المادة 80⁽²⁾، وسلطة وقف الخصومة إذا رأت تعليق حكمها في موضوع الدعوى على الفصل في مسألة أخرى كما ورد في نص المادة 87⁽³⁾

(1) حيث تنص المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية على أن "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام".

(2) تنص المادة 80 على أن " للمحكمة - من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم - أن تأمر بإدخال من كان في إدخاله مصلحة للعدالة أو إظهار للحقيقة. وتعين المحكمة موعداً لا يتجاوز خمسة عشر يوماً لحضور من تأمر بإدخاله، ومن يطلب من الخصوم إدخاله، وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى"

(3) تنص المادة 87 على أن "إذا رأت المحكمة تعليق حكمها في موضوع الدعوى على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، فتأمر بوقف الدعوى، وبمجرد زوال سبب التوقف يكون للخصوم طلب السير في الدعوى "

ولما كانت القاعدة العامة في الدفوع أن للمحكمة أن تتصدى لما يتعلق منها بالنظام العام من تلقاء نفسها ودون انتظار إثارتها من قبل الخصوم في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. وفي ذلك نصت المادة 76 من نظام المرافعات الشرعية في الفقرة الأولى منها على أن " 1 - الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو لأي سبب آخر، وكذا الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها؛ يجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها.....".

وقد أورد المنظم في هذه المادة أنواعاً من دفوع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾، وهي انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الدفع بعدم سماع

(1) أن فكرة النظام العام في نظام المملكة العربية السعودية لا تخرج عن فكرة النظام العام في الفقه الإسلامي وعليه يمكن تعريف النظام العام بصفة عامة بأنه الأنظمة والقرارات التي تصدر من ولي الأمر أو من ينييه الخاصة بتحقيق الصالح العام للدولة والمجتمع على حد سواء، والتي لا تتعارض مع نص شرعي صريح قطعي الثبوت والدلالة من الكتاب أو السنة أو إجماع المسلمين فيما لا يُعرف لهم مخالف. ويتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون على وجود فكرة النظام العام بهما، وعلى خصائص هذه الفكرة من حيث عدم جواز مخالفتها، سواء أكان بالصلح أو الإبراء أو العفو. كما يتفق من حيث النتائج المترتبة على مخالفة تلك الفكرة؛ بأن يقع العمل باطلاً أو بعدم قبوله أو بعدم الاختصاص الوظيفي وكذا الاختصاص النوعي. إضافة لاتفاقهما بأن القاضي يتصدى لمثل هذه المخالفة من تلقاء نفسه دون الحاجة لانتظار إثارتها من قبل الخصوم، وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما يحق للخصوم التمسك بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى. ويختلفان من حيث الآتي : تحوي هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية على شقين:

الدعوى. ومنح المنظم القاضي سلطة تقديرية في ضم بعض الأنواع الأخرى من دفع عدم القبول إلى الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وهذا مفهوم من عجز هذه المادة " أو لأي سبب آخر "، وذلك متى ما رأى أن القاضي أن مقتضى المصلحة العامة يتطلب ذلك؛ شريطة أن يتأكد من وجود الأسباب الموجبة للدفع بعدم القبول. فإذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام أعمل القاضي نص المادة 76 وذلك بأن يتصدى لإثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أمّا إذا كان الدفع يتعلق بمصلحة الخصوم، فليس من واجبه إثارته وإنما يستطيع الخصوم التمسك به وإثارته حتى قبل قفل باب المرافعة. وفي حال إغفال المحكمة لأي نوع من دفع عدم القبول المتعلقة بالنظام العام، فإن الحكم الصادر يكون محلاً للطعن فيه إذا كان الحكم في الأحوال التي يكون الطعن فيها مقبولاً؛ لأن إغفال القاضي للدفع المتعلق بالنظام العام، هو يعني في مخالفة صريحة لما أوجبه النظام، وأنه يوجد خلل في الدعوى يكون مبرر كاف للطعن في الحكم .

أحدهما: محور أساسي يتميز بالثبات فلا يتأثر بتغير الزمان ولا المكان ولا حتى الظروف والأحوال، وهو عدم مخالفة النص الشرعي قطعي الثبوت والدلالة، سواء أكان من الكتاب أو السنة، ويلحق به إجماع المسلمين فيما لا يُعرف لهم مخالف، والشق الآخر: يتميز بالمرونة "الثبات المؤقت"، فهو يتأثر بتغير المكان والزمان والظروف وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، بما يصدره والي المسلمين من أنظمة فيما لا نص فيه ولا إجماع شريطة ألا يخالف هذا الشق المحور الأساسي بحيث يدور في فلكه أما في القانون ففكرة النظام العام مرنة وتتأثر تبعاً لتغير الأحوال والزمان. انظر تفصيلاً فهد نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، 1429/2008هـ، ص226 .

أما لو أغفل القاضي أي نوع آخر من أنواع دَفوع عدم القبول التي لا تتعلق بالنظام العام، ولم يثره الخصوم، فإن ذلك الإغفال لا يؤثر في حكم القاضي، ولا يُجيز الطعن في الحكم؛ لأن القاضي لا يجب عليه إثارة الدَفوع المتعلقة بالمصلحة الخاصة للخصوم،⁽¹⁾ كما أنه حق للخصم أن شاء استعمله أو تركه، وعدم إثارته من الخصم حتى صدور الحكم يشير لنتائزه الضمني عن حقه، كما أنه ليس من المنطق معاملة دَفوع عدم القبول غير المتعلقة بالنظام العام مثل الدَفوع المتعلقة بالنظام العام .

وهذه الدَفوع ليست على سبيل الحصر كالدفع لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الدفع بعدم سماع الدعوى. ومنح المنظم القاضي في هذه المادة سلطة الاجتهاد في بقية أنواع دَفوع عدم القبول لتقدير ما يُمكن أن يكون من النظام العام من عدمه، ووفقا لذلك يتبين متي يكون الدفع بعدم القبول متعلقا بالنظام العام من عدمه. من قبل القاضي يرجع لأمرين: الأول: هو وجود النص. فإذا وجد النص أنه يتعلق بالنظام العام لا يتردد القاضي في تطبيقه. الثاني: حالة عدم وجود النص. وهذا متروك الاجتهاد فيه للقاضي لتقدير ما يُمكن أن يكون من النظام العام من عدمه؛ وهذا وفقا لنص المادة 76 من عبارة " لأي سبب اخر "

(1) انظر تفصيلا: فهد نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوي في نظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا،

ويطلق جانب من الفقه⁽¹⁾ علي هذه الدفوع بالدفوع المطلقة وهذا من جهة وقتها⁽²⁾ والمقصود بها هي الدفوع التي لم يحدد لها وقت تقوت بمضيه، بل تثار في أي مرحلة تكون عليها الدعوي. ونص المادة 76 يبين الدفوع المطلقة التي تسمع في أي مرحلة من مراحل سير الخصومة، ولكن تجب الإشارة إلى أن الدفوع المذكورة في المادة هي على سبيل المثال لا الحصر. وهي دفوع تحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يطلبها الخصوم. ومن أمثلة هذه الدفوع⁽³⁾

الدفع بعدم الاختصاص النوعي: كأن ترفع دعوى عقارية إلى محكمة غير مختصة بنظر دعاوي العقار، أيضا كأن ترفع دعوى في نصاب من المال أمام محكمة لا تختص بسماع الدعوي في هذا النصاب.

(1) القاضي. عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، بحث بعنوان الدفوع المؤقتة والمطلقة، مجلة

العدل، العدد 48 شوال، 1431، ص 275 وما بعدها

(2) وهناك دفوع أخرى وهي الدفوع المؤقتة من جهة وقتها كما اسمها هذا الرأي من الفقه وهي

الدفوع التي حدد له وقت تقدم فيه وتقوت بمضيه فمن الدفوع من يكون محلة قبل الجواب

علي موضوع الدعوى. وقد أسميت بذلك لأنها محددة بوقت لا تسمع بعده. ولها صور

وذلك كالدفوع ببطان صحيفة الدعوى، والدفع بعدم الاختصاص المحلي، الدفع بإحالة

الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع. وللمزيد انظر تفصيلا القاضي. عبد الله بن

محمد بن سعد ال جنين، بحث بعنوان الدفوع المؤقتة والمطلقة، مجلة العدل، العدد 48

شوال، 1431، ص 275 وما بعدها

(3) القاضي. عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، بحث بعنوان الدفوع المؤقتة والمطلقة، مجلة

العدل، العدد 48 شوال، 1431، ص 275 وما بعدها

الدفع بعدم القبول: وذلك يكون لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى كالصفة أو المصلحة أو الأهلية أو لأي سبب آخر وذلك وفقاً لنص المادة 76 من نظام المرافعات الشرعية.

الدفع بعدم سماع الدعوى: وذلك مثل الدفع بسبق الفصل في الدعوى بحكم قضائي، فالدعوى متى فصلت فيها مرة فلا تعاد الخصومة فيها مرة ثانية، لذلك فإن للمدعي عليه الحق في الدفع بعدم سماع الدعوى في أي مرحلة تكون عليها الدعوى. وتتميز هذه الدفوع المطلقة بأنها متعلقة بالنظام العام ويجوز التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ويجوز للمحكمة أن تدفع بها من تلقاء نفسها. (1)

ووفقاً للنظام السعودي، تنص المادة ٧٥ منه على أن «الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص المكاني أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع نفسه أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها، فيجب إبداءه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها».

يتبين من نص هذه المادة صور الدفوع المؤقتة التي يجب إبدائها قبل الجواب على الدعوى مما يتضمن طلباً أو دفاعاً، وإلا فات ميعادها ولم تقبل من صاحبها. وهذا يعد أمراً منطقياً، لأنه ليس من العدالة بقاء الخصم مهدداً بهذه الدفوع طوال سير الخصومة، كما أن الحكم في الدفوع الشكلية يعد حكماً

(1) القاضي. عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، بحث بعنوان الدفوع المؤقتة والمطلقة، مجلة

إجرائياً، ومن ثم لا يجوز حجية الأمر المقضي. فمثلاً يمكن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى إذا حدث فيها خطأ في اسم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى أو اسم المدعي أو المدعى عليه أو عنوانهما، ما لم يمكن تصحيحه، وفي اللائحة (5/75) أنه: «إذا ظهر للدائرة صحة الدفع ببطلان صحيفة الدعوى فعليها إمهال المدعي لتصحيحها»

ويلتزم من نص المادة 76 في الفقرة الأولى منها أنها أوردت من ضمن أسباب عدم قبول الدعوى شرط الأهلية بجانب شرط الصفة والمصلحة. فمن المسلم به أنه لكي تقبل الدعوى لابد من توافر عدة شروط، هذه الشروط إما أن تكون شروطاً سلبية وهي عدم فوات ميعاد الدعوى، عدم الاتفاق على التحكيم، عدم سابقة الفصل فيها. وإما شروطاً إيجابية كتوافر شرط الصفة والمصلحة.

وسنعرض لشرط الأهلية من خلال النقاط الآتية:

أولاً: مفهوم الأهلية:

الأهلية لها أكثر من صورة، فهي قد تكون أهلية وجوب وأهلية أداء. وفي المجال الإجرائي تنقسم الأهلية لنوعين: أهلية اختصاص وأهلية تقاضي وهي ما تعرف بالأهلية الإجرائية.

ويراد بها أحد معنيين، الأول هو الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام وهذه هي أهلية الوجوب وتثبت للشخص أهلية الاختصاص وهي صلاحية الشخص لأن يكون خصماً في الدعوى، وتكون لكل شخص تثبت له أهلية الوجوب وهي لا تكفي للقيام بالأعمال الإجرائية في الخصومة. والمعنى الثاني

وهو صلاحية الشخص للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية وهذه هي أهلية الأداء، وتثبت أهلية التقاضي لكل شخص تتوافر لديه أهلية الأداء. فهي شرط لصحة الإجراءات القضائية في الدعوى، وهي صلاحية الخصم لمباشرة إجراءات الخصومة القضائية، وإذا لم يكن لصاحب الحق أهلية تقاضي وجب ان ينوب عنه في مباشرة إجراءات الخصومة نائب "كالولي او الوصي" تتوافر فيه الاهلية التي تسمح له بالالتجاء للقضاء⁽¹⁾.

مع ملاحظة ان نظام المرافعات لا يعرف أهلية محدودة اجرائيا مثل نقص الاهلية، فالقاصر يعد عديم الاهلية الإجرائية بالنسبة لنظام المرافعات لأنه قانون اجرائي ينظم الإجراءات ، اما القانون الموضوعي ينشغل فقط بالتصرفات القانونية الخاصة بمصلحة القاصر⁽²⁾ ، و لكي تتوافر الأهلية الكاملة للخصم الذي تؤهله لمباشرة الدعوى؛ فلا بدّ أن تتوافر له أهلية الاختصاص وأهلية التقاضي، ولكن قد تتوافر للشخص أهلية الاختصاص دون أهلية التقاضي مثل القاصر أو الشخص المعنوي، وفي هذه الحالة فإنه يتقاضى عن طريق ممثله، لأنها شرط لمباشرة الإجراءات وصحتها، فإذا تخلفت تلك الأهلية تبطل إجراءات الخصومة، ولا بدّ من استمرار أهلية الاختصاص وأهلية التقاضي طوال فترة الخصومة، فإذا توافر في الشخص أهلية الاختصاص فقط دون توافر أهلية

(1) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، منشأة

المعارف، الاسكندرية، 2003، ص222 وما بعدها

(2) د.وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، مجلة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العد

الأول، س18، 1978، ص 82

التقاضي ، ففي هذه الحالة يقوم من ينوب عنه قانوناً كالوليّ أو الوصيّ أو القيمّ بتمثيله في فترة الخصومة باعتباره ممثلاً له.

ومن الجدير بالذكر ان أهلية التقاضي تختلف كثيراً عن الصفة في التقاضي من حيث الطبيعة والجزاء: حيث ان الصفة في التقاضي "الصفة الإجرائية" هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات باسم غيره- أو باسمه إذا كان هو الاصيل - سواء بناء علي نص قانون كالوليّ، أو بناء علي حكم القضاء كالوصيّ أو القيم، أو بالاتفاق كالوكيل باسم وحساب الغير⁽¹⁾، فتلك الصفة تُحوّل صاحبها سلطة القيام بالأعمال أو الإجراءات⁽²⁾ القضائية باسم الشخص الذي يُمثله، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً. ونجد أنّ هذا التعريف قد يقترب من تعريف أهلية التقاضي، لكنّ أهلية التقاضي هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات باسمه وليس باسم غيره؛ أي بمعنى أدقّ: هي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء بشكلٍ صحيح⁽³⁾، فأهلية التقاضي تكون لصيقةً بالخصم بناءً على وصفٍ داخليّ فيه⁽⁴⁾ لمباشرة إجراءات الخصومة، فهي تتوافر لمن كان طرفاً في الخصومة⁽⁵⁾ ، أمّا الصفة في

(1) د. سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية، 1995، ص160

(2) د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص76.

(3) د. أجياد ثامر الدليمي، أحكام قطع السير في الدعوى المدنية وآثاره القانونية، الجيل العربي، الموصل، 2009، ص30.

(4) د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، مرجع سابق، ص78.

(5) د. سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية، مرجع سابق، ص160

التقاضي فهي سلطة الممثل الإجرائي لمباشرة إجراءات الخصومة لمن يمثله، وبالتالي فهو لا يكون خصمًا في الدعوى، وهذا هو جوهر الاختلاف بين أهلية التقاضي والصفة في التقاضي، ولكي تتعدّد الخصومة لا بدّ أن يكون أطراف الخصومة لديهم أهلية التقاضي، وهذا هو الأصل. أمّا إذا لم تتوافر لدى أطراف الخصومة أهلية التقاضي فهذا يأتي دور الصفة في التقاضي، ليقوم شخص آخر مقام أطراف الخصومة إذا تخلفت أهلية التقاضي لديهم، فيقوم بتمثيلهم من تتوافر لديه الصفة في التقاضي (الإجرائية) لتمثيلهم قانونًا⁽¹⁾

فبالنسبة لأهلية التقاضي فقد ذهب جمهور الفقهاء⁽²⁾ إلى أنها شرط لصحة الإجراءات وليست من شروط قبول الدعوى، فالدعوى تبقى مقبولة حتى ولو فقد رافعها أثناء سيرها أهليته، ولكنّ رفع الدعوى بداية من فاقد الأهلية أو عليه يؤدي إلى بطلان الاجراء ؛ لأنه يشترط لصحة الإجراء أن تُرفع الدعوى من ذي أهلية، فقد تتوافر الأهلية للمدعي، ومع ذلك لا يملك الحقّ في رفع الدعوى، إذ لا شأن للأهلية بشروط قبول الدعوى، فهي شرط لصحة الخصومة، فيمكن للشخص بعد الحكم ببطلان الصحيفة أن يعود من جديد ويرفع الدعوى ذاتها بصحيفة جديدة تقدم منه بعد اكتمال أهليته، وأيضًا استقرّ القضاء الفرنسي

(1) نقض مدني، الطعن رقم 2186 لسنة 59 ق، جلسة 9-2-1995. نقض مدني، الطعن رقم 305 لسنة 69ق.

(2) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص171، بند 71؛ د. أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص115؛ د. أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص62؛ د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص357

على اعتبار شرط الأهلية شرطاً لصحة الإجراء، ورتب على تخلفها الحكم بالبطان⁽¹⁾؛ وذلك لأنّ جزاء عدم القبول يكون نتيجةً لعدم وجود شروط قبول الدعوى، بينما البطان متعلق بشروط صحة إجراءات الخصومة.

ويتضح من ذلك أزمة المصطلح في نظام المرافعات الشرعية حيث يختلط مصطلح الصفة الإجرائية⁽²⁾ بمصطلح الأهلية، ويظهر ذلك في القول بأن الأهلية شرط من شروط قبول الدعوى لست شرطاً من شروط صحتها. على أساس أن من ليست له أهلية فهو غير ذي صفة في الدعوى، مع أن الرأي الراجح عكس ذلك في الفقه المقارن. ومما زاد هذا الأمر تعقيداً في النظام السعودي ما نصت عليه المادة 76 مرافعات من اعتبار انعدام الأهلية سبب من أسباب عدم القبول. والواقع أن نظام المرافعات الشرعية بالنص على الدفع بعدم القبول لانعدام الأهلية قد حسم موقفه من الخلاف الفقهي الدائر حول طبيعة هذا الدفع، وهل هو من الدفوع الشكلية باعتبار أن الأهلية شرط من شروط صحة

(1) Cass. Civ2, 27 Septembre 2018, n° 17 – 24. 467.

<https://blogavocat.fr/>

Le défaut de Capacité d'ester en Justice constitue une irrégularité de fond.

- Cass. Civ2, 9 Avril 2015, n° 14 – 13. 233 .

<https://apprendre.le droit.fr>

irrégularité d'un acte de procédure pour nullité pour vice de fond ou vice de forme.

- Cass. Civ2, 27 September 2018, n° 17– 24.469.

(2) انظر تفصيلاً د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته

التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، دار حافظ، 2015، ص 279 وما بعدها

الإجراءات، كما هو الاتجاه السائد. أم أنه من الدفع بعدم القبول باعتبار أنه انعدام الأهلية تعني انعدام الصفة، بمعنى أنه من لا أهلية له في اتخاذ الأجراء لا صفة له فيه، وانعدام الصفة يولد دعواً بعدم القبول.

لكن إذا رفعت دعوى من ذي أهلية على ذي أهلية وكانت بالتالي صحيحة ثم فقد أحدهما أهليته أثناء نظرها، فإنها تظل مقبولة⁽¹⁾، ولكنها تنقطع بموجب نص المادة (88)⁽²⁾ من نظام مرافعات التي تنص في الفقرة الأولى منها على ان:

" ما لم تكن الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها، فإن سير الخصومة ينقطع بوفاة أحد الخصوم، أو بفقده أهلية الخصومة، أو بزوال صفة النيابة عن كان يباشر الخصومة عنه، على أن سير الخصومة لا ينقطع بانتهاء الوكالة. وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للموكل إذا كان قد بادر فعين وكيلاً جديداً خلال خمسة عشر يوماً من انتهاء الوكالة الأولى. أما إذا تهيأت الدعوى للحكم، فلا تنقطع الخصومة، وعلى المحكمة الحكم فيها".

ومعني نص المادة أن **تنقطع الدعوى** إلى أن يتم تصحيح شكل الدعوى بالطرق المقررة نظاماً. وإنه إذا اتخذ أي إجراء أثناء فترة الانقطاع فإنه يكون

(1) انظر تفصيلاً د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته

التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها

(2) ويقابل هذا النص المادة 130 من قانون المرافعات المصري التي تنص علي انه "ينقطع

سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم ، أو بفقده أهلية الخصومة ، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين ، إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها ."

باطلاً وفقاً لنص المادة ٩٠^(١) من نظام المرافعات التي تنص على انه " يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم، وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع." **فالدفع بانعدام الأهلية يكون بالبطلان وهو دفع شكلي وليس دفعاً بعدم القبول.**

وبلاحظ من ناحية أخرى إن المادة 76 مرافعات شرعية قد ذكرت ما يعرف بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى. والواقع أن هذا الدفع ليس نوعاً رابعاً من الدفوع، فالدفوع أنواع ثلاثة: موضوعية وشكلية ودفوع بعدم القبول، وإذا أردنا تصنيف الدفع بعدم سماع الدعوى^(٢) فإنه يدخل ضمن طائفة الدفوع بعدم القبول لأنه يتوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى، وإلى سلطة المحكمة في نظرها. وهو يقترب مما اسماه المشرع المصري في المادة 116 مرافعات^(٣) بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى. وهذا الدفع الأخير صنفه رأي في القانون المصري أنه دفع بعدم القبول " . ولعل أهم مناط للدفع بعدم سماع الدعوى هو سقوط الحق فيها لفوات ميعاد تقديمها، أو لسابقة الفصل فيها احتراماً لحجية الأمر المقضي. ذلك أن حالات الدفع بعدم القبول الواردة في النص واردة علي سبيل المثال لا الحصر ، ومما يؤكد ذلك ما ذكرته المادة (76) من عبارة " أو لأي سبب آخر "

(١) ويقابل هذا النص المادة 132 من قانون المرافعات المصري التي تنص على أن "يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع "

(٢) انظر تفصيلاً د. طلعت دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق ، ص280

(٣) تنص المادة (116) من قانون المرافعات المصري على أن " الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها "

. وبناء على ما سبق يتضح لنا الفروق بين شرط الأهلية الإجرائية وشرط الصفة الإجرائية على الرغم من أنه قد يبدو في بداية الأمر أنهم مصطلحات واحد ويصعب التمييز بينهم، إلا أنه رغم ذلك يوجد اختلافاً بينهم. وقد يكون ذلك التشابه هو الذي جعلها تختلط بشروط قبول الدعوى. ولكن تبين لنا أن الأهلية تعد شرطاً لصحة الإجراء وليس شرطاً لقبوله. فشرط قبول الدعوى الإيجابية هما الصفة والمصلحة.

لذا تقترح الدراسة تعديل نص المادة 76 من نظام المرافعات الشرعية بحذف شرط الأهلية من شروط قبول الدعوى لتصبح تنص في الفقرة الأولى منها على أن "1- الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو المصلحة أو لأي سبب آخر....."

مدى استنفاد الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لولاية محكمة أول درجة: بعد الحديث عن تعلق الدفع بعدم القبول بالنظام العام، فإن ثمة سؤالاً يطرح نفسه، وهو: هل يستنفد⁽¹⁾ الحكم الصادر في الدفع ولاية محكمة أول درجة إذا ما تمّ إلغاؤه استئنافاً أو لا؟

(1) يُقصد باستنفاد الولاية أنّ المحكمة إذا فصلت في مسألة من المسائل المعروضة عليها والمنتازع فيها تتقضي سلطتها بشأنها، بمعنى أنّ المحكمة تكون قد استنفدت ولايتها وتصبح لا سلطة لها في هذه المسألة، فلا يمكن لها أن تُعيد الفصل في الدعوى التي أصدرت فيها الحكم، وإلا فإنها تكون تجاوزت حدود سلطاتها بما يُبزّر الطعن في الحكم وبطلانه، فالحكم يكون قد اكتسب حصانةً داخليةً ضدّ من أصدره، ، لمزيد انظر تفصيلاً: د. أحمد عبد المجيد أحمد خليل، استنفاد الولاية الأصلية للمحكم وحدود ولايته التكميلية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2019، ص 11 وما بعدها.

وللإجابة عن هذا السؤال نقول: إنه إذا كانت أحكام الدفوع الموضوعية والشكلية مستقرة، فإنه بالنسبة للدفوع الموضوعية التي لا تخضع لترتيب معين، يمكن إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى، ويحوز الحكم الصادر فيها حجية، حيث يعدُّ حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى؛ ولذلك فإنه تستند المحكمة ولايتها، فلا يعود إليها إذا تمَّ إلغاؤه أمام محكمة الاستئناف⁽¹⁾.

أمَّا بالنسبة للدفع بعدم القبول فتظلُّ أحكامه موضع خلاف الفقه، حيث ذهب غالبية الفقه إلى أنَّ الدفع بعدم القبول لا تستند⁽²⁾ المحكمة ولايتها بالحكم فيه⁽³⁾.

حيث إنه عندما تحكم محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى فمعني هذا أنها لم تتطرق إلى موضوع الدعوى، فإذا ألغى حكمها من محكمة الاستئناف⁽⁴⁾، فإنَّ هذه الأخيرة إذا نظرت الموضوع فإنها تفصل في موضوع لم يسبق لمحكمة أول درجة الفصل فيه، ممَّا يعني تقويت درجة من درجات التقاضي⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفاء، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 211 وما بعدها. د. أحمد هندي،

قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 257 وما بعدها؛ د. طلعت دويدار،

الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 466 وما بعدها

(2) عكس ذلك: د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1، مرجع سابق، ص 656

(3) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، مرجع

سابق، ص 683.

(4) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج 2، مرجع سابق، ص 104 وما

بعدها.

(5) للمزيد انظر: د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين - دراسة مقارنة، دار الجامعة

حيث من المقرّر أنّ مبدأ التفاضلي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي لا يجوز للمحكمة مخالفته، كما لا يجوز للخصوم النزول عنه، وتتصدّى له المحكمة من تلقاء نفسها لتعلّقه بالنظام العام. أمّا المحكمة العليا فلا تعدّ درجةً من درجات التفاضلي، بل هي مرحلةً من مراحل التفاضلي.

ويتضح من ذلك كلّهُ أنّ الحكم بعدم القبول لا يفصل في موضوع الدعوى؛ لأنّ مسألة قبول أو عدم قبول الدعوى يفصل فيها في الأصل لتجنّب مناقشة موضوع الدعوى، لذا لا تستنفد ولاية المحكمة، وكذلك لا يحوز حجيةً تؤدّي إلى احترام مضمون الحكم في أيّ دعوى مختلفة (الأثر الإيجابي)⁽¹⁾ للحجية). فالحجية تلحق الأحكام التي تفصل في المراكز القانونية الموضوعية عن طريق تأكيد قضائي يتناول تلك المراكز، وهذه الحقوق في وجودها ومداهها ونطاقها⁽²⁾.

فإذا سلّمنا بأنّ الدفع بعدم قبول الدعوى هو من الدفوع الموضوعية التي تستنفد به المحكمة ولايتها، فهو بذلك أصبح من الدفوع الموضوعية وليس دفعًا بعدم القبول، فذلك يعني أنّ المحكمة تستنفد ولايتها بالحكم فيه؛ لأنه دفع

الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 379 وما بعدها.

(1) د. محمود محمد هاشم، مفهوم استنفاد ولاية القاضي المدني، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها.

(2) د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي به في تطبيقات القضاء المصري، ط2، 1995، ص 9.

موضوعي؛ فنعتقد أنّ هذا لا يتماشى تمامًا مع طبيعة الدفع بعدم القبول؛ لأنّ بحث شروط قبول الدعوى يكون سابقاً على بحث الموضوع، فكيف تستنفذ المحكمة ولايتها عندما تبحث في دفع في شروط قبول الدعوى قبل التعرض لموضوع الدعوى.

حجية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول:

إذا كان الدفع بعدم القبول استثنافه لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية موضوع الدعوى الأصليّة، لأنّ هذا الموضوع لم تفصل فيه محكمة أول درجة⁽¹⁾؛ لأنه عندما تحكم المحكمة بعدم القبول فلا تكون قد مسّت أصل الحق ولا تناولت شكل الدعوى⁽²⁾، فإذا حكمت بعدم القبول تكون قد فصلت في شروط وجود الدعوى فلا تكون تطرّقت لموضوعها ولا بحثت شروط صحتها فالموضوع الأصليّ يظلّ دون مساس⁽³⁾، وبالتالي لا يحوز الحكم في الدفع بعدم القبول لانتهاء الصفة حجية الأمر المقضيّ به⁽⁴⁾؛ لأنّ هذه الحجية تكون للأحكام الفاصلة في موضوع الدعوى، أمّا الحكم بعدم القبول لانتهاء الصفة فلا يعدّ

(1) د. أحمد أبو الوفا، نظريّة الدفع، مرجع سابق، ص 862.

(2) د. طلعت دويدار، الوسيط، مرجع سابق، ص 549.

(3) انظر تفصيلاً: د. نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

(4) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص 684.

د. سناء العشري، شروط قبول الدعوى، مرجع سابق، ص 359؛ د. محمود مصطفى

يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص 684.

قضاءً موضوعياً؛ لأنه لا يفصل في موضوع الدعوى⁽¹⁾، إذ إنَّ محكمة أول درجة لو حكمت بعدم القبول فإنها تُقَرَّرُ أنها لم تنتظر موضوع الدعوى، وبالتالي فإذا ألغي حكمها من محكمة الاستئناف، فلا يجوز لهذه الأخيرة أن تنتظر موضوعاً لم ينظر أمام محكمة أول درجة.

لكنّ نعتقد أنّ الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول لا يعدُّ حكماً صادراً في الموضوع؛ لأنه لم يتعرض لموضوع الدعوى، فالبحت والتأكد من مدى توافر شروط قبول الدعوى لدى الخصوم هو أمرٌ بدّهِيٌّ، يجب التأكد منه قبل البحث في الموضوع؛ لأنه من غير المعقول البحث في موضوع دون بحث لشروط قبوله أولاً، والحكم في هذا الدفع لا يقترب من الحكم في الموضوع، وليس موضوعها، وبالتالي فلا يجوز الحكم الصادر في هذا الدفع حجيةً⁽²⁾. فالحكم في الدفع بعدم القبول يعدُّ من قبيل الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى؛ أي التي تفصل في المسائل الإجرائية التي تثار أثناء سير الخصومة، وهي بعيدةٌ تماماً عن موضوع الحق.⁽³⁾ فهذه الأحكام تجمعها فكرةٌ واحدةٌ، وهي أنها تصدر أثناء نظر الدعوى؛ أي قبل الفصل في الموضوع، ومنها الحكم بعدم

(1) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 266؛ د. وجدي راغب، مبادئ القضاء

المدني، مرجع سابق، ص 502

(2) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية والتجارية، مرجع

سابق، ص 684.

(3) للمزيد انظر: د. رضا سلام، النظام الإجرائي للأحكام الفرعية، رسالة دكتوراه، 2019، ص 22

وما بعدها.

قبول الدعوى لانتفاء الصفة⁽¹⁾. ومن الواضح أنّ الحكم بعدم قبول الدعوى لا يفصل في موضوع الدعوى، بل يقدر هل يتوافر سلطة للخصم في الالتجاء للقضاء أو لا⁽²⁾؟

فقبول الدفع بعدم القبول لا يمنع من رفع الدعوى مرةً أخرى، ولا يحوز حجيةً، ولا تستنفد المحكمة ولايتها بشأن ذلك. وإذا حكمت محكمة الاستئناف في الموضوع دون إعادته لمحكمة أول درجة، فإنها تكون بذلك تجافي مبدأ التقاضي على درجتين.

كما أوضح نظام المرافعات الشرعية السعودي كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول والحكم فيه، من أن الأصل أن تفصل المحكمة فيه استقلاً، أي قبل الفصل في موضوع النزاع؛ لأن هذا الفصل المبكر قد يُغنيها عن النظر في الموضوع، مما يوفر الوقت والجهد والنفقات بتحقيق ما يُعرف بمبدأ الاقتصاد الإجرائي.

فإذا قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم القبول، فلن تنتظر الموضوع، حيث تنتضي الخصومة بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع⁽³⁾، إلا إذا كان

(1) د. رمزي سيف، الوجيز، مرجع سابق، ص 538. وقرب من هذا: د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 395.

(2) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 444.

(3) أحمد عبد الحليم ابن تيمية: الحسبة في الإسلام، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ط، د. ت، ص 7، 8. ونقله ابن القيم الجوزية في كتابه الطرق الحكمية في السياسة. ص

المقتضى الناقص الذي أدى إلى نشأة الدفع بعدم القبول والحكم فيه، مما يُمكن تصحيحه مثل الدفع بعدم القبول الناتج عن انعدام الأهلية. ففي هذه الحالة يحق للمدعي رفع دعواه مرة أخرى إلى نفس المحكمة بعد استكمال المقتضى الناقص من أجل أن تفصل في النزاع. ففي هذه الحالة يحق للمدعي رفع دعواه مرة أخرى إلى ذات المحكمة بعد استكمال المقتضى الناقص من أجل أن تفصل في النزاع. ورغم أن المنظم بين أن الأصل أن تفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول على وجه الاستقلال دون أن تضمه إلى موضوع النزاع، إلا أن المنظم منح المحكمة سلطة تقديرية في ضم الفصل في الدفع بعدم القبول إلى موضوع الدعوى على أن تبين ما حكمت به في كل من الدفع والموضوع ، على أن ضم الدفع إلى الموضوع لا يمنع من قبول الدفع أو رده ، وعلى المحكمة بيان أسباب ذلك في الحكم (1)

وضم الفصل في الدفع بعدم القبول إلى موضوع النزاع لا يُتصور إلا في الأحوال التي يُحكم فيها بعدم قبول الدفع؛ لأن قبول الدفع بعدم القبول يهدف إلى تجنب المحكمة النظر في الموضوع ، وتنقضي الخصومة بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع والطعن في الحكم بعدم القبول له نظام خاص به ؛ فهو لا يخرج عن امرين : الأول : إما أن يكون الحكم بعدم القبول حكماً حاسماً منهيماً للخصومة، مثل: الحكم بعدم القبول لفوات ميعاد الاعتراض على الحكم بطلب

317. كذلك. ابن خلدون ورسالته للقضاة مزبل الملام عن حُكَّام الأنام، (دار الوطن ،

الرياض ، السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧ هـ)، ص ٨٤ ، ص ٣١٧

(1) القاضي عبدالله ال خنين، الكاشف، ج1، مرجع سابق، ص346

التمييز أو لسبق الفصل في الدعوى، وبالتالي يجوز للمدعى عليه الطعن في الحكم بعدم القبول على وجه الاستقلال،⁽¹⁾ أي من غير ضم الطعن فيه إلى الحكم الصادر في الموضوع.

وإذا كان الحكم بعدم القبول غير منهي للخصومة، مثل: الحكم بعدم قبول الإدخال و التدخل، فإنه لا يحق للخصم الاعتراض على هذا الحكم إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في الموضوع⁽²⁾، وذلك وفقا لنص المادة 178 التي تنص على أنه: " لا يجوز الاعتراض على الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في الموضوع، ويجوز الاعتراض على الحكم الصادر بوقف الدعوى وعلى الأحكام الوقتية والمستعجلة والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص قبل الحكم في الموضوع لا يترتب على الاعتراض على الأحكام الوقتية والمستعجلة والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري وقف تنفيذه " هذه المادة توضح إلى أن الأصل في الأحكام الفرعية التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى؛ أنها لا تقبل الطعن المباشر إذا كانت مما لا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها. فما يصدره القاضي من أحكام أثناء سير الدعوى قبل الحكم الذي تنتهي به الخصومة كلها أو بعضها لا يُعترض عليه إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في موضوع الخصومة منهيًا لها مثل: الحكم

(1) انظر تفصيلا : فهد نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية

السعودي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 279

(2) انظر د. طلعت دويدار ، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع

سابق، ص 184 ومابعدها

بعدم قبول الدفع، واستثنى المنظم من الأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة ومع ذلك يجوز الاعتراض عليها استقلاً قبل الحكم في الموضوع، وهي: الحكم الصادر بوقف الدعوى، وبعدم الاختصاص أو بالإحالة، والأحكام الوقتية والمستعجلة (1)

والطعن في الحكم بقبول الدفع بعدم القبول لا يطرح على محكمة الطعن إلا المسألة المتعلقة بالدفع فقط حسبما تكون المصلحة أو الصفة أو الأهلية دون أن تتعرض محكمة الطعن لنظر الموضوع الأصلي للدعوى؛ لأنه لم يفصل فيه بعد من محكمة الموضوع "محكمة أول درجة"، فيجب عليها أن تحيل الدعوى لمحكمة الموضوع التي أصدرت الحكم الفرعي في الدفع حتى لا تفوت على الخصم درجة من درجات التقاضي؛ ولأن نظام القضاء السعودي الجديد أخذ بمبدأ تعدد درجات التقاضي " محاكم الدرجة الأولى - محكمة الاستئناف - المحكمة العليا " (2)

. والأثر المترتب على قبول الدفع يتوقف على الأسباب التي بُني عليها الدفع بالإضافة إلى نوع الدفع ذاته، ففي بعض الأحيان يترتب عليه زوال إجراءات الخصومة، ويكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به. وفي حالات أخرى مثل أن يكون الدفع مبنياً على أساس تخلف الصفة أو انعدام الأهلية، فإنه يصح أن يجدد المدعي دعواه إذا توافرت صفته أو تحققت أهليته ، وكذلك الحال

(1) د. طلعت دويدار ، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق،

ص187 وما بعدها

(2) انظر تفصيلاً : فهد نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية

السعودي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 280 وما بعدها

بالنسبة للدفع بسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى
المطالبة بالحق⁽¹⁾.

ونخلص من ذلك إلى أن قبول الدفع بعدم القبول لا يمنع من رفع الدعوى
مرةً أخرى، ولا يحوز حجية، ولا تستنفد المحكمة ولايتها بشأن ذلك.

⁽¹⁾ د.فؤاد عبد المنعم احمد، والمستشار الحسين علي غنيم، احكام الدفوع في نظام المرافعات
الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص135

الخاتمة

بعد البحث في موضوع الدفع بعدم القبول، سوف نكتفي بأن تكون هذه الخاتمة عبارة عن نتائج وتوصيات، وذلك على النحو التالي:

أولاً- نتائج البحث:

- 1- الدفع بعدم القبول دفعٌ يُوجَّهُ إلى الحماية القضائيَّة المطلوبة بهدف إنكار حقِّ طالباها. لذلك فهو لا يستند ولاية المحكمة بالفصل فيه.
- 2- الدفع بعدم القبول هو دفع من الدفوع المطلقة من جهة وقتها، وبالتالي يجوز التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى.
- 3- شروط قبول الدعوى إما أن تكون شروطاً سلبية وهي عدم فوات ميعاد الدعوى، عدم الاتفاق على التحكيم، سابقة الفصل فيها. وإما شروطاً إيجابية كتوافر شرط الصفة والمصلحة. وهناك حالات تحكم فيها المحكمة بصرف النظر لعدم تحرير الدعوى.
- 4- الأهلية ليست شرطاً من شروط قبول الدعوى، وإنما هي شرط لصحة الإجراءات يترتب على تخلفها جزاء البطلان وليس عدم القبول.
- 5- اختلاف أهلية التقاضي عن الصفة في التقاضي.
- 6- الدفع بعدم القبول هو دفع مستقل بذاته له طبيعته الخاصة التي تميزه عن الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية.
- 7- حالات وصور الدفع بعدم القبول في نظام المرافعات واردة على سبيل المثال لا الحصر

8 - عرف الفقه الإسلامي الدفع بعدم القبول بمسميات متعددة، وهي: عدم القبول وعدم السماع ودفع الخصومة.

9- يستخدم القضاء مصطلحات بديلة عن مصطلح عدم القبول الوارد في نظام المرافعات الشرعية السعودي، كما تستخدم مسببات في الحكم بديلة عما هو مقرر في النظام، كالحكم بصرف النظر وعدم سماع الدعوى وأحيانا الحكم برد الدعوى.

10- الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها هو نوع من أنواع الدفع بعدم القبول وليس دفع مستقل بذاته.

ثانياً - التوصيات:

1- **تقترح الدراسة ضرورة إضافة** شرط الصفة في نص المادة الثالثة من نظام المرافعات السعودي بجانب شرط المصلحة ليصبح نص المادة كالاتي: **“لا يقبل اي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه صفة ومصلحة قائمة مشروعة“**

2- **تقترح الدراسة تعديل نص المادة 76** من نظام المرافعات الشرعية بحذف شرط الاهلية من شروط قبول الدعوى لتصبح تنص في الفقرة الاولى منها على ان "1-الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها، أو الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو المصلحة أو لأي سبب آخر..... " . وكذلك حذف الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من نص المادة. وذلك نظرا لكونه من طائفة الدفع بعدم القبول.

3- تقترح الدراسة تفعيل مصطلح "عدم القبول" في الأحكام القضائية الخاصة بانتفاء شروط قبول الدعوي. إذ تبين للباحثة بعد البحث عدم استخدام القضاء لذلك المصطلح في الأحكام القضائية على الرغم من نص النظام عليه.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العربية:

- 1- إبراهيم بن علي ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، طبعة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م)، ج ١.
- 2- إبراهيم حرب محيسن، النظرية العامة للدفع المدنيّة - دراسة مقارنة، عمان، دار الفلاح، 2008.
- 3- ابن خلدون ورسالته للقضاة مزيل الملام عن حُكّام الأنام، (دار الوطن، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ).
- 4- أجياد ثامر الدليمي، أحكام قطع السير في الدعوى المدنيّة وآثاره القانونيّة، الجيل العربي، الموصل، 2009.
- 5- أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحقّ الإجمالي، النظرية العامة للحقّ الإجمالي، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 2013.
- 6- أحمد أبو الوفا، نظريّة الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1985.
- 7- أحمد خليل، قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 1996.
- 8- أحمد صدقي محمود، الوجيز في نظام المرافعات الشرعية، 2020.
- 9- أحمد عبد الحليم ابن تيميه : الحسبة في الإسلام، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، ت.

- 10- أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضيّ به في تطبيقات القضاء المصري، ط2، 1995.
- 11- أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، 1978.
- 12- أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج2، ط 13، طبعة نادي القضاة، 2016.
- 13- أحمد هندي، قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2021.
- 14- أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 15- جليل فسطو القواعد العامة للمرافعات المدنية في القانون العربي المقارن، دراسة مقارنة، دار الثقافة ط 1، بيروت، 1975م.
- 16- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم : البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ج7.
- 17- سعد بن محمد بن علي ال ظفير، قواعد المرافعات الشرعية فقها ونظاما، الرياض، 1432/2011هـ.
- 18- سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية، 1995.
- 19- طلعت دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
- 20- —، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية الجديد ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، دار حافظ، 2015.
- 21- —، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، وما بعدها

- 22- عباس زياد السعدي، النافع في قضاء المرافعات المدنيّة والتجاريّة، بغداد، 2016.
- 23- عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي، ج1، دار بن فرحون، 1433هـ/2012.
- 24- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
- 25- علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنيّة، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندرية، 1996.
- 26- فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربيّة، 2017.
- 27- —، نظرية البطلان، دار النهضة العربيّة، 1997.
- 28- فؤاد عبد المنعم أحمد، والمستشار الحسين علي غنيم، أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، المكتب العربي الحديث، 2002.
- 29- كمال محمد عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء، الطبعة الثالثة، 1995.
- 30- محمد علاء الدين أفندي ابن عابدين، حاشية قرّة عيون الأخيار، ج ١١.
- 31- محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التقاضي، دار النهضة العربيّة، 2015.
- 32- نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1981.

- 33- —، الوسيط في قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2011.
- 34- هشام الطويل، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات والقوانين الخاصّة، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1981.
- 35- وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربيّة، القاهرة، ط 3، 2001.

ثانياً: الرسائل العلمية:

- 1- إبراهيم أمين النفاوي، مسئوليّة الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987.
- 2- أحمد عبد المجيد أحمد خليل، استنفاد الولاية الأصليّة للمحكم وحدود ولايته التكميليّة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندريّة، 2019.
- 3- أحمد محمد أحمد حشيش، الدفع بعدم قبول الدعوى في قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندريّة، 1986.
- 4- رضا سلام، النظام الإجرائي للأحكام الفرعيّة، رسالة دكتوراه، 2019.
- 5- فهد نافع السلمي، الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربيّة للعلوم الأمنيّة، كلية الدراسات العليا، 1429/2008هـ.
- 6- ماجد حامد عبد الهادي، الدفع بعدم القبول، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندريّة، 2018.
- 7- محمود الحسيني، المصلحة كأساس للدعاء المدني، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2022.

8- هايدي البلتاجي، الصفة في الدعوى، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية،
2021،

ثالثاً: الأبحاث والدوريات:

1- عبد الرحمن خالد عايد، شروطُ الدعوى في نظامِ المرافعاتِ الشرعيةِ
السعودي، دراسةً فقهيةً مقارنةً، بحثٌ منشورٌ بجامعةِ الإمامِ محمد بنِ
سعودِ الإسلامية - الجمعيةُ العلميةُ القضائيةُ السعودية، العددُ 9،
2017.

2- عبد الله بن محمد بن سعد ال جنين، بحث بعنوان الدفع المؤقتة
والمطلقة، مجلة العدل، العدد 48 شوال، 1431.

3- عثمان خلك، ضمانات الخصومة القضائية في نظام المرافعات الشرعية
السعودي، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، المجلد 14، العدد6،
2021.

4- فارس علي عمر الجرجري، الدفع بعدم القبول، مجلة الرافدين للحقوق،
المجلد 10، العدد 37، السنة 2008.

5- مجلة الاحكام العدلية، درر الحكام شرح مجلة الاحكام (4-185)

6- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون، من منشورات
وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية والمقدسات، 1972.

7- محمود محمد هاشم، استنفاد ولاية القاضي المدني في قانون القضاء
المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، 1984 المجلد الأول
والثاني.

8- وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، مجلة كلية الحقوق، جامعة
عين شمس، العدد الأول، س18، 1978.

أبحاث الاقتصاد والمالية العامة

المنظومة القانونية المصرية المنظمة للتكنولوجيا المالية
**"The Egyptian Legal System Regulation
Financial Technology"**

دكتور

محمد صبري أبوزيد عيد

مدرس الاقتصاد والمالية العامة

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

المخلص:

هدفت هذه الدراسة لمعالجة موضوع التكنولوجيا المالية، مع الإشارة الى عدة تجارب دولية، وتعتبر التكنولوجيا المالية وما تقدمه من خدمات ومنتجات وحلول مبتكرة أحد أهم المجالات الواعدة على مستوى العالم، وتعد أحد الركائز الإستراتيجية الأساسية في الإطار العام الذي وضعتة الدولة المصرية للتحول من المجتمع النقدي إلى المجتمع اللانقدي، وانطلاقاً من الدور الذي تؤديه التكنولوجيا المالية في تطوير القطاع المالي؛ تكمن أهمية البحث في بيان دور البيئة التشريعية في مواجهة تحديات التكنولوجيا المالية. فضلاً عن إبراز واقع التكنولوجيا المالية في مصر، ومدى قدرتها في إتاحة الخدمات المالية للفئات المهمشة والأكثر احتياجاً لخدمات مالية ذات تكلفة أقل وأيسر وسهلة الحصول عليها، وفي ضوء حرص الدولة المصرية على مواكبة هذا التطور التكنولوجي وتسعى الدولة للتحول نحو مجتمع رقمي، وإيماناً منها نحو تقليل الفجوة الرقمية بيننا وبين الدول المتقدمة، فقد تبنت الدولة إستراتيجية للتنمية المستدامة أطلقتها في فبراير 2016 (رؤية مصر 2030)، فضلاً عن قيام البنك المركزي المصري تحت رعاية محافظه أطلق إستراتيجية قومية في مارس 2019 تحت اسم "التكنولوجيا المالية والابتكار" تهدف إلى أن تكون مصر مركزاً للتكنولوجيا المالية، لكن رغم ذلك فلاتزال مصر تواجه العديد من العقبات والتحديات في ظل دورها الريادي في أفريقيا حيث تأمل مصر وفقاً لإستراتيجية البنك المركزي المصري، والذي يسعى من خلالها بأن تكون مصر مركزاً للتكنولوجيا المالية في العالم العربي والأفريقي، إلا أن الأمر يتطلب بذل مزيد من الجهد خاصة في مجال البحث والتطوير في مجال التكنولوجيا المالية؛ وذلك لسد الفجوة الرقمية بين الدول النامية في القارة وبقية دول العالم المتقدم، خاصة وأننا لا زلنا

مستوردين للتكنولوجيا من هذه الدول، ولذلك لا بد من تنمية الوعي والمعارف بقضايا الفينتك، وكيفية توظيفها واستخدامها كوسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وذلك عن طريق عقد الدورات والندوات من قبل متخصصين في مجال هذه التقنية الجديد، وضرورة نشر الثقافة المالية على مستوى الجمهورية من خلال عمل مقررات دراسية بالمدارس والجامعات تحتوي على التحول الرقمي وأهميته في تحقيق التنمية المستدامة، ووضع نماذج ونظم للحماية من المخاطر المتعلقة بالتكنولوجيا المالية من أجل كسب ثقة المستهلكين واستعمالهم لها، والعمل على توفير مناخ آمن للاستثمار في التكنولوجيا المالية من خلال التوجيه المستمر من قبل الحكومة والبنك المصري حتى تصل في النهاية الي تحقيق استدامة مصرفية وغير مصرفية.

الكلمات المفتاحية:

التكنولوجيا المالية، الشمول المالي، البلوكشين، التمويل المتكامل أو المضمن، الحوسبة السحابية، العملات المشفرة، المستشار الألى، التكنولوجيا التنظيمية.

المقدمة

(1) موضوع البحث:

يشهد العالم اليوم العديد من التغيرات الهيكلية والتطورات التي تطرأ على الاقتصاد سواء على المستوى القومي أو العالمي، فدائماً هناك تغيير مستمر من فترة زمنية لأخرى يطرأ على النظام الاقتصادي أو طريقة الإنتاج الموجودة في المجتمع التي بدأت بالطريقة البدائية ثم نظم الرق، والاقطاع، إلى أن جاءت الثورة الصناعية في منتصف القرن الثامن عشر، وبدأت طريقة الإنتاج الرأسمالية تفرض نفسها في أوروبا، ثم بعد ذلك جاء النظام الاشتراكي، ولكن مع تفكك الاتحاد السوفيتي تم العودة مرة أخرى إلى طريقة الإنتاج الرأسمالية واقتصاد السوق⁽¹⁾.

ونجد أنه يتزدد في الفترة الأخيرة مصطلح جديد يسمى الاقتصاد الرقمي Digital economy أي الذي يعتمد على تكنولوجيا المعلومات Information Technology، وقد ساعد على انتشار تلك المصطلحات تفجر الثورة الصناعية الرابعة وما أحدثته من سيادة مطلقة للرقمنة Digitization.

والواقع أن هذه الثورة الأخيرة التي نعيش في ظلها لم تأتي نتيجة ضربة حظ عارض أو وليدة الصدفة، وإنما نتيجة للتراكم المتسارع والإنجازات

(1) لمزيد من التفاصيل حول موضوع النظم الاقتصادية انظر: أ. د/ مجدي محمود شهاب، أ. د/ أسامة محمد الفولي، مبادئ الاقتصاد السياسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 165: 209، أ. د/ سوزي عدلي ناشد، محاضرات في الاقتصاد السياسي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2020، ص 167: 204.

والمبتكرات المتواصلة لثلاث ثورات سابقة عليها، وكان السبب في ظهور هذه الثورات الطفرات المتلاحقة في مجال الإنتاج البشري.

فقد مرت البشرية بأربع ثورات صناعية بدأت بثورة البخار في القرن الثامن عشر، ثم جاءت ثورة الكهرباء في أواخر القرن التاسع عشر، مروراً بالثورة الصناعية الثالثة في النصف الثاني من القرن العشرين وتعرف بثورة الإلكترونيات، إلى أن جاءت الثورة الصناعية الرابعة، وبداية جديدة للرقمنة.⁽¹⁾

وننوه إلى أنه نحن نعيش الآن في ظل إرهابات الثورة الصناعية الخامسة، والتي انطلقت مع بداية انطلاق مؤتمر المناخ COP-27 ولعل ما يميزها تطبيقات الذكاء الاصطناعي Intelligence Artificielle، وقد جاءت هذه الثورة لإعادة التصالح بين الإنسان والآلة (الروبوتات)⁽²⁾ وبين الإنسان والبيئة حتى تكون التنمية في النهاية أكثر إنسانية وأكثر شمولاً وأكثر استدامة.

(1) جدير بالذكر يرجع الفضل في ظهور مصطلح الثورة الصناعية الرابعة إلى الحكومة الألمانية ثم انتشر استخدامه بعدما قام كلاوس شوب بوضع مصطلح الثورة الصناعية الرابعة عنواناً لكتابه في عام 2016. لمزيد من التفاصيل راجع باللغة الإنجليزية:

،Schwab Klaus The Fourth Industrial Revolution, World Economic Forum, 2016, P.P.7:8

وباللغة العربية أنظر د. إيهاب خليفة، مجتمع ما بعد المعلومات - تأثر الثورة الصناعية الرابعة على الأمن القومي، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص 17: 18.

(2) Nicoletti Bernado, Banking 5-0."How Fintech will Change Traditional Banks in the new normal post pandemic, springer nature, Roma, Italy, 2021, p.p. 15:16.

متاح عبر الرابط الآتي: <http://www.palgrave.com/gp/series>

وبالتالي أضحت الرقمنة إحدى ركائز اقتصاد القرن الحادي والعشرين؛ وذلك بسبب ما أحدثته من تطور تكنولوجي سريع في المجال الاقتصادي، فقد تأثرت جميع قطاعات النشاط الاقتصادي بسبب المنظومة التكنولوجية والتقنيات الحديثة والابتكارات المالية التي لا نظير لها، كل ذلك ساعد على تفجر وانتشار مصطلح جديد يطلق عليه التكنولوجيا المالية.

وعليه فقد أثرت الثورة الصناعية الرابعة وخاصة مع سيادة التحول الرقمي بشكل كبير على الصناعة المصرفية (المالية) آلية حديثة تستخدم التقنيات التكنولوجية المبتكرة في القطاع المالي _مصرفي وغير مصرفي_ لدعم وتيسير الأنشطة والخدمات المالية من خلال التطبيقات أو البرامج أو المنصات الرقمية أو الذكاء الاصطناعي أو السجلات الإلكترونية⁽¹⁾. ولعل كانت البداية الأولى في ظهور وانتشار هذه الخدمات في نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية خاصة في البنوك الكبرى مثل Citibank و Chase.⁽²⁾

ف نجد أن التكنولوجيا المالية قد أحدثت تطوراً غير مسبوق في القطاع المالي، فبعد أن كان يتم تقديم الخدمات والمعاملات المالية في الصورة التقليدية، فيفضل هذه التكنولوجيا أصبح يتم تقديمها في صورة إلكترونية أو رقمية وبطريقة أيسر وتكلفة وجهد أقل من خلال التعامل مع الحاسوب أو الهواتف أو ما يعرف بقنوات التكنولوجيا المالية.

وانطلاقاً لما يشهده العالم من تقدم غير مسبوق في مجال التكنولوجيا

(1) انظر المادة (2) الفقرة الخامسة من القانون رقم 5 لسنة 2022 الخاص بتنظيم التكنولوجيا المالية في مصر.

(2) Nicoletti; B., op. cit, p.22.

التي أصبحت محركاً أساسياً في شتى المجالات، وبصفة خاصة دورها في تطور وسائل تقديم الخدمات والمنتجات المصرفية وغير المصرفية، وفي ضوء حرص الدولة المصرية على مواكبة هذا التطور التكنولوجي ومساعي الدولة للتحول نحو مجتمع رقمي، وإيماناً منها نحو تقليل الفجوة الرقمية بيننا وبين الدول المتقدمة، فقد تبنت الدولة إستراتيجية للتنمية المستدامة أطلقتها في فبراير 2016 (رؤية مصر 2030) وتتكون من ثمانية أهداف من بين هذه الأهداف الهدف الثالث وهو العمل على تحقيق اقتصاد قائم على المعرفة والسعي نحو تعزيز الشمول المالي.⁽¹⁾

فضلاً عن قيام البنك المركزي المصري تحت رعاية محافظه قد أطلق إستراتيجية قومية في مارس 2019 تحت اسم "التكنولوجيا المالية والابتكار" تهدف إلى أن تكون مصر مركزاً للتكنولوجيا المالية في العالم العربي وأفريقيا وتكوين كوادر تسعى نحو الابتكار.⁽²⁾

وفي المقابل وإنطلاقاً من كون النظام الاقتصادي والتنظيم القانوني ذات تأثير متبادل، فإن تنفيذ أي سياسة اقتصادية يحتاج إلى وضع تنظيم قانوني

(1) المصدر: وزارة التخطيط والتنمية والاقتصادية، رؤية مصر 2030، متاح عبر الرابط الآتي:

-<http://mped.gov.eg>-(Last Visited 19/12/2022)

(2) the central bank of Egypt's, fintech and Innovation strategy, December, 2019 p.p 4:15

متاح عبر الرابط التالي:

<http://fintech.cbe.org> (last visited 18/1/2023)

يسهل ويبسط إمكانية تنفيذها على أرض الواقع⁽¹⁾، ومن ثم كان لزاماً على الدولة لمواكبة هذا التطور أن تقوم بسن التشريعات التي تنظم استخدام التكنولوجيا وتطبيقاتها في القطاع المالي، وذلك لإحكام الرقابة والإشراف على مستخدمي التكنولوجيا المالية أثناء تقديم الخدمات والمنتجات المالية.

وبالفعل لم تتوان الدولة المصرية ولم تغفل عن هذه الحقيقة وقامت السلطة التشريعية باتخاذ أولى خطواتها وأصدرت لنا قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم 194 لسنة 2020، وخصصت في صلب هذا القانون باباً كاملاً لينظم استخدام التكنولوجيا المالية أثناء تقديم الخدمات المالية المصرفية⁽¹⁾.

وإذا أمعنا النظر نحو اسم القانون سالف الذكر سنجد أن نطاق تطبيقه ينحصر على المؤسسات المالية المصرفية فقط، وهي البنك المركزي والبنوك التجارية المسجلة لدى سجل البنك المركزي وهي ثمانية وثلاثون بنكاً وشركات الصرافة، ولما كان هذا القانون يخرج عن نطاق رقابته مؤسسات مالية أخرى لا تقل أهمية عن المؤسسات المصرفية بل وتتنافس البنوك في تقديم الخدمات والمنتجات المالية غير المصرفية في صورة إلكترونية عن طريق استخدام التكنولوجيا المالية كان لا بد من التفكير نحو إصدار تشريع ينظم استخدام هذه المؤسسات للتكنولوجيا المالية.

ولأهمية هذه المؤسسات كونها تقوم بتقديم الخدمات المالية، وإدخال

(1) انظر في ذلك: أ. د/ مجدي شهاب، أ. د/ أسامة الفولي، مبادئ الاقتصاد السياسي، مرجع سابق، ص 27.

(2) انظر الباب الرابع من قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020

صناعات جديدة تتحدى بها المؤسسات المصرفية⁽¹⁾، فضلاً عن كونها تستخدم التكنولوجيا المالية لتقديم خدماتها المالية، وبسبب أنها لا تخضع لرقابة البنك المركزي ومن ثم عدم تطبيق الباب الرابع من قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020. فقد أحسن المشرع المصري صنعاً حينما أصدر القانون رقم 5 لسنة 2022 لتنظيم وتنمية استخدام التكنولوجيا المالية غير المصرفية، وذلك بكونه أولى القوانين المصرية التي أشارت الي استخدام تطبيقات وتقنيات الذكاء الصناعي في القطاع المالي.

ومن ثم أصبح يوجد لدينا قانونين ينظما التكنولوجيا المالية في مصر الأول يتعلق بالمؤسسات المالية المصرفية وهو القانون رقم 194 لسنة 2020 والآخر يخص المؤسسات المالية غير المصرفية حيث تخضع للقانون الجديد رقم 5 لسنة 2022، فضلاً عن قوانين أخرى تنظم مسائل الدفع الإلكتروني مثل قانون الدفع الإلكتروني رقم 18 لسنة 2019، وغيرها من القوانين التي سنتحدث عنها في صلب هذا البحث.

وفي سياق ما تقدم نجد أن التكنولوجيا المالية وما تقدمه من خدمات ومنتجات وحلول مبتكرة أحد أهم المجالات الواعدة على مستوى العالم، وذلك لقدرتها على استخدام الآليات والتقنيات التكنولوجية الحديثة والاستفادة منها في توسيع نطاق تقديم الخدمات المالية والتي تساعد بشكل كبير في زيادة كفاءة الخدمات المالية مما يترتب عليه من تأثير إيجابي على الاقتصاد القومي، ومن ثم تعد الفينتك أحد الركائز الإستراتيجية الأساسية في الإطار العام الذي وضعتة

(1) د. د. عمار المياحي، د. ليلي فوزي، السياسات المصرفية - الشمول المالي - الاستدامة المصرفية، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2020، ص 145.

الدولة المصرية للتحويل من المجتمع النقدي إلى المجتمع اللانقدي cashless society.

والواقع أن مصر تعد سوقاً جذاباً للاستثمارات في مجالات التكنولوجيا المالية فهي تصنف ضمن أكبر رابع دول أفريقيا وأكثرهم نشاطاً في مجال التكنولوجيا المالية من حيث أعداد الشركات الناشئة، وإجمالي حجم الاستثمارات في هذا المجال في قارة أفريقيا (1).

في حين تحتل المرتبة الثانية على مستوى منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا من حيث حجم الاستثمارات في مجال التكنولوجيا المالية (2).

(2) أهمية البحث:

انطلاقاً من الدور الذي تؤديه التكنولوجيا المالية في تطوير القطاع المالي تكمن أهمية البحث في بيان دور البيئة التشريعية في مواجهة تحديات التكنولوجيا المالية.

فضلاً عن إبراز واقع التكنولوجيا المالية في مصر، ومدى قدرتها في إتاحة الخدمات المالية للفئات المهمشة والأكثر احتياجاً لخدمات مالية ذات تكلفة أقل وأيسر وسهولة الحصول عليها.

(3) إشكالية البحث:

يدور البحث حول إشكالية رئيسية تُثار في السؤال الآتي:

- مدى تغطية المنظومة التشريعية لكافة المعاملات الإلكترونية والرقمية؟ أو

(1) تقرير "Fin Tech Times Arab" لعام 2021.

(2) تقرير "Fin Tech Venture Investments" الربع الثالث، 2021.

بعبارة أخرى مدى إمام وكفاية التشريع بكافة الجوانب القانونية التي تنظم قطاع التكنولوجيا المالية في مصر؟

ويتفرع عن السؤال الرئيسي عدة تساؤلات فرعية على النحو التالي:

- ماهية التكنولوجيا المالية؟

- ما هو الهيكل التنظيمي للتكنولوجيا المالية في مصر، ودورها في تطوير الخدمات المالية؟

- وما هي العقبات التي تحول دون تطبيق التكنولوجيا المالية بحيث تشمل كافة الخدمات المالية حتى نصل إلى تحقيق الشمول المالي باعتباره الهدف الأسمى من القانون الخاص بتنظيم التكنولوجيا المالية في مصر؟

(4) أهداف البحث:

بعد عرض التساؤلات السابقة فإن هذا البحث يهدف إلى:

أ - التعرف على نشأة التكنولوجيا المالية وإظهار ماهيتها وما يرتبط بها من مفاهيم.

ب - بيان التشريعات الوطنية التي تناولت تنظيمها.

ج - الوقوف على جهود مصر في تبني وتطوير صناعة التكنولوجيا المالية، مع بيان واقع شركات التكنولوجيا المالية في الشرق الأوسط.

د - الخروج بالنتائج والتوصيات حول الدور الذي تلعبه التكنولوجيا المالية في تحقيق استدامة مصرفية وغير مصرفية.

(5) منهجية البحث:

لكي نتمكن من الإجابة على التساؤلات السابقة تم إتباع المناهج الآتية:

- المنهج الوصفي:

حيث الاعتماد على جمع البيانات والمعلومات من المصادر والمراجع المختلفة حتى يتم التعرض لموضوع التكنولوجيا المالية من شتى الجوانب.

- المنهج التحليلي:

من خلال التعرض للبيانات والاحصائيات الصادرة عن الجهات الرسمية للدولة وتخص موضوع التكنولوجيا المالية في مصر.

- المنهج المقارن:

حيث تم الاعتماد على المنهج المقارن في مجال التكنولوجيا المالية من أجل الاستفادة من تجارب الدول المختلفة بشأن هذا الموضوع، ومن أجل تحقيق استدامة مصرفية وغير مصرفية فضلاً عن التعرض لمعوقات وتحديات تطبيق التكنولوجيا المالية.

(6) حدود البحث:

يتم تقسيم حدود البحث وفقاً للآتي:

- **الحدود المكانية:** حيث تم التعرض لماهية التكنولوجيا المالية وكيفية تنظيمها، ودورها في تحقيق الاستدامة المالية بجمهورية مصر العربية، فضلاً عن الإشارة إلى تطبيقات بعض الدول لفكرة التكنولوجيا المالية.

- **الحدود الزمانية:** آثرت أن يكون النطاق الزمني للبحث في الفترة الزمنية من عام 2014 إلى عام 2021، وذلك لأن عقدة الفترة هي نقطة الانطلاق للخطة الاستراتيجية لمصر والمعروفة برؤية مصر 2030 والتي تهدف إلى تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وبيئية في شتى المجالات، بالإضافة إلى أن التشريعات التي تناولت التكنولوجيا المالية بالتنظيم حديثة نسبياً وأغلبها - إن لم

يكن قبلها- قد صدر في هذه الفترة، أضيف الى ذلك يعد عام 2014 هو بداية تكوين الشركات الناشئة في مجال الفينتك

(7) الدراسات السابقة:

تناولت العديد من الأبحاث التكنولوجية المالية ولكن يختلف كل بحث عن الآخر حيث يركز كل بحث على محور معين للدراسة باختلاف الهدف من اعداد البحث، ولعل ما يميز دراستنا هو تناولها للجانب التشريعي، فلم يكن المشرع المصري غائباً عن ما يستخدم من تطورات تكنولوجية خاصة فيما يتعلق بالمجال المالي وفيما يلي عدد من الدراسات السابقة:

1_دراسة (ريهام أحمد ممدوح)⁽¹⁾ وهدفت الدراسة إلى إظهار قدرة التكنولوجيا المالية لربط المستهلكين بالخدمات المالية وتحقيق مزايا الادخار والاقتراض وتحويل الأموال في مصر، ورأت الدراسة أنه يمكن الوصول إلى الخدمات المالية بكل سهولة ودون أدنى تعقيد عن طريق قنوات التكنولوجيا المالية مثل Mobile banking، وقد انتهت الدراسة بأن التكنولوجيا المالية يمكن أن تحقق العدالة الاقتصادية بين المستهلكين الماليين غير أنها ليست تلقائية وتحتاج إلى بذل أقصى جهد على المستوى العالمي والوطني.

2_دراسة (Hossam Hussein)⁽²⁾ تهدف هذه الدراسة إلى أنه يمكن الاستفادة

(1) ريهام أحمد ممدوح، أثر التكنولوجيا المالية على العدالة الاقتصادية، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، ديسمبر 2020، ص 127 وما بعدها.

(2) Hossam Hussein, "The Impact of Financial Technology on Financial Inclusion: The Case of Egypt, Journal Of Economic and Finance, vol. 11, Issue6, Ser II (Nov.-Dec 2020) P.P.35-51.

من التكنولوجيا المالية والابتكارات الجديدة لتحقيق الشمول المالي، ولقد توصلت هذه الدراسة إلى أنه بالرغم من الجهود المبذولة والمبادرات الحكومية في مجال التكنولوجيا المالية بالتوازي مع انتشار الإنترنت والهواتف المحمولة، فإن مصر تحتل مرتبة منخفضة في الشمول المالي مقارنة بالدول الإفريقية والعربية، وقد أوصت هذه الدراسة بضرورة الحصول على بيانات دقيقة حول واقع الاقتصاد غير الرسمي الذي يقف حجرة عثرة أمام تحقيق الشمول المالي.

3_ دراسة (The World Bank) ⁽¹⁾ وقد تناولت تجربة دولة كينيا في

استخدامها للتكنولوجيا المالية متمثلة في الهواتف المحمولة، وترى هذه الدراسة إلى أن كينيا استطاعت تحقيق مؤشرات مرتقبة للشمول المالي من خلال استخدام الهواتف المحمولة وذلك بتشغيل منصة M-Pesa التي يمكن من خلالها فتح حسابات و سداد المدفوعات والتحويلات ومنح القروض ⁽²⁾.

(1) The World Bank, What Kenya's mobile money could mean for the Arab World, 2018.

⁽³⁾ والجدير بالذكر أن (M _ PESA) هي منصة يتم من خلالها تحويل الأموال والمدفوعات والتمويل الصغير من خلال الاعتماد على الهاتف المحمول، وقد تم اطلاقها في عام 2007 من قبل أكبر مشغل لشبكات الهاتف المحمول Vodafone, Safaricom، في كينيا. ثم بعد ذلك توسعت الي تنزانيا وموزمبيق ومصر وغانا وأفغانستان. وفيما يتعلق بألية عمل هذه المنصة فهي تتيح للمستخدمين إيداع الأموال في حساب مخزن على هواتفهم المحمولة، وإرسال أرصدة باستخدام رسائل نصية صغيرة مؤمنة برقم التعريف الشخصي (pin) الي مستخدمين آخرين، مقابل تحمل المستخدمين رسوماً رمزية لإرسال الأموال وسحبها باستخدام الخدمة. ولمزيد من التفاصيل راجع الموقع الرسمي لمنصة (M - PESA) عبر الرابط التالي:

www.vodafone.com/m-pesa. (Last visited 18/1/2023)

4_دراسة (Derry D'silva) (1) وقد تناولت هذه الدراسة تجربة الهند وتوصلت إلى أن الهند قد حققت مستويات مرتفعة من الشمول المالي من خلال تطبيقات التكنولوجيا المالية، بواسطة الاعتماد على تطوير البنية الأساسية الرقمية، فجعلت إثبات الشخصية بصورة رقمية من خلال هوية إلكترونية جديدة مسماه Aadhaar، فضلاً عن إنشاء نظام مدفوعات مرتبط بتلك الهوية وقيام الهند في عام 2016 باتخاذ قرار بإلغاء بعض فئات الأوراق النقدية وذلك للتخلص من التعاملات النقدية والتحول للمجتمع اللانقدي.

5_دراسة (ميرفت محمد عبد الوهاب) (2): وقد تناولت هذه الدراسة مدى استفادة الفئات الأكثر احتياجاً للخدمات المالية في مصر. وقد توصلت هذه الدراسة إلى أن التكنولوجيا المالية توفر الخدمات المالية للمستهلكين بشكل أفضل وأسعار أقل. وذلك من خلال الجهود المبذولة من قبل البنك المركزي المصري في إنشاء وحدة التكنولوجيا المالية والابتكار وإعداد استراتيجية خاصة في مجال صناعة التكنولوجيا المالية.

8- خطة البحث

وفي سياق ما تقدم، رأينا تقسيم هذا البحث إلى مبحثين وكل مبحث يحتوي على ثلاثة مطالب وذلك على النحو الآتي:

(1) Derry D'silva, Zuxana Filkova, Frank packer and Siddhar tha Tiwari, The design of digital financial infrastructure, lessons from India- BIS papers, No-106, Dec.2019

(2) د. ميرفت محمد عبد الوهاب، التكنولوجيا المالية ومدى استفادة الفئات الأكثر احتياجاً للخدمات المالية في مصر، مجلة مصر المعاصرة، عدد رقم 547 ليليو 2022، ص 136:89.

المبحث الأول: الإطار العام للتكنولوجيا المالية

المطلب الأول: ماهية التكنولوجيا المالية

المطلب الثاني: مجالات استخدام التكنولوجيا المالية

المطلب الثالث: قطاعات التكنولوجيا المالية عالمياً

المبحث الثاني: الإطار القانوني للتكنولوجيا المالية في مصر

المطلب الأول: البنية التحتية الاقتصادية للتكنولوجيا المالية

المطلب الثاني: البنية التحتية القانونية للتكنولوجيا المالية

المطلب الثالث: معوقات التكنولوجيا المالية وسبل مجابتهها

المبحث الأول

الإطار العام للتكنولوجيا المالية

تمهيد وتقسيم:

يشهد العالم في الآونة الأخيرة تطوراً هائلاً في مجال التكنولوجيا التي أصبحت محركاً أساسياً في شتى المجالات، بل وأصبحت قاطرة النمو والمحرك الأساسي للنمو والتنمية الاقتصادية، طالما نعيش في مرحلة الاقتصاد ما بعد الصناعي الذي يعتمد على المعرفة.

وقد انعكس ذلك على مجال التكنولوجيا المالية التي نالت شوطاً كبيراً من هذا التقدم، حيث تلعب الفينتك دوراً رئيسياً في القطاع المالي من خلال تطور وسائل تقديم الخدمات والمنتجات المالية التقليدية للمواطنين سواء المصرفية أو غير المصرفية وبناءً عليه تعتبر التكنولوجيا المالية صناعة ناشئة تستخدم لتحسين الأنشطة المالية المتعددة. وبالرغم من تنوع التعاريف حولها فإنه يمكننا القول بأنها عبارة عن مزيج أو خليط من النظم التكنولوجية والقانونية يتم استخدامها في دعم الخدمات المالية حتى تقدم للجماهير في صورة رقمية أو إلكترونية.

والواقع أنه قد تضاعف حجم الاستثمارات العالمية في قطاع التكنولوجيا -كما سنرى- أكثر من أربع مرات خلال الفترات 2014-2021 سواء في رأس المال المستثمر أو تزايد عدد الشركات الناشئة.

وفي سياق ما تقدم يمكننا تقسيم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية التكنولوجيا المالية

المطلب الثاني: مجالات استخدام التكنولوجيا المالية

المطلب الثالث: قطاعات التكنولوجيا المالية عالمياً

المطلب الأول

ماهية التكنولوجيا المالية

تمهيد وتقسيم:

يشهد القطاع المالي في السنوات القليلة الأخيرة تطوراً غير مسبوق سواء من حيث استخدام وسائل دفع جديدة جنباً إلى جنب مع الوسائل التقليدية، أو من حيث تطور أدوات التمويل المصرفية أو غير المصرفية خاصة مع تنامي ظاهرة التجارة الإلكترونية وبالتوازي مع انتشار الإنترنت وتطبيقات الثورة الصناعية.

هذا وتلعب التكنولوجيا المالية دوراً هاماً في إمكانية استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في المجال المالي وتقديم الخدمات المالية في صورة إلكترونية عوضاً عن الصورة التقليدية، ومن ثم كان لزاماً علينا توضيح مفهوم التكنولوجيا المالية وإبراز خصائصها ومدى أهميتها في شتى المجالات المالية. وبناء على ما تقدم يتم تقسيم هذا المطلب بغية تحقيق ما سبق إلى المحاور الآتية:-

أولاً: تعريف التكنولوجيا وأهميتها

ثانياً: نشأة التكنولوجيا المالية وتطورها

ثالثاً: مفهوم التكنولوجيا المالية

رابعاً: خصائص التكنولوجيا المالية

خامساً: أهمية ابتكارات التكنولوجيا المالية

أولاً: تعريف التكنولوجيا وأهميتها (1)

بادئ ذي بدء فإن مصطلح التكنولوجيا قد حظي باهتمام كبير في شتى المجالات القانونية والاقتصادية، وقد تعددت الاتجاهات التي تناولت تعريف التكنولوجيا من الجوانب الاقتصادية والقانونية⁽²⁾، ولكن ما يهمنا في هذا البحث هو تعريف التكنولوجيا باعتبارها ابتكار وسائل وأساليب جديدة في العمل والإنتاج بصفة عامة، وفي القطاع المالي بصفة خاصة.

وعليه يمكن تعريف التكنولوجيا بأنها الجانب التطبيقي للعلم في مجالات

(1) جدير بالذكر أن لفظة التكنولوجيا تختلف عن الفن "art" وبين العلم البحث في مدلوله المنهجي لفظة الفن تشير منهجياً إلى العمل الذي يندفع به الإنسان اندفاعاً فطرياً لإشباع حاجاته. ومع التقدم والممارسة عن طريق الخطأ أو الصواب يعمل الإنسان على تطوير الأشياء لخدمته ومن هنا جاءت لفظة التقنية technique، في حين تعني لفظة العلم وقوف العقل الإنساني على حقائق الظواهر المحيطة به وهو ما أصطلح منهجياً على تسميته بالعلم البحث Pure Science. أما لفظة التكنولوجيا كظاهرة حديثة فتعني الإتقان بقواعده حين يستند إلى الحقائق التي تكشف عنها المعرفة العلمية بالنسبة للأشياء محل التقنية وعليه فالتكنولوجيا تعني في النهاية المعرفة الفنية المستندة على حقائق علمية.

لمزيد من التفاصيل راجع كلاً من:

د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي، 1984، ص4، وما بعدها.

د. سعيد يحيي، تنظيم المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986، ص10، وما بعدها.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتجاهات راجع:

د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دار الفكر الجامعي، 2004، ص38 وما بعدها.

الإنتاج بالمعنى الواسع وهي بهذا المعنى تغطي كافة المجالات ومن ثم توجد التكنولوجيا الصناعية والتكنولوجيا الإدارية وتكنولوجيا التنظيم والتسويق والإعلام، أي أنه يوجد لكل نشاط انساني تكنولوجيته المتميزة.⁽¹⁾

وفي ضوء ما سبق يمكن تعريف التكنولوجيا وفقاً للمفهوم الاقتصادي بأنها مجموعة المعارف المتراكمة والمستمرة من العلم والمنبثقة من عمليات البحث والتطوير واللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى سلع وخدمات.⁽²⁾

ولا شك في أن للتكنولوجيا أهمية في كافة مناحي الحياة البشرية بصفة عامة وعلى النشاط الاقتصادي وخاصة النشاط المالي على وجه الخصوص، حيث تنبع أهميتها في كونها وسيلة لتطوير الموارد الاقتصادية باعتبارها عنصراً جوهرياً من عناصر الإنتاج خاصة مع كون التطور التكنولوجي أصبح يشكل عاملاً جوهرياً في تحقيق التنمية الاقتصادية،⁽³⁾ ومن هنا أصبحت التكنولوجيا

(1) أنظر د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا - دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية - دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1987، ص 62 وما بعدها. كذلك أنظر د. أبو العلا على أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال نقل التكنولوجيا والاستثمار، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، ص 12:13.

(2) Jack Baran son "Technology and the Multinationals, Lexington Books, 1978, P.13

ومن نافذة القول إن المشرع المصري قد تعرض لتنظيم التكنولوجيا ونقلها عبر الحدود في المواد من 72 وما بعدها في قانون التجارة الجديدة رقم 17 لسنة 1999.

(3) I.Sachs: "Environmental quality management and development: some suggestions for action" Working papers of Panel of Experts

العنصر الذي يميز بين الدول الرأسمالية المتقدمة والتي تحتكر هذا العنصر والدول الرأسمالية المختلفة والتابعة لها. (1)

وفي سياق ما تقدم نجد أن هناك تأثيراً لثورة التكنولوجيا على البنوك (القطاع المالي بصفة عامة) سواء في أسلوب عملها أو في أنماط العمليات التي تقدمها للعملاء، لاسيما تلك العمليات التي يتم فيها استخدام الكمبيوتر والتي تنتقل بوسائل البث الإلكتروني. (2) ومن ثم أطلق على الخدمات المالية التي تُقدم في صورة بالتكنولوجيا المالية، إذ أنه مع سيادة الرقمنة وثورة تكنولوجيا الإنترنت والحاسب الآلي قد لعبت دوراً بارزاً في إثراء تطبيقات التكنولوجيا المالية وتعدد قنواتها.

ثانياً: نشأة التكنولوجيا المالية وتطورها (3)

لا جدال في أن التكنولوجيا المالية لم تظهر بين عشية أو ضحاها، وإنما هي كغيرها من التقنيات الأخرى خضعت لتطورات عديدة حتى تصل لنا على الصورة التي توجد عليها اليوم، وعليه فقد مرت بعدة مراحل نوضحها - بإيجاز - في السطور التالية:

on Development and Environmental, Foamex, Switzerland, June, 1971.

(1) د. سوزي عدلي ناشد، محاضرات في الاقتصاد السياسي، مرجع سابق، ص 387

(2) Amelia H. Boss, Electronic Commerce and the symbiotic Relationship between international and Domestic Law Reform, Vol.72, No. 6 Tulane Law Review, 1998, P.P.1931.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع باللغة الإنجليزية. Nicolettic. B., op.cit, p.p.19:26.

(1) المرحلة من 1886 - 1976:

لا ريب في مدى تأثير البنوك والمؤسسات المالية بصفة عامة بالثورات الصناعية -سائفة الذكر- ويظهر هذا التأثير جلياً مع بداية الثورة الصناعية الثالثة حينما تم إدخال التلغراف والذي يسمح بإيصال الأوامر عن بعد. غير أنه كان الغرض منه في بداية الأمر إرسال المعلومات العسكرية وليس دعم الأنشطة المالية، ومع ذلك استفادت البنوك من التنمية الاقتصادية التي حفزها التلغراف. فقد بدأت البنوك في استخدام أجهزة الكمبيوتر المركزية لحفظ السجلات وتخزين المعلومات والبيانات،⁽¹⁾ وإتمام العمليات المصرفية عن بعد. وبالتالي من هنا كانت البداية الحقيقية لاستخدام التكنولوجيا المالية في تبادل المعلومات المالية، ومن ثم كان ابتكار التلغراف هو بداية العولمة المالية في الخدمات المالية⁽²⁾.

(1) لمزيد من التفاصيل: خلود براهيمية وأخرى، دور التكنولوجيا المالية في تطوير القطاع المالي -دراسة حالة البحرين (2016-2020)، رسالة ماجستير -جامعة 8 مايو، الجزائر، 2020، ص46:45.

- سهير بن الساسي وأخرى، دور صناعة التكنولوجيا المالية في تعزيز الشمول المالي في الدول العربية، رسالة ماجستير -جامعة محمد الصديق، الجزائر، 2019، 2020، ص39:40.

- كريمة بن حواو وأخرى، دور التكنولوجيا المالية في تقرير الشمول المالي بالدول العربية، رسالة ماجستير، جامعة محمد البشر الإبراهيمي، الجزائر، 2020-2021، ص4.

⁽²⁾ وجدير بالذكر أنه يوجد العديد من المصطلحات في الأدب الاقتصادي والمالي منها العولمة المصرفية والتي تتمثل في الأدوات المالية المختلفة التي شهدت تنوعاً مشابهاً للتنوع السلعي؛ مما دفع المصارف الي العمل في ميادين وأنشطة غير مسبوقه، وأدى ذلك إلى انتقال البنوك من الأنشطة المصرفية التقليدية المحدودة إلى أنشطة تسعي من وراثها إلى تنويع مصادر التمويل والتوظيف. وبالتالي من خلال العولمة وإعادة هيكلة صناعة الخدمات

وقد تم تقديم أول ابتكار للتكنولوجيا المالية في عام 1950 من قبل داينرز كلوب وهو بطاقات الائتمان وبعدها أصبح الطريق ممهداً لتقديم ابتكارات مالية أخرى بفضل Fintech حيث ظهرت ماكينة الصراف الآلي ATM في عام 1960.

(2) المرحلة 1976: 2008:

في هذه المرحلة تغلغت التكنولوجيا المالية إلى القطاع المالي وسيطرت على صناعة الخدمات المالية التقليدية فأصبح يتم تقديمها بصورة إلكترونية، وشهدت هذه المرحلة إدخال أنظمة المدفوعات والمقاصة الإلكترونية وأجهزة الصراف الآلي؛ بالإضافة إلى تطور أدوات الوفاء مثل ظهور النقود الإلكترونية،

المصرفية زاد اتجاه المصارف الي التحول نحو البنوك الشاملة، أما فيما يتعلق بالعملة المالية فيمكن القول بأنها عبارة عن دمج بين العملة بصفة عامة والعملة الاقتصادية بصفة خاصة، ويقصد بها اصطلاحاً تحرر الاستثمار المالي وتتمثل في مجموعة من المعاملات المالية التي تتعلق بالاستثمار في الأسواق العالمية كالأسهم والسندات والمعاملات المتعلقة بالائتمان التجاري والودائع والاقتراض والودائع الأجنبية، وكذلك المتعلقة بحركات رؤوس الأموال الشخصية، والمتعلقة بالاستثمار الأجنبي، لمزيد من التفاصيل حول هذه الموضوعات راجع ما يلي:

د/حازم الببلاوي، النظام الاقتصادي الدولي المعاصر من نهاية الحرب العالمية الثانية الي نهاية الحرب الباردة، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والأداب والفنون، دون سنة نشر، ص 119 وما بعدها.

د/عمرو أحمد كمال الدين، الدور الحديث لمؤسسات التمويل غير المصرفية، رسالة دكتوراه منشورة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2012، ص 43 وما بعدها

- Arestis, p.ands s.Basu, financial Globalization, some conceptual problems, Eastern Economic Journal 29, p.p 183:189

ونظم الدفع الإلكتروني، وبالتالي أصبح يتم إجراء المدفوعات من خلال استخدام الكمبيوتر وشبكات الإنترنت لذلك يطلق عليها نقود الشبكة أو النقود السائلة الرقمية⁽¹⁾.

(3) المرحلة من 2008 إلى اليوم:

لا شك في أن الانتشار القريب لأجهزة الهواتف المحمولة والمتصلة بالإنترنت قد لعب دوراً بارزاً في تبنى المستهلكين للحلول المالية الرقمية، غير أنه كان هناك دوراً مؤثراً للأزمة المالية العالمية في 2007-2009؛ فقد أدت إلى الاندفاع نحو الحلول التكنولوجية للتصدي للآثار التي خلفتها الأزمة،⁽²⁾ فبدأ في الظهور شركات ناشئة بدأت في تقديم منتجات وخدمات مالية إلى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية.⁽³⁾

وعليه فإن الإنترنت والرقمنة قد أدت إلى ثورة هائلة انعكست على العناصر

(1) لمزيد من التفاصيل انظر:

- أ. د/ أحمد جمال الدين موسى، النقود الإلكترونية وتأثيرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية - منشورات الحلبي الحقوقية - الجزء الأول 2002، ص 123.

- أ. د/ سوزي عدل ناشد، مقدمة في الاقتصاد النقدي والمصرفي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، ص 30: 37.

(2) Pedersen Niels, "Financial Technology- Case Studies Fintech innovation, British Library, United Kingdom, Vegan page, 2021, P.P.29:32.

(3) سعيد حرفوش، التكنولوجيا المالية صناعة واعدة في الوطن العربي، مجلة آفاق علمية، 2019، ص728

والأنشطة الاقتصادية وانقلبت رأساً على عقب، وما القطاع المالي إلا جزءاً من هذا النشاط فتأثر هو الآخر بهذا التحول الرقمي، فنجد أن التكنولوجيا المالية قد أطلقت ثورة مالية في القطاع المالي، وذلك لأن صناعة التكنولوجيا المالية تتسم بالديناميكية؛ وبالتالي فهي دائماً في تطور مستمر، (1) ومن ثم انعكس هذا بالإيجاب على الخدمات المالية وأصبح يتم تقديمها بتكلفة أقل وبصورة ميسرة. وبناءً عليه يثور التساؤل عن ماهي الأسباب التي جعلت التكنولوجيا المالية سريعة الانتشار عبر كافة الدول؟

الواقع أن التطورات الأخيرة المتلاحقة في الخدمات المالية بصفة عامة ووسائل الدفع البديلة للنقد السائل إنما ترجع في الحقيقة إلى التطور الهائل المماثل في حجم وكيف المبادلات التجارية في عصر العولمة. (2) ومن جانبنا نرى أن النمو والانتشار المتسارع والمذهل لتقنيات الرقمنة والتكنولوجيا المالية يخدم أباطرة الرأسمالية ويعظم من أرباحها من جهة، فضلاً عن توسيع منافذ وقواعد تصريف مبيعات المنتجات المختلفة وزيادة أرباح منتجها من جهة أخرى، علاوة على توسيع قاعدة الشمول المالي بما يتفق وأهداف الأمم المتحدة للتنمية المستدامة لعام 2030 من جهة ورؤية مصر 2030 من جهة أخرى.

وعليه يتم تقسيم مراحل تطور التكنولوجيا المالية إلى مرحلتين: الأولى وتشمل حلول المدفوعات والإقراض، أما المرحلة الثانية فتتضمن إدخال

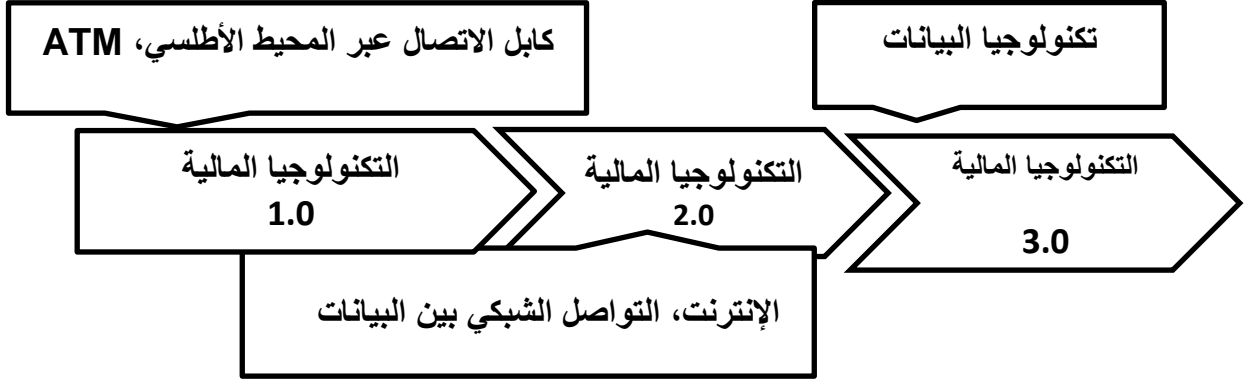
(1) Dorf Leitner Gregor and others, fintech in Germany, springer international publishing AG, 2017, p.1:2.

(2) د. أسامة الفولي، د. زينب عوض الله، اقتصاديات النقود والتمويل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص68.

التكنولوجيا إلى التحويلات المالية الدولية⁽¹⁾ والتأمين وإدارة الثروات وبداية استخدام البلوكشين في التعاملات الرقمية.

الشكل رقم (1) تطور التكنولوجيا المالية عبر كل مرحلة في المراحل السابقة

(2)



(1) على سبيل المثال من قبيل الأنظمة المتفق عليها عالمياً ويتم من خلالها إجراء المعاملات المالية بين البنوك باستخدام الاتصالات اللاسلكية هو نظام (Swift) Society for Worldwide interbank financial. وهي جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك، وهي منظمة تعاونية لا تهدف إلى تحقيق الربح، تكونت في عام 1973 ومقرها الرئيسي بلجيكا، ويصل عدد أعضائها أكثر من 209 دولة من بينها معظم الدول العربية، ويزيد عدد المؤسسات المالية المشتركة فيها على 900 مؤسسة. وتهدف الي تقديم تبادل الرسائل والمعلومات بين جميع الأسواق المالية من خلال البنوك المسئولة عن تنفيذ ذلك بشتى الدول ومن ثم سرعة إنجاز الحوالات ووصولها للمستفيدين فضلاً عن انخفاض تكلفة التمويل بين البنوك وبعضها. انظر (last
www.swift.com Visited 23/1/2023)

(2) انظر: السائح و فيق محمد و (Anna Sung و Kong.k.) التكنولوجيا المالية: مفهومها وكيفية الاستفادة منها لتوليد قيم تجارية من خلال التكنولوجيا المالية، بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي، العالمية، العدد 112، 2021، ص102.

ثالثاً: مفهوم التكنولوجيا المالية

تسمى التكنولوجيا المالية أحياناً بالتقنية المالية (الفينتك) أو (Fintech) وهو مصطلح إنجليزي نتج من كلمتي: مالية (Financial) وتكنولوجيا (Technology) ⁽¹⁾.

وقد تعددت التعريفات حول التكنولوجيا المالية، ولكن نشير في البداية منعاً للبس والخلط بأن هناك فارق بين التكنولوجيا المالية وشركات التكنولوجيا المالية ⁽²⁾، ونذكر أهم التعاريف الخاصة بالتكنولوجيا المالية:

فالكتكنولوجيا المالية هي ابتكار مالي تقني يمكن أن ينتج عنه ابتكار جديد في نماذج الأعمال أو التطبيقات أو العمليات أو المنتجات أو الخدمات المرتبطة بها مما يكون له تأثير مادي على الأسواق والمؤسسات المالية وتوفير التمويل

(1) كريمة بن حواو وأخرى، مرجع سابق، ص 3.

(3) جدير بالذكر أن شركات التكنولوجيا المالية عبارة عن شركات ناشئة تحاول الاستحواذ على حصص سوقية على حساب الفاعلين التقليديين لقطاع الخدمات المالية، وذلك من خلال استخدام تكنولوجيا مبتكرة مثل الهواتف المحمولة وغيرها حتي نصل في النهاية الى حصول المستهلك المالي على الخدمة المالية بتكلفة أقل وجهد يسير، هذا وتتميز هذه الشركات بعدة خصائص منها المرونة والقدرة على تحمل التكاليف التي تتناسب مع كافة العملاء، فضلاً عن كونها تمتاز بالسرعة حيث يتم انجاز المعاملات في بضعة دقائق من خلال الاعتماد على البيانات الضخمة Big Data والخوارزميات والاثمنة، لمزيد من التفاصيل راجع:

عمارية بختي وأخرين، دور التكنولوجيا المالية في دعم القطاع المصرفي، مجلة المدير، المجلد 77، العدد 2، 2020 ص 102 وما بعدها.

(1).

وبحسب معهد البحوث الرقمية في العاصمة البولندية دبلن فإن التكنولوجيا المالية عبارة عن الاختراعات والابتكارات التكنولوجية الحديثة في قطاع المالية وتشمل هذه الاختراعات مجموعة البرامج الرقمية التي تستخدم في العمليات المالية للبنوك من ضمنها: المعاملات مع العملاء والخدمات المالية مثل تحويل الأموال وتبديل العملات وحسابات نسب الفائدة ومعرفة الأرباح المتوقعة للاستثمارات (2).

وأما لجنة بازل للرقابة المصرفية فقد عرفت أنها أي تكنولوجيا أو ابتكار مالي ينتج عنه نموذج أعمال أو منتج جديد له تأثير على الأسواق أو المنتجات المالية (3).

وحسب مجلس الاستقرار المالي "Financial Stability Board" فإن التكنولوجيا المالية هي ابتكارات مالية باستخدام التكنولوجيا يمكنها استحداث نماذج عمل وتطبيقات أو عمليات أو منتجات جديدة لها أثر مادي ولموس على الأسواق والمؤسسات المالية وعلى تقديم الخدمات المالية (4).

(1) John Schindler, "Fintech and Financial innovation" Drivers and Depth, Finance and economics discussion series, Brazil, 2017, p. 2,

(2) المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، التكنولوجيا المالية آفاق إلى المستقبل، العصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2020، ص 37.

(1) www.bis.org (last visited 4/1/2023)

(4) FINDEX ABLE. THE FINTECH INDEX 2020, THE GLOBAL FINTECH RANKINGS REPORT, DEC. 2020, P18.

والمذكرة الإيضاحية لنموذج الاتحاد الأوروبي رقم 619 لسنة 2018 - بشأن حماية البيانات العامة - عرفت التكنولوجيا المالية بأنها ثورة حديثة في مواجهة الخدمات المالية التقليدية لدعم الأعمال والمعاملات مع العملاء بشكل مباشر عن طريق تقني حديث.

وقد عرفها قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020 في مادته الأولى بأنها نماذج أعمال أو تطبيقات أو منتجات مالية قائمة على استخدام التكنولوجيا (1).

وكذلك عرفها القانون رقم 5 لسنة 2022 الخاص بتنظيم وتنمية استخدام التكنولوجيا المالية في الأنشطة المالية المصرفية بأنها "آلية تستخدم التقنية المبتكرة والحديثة في القطاع المالي غير المصرفي لدعم وتيسير الأنشطة والخدمات المالية والتمويلية والتأمينية من خلال التطبيقات أو البرامج أو المنصات الرقمية أو الذكاء الاصطناعي أو السجلات الإلكترونية"⁽²⁾.

وبمقارنة التعريف في القانونين نجد أن التعريف الوارد بقانون رقم 5 لسنة 2022 أكثر انضباطاً من القانون رقم 194 لسنة 2020، حيث أنه اشتمل على بيان لماهية التكنولوجيا المالية كونها عبارة عن مزيج أو خليط بين الجانب التكنولوجي والجانب المالي، ومن ثم يعمل التغيير التكنولوجي على تغيير القطاع المالي سواء المصرفي أو غير المصرفي، فمن خلال التكنولوجيا المالية وتطبيقات الذكاء الاصطناعي سوف تتمكن البنوك من إجراء الاختبارات

(1) انظر المادة (1) الجريدة الرسمية - العدد 37 مكرر (و) في 15 سبتمبر سنة 2020م.

(2) انظر الجريدة الرسمية - العدد 5 مكرر (و) في 8 فبراير سنة 2022م.

التجريبية للمنتجات المالية والمصرفية الجديدة قبل طرحها في السوق، وتجميع وتحليل البيانات الضخمة للأغراض المختلفة (تحليل المخاطر والتنبؤات الخاصة بأسعار الفائدة والأسهم وغيرها) وكذلك ابتكار منتجات جديدة وتطوير المنتجات القائمة علي نحو يجعلها أكثر يسراً للمستهلكين في التعامل معها User Frirendix ، مما يدعم ويعمق الرقمنة المعممة والشمول المالي. أضف الى ذلك سوف تعمل تطبيقات الذكاء الاصطناعي على مراقبة وتتبع عمليات أساليب الاحتيال والتحوط منها، وكذلك عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب (1)

فضلاً عن توضيح القانون بأن هذه الخدمات تقدم من خلال التطبيقات أو المنصات الرقمية أو الهواتف المحمولة Digital ،Mobil banking watch, Ein-Applications and Call centers والتي يمكن أن نطلق عليها قنوات التكنولوجيا المالية.

وفي ضوء ما سبق، يمكننا تعريف التكنولوجيا المالية بأنها عبارة عن آلية تدمج بين الجانب التكنولوجي والجانب المالي بحيث تتسع لتشمل كافة التطبيقات والتقنيات الالكترونية الحديثة والمبتكرة المستخدمة في تقديم الخدمات المالية والمصرفية بمختلف أنواعها، أو في كافة مراحلها لتنافس وتحل محل الوسائل التقليدية لتقديم تلك الخدمات.

ومن وجهة نظري فإن التكنولوجيا المالية وبما أنها تتضمن على إبداع وابتكار فإن ذلك كان نتيجة لاستخدام ما أسفرت عنه الثورة الصناعية الرابعة

(1) د/أسامة الفولى، محاضرات في الاقتصاد النقدي، أقيت علي طلبة الدراسات العليا، خريف

2021، ص 5 وما بعدها

مثل الذكاء الاصطناعي والبلوكشين، وهذا ناتج عن البحث والتطوير Research and Development الذي هو نتاج البحث العلمي؛ مما يسهم في دعم الاقتصاد وإيجاد حلول مستدامة تعمل على مواجهة المشكلات والمساعدة على تحسين مستوى جودة الحياة ودفع عجلة التنمية بكافة أبعادها.

رابعاً: خصائص التكنولوجيا المالية

ومن خلال التعريف السابق للتكنولوجيا المالية يمكننا إبراز خصائصها - باختصار - على النحو التالي:

1- التكنولوجيا المالية ذات طابع إلكتروني، ولعل أول ما يتبادر إلى الأذهان هذه الخصيصة الأولى كون جميع الخدمات المالية وقطاعات هذه التقنية سواء تحويلات أو مدفوعات أو تأمين أو طلب الحصول على قرض كل ذلك يتم عن طريق شبكات الإنترنت أو الاتصالات، مما يضيف عليها الطابع الإلكتروني والرقمي.

وبناءً عليه فإن الطبيعة اللامادية لهذه التقنية نتج عنها عدم وجود حيز مكاني محدد يلتقي فيه مقدم الخدمة والمستفيد منها وإنما التلاقي يتم عبر شبكات الإنترنت (On Line) (1).

2- أن التكنولوجيا بمفاهيمها المختلفة ليست هدفاً في حد ذاتها، وإنما وسيلة تستخدمها المؤسسات المالية لكي تحقق أهدافها وهي تقديم خدماتها المالية بطريقة أيسر وبتكلفة أقل فضلاً عن دعم وتعميق الرقمنة والشمول

(1) لمزيد من التفاصيل في خصائص التكنولوجيا المالية انظر:

- المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 39: 59.

المالي. (1)

3_ كذلك تعمل التكنولوجيا المالية على إيجاد وإتاحة مصادر التمويل البديلة للمؤسسات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر. فضلاً عن تيسير عمليات التجارة الخارجية وتحويلات العاملين بالخارج عن طريق توفير آليات تتسم بالكفاءة وفعالية التكلفة للمدفوعات العابرة للحدود.

4- المجال الرئيسي لتطبيق التكنولوجيا المالية هو الخدمات المالية مصرفية كانت أو غير مصرفية، فضلاً عن استخدامها في الأساليب الإدارية المختلفة.

5- تمكن المصارف من تطوير الخدمات المصرفية، وتهيئة قواعد بيانات ضخمة خاصة بالعملاء؛ مما تمكنهم من الحصول على خدمات مصرفية (مالية) دون الحاجة إلى استخدام الوسائل التقليدية للحصول على هذه الخدمات.

خامساً: أهمية ابتكارات التكنولوجيا المالية (2)

تقدم التكنولوجيا المالية العديد من المميزات للمستهلكين مقارنة بالخدمات المالية التقليدية، حيث يمكن لمقدمي التكنولوجيا المالية العمل بأجر أو بهامش ربح أقل، مما ينعكس بالإيجاب على تكلفة الخدمات المالية المقدمة، وبالتالي

(1) أنظر سعيد حرفوش، مرجع سابق، ص730.

(2) لمزيد من التفاصيل باللغة الإنجليزية راجع ما يلي:

- GOLDBARSHT. DORAN AND KOKER DE LOUIS, FINANCIAL TECHNOLOGY AND THE LAW, SPRINGER NATURE SWIZERLAND AG, SWIZERLAND, 2022, P.P.5:7.

ومتاح عبر الرابط التالي: <https://www.springer.com>

يسمح لعدد أكبر من العملاء للوصول للخدمات المالية. فضلاً عن كونها متمتازة بالسرعة والمرونة كون العميل ليس بحاجة إلى الانتقال إلى المؤسسة المالية، وإنما يمكنه إتمام خدماته المالية من خلال القنوات المتعددة للتكنولوجيا المالية مثل التليفون المحمول mobile banking وغيرها.

ومما لا شك فيه أن المكاسب الناتجة عن الفينتك تساهم في دفع عجلة النمو الاقتصادي وتنمية المهارات وخلق فرص للعمل؛ إذ من خلال التكنولوجيا المالية تمكن المحرومين وغيرهم من الفئات والمهمشين، بما في ذلك الأشخاص ذوو الدخل المنخفض والريفيون غير المسجلون -من الوصول للخدمات المالية الرسمية بكل سهولة؛ مما يؤدي في النهاية إلى تعزيز الناتج المحلي الإجمالي للاقتصاد القومي GDP وتحقيق الشمول المالي. (1)

(1) جدير بالذكر أن المشرع المصري كانت فلسفته من وراء إصدار قانون استخدام التكنولوجيا المالية في الأنشطة المالية غير المصرفية رقم 5 لسنة 2022 هي تحقيق الشمول المالي (م 2). ويقصد بالشمول المالي العملية التي تتضمن سهولة الوصول وتوافر واستخدام النظام المالي الرسمي للجميع، وقد ميز البنك الدولي بين الفئات المستبعدة من الشمول المالي، حيث فرق بين الاستبعاد الطوعي وغير الطوعي، فيعرف الاستبعاد الطوعي على أنه تلك الشريحة من السكان أو الشركات التي تختار عدم استخدام الخدمات المالية إما لعدم الحاجة أو لأسباب ثقافية أو دينية، وفي المقابل ينشأ الاستبعاد غير الطوعي من عدم كفاية الدخل والمخاطر العالية أو بسبب التمييز واخفاقات وعيوب السوق. والاستبعاد غير الطوعي هو محل تركيز المبادرات السياسية والبحثية، حيث يمكن معالجته بالبرامج والسياسات الاقتصادية المناسبة التي يمكن تصميمها لزيادة مستويات الدخل ومعالجة اخفاقات وعيوب السوق، وكذلك عرف المشرع المصري الشمول المالي في المادة الأولى فقره 8 من القانون سالف الذكر بأنه إتاحة مختلف الخدمات المالية للاستخدام من قبل جميع فئات المجتمع من خلال القنوات

الرسمية بجودة وتكلفة مناسبة مع حماية حقوق المستفيدين من تكلفة الخدمات بما يمكنهم من إدارة أموالهم بشكل سليم.

وقد حدد التعريف السابق القناة التي يتحقق من خلالها الشمول المالي وهي قناة النظام المالي الرسمي، إلا أن هناك مجموعة من التحديات واجهتها المؤسسات المالية الرسمية وساعدت على تجاوزها التكنولوجيا المالية والمستهلكين من الفقراء والمهمشين، كأحد مخرجات التطور التكنولوجي حيث تمثلت أهم التحديات في: (انخفاض مستوى الثقة تجاه المؤسسات المالية الرسمية، وارتفاع مخاطر وتكلفة الوصول إلى المستهلكين الفقراء، وارتفاع تكلفة المعاملات للمؤسسات المالية الرسمية، الأمية المالية الشائعة، نقص انتشار فروع البنوك في المناطق النائية، انخفاض الدخول وانخفاض الجدارة الائتمانية، وضعف البنية التحتية والمؤسسات).

قدمت التكنولوجيا المالية حلولاً جديدة أدت إلى زيادة الكفاءة وسهولة الوصول إلى الخدمات المالية وزيادة الأمن، فعلى سبيل المثال: تحتاج المدفوعات (في السوق التقليدية) أن تدفع نقدًا أو التحويل بواسطة مشغلي تحويل الأموال (MTO) ومزودي خدمات الدفع الآخرين (PSP).

وتواجه هذه الخدمات عدداً كبيراً من المشكلات كونها بطيئة ومكلفة، وصعبة التتبع وليست آمنة في أغلب الأحوال. وقد جاءت الحلول الجديدة للتكنولوجيا المالية، المبنية على السحابية، المنصات الرقمية. تتأثر كذلك خدمات الاقتراض، بالخوارزميات الجديدة، مثل العقود الذكية المطبقة على كميات كبيرة من البيانات تم جمعها من قبل مقدمو الخدمات - خاصة المدفوعات - ومن مزودي التجارة الإلكترونية، مما يحسن من نمذجة مخاطر الائتمان ويسمح بالاقتراض للمقترضين الجدد بما في ذلك المشروعات الصغيرة والمتوسطة، ويتيح - أيضاً - التقدم في مجال الذكاء الاصطناعي والهوية الرقمية والأمن السيبراني نماذج جديدة لإدارة مخاطر الأفراد والمؤسسات المالية والمنظمين، ولمزيد من التفصيل راجع:

وترتيباً على ما تقدم فقد حققت التكنولوجيا المالية تقدماً ملحوظاً في الشمول المالي على مدى العقد الماضي إذ أنه وفقاً لقاعدة بيانات Global Findex لعام 2017 قام 1.2 مليار شخص بفتح حساب منذ عام 2011- بما في ذلك 515 مليوناً لعام 2014، وينص تقرير Gsma عن حالة الصناعة لعام 2021 على mobile money على أنه قد تم تسجيل أكثر من 1.2 مليار حساب باستخدام التليفون المحمول.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان التمويل والائتمان يتم الحصول عليه من قبل المؤسسات المالية سواء المصرفية أو غير المصرفية؛ فقد أصبح الآن بفضل التكنولوجيا المالية يتم تقديم الخدمات المالية من قبل مؤسسات ووحدة غير مالية لم تكن نتخيل في يوم ما أنها ستتخطى في هذا الطريق وتمارسه فظهر لنا ما يسمى بالتمويل المضمن أو المتكامل.⁽¹⁾

Park, C. Y., and Mercado, R., Financial inclusion poverty, and income inequality in developing Asia. Asian Development Bank Economics Working Paper Series, 2015.

World Bank., Financial Inclusions, Global Financial Development Report, 2014.

IMF., Fintech: The experience so far., IMF Policy paper, 2019.Swedish Institute., Poverty Alleviation Through Financial Technology., Stockholm, 2016.

(1) Embedded Finance/la finance Intégrée

ويقصد بالتمويل المضمن أو المدمج أن يتم تقديم الخدمات والمنتجات المالية بواسطة مؤسسات غير مالية. أي أن هذه المؤسسات ليست في الأصل مؤسسات مالية ونشاطها

ومن جانبنا نرى أنه بفضل التكنولوجيا المالية ستعمل على شيوخ النظام المالي وزحفة على كافة صور النشاط الاقتصادي السلعي والخدمي غير المتخصصة أصلاً وغير المصرح لها بممارسة الأنشطة المالية؛ مما يؤدي إلى تداخل الأنشطة والاختصاصات، بسبب قيام العديد من المؤسسات بأنشطة كانت بحكم القانون تخرج عن نطاق اختصاصها؛ مما يستتبع بالضرورة ظهور العديد من المشاكل القانونية والرقابية والفنية التي يتعين وجود تدخل تشريعي لتنظيمها. والواقع أنه إذا كانت التكنولوجيا المالية تمتاز بالعديد من المميزات، إلا أن ذلك لا يعنى أنها تخلو من السلبيات والمخاطر المحيطة بها، وعليه فتواجه التكنولوجيا المالية جملة من المخاطر نذكر منها على سبيل المثال⁽¹⁾: عدم القدرة

الرئيسي ليس تقديم الخدمات المالية، وبالتالي فيمكن للعميل الحصول على جميع خدماته سواء المالية أو التأمينية أو البيع والشراء وغيرها من جهة أو مكان واحد وهذا هو الغرض من التمويل المتكامل، ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا بد من إيجاد وتوفير البيئة التشريعية المناسبة التي تنظم عمليات الائتمان حيث أن الإفراط والتفريط في منح الائتمان من شأنه خلق آثار سلبية على الاقتصاد القومي ومنها مشكلة التضخم. لمزيد

من التفاصيل راجع: Embedded Finance, "financial Services, p.5

متاح عبر الرابط التالي: <https://assets.ctfassets.net>

وكذلك راجع عبر الإنترنت:

Embedded Finance Research report, openpax, report Issued, September, 2021, P:5 online: <https://assets.ctfassets.net>

⁽¹⁾ انظر: عمر بن موسى وعلماوى أحمد، التكنولوجيا المالية كمدخل لتطوير الخدمة المصرفية الالكترونية في البنوك العمومية (دراسة تجربة الامارات)، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، المجلد 7، العدد 2، جامعة أم البواقي، الجزائر، ديسمبر، 2020 ص 185 وما بعدها

على حماية المستهلك وحمايته، وصعوبة اقناع العملاء بالثقة التي تعد حجر الزاوية في التعاقد المالي، أضف الي ذلك استخدام العملات الرقمية والمشفرة في الأنشطة الاجرامية وتمويل الإرهاب وغسل الأموال، ومحاولة اختراق الأجهزة الأمنية للبنوك والمؤسسات المالية من قبل أشخاص خارجيين بهدف السرقة وإنجاز عمليات مالية غير مشروعة لا توافق هذه المؤسسات على القيام بها، وأخيراً المشرع الوطني والبنوك المركزية ليست لديها الخبرة والدراية الكافية والاشراف على الحلول التكنولوجية وهذه ما سنوضحه في المبحث الثاني في هذه البحث.

المطلب الثاني

مجالات استخدام التكنولوجيا المالية

تتعدد المجالات التي يتم فيها استخدام التكنولوجيا المالية، ومن أهم المجالات المالية التي يُستخدم فيها الفينتك يمكن أن نوضح ما يلي: (1)

أولاً: قطاع المدفوعات والتحويلات

لقد تغلغت التكنولوجيا المالية إلى قطاع المدفوعات والتحويلات، حيث يستحوذ هذا القطاع على النصيب الأكبر من استخدامات مستهلكي خدمات التكنولوجيا المالية.

وقد استطاعت التكنولوجيا المالية تحسين الخدمات المالية بشكل ملحوظ حيث أصبحت عملية دفع الفواتير أسرع وأكثر أماناً وسهولة، وذلك باستخدام الدفع الإلكتروني المتاح عبر المواقع الإلكترونية والتطبيقات والمنصات وحلت

(1) لمزيد من التفاصيل راجع د. ميرفت محمد عبد الوهاب، مرجع سبق ذكره، ص 94 وما بعدها.

تطبيقات المحفظة المتقلة على الهاتف المحمول محل النقود، بل يمكن تحويل الأموال محلياً بطريقة سهلة دون الحاجة إلى إنشاء حساب مصرفي وذلك من خلال الهاتف المحمول،⁽¹⁾ وهذا ما نوضحه في المطلب الثالث

ثانياً: التمويل والإقراض الرقمي

ظهرت خدمة التمويل الجماعي أو التشاركي (Crowd Funding) وهو تمويل يتم من خلاله جمع مبالغ ذات قيمة صغيرة من أعداد كبيرة من الأفراد بهدف تمويل أعمال، أو مشاريع محددة، أو الاستهلاك الفردي، وذلك من خلال منصات وقواعد بيانات على الإنترنت، يمكن من خلالها الربط بين المقترضين والمقرضين، وثمة أربعة أنواع لهذا النوع، تمويل جماعي للحصول على التبرعات، وتمويل جماعي للحصول على مكافآت، وتمويل جماعي للحصول على قروض، وتمويل جماعي للاستثمار في أسهم رأس المال.

ثالثاً: إدارة الثروات – المستشار الآلي:

يحتاج الأفراد ذوو الفائض من الأموال وأصحاب الثروات مساعدة لإدارة محافظهم المالية، وهذا ما يقوم به المستشار الآلي Chat bots. وهي منصات تعمل على توجيه نصائح للمستثمرين باستخدام الخوارزميات المالية، ومن ثم فالمستشارين الماليين (الروبوتات) حلت محل الخبراء الماليين (البشر)، هذا ويقوم المستشار الآلي بعمله عن طريق طرح أسئلة يتم إجابتها من قبل العملاء، وهذه الأسئلة هي التي تقيم ملف المخاطر الخاص بهم وعلى أساس ذلك يقوم

(1)S&P Global, "An introduction into Fintech: Key Sectors and trends, Oct. 2016 (Last Visited 19/12/2022)

الروبوت باختيار مجموعة من الصناديق للاستثمار فيها (1).

رابعاً: تكنولوجيا التأمين Tech insure:

وهي مجموعة فرعية من التكنولوجيا المالية يتم من خلالها استخدام التكنولوجيا في مجال صناعة التأمين، حيث تستخدم شركات التأمين تطبيقات على الهاتف المحمول للتواصل مع العملاء، فضلاً عن صرف التعويضات إلكترونياً، الأمر الذي يساهم في تيسير إجراءات العمل في شركات التأمين، واختصار وقت إصدار الوثائق (2)، هذا وقد عرف القانون رقم 5 لسنة 2022 في المادة (6/1) التطبيقات الالكترونية للتأمين بأنها " نموذج أعمال قائم علي استخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة مثل الذكاء الاصطناعي وأدوات تحليل البيانات الضخمة لإنشاء نماذج أعمال ومنتجات تأمين جديدة

ولذلك تساهم التكنولوجيا المالية في قطاع التأمين على المستوى العالمي

(1) لمزيد من التفاصيل انظر نفيصة الخير، التقنيات المالية الحديثة، صندوق النقد العربي، 2020، ص 9.

والجدير بالذكر أن قانون رقم 5 لسنة 2022 قد أشار بصورة صريحة لبعض التطبيقات الالكترونية التي تعتمد على الشركات الراغبة في استخدام التكنولوجيا المالية في القطاع غير المصرفي (م/14)، وقد عرفت المستشار المالي بأنه نظام ألي مبتكر تستخدمه الجهات المرخص لها في الهيئة لمزاولة الأنشطة المالية غير المصرفية وتحليل بيانات العملاء ووضعهم المالي الحالي وأهدافهم المالية المستقبلية لتقديم المشورة الفنية لهم فيما يتعلق بالأنشطة المالية غير المصرفية وذلك بالاعتماد على تطبيقات الذكاء الاصطناعي.

(2) ومضة بيفورت، "تقرير التكنولوجيا المالية"، التكنولوجيا المالية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، 2017، ص 46.

بنسبة 75٪، كما سنوضح في المطلب الثالث.

خامساً: البلوكشين Block chain:

تقنية البلوكشين أحد أهم المعطيات التكنولوجية للثورة الصناعية الرابعة. وهو عبارة عن كلمة مركبة من جزئين Block وتعني الكتلة و chain وتعني سلسلة أي سلسلة الكتل، وهو نظام تسجيل إلكتروني مشفر لامركزي يتم استخدامه لمعالجة وتدوين المعاملات المالية الخاصة بالعملات الافتراضية أو الرقمية، والعقود الذكية، وتداول الأصول المالية، ولا يوجد شخص واحد أو جهة مسئولة عن السلسلة بأكملها وإنما هي مفتوحة، حيث يمكن لجميع المشاركين في السلسلة مشاهدة كافة التفاصيل الخاصة بكافة المعاملات، وعليه فإن قاعدة بيانات البلوكشين عبارة عن سجل ضخم من البيانات موزع على شبكة من الحواسيب بحيث يمكن الاطلاع على البيانات وتداولها وفقاً لتقنية (peer to peer) (p2p) أي دون وسيط⁽¹⁾. هذا وتتمثل أبرز أمثلة تطبيقات استخدام تقنية البلوكشين في القطاع المالي والمصرفي فيما يلي: انشاء قواعد البيانات اللامركزية والشفافة والأمنة، ودعم فاعلية شبكات سلاسل التوريد supply chains، وكذلك اجراء المدفوعات والتحويلات محلياً وعالمياً بصورة أرخص وأسرع وأكثر أماناً وبدون وساطة. أضف الي ذلك أنها تدعم منظومة الهوية

(1) لمزيد من التفاصيل راجع دراسة بعنوان البنك المركزي الأردني، العملات المشفرة (cryptocurrencies)، دائرة الإشراف والرقابة على نظام المدفوعات الوطني، آذار، 2020، ص 32-33.

وأيضاً: دكتور حسين السيد حسين، دراسة بعنوان العملات المشفرة (البلوك تشين) التحديات والمخاطر، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ملحق العدد (الثالث والتسعون)، ص 20: 40

الرقمية الجاري تعميمها على مستوى العالم (كما فعلت الهند)، وأخيراً إنتاج وتداول العملات الافتراضية الجديدة وأبرزها البتكوين.

سادساً: العملات المشفرة Crypto currencies:

ويعرفها البنك المركزي الأوروبي بأنها: "نوع من النقود الرقمية غير النظامية unregulated يديرها مصدرها ويتم قبولها واستخدامها فيما بين جماعة افتراضية مجردة"⁽¹⁾.

ومن ثم فهذا النوع من العملات لا يتم إصداره من قبل البنوك المركزية أو السلطات العامة في الدولة، ولكن إصداره وتداوله يتم عبر منصات وشبكات الإنترنت والهواتف المحمولة لشراء السلع والخدمات وإجراء التحويلات من شخص لآخر ومن دولة لأخرى.

سابعاً: البيانات الضخمة Big Data:

وهي البيانات التي تتجاوز في حجمها بيئات الأجهزة وأدوات البرمجيات المستخدمة، وتحتاج أساليب متطورة لمعالجة هذه البيانات، هذا وتتجه البنوك اليوم نحو إنشاء قاعدة رقمية تسجل بها البيانات الخاصة بجميع عمليات الإيداع والسحب للمعاملات المالية المختلفة، ثم تقوم بتحليل تلك البيانات لتوفير مجموعة من العروض المبتكرة والشخصية لكل عميل على حدة. كذلك تعمل في مجال الأمن السيبراني وذلك من خلال الكشف المبكر لأي احتيال في سلوك

(1) European Central Bank, Virtuque currency schemes, oct., 2012, p. B.

وجدير بالذكر أن المشرع المصري في قانون البنك المركزي المصري رقم 194 لسنة 2020 يعرف العملات المشفرة في المادة الأولى بأنها "عملات مخزنة إلكترونياً غير مقسومة بأي من العملات الصادرة عن سلطات إصدار النقد الرسمية، ويتم تداولها عبر شبكة الإنترنت".

العمل (1).

ثامناً: التكنولوجيا التنظيمية (Regtech):

وتعتبر أهم أنواع التقنيات المالية حيث إنها تساعد البنوك والمؤسسات المالية على العمل وفق قواعد الامتثال المالية، وهي تشمل المراقبة التنظيمية، وإعداد التقارير، ومن أهم أولويات التكنولوجيا التنظيمية هي رقمنة قواعد مكافحة غسيل الأموال والتي تهدف إلى تقليل العائدات المتحصلة بصورة غير مشروعة (2).

تاسعاً: الحوسبة السحابية cloud computing

هي تقنية الخدمات الحاسوبية ضمن الانترنت، وبصيغة أشمل تكون الملفات والجزء الأساسي من نظام التشغيل والبرامج على شبكة الأنترنت، وهو

(1) Clover DX, Fintech, Available at: <https://cloverdx.com/solution/fintech> (last seen 22/12/2022)

(2) لمزيد من التفاصيل راجع: حسين الحافظ، ما هي التكنولوجيا المالية، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مجلد 226، العدد 1، 2019، ص 59 وما بعدها.

وقد عرف المشرع المصري في قانون رقم 5 لسنة 2022 بشأن تنظيم وتنمية استخدام التكنولوجيا المالية في الأنشطة المالية غير المصرفية، قد عرف التكنولوجيا المالية الإشرافية بأنها آلية تعني بجمع البيانات رقمياً والتحقق منها وتحليل مؤشراتنا من خلال برامج معدة لهذا الغرض (المادة الأولى). وكذلك عرف المشرع التكنولوجيا الرقابية في المادة (1) من قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020 بأنها "استخدام التطبيقات التكنولوجية للتأكد من الالتزام بالقوانين والقواعد المقررة". وكذلك تم تعريفها في المادة (6/1) من قانون رقم 5 لسنة 2022 بأنها "استخدام الهيئة للتطبيقات التكنولوجية للرقابة على الالتزام بالقوانين والقواعد المقررة".

مصطلح يعكس مفهوماً أو تصوراً حول الخدمات والتطبيقات والبرمجيات software والأجهزة hardware، والمصادر التي تتوافر عن طريق الإنترنت وتدار من قبل طرف ثالث يدعي مقدم الخدمة provider في مراكز بياناته Datacenter ويحصل العميل ويسمي المشترك على كل ذلك أو بعضه وفق نظام الدفع بحسب الاستخدام، حيث تدفع الشركات لقاء حصولها على خدمة الحوسبة السحابية، ويتم تقدير المقابل وفق ما يستهلكه كل عميل من إمكانية المعالجة ومساحة التخزين وحجم الذاكرة وعدد العملاء المسموح لهم العمل وغير ذلك، وكان لشركة أمازون دور كبير في تشكيل خدمات الحوسبة السحابية التي نتعامل معها اليوم⁽¹⁾

عاشراً: العقود الذكية smart contracts⁽²⁾

لعل السبب في ظهور العقود الذكية كون العقود التقليدية أصبحت أكثر تكلفة وتحتاج

إلى وقت كبير من حيث التوثيق والأمان، وفي حالة حدوث خلاف أو نزاع عند تنفيذ العقد بين الطرفين تحتاج اللجوء الي القضاء المختص. بالإضافة إلى

(1) لمزيد من التفاصيل انظر: أ.د/كتوس عاشور، أ.د/حسيني جازية، سبل الاستفادة من الحوسبة السحابية في حماية العمليات المصرفية الإلكترونية، جامعة الشلف، الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد الثالث عشر، ص 75:76

(2) الجدير بالذكر انه توجد مسميات متعددة للعقود الذكية منها: سلسلة الكتل Blockchain contracts، وعقود مشفرة Cypetro contracts، وعقود رقمية Digital contracts، وعقود ذاتية التنفيذ Self-Executing contracts، لمزيد من التفاصيل راجع: د/هناء محمد هلال، ماهية العقود الذكية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، دبي، 2019، ص 16 وما بعدها.

تدخل طرف ثالث لضمان سريان وتنفيذ العقد. كل هذه الأسباب دفعت إلى التوجه نحو الابتكار التكنولوجي واستخدام العقود الذكية لتحل جزئياً أو كلياً محل العقود التقليدية.

هذا وتتعد التعريفات الخاصة بالعقد الذكي نظراً لحدائته والاختلاف حول طبيعته من جهة، وعدم تقنيه في العديد من التشريعات والأنظمة القانونية وبوجه خاص التشريعات العربية من جهة أخرى. وعليه يمكن تعريف العقود الذكية بأنها عبارة عن بروتوكولات خاصة يتم تشفيرها (ترميزها) تسعى إلى تنفيذ العقد بطريقة أوتوماتيكية وذاتية بالاعتماد على برنامج معلوماتي قادر على إرسال العقود من حساب شخص لحساب شخص آخر باستخدام تقنية البلوكشين ودون تدخل طرف ثالث أو وسيط⁽¹⁾. ويمكن استخدام هذه العقود في كافة المعاملات سواء تعلقت بأسهم أو عقارات أو نقود أو خدمات⁽²⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة نستنتج أن العقد الذكي يتكون من ثلاثة أركان أساسية وهي:

(1) لمزيد من التفاصيل راجع كل من:

.د/هناء محمد هلال، مرجع سابق، ص 16:19.

.د/عبد الستار أبوغرة، العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوكشين، ندوة البركة التاسعة والثلاثون للاقتصاد السياسي، جدة، مايو، 2019، ص 214 وما بعدها

- د/معمربن طرية، العقود الذكية المدمجة والبلوكشين، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ملحق خاص، العدد2، الجزء الأول، مايو، 2019، ص 212 وما بعدها

(2) أ.د/أسامة الفولي، مبادئ النقود والبنوك والاقتصاد الدولي، منشور على ميكروسوفت تيميز، 2022، ص63 وما بعدها.

. **أطراف العقد:** وقد يكون طرفان أو أكثر يستخدموا تقنية العقود الذكية، ويتم الاتفاق على الشروط باستخدام التوقيعات الرقمية.

. **موضوع العقد:** وهنا يجب ان يكون في البرنامج (التقنية) نقطة وصول للسلع أو الخدمات المتوفرة بموجب عقد يسمح بالغلاق والفتح لهم بشكل تلقائي.

. **بنود العقد:** وهي متطلبات أطراف العقد والتزامات كل طرف ويتم ادراجها بشكل متسلسل ودقيق (الترميز) ويجب على كافة الأطراف الالتزام بها.

وأما عن آلية عمل العقود الذكية فإن هذه العقود لا تنفذ إلا التعليمات التي تعطى لها (order) وتنفذها بطريقة تلقائية، وذلك من خلال المرور بثلاثة مراحل نذكرها على النحو التالي⁽¹⁾:

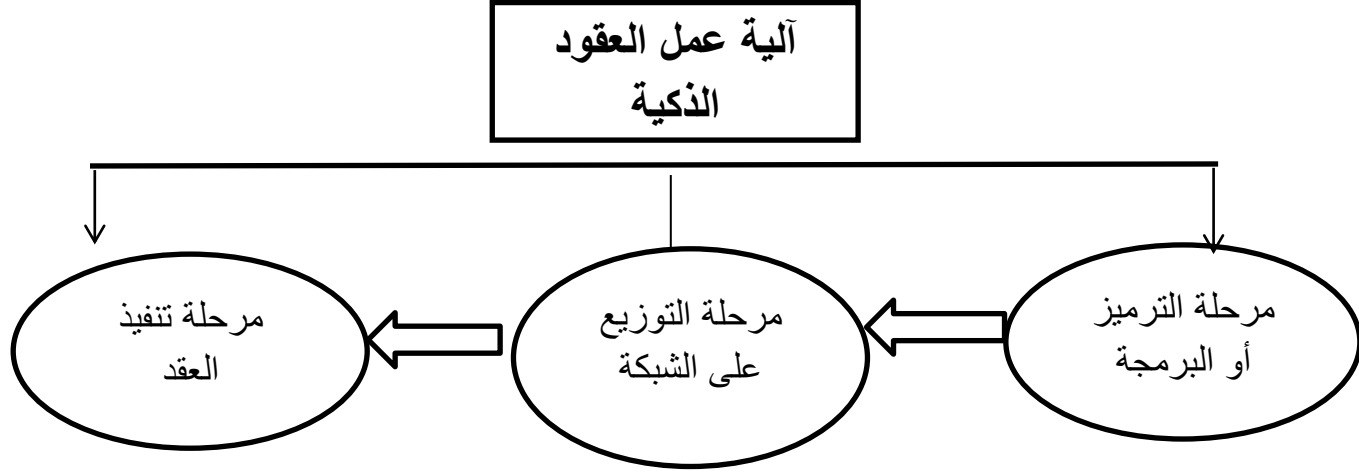
. المرحلة الأولى، مرحلة الترميز أو البرمجة: حيث يقوم فيها المبرمج بكتابة (code) أو رمز لبرنامج العقد الذكي مبيناً فيه التزامات طرفي العقد وشروطه ووقت تنفيذه.

. المرحلة الثانية، التوزيع على الشبكة: حيث ينتشر العقد الذكي على الشبكة اللامركزية ومن ثم لا يمكن اختراقه أو تغييره، وهذه تعد وسيلة من وسائل حماية أطراف العقد من الغش والاحتيال.

. المرحلة الثالثة، تنفيذ العقد: ويكون التنفيذ تلقائياً لجميع البنود والأداء فوراً لجميع الالتزامات، وذلك بمجرد تحقيق الشروط التي يتأكد من صحة تحققها لعدد غير محدود من أطراف الشبكة.

(1) لمزيد من التفاصيل راجع: د/أحمد علي صالح، تقنية العقود الذكية وأثرها في استقرار المعاملات المالية، دراسة فقهية قانونية، جامعة الأزهر، 2018، ص5 وما بعدها.

شكل رقم (2) يوضح آلية عمل العقود الذكية



ويثور التساؤل عن موقف كلاً من المشرع المصري والبنك المركزي المصري بصدد تقنية العقود الذكية؟

لقد تعرض المشرع المصري في القانون رقم 5 لسنة 2022 لتعريف العقد الرقمي (Digital contract) بأنه " عقد يتضمن حقوق والتزامات المتعاقدين بشكل الكتروني، ويمكن تسجيله في سجل رقمي ⁽¹⁾. كما يجوز ان يكون العقد الرقمي (عقداً ذكياً) من خلال برنامج يهدف الي تنفيذ أحكام العقد والتحكم فيه أو توثيقه " م (2/1)

⁽¹⁾ وقد عرف المشرع المصري في ذات القانون السجل الرقمي بأنه "يتضمن البيانات المتعلقة بالمعاملات التي يجريها الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون التي تتم وفقاً لأحكام هذا القانون، بما يسمح بتتبع هذه البيانات من خلال شبكة أمنة (م/11).

وللهولة الأولى يتبادر إلى الذهن بأن قيام المشرع المصري بتعريف العقد الذكي أو الرقمي في صلب هذا القانون أنه قد اعترف بهذه العقود بمشروعية التعامل بها. لكننا نري من جانبنا أن المشرع المصري ما زال متردداً حتى الآن بشأن الاعتراف بتقنية العقود الذكية؛ لأنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعملات المشفرة وخاصة الايثريوم والبتكوين، والبنك المركزي المصري قد حظر التعامل بالعملات الافتراضية من قبل بسبب عدم وجود وسيط حكومي من جهة (فقدتها للسلطة المركزية مثل البنك المركزي) فضلاً عن التقلبات الحادة في أسعارها من جهة أخرى.

وبالتالي وبسبب أنه لم يعترف بالعملات المشفرة يفهم من ذلك عدم اعترافه بتقنية العقود الذكية لأن تسوية التعاملات يتم من خلال العملات المشفرة، وهذا على عكس نظيره الأمريكي والأردني والاماراتي حيث تسمح هذه الدول بالاعتراف بتقنية العقود الذكية ومشروعية التعامل بالوثائق التجارية المدمجة بتقنية البلوكشين⁽¹⁾.

الحادي عشر: المحافظ الرقمية Digital wallet⁽²⁾

يمكن تعريف المحفظة الرقمية أو الالكترونية (E_wallet) بأنها " تقنية رقمية تتيح تنظيم الحركات المالية لإجراء عمليات الدفع والسداد بسهولة بواسطة

(2) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ محمد يحيي أحمد، التحكيم الذكي كألية لحل منازعات العقود المبرمة عبر تقنية سلسلة الكتل، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، العدد السادس والثلاثون، ابريل، 2021، ص 302 وما بعدها. وكذلك انظر د. محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 285 وما بعدها.

(3) لمزيد من التفاصيل انظر: ولاء سعد أبو زيد، المحفظة الرقمية، سلسلة كتيبات تعريفية، العدد 7، صندوق النقد العربي، 2021، ص 6 وما بعدها.

تطبيق (Application) يثبت على الهاتف المحمول أو الأجهزة الذكية الأخرى. وتتكون المحفظة الرقمية من برنامج ومعلومات، يُخزن البرنامج المعلومات الشخصية ويوفر درجة عالية من السرية والأمان والتشفير للبيانات، أما المعلومات (Information) فهي عبارة عن قاعدة بيانات للتفاصيل التي تخص المستخدم (Users) والتي تتضمن اسمه وطريقة الدفع وعنوان الشحن والمبلغ الذي يجب دفعه وتفاصيل بطاقة الائتمان أو الخصم.

ويتم ربط المحفظة الرقمية بالحساب المصرفي للفرد، ويتم تخزين معلومات الدفع الخاصة بالمستخدم وكلمات المرور بشكل أمن لإجراء عمليات الدفع عبر شبكة المعلومات الدولية (Internet) باستخدام بوابات الدفع الإلكتروني أو في الأماكن التجارية باستخدام تقنية اتصالات المجال القريب (NFC)⁽¹⁾.

هذا ويعتبر تطبيق المحفظة الرقمية من أكثر التطبيقات انتشاراً وأماناً حول العالم حتى هذه اللحظة، حيث يتم فرز معلومات الدفع الخاصة بالمستخدم في

(1) NFC اختصار لـ (Near Field Communication) وهي عبارة عن تقنية تعمل بتردد 13/56 ميغا هرتز، تستطيع نقل البيانات بسرعة قصوى لا تتجاوز 474 كيلو بايت في الثانية، وتختلف في كونها قادرة على تبادل البيانات في نطاق ضيق للغاية لا يتجاوز 4 سنتيمترات بين طرفي تبادل المعلومات (الهاتف وجهاز التلقي وهاتف آخر)، وهو ما جعل استخدامها في المعاملات المالية ممكناً نظراً لكونها آمنة لدرجة كبيرة، لمزيد من التفاصيل انظر باللغة الإنجليزية:

C_Enrique Ortiz, An Introduction to Near_field communication and the contract less communication APL, June, 2008.

متاح عبر الرابط التالي:

<http://www.archive.org/web>. (Last seen 19/1/2023).

تطبيق المحفظة الرقمية وليس على الهاتف الذكي، فيقوم التطبيق بتعيين رقم افتراضي لكل بطاقة ائتمان وبطاقة خصم مرتبط فقط بالمحفظة الرقمية والجهاز الذكي المستخدم. فضلاً عن تتطلب تطبيقات المحافظ مستويات عالية من الحماية، سواء عن طريق بصمة الأصبع (Toch ID) أو الوجه (Face ID) أو كلمة المرور (Password) أو أي إجراء آخر قبل إتمام العملية حتى تكون أكثر أماناً.

وفيما يتعلق بآلية استخدام المحفظة الرقمية فإنه في حالة التسوق من المتاجر والمحلات يلزم العثور علي نقطة بيع تتفق مع تطبيق المحفظة الرقمية الخاصة بالمستخدم، ويتم معرفة ذلك عن طريق استخدام الرمز الموجود عند صندوق الدفع. وهناك بعض أنظمة البيع تسمح بالدفع باستخدام تقنية النقل المغناطيسي (MST)⁽¹⁾. وكذلك ينطبق ذلك على بعض أجهزة الصراف الآلي (ATM) حيث يمكن إجراء سحب نقدي من التطبيق عندما يكون العميل قريباً من صراف آلي متوافق.

وبالنسبة للتسوق عبر شبكة المعلومات الدولية (Internet) فيتم أولاً تحديد نوع المحفظة المراد استخدامها، وتتطلب المحفظة الرقمية من العملاء التسجيل أولاً عن طريق ادخال تفاصيل البطاقة ثم التحقق من المعلومات عن طريق

(1) (MST) اختصار لـ (Magnetic secure Transmission) وهو اسم لتقنية الدفع عبر الهاتف الذكي، حيث تصدر أجهزة مثل الهواتف الذكية إشارة تحاكي الشريط المغناطيسي على بطاقة الدفع التقليدية.

عمليات مصادقة (OTP)⁽¹⁾، بعد ذلك يتم استكمال التسجيل، وبعد اكتمال العملية يحدد المستخدم خيار الشراء المتوافق مع موقع التجارة الالكترونية. والواقع أنه تتعدد أنواع المحافظ الرقمية لكي تلبي الاحتياجات المختلفة لمستخدميها، ونذكر منها بإيجاز: محفظة الانترنت الرقمية Online Wallet، ومحفظة الهواتف الذكية Mobile Wallet، ومحفظة أجهزة الحاسب الآلي Desktop Wallet، ومحفظة الأجهزة Hardware Wallet، وأخيراً محفظة الورق Paper Wallet⁽²⁾.

ونري أنه وبما أن أي شخص يستطيع الحصول على المحفظة الرقمية ويمكنه من خلالها الاستفادة من جميع الخدمات والمزايا المتوفرة بها. حيث يتم تحميل التطبيق مباشرة على الأجهزة الذكية، أو الحصول عليها من خلال وكيل معتمد من شركة اتصالات أو البنك أو مكاتب الصرافة، فانه يمكن للدولة المصرية تحقيق الشمول المالي من خلال التكنولوجيا المالية عن طريق استخدام المحفظة المالية وذلك كما فعلت دولة كينيا - كما أشرنا أنفاً- حيث استطاعت تحقيق

(2) OTP اختصاراً لـ (One Time Password) وهو عبارة عن رمز تحقق يستخدم لمرة واحدة فقط، يتم إنشاؤه عشوائياً حتى يتمكن المستخدم من تأكيد رقم الهاتف الخاص به، لمزيد من التفاصيل راجع باللغة الإنجليزية:

Steinfeld Ron and Philip H awkes, Information security and privacy, 15th Australasian conference, Sydney, Australia, July, 2010, p.p 264:278.

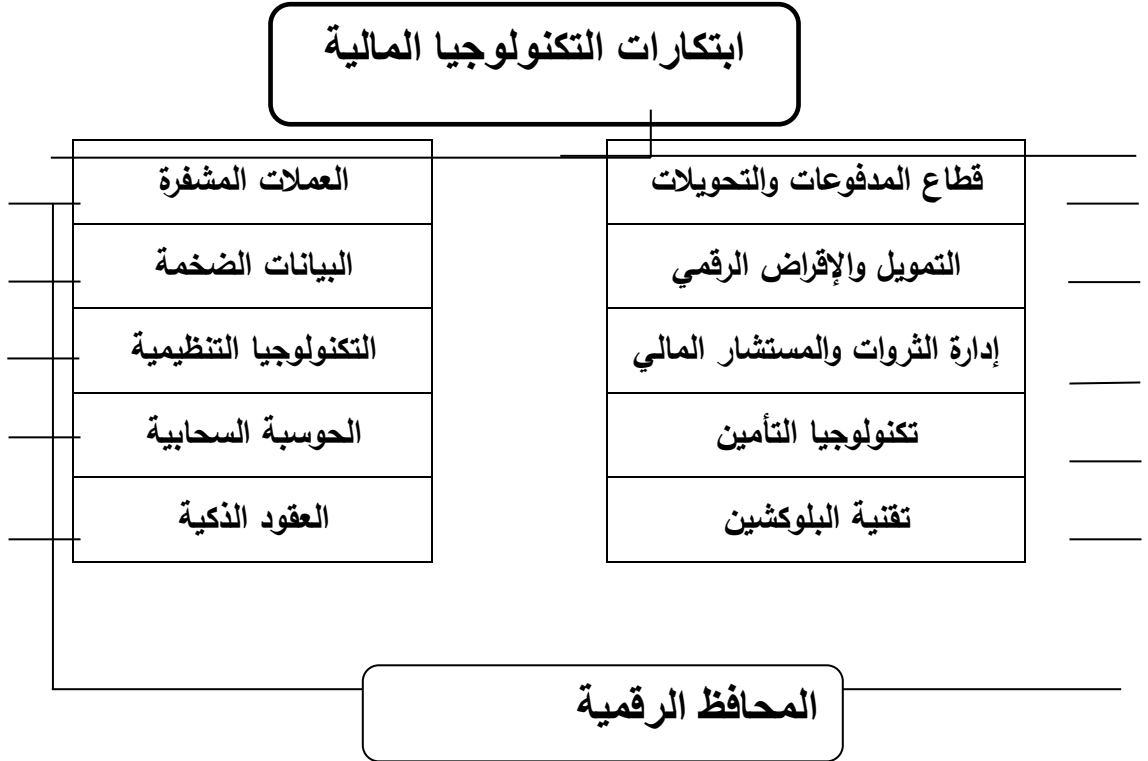
(3) لمزيد من التفاصيل انظر:

<http://academy.binance.com/AR/articles/crypto-wallet>. (last seen 19/1/2023).

الشمول المالي من خلال إحدى تطبيقات التكنولوجيا المالية وهو الهاتف المحمول.

وبالتالي من خلال استخدام المحافظ الرقمية يمكن إتاحة الخدمات المالية لجميع من يعيشون في مناطق نائية أو ريفية كونها تساعد على التقليل من الحاجة الي حسابات بنكية فعلية. فضلاً عن كونها تتمتع بالمرونة في اجراء العمليات وانخفاض تكلفتها.

شكل رقم (3) يوضح الابتكارات التكنولوجية



المصدر/ من اعداد الباحث

المطلب الثالث

تطور قطاع التكنولوجيا المالية على المستوى العالمي

سنتناول في هذا المطلب النقاط التالية:

أولاً: العرض على التكنولوجيا المالية

ثانياً: الطلب على التكنولوجيا المالية

ثالثاً: أهم قطاعات التكنولوجيا المالية الرائدة عالمياً

رابعاً: واقع شركات التكنولوجيا المالية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا

خامساً: تجارب دولية في مجال التكنولوجيا المالية

أولاً: العرض على التكنولوجيا المالية

لقد تضاعف حجم الاستثمارات العالمية في قطاع التكنولوجيا المالية إلى

أكثر من خمس مرات خلال الفترة 2013-2021 وذلك على النحو الموضح

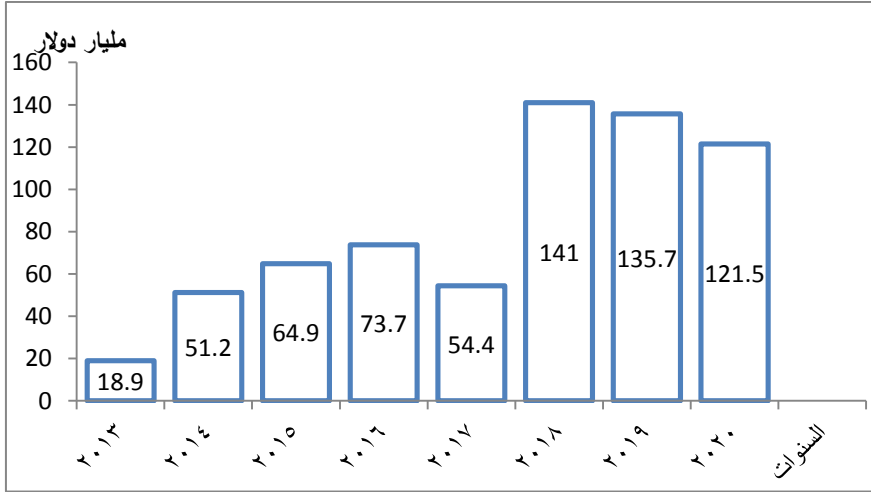
بالشكل رقم (4) ⁽¹⁾:

⁽¹⁾ مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار التابع لمجلس الوزراء المصري، تقرير التكنولوجيا

المالية، الفرص والتحديات أمام القطاع الخاص بمصر، أكتوبر، 2021، ص 20.

شكل رقم (4): الاستثمار العالمي في التكنولوجيا المالية خلال الفترة 2013-2021

2021م



المصدر:

- KPMG, Pulse of fintech 2021, Global Analysis of investment in Fintech.
- KPMG, Pulse of fintech, January, 2022, p. 8

وبعد تحليل الشكل السابق نستنتج ما يلي:

- 1- تضاعف حجم الاستثمارات العالمية في قطاعات Fintech من 18,9 مليار دولار في عام 2013 إلى 210,1 مليار دولار في عام 2021.
- 2- نلاحظ وجود قفزة بين عامي 2018، 2019 في رأس المال المستثمر، حيث تجاوزت الزيادة الضعف من 54,4 مليار دولار إلى 141 مليار دولار.

هذا ويمكننا القول بأن الارتفاع المطرد والمتسارع في حجم الاستثمارات

بسبب تسارع وتيرة الاتجاه نحو التحول الرقمي، والمجتمع اللاتقدي Cash less society، فضلاً عن عدة عوامل أخرى نذكر منها: الانتشار السريع لمراكز التكنولوجيا المالية Fintech Hubs، حول العالم، وزيادة خدمات البنوك الرقمية مقارنة بنظيرتها التقليدية، ورغبة حكومات الدول في التحول الرقمي وتعزيز الشمول المالي، حيث سهلت العمليات الرقمية وصول الدعم الحكومي للأفراد والفئات المهمشة والمتضررة، كون الخدمات المالية الرقمية أكثر كفاءة وسرعة وأقل تكلفة من الخدمات التقليدية⁽¹⁾.

ومن حيث التوزيع الجغرافي لأهم مراكز التكنولوجيا المالية على المستوى العالمي، فنجد أن مؤشر Global Fintech Index 2021 والذي يصنف الدول التي تحتضن التكنولوجيا المالية وفقاً لعدة أسس ومعايير أهمها سرعة وجودة وخدمات الإنترنت المجاني، واستخدام التكنولوجيا الحديثة في منظومة إدارة المدفوعات، ومستوى تأمين المعاملات الرقمية. فنجد أن الولايات المتحدة الأمريكية قد تقدمت في المركز الأول من أصل 83 دولة يغطيها المؤشر لعام 2021، تليها المملكة المتحدة، ثم إسرائيل. أما الدول العربية فنجد الإمارات العربية المتحدة جاءت في المركز 28، ومصر حصلت على المركز 72،

(1) IMF, The promise of Fintech: Financial inclusion in the post-Covid 19 – E, Monetary and capital markets Departmental paper series, 2020.

- متاح عبر الرابط التالي:

<https://www.imf-org/en/publications/policy-papers>. (last visited 24/12/2022)

وأخذت لبنان المركز 73، وجاءت الأردن في المركز 75⁽¹⁾.

ثانياً: الطلب على التكنولوجيا المالية

وفيما يتعلق بجانب طلب المستهلكين عالمياً على خدمات الفينتك فيوضح مؤشر تبني وتطبيق التكنولوجيا المالية Global Fintech Adoption Index متوسط استهلاك عالمي بلغ حوالي 64% في عام 2020 مقارنة بـ 22% في عام 2017، و16% في عام 2015.

هذا وتحل الصين مرتبة متقدمة وتتصدر هي ودولة الهند قائمة 27 دولة التي يتضمنها المؤشر، حيث يبلغ معدل تبني التكنولوجيا المالية 87% في كل منهما، وأما روسيا وجنوب إفريقيا بمعدل يبلغ حوالي 82%، في حين بلغت نسبة هذا المؤشرة 46% بالولايات المتحدة الأمريكية، وقد جاءت دولة اليابان في المرتبة الأخيرة بنسبة 34%⁽²⁾.

وفيما يلي شكل رقم (5) يوضح تطور قطاعات التكنولوجيا المالية للمستهلكين عالمياً:

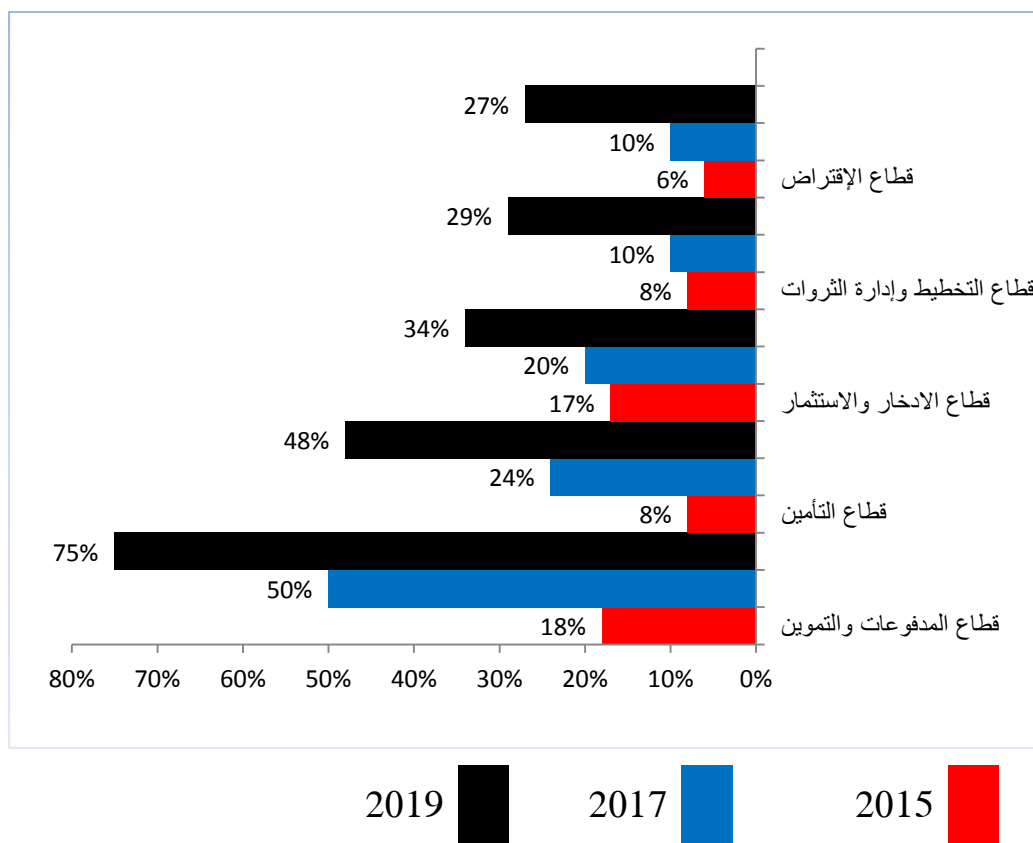
(1) Findex ABLE, Global Fintech Ranking Report. Briding The Gap, 2021, p. 21.

(2) The Global Fintech Adoption Index, Ey. Building a better working world, 2019, p. 7.

متاح عبر الرابط الآتي:

<https://www.ey.com/en/ey-global-fintech-adopt/on-index> (last seen 20/12/2022).

شكل رقم (5) تطور قطاعات التكنولوجيا المالية للمستهلكين عالمياً



المصدر: 2019 Global Fintech Adoption.

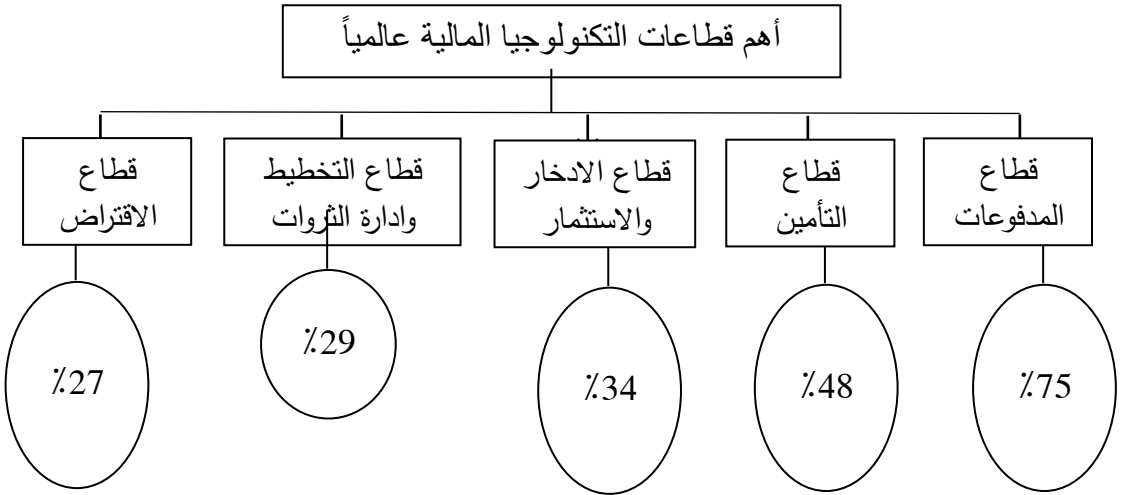
ووفقاً للشكل السابق يوضح لنا المؤشر زيادة ملحوظة في وعي المستهلكين للخدمات المالية الرقمية حيث أصبح حوالي 96% من المستهلكين على دراية على الأقل بأداة واحدة من أدوات التكنولوجيا المالية. بيد أن أكثر القطاعات استخداماً للتكنولوجيا المالية هو قطاع المدفوعات والتمويل كونه أكثر القطاعات استخداماً في الحياة شبه اليومية من قبل المستهلكين في سداد التزاماتهم إلكترونياً مثل

خدمات الغاز أو الكهرباء أو المياه أو رصيد المحمول وغيرها.

ثالثاً: أهم قطاعات التكنولوجيا المالية الرائدة عالمياً

يوضح الشكل السابق رقم (5) زيادة في نسبة استخدام أدوات التكنولوجيا المالية التي شملها مؤشر تبني التكنولوجيا المالية Global Fintech Adoption Index ونوضح ذلك وفقاً للشكل رقم (6).

شكل رقم (6): أهم قطاعات التكنولوجيا المالية عالمياً



المصدر: من إعداد الباحث وفقاً للبيانات الواردة بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار⁽¹⁾.

وبناءً عليه ومن خلال الشكل السابق نجد أن قطاع المدفوعات والتحويلات يستحوذ على النصيب الأكبر من استخدامات مستهلكي خدمات

(1) مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار التابع لمجلس الوزراء المصري، تقرير التكنولوجيا المالية، الفرص والتحديات أمام القطاع الخاص بمصر، مرجع سابق، ص 20.

التكنولوجيا المالية حول العالم.

هذا ويمكننا القول بأن التطور الذي حدث في التكنولوجيا عالمياً قد شهد ارتفاعاً في الآونة الأخيرة. إذ نجد مثلاً وفقاً للشكل رقم (6) أكثر القطاعات استخداماً للفينتك حول العالم فنجد قد ارتفع من 18% إلى 75%، وذلك بسبب ظهور جائحة كورونا في عام 2020 وما تطلبت هذه الفترة من إجراءات الإغلاق الكلي أو الجزئي في مناطق متفرقة، فأدى ذلك إلى تغيير في نمط سلوك الأفراد وتحول سلوكهم نحو مزيد من المعاملات الرقمية.

وفي ضوء ما سبق، نجد أن التكنولوجيا المالية قد غزت أسواق العالم، وباستخدامها ظهرت شركات ناشئة حيث جاءت الصين والهند في المراتب الأولى من حيث استخدام التكنولوجيا المالية، أما باقي الأسواق مثل هونغ كونغ فشهدت تسجيل معدلات نمو بطيئة هذا من جهة.

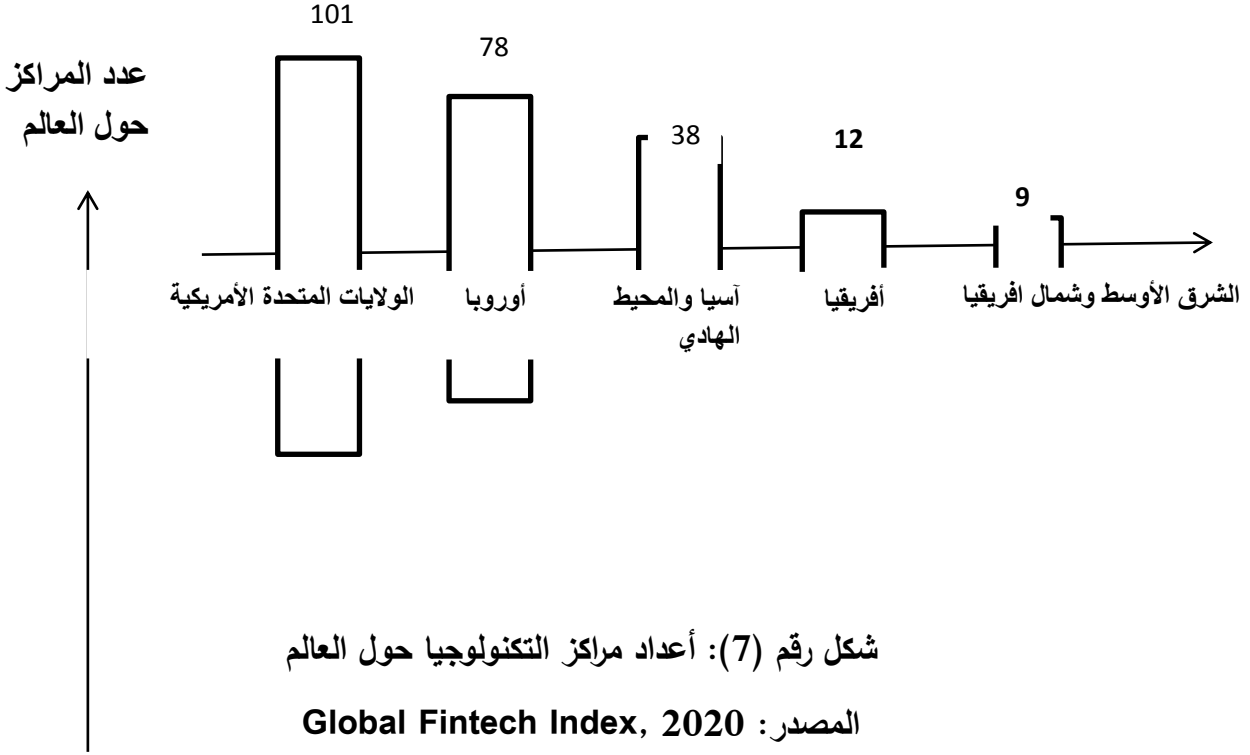
ومن جهة أخرى ساهم تطور صناعة التكنولوجيا المالية وسرعة انتشارها عالمياً، في نفاذها لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا بداية من عام 2013، وإن كان حجم الاستثمار في التكنولوجيا المالية في هذه المنطقة لا يتجاوز 1% من الاستثمار العالمي. وهو ما يعد ضعيفاً للغاية مقارنة بالمناطق الأخرى في العالم⁽¹⁾. كذلك يعتبر عدد مراكز التكنولوجيا المالية في المنطقة هو الأقل

(1) Mueller J. and Piwowar M., The Rise of Fintech in The Middle East: An Analysis of the Emergence of Bahrain and The United Arab Emirates, 2019.

متاح عبر الرابط التالي:

[http://Milkenistute.org/report/rise-Fintech-middle-east-analysis-emergence-bahrain-and-united-arab-emirates.\(last](http://Milkenistute.org/report/rise-Fintech-middle-east-analysis-emergence-bahrain-and-united-arab-emirates.(last) visited

مقارنة بباقي مناطق العالم كما هو موضح في الشكل رقم (7):



شكل رقم (7): أعداد مراكز التكنولوجيا حول العالم

المصدر: Global Fintech Index, 2020

رابعاً: واقع شركات التكنولوجيا المالية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا

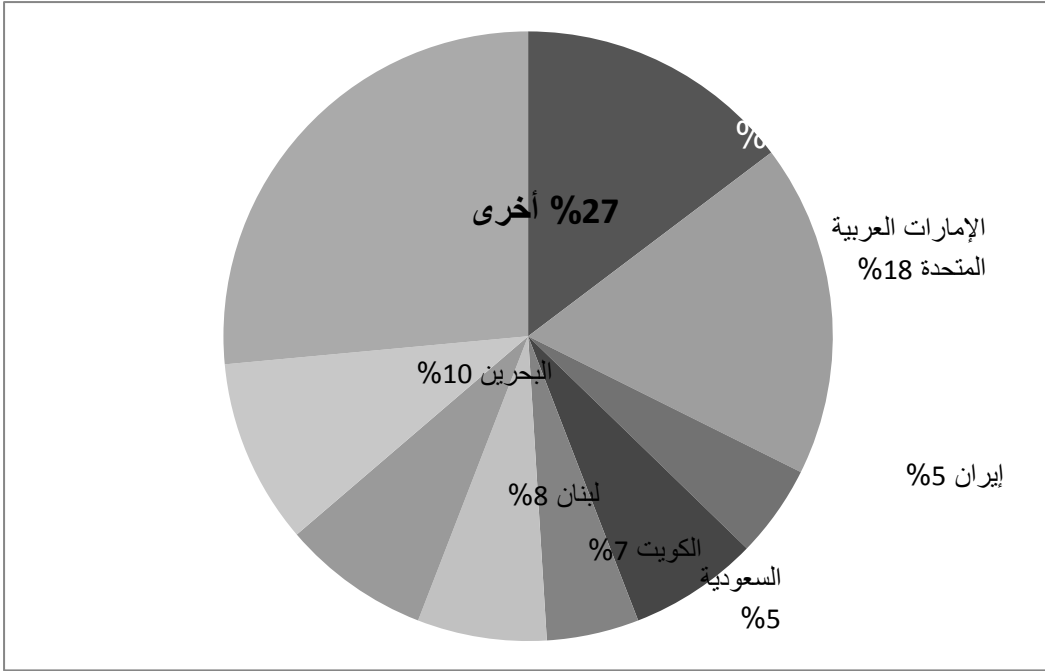
تُعد منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا⁽¹⁾ واحدة من أكثر مناطق العالم تنوعاً، فهي تمتد على ثلاث قارات وتضم 19 دولة تتسم بالتنوع السياسي والثقافي والاقتصادي، وقد انعكس ذلك على تباين مراحل التقدم في صناعات

24/12/2022)

(1) جدير بالذكر تشمل منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا حسب تعريف البنك الدولي - الجزائر والبحرين وجيبوتي ومصر وإيران والعراق والأردن والكويت ولبنان وليبيا والمغرب وسلطنة عمان وقطر، والمملكة العربية السعودية وسوريا وتونس والإمارات العربية المتحدة واليمن وقطاع غزة.

التكنولوجيا في دول المنطقة وما يرتبط بها من قوانين ولوائح تنظيمية. وتعد الإمارات العربية المتحدة هي الدولة الرائدة في مجال ابتكارات التكنولوجيا المالية؛ كونها تحتل 18% من شركات التكنولوجيا المالية في المنطقة، تليها جمهورية مصر العربية بنسبة 15% في حين لا زالت هذه الصناعة ناشئة في باقي دول المنطقة وذلك على النحو المبين بالشكل رقم (8):

شكل رقم (8): توزيع خدمات الفينتك في بعض دول منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا



ومن الجدير بالذكر أن مدن منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا تظهر ضمن قائمة مؤشر Global Fintech Index كما هو موضح بالجدول التالي رقم (1). ومن جانبنا نرى أن هذه المؤشرات نستشف منها أن هذه المنطقة تعد سوقاً واعداً في مجال التكنولوجيا المالية حيث يظل معدل استمرار شركات التكنولوجيا المالية جيداً في هذه المنطقة وفقاً لتقديرات مؤسسة CGAP

سيجاب (1).

جدول رقم (1)

دول منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا في الترتيب العالمي لمؤشر التكنولوجيا المالية

الترتيب العالمي	الدولة
58	دبي
106	القاهرة
153	المنامة
175	بيروت
196	تونس
232	الرياض

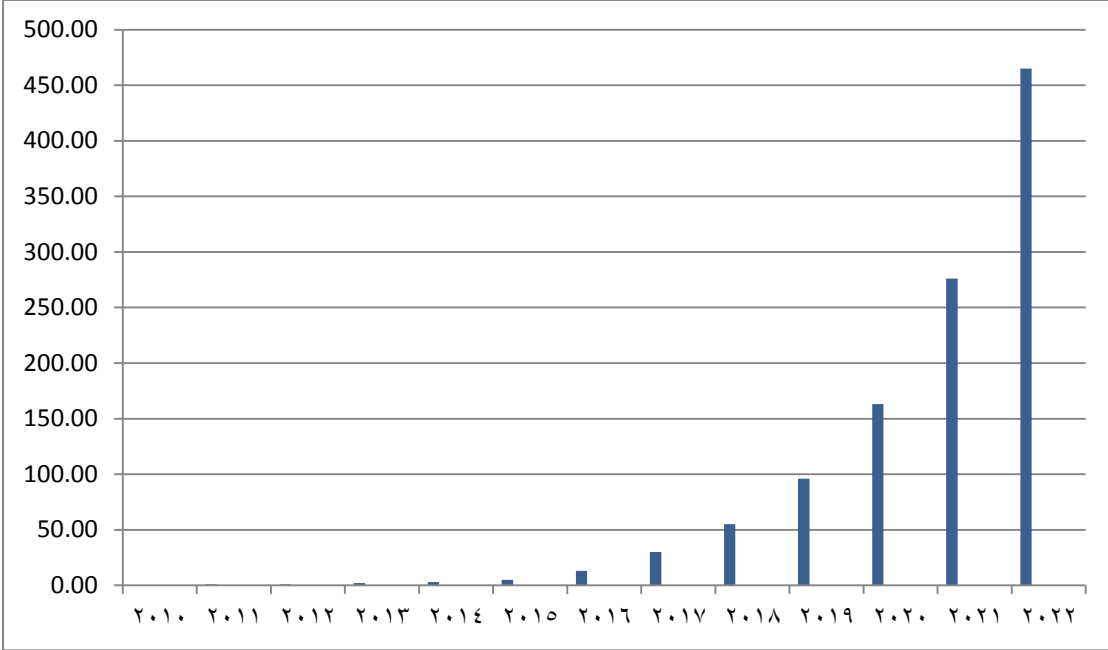
(1) جدير بالذكر أن مؤسسة CGAP هي شراكة عالمية تضم أكثر من 30 منظمة تنموية رائدة، ويتم دعمها من قبل العديد من الوكالات والمؤسسات ومؤسسات التنمية الثنائية والمتعددة الأطراف مثل بنك التنمية الأفريقي، والوكالة الفرنسية للتنمية، ومؤسسة بيل ومليندا جيتس (Bill and Melinda Gates foundation)، والاستثمار الدولي البريطاني، والمفوضية الأوروبية، وبنك الاستثمار الأوروبي، والوزارة الاتحادية للتعاون الاقتصادي والتنمية (BMZ)، وغيرها من المؤسسات الأخرى. وتعمل هذه المؤسسة على النهوض بحياة الفرد والفقراء وبوجه خاص النساء من خلال الشمول المالي حيث تهدف الي بناء أنظمة مالية شاملة تمكن الفقراء من اقتناص الفرص الاقتصادية. لمزيد من التفاصيل متاح عبر الموقع الرسمي للمنظمة: <http://www.cgap.org> (last seen 19/1/2023)

234	طهران
236	مدينة الكويت

وكما ذكرنا آنفاً – بأن حجم الاستثمارات في الفينتك في المنطقة لا يجاوز 1% من الاستثمار العالمي، إلا أنه عند النظر إلى المتغيرات الأخرى على ساحة منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، فإننا نرى بأن هناك فرصاً واعدة لازدهار قطاع خدمات التكنولوجيا المالية في السنوات المقبلة، حيث تشير البيانات التي سنوضحها في الشكل رقم (9) إلى نمو القطاع بمعدل نمو سنوي مركب يبلغ حوالي 30%، وتشير التقديرات إلى أن عدد الشركات في المنطقة سيصل إلى 465 شركة في مجال التكنولوجيا المالية نهاية عام 2022 بتمويل استثماري يبلغ نحو 2 مليار دولار، مقارنة بعدد 30 شركة فقط بقيمة مليون دولار في عام 2017.

شكل رقم (9):

تطور Veuture Capital في شركات الفينيك بالشرق الأوسط وشمال إفريقيا



المصدر: DLFC Finetech Hine and Accenture

وجدير بالذكر تُعد صناعة التكنولوجيا المالية - منذ وقت ليس ببعيد - هي الصناعة الأكثر رواجاً في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا خلال الخمس سنوات الماضية، حيث حصد هذا القطاع نحو 237 مليون دولار و181 صفقة في الفترة من 2015 حتى 2016، واستحوذ على 16% من الصفقات في النصف الأول من عام 2020 بنسبة زيادة تبلغ حوالي 2% من العام السابق كما هو موضح بالشكل رقم (10).⁽¹⁾

(1) أنظر تقرير التكنولوجيا المالية، الفرص والتحديات، مرجع سابق، ص27.

شكل رقم (10)

الصناعات المتصدرة في منطقة الشرق الأوسط وإفريقيا

بحسب عدد الصفقات (2020/2019)

شركات التكنولوجيا المالية

16%

التجارة الإلكترونية

14%

النقل والتوزيع

10%

حلول تكنولوجيا المعلومات

6%

الأغذية والمشروبات

6%

1% التغير في حصة
الصناعات في النصف الأول
عام 2020 مقارنة بعام
2019

وبالرغم من التطور المتنامي في قطاع خدمات التكنولوجيا المالية في منطقة الشرق الأوسط، فإن صناعة الخدمات المالية تواجه العديد من المعوقات- تختلف من دولة لأخرى- بعضها يتعلق بمشكلات البنية التحتية والقواعد والإجراءات، ومنها ما يتعلق بالأمن السيبراني وتدابير أمن وسلامة المعلومات، وما يتعلق بالتمويل الكافي ورأس المال البشري. ويلاحظ أن 55%

من المعوقات يتعلق بمشكلة الأمن السيبراني⁽¹⁾، خاصة مع ارتفاع عدد من الهجمات السيبرانية بنسبة 17% عام 2019 عن السابق له في المنطقة.

وعليه تسعى حكومات هذه الدول جاهدة لمجابهة هذه المعوقات، حيث نجد ثماني دول في المنطقة⁽²⁾ قد أطلقت بيئات اختبار تنظيمية لتطوير وتعزيز حلول التكنولوجيا المالية حيث تمكن بيئة الاختبار التنظيمية المطورين من إجراء اختبارات مباشرة على الابتكارات في ظروف منظمة لجذب المبدعين وتشجيع الاستثمارات.

وقد أنشئت حكومات هذه الدول صناديق استثمارية بإجمالي 1.4 مليار دولار لتمويل الشركات الناشئة في مجال التكنولوجيا المالية على النحو الموضح بالجدول رقم (2)

(1) الجدير بالذكر أن المشرع المصري في القانون رقم 5 لسنة 2022 بشأن تنظيم استخدام التكنولوجيا المالية في الأنشطة المالية غير المصرفية قد تعرض لتعريف الامن السيبراني(أمن البيانات Cyber security) في المادة(9/1) بأنه " إجراءات وعمليات تقنية وتنظيمية من شأنها الحفاظ علي خصوصية البيانات وسريتها وسلامتها ووحدتها وتكاملها فيما بينا "، ويمكن القول أنه اذا كان المشرع المصري لم يفرد تشريعاً مستقلاً بشأن الأمن السيبراني إلا أنه قد نظمه بصورة غير مباشرة - من وجهة نظري - في تشريعات متفرقة مثل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018، والقانون رقم 151 لسنة 2020 بشأن حماية البيانات الشخصية _ كما سنوضح في المبحث الثاني.

(2) الامارات، مصر، السعودية، الأردن، الكويت، قطر، وعمان، والبحرين، وسوف نتعرض للتجربة البحرينية والدولة المصرية في السطور القادمة.

جدول رقم (2)

أحجام أهم الصناديق الحكومية المفتوحة لشركات التكنولوجيا المالية

(1)

الدول	الصناديق الحكومية المفتوحة أمام شركات الفيتيك الناشئة	القيمة التراكمية (مليون دولار)
الإمارات	مكتب أبو ظبي للاستثمار	146
الإمارات	كاتليست بارتنرز	1000
الإمارات	مركز دبي المالي الدولي	100
البحرين	الواحة	100
مصر	البنك المركزي المصري	57

وفي ضوء ما سبق أعلن تقرير MAGNIT لعام 2020 عن تقدم الإمارات العربية المتحدة من حيث حجم التمويل بنسبة 59%، تليها جمهورية مصر العربية بنسبة 19% بإجمالي تمويل 659 مليون دولار في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا لعام 2020. (2)

(¹) المصدر: أنظر تقرير التكنولوجيا المالية، فرص وتحديات، مرجع سابق، ص27

(2)Magnitt, Mena investment report, 2020

متاح عبر الرابط التالي

<https://magnitt.com / research- 2020- Mena - venture- investment>
(last visited 24/12/2022)

وكذلك أعلن التقرير ذاته عن سيطرة مصر على النسبة الكبرى من صفقات التكنولوجيا المالية بنسبة 25% في الأعوام 2019، 2020، ثم الإمارات العربية المتحدة وتليها المملكة العربية السعودية.

خامساً: بعض التجارب الدولية للتكنولوجيا المالية

إن الحديث عن التكنولوجيا المالية يقتضي منا أن نتعرض أولاً للتجارب الناجحة في الدول التي استخدمت التكنولوجيا المالية، وبالتالي فقد تم اختيار دولة ألمانيا من بين دول الاتحاد الأوروبي فضلاً عن التعرض لتجربة مملكة البحرين، حيث تعد من أهم الدول الرائدة التي اهتمت بتفعيل التكنولوجيا المالية من أجل تحقيق الشمول المالي، ووصول الخدمات المالية إلى جميع فئات المجتمع بتكلفة أقل وجهد يسير، وسيتم إيضاح ذلك من خلال النقاط التالية:

(1) التجربة الألمانية في مجال التكنولوجيا المالية: -

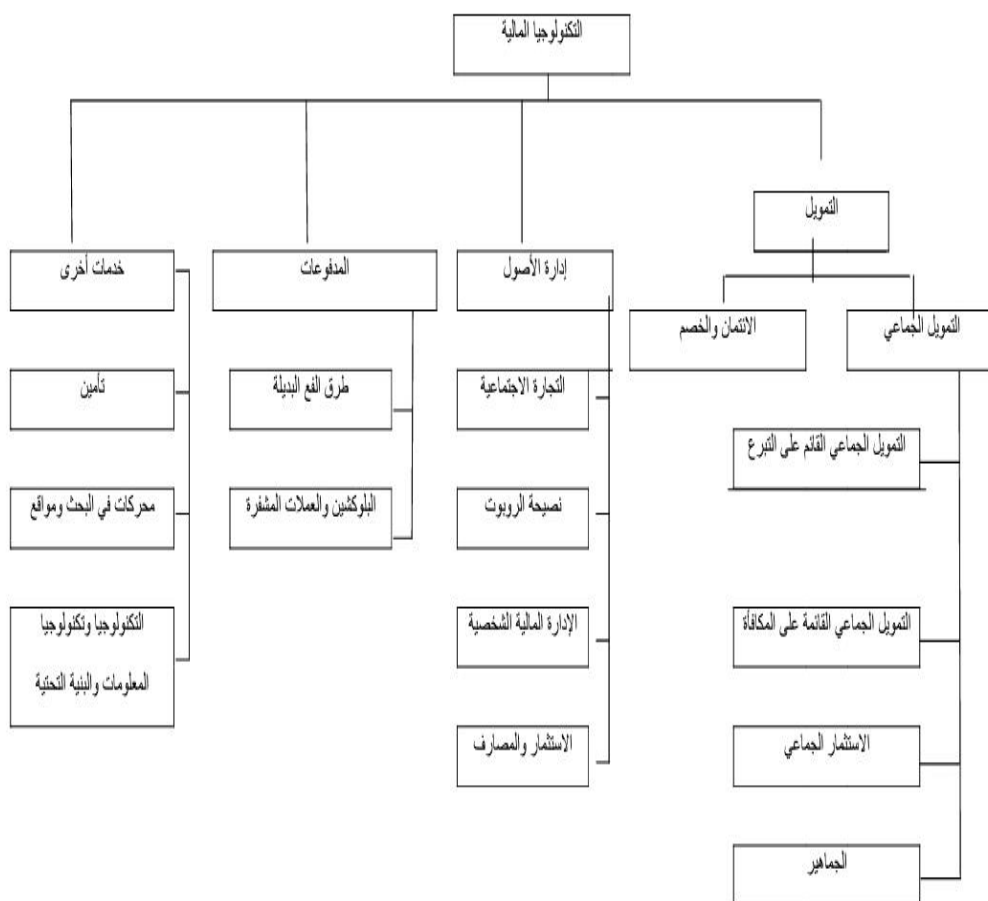
«تعد ألمانيا من أهم أسواق الفينتك في أوروبا ورابع أكبر سوق في العالم، إذ بدأت العديد من شركات FinTech التي تقدم خدمات مالية متخصصة وأكثر توجهاً نحو العملاء تعمل من خلال توظيف أنظمة قائمة على التكنولوجيا Tech - في عملياتها في ألمانيا، بحيث أصبح السوق الألماني حاضراً لمجالات التكنولوجيا المالية وأكثر جاذبية لشركات Fin Tech الدولية التي تنشئ فروعاً في ألمانيا لخدمة الأسواق المحلية الكبيرة، فأصبح من خلال جواز سفر الاتحاد الأوروبي، يمكن تقديم الخدمات من ألمانيا إلى دول الاتحاد الأوروبي الأخرى»⁽¹⁾.

وبناءً عليه يمكن تقسيم الشركات العاملة في مجال التكنولوجيا المالية في

(1) المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 114.

ألمانيا إلى أربع قطاعات رئيسية يتم توضيحها من خلال الشكل رقم (11) (1).

شكل رقم (11) قطاعات التكنولوجيا المالية في ألمانيا



(1) Dor Fleitner Gregor and other, Previous reference, p. 7.

وأما من حيث عدد شركات التكنولوجيا المالية فإن العدد الإجمالي للشركات الناشئة في FinTech حوالي 700 شركة بمعدل نمو في السنوات الـ 10 الماضية يصل نحو 33% سنوياً⁽¹⁾.

والسبب في هذه الطفرة يكمن في أن ألمانيا لديها نظام تعليمي معترف به دولياً مع التدريب الجامعي وغير الجامعي هذا من جهة والمواطنين الألمان لديهم الرغبة والاستعداد نحو استخدام الخدمات المالية الرقمية فنجد أن أكثر من ثلاثة أرباع المواطنين بألمانيا مستخدمين لخدمات الإنترنت. وهذا من أهم العوامل التي تؤدي إلى نمو قطاع الفينتك في حين أن عدم توافرها كما سنذكر في مصر يعد معوقاً وتحدياً أمام التكنولوجيا المالية.

وأما عن حجم استثمارات التكنولوجيا المالية في ألمانيا فقد وصلت إلى 613 مليون يورو حيث تأتي مبالغ التمويل الخاص برأس المال المغامر في المرتبة الثانية في ألمانيا بعد أعمال التجارة الإلكترونية⁽²⁾.

ومن حيث التوزيع الجغرافي فإن غالبية شركات التكنولوجيا المالية تتركز في العاصمة برلين، بينما يبلغ حوالي 15% من شركات التكنولوجيا المالية الألمانية تقع في فرانكفورت وميونخ وهامبورغ⁽³⁾.

ومن حيث الإشراف والرقابة على القطاع المالي المصرفي وغير المصرفي في ألمانيا فإن الرقابة تكون من قبل هيئة الرقابة المالية الفيدرالية (Bafin) حيث تجمع في الإشراف على البنوك ومقدمي الخدمات المالية غير المصرفية أي أن

(1) المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 115.

(2) نفس المصدر.

(3) المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 114.

الرقابة في ألمانيا تقع تحت سقف واحد⁽¹⁾. كما هو الحال في مملكة البحرين. وقد خالفت مصر ذلك - كما سيأتي ذكره لاحقاً - حيث تتعدد جهات الرقابة والإشراف في مصر ما بين البنك المركزي المصري والهيئة العامة للرقابة المالية فضلاً عن كيانات مالية أخرى ذات طبيعة خاصة.

هذا وقد يبدو لي أن ألمانيا تتفوق عن الدولة المصرية من ناحيتين: من حيث عدد الشركات فقد وصل عدد الشركات إلى حوالي 700 شركة في حين أن مصر وصل عدد الشركات إلى 112 شركة. وبالرغم من ذلك فهناك من يرى ألمانيا متأخرة دولياً من حيث الرقمنة إذ تحتل المرتبة 17 من بين 35 دولة صناعية خلف فرنسا⁽²⁾.

ومن جهة ثانية فإن ألمانيا لديها ميزة من حيث التنظيم المالي والدور الرقابي والإشرافي إذ توجد هيئة واحدة فقط مسؤولة عن الإشراف والرقابة على أداء القطاع المالي سواء المصرفي أو غير المصرفي وهذا عكس مصر مما يؤدي في النهاية إلى تقوية أسس الحوكمة والرقابة المالية.

(2) تجربة دولة البحرين في مجال التكنولوجيا المالية: -

تتركز جهود مملكة البحرين على نموها الاقتصادي في مجال الابتكار والتحول الرقمي، وذلك كونها تعد مركزاً مالياً راسخاً في دول مجلس التعاون الخليجي ومنطقة الشرق الأوسط. ولذلك قامت دولة البحرين بعدة مبادرات لتصبح مركزاً للتقنية المالية (FinTech) فقد قام مصرف البحرين المركزي بإنشاء وحدة مختصة في مجال الفينتك تسمى «وحدة التكنولوجيا المالية

(1) المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 117.

(2) انظر في هذا الرأي المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 117.

والابتكار» لإجراء أبحاث السوق حول الابتكارات التي تحدث في القطاع المالي (1).

وعليه فإن الحديث عن تجربة البحرين مع التكنولوجيا المالية يقتضي التعرض لما يلي: -

أ- لمحة عن الهيكل التنظيمي للقطاع المالي في البحرين.

ب- جهود تطبيق التكنولوجيا المالية في البحرين.

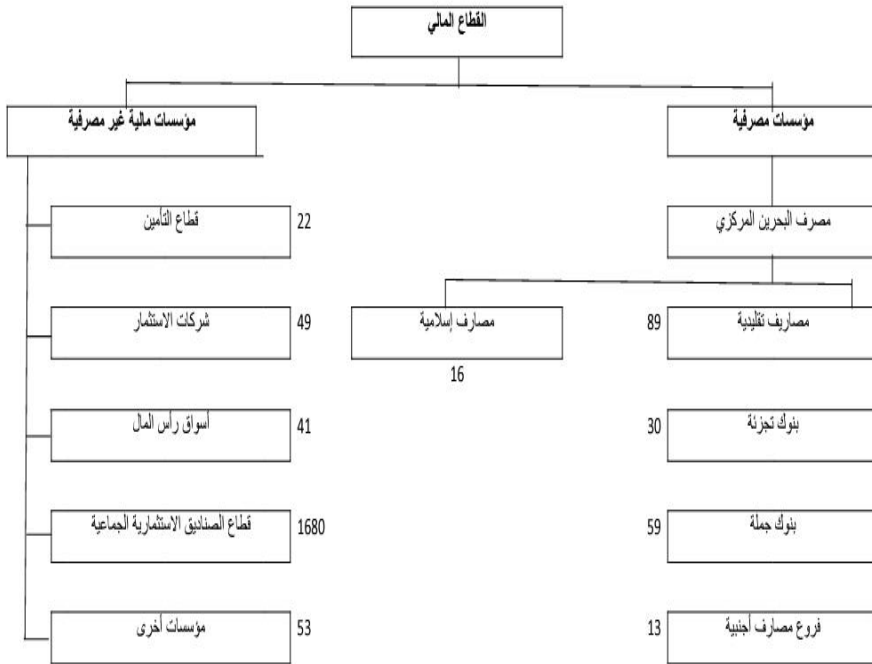
أ_ لمحة عن الهيكل التنظيمي للقطاع المالي في البحرين: -

يتكون القطاع المالي البحريني يتكون من قطاع مالي مصرفي، ومؤسسات مالية غير مصرفية كشركات التأمين وسوق رأس المال (2). ويتم إيضاح ذلك من خلال الشكل رقم (12).

(1) خلود براهيمية وأخرى، مرجع سابق، ص 86.

(2) http://www.cbb.gov.bh/ar/about_cbb (Last seen 12/6/2022).

شكل رقم (12) الهيكل التنظيمي للقطاع المالي للبحرين



الشكل من إعداد الباحث وفقاً لموقع مصرف البحرين المركزي

الشكل من إعداد الباحث وفقاً لموقع مصرف البحرين المركزي

إذاً وفقاً للشكل رقم (12) يتضح لنا أن القطاع المالي بمملكة البحرين يتكون من مصارف تقليدية و يبلغ عددها 89 مصرفاً بأصول تبلغ قيمتها 210,1 مليار دولار أمريكي، ومصارف إسلامية يبلغ عددها 16 مصرفاً بأصول تبلغ قيمتها 32,9 مليار دولار (1).

فضلاً عن قطاع آخر لا يقل أهمية عن القطاع المصرفي وهو المؤسسات المالية غير المصرفية. ومما هو جدير بالذكر ووفقاً للقانون رقم (64) لسنة 2006 فإن مصرف البحرين المركزي هو السلطة الرقابية الوحيدة التي تشرف على القطاع المالي في البحرين أي أن الرقابة على المؤسسات المالية في البحرين تقع تحت سقف واحد ويدخل في نطاق اختصاص المصرف المركزي البنوك (تقليدية وإسلامية) والمؤسسات غير المصرفية. ومن ثم نجد المشرع البحريني قد سلك نفس اتجاه نظيره الألماني -كما أسلفنا- وجعل الرقابة على القطاع المالي المصرفي وغير المصرفي تحت مظلة واحدة. وبالتالي خالف نظيره المصري في هذا الشأن كما سنوضح في المبحث الثاني.

ونظراً لضخامة القطاع المالي في البحرين من حيث عدد البنوك -وهي تتفوق عن الدولة المصرية في ذلك حيث عدد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي المصري 38 بنكاً- فقط فتسعي البحرين إلى تطوير العديد من الخدمات وخلق خدمات مالية جديدة تخدم القطاع المالي، وجعل المعاملات المالية أكثر استدامة من خلال استخدام التقنية المالية أو الفينتك. وهذا ما

(1) <http://www.cbb.gov.bh/ar/about-cbb> (Last seen 12/6/2022).

- لمزيد من التفاصيل حول القطاع المالي في البحرين انظر:
خلود براهيمية وأخرى، مرجع سابق، ص 76-85.

سنوضحه في السطور التالية.

ب - جهود تطبيق التكنولوجيا المالية في البحرين: -

لقد فطنَّ مصرف البحرين المركزي لأهمية التكنولوجيا المالية وضرورة توطین شركاتها في المملكة واعتماد منتجاتها في القطاع المالي وذلك لتحقيق استدامة مصرفية وغير مصرفية للمساهمة الفعّالة في تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة. ولذلك نجد المصرف المركزي قام في سبيل تحقيق ذلك بالعديد من الإجراءات ونذكر منها على سبيل المثال:

أ- إنشاء وحدة مختصة في مجال التكنولوجيا المالية والابتكار في أكتوبر 2017 وذلك للقيام بإجراء أبحاث السوق حول الابتكارات التي تحدث في القطاع المالي، ووضع استراتيجيات للاستفادة الفعّالة من التكنولوجيا المالية (1).

ب- إنشاء البنية الرقابية التجريبية للتكنولوجيا المالية (Regulatory sandbox frame work) في عام 2017. وذلك من أجل تعزيز المنافسة واحتضان التكنولوجيا الجديدة. وهذه البيئة مفتوحة للشركات لاختبار خدماتها المبتكرة المعتمدة على التكنولوجيا (2).

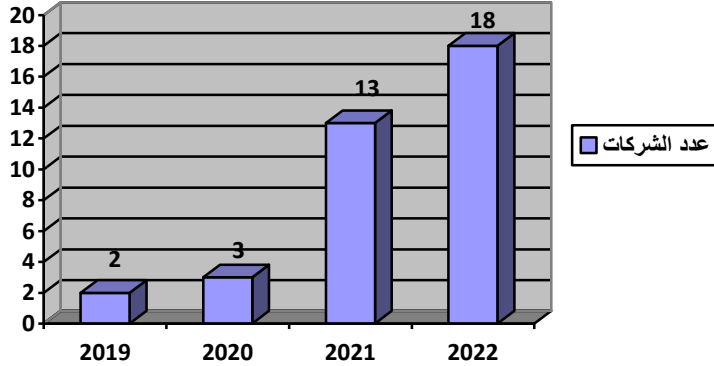
وقد وصل عدد الشركات المعتمدة حالياً في البيئة الرقابية التجريبية إلى 18 شركة (3)، ويمكن إيضاح ذلك من خلال الشكل رقم (13): -

(1) www.cbb.gov.bh/ar/fintech. (Last seen 14/6/2022).

(2) www.cbb.gov.bh/ar/fintech. (Last seen 14/6/2022).

(3) نفس الموقع.

شكل رقم (13) يوضح تطور عدد الشركات المعتمدة في
البيئة الرقابية (من 2019-2022)



المصدر: الشكل من إعداد الباحث وفقاً لموقع مصرف البحرين المركزي.

وبناءً عليه ووفقاً للشكل السابق نجد أن التكنولوجيا المالية قد ساهمت في تقديم خدمات وحلول مالية مبتكرة؛ مما أثر إيجاباً في تطوير القطاع المالي في مملكة البحرين.

ج- منصة «Fin Hub 973»: تعتبر أول منصة رقمية شاملة للتكنولوجيا المالية في المنطقة حيث تتيح الفرصة للمؤسسات المالية وشركات التكنولوجيا المالية للتعاون تحت إشراف مصرف البحرين المركزي من خلال تقنية «Open APTs». كما تهدف المنصة والتي تديرها شركات «فينتك جالكس» إلى ربط شركات التكنولوجيا المالية المحلية والدولية بالمؤسسات المالية في مملكة البحرين⁽¹⁾.

(1) <http://www.cbb.gov.bh/ar/Media-Center> (Last seen 14/6/2022).

وفي سياق ما تقدم يُثار التساؤل الآتي عن: ما هي العوامل التي أدت إلى تبني التكنولوجيا المالية في البحرين؛ مما جعلها في مركز متميز بين دول الشرق الأوسط؟

يمكن القول بأن العوامل التي ساعدت على تبني التكنولوجيا المالية في البحرين تتمثل في كون المملكة أكثر الدول استخداماً لخدمات الإنترنت في الشرق الأوسط، فضلاً عن تطوير شبكة الإنترنت من الجيل الرابع إلى الجيل الخامس. لذلك نجد أن البحرين تحتل المرتبة الخامسة من حيث انتشار الإنترنت في دول الشرق الأوسط بنسبة 99% سنة 2020⁽¹⁾. بالإضافة إلى عدة عوامل أخرى مثل ميول الأفراد لاستخدام التكنولوجيا في معاملاتهم المالية واليومية كالتسوق.

فضلاً عن إجابة سكان البحرين لمهارات استخدام الاتصالات وتقنية المعلومات. فالواقع أن مملكة البحرين تتقدم عن مصر من حيث نسبة إجابة السكان المستخدمين للاتصالات وتقنية المعلومات. فنجد أن الأردن تصدر الدول العربية من حيث نسبة السكان الذين يجيدون مهارات استخدامات تقنيات المعلومات والاتصالات بنسبة 53%، والبحرين تمثل المرتبة الثانية بنسبة 46% أي أن نصف سكان البحرين يجيدون استخدام التقنيات الحديثة في حين تأتي مصر في المرتبة الرابعة بعد الأردن والبحرين والإمارات⁽²⁾.

(1) لمزيد من التفاصيل انظر ما يلي: -

خلود براهيمية وأخرى، مرجع سابق، ص 88-99.

(2) هبة عبد المنعم وسفيان قعلول، وأخري، نحو بناء مؤشر مركب لرصد تطور الاقتصاد الرقمي في الدول العربية، صندوق النقد الدولي، الإمارات، مايو 2021، ص 16.

المبحث الثاني

الإطار القانوني للتكنولوجيا المالية

تمهيد وتقسيم: -

نتعرض في هذا المبحث عن كيفية معالجة المشرع المصري بالتنظيم القانوني للتكنولوجيا المالية من خلال العديد من التشريعات والقوانين التي تعمل على تدعيم التحول الرقمي، والعمل على تميز مصر في مجال الفينتك وفقاً لرؤية مصر 2030، والتي تسعى الدولة المصرية وفقاً للهدف الثالث منها إلى تحقيق اقتصاد قائم على المعرفة، والسعي نحو تحقيق الشمول المالي.

فضلاً عن قيام البنك المركزي المصري بالعديد من المبادرات والإجراءات التي يهدف من ورائها أن تكون مصر مركزاً للتكنولوجيا المالية في العالم العربي وإفريقيا.

بيد أنه ما زال هناك العديد من التحديات والمعوقات التي تقف حائلاً أمام هذا القطاع، والتي تحتاج إلى المزيد من الجهد، واتخاذ سياسات من شأنها مجابهة هذه التحديات.

وعليه فقد جاء تقسيم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول : البنية التحتية الاقتصادية للتكنولوجيا المالية

المطلب الثاني : البنية التحتية القانونية للتكنولوجيا المالية

المطلب الثالث : معوقات التكنولوجيا المالية وكيفية مجابهتها

المطلب الأول

البنية التحتية الاقتصادية للتكنولوجيا المالية

تمهيد وتقسيم

شهدت التكنولوجيا المالية في الدولة المصرية قفزة سريعة على مدى السنوات القليلة الماضية، وذلك بفضل نظامها البيئي الرائد في مجال ريادة الأعمال⁽¹⁾، علاوة على تنامي المد التكنولوجي والعولمة الاقتصادية والمالية.⁽²⁾ وتستهدف مصر في إطار استراتيجيتها تحت عنوان "رؤية مصر 2030"⁽³⁾ خلق

(1) أنظر: مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار التابع لمجلس الوزراء المصري، تقرير بعنوان "التكنولوجيا المالية في مصر" سلسلة اتجاهات محلية، مقتطفات تنموية، السنة (1)، العدد (11)، إبريل، 2020، ص1.

(2) راجع د. ميرفت محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص101.

(3) رؤية مصر 2030" تهدف إلى تحقيق الأهداف الآتية:

الهدف الأول: وهو الارتقاء بجودة حياة المواطن المصري وتحسين مستوى معيشته بالحد من الفقر بجميع أشكاله، والقضاء على الجوع، وتوفير منظومة متكاملة للحماية الاجتماعية، وإتاحة التعليم وضمان جودته وجودة الخدمات الصحية، وإتاحة الخدمات الأساسية (المياه والصرف الصحي، الكهرباء، إدارة المخلفات، المواصلات، والإسكان)، وتحسين البنية التحتية (الطرق والمرافق وغيرها)، والارتقاء بالمظهر الحضاري، وضبط النمو السكاني، وإثراء الحياة الثقافية، وتطوير البنية التحتية الرقمية.

الهدف الثاني: ويتمثل في تحقيق العدالة والاندماج الاجتماعي والمشاركة من خلال تحقيق المساواة في الحقوق والفرص، وتوفير الموارد في كل المناطق الجغرافية، في الريف والحضر على حد سواء، وتعزيز الشمول الرقمي، وتمكين المرأة والشباب والفئات الأكثر احتياجًا، ودعم مشاركة كل الفئات في التنمية، وتعزيز روح الولاء والانتماء للهوية المصرية.

الهدف الثالث: ويتمثل في العمل على تحقيق نمو اقتصادي قائم على المعرفة، ورفع درجة مرونة وتنافسية الاقتصاد، وزيادة معدلات التشغيل وفرص العمل اللائق وتحسين بيئة الأعمال وتعزيز ثقافة ريادة الأعمال، كما تسعى إلى تحقيق الشمول المالي وإدراج البعد البيئي والاجتماعي في التنمية الاقتصادية.

الهدف الرابع: اتخاذ المعرفة والابتكار والبحث العلمي ركائز أساسية للتنمية، وذلك من خلال الاستثمار في البشر وبناء قدراتهم الإبداعية والتحفيز على الابتكار ونشر ثقافته ودعم البحث العلمي وربطه بالتعليم والتنمية.

الهدف الخامس: الحفاظ على التنمية والبيئة معاً من خلال الاستخدام الرشيد للموارد بما يحفظ حقوق الأجيال القادمة في مستقبل أكثر أمناً وكفاية ويتحقق ذلك بمواجهة الآثار المترتبة على التغيرات المناخية وتعزيز قدرة الأنظمة البيئية على التكيف والقدرة على مواجهة المخاطر والكوارث الطبيعية وزيادة الاعتماد على الطاقة المتجددة وتبني أنماط الاستهلاك والإنتاج المستدامة.

الهدف السادس: حوكمة أجهزة الدولة الرسمية ومؤسسات القطاع الخاص والمجتمع المدني؛ لذا ف رؤية مصر للمستقبل تضع الحوكمة والالتزام بالقوانين والقواعد والإجراءات في ظل سيادة القانون، وذلك في ظل وجود إطار مؤسسي قوي يمكنه تحقيق الشفافية والمساءلة ومحاربة الفساد.

الهدف السابع: ويقوم على وضع الأولوية القصوى للأمن بمفهومه الشامل على المستويين الوطني والإقليمي كضرورة حتمية لتحقيق التنمية المستدامة، والحفاظ عليها ويتضمن ذلك ضمان الأمن الغذائي والمائي وأمن الطاقة المستدام والاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والبيئي والأمن المعلوماتي (السيبراني)، وتأمين الحدود المصرية ومكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة.

الهدف الثامن: ويتمثل في ربط أهداف مصر التنموية بالأهداف الدولية فبعد النجاح في استعادة الاستقرار أصبح هدف تعزيز مكانة مصر وريادتها على المستويين الإقليميين

اقتصاد رقمي تنافسي والتحول نحو اقتصاد أقل اعتماداً على النقد. وقد تزايدت أهمية قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في النمو الاقتصادي حيث ارتفعت نسبة المساهمة من 3% عام 2014/2013 إلى 11.9% عام 2020/2019، بنسبة 4% من الناتج المحلي الإجمالي لمصر عام 2020/2019⁽¹⁾، وفي ضوء ما سبق سنتناول النقاط الأتية:

والدولي ضرورة؛ لدفع عجلة التنمية الشاملة ويتحقق ذلك من خلال العديد من الآليات من ضمنها دعم تعزيز الشراكات إقليمياً ودولياً.

وتأسيساً على ما تقدم، تساهم جميع أهداف التنمية المستدامة في تلبية الأهداف الأساسية للجميع والتي تشمل: القضاء على الفقر، القضاء على الجوع من خلال الزراعة المُستدامة، الصحة للجميع، التعليم للجميع، المياه والصرف الصحي للجميع، الطاقة الحديثة للجميع، توفير وظائف لائقة للجميع، بنية تحتية حديثة للجميع أو الإدماج الاجتماعي، وذلك حتى يكون لدى جميع أفراد المجتمع فرصة للازدهار، المساواة بين الجنسين، الحد من عدم المساواة، التخلص من العنف.

كما تساهم تلك الأهداف في تحقيق السلامة المناخية أو "الاستدامة البيئية" والتي تعني أن يكون النظام المناخي مستقر، وأن يعمل بشكل جيد بحيث تكون المناطق الريفية والحضرية محمية من التلوث ومقاومة للصدمات المناخية، بالتزامن مع حفظ النظم البيئية البحرية والإيكولوجية الأرضية، وأخيراً تحقق تلك الأهداف سيادة القانون والقضاء على الفساد من خلال قيام الحكومات بإخضاع جميع مواطنيها للمساءلة، التعاون العالمي والشراكات؛ من أجل تحقيق أهداف التنمية المستدامة، لمزيد من المعلومات انظر: د. محمد صبري أبوزيد، التنمية الاقتصادية والاجتماعية، دار الفتح للطباعة والنشر، 2022، ص 33 : 64

(1) <https://www.tra.gov.even/industry/telecom-market> (last seen 30-5-2022)

أولاً: النظام البيئي لخدمات التكنولوجيا المالية في مصر

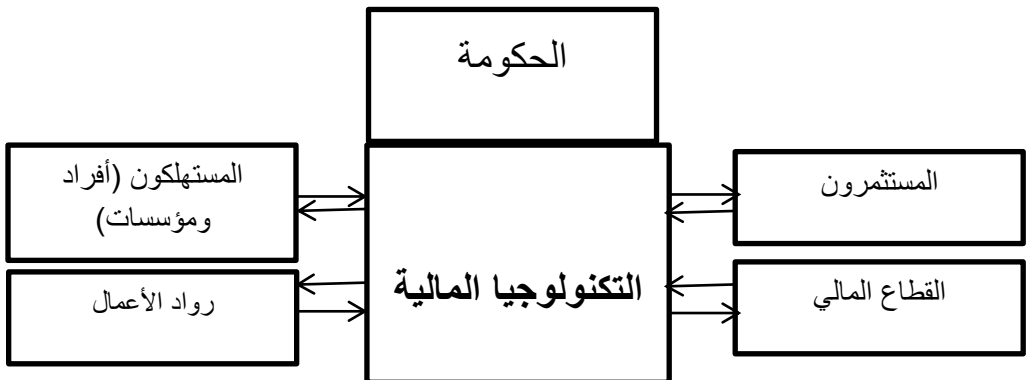
يشهد قطاع التكنولوجيا المالية في مصر نمواً ملحوظاً سواء من حيث حجم الاستثمارات، أو من حيث نمو أعداد الشركات الناشئة، فضلاً عن خلقه فرص عمل لنمو العديد من القطاعات مثل البرمجيات، وتحليل البيانات، والمدفوعات والمنصات، والخدمات المصرفية عبر الهاتف وأنظمة إدارة الأصول

الخوارزمية Algorithmic asset management systems

وعليه فقد تمكنت مصر خلال السنوات الأخيرة الماضية من خلق بيئة عمل صحية وديناميكية نشطة لدعم خدمات التكنولوجيا المالية يشارك في العديد من الفاعلين الرئيسيين مثل الحكومة، والقطاع المالي، ورواد الأعمال والمستثمرين، والمستهلكين؛ مما ساعد على دعم جانبي العرض والطلب في الاقتصاد الكلي.

وفي الواقع تتمتع بيئة عمل التكنولوجيا المالية في مصر بالعديد من العناصر الأساسية التي تنبئ بفرص نمو واعدة للقطاع، مما يحقق قيمة مضافة Added Value على المستويين الاجتماعي والاقتصادي.

شكل رقم (14) نسبة عمل التكنولوجيا المالية المصرية



الشكل من اعداد الباحث بالاعتماد على تقرير التكنولوجيا المالية (1)

1_ الحكومة:

لا خلاف في أن المهمة الملقة على عاتق الحكومة في علاقاتها بمؤسسات التمويل التي تستخدم التكنولوجيا في تقديم خدماتها مهمة ليست باليسيرة، خاصة وإذا ما أدركنا أن الأزمة المالية العالمية 2008 كان مصدرها مؤسسات التمويل المصرفية، لذا فإن المهمة العسيرة لن تيسر إلا من خلال أمرين -من وجهة نظرنا- الأول: وضع السياسات والأطر التشريعية والتنظيمية (2)، لتسهيل عمل خدمات التكنولوجيا المالية. الأمر الذي يعمل على تشجيع الاستثمارات وأنشطة الابتكار وريادة الأعمال في هذا القطاع. والثاني: وجود رقابة فعالة ومستمرة على هذه القطاعات من خلال البيانات والتقارير الصادرة عن هذه المؤسسات. فضلاً عن ضرورة تغلغل رقابة الدولة بأجهزتها المختلفة داخل هذه المؤسسات حتى لو استدعى الأمر انتهاك قدر كبير من الحرية. والعلة في ذلك إحكام السيطرة على الائتمان الممنوح من هذه المؤسسات خاصة الذي يتم خارج إطار الجهاز المصرفي بل والذي يتم حديثاً -كما أسلفنا- خارج القطاع المالي.

2_ القطاع المالي:

بادئ ذي بدء، يتكون القطاع المالي في مصر من قطاعيين رئيسيين أولهما القطاع المالي المصرفي ويأتي على رأسه البنك المركزي المصري باعتباره المؤسسة المسؤولة عن تنظيم الهيكل النقدي المصرفي للدولة، وعن

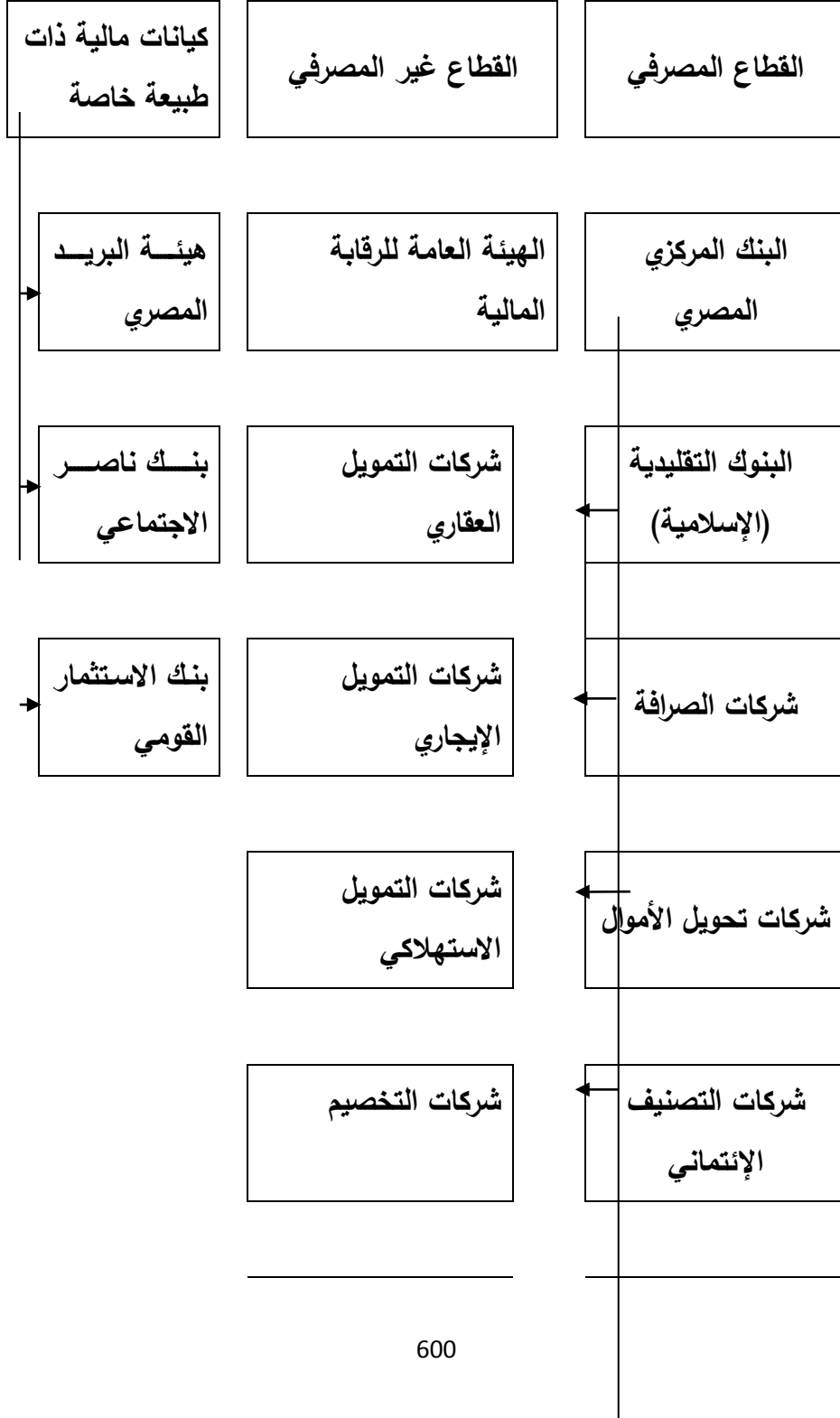
¹ تقرير التكنولوجيا المالية، الفرص والتحديات، مرجع سابق، ص33.

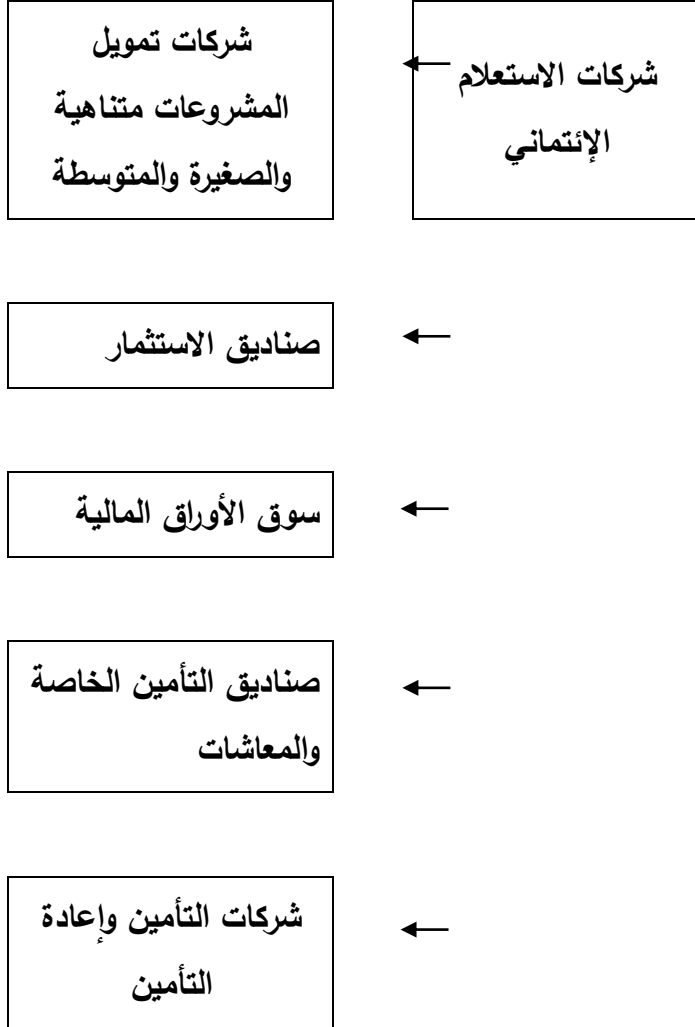
²⁰ سيتم الحديث عنها تفصيلاً في المطلب الثاني.

قيادة السياسة النقدية والائتمانية⁽¹⁾ والثاني القطاع المالي غير المصرفي (المؤسسات المالية غير المصرفية) ويأتي على رأسها الهيئة العامة للرقابة المالية. فضلاً عن مؤسسات أخرى تقوم بتقديم خدمات مالية، غير أنها خارج إطار الجهاز المصرفي وغير المصرفي. مثل الهيئة القومية للبريد المصري حيث يخضع لرقابة وإشراف وزارة الاتصالات بدءاً من عام 1999، وأخيراً بنك ناصر الاجتماعي يخضع أيضاً لرقابة وإشراف وزارة التضامن الاجتماعي، وأخيراً بنك الاستثمار القومي الذي يخضع لرقابة وزارة التخطيط، ويمكن إيضاح ذلك من خلال الشكل رقم (15):-

¹⁰ لمزيد من التفاصيل: راجع في ذلك د. مصطفى رشدي شيحة، اقتصاديات النقود والمصارف والمال، دار المعرفة الجامعية، الطبعة السادسة، 1996، ص144 وما بعدها.

شكل رقم (15) يوضح الهيكل التنظيمي للقطاع المالي في مصر





المصدر: من إعداد الباحث

أ_ القطاع المصرفي:

يحتل البنك المركزي Central Bank قمة الجهاز المصرفي في كافة

الاقتصاديات، باختلاف أنواعها ودرجة تقدمها. (1) بيد أنه لا يوجد هناك ما يمنع من قيام بنوك مركزية مملوكة ملكية خاصة كالولايات المتحدة الأمريكية أو ملكية حكومية مشتركة مع القطاع المصرفي المصري كأستراليا (2). ويتكون القطاع المصرفي من 38 بنك لها شبكة من الفروع بلغت 4601 فرعاً حتى سبتمبر 2021. (3)

هذا ويعتبر قطاع البنوك في مصر الكيان المتحكم في القطاع المالي بشكل كبير، حيث يمثل 89% تقريباً من إجمالي أصول النظام المالي، ونحو 106 من إجمالي الناتج المحلي، الإجمالي في المالي 2021/2020. (4) وقد أدركت البنوك في مصر مؤخراً مدى أهمية التكنولوجيا المالية والفرق بين الابتكار المؤسسي وفرص الاستفادة من التعاون مع الشركات الناشئة فتبنت مزيداً من الخدمات الرقمية واللاتلامسية خلال العاميين الماضيين، وخاصة مع انتشار Covid-19؛ فضلاً عن دعمها برامج تسريع التكنولوجيا المالية ولذلك نجد 31 من أصل 38 بنك في مصر يقدم خدمات رقمية. ويقدم 18 بنكاً منها

(1) لمزيد من التفاصيل: أنظر د. سوزي عدلي ناشد، مقدمة في الاقتصاد النقدي والمصرفي، مرجع سابق، ص 311 وما بعدها.

(2) انظر: د. أسامة محمد الفولي، الدور الحديث للبنوك المركزية بين الاستقلال والمادة الهيكلية بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الإسكندرية العدد الثالث والرابع، سنة 1994، ص 5 وما بعدها.

(3) البنك المركزي المصري، تقرير الاستقرار المالي، 2020، ص 8.

(4) البنك المركزي المصري النشرة الإحصائية، العدد رقم (296) - نوفمبر، 2020، ص 42.

خدمات عبر تطبيق الهاتف المحمول. (1)

ب _ القطاع غير المصرفي:

تعتبر المؤسسات المالية غير المصرفية هي الجناح الثاني للنظام المالي في مصر، حيث تمثل أكثر من 10% من إجمالي أصول النظام المالي، ونحو 12% من الناتج المحلي الإجمالي في العام المالي 2021/2020⁽²⁾، ويأتي على رأس هذا القطاع الهيئة العامة للرقابة المالية⁽³⁾ باعتبارها المختصة بالرقابة والإشراف على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية بموجب القانون رقم 15 لسنة 2009⁽⁴⁾.

ويتكون هذا القطاع من سوق الأوراق المالية، شركات التأمين، شركات التمويل العقاري، التمويل التاجيري، صناديق الاستثمار، شركات تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة ومتناهية الصغر، والتخصيم. كما وضعنا في

(1) على سبيل المثال تم تفعيل خدمة الموبايل البنكي والأهلي موبايل "NBE...Mobile" بالبنك الأهلي المصري والذي يمكن من خلاله إتمام المعاملات المصرفية بكل سهولة وأمان تام. فضلاً عن قيام ستة آلاف عميل جديد باستخدام خدمة المحفظة الإلكترونية للبنك والقيام بمعاملات بلغت قيمتها 200 مليون جنيه. لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الرسمي للبنك الأهلي المصري:

<https://www.nbe.com.eg> (last seen 24/12/2022)

(1) البنك المركزي المصري، تقرير الاستقرار المالي، مرجع سابق، ص 8 وما بعدها

(2) الموقع الرسمي للهيئة العامة للرقابة المالية

<https://www.fra.gov.eg>

(3) أنظر المادة (2) من قانون رقم 10 لسنة 2009 _ الجريدة الرسمية _ العدد 9 (مكرر)

أول مارس سنة 2009، ص 16:24

الشكل السابق رقم (15).

وعليه يستحوذ قطاع شركات التأمين والبريد - مع العلم أن قطاع البريد هو قطاع مالي لكن يعمل تحت إشراف وزارة الاتصالات المصرية ولا يخضع لرقابة الهيئة العامة للرقابة المالية - بنسبة 56% من أصول القطاع المالي غير المصرفي، يليها صناديق التأمين الحكومية والخاصة بنسبة 14.6% ثم صناديق الاستثمار بنسبة 10.2% (1).

ج - الكيانات المالية ذات الطبيعة الخاصة:

الواقع أنه تتعدد جهات منح الائتمان في الدولة المصرية، حيث تتعدد نوافذ الحصول على الائتمان، فيتم الحصول عليه من قبل البنوك التقليدية والإسلامية الخاضعة لرقابة البنك المركزي، أو يتم الحصول عليه من إحدى مؤسسات التمويل غير المصرفية التي تخضع لرقابة وإشراف الهيئة العامة للرقابة المالية.

بيد أنه توجد نوافذ أخرى تقوم بتقديم الخدمات المالية، غير أنها تعمل تحت رقابة وإشراف جهات لا علاقة لها بالرقابة على منح الائتمان، ومن هذه الجهات نذكر ما يلي:

(4) البنك المركزي المصري النشرة الإحصائية، العدد رقم (296) - نوفمبر، ص55

(1) الهيئة القومية للبريد⁽¹⁾:

تعد هيئة البريد من أقدم وأهم مؤسسات الإيداع (الادخار)، حيث تقوم بقبول الإيداعات من قبل الأفراد، فضلاً عن قيامها بالعديد من الخدمات البريدية الأخرى.

والجدير بالذكر أن هذه المدخرات لا تقوم بإعادة اقراضها مرة أخرى، ولكن تقوم باستثمارها بواسطة شركة البريد للاستثمار، فيما يخص إدارة المشروعات، والمساهمة في إنجاز خطط الهيئة التتموية، وكذلك الاستثمار في أعمال تكنولوجيا الاتصالات والبنية التحتية الذكية⁽²⁾.

وأما من حيث الهيكل التنظيمي للهيئة، فالجدير بالذكر أنها كانت تتبع وزارة المواصلات إلى أن تم نقل تبعيتها لوزارة الاتصالات بدءاً من عام 1999⁽³⁾. ويمكن إيضاح الهيكل التنظيمي للهيئة وفقاً للشكل رقم (16):

(1) الموقع الرسمي للهيئة القومية للبريد عبر الرابط الآتي:

– [https:// www.egyptpost.org](https://www.egyptpost.org) (last visited 22/1/2023)

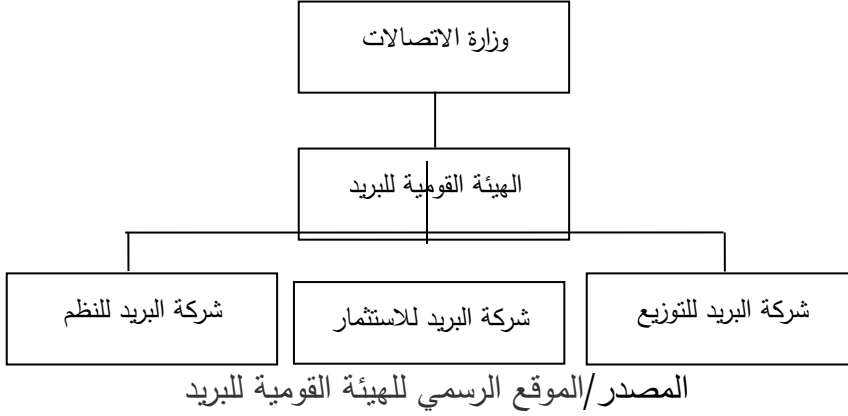
وأيضاً أ. د/ أسامة محمد الفولي، محاضرات الاقتصاد النقدي، أُلقيت على الطلبة بدبلوم العلوم المالية والاقتصادية – كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، فصل الخريف، 2021.

(2) ومن نافلة القول إنه يرجع تأسيس البريد المصري إلى عهد الخديوي إسماعيل عام 1865م، وقد تطور تنظيمه على مر العقود، حتى وصلنا إلى قيام الهيئة القومية للبريد.

(3) الموقع الرسمي لوزارة الاتصالات متاح عبر الرابط الآتي:

[https:// www.Mcit.gov.eg](https://www.Mcit.gov.eg) (last seen 22/12/2022).

شكل رقم (16) يوضح الهيكل التنظيمي للبريد المصري



هذا وبالرغم من أن هيئة البريد تقوم بتقديم خدمات مالية، فإنها لا تخضع لرقابة وإشراف البنك المركزي المصري أو رقابة الهيئة العامة للرقابة المالية، وإنما تعمل تحت إشراف وزارة الاتصالات طبقاً للقوانين المنظمة لعملها⁽¹⁾.

(1) الجدير بالذكر أنه قد صدرت عدة تشريعات مصرية تنظم عمل هيئة البريد المصري وهي:

أ - قانون نظام البريد رقم 16 لسنة 1970 (المنشور بالجريدة الرسمية - العدد 16 الصادر في 16 أبريل 1971) حيث خول لهيئة البريد اختصاصاً بأداء الخدمات المالية البريدية، وأعمال صندوق التوفير، علاوة على بعض الاختصاصات الأخرى مثل نقل الرسائل والطرود البريدية. وبالتالي وفقاً لهذا القانون فإن هيئة البريد تقوم بأداء الخدمات المالية البريدية عن طريق تلقي الودائع من أصحاب الحسابات في مقابل حصولهم على عائد لهذه المدخرات.

ب - وقد تم تعديل القانون المشار إليه بمقتضى القانون رقم 179 لسنة 2008 (المنشور بالجريدة الرسمية - العدد 25 مكرر) في 22 يونيو سنة 2008، وقد ورد التعديل على نص المادة (33) وتم استبدالها ومضمونها أنه يسرى بشأن الشيكات البريدية الأحكام الواردة في المادة (534) من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة

وأخيراً من حيث التكوين فهي مجرد مؤسسة مالية تزاوّل نشاط مالي وهو الإيداع عن طريق تجميع المدخرات من الأفراد والعائلات، ثم بعد ذلك يتم استثمارها في المشروعات التنموية للهيئة عن طريق شركة البريد للاستثمار - كما ذكرنا آنفاً - والتي تعتبر الذراع التشغيلية لهيئة البريد. والواقع أن البريد يقدم عدداً من الخدمات المالية نذكر منها:

- إتاحة دفتر توفير البريد وهو عبارة عن وثيقة مالية تعتبر سنداً بيد المودع وباسمه وغير قابل للتحويل، ويقيد فيه جميع عمليات الإيداع والاسترداد، وإضافة العائد السنوي المستحق طبقاً للنسب المقررة والمعلن عنها في التوقيتات التي تحددها الهيئة.

- الحساب الجاري ذو العائد اليومي هذا الحساب يقدمه البريد المصري بالتعاون مع بنك مصر، وسيتم احتساب العائد على أساس نوع الحساب الذي يتناسب مع نشاط وعمل الجمهور وهما نوعين من الحسابات: (الحساب الذهبي/الفضي).

والواقع أن البريد المصري لم يتخلف عن التطور التكنولوجي وتطبيقات التكنولوجيا المالية التي أدخلها أثناء تقديم الخدمات المالية للجمهور، ومنها نذكر ما يلي:

.1999

ج - كذلك ينظم عمل الهيئة القومية للبريد القانون رقم 19 لسنة 1982 (المنشور بالجريدة الرسمية - العدد 12 في 25 مارس سنة 1982)، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم 55 لسنة 1982 والتي تم استبدالها بالقرار رقم 330 لسنة 2005 (المنشور بالوقائع المصرية - العدد 40 في 22 فبراير سنة 2005).

- خدمات الدفع الإلكتروني وهي إحدى الخدمات المستحدثة التي تتيح للمواطنين إجراء معاملات مالية من خلال استخدام تكنولوجيا خدمات الأعمال الإلكترونية حيث ربط بين أكثر من (100) مكتب بريد ويتم استخدامها على مدار الساعة، وكذلك ربطها بشبكة 123، والفيزا العالمية (Visa)، ويجرى - حتى كتابة هذه السطور - ربطها بشبكة الماستر كارد (Master Card).

- كذلك يتم توفير ماكينات الصرف الآلي (ATM) الخاصة بالبريد في أكثر من 100 مكتب بريد.

- وتوفير ماكينات نقاط البيع الآلية (P.O.S) والمتاحة في أكثر من 2800 مكتب بريد لعدد حوالي 3650 ماكينة.

- وكذلك توفير (E- Banking) الإنترنت البنكي من خلال موقع الخدمات المالية للبريد - علاوة على إتاحة الخدمة الصوتية IVR.

ومن جانبنا نرى أنه بدلاً من تشتت الجهات التي تراقب الائتمان في مصر فإنه من الأفضل خضوع هيئة البريد المصري لرقابة الهيئة العامة للرقابة المالية لسببين: أولاً كونها مؤسسة لا تحمل اسم البنك، فضلاً عن عدم مزاولتها لنشاط منح القروض. والسبب الثاني: تقوية أسس الحوكمة وإحكام الرقابة.

(2) بنك ناصر الاجتماعي⁽¹⁾:

بالرغم من أن هذا الكيان المالي يحمل اسم البنك فإنه غير مسجل في سجل البنوك بالبنك المركزي. وقد أنشئ هذا البنك كهيئة عامة بموجب القرار

(1) راجع الموقع الرسمي لبنك ناصر الاجتماعي، متاح عبر الرابط الآتي:

- [https:// www.nsb.gov.eg](https://www.nsb.gov.eg) (Last visited 22/1/2023).

الجمهوري بالقانون رقم 66 لسنة 1971⁽¹⁾، برأسمال قدره 1,2 مليون جنيه، كأول كيان اقتصادي اجتماعي في مصر والشرق الأوسط، وقد تطور رأسماله حتى وصل إلى 2,5 مليار جنيه. وقد بدأ البنك نشاطه بافتتاح فرع واحد فقط في القاهرة في 25 يوليو 1972، ثم واصل انتشاره حتى وصل عدد فروعها إلى 94 فرع في جميع أنحاء الدولة المصرية.

والواقع أنه عند النظر إلى أهداف هذا البنك نجد ذات طابع اجتماعي أكثر منه اقتصادي، إذ يهدف البنك إلى تحقيق التكامل الاجتماعي لجميع أبناء المجتمع، لتوفر لهم حياة كريمة، وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بين المواطنين عن طريق توسيع قاعدة التكافل الاجتماعي بينهم⁽²⁾، وذلك من خلال ما يلي⁽³⁾:

أ - نشاط التكافل الاجتماعي الذي يهدف إلى تحقيق التنمية الاجتماعية للمواطنين، وذلك بتنظيم جمع أموال الزكاة وصرفها في مصارفها الشرعية، ومنح قروض اجتماعية للمواطنين، ومنح إعانات ومساعدات للمستحقين لها.

(1) الجريدة الرسمية - العدد 39 الصادر في 30 سبتمبر سنة 1971.

(2) انظر المادة (2) من القانون المشار إليه، وكذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم 66 لسنة 1971، والتي نستنتج منها أن الهدف الأول لقانون إنشاء هذا البنك هو هدف اجتماعي، حيث رأى الرئيس الراحل أنور السادات إنشاء هيئة ذات طابع خاص تحمل اسم الزعيم الخالد جمال عبد الناصر، وتكون وظيفتها الأساسية تحقيق التكافل الاجتماعي لجميع أبناء المجتمع حتى يتسنى لهم الاشتراك في حياة تتوافر فيها كرامة الإنسان واطمئنانه على حاضره ومستقبله.

(3) انظر التقرير السنوي الصادر عن بنك ناصر الاجتماعي لعام 2021 عبر الموقع الرسمي للبنك (last visited 22/1/2023) - [https:// www. Nsb.gov.eg](https://www.Nsb.gov.eg)

ب - كذلك النشاط المصرفي والاستثماري الذي يهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للأفراد والجهات، وتحقيق موارد البنك من خلال نتائج الأعمال والخدمات التي يؤديها للغير عن طريق تقديم كافة الخدمات المصرفية ومنها قبول الودائع وتنظيم استثمارها، وكذلك منح التمويلات اللازمة لرفع مستوى المعيشة، واستثمار أموال البنك في المشروعات العامة والخاصة والتي من شأنها توفير فرص عمل، من خلال المساهمة في كبرى الشركات العاملة في السوق المصري، وفي شتى القطاعات كقطاع البترول مثل شركة أبو قير للأسمدة، وشركة سيدى كرير للبتروكيماويات، وشركة الاثيلين، وغير ذلك من الأهداف الأخرى.

ومن حيث النشاط المصرفي والاستثماري لبنك ناصر الاجتماعي، فإنه يقدم العديد من التمويلات والتسهيلات الائتمانية والاستثمارات المالية ونذكر منها ما يلي (1):

أ - فقد أتاح البنك للعملاء إمكانية الحصول على تمويل إسكان لفئة محدودى الدخل بشروط ميسرة وهذا ما نوضحه في الجدول رقم (3).

(1) انظر التقرير الصادر عن البنك، مرجع سابق، ص 17: 18.

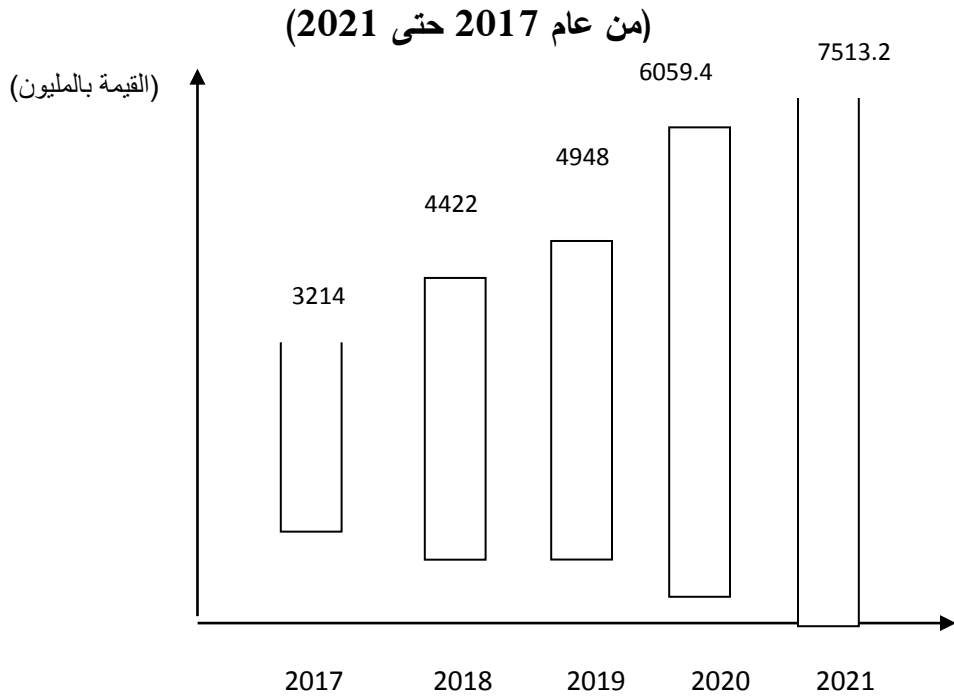
جدول رقم (3)

يوضح أعداد وقيمة المستفيدين من تمويل عمليات الإسكان القيمة بالمليون

2020/2019		2021/2020		البيان
القيمة	عدد المستفيدين	القيمة	عدد المستفيدين	
6059,4	102740	7513,2	110591	تمويل عمليات الإسكان

وفيما يلي الشكل رقم (17) يوضح تطور قيمة تمويل عمليات الإسكان خلال الفترة 2017 حتى 2021.

شكل رقم (17) يوضح تطور قيمة تمويل عمليات الإسكان



المصدر/ التقرير السنوي الصادر عن بنك ناصر الاجتماعي لعام 2021
 ب- كذلك يقوم البنك بمنح تمويلات لأصحاب المشروعات الصغيرة، لخلق فرص عمل جديدة للعاملين من الشباب، علاوة على تحسين مستوى المعيشة، وهذا ما نوضحه وفقاً للجدول رقم (4).

جدول رقم (4)

يوضح أعداد وقيمة المستفيدين من تمويل عمليات استثمارية

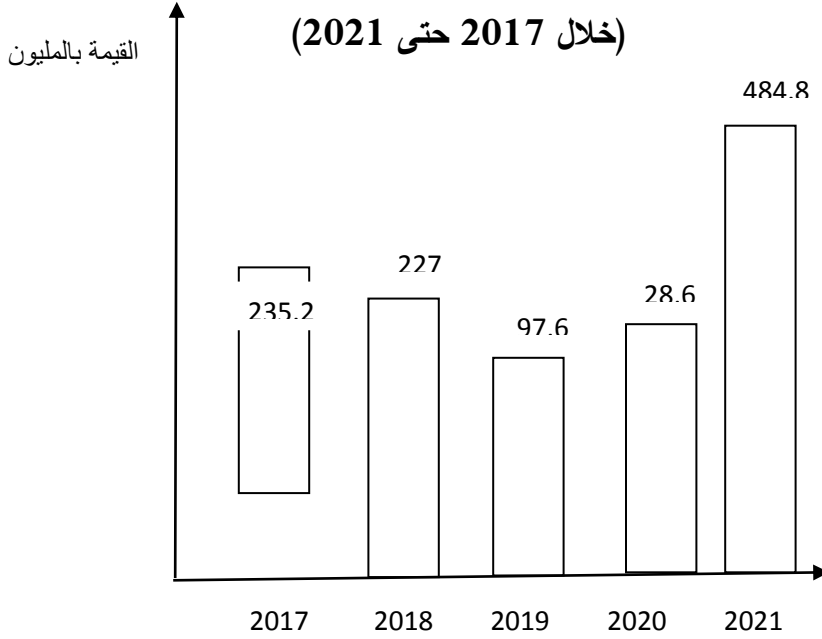
وتحسين الدخل من عام 2019 حتى 2021

2020/2019		2021/2020		البيان
القيمة	عدد المستفيدين	القيمة	عدد المستفيدين	
3460	71431	4484	114868	تمويل عمليات استثمارية

ج - فضلاً عن عمليات تمويل شراء السيارات الخاصة والأجرة والنقل وغيرها، وذلك بغرض تحويل الأجير لمالك، وتوفير وسائل النقل للمواطنين وبأجال سداد طويلة تصل إلى 90 شهر وبعائد تمويل منخفض. حيث بلغ عدد المستفيدين من في عام 2020 حوالي 1717 مستفيد بما يقارب 484,8 مليون جنيه وهذا ما نوضحه وفقاً للشكل رقم (18).

شكل رقم (18)

يوضح قيمة التمويل الممنوح لعمليات شراء السيارات



د - كذلك يقوم البنك بتوظيف جزء من أمواله للمساهمة في تأسيس الشركات ذات الطابع القومي؛ سواء من خلال المساهمة في تأسيس شركة جديدة، أو زيادة مساهمته في الشركات القائمة؛ للمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لإتاحة مجالات أوسع للاستثمار المباشر؛ مما يساهم في خلق فرص عمل جيدة تساهم في الحد من تفاقم ظاهرة البطالة. والجدير بالذكر أن البنك قد قام بإسناد جزء من محفظة الاستثمارات الخاصة به إلى شركات متخصصة في إدارة المحافظ وذلك وفقاً للجدول رقم (5):

جدول رقم (5)

بيان قيمة مساهمات البنك في الشركات

خلال عام 2019 حتى عام 2021

القيمة بالمليون جنيه

2020/2019	2021/2020	البيان
2391	2125	إجمالي قيمة المساهمات بالقيمة العادلة
-	972	استثمارات تدار بمعرفة الغير

وفي إطار سعى الدولة المصرية لتعميق الشمول المالي، فإن البنك يسعى إلى تقديم خدمات ومنتجات مالية جديدة ومتطورة، بما يتوافق مع النظم الإلكترونية الحديثة، ومن هذه الخدمات نذكر على سبيل المثال⁽¹⁾:

أ - تم الانتهاء من إعداد البرامج اللازمة والتي تمكن البنوك المشتركة في شبكة بنوك مصر 123 من السحب من ماكينات بنك ناصر الاجتماعي (ATM) لتصبح حوالي 87 ماكينة صراف آلي من أصل 44 ماكينة. فضلاً عن شراء عدد (2) سيارة (Mobile ATM).

ب - استخدام بطاقات "ميزا" المدفوعة مقدماً لأصحاب المعاشات والمرتببات؛ مما يتيح لأصحابها إمكانية السحب النقدي من ATM الخاصة

(1) انظر التقرير السنوي الصادر عن بنك ناصر الاجتماعي، مرجع سابق، ص 7: 8.

بالبنك، وكذلك الشراء عن طريق الإنترنت (online)، واستخدامها في سداد المدفوعات الحكومية. أضف إلى ذلك أنها تتيح إمكانية السحب والتعامل من خلال شركة فوري، وجهات الدفع الإلكتروني لشركات المحمول.

ج - كذلك تم عمل تحديث سوينش الصراف الآلي ليشمل الخدمات الآتية (سحب - إيداع - مشتريات (Pos) - تحديث البطاقات إلى بطاقات ذكية (EMF)).

(3) بنك الاستثمار القومي⁽¹⁾: National Investment Bank

يمثل بنك الاستثمار القومي⁽²⁾ أحد أهم الأذرع الاستثمارية للدولة، حيث يتم من خلاله تنفيذ استثمارات خطة الدولة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية⁽³⁾.

(1) ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا البنك قد أنشئ في عهد الرئيس الراحل محمد أنور السادات بموجب القانون رقم (119) لسنة 1980، ليحل محل صندوق استثمار الودائع والتأمينات، وقد مارس نشاطه اعتباراً من عام 1980/1981، بهدف تمويل كافة المشروعات المدرجة بخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وتدير التمويل اللازم لها من المصادر المختلفة، حيث كان يتم تمويل الخطة مثل انشائه من خلال الخزانة العامة ووزارة المالية.

راجع في ذلك الموقع الرسمي للبنك متاح عبر الرابط الآتي:

https:// www.nib.gov.eg. (Last visited 24/1/2023).

(2) جدير بالذكر أن هذا الكيان المالي رغم أنه يحمل اسم بنك فإنه حتى لحظة كتابة هذه السطور لم يسجل بسجل البنوك لدى البنك المركزي، وإنما يخضع لرقابة وإشراف وزارة التخطيط.

(3) راجع المادة (2) من القانون رقم (119) لسنة 1980، الصادر بالجريدة الرسمية - العدد (26) في يونية سنة 1980.

هذا وتوجد ثلاثة أساليب يتم من خلالها قيام البنك بالمساهمة في المشروعات، تتنوع باختلاف أسلوب دراسة الجدوى لكل شكل من أشكال تلك المساهمات عن الأخرى، ويمكن إيجازها على النحو التالي:

الأول: هو أن يكون المشروع قائم بالفعل ويطلب زيادة رأسماله فيدخل البنك مساهماً في هذا المشروع.

الثاني: أن يكون المشروع جديداً، ويقوم البنك بالمساهمة فيه. وأخيراً أن تتقدم بعض الشركات التي حصلت على قرض بطلب لتمويل كل أو بعض تلك القروض كمساهمة البنك في رأس المال. ومن نافذة القول، أن البنك يهدف إلى تجميع المدخرات المحلية، ثم يقوم بإعادة توجيهها إلى الاستثمار المحلي بغرض تمويل مشروعات الخطة، والمشروعات القومية⁽¹⁾.

والواقع أن هذا البنك يساير التطورات التكنولوجية، حيث يوجد بالبنك قطاع للعمليات المصرفية ونظم الدفع، يختص بتقديم وتنفيذ كافة العمليات المرتبطة بنظم الدفع الإلكتروني، سواء مدفوعات أو متحصلات لصالح عملاء البنك، أو قطاعات البنك المختلفة، وكذلك تزويد متخذي القرارات بالبنك والجهات ذات العلاقة بكافة البيانات والتقارير المالية والاحصائية التي من شأنها خدمة أهداف البنك.

ومن حيث الرقابة على هذا البنك فوفقاً لقانون إنشائه كان يخضع في بداية الأمر لوزارة التخطيط⁽²⁾. ثم انتقلت الرقابة والتبعية إلى وزير المالية

(1) انظر المادة رقم (1) من القانون رقم (119) لسنة 1980

(2) انظر المادة رقم (1) من القرار سالف الذكر، المنشور بالجريدة الرسمية عدد (47)

بمقتضى اقرار رقم (418) لسنة 2001⁽¹⁾. غير أنه بصدور القرار رقم (285) لسنة 2012⁽²⁾ تم نقل التبعية والإشراف مرة أخرى لوزير التخطيط. بيت القصيد أنه وبالرغم من أن أحكام قانون البنك المركزي تسري على بنك الاستثمار القومي في حالة عدم وجود نص خاص في القانون رقم (119) لسنة 1980⁽³⁾، فإنه لا يخضع لرقابة البنك المركزي المصري وإنما هو كيان مالي ذات طبيعة خاصة يخضع لوزارة التخطيط.

ومن جانبنا نرى أنه بدلاً من تشتت الجهات التي تراقب الائتمان في مصر، ما بين وزارات مختلفة، والبنك المركزي المصري، والهيئة العامة للرقابة المالية، فإنه من الأفضل أن يتم ضم كلاً من بنك ناصر الاجتماعي⁽⁴⁾، وبنك الاستثمار القومي لرقابة البنك المركزي المصري؛ وذلك على غرار تجربة إخضاع البنك الزراعي المصري لرقابة البنك المركزي المصري بعد أن كان خاضعاً لوزارة الزراعة؛ مما يؤدي في نهاية الأمر إلى تقوية أسس الحوكمة Governance والرقابة ووضعهم على الطريق الصحيح شأنهم شأن البنوك

(تابع) في 22 نوفمبر سنة 2001.

(1) انظر المادة رقم (1) من القرار سالف الذكر، المنشور بالجريدة الرسمية - العدد (21) في 24 مايو سنة 2021

(2) راجع المادة (2) بالقرار سالف الذكر رقم (285) لسنة 2012.

(3) راجع المادة (2) بالقرار سالف الذكر رقم (285) لسنة 2012.

(4) ومما تجدر الإشارة إليه بأن هناك تصريحات من قبل نائب رئيس بنك ناصر الاجتماعي بأنه سيتم إخضاع بنك ناصر الاجتماعي لرقابة البنك المركزي العام التالي المقبل. ومتاح عبر الرابط الآتي:

- <https://www.banksmorning.com> (last visited 24/1/2023).

الأخرى، ومساعداتهم على زيادة أعمالهم مع المرسلين في الخارج. ولا شك أن هذا يتطلب تغيير قوانين إنشاء كلا البنكين لتتوافق مع قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم 194 لسنة 2020.

وبناءً عليه نجد أن التكنولوجيا المالية قد تغلغت وزحفت إلى جميع الخدمات المالية سواء المقدمة من المؤسسات المالية مصرفية كانت أو غير مصرفية أو حتى المؤسسات المالية المستقلة أو ذات الطبيعة الخاصة.

3_ المستهلكون:

ليس هناك شك أن عادات المستهلكين وظروفهم تلعب دوراً كبيراً في خلق الطلب على منتجات التكنولوجيا المالية، حيث يتم تقديم الخدمات والحلول المبتكرة سواء للأفراد Business to consumer أو للأعمال والمنشآت Business to Business.

والجدير بالذكر أنه توجد علاقة طردية متزايدة بين عدد السكان والطلب على المنتجات بصفة عامة والخدمات المالية بوجه خاصة. فالمجتمعات ذات الشريحة السكانية الكبيرة خاصة من الشباب تكون أكثر طلباً للتكنولوجيا المالية وأدوات التمويل الحديثة.

4_ محفزات الأعمال: (1)

تقدم شركات التكنولوجيا المالية حلولاً مبتكرة قائمة على التكنولوجيا في

(1) Report; wamda, Egyptian Fintech In2020, A tale of crosswinds and tailwinds part One) , 10 Sep2021. Available at: -

11/2021/Egyptian-fintech-2020-tale. Last <https://www.wamda.com> visited 25/12/2022.

القطاع المالي، ويتم دعم هذه الشركات بواسطة الكيانات التابعة سواء للحكومة أو القطاع الخاص. ويتمثل الدعم في الحاضنات والمسرعات والمختبرات⁽¹⁾ التي يديرها كلا القطاعين.

وحاضنات الأعمال Business Incubators هي شركات تقدم برنامج متكامل للشركات الناشئة والمشاريع الجديدة في طورها الأول يساعدها على بلورة الأفكار في شكل منتج أو خدمة طبقاً لإطار زمني مرن ينتهي بإصدار المنتج النهائي. ومن أمثلة هذا النوع حاضنة الأعمال التابعة لبنك مصر MINT⁽²⁾ وخاصة Labs Flat.6.

وأما مسرعات الأعمال Business Accelerators هي مؤسسات تعمل على تسريع المشاريع الناشئة من خلال عدد من الدورات التدريبية والاستشارية والتوجيه والتمويل مثل مسرعات التكنولوجيا المالية في الجامعة الأمريكية بالقاهرة AUC Venture Labs.

كذلك أطلق البنك المركزي المصري صندوق دعم الابتكار " Fintech Fund" في قطاع التكنولوجيا المالية برأس مال مليار جنيه بالتعاون مع شركة برايد كابيتال وشركة Startup-Boot Camp، ومجموعة من المؤسسات المالية الأخرى في مصر.⁽³⁾

(2) راجع في ذلك: د. ميرفت محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 107.

(1) لمزيد في تفاصيل راجع الموقع الرسمي:

[https:// www.mint-incubators.com](https://www.mint-incubators.com). (Last seen 25/12/2022

(2) www.fintech.cbe.org/hom/fund (last seen 24/12/2022)

• نبذه عن المختبر التنظيمي لتطبيقات التكنولوجيا المالية في مصر: -

يمكن القول بأن الفينتك تغلغت في القطاع المالي لتغطي كافة صور الخدمات والمنتجات المصرفية وغير المصرفية وذلك من خلال ما يسمى بقنوات التكنولوجيا المالية مثل ATMS، و Digital watch و Mobil banking و chat و bots. من خلال الاعتماد على عدة تطبيقات أو تقنيات أفرزتها لنا الثورة الصناعية الرابعة كالذكاء الاصطناعي والبلوكشين.

فنجد أن تطبيقات الذكاء الاصطناعي لها دوراً فعالاً في تطوير القطاع المالي وجعله أكثر استدامة، كالمعمل على تيسير إدارة العمليات المالية المركبة والمعقدة الأمر الذي يؤدي إلى جعل الخدمة أكثر يسراً وأقل تكلفة وأكثر ربحاً (1).

علاوةً على المنصات التي تقدم تطبيقات الذكاء الاصطناعي مثل منصة (IBM) والتي توفر حلولاً للخدمات المالية، وانترنت الأشياء (IoT) (2).

(1) لمزيد من التفاصيل انظر د. أحمد محمد فوزي، تحقيق التنمية المستدامة في الاقتصاد المصري من خلال الاستثمار في قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، رسالة دكتوراه منشورة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2021، ص 200-203.

(2) يعتبر انترنت الأشياء (Internet of things) بمثابة مفهوم متطور لشبكة الانترنت، حيث أصبحت الأشياء المختلفة في حياتنا الآن قابله للاتصال بشبكة الانترنت، وبيعضها البعض لإرسال واستقبال المعلومات والبيانات على نحو يمكنها من أداء مهمة محددة يرغبها المستخدم من خلال التواصل مع الشبكة. وبالتالي فقد أتاح انترنت الأشياء للإنسان التحرر من المكان حيث يستطيع الشخص التحكم في الأدوات وينجز العديد من المهمات في مكان وزمان معين، دون حاجة الي تواجده بنفسه في هذا المكان وفي ذات الوقت، ومن ثم أتاح أفاقاً لانهاية لإشباع حاجات البشر وظهور

وفي سياق ما تقدم فقد أطلق البنك المصري في مايو 2019 المختبر التنظيمي لتطبيقات التكنولوجيا المالية ويعتبر بمثابة بيئة عمل اختبارية تسمح لشركات Fintech الناشئة باختبار تطبيقاتها المبتكرة وإطلاقها في السوق بصورة قانونية⁽¹⁾.

والمختبر التنظيمي لتطبيقات التكنولوجيا المالية في البنك المركزي يعمل بنظام الأفواج المتتالية وقد تم انطلاق فوجين حتى الآن⁽²⁾: -

- الفوج الأول: تم إطلاقه في يوليو 2019 كفوج تجريبي وذلك للتعرف على هوية العميل إلكترونياً في محافظ الهاتف المحمول وذلك لتسهيل تسجيل العملاء بالخدمة رقمياً.

منتجات جديدة. ومن أهم أمثلة هذه التطبيقات المشهورة حتى الان نذكر ما يلي: الخدمات التي تقدمها شركة zip car لتأجير السيارات، استخدام الطائرة المسيرة والدرونز في العديد من المهام المدنية والعسكرية والعلمية والانشائية، واجراء العمليات الجراحية عن بعد بتقنية 5G فائقة السرعة، أضف الي ذلك القطع المسروقة (هواتف نقالة وغيرها)، وفي القطاع المالي يتم استخدام هذه التقنية في الخدمات التي تقدمها الساعات الرقمية (Others, Samsung, Appel). لمزيد من التفاصيل راجع باللغة الإنجليزية:

- Pqtel.Keyur, and others, Internet of things_ IOT: Definition, characteristics, Architecture, Enabling Technologies, Application and future challenges, International Journal of Engineering science and Computing, Vol.6, No.5, May 2016, p.p 6122:6130.

(1) <https://Fintech.cbe.org.eg/home/sandbox?en> (Last seen 10/6/2022).

(2) تقرير منظور التكنولوجيا المالية في مصر، ص 58-59.

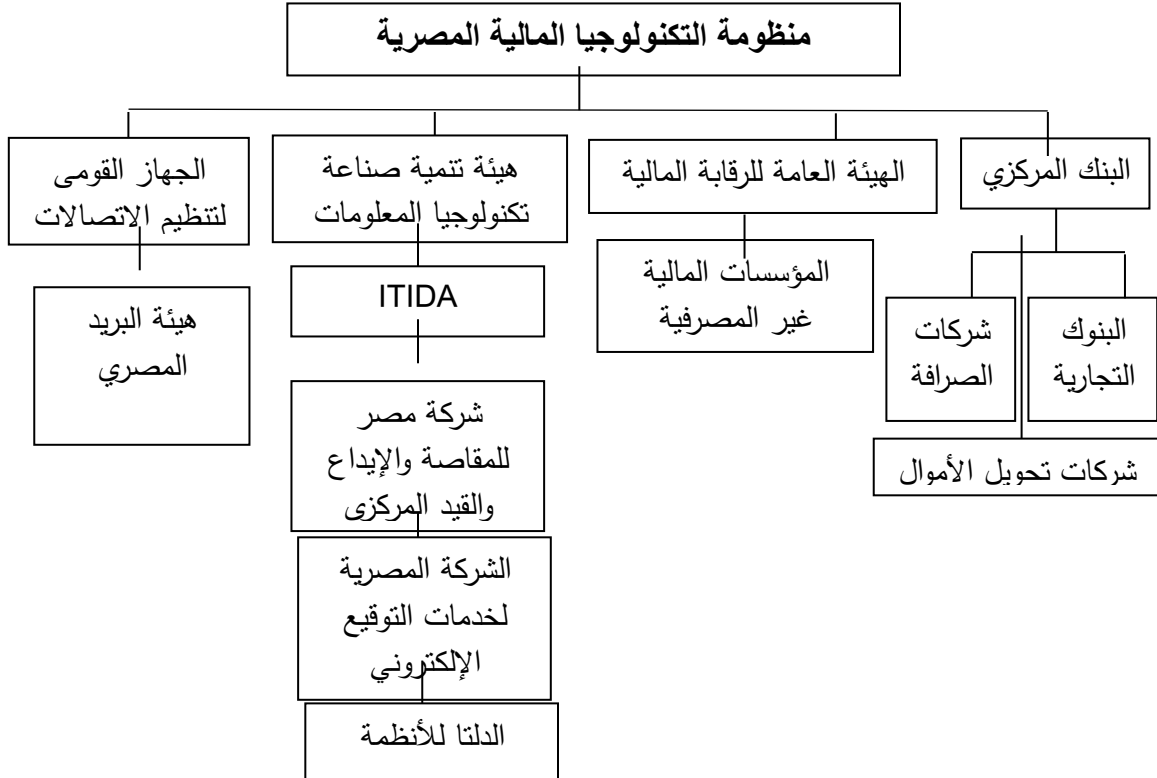
- الفوج الثاني: تم إطلاقه في نوفمبر 2020 كفوج ذو مجالات مختلفة لأنشطة خدمات التكنولوجيا المالية.

وفي ضوء ما سبق يمكننا القول- بأنه توجد بيئة عمل ممكنة وداعمة لقطاع التكنولوجيا المالية في مصر، نتيجة للنجاح الملحوظ الذي حققه هذا القطاع في العامين الماضيين وهذا ما نراه في السطور الآتية.

ثانياً: الهيكل التنظيمي لمنظومة التكنولوجيا المالية المصرية

نوضح في الشكل التالي رقم (19) القطاعات المالية التي تستخدم التقنيات الحديثة بمناسبة تقديم خدماتها المالية والحلول المالية المبتكرة للمستهلكين (أفراد ومنشآت)

شكل رقم (19) الهيكل التنظيمي لمنظومة التكنولوجيا المالية في مصر



فيكد مصر للحلول
الرقمية وأمن
المعلومات

المصدر/ الشكل من إعداد الباحث.

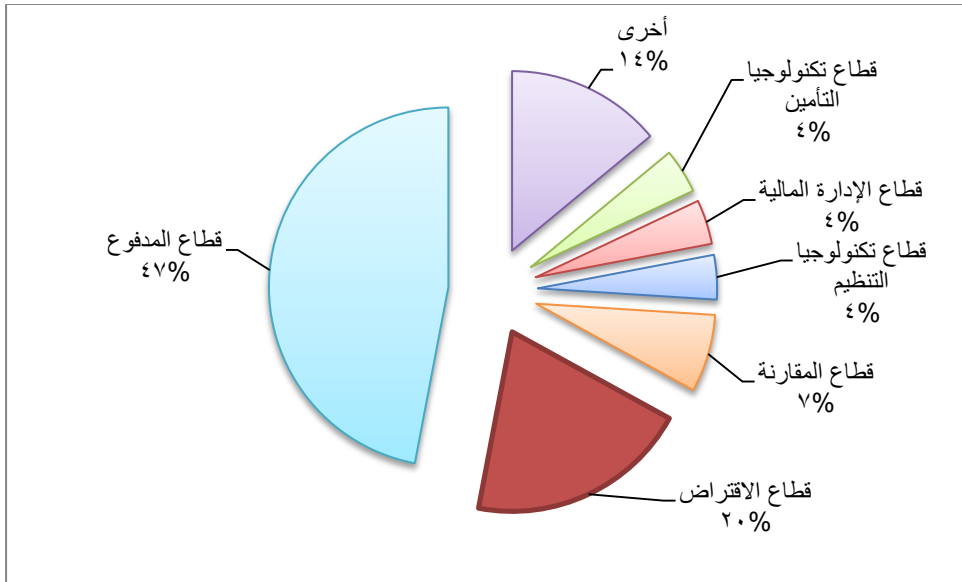
وفي سياق ما تقدم يمكن توضيح قطاع التكنولوجيا المالية في مصر من خلال النقاط الآتية:

- 1- توزيع شركات قطاع التكنولوجيا وفقاً للنشاط في مصر.
- 2- تطور الشركات المتخصصة في التكنولوجيا المالية.
- 3- توزيع شركات التكنولوجيا المالية على القطاعات الفرعية.
- 4- الانتشار الجغرافي لشركات التكنولوجيا المالية في محافظات مصر.

1- توزيع شركات قطاع التكنولوجيا وفقاً للنشاط في مصر:

لقد شهد عدد شركات التكنولوجيا في مصر نمواً هائلاً في العاميين الماضيين، وتتوزع نسب الخدمات المقدمة على عدة قطاعات وفقاً للشكل رقم (20).

شكل رقم (20) توزيع شركات قطاع التكنولوجيا المالية وفقاً للنشاط في مصر



المصدر: التكنولوجيا المالية/ مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، أكتوبر

2021، ص 38.

ومن خلال الشكل السابق نجد قطاع المدفوعات يستحوذ على النصيب الأكبر على نفس وتيرة النمو في قطاع المدفوعات عالمياً. فنجد في مصر يستحوذ على 47% من الشركات خاصة مع عملاء ذات شرائح الدخل المنخفض. وقد يكون من وجهة نظري سبب نمو هذا القطاع عن غيره هو كثرة اللجوء إلى عملية دفع الفواتير إلكترونياً وبتكلفة أقل وجهد يسير. فضلاً عن تطبيقات المحفظة الإلكترونية على الهاتف المحمول بدلاً من النقود الورقية؛ مما يتيح للأفراد إرسال الأموال على الفور داخل الدولة برسوم قليلة ولا يوجد إهدار للوقت؛ علاوة على توافر فواتير موثقة إلكترونياً ومشفرة.

2- تطور الشركات المتخصصة في التكنولوجيا المالية:

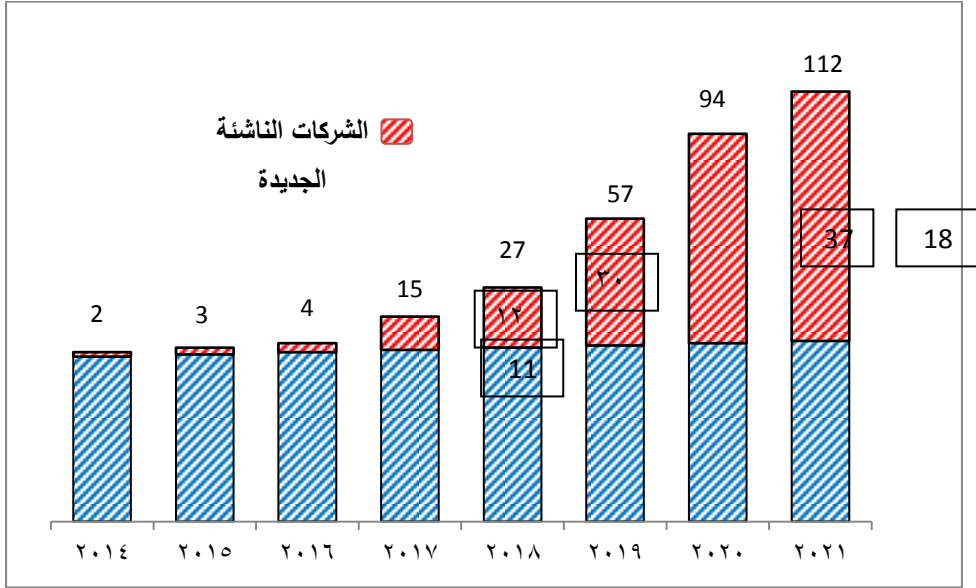
تعد مصر سوقاً جاذبة للاستثمارات في مجال الفينتك، فنجدها تحتل المرتبة الرابعة أفريقياً في مجال التكنولوجيا المالية من حيث معدل عدد الشركات التي تعمل في مجال الفينتك⁽¹⁾. ويرجع ذلك إلى القفزة الهائلة في عدد الشركات فمن أصل شركتين في عام 2014 نجد وصل عدد الشركات إلى 112 شركة في عام 2021م، بمعدل نمو تجاوز 178%⁽²⁾. ومن وجهة نظري أن هذا التطور الحاصل راجعاً إلى الاستراتيجية التي تبنتها الدولة "رؤية مصر 2030"، والعمل على خلق اقتصاد رقمي تنافسي والسعي نحو تعزيز الشمول المالي وفقاً للهدف الثالث هذا من جهة، ومن جهة أخرى الإستراتيجية التي أطلقها البنك المركزي بعنوان التكنولوجيا المالية والابتكار في مارس 2019، والتي تهدف إلى أن تكون مصر مركزاً للتكنولوجيا في العالم العربي وأفريقيا. فضلاً عن ظهور

(1) تقرير "Fin Tech Times Arab" لعام 2021.

(2) تقرير منظور التكنولوجيا المالية - مصر - 2021، ص 22.

جائحة كورونا والتي كانت سبباً دافعاً نحو تغيير نمط سلوك المستهلك وإجباره على التعاملات الرقمية. ويمكن توضيح ما سبق وفقاً للشكل رقم (21).

شكل رقم (21) يوضح تطور الشركات الناشئة في مجال الفينتك



المصدر/ تقرير منظور التكنولوجيا مصر 2021 ص 22

إذاً نجد أن هناك تطوراً هائلاً في عدد الشركات المتخصصة في التكنولوجيا المالية خاصة في الفترة من 2019 إلى 2021. وبالفعل نجد أن نمو حجم الاستثمارات التكنولوجية في مصر بلغ نحو 300% خلال عام 2021⁽¹⁾. وبناءً عليه فإن العوامل التي أدت إلى نمو هذا القطاع في مصر ارتفاع معدلات التحول المالي، وانتشار استخدام الهواتف الذكية فضلاً عن دور البنك المركز نحو التحول الرقمي والمبادرات التي يطلقها دعماً لقطاع التكنولوجيا المالية.

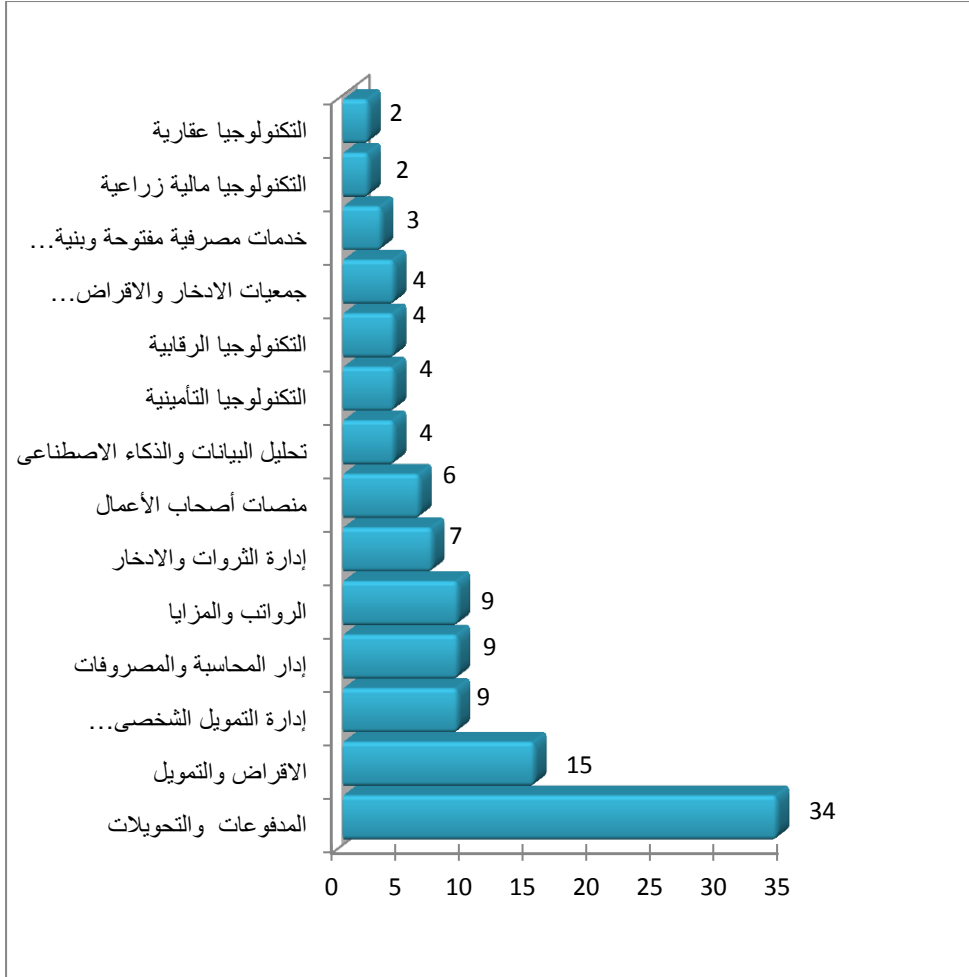
(1) <https://almaalnews.com> (last seen 31- 5-2022).

3- توزيع شركات التكنولوجيا المالية على القطاعات الفرعية:

انتهينا في الفقرات السابقة إلى أن عدد شركات التكنولوجيا المالية قد وصل 112 شركة، ولكن السؤال المطروح الآن ما هو التوزيع القطاعي لهذه الشركات؟ وأي قطاع يستحوذ على النصيب الأكبر؟

يمكن الإجابة على هذا التساؤل من خلال الشكل رقم (22) ثم تحليل البيانات الموضحة لهذا الشكل.

شكل رقم (22) توزيع شركات الفينتك حسب القطاعات الفرعية %



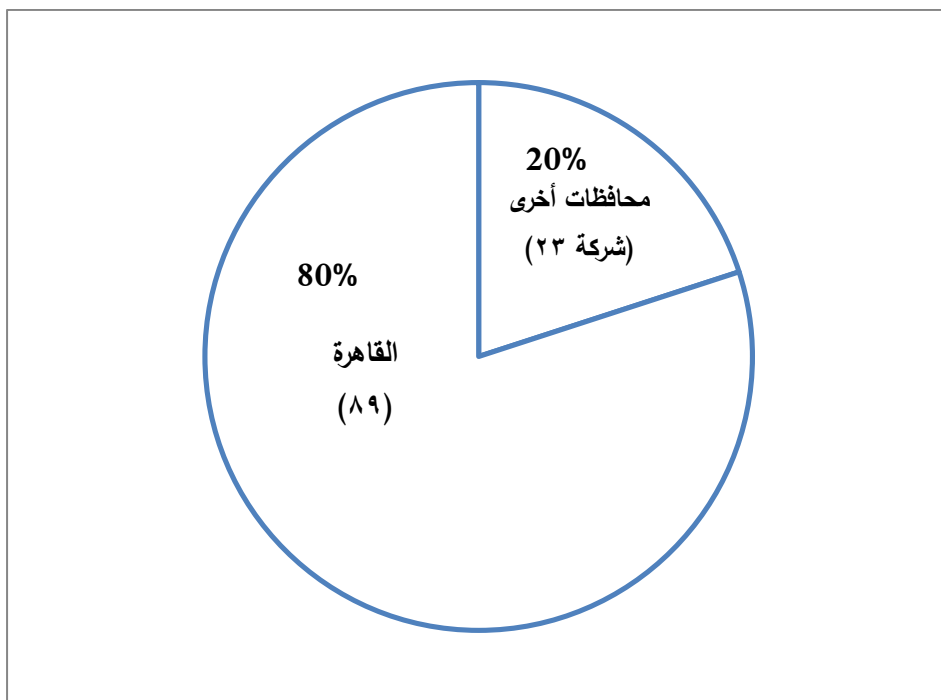
المصدر/ تقرير منظور التكنولوجيا في مصر 2021 - ص 23.

وكما هو موضح بالشكل السابق نجد أن قطاع المدفوعات والتحويلات يمثل نسبة 29% من إجمالي القطاعات الفرعية لشركات التكنولوجيا المالية بما يعادل 34 شركة، مما يدل على الانتشار الأكبر والامتساع لهذا القطاع بين القطاعات الفرعية الأخرى في مجال التكنولوجيا المالية المصرية، يليه قطاع الإقراض والتمويل بنسبة 12% بما يعادل 15 شركة، بينما تتنوع قطاعات الفينتك الأخرى بشكل يعتبر متساوٍ نسبياً، لكي نصل في النهاية إلى تحقيق الهدف الأمثل والمتمثل في تلبية احتياجات المستهلكين للخدمات المالية بتكلفة أقل، وبذل جهد يسير؛ حتى نحقق الهدف الأسمى وهو تعزيز وتعميق الشمول المالي ومنه نصل إلى فكرة المجتمع اللانقدي والأقل اعتماداً على النقد الورقي.

4- الانتشار الجغرافي لشركات التكنولوجيا المالية في مصر:

بعد أن تعرضنا لقطاعات التكنولوجيا المالية المختلفة في مصر وعدد شركاتها بقي لنا أن نوضح التوزيع الجغرافي لهذه الشركات، وفي أي محافظة من محافظات الجمهورية يكون تمركز هذه الشركات.

شكل رقم (23) التوزيع الجغرافي لشركات الفينتك



المصدر: تقرير منظور التكنولوجيا في مصر ص 25.

من خلال الشكل السابق نجد أن التوزيع الجغرافي لشركات الفينتك البالغ عددها 112 شركة، والواقع أن نسبة 80% من هذه الشركات يتواجد بالقاهرة بمعدل 89 شركة. وأما النسبة الأخرى البالغة 20% بمعدل 23 شركة تتوزع على بقية محافظات الجمهورية الأخرى، حيث تركزت في محافظات الحضر كالإسكندرية ثم محافظات الوجه البحري (القليوبية، والمنوفية، والشرقية، والجيزة، والإسماعيلية) تليها محافظات الصعيد (المنيا) ⁽¹⁾.

ومن خلال ما سبق نستنتج أن محافظة القاهرة تستحوذ على النصيب

(1) تقرير منظور التكنولوجيا المالية في مصر - 2021، ص 25.

الأكبر ربما من وجهة نظري لتوافر بنية تحتية متكاملة لإنشاء هذه الشركات، فضلاً عن تزايد عدد المستهلكين المالين نظراً لاكتظاظ القاهرة بالسكان، وانتشار الوعي والتثقيف المالي عنه في المحافظات الأخرى والتي يتواجد بها عدد كبير من القرى التي مازالت تعاني من الأمية بصفة عامة وبدورها ترتب عليها أمية مالية، ومن ثم نقص التثقيف المالي.

المطلب الثاني

البنية التحتية القانونية للتكنولوجيا المالية بمصر

. تمهيد وتقسيم:

يعد تطوير وإصلاح الأنظمة والتشريعات المصرية والمبادرات التي يقدمها البنك المركزي المصري من أهم الأعمدة الاستراتيجية الجاذبة؛ لتحقيق الهدف الذي وضعتة الدولة ضمن أهدافها برؤية مصر 2030، وهو العمل على تحقيق نمو اقتصادي قائم على المعرفة، والسعي نحو تعزيز الشمول المالي.

ومن ثم تعتبر القوانين والتشريعات من أهم العناصر التي تعمل على تنمية قطاع التكنولوجيا المالية والشركات المتخصصة في هذا المجال، حيث يهدف الإطار التشريعي والقواعد التنظيمية والإجراءات التي يتخذها القطاع المالي بمصر إلى دعم قطاع التكنولوجيا المالية وشركاتها وتطبيقاتها واستخداماتها في كافة الخدمات والمنتجات المالية.

وبتتبع القوانين المنظمة لقطاع التكنولوجيا المالية نجد أن الدولة المصرية قد تبنت سياسات قانونية؛ لتوفير وتأمين بيئة تشريعية داعمة لقطاع التكنولوجيا المالية حتى تصل في النهاية إلى رقمنة جميع المعاملات المصرفية وغير المصرفية.

ويمكننا تقسيم السياسات القانونية والقواعد المنظمة والإجراءات والمبادرات التي اتخذها البنك المركزي لتدعيم بيئة عمل التكنولوجيا المالية في مصر إلى النقاط الآتية

أولاً: التشريعات والقوانين الداعمة لقطاع التكنولوجيا المالية.

ثانياً: إجراءات البنك المركزي المصري لتحفيز استخدام الوسائل والقنوات

الإلكترونية في الدفع.

ثالثاً: مبادرات البنك المركزي المصري لتدعيم البنية التنظيمية للتكنولوجيا المالية

أولاً: التشريعات والقوانين الداعمة لقطاع التكنولوجيا المالية

لا شك في أن توفير بيئة تشريعية وقانونية تعمل على دعم قطاع التكنولوجيا المالية من أهم الشروط التي لا يمكن الاستغناء عنها؛ لتعزيز ونجاح هذا القطاع وقدراته على مجابهة أي معوقات، فضلاً عن جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية. ومن أبرز وأهم هذه التشريعات نذكر ما يلي: -

1- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004م⁽¹⁾.

ويعتبر هذا القانون من أهم القوانين التي نظمت المعاملات الإلكترونية في مصر لأنه يتصدى للمشكلات القانونية التي نجمت عن التعاقد عبر الإنترنت.⁽²⁾

(1) قانون رقم 15 لسنة 2004 منشور بالجريدة الرسمية - العدد 17 تابع (د) في 22 إبريل سنة 2004، ص 17-26.

(2) صدرت تشريعات حديثة تفر بحجية المستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني إسوة بالمحركات الورقية والتوقيعات الحية، ويعد غياب هذه التشريعات من أهم عوائق انتشار المعاملات الإلكترونية وعمليات التجارة الإلكترونية في العديد من الدول، ويتم التوقيع الإلكتروني بأساليب عديدة منها:

- التوقيع باستخدام الخواص الذاتية والتوقيع البيومتري والذي يعتمد على الخصائص الفيزيائية والطبيعية للأفراد وتشمل بصمة الأصبع ومسح العين البشرية ونبرة الصوت.

- ادخال التوقيع بالماسح الضوئي Scanner

- التوقيع باستخدام البطاقات الممغنطة أو البطاقات الذكية .

وبناءً عليه فإنه من وجهة نظري أن الأساس التي قامت عليه التكنولوجيا المالية هو قانون التوقيع الإلكتروني، فبدونه لا قيمة للابتكارات المالية والمعاملات الإلكترونية. لأن أية معاملة إلكترونية أو رقمية يُطلب من العميل أو المستهلك المالي إدخال توقيعه الإلكتروني الذي يعتبر أرقام وحروف ورموز أو إشارات سرية لها طابع منفرد (المادة 1 من قانون التوقيع الإلكتروني).

وبالتالي نجد أن التوقيع الإلكتروني يحقق عدد من المميزات في حالة تفعيل الهوية الرقمية للمواطن المصري ونذكر منها (1): -

أنه يتم إتاحة إجراء كافة المعاملات المصرفية عن طريق منصة البنك كفتح الحساب أو طلب قرض أو عمليات التمويل أو التوقيع على المستندات الإلكترونية دون حاجة إلى انتقال الشخص إلى البنك.

«وقد تمكن بنك القاهرة في شهر أغسطس عام 2021م من الحصول على رخصة البنك المركزي المصري للتوقيع الإلكتروني لعملائه من الشركات والمؤسسات المالية كأول بنك في مصر يستخدم التوقيع الإلكتروني في جميع

- التوقيع باستخدام القلم الإلكتروني OP - Pen .

انظر في خصوص موضوع التوقيع الإلكتروني ما يلي: أ. د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والقضاء، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 71-74/د/ عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2021، ص 155، 159.

د. . أحمد رجب عبد الخالق قرشم، التوقيع الإلكتروني ودوره في المعاملات التجارية الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الرابع العدد الثاني، ديسمبر 2018، ص 1:47

(1) د. أحمد محمد فوزي، مرجع سابق، ص 180-181.

النماذج والمستندات البنكية المتعلقة بخدمات ومنتجات وإدارة التدفقات النقدية وعمليات التجارة الخارجية ومنتجات الأوراق المالية، بالإضافة إلى نموذج الاشتراك في خدمة الإنترنت البنكي للشركات، وذلك لتقديم أفضل مستوى من الخدمات المصرفية، ويضمن التوقيع الإلكتروني أن الموقع هو الشخص المقصود، كما يساعد على ضمان عدم تغيير المحتوى أو التلاعب به من لحظة إتمام التوقيع الإلكتروني»⁽¹⁾.

2- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018⁽²⁾.

هذا القانون يضع حجر الأساس في مكافحة الجرائم السيبرانية وأمن المعلومات، ولائحته التنفيذية رقم 1699 لسنة 2020.

3- القانون رقم 18 لسنة 2019 لتنظيم استخدام وسائل الدفع غير

النقدي وتم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 16 إبريل 2019. وقد صدرت اللائحة التنفيذية بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1776 لسنة 2020 ونشرت في الجريدة الرسمية في 7 سبتمبر سنة 2020. والهدف من هذا القانون هو التحول نحو مجتمع لا نقدي أي أقل اعتماداً في استعمال النقود Cashless society، ونلاحظ أنه رغم صدور قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020 فإنه لم يتم النص على إلغاء هذا القانون.

4- ولتعزيز ثقة الأفراد في المعاملات الإلكترونية، وبسبب أن حماية

البيانات الشخصية مكوناً أساسياً في نمو وازدهار التجارة الإلكترونية. فكان لابد

(1) نفس المصدر.

(2) قانون رقم 175 لسنة 2018 - الجريدة الرسمية - العدد 32 مكرر (ج) 14 أغسطس

2018، ص 3-25.

من وجود قانون آخر بجانب القانون رقم 175 لسنة 2018 ليحكم العلاقة بين مستخدمي البيانات والمتحكمين فيها ويُجرم معالجتها بطرق غير مطابقة للأغراض المصرح بها من قبل صاحب البيانات. أصدر المشرع القانون رقم 151 لسنة 2020 في يوليو 2020 والخاص بحماية البيانات الشخصية⁽¹⁾.

5- قانون رقم 194 لسنة 2020 بشأن البنك المركزي والقطاع المصرفي، وقد ألغى قانون رقم 88 لسنة 2003 الخاص بالبنك المركزي والجهاز المصرفي وقد جاء إصدار هذا القانون لكي يساير التطور والتحول نحو الاقتصاد الرقمي حيث تضمن أحكاماً جديدة في الباب الرابع عن المعاملات الرقمية والتكنولوجيا المالية.

هذا ويمكن القول من وجهة نظري أنه بالرجوع إلى التشريعات التي تعالج التكنولوجيا المالية نجد أن هناك قانونين هما حجر الأساس لهذه التقنية الجديدة، الأول قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020 باعتباره ينظم جميع تعاملات القطاع المصرفي في الدولة، والقانون الآخر كما ذكرنا - آنفاً - قانون التوقيع الإلكتروني، مع الإشارة إلى أن قانون رقم 194 لسنة 2020 ينظم التكنولوجيا المالية المتعلقة بالقطاع المصرفي، والبنك المركزي وشركات تحويل الأموال، الصرافة، ومشغل نظم الدفع ومقدمو خدمات الدفع، أما فيما يتعلق بالقطاع المالي غير المصرفي فيحكمه قوانين أخرى نذكرها في السطور الآتية.

(1) قانون رقم 151 لسنة 2020 - الجريدة الرسمية - العدد 28 مكرر (هـ) في 15 يوليو سنة 2020.

- انظر د. أحمد فوزي، مرجع سابق، ص 184-185.

6- قانون الهيئة العامة للرقابة المالية رقم 10 لسنة 2009 حيث

تختص هذه الهيئة بالرقابة على القطاع المالي غير المصرفي كسوق رأس المال (البورصة)، وشركات التأمين وإعادة التأمين، وصناديق الاستثمار، وصناديق التأمين الخاصة والمعاشات، وشركات التمويل الإيجاري وفقاً للقانون رقم 176 لسنة 2018، ومؤسسات تمويل الشركات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر وفقاً للقانون رقم 141 لسنة 2014 والمعدل بالقانون رقم 201 لسنة 2020 بشأن تنظيم مزاوله نشاط التمويل للمشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر والقانون رقم 152 لسنة 2020 في شأن تنمية المشروعات متناهية الصغر والمشروعات الصغيرة والمتوسطة والذي حل محل القانون رقم 141 لسنة 2004، ومؤسسات التمويل الاستهلاكي وفقاً للقانون رقم 18 لسنة 2020، ومؤسسات التمويل العقاري وفقاً للقانون رقم 48 لسنة 2001 والمعدل بالقرار بقانون رقم 55 لسنة 2014، وشركات التخصيم وفقاً للقانون رقم 176 لسنة 2018.

7- قانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2017 تم إصداره في 31 مايو

2017 والذي محل القانون رقم 8 لعام 1967 حيث يهدف القانون إلى تقديم الحوافز والضمانات وتعزيز الاستثمارات الأجنبية في العديد من القطاعات ومنها قطاع التكنولوجيا⁽¹⁾.

8- قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018.⁽²⁾ حيث تم النص

في صلب القانون عن أحكام التعاقد عن بعد في إطار التعاقد بين العقود المبرمة

(1) لمزيد من التفاصيل انظر: د. أحمد فوزي، مرجع سابق، ص 182.

(2) أنظر الجريدة الرسمية - العدد 37 (تابع) في 13 سبتمبر سنة 2018.

بين المستهلك والمورد (م.36 وما بعدها).

9- قرار الرئيس رقم 89 لسنة 2017 بإنشاء المجلس القومي

للمدفوعات للحد من استخدام الأوراق النقدية خارج القطاع المصرفي وتحفيز استخدام الخدمات المالية الرقمية كوسيلة دفع أولية. وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 123 لسنة 2017 بشأن تفعيل صرف المستحقات المالية إلكترونياً، وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2374 لسنة 2017 بإلزام جميع وحدات الجهاز الإداري للدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والأجهزة التي لها موازنات خاصة بتطبيق نظام إدارة المعلومات المالية الحكومي وفقاً للبرنامج الزمني الذي يعتمده وزير المالية.

ولكن بالرغم من وجود الترسانة التشريعية سالفة الذكر، والتي تهدف إلى تدعيم التحول الرقمي ورقمنة جميع المعاملات المالية؛ فإنه قبل بداية هذا العام لم يكن هناك قواعد تشريعية وأطر تنظيمية لتنظيم استخدام التكنولوجيا المالية في القطاع المالي غير المصرفي.

وبناءً عليه فكان لزاماً على الدولة أن تتدخل لإصدار تشريعات وقوانين تتعلق باستخدام التكنولوجيا المالية الحديثة في الأنشطة المالية غير المصرفية؛ حتى نستطيع القول بأن هناك تكامل بين هذا التشريع وقانون البنك المركزي.

10- وبالفعل فقد أصدرت الدولة قانون رقم 5 لسنة 2022 بشأن

تنظيم وتنمية استخدام التكنولوجيا المالية في الأنشطة المالية غير المصرفية (1).

والواقع أن هذا القانون قد نظم استخدام التكنولوجيا المالية في القطاع

(1) الجريدة الرسمية - العدد 6 مكرر (د) في 8 فبراير سنة 2022.

المالي غير المصرفي، وأصبحت الهيئة العامة للرقابة المالية هي الجهة الإدارية المختصة دون غيرها بتطبيق أحكام هذا القانون (مادة 2).

وبناءً عليه أصبح يوجد قانونين بمصر ينظما التكنولوجيا المالية، فإذا ما تم استخدامها من قبل القطاع المالي المصرفي فإن القانون المطبق هو قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020، أما إذا ما استخدمت في القطاع المالي غير المصرفي فتكون تحت مظلة رقابة الهيئة العامة للرقابة المالية وفقاً للقانون رقم 5 لسنة 2022.

وفي سياق ما تقدم ومع إصدار المشرع لهذا القانون الأخير أصبح هناك تكامل بين قانون البنك المركزي المصري رقم 194 لسنة 2022 وهذا القانون؛ مما سيكون له أثراً إيجابياً على التحول نحو الاقتصاد الرقمي، ورقمنة جميع المعاملات المالية مصرفية كانت أو غير مصرفية.

وبالنظر إلى المادة الثانية من هذا القانون نجد أن الهيئة العامة للرقابة المالية التي أنشئت في عام 2009 أصبحت هي الجهة الإدارية دون غيرها التي تتولى الإشراف على القطاع المالي غير المصرفي. وفي منحى آخر البنك المركزي المصري هو المسؤول عن الرقابة والإشراف على القطاع المالي المصرفي. أي أن الرقابة في مصر بشأن التكنولوجيا المالية ليست تحت سقف واحد وإنما تتقاسمها جهتان، وهذا على عكس مثلاً دولة مثل ألمانيا الاتحادية.

ففي ألمانيا الاتحادية الرقابة تحت سقف واحد حيث تجمع هيئة الرقابة المالية (BaFin) الفيدرالية الإشراف على البنوك ومقدمي الخدمات المالية ومشروعات التأمين وتداول الأوراق المالية⁽¹⁾.

(1) المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص 117.

ونرى أن حجم الأعباء الملقاة على عاتق الهيئة من جهة، ومن جهة أخرى حداثة نشأتها وحدائث عهدتها بالقيام بالرقابة على المؤسسات المالية غير المصرفية مقارنة بالبنك المركزي، فلا شك أنها ستحتاج إلى دعم مادي وبشري للقيام بمهامها على الوجه الأفضل.

هذا وقد نرى أنه من الأفضل وجود تنسيق بين البنك المركزي والهيئة العامة للرقابة المالية من خلال تبادل الخبرات في الرقابة والإشراف وذلك لأن هناك توسعاً في الائتمان الممنوح خارج إطار الجهاز المصرفي وهو الأمر الذي يحتاج إلى التنسيق بشأن مع البنك المركزي.

والجدير بالذكر أن البنك المركزي المصري يعكف حالياً على إعداد قانون جديد لتنظيم أنشطة التمويل البديل، وتنظيم استخدام التكنولوجيا المالية المقترنة بالخدمات المصرفية، وذلك بالتعاون مع الهيئة العامة للرقابة المالية.

وسوف يحدد هذا القانون الجديد -عندما يخرج إلى النور- الإطار التشريعي لتنظيم المنصات الرقمية للتمويل البديل في السوق المصرية؛ مما يسهم في توفير خدمات تمويلية جديدة تلبي احتياجات الفئات المختلفة من العملاء.

ومهما كان الوضع فإننا نرى أن وجود هذه الترسنة التشريعية المنظمة لبنية عمل التكنولوجيا المالية في مصر سوف تساهم بشكل فعال في التحول إلى مجتمع لا نقدي، فضلاً عن تحقيق مزايا أخرى للدولة المصرية مثل خفض معدلات البيروقراطية، بالإضافة إلى زيادة متحصلات الدولة المالية، وتحسين التدفقات المالية. وكذلك زيادة كفاءة النظام المالي وفاعلية السياسة النقدية والائتمانية والاندماج في الاقتصاد العالمي.

علاوةً على تقليل تكلفة طباعة البنكنوت، والمساهمة في الحد من التضخم، وتحقيق الهدف الأساسي من القانون وهو تحقيق وتعميق الشمول المالي.

ثانياً: إجراءات البنك المركزي المصري لتحفيز الوسائل والقنوات الإلكترونية في الدفع (1)

(1) مع العلم أن وسائل الدفع الإلكترونية قد انتشرت بشكل مذهل ومتسارع ومن أهم هذه الوسائل نذكر مايلي: - الشيك الإلكتروني : تعتمد على وجود وسيط يقوم بإجراء عملية المقاصة Clearing بين طرفي المعاملة (الساحب والمستفيد) ، وغالبا ما يكون هذا الوسيط بنك أو مؤسسة متخصصة، وللاستفادة من هذا النظام يلزم أن يشترك كل من المشتري (الساحب) والبائع (المستفيد) لدى مؤسسة المقاصة ويفتح كل منهما حساباً جارياً لديها ، وبعد تحديد التوقيع الإلكتروني لكل منهما يتم تسجيله في قاعدة البيانات الخاصة بهذه المؤسسة ، وعند الاتفاق على الصفقة يحرر المشتري الشيك ويوقعه إلكترونياً ويرسله إلى البائع الذي يوقع عليه إلكترونياً ثم يرسله إلى (مؤسسة المقاصة) التي تتأكد من صحة الأرصدة للبائع والمشتري وصحة التوقيعات وتخطر كلاهما بتمام اجراءات المعاملة .

- الدفع من خلال شبكة الانترنت في اطار التطور المتسارع للتجارة الإلكترونية سواء بين الجهات بعضها البعض أو بين الجهات من جهة والأفراد من جهة اخرى .

- أنظمة المقاصة الآلية Automatic Clearing Houses انتشرت بسرعة مذهلة اسلوب قيام الموظفين العاملين في مؤسسة ما بالسماح لمؤسستهم بتحويل رواتبهم لمؤسسة للمقاصة وغالبا ما تكون بنك أو مؤسسة تابعة له ، والتي تقوم بدورها بسداد كافة المبالغ المستحقة عليهم للجهات الدائنة (اقساط اسكان - اقساط سيارات - فواتير الخدمات المختلفة - فواتير الشراء المستحقة مع بداية كل شهر ... الخ)

- وحدات الدفع الإلكترونية E - Cash or Digi - Cash : تتمثل في قيام البنك بالتخزين الإلكتروني لوحدات دفع الكترونية Tokens تقابل عددا من وحدات النقود الحقيقية وينفس

قيمتها ، ويتم تحميل ذلك على الحاسب الخاص بالمتعامل وفقاً لبرنامج مخصص لهذا الغرض، وتستخدم هذه الوحدات لإجراء مدفوعات ذات قيم محددة يتم تداولها بين الوسائط الإلكترونية الخاصة بالأطراف المتعاملين .

- بطاقات الدفع Payment Cards وأهما:

أ- بطاقات الرصيد القائم Debit Card والتي يطلق عليها أيضاً بطاقات الخصم أو الحسم أو بطاقات الوفاء، وهذه البطاقة لا تعطي انتمائاً وإنما تسمح لحاملها بأن يحصل على نقود سائلة أو يستخدمها في تسوية مدفوعات وذلك في حدود الرصيد الدائن لصاحب البطاقة - دون تجاوز - في حسابه المفتوح لدى البنك (أو المؤسسة) مصدر هذه البطاقة، وفي حالة الشراء يتم تحويل النقود مباشرة من حساب المشتري إلى حساب البائع.

ب- بطاقات الائتمان Credit Card وهي البطاقات التي تتيح حدوداً إئتمانية للحائزين دون ما اشتراط لوجود رصيد دائن في حساب العميل لدى الجهة المصدرة لها ، بحيث تمكنه إما الحصول على نقد سائل أو تسوية المدفوعات الخاصة بمشترياته من السلع والخدمات .

ج- البطاقة سابقة الدفع أو مخزونة القيمة Stored - Value Card وتختلف عن بطاقات الرصيد القائم أو بطاقات الائتمان في أنها تحمل قيمة نقدية محددة يدفعها العميل صاحب البطاقة مقدماً مقابل الحصول عليها لاستخدامها في تسوية المدفوعات الخاصة بالسلع والخدمات والمشتراء . هذا وقد انتشر التعامل بهذه البطاقات على نطاق واسع وفي كافة المجالات (الخدمات الهاتفية على سبيل المثال)

د- البطاقات الذكية Smart Cards وهي البطاقات المزودة بشريحة إلكترونية electronic chip بجانب الشريط المغنط بحيث يمكن تحويل النقود منها أو إليها سواء من حساب صاحب البطاقة نفسه أو حساب غيره ، وذلك باستخدام الحاسب الشخصي أو ماكينات الصرف الآلي ATM المجهزة بذلك أو من أجهزة الهاتف المحمول المجهزة الأداء هذه الخدمة أو من خلال جهاز صغير مخصص لهذا الغرض أطلق عليه مصطلح المحفظة الإلكترونية Electronic Wallet نظراً لأنه يقوم بكافة وظائف المحفظة التقليدية

- ملصق الدفع الإلكتروني تستخدم في إجراء عمليات الدفع للمشتريات والمبيعات اليومية ويتم إستخدامها عن طريق تثبيتها على أى من المقتنيات الشخصية كالتليفون المحمول مثلاً ،

وفي اتجاه آخر وكما قلنا بأن البنك المركزي قد أطلق العديد من الاستراتيجيات والمبادرات التي تهدف بأن تكون مصر مركزاً للتكنولوجيا المالية في العام العربي والإفريقي، فقد قام البنك المركزي باتخاذ عدداً من الإجراءات نذكر منها باختصار ما يلي (1): -

1_ إصدار عدد من التعليمات بدءاً من 15 مارس 2019 والمنتوية في ديسمبر 2021 لكافة البنوك للحد من تداول أوراق النقد عن طريق الدفع عبد الهاتف

ويتم بدون تلامس تمريرها على أجهزة نقاط البيع المدعمة بهذه التقنية مباشرة ودون الحاجة لإبراز بطاقة الدفع الفعلية

- أسورة الدفع الإلكتروني وهي عبارة عن قطعة إكسوار مزودة بشريحة ذكية، يتم إستخدامها من خلال ارتدائها باليد ويتم الإيداع فيها من خلال خدمات الإنترنت البنكي أو الموبايل البنكي ومن خلال إحدى فروع البنك الذي قام بإصدارها، ولا يحتاج العميل إلى التعامل المباشر مع البائع فبعد إنتهاء المعاملة يتلقى العميل رسالة نصية تفيد ما قام به من معاملات يومية.

- الملصق الذكي Smart Sticker مزودة بشريحة ذكية وخاصة الدفع التلامسية Contact Less ومن خلالها يمكن استخدامها في تسوية المعاملات سواء محلياً أو دولياً

- رمز الاستجابة السريع QR CODE وهو اختصار لكلمة Quick Response ويستخدم في الدفع الإلكتروني بواسطة المحافظ الإلكترونية بالهواتف المحمولة ويعرف بأنه شفرة خطية في شكل مربع به كتل بيضاء وسوداء مرتبة بطريقة تسمح لكاميرا التليفون الجوال بالتعرف عليها وتنظيمها والحصول على البيانات التي قد تبدو للعين البشرية بشكل عشوائي، لمزيد من التفاصيل انظر: أ.د/ أسامة الفولي، أ.د/ سوزي ناشد، د/ محمد صبري أبوزيد، مبادئ النقود والبنوك والاقتصاد الدولي، منشور على مايكروسفت تميز، 2022، ص 60 : 71

(1) لمزيد من التفاصيل أنظر مركز المعلومات "دعم اتخاذ القرار" للتكنولوجيا المالية- فرص وتحديات، مرجع سابق، ص 5-50 وما بعدها.

المحمول Mobile Banking أو إصدار البطاقات المدفوعة مقدماً للمواطنين مجاناً على أن تكون تلك البطاقات تلامسيه "Contact Less" وذلك بهدف دعم الأدوات والوسائل الإلكترونية المختلفة، وتيسير إجراءات المعاملات الإلكترونية للأفراد والشركات على حد سواء.

2_ وضع القواعد الخاصة بمقدمي الخدمات التكنولوجية للمدفوعات وكذلك خدمات التمويل الرقمي المقترن بعمليات الدفع الإلكتروني في عام 2019 لمواكبة التطور السريع الذي ستشهدها عملية سداد الفواتير وتحصيلها.

3_ قيام البنك المركزي في فبراير 2021 بإصدار القواعد الخاصة بالإقراض الرقمي من خلال محفظة الهاتف المحمول، لتيح التقييم الائتماني لصاحب المحفظة الإلكترونية بالشراكة مع الشركة المصرية للاستعلام الائتماني I-Score⁽¹⁾. وذلك ليتم التقييم الرقمي للعملاء الذين لم يسبق لهم الحصول على تقييم ائتماني من خلال بيانات شبكة الهاتف المحمول.

4_ كذلك الحث على نشر رمز الاستجابة السريعة QR Code وخدمة طلب الدفع "Request to Pay" لدى كافة التجار والشركات الذين يتعاملون بنقاط

(1) جدير بالذكر أن I-Score هي الشركة المصرية للاستعلام الائتماني وقد تأسست في عام 2005 وفقاً لأحكام قانون الشركات رقم 159 لسنة 1981، وقانون سوق راس المال رقم 95 لسنة 1992 كشركة مساهمة مصرية تعمل تحت رقابة وإشراف البنك المركزي المصري وتختص بتقديم خدمات الاستعلام عن البيانات الائتمانية الخاصة بالعملاء _أفراد وشركات_ وذلك قبل حصوله على الائتمان من البنوك. والواقع أن هذه الشركة حتى كتابة هذه السطور هي الشركة الوحيدة في مصر المرخص لها كشركة استعلام ائتماني. لمزيد من التفاصيل انظر الرابط التالي:

- http://www.i_score.com.eg. (Last seen 19/11/2023).

البيع P.O.S.

5_ وأيضاً أثناء تداعيات فيروس كورونا المستجد قام البنك المركزي المصري بتوجيه البنوك العاملة في مصر بإتاحة خدمة الإنترنت البنكي للعملاء كأداة بديلة تمكنهم من إدارة الأموال والحاجات الخاصة لهم دون التوجه إلى فرع البنك التابع وذلك من خلال عدد من الإجراءات منها:

يجوز قيام البنك بتسجيل عملائه الحاليين من خلال التحقق من هوية العميل باستخدام وسائل التحقق الإلكتروني التقليدية المستخدمة في أي من منتجات البنك.

يلتزم العملاء بالإجراءات الصادرة بشأن خدمة الإنترنت البنكي، والتي يتم تطبيقها من كافة البنوك العاملة في مصر.

6_ قيام البنك المركزي المصري في نوفمبر 2014 بإصدار القواعد المنظمة لتقديم الخدمات المصرفية عبر الإنترنت، والتي حددت الحد الأدنى اللازم لتقديم الخدمات المصرفية عبر شبكة الإنترنت بطريقة آمنة.

ثالثاً: مبادرات البنك المركزي المصري لتدعيم البنية التحتية للتكنولوجيا

المالية

في ضوء الاستراتيجية التي وضعها البنك المركزي المصري والتي تستهدف التحول نحو مجتمع رقمي، وتحقيق معدلات أعلى من الشمول المالي، بهدف وصول الخدمات المالية لكافة أفراد المجتمع، فقد أطلق البنك المركزي المصري عدداً من المبادرات التي تسهم في زيادة عدد المعاملات الإلكترونية ونذكر منها:

-

1_ اتخذ البنك المركزي المصري عدداً من المبادرات؛ بهدف تعزيز جانب

الطلب فأطلق مبادرة تحت عنوان "عشان بكرة" والتي أطلقها المعهد المصرفي في عام 2012 وذلك بهدف نشر الثقافة المالية في شتى محافظات مصر. (1)

2_ قيام البنك المركزي بعقد سلسلة من جلسات العمل أطلق عليها برنامج المائدة المستديرة (Market Here 2 Hear) في عام 2018، بمشاركة أطراف منظومة التكنولوجيا المالية في مصر. (2) وذلك تحت عنوان " تكامل منظومة التكنولوجيا المالية (FinTegration)؛ بهدف التوافق على آليات التنسيق والتعاون بين كافة الأطراف المعنية. ومن خلالها تم حصر كافة التحديات التي تواجهها الشركات الناشئة في هذا المجال والتي تجاوزت أكثر من 80 تحدٍ، والتي تناولت أهم الفجوات واحتياجات المنظومة في مصر تحت خمسة محاور رئيسية هي الوعي المالي، والشمول المالي لكل من المستهلكين والشركات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر، والتواصل والارتباط مع العملاء، والتكنولوجيا التنظيمية، وقد تم النشر على منصة فننك إي جيبب الإلكترونية. (3)

3_ كما قام البنك المركزي المصري بمبادرة تحت عنوان "رواد النيل" في فبراير 2019 بالشراكة مع عدد من الجامعات المصرية وبعض الجهات المحلية والدولية، وتهدف منه المبادرة إلى زيادة دعم الأعمال والمشروعات الصغيرة، من خلال أربعة محاور رئيسية هي برنامج خدمات تطوير الأعمال، وبرنامج دعم

(1) البنك المركزي المصري، تقرير الاستقرار المالي، 2020، مرجع سابق، ص 59.

(2) جدير بالذكر أن أطراف منظومة التكنولوجيا المالية في مصر تتمثل في الجهات الرقابية المعنية، والبنوك، والمؤسسات غير المصرفية، المستثمرين في هذا المجال، رواد أعمال التكنولوجيا المالية، مسرعات الأعمال، ومشغلي شبكات الهاتف المحمول

(1) <https://fintech-egypt.com/problem-statement-financial-lietracy.php>

(Last seen 24/12/2022)

الابتكار والمنافسة، وبرنامج التوعية والتدريب، وبرنامج حاضنات الأعمال. ولقد وصلت هذه الخدمات إلى نحو 65 ألف خدمة، لعدد 27 ألفاً مستفيد خلال الفترة من يوليو 2019 وحتى يونيو 2021⁽¹⁾

4_ كذلك أطلق البنك المركزي مبادرات الدعم الكوادر والتثقيف المالي في مجال التكنولوجيا المالية تحت عنوان "Fin yology–Fintech For Youth" وذلك بهدف اكتشاف وتمكين المواهب الشابة ونشر الوعي والابتكار في مجالات وتطبيقات التكنولوجيا المالية من خلال إدراج مشروعات التكنولوجيا المالية ضمن برامج الدراسة لطلبة المعاهد والكليات؛ مما ينجم عنه تقديم حلول ابتكارية في هذا المجال بما يتلاءم وطبيعة السوق المصرفي والمالي واحتياجاته.

وقد تمت هذه المبادرة عن مرحلتين: الأولى في فبراير 2020، والأخرى في أكتوبر 2020.⁽²⁾

5_ وأطلق البنك المركزي في أغسطس 2021 مبادرة تحت عنوان "Accelerated ha" والتي تهدف هي الأخرى إلى تقديم حلول تكنولوجية مبتكرة في المجال المالي؛ مما يساعد على تلبية احتياجات الفئات المهمشة والمحرومة من الإناث، فضلاً عن إتاحة الفرصة للمرأة للمشاركة بتقديم حلول وتطبيقات مبتكرة، وإعداد كوادر من النساء في مجال ريادة الأعمال للتكنولوجيا المالية.⁽³⁾

6_ وكذلك قام البنك المركزي في مايو 2020 بإطلاق مبادرة للسداد الإلكتروني

(1) أنظر البنك المركزي المصري، تقرير الاستقرار المالي، 2020، مرجع سابق، ص 61.

(1) <https://www.masrafeyoum.ebi.gov.eg> (last visited 24/12/2022)

(2) https://www.fintech_egypt.cbe.org.eg.com. (last visited 24/12/2022)

"P.O.S. Initiative" وذلك بهدف زيادة أعداد وسائل القبول الإلكتروني المتاحة بكافة محافظات الجمهورية لتصل إلى 100 ألف نقطة بيع إلكترونية. ثم في مرحلة ثانية تم زيادة لتصل إلى 300 ألف نقطة بيع إلكترونية وذلك في نوفمبر 2020.

7_ وأخيراً وليس آخراً فقد أطلق البنك المركزي برنامج أكاديمية التكنولوجيا المالية، وهو برنامج شامل مدته أربعة أشهر بالشراكة مع الوكالة الألمانية للتعاون الدولي في مصر، ويستهدف هذا البرنامج المهتمين بمجال التكنولوجيا المالية، ويهدف إلى تزويد العاملين بالقطاع المصرفي، والمطورين بالمعرفة وأهم التطورات في مجال التكنولوجيا المالية، وكذلك إمداد رواد الأعمال بالخبرة والمعرفة اللازمة لإنشاء وتنمية المشروعات المتعلقة بالتكنولوجيا المالية.

وبناءً عليه نجد أن التشريعات واللوائح الخاصة بالتكنولوجيا المالية، فضلاً عن المبادرات والإجراءات التي يقوم بها البنك المركزي المصري؛ تهدف إلى تعزيز التحول الرقمي ورقمنة المعاملات المالية -مصرفية وغير مصرفية-. بالإضافة إلى أن الهدف النهائي للتكنولوجيا المالية ووفقاً لما جاء بالمادة الثانية من قانون رقم 5 لسنة 2022 هو تحقيق الشمول المالي، والعمل على توسيع قاعدة المستفيدين من الأنشطة المالية غير المصرفية، ورفع كفاءتها، وخفض التكاليف اللازمة للاستفادة منها.

بيد أن ورغم ما تمتاز به التكنولوجيا المالية من انخفاض تكلفتها وإمكانية وصولها لعدد من أكبر من العملاء؛ فما زال هناك العديد من المعوقات والتحديات التي يجب على الدولة والنظم التشريعية مواجهتها، وهذا ما سنوضحه في المطلب التالي.

المطلب الثالث

معوقات التكنولوجيا المالية وسبل مجابتهها

. تمهيد وتقسيم:

مما لا يخفى علينا أن منظومة التكنولوجيا المالية في مصر لاتزال في مهدها الأول، وبالتالي توجد العديد من التحديات والمعوقات التي تحتاج إلى مزيد من الجهود والسياسات الحكيمة؛ مما يؤدي إلى تحقيق التعاون بين كافة الأطراف المعنية للنهوض بهذه المنظومة في السوق المصري.

وعلى الرغم من تمتع السوق المصرية بالعديد من المقومات والفرص التي تجعل النظام البيئي للتكنولوجيا المالية نظاماً فعالاً وجاذباً للاستثمار؛ فإنه لاتزال هناك الكثير من التحديات والمعوقات التي تواجهها وتتطلب التعامل معها حتى يمكن استغلال الفرص المتاحة للاستثمار.

هذا وقد جاءت مصر في عام 2020 في المرتبة ال 60 عالمياً في مؤشر التكنولوجيا المالية من أصل 65 دولة⁽¹⁾ وفقاً لمؤشر " ranking global fin dexable city" الصادر لأول مرة عن مؤسسة Fin dexable للأبحاث.

وفي سياق ما تقدم يمكن تقسيم هذا المطلب إلى النقاط التالية: -

أولاً: التحديات والمعوقات أمام قطاع التكنولوجيا المالية في مصر

ثانياً: السياسات المقترحة لدعم دور القطاع الخاص في قطاع التكنولوجيا

المالية

(¹) أنظر مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، فرص وتحديات، مرجع سابق، ص45.

أولاً: التحديات والمعوقات أمام قطاع التكنولوجيا في مصر. (1)

يوجد العديد من المعوقات التي تقف حجر عثرة أمام منظومة التكنولوجيا المالية في مصر ونذكر منها مايلي:-

1- انعدام ثقة المستهلكين وثقافتهم:

لا شك في أن مجال عمل التكنولوجيا المالية هو المجتمع والمتعاملين مع هذه التقنية هم أفراد المجتمع. وبالتالي فنجد أول تحدى أمام التكنولوجيا المالية هو ثقافة المستهلكين وانعدام الثقة حيث تفتقر شركات التكنولوجيا المالية إلى ثقة المستهلكين.

ويرجع انعدام ثقة المستهلكين في هذه التقنية لعدة أسباب أهمها المعلوماتية حيث لا تتوفر المعلومات الكافية عن المنتجات المالية المقدمة بصورة الكترونية أو ورقية أو كيفية عمل الخدمات التي تقدمها هذه الشركات؛ مما يؤدي إلى انصراف العملاء إلى الخدمات المالية التقليدية باعتبارها أكثر أماناً.

والواقع أن انعدام الثقة تجاه المعاملات الرقمية أو غير الرقمية يتوافر بشكل كبير لدى سكان القرى والأرياف وذلك بسبب نقص الثقافة المالية والأمية التكنولوجية.

ومن ثم فيمكن التغلب على هذا التحدي من وجهة نظري عن طريق عمل ندوات تعريفية بمراكز الشباب والرياضة عن طبيعة المعاملات الرقمية

(1) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع راجع: د. محمد طلعت سعيد، مرجع سابق، ص80:89، كذلك انظر التقرير الصادر عن مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، مرجع سابق، ص43 وما بعدها.

والإلكترونية، وما هي الخدمات المالية التي تقدمها شركات التكنولوجيا، وما توفره من مميزات كونها تقدم بتكلفة أقل وفي وقت أسرع.

وقد ذكرنا -أنفاً- أن البنك المركزي المصري قد سعى جاهداً للتغلب على هذه العقبة عن طريق إطلاق عدداً من المبادرات منها مبادرة تحت عنوان " fin yology -fin tech for youth" وذلك بهدف دعم الكوادر التنقيف المالي في مجال التكنولوجيا المالية.

2- تحديات التكلفة:

يقف ارتفاع الرسوم الاستهلاكية على محافظ الهواتف المحمولة عائقاً أمام الأشخاص الذين لا يحصلون على خدمات مصرفية؛ فضلاً عن عدم توافر التمويل اللازم للبنية التحتية للتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وبصفة خاصة تدهور البنية التحتية للإنترنت والاتصالات في المناطق النائية والقري؛ مما يقف أمام وصول الخدمات المالية لهذه الفئات المهمشة، ومن ثم يقف عائقاً أمام تعميم الشمول المالي.

3- طبيعة العلاقة بين البنوك والشركات الناشئة:

وقد رأينا من قبل تسارع وتيرة عدد الشركات الناشئة العاملة في مجالات التكنولوجيا المالية فمن أصل شركتين في عام 2014 إلى 112 شركة في عام 2021م هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمثل النمو المتسارع للتكنولوجيا المالية تحدياً أمام البنوك، إن لم يكن لديها فرصة في ذات الوقت.

حيث يعد النمو فرصة أمام البنوك، من حيث زيادة أعداد الأفراد المتعاملين مع البنوك؛ إلا أنه يظل في ذات الوقت تحدياً لها فلا توجد رؤية وقواعد واضحة تحدد لنا ما هي طبيعة العلاقة بين البنوك وهذه الشركات.

هذا وقد نرى أنه من الأفضل أن توضح لنا الحكومة طبيعة العلاقة بين شركات التكنولوجيا المالية التي تفتقر إلى ثقة المستهلكين والمؤسسات التقليدية المبتكرة لحلول الابتكار وذلك من خلال سرعة إصدار اللائحة التنفيذية للقانون الجديد رقم 5 لسنة 2022.

4- معوقات البنية التحتية:

مازالت مصر حتى الآن تفتقر إلى شبكة الجيل الخامس 5G⁽¹⁾ التي أطلقتها البحرين، والإمارات، وقطر، والكويت، والسعودية⁽²⁾، فضلاً عن أنه بالرغم من وصول نسبة انتشار الهاتف المحمول في مصر وصلت في يوليو 2021 إلى 97.4%، على الرغم من ذلك فإن اشتراكات الإنترنت لازالت منخفضة.⁽³⁾

5- مجالات الدعم الأكثر طلباً من قبل الشركات الناشئة:

يوجد بعض الشركات الناشئة في حاجة إلى دعم عدد من المجالات

(1) تعتبر تكنولوجيا الجيل الخامس 5G أكثر تقنية متطورة مستخدمة في مجال الاتصالات التي عرفتها البشرية حتى الآن، وهي عبارة عن تقنية لاسلكية لنقل البيانات والاتصالات من أبراج خلوية الي الهواتف والأجهزة المختلفة بسرعة كبيرة. ومن أبرز الأمثلة لتطبيقات تكنولوجيا الجيل الخامس نذكر ما يلي: تعزيز الخدمات المصرفية والمالية المقدمة من خلال الهاتف المحمول، وتعزيز الشمول المالي بما يفتح افاقاً غير محدودة وغير مطروقة من قبل أمام هذا القطاع للعمل والابتكار، علاوة على تعزيز الكفاءة والسرعة والدقة في أداء العمليات المالية والمصرفية بمختلف أنواعها، بما ينعكس بالإيجاب على الإيرادات والأرباح، لمزيد من التفاصيل راجع: أ.د/ أسامة الفولي، محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا بدبلوم العلوم الاقتصادية، مرجع سابق، ص 8.

(2) نفس المصدر السابق

(3) د/ريهام أحمد ممدوح، مرجع سابق، ص 488 وما بعدها

بهدف تيسير الانتشار والنمو في السوق المصري، حيث تواجه هذه الشركات عدد من التحديات تتمثل في:⁽¹⁾

أ_ يتمثل التحدي الأكبر أمام نمو الشركات الناشئة ومدى نجاحها في جذب الكوادر المؤهلة حيث تحتاج حوالي 46% من إجمالي عدد الشركات الناشئة إلى كوادر على دراية وخبرة في مجال التكنولوجيا المالية، وقد أشرنا سابقاً- أن البنك المركزي حاول تخطي هذا التحدي عن طريق عدد من المبادرات التي تهدف إلى الابتكار، وكذلك إنشاء برنامج التكنولوجيا المالية.

ب _ كذلك يوجد نسبة 29% من الشركات الناشئة في حاجة إلى تطوير منتجاتها.

ج- ضرورة توافر التكنولوجيا المالية والمهارات اللازمة لتطوير منتج مستدام وإنشاء أنظمة مستدامة وعمليات فعالة من شأنها تحقيق الأرباح لكافة أطراف المنظومة التكنولوجية.

6- انخفاض مؤشرات الشمول المالي في الدولة المصرية:

بالرغم من وجود فرصة حقيقية لانطلاق قطاع التكنولوجيا المالية فإن الشمول المالي ما زال في مراحله الأولى مقارنة بكثير من الدول النامية⁽²⁾. حيث أشارت الإحصاءات أن عدد البالغين المتاح لديهم حسابات في مصر في عام 2017 نحو 33% فقط من إجمالي البالغين في مقابل 82% في البرازيل،

(1) أنظر تقرير منظور التكنولوجيا المالية، مرجع سابق، ص26.

(1) Rashdan, A., & Eisaa, N., The Determinants of financial Inclusion in Egypt, International Journal of financial Research, Vol 11, No.1, 2019, p.p 125:126.

81% في زامبيا، و80% في كل من الهند والصين، وذلك كون مصر اعتمدت خلال السنوات الماضية قطاعاً مالياً مرتكزاً على القطاع المصرفي مع مساهمة ضئيلة من المؤسسات غير المصرفية (1).

7- مخاطر الأمن السيبراني وحماية المستهلك:

ما يتعلق بمخاطر الأمن السيبراني وحماية المستهلك فالملاحظ وجود ضعف ملحوظ في أنظمة وقواعد حماية المستهلك، كونها تعد خط الدفاع ضد الجرائم كالتزوير وانتهاك الخصوصية الرقمية (2).

8- محدودية التمويل المتاح:

حيث يتطلب تنفيذ البنية الأساسية الملائمة لصناعة تكنولوجيا المعلومات المزيد من رؤوس الأموال، وذلك للنهوض بجودة البيانات وتنويع نقاط الوصول، وتأمين مدفوعات التجزئة كبيرة الحجم (3).

وإزاء هذه التحديات تسعى الدولة المصرية جاهدة لوضع السياسات والأطر التشريعية؛ للاستفادة من الفرص والتغلب على التحديات السالف ذكرها؛ من أجل تعزيز عمل خدمات التكنولوجيا المالية في مصر.

(2) د/ ممدوح عبدالمولى محمد، دراسة العلاقة بين التكنولوجيا المالية وفاعلية السياسات النقدية بالتطبيق على الحالة المصرفية خلال الفترة من 2013 حتى 2020، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، المجلد 52، العدد 4، ديسمبر 2022، ص 599.

(1) نفس المرجع السابق، ص 601.

(1) Naser, E., and others, financial Inclusion through Digital financial services and fintech: the case of Egypt, Alliance for financial Inclusion (AFI)، Vol.32, No.1, p.p1:40.

ثانياً: السياسات المقترحة لدعم دور القطاع الخاص في قطاع التكنولوجيا المالية.

قبل البدء في عرض السياسات المقترحة لابد أن ندرك إلى حقيقة مؤداها أننا مازلنا دولة مستوردة للتكنولوجيا بصفة عامة، حيث لا يوجد في مصر توطين لأية تكنولوجيا، ومن ثم يجب على الحكومة القيام بدور أكبر يشمل دعم وتطوير مقومات بنية العمل والتنسيق بين كافة أطراف المنظومة عند اتخاذ الإجراءات والسياسات المتعلقة بالتكنولوجيا المالية هذا ويمكن توضيح هذه السياسات وفقاً للشكل رقم (24):⁽¹⁾

شكل رقم (24) يوضح السياسات المقترحة لدعم دور القطاع الخاص في مجال التكنولوجيا المالية



(1) أنظر تقرير التكنولوجيا المالية، وفرص وتحديات، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

1_ السياسات المتعلقة بالبيئة التنظيمية:

ومن حيث البيئة التنظيمية لعمل التكنولوجيا المالية في مصر يتم اتخاذ مجموعة من السياسات من شأنها تدعيم بيئة عملها ومنها نذكر:

. يتم الإعلان عن ضوابط وقواعد تسجيل شركات التكنولوجيا المالية الناشئة مثل الحد الأدنى لرأس المال، حجم الاستثمارات، ومن ثم يجب على السلطات التنفيذية سرعة إصدار اللائحة التنفيذية لقانون رقم 5 لسنة 2022.

. وكذلك العمل على جذب الاستثمارات الأجنبية التي يتم توجيهها لخدمة التكنولوجيا المالية لتوفير المزيد من رؤوس الأموال، ومن ثم نرى من جانبنا ضرورة تخفيف القيود على الاستثمارات، وتلاشي الروتين المتعلق بالقرارات الاستثمارية عن طريق منظومة الشباك الواحد⁽¹⁾.

. أيضاً يتم وضع آلية واضحة لحل المنازعات المتعلقة بالتكنولوجيا المالية والإعلان عن التدابير غير القضائية، وتوضيح عقوبات الشركات عند ارتكاب مخالفات قانونية. ونحن نرى من جانبنا ضرورة إتاحة وسائل بديلة للطرق القضائية التقليدية لحل المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون القوانين المنظمة للتكنولوجيا المالية، مثل تقديم الشكاوى وسرعة حلها، لجان التظلمات، التحكيم باعتباره وسيلة فعالة وناجزة طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون رقم 10 لسنة 2009.

(1) على أساس أننا دولة مستوردة للتكنولوجيا بصفة عامة، وبالتالي فأمامنا طريقين لاستيرادها إما عن طريق الاستثمار الأجنبي المباشر، أو عن طريق عقود نقل التكنولوجيا المنصوص عليها في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999. لمزيد من التفاصيل انظر: د/ أبو العلا علي أبو العلا، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

2_ السياسات المتعلقة بحماية المستهلك وأمن وسلامة المعلومات:

وذلك عن طريق اتباع ما يلي:

_ ضرورة وضع إطار للأمن المعلوماتي بهدف رصد الهجمات الإلكترونية والإعلان عن ضوابط استخدام البيانات وحماية المستهلك والزام الشركات العاملة في قطاع التكنولوجيا المالية بضرورة تقديم خطة مفصلة للتدابير التي تلتزم بها من أجل الحفاظ على سرية وسلامة معلومات عملائها.

_ إنشاء منصة رقمية تضطلع بتوسيع أداء أصحاب المصالح في مجال حقوق الملكية الفكرية، من خلال إجراء استبيانات إلكترونية تستطلع آرائهم حول سبل تطوير الحماية وتيسير الإجراءات، وتتولى حصر المشاكل التي تواجه بيئة الأعمال في هذا المجال. (1)

3_ السياسات المتعلقة بالدعم الفني والتمويلي:

وذلك عن طريق عدد من السياسات نذكر منها:

_ لابد من دعم حاضنات مسرعات التكنولوجيا المالية، وذلك بهدف تسريع وتيرة النمو في مجال التكنولوجيا المالية. وقد قلنا بأن البنك المركزي قد أنشأ عدداً من المسرعات والحاضنات والمختبرات التنظيمية الداعمة لقطاع التكنولوجيا المالية.

_ والتوسع في استخدام تقنيات البلوكشين Block Chain في القطاع الحكومي كاستخدامها في دفع الفواتير والتراخيص والرعاية الصحية.

_ وكذلك إقامة جسور التكنولوجيا المالية Fintech Bridge من خلال مذكرات

(1) أنظر د. سوزانا المساح، دور حقوق الملكية في دعم أهداف التنمية المستدامة في ظل التحول الرقمي: دراسة الحالة المصرية، الاقتصاد الرقمي والتنمية، بحث مقدم للمؤتمر الدولي لمعهد التنمية القومي 3-4 إبريل 2021.

تفاهم مع هيئات تنظيمية دولية؛ بهدف تقرير التعاون وتبادل المعلومات بين هذه الجهات، وكذلك بغرض فتح المزيد من الأسواق.

وجدير بالذكر أن البنك المركزي المصري قد قام بعقد توقيع ثلاث مذكرات تفاهم من شأنها تعزيز سبل التعاون في مجال التكنولوجيا المالية، فضلاً عن انضمامه لعضوية جهات دولية ذات صلة بالتكنولوجيا المالية منها صندوق النقد العربي والتحالف الدولي للشمول المالي⁽¹⁾.

4_ السياسات المتعلقة بتشكيل بيئة الإبداع وتوليد الأفكار:

يتفاعل العديد من الجهات أصحاب المصلحة مع بيئة الإبداع المتعلقة بالتكنولوجيا المالية مثل وسائل الإعلان، والمصرفيين وغير المصرفيين، والجامعات، ومقدمي البرامج وأصحاب رؤس الأموال الاستثمارية وبالتالي يجب على الحكومة بناء روابط وتشابكات بين كل الجهات عن طريق المؤتمرات والمنتديات وجلسات الحوار المشتركة.

5_ السياسات المتعلقة ببيئة العمل والنفوذ إلى الأسواق:

لابد من تطوير البنية التحتية، الرقمية والمالية للتمكن من عملية جمع البيانات ومعالجتها

ونقلها بكفاءة، وإنشاء التجمعات أو التكتلات التكنولوجية التي تحقق سلاسل القيمة، ووضع هيكل حوافر ضريبية وتسهيل الإجراءات، مما يشجع رواد الأعمال على الابتكار في قطاعات جديدة بإدارة الثروات، كذلك إجراء حملات توعية بين المواطنين لمحو الأمية التكنولوجية.

(1) أنظر تقرير منظور التكنولوجيا المالية، مصر، 2021، ص43.

الخاتمة

يعتبر قطاع التكنولوجيا المالية واحداً من أبرز أعمدة الاقتصاد الرقمي، حيث يعيش العالم اليوم ثورة حقيقية في قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات بصفة عامة، وقطاع التكنولوجيا المالية بصفة خاصة، فكل دولة -بما أننا نعيش في ظل الثورة الصناعية الرابعة وإرهاصات الثورة الصناعية الخامسة- لا تستطيع أن تحقق تنمية مستدامة بصفة عامة واستدامة مالية بوجه خاص دون الاعتماد على هذا القطاع.

فالتكنولوجيا المالية هي مجال جديد في الإدارة المالية تستخدم لتحسين خدمات مالية قائمة أو تقديم منتجات مالية جديدة أكثر سرعة ومرونة وبأقل تكلفة وجهد يسير.

إن قطاع التكنولوجيا المالية يستكشف استخدام البلوكشين والذكاء الاصطناعي كتقنية جديدة لتحدي الطرق التقليدية القديمة.

وفي ضوء ما تم عرضه يمكن القول بوجود بنية تحتية بيئية، وكذلك تشريعية وتنظيمية داعمة لقطاع التكنولوجيا المالية؛ مما أدى إلى تحقيق هذا القطاع نجاحاً ملموساً خلال السنوات السابقة وفقاً لتقرير النظام البيئي العالمي 2020⁽¹⁾، تعتبر محافظة القاهرة من أفضل عشرة نظم بيئية عالمية في مجال تنمية المواهب في مجال التكنولوجيا المالية، كذلك يوضح تقرير النظام البيئي في مصر جاءت في المرتبة الرابعة في قارة أفريقيا من حيث عدد الشركات بعد جنوب أفريقيا ونيجريا وكينيا بنسبة تمثل 19.8% من إجمالي عدد الشركات

(1) The Global Fintech E–ecosystem Report1 2020, The New Annual Sub–sector Report series, start–up Genome, IUI. 2020, P.57

الناشئة في مجال الفينتيك في أفريقيا. (1)

وأما من حيث عدد الشركات الناشئة في مجال التكنولوجيا المالية فقد جاءت جمهورية مصر العربية في المرتبة الثانية إذ تضم حوالي 15% من هذه الشركات في الشرق الأوسط وأفريقيا، وذلك بعد دولة الإمارات العربية المتحدة التي جاءت في المركز الأول بنسبة 18% من هذه الشركات. (2)

ووفقاً لمؤشر التقنيات المالية الخدمية "FinX AV" والذي يسلط الضوء على مدى تقدم الصناعات المالية الخدمية والخدمات المالية الرقيمة في الدول العربية في الفترة من 2018 إلى 2020، فقد جاءت مصر في المركز الخامس بعد دولة الإمارات والسعودية والبحرين وتونس. ووفقاً لنفس المؤشر جاءت مصر في المرتبة الثالثة في مجال التنقيف المالي، والمرتبة الأولى في مجال تنمية المواهب. (3)

لكن رغم ذلك فلا تزال مصر تواجه العديد من العقبات والتحديات في ظل دورها الريادي في أفريقيا، حيث تأمل مصر وفقاً لإستراتيجية البنك المركزي المصري، والذي يسعى من خلالها بأن تكون مصر مركزاً للتكنولوجيا المالية في العالم العربي والأفريقي، فإن الأمر يتطلب بذل مزيد من الجهد خاصة في مجال البحث والتطوير R&D في مجال التكنولوجيا المالية وذلك لسد الفجوة الرقيمة بين الدول النامية في القارة وبقية دول العالم المتقدم، خاصة وأنا لا زلنا

(1)The Egyptian Start up Ecosystems Report2 2021, powered by Itida.global Ventures, 2021.P.7.

(2) مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، التكنولوجيا المالية، مرجع سابق، ص27.

(3) صندوق النقد العربي، مؤشر التقنيات المالية الحديثة في الدول العربية (FinX Ar)؛ المنهجية والنتائج، إعداد نوران سيف، إبريل، 2021، ص24.

مستوردين للتكنولوجيا من الدول الرأسمالية المتقدمة.

أولاً: النتائج

وفي نهاية البحث يمكن أن نصل إلى عدد من النتائج للأثر الإيجابي للتكنولوجيا المالية ودورها في تحقيق الاستدامة المصرفية وغير المصرفية ونذكر ما يلي: -

- (1) التكنولوجيا المالية كل ابتكار واختراع يعتمد على التكنولوجيا ويتم استخدامه في القطاع المالي نظراً لمرونتها وسرعتها وكونها أقل تكلفة وجهد.
- (2) التكنولوجيا المالية تعتمد على تقنية الذكاء الاصطناعي والبلوكشين وكل ذلك يعتبر من المعطيات التكنولوجية للثورة الصناعية الرابعة.
- (3) تم التوصل إلى الابتكارات المالية والتقنيات المالية من خلال البحث والتطوير الناجم عن البحث العلمي والذي يسهم في دعم الاقتصادي ودفع عجلة التنمية بكافة أبعادها.
- (4) أنه من المميزات التي توفرها التكنولوجيا المالية تسهيل الحصول على الخدمات، والمتابعة اللحظية لحركة الحسابات والأرصدة والقروض وتوسيع دائرة الشمول المالي.
- (5) مع تدخل المشرع المصري وإصداره القانون رقم 5 لسنة 2022 أصبح هناك تكاملاً بين هذا القانون وقانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020.
- (6) أنه يمكن تحقيق الشمول المالي عن طريق استخدام إحدى قنوات التكنولوجيا المالية مثل المحفظة الرقمية أو الإلكترونية كما فعلت دولة كينيا.
- (7) أن نقطة الانطلاق والأساس الذي تقوم عليه جميع القوانين التي تنظم التكنولوجيا المالية والمعاملات الرقمية هي قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15

لسنة 2004.

(8) أنه ما زال يوجد عدد من المعوقات والتحديات أمام التكنولوجيا المالية في مصر لعل من أهمها نقص التثقيف المالي والبنية التحتية المتعلقة بشبكة الاتصالات والإنترنت.

ثانياً: التوصيات

بعد أن انتهينا من بحثنا وعرض النتائج المختلفة قد يبدو لنا مجموعة من التوصيات تتمثل فيما يلي:

(1) وجوب إدخال التكنولوجيا المالية في جميع مكونات القطاع المالي حتى نصل إلى تحقيق الشمول المالي.

(2) ضرورة الإسراع في إصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 5 لسنة 2022 حتى يتم التوضيح فيها ما هي طبيعة العلاقة بين الشركات الناشئة والقطاع المالي وما هو حجم رأس المال المستثمر.

(3) نوصي بأن تتضمن اللائحة النص على وجود تنسيق بين البنك المركزي والهيئة العامة للرقابة المالية من خلال هيئة أو وحدة مشتركة تجمع عدد من أعضاء البنك المركزي وعدد من أعضاء الهيئة العامة للرقابة المالية المشهود لهم بالخبرة المالية والاقتصادية والقانونية.

(4) تنمية الوعي والمعارف بقضايا الفينتك، وكيفية توظيفها واستخدامها كوسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وذلك عن طريق عقد الدورات والندوات من قبل متخصصين في مجال هذه التقنية الجديد.

(5) ضرورة نشر الثقافة المالية على مستوى الجمهورية من خلال عمل مقررات دراسية بالمدارس والجامعات تحتوي على التحول الرقمي وأهميته

في تحقيق التنمية المستدامة.

- (6) وضع نماذج ونظم للحماية من المخاطر المتعلقة بالتكنولوجيا المالية من أجل كسب ثقة المستهلكين Consumer واستعمالهم لها.
- (7) العمل على توفير مناخ آمن للاستثمار في التكنولوجيا المالية من خلال التوجيه المستمر من قبل الحكومة والبنك المصري حتى تصل في النهاية الي استدامة مصرفية وغير مصرفية.
- (8) فيما يتعلق بالكيانات المالية ذات الطبيعة الخاصة كبنك ناصر وبنك الاستثمار الاجتماعي وهيئة البريد المصرية يجب أن تخضع لإحدى الجهات التي تراقب الائتمان المالي - مصرفي وغير مصرفي - في مصر بدلاً من تشتت الائتمان بين أكثر من جهة رقابية.
- (9) ضرورة سعي الدولة المصرية نحو توطين التكنولوجيا بصفة عامة حتى نقلل الفجوة التكنولوجية بيننا وبين الدولة المتقدمة وذلك عن طريق تشجيع الصناعات الإلكترونية وتوفير مناخ آمن للإستثمار في هذا المجال.

قائمة المراجع

- المراجع العربية:

أولاً: الكتب

- د/ أحمد جمال الدين موسى، النقود الإلكترونية وتأثيرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية - منشورات الحلبي الحقوقية - الجزء الأول 2002.

- د/أحمد علي صالح، تقنية العقود الذكية وأثرها في استقرار المعاملات المالية، دراسة فقهية قانونية، جامعة الأزهر، 2018.

- د. أبو العلا على أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال نقل التكنولوجيا والاستثمار، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.

-د. أسامة الفولي، د. زينب عوض الله، اقتصاديات النقود والتمويل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

-د/أسامة الفولي، محاضرات في الاقتصاد النقدي، أقيمت علي طلبة الدراسات العليا، خريف 2021.

-د/أسامة الفولي وآخرون، مبادئ النقود والبنوك والاقتصاد الدولي، منشور على ميكروسوفت تيميز، 2022.

- د/ أسامة الفولي، محاضرات في الإقتصاد النقدي، أقيمت على طلبة الدراسات العليا، خريف 2021.

- د. إيهاب خليفة، مجتمع ما بعد المعلومات- تأثر الثورة الصناعية الرابعة على الأمن القومي، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.

- د.حازم الببلاوي، النظام الاقتصادي الدولي المعاصر من نهاية الحرب العالمية الثانية الي نهاية الحرب الباردة، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والأداب والفنون
- د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا -دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية- دار المستقبل العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1987.
- د. سعيد يحيي، تنظيم المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986
- د. سوزي عدلي ناشد، محاضرات في الاقتصاد السياسي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2020.
- د. سوزي عدل ناشد، مقدمة في الاقتصاد النقدي والمصرفي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016.
- د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دار الفكر الجامعي، 2004.
- د/ عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2021.
- د. عمار المياحي، د. ليلي فوزي، السياسات المصرفية - الشمول المالي - الاستدامة المصرفية، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2020
- د/ مجدي محمود شهاب، أ. د/ أسامة محمد الفولي، مبادئ الاقتصاد السياسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة

القاهرة، والكتاب الجامعي، 1984

- المستشار الدكتور محمد طلعت سعيد، التكنولوجيا المالية آفاق إلى المستقبل،
العصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2020

- د. محمد صبري أبوزيد، التنمية الاقتصادية والاجتماعية، دار الفتح للطباعة
والنشر، 2022.

- أ.د. مصطفى رشدي شيحة، اقتصاديات النقود والمصارف والمال، دار
المعرفة الجامعية، الطبعة السادسة، 1996.

- أ. د/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والقضاء، دار
التعليم الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

(ب): الأبحاث والدراسات والمقالات المنشورة في الدوريات وعلى الإنترنت:

- السائح و فيق محمد و (Anna Sung و Kong.k.) التكنولوجيا المالية:
مفهومها وكيفية الاستفادة منها لتوليد قيم تجارية من خلال التكنولوجيا المالية،
بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، العدد 112، 2021.

- د. أحمد رجب عبد الخالق قرشم، التوقيع الإلكتروني ودوره في المعاملات
التجارية الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الرابع العدد
الثاني، ديسمبر 2018.

- د. أسامة محمد الفولي، الدور الحديث للبنوك المركزية بين الاستقلال والمادة
الهيكلية بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة
الإسكندرية العدد الثالث والرابع، سنة 1994.

- دكتور حسين السيد حسين، دراسة بعنوان العملات المشفرة (البلوك تشين)
التحديات والمخاطر، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ملحق العدد

(الثالث والتسعون).

- حسين الحافظ، ما هي التكنولوجيا المالية، مجلة الدراسات المالية والمصرفية،
مجلد 226، العدد 1، 2019

- ريهام أحمد ممدوح، أثر التكنولوجيا المالية على العدالة الاقتصادية، المجلة
العلمية للاقتصاد والتجارة، ديسمبر 2020

- سعيد حرفوش، التكنولوجيا المالية صناعة واعدة في الوطن العربي، مجلة
آفاق علمية، 2019

- د. سوزانا المساح، دور حقوق الملكية في دعم أهداف التنمية المستدامة في
ظل التحول الرقمي: دراسة الحالة المصرية، الاقتصاد الرقمي والتنمية، بحث
مقدم للمؤتمر الدولي لمعهد التنمية القومي 3-4 إبريل 2021.

. د/عبد الستار أبوغرة، العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوكشين، ندوة البركة
التاسعة والثلاثون للاقتصاد السياسي، جدة، مايو، 2019.

- عمارية بختي وأخريين، دور التكنولوجيا المالية في دعم القطاع المصرفي،
مجلة المدبر، المجلد 77، العدد 2، 2020.

- عمر بن موسى وعلماوى أحمد، التكنولوجيا المالية كمدخل لتطوير الخدمة
المصرفية الالكترونية في البنوك العمومية (دراسة تجرية الامارات)، مجلة
البحوث الاقتصادية والمالية، المجلد 7، العدد 2، جامعة أم البواقي، الجزائر،
ديسمبر، 2020.

- د/ محمد يحيى أحمد، التحكيم الذكي كألية لحل منازعات العقود المبرمة عبر
تقنية سلسلة الكتل، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، العدد
السادس والثلاثون، إبريل، 2021.

.د/معمربن طرية، العقود الذكية المدمجة والبلوكشين، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ملحق خاص، العدد2، الجزء الأول، مايو،2019.

- د/ ممدوح عبدالمولى محمد، دراسة العلاقة بين التكنولوجيا المالية وفاعلية السياسات النقدية بالتطبيق على الحالة المصرفية خلال الفترة من 2013 حتى 2020، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، المجلد 52، العدد 4، ديسمبر 2022

- د. ميرفت محمد عبد الوهاب، التكنولوجيا المالية ومدى استفادة الفئات الأكثر احتياجاً للخدمات المالية في مصر، مجلة مصر المعاصرة، عدد رقم 547 ليوليو2022

- ولاء سعد أبوزيد، المحفظة الرقمية، سلسلة كتيبات تعريفية، العدد 7، صندوق النقد العربي، 2021.

- هبة عبد المنعم وسفيان قعلول، وأخري، نحو بناء مؤشر مركب لرصد تطور الاقتصاد الرقمي في الدول العربية، صندوق النقد الدولي، الإمارات، مايو 2021

- د/هناء محمد هلال، ماهية العقود الذكية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة والعشرون، دبي، 2019.

(ج): الرسائل العلمية

- د. أحمد محمد فوزي، تحقيق التنمية المستدامة في الاقتصاد المصري من خلال الاستثمار في قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، رسالة دكتوراه منشورة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2021

- خلود براهيمية وأخرى، دور التكنولوجيا المالية في تطوير القطاع المالي - دراسة حالة البحرين (2016-2020)، رسالة ماجستير -جامعة 8 مايو، الجزائر، 2020.

- سهير بن الساسي وأخرى، دور صناعة التكنولوجيا المالية في تعزيز الشمول المالي في الدول العربية، رسالة ماجستير -جامعة محمد الصديق، الجزائر، 2019، 2020.

د. عمرو أحمد كمال الدين، الدور الحديث لمؤسسات التمويل غير المصرفية، رسالة دكتوراه منشورة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2012.

- كريمة بن حواو وأخرى، دور التكنولوجيا المالية في تقرير الشمول المالي بالدول العربية، رسالة ماجستير، جامعة محمد البشر الإبراهيمي، الجزائر، 2020-2021.

(د): النشرات والوثائق والتقارير

- البنك المركزي المصري، تقرير الاستقرار المالي، 2020.

- البنك المركزي المصري النشرة الإحصائية، العدد رقم (296) - نوفمبر، 2020.

- البنك المركزي المصري النشرة الإحصائية، العدد رقم (296) - نوفمبر، 2009.

- البنك المركزي الأردني، دراسة بعنوان العملات المشفرة (cryptocurrencies)، دائرة الإشراف والرقابة على نظام المدفوعات الوطني، آذار، 2020

- التقرير السنوي الصادر عن بنك ناصر الاجتماعي لعام 2021.

- تقرير "Fin Tech Times Arab" لعام 2021.
- تقرير "Fin Tech Venture Investments" الربع الثالث، 2021.
- تقرير منظور التكنولوجيا المالية - مصر - 2021.
- صندوق النقد العربي، مؤشر التقنيات المالية الحديثة في الدول العربية (FinX (Ar)؛ المنهجية والنتائج، إعداد نوران سيف، إبريل، 2021.
- مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار التابع لمجلس الوزراء المصري، تقرير بعنوان "التكنولوجيا المالية في مصر" سلسلة اتجاهات محلية، مقتطفات تموية، السنة (1)، العدد (11)، إبريل، 2020.
- مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار التابع لمجلس الوزراء المصري، تقرير التكنولوجيا المالية، الفرص والتحديات أمام القطاع الخاص بمصر، أكتوبر، 2021.
- نفيسة الخير، التقنيات المالية الحديثة، صندوق النقد العربي، 2020.
- ومضة بيفورت، "تقرير التكنولوجيا المالية"، التكنولوجيا المالية في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، 2017
- وزارة التخطيط والتنمية والاقتصادية، رؤية مصر 2030، متاح عبر الرابط الآتي:

-<http://mped.gov.eg>

(هـ) القوانين والقرارات:

- القانون رقم 5 لسنة 2022 الخاص بتنظيم التكنولوجيا المالية في مصر.
- قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999.

- قانون رقم 175 لسنة 2018 - الجريدة الرسمية - العدد 32 مكرر (ج) 14 أغسطس 2018 (قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018).

- قانون البنك المركزي رقم 194 لسنة 2020

- قانون التجارة الجديدة رقم 17 لسنة 1999

- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018.

- القانون رقم 151 لسنة 2020 بشأن حماية البيانات الشخصية.

- قانون رقم 194 لسنة 2020 بشأن البنك المركزي والقطاع المصرفي

- قانون الهيئة العامة للرقابة المالية رقم 10 لسنة 2009

- الجريدة الرسمية - العدد 6 مكرر (د) في 8 فبراير سنة 2022

- قانون رقم 18 لسنة 2019 لتنظيم استخدام وسائل الدفع غير النقدي.

- قانون رقم 15 لسنة 2004 منشور بالجريدة الرسمية - العدد 17 تابع (د)

في 22 إبريل سنة 2004 (قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة

تتمة صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004م).

- الجريدة الرسمية - العدد 37 مكرر (و) في 15 سبتمبر سنة 2020م

- قانون رقم 10 لسنة 2009_ الجريدة الرسمية _ العدد 9 (مكرر) أول مارس

سنة 2009

- قانون نظام البريد رقم 16 لسنة 1970 المعدل بالقانون رقم 179 لسنة

2008.

- قانون الهيئة القومية رقم 19 لسنة 1982.

- القرار الجمهوري بالقانون رقم 66 لسنة 1971.
- قانون انشاء بنك الاستثمار القومي رقم 119 لسنة 1980.

المراجع الأجنبية

(أ): الكتب والأبحاث

- Amelia H. Boss, Electronic Commerce and the symbiotic Relationship between international and Domestic Law Reform, Vol.72, No. 6 Tulane Law Review, 1998,
- Arestis, p.and s.Basu, financial Globalization, some conceptual problems, Eastern Economic Journal 29
- C_Enrique Ortiz, An Introduction to Near_field communication and the contract less communication APL, June, 2008

متاح عبر الرابط التالي: <http://www.archive.org/web>

- Derry D'silva, Zuxana Filkova, Frank packer and Siddhartha Tiwari, The design of digital financial infrastructure, lessons from India- BIS papers, No-106, Dec.2019
- Dorf Leitner Gregor and others, fintech in Germany, springer international publishing AG, 2017
- Hossam Hussein, "The Impact of Financial Technology on Financial Inclusion: The Case of Egypt, Journal Of Economic and Finance, vol. 11, Issue6, Ser II (Nov.-Dec

2020)

– IMF., Fintech: The experience so far., IMF Policy paper, 2019. Swedish Institute., Poverty Alleviation Through Financial Technology., Stockholm, 2016.

– I.Sachs: "Environmental quality management and development: some suggestions for action "Working papers of Panel of Experts on Development and Environmental, Foamex, Switzerland, June, 1971.

– Jack Baran son "Technology and the Multinationals, Lexington Books, 1978.

– John Schindler, "Fintech and Financial innovation" Drivers and Depth, Finance and economics discussion series, Brazil, 2017

– Mueller J. and Piwowar M., The Rise of Fintech in The Middle East: An Analysis of the Emergence of Bahrain and The United Arab Emirates, 2019.

متاح عبر الرابط التالي:

<http://Milkenistute.org/report/rise-Fintech-middle-east-analysis-emergence-bahrain-and-united-arab-emirates.>

– Naser, E., and others, financial Inclusion through Digital financial services and fintech: the case of Egypt, Alliance for

financial Inclusion (AFI), Vol.32, No.1

– Park, C. Y., and Mercado, R., Financial inclusion poverty, and income inequality in developing Asia. Asian Development Bank Economics Working Paper Series, 2015.

– Pedersen Niels, "Financial Technology– Case Studies Fintech innovation, British Library, United Kingdom, Vegan page, 2021.

– Pqtel.Keyur, and others, Internet of things_ IOT: Definition, characteristics, Architecture, Enabling Technologies, Application and future challenges, International Journal of Engineering science and Computing, Vol.6, No.5, May 2016

– Rashdan, A.,& Eisaa, N., The Determinants of financial Inclusion in Egypt, International Journal of financial Research, Vol 11, No.1, 2019

–Schwab Klaus The Fourth Industrial Revolution, World Economic Forúm, 2016.

– Steinfeld Ron and Philip H awkes, Information security and privacy, 15th Australasian conference, Sydney, Australia, July, 2010

ثانياً: التقارير والدوريات

- The Global Fintech E–ecosystem Report1 2020, The New Annual Sub–Sector Report series, start–up Genome, IUI. 2020
- The Egyptian Start up Ecosystems Report2 2021, powered by Itida.global Ventures, 2021
- KPMG, Pulse of fintech 2021, Global Analysis of investment in Fintech.
- KPMG, Pulse of fintech, January, 2022, Global Fintech Adoption. 2019–
- The World Bank, What Kenya's mobile money could mean for the Arab World, 2018
- FINDEX ABLE. THE FINTECH INDEX 2020, THE GLOBAL FINTECH RANKINGS REPORT, DEC. 2020
- World Bank., Financial Inclusions, Global Financial Development Report, 2014.
- S&P Global, "An introduction into Fintech: Key Sectors and trends, Oct. 2016–
- European Central Bank, Virtuque currency schemes, oct., 2012
- Clover DX, Fintech, Available at: <https://cloverdx.com/solution/fintech>

- IMF, The promise of Fintech: Financial inclusion in the post. Covid 19 – E, Monetary and capital markets Departmental paper series, 2020.
- Findex ABLE, Global Fintech Ranking Report. Briding The Gap, 2021
- Global Fintech Index, 2020
- DLFC Finetech Hine and Accenture
- Magnitt, Mena investment report, 2020

متاح عبر الرابط التالي

<https://magnitt.com/research-2020-Mena-venture-investment>.

- Report; wamda, Egyptian Fintech In2020, A tale of crosswinds and tailwinds part One), 10 Sep2021. Available at: –

<https://www.wamda.com/11/2021/Egyptian-fintech-2020-tale>.

- The Global Fintech Adoption Index, Ey. Building a better working world, 2019

متاح عبر الرابط الآتي:

<https://www.ey.com/en/ey-global-fintech-adopt/on-index>

– Nicoletti Bernado, Banking 5–0."How Fintech will Change Traditional Banks in the new normal post pandemic, springer nature, Roma, Italy, 2021.

<http://www.palgrave.com/gp/series>. متاح عبر الرابط الآتي

– GOLDBARSHT. DORAN AND KOKER DE LOUIS, FINANCIAL TECHNOLOGY AND THE LAW, SPRINGER NATURE SWIZERLAND AG, SWIZERLAND, 2022.

<https://www.springer.com> و متاح عبر الرابط التالي:

– the central bank of Egypt's, fintech and Innovation strategy, December, 2019.

متاح عبر الرابط التالي:

<http://fintech.cbe.org>

– المواقع الالكترونية

– www.vodafone.com/m-pesa.

– www.swift.com

– www.bis.org

– <https://asset.ctfassets.net>

– Embedded Finance Research report, openpax, report Issued, September, 2021, P:5 online:

<https://assets.ctfassets.net>

- <http://academy.binance.com>
- <https://www.imf-org/en/publications/policy-papers>
- <http://www.cgap.org>.
- http://www.cbb.gov.bh/ar/about_cbb
- www.cbb.gov.bh/ar/fintech
- <http://www.cbb.gov.bh/ar/Media-Center>
- <https://www.tra.gov.even/industry/telecom-market>
- <https://www.nbe.com.eg>
- <https://www.fra.gov.eg>
- <https://www.egypost.org>.
- <https://www.Mcit.gov.eg> .
- <https://www.nsb.gov.eg>.
- <https://www.mint-incubators.com>.
- <https://almaalnews.com>.
- http://www.i_score.com.eg
- <https://fintech-egypt.com/problem-statement-financial-literacy.php>
- <https://www.masrafeyoum.ebi.gov.eg>