إجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية في التشريع الأردني

أ.د.هاشم الحافظ

ازدادت أهمية إجراءات إبرام العقود الإدارية وأساليبها نتيجة ازدياد حجم العقود التي تبرمها الإدارة وأهميتها في وقتنا الحاضر. ففي ظل التطور التكنولوجي والصناعي السريع، وما واكبه من ظهور الاحتكارات الرأسمالية وتطور وسائل الاتصالات، وفي ظل نظام الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار الذي اتجهت معظم الدول حديثاً إلى الأخذ به، فأصبحت الدولة ومؤسساتها تعهد إلى رجال الأعمال من المقاولين والموردين وغيرهم بتنفيذ الكثير من المهام التي كانت تقوم بها بنفسها أصبحت تقوم بتنفيذها عن طريق إبرام العقود الإدارية معهم. وقد نشأ عن تطبيق الأحكام القانونية الخاصة بإبرام العقود الإدارية الكثير من المنازعات الإدارية، الأمر الذي تطلب إيجاد حلول قانونية مستوحاة من التشريعات المنظمة لإبرام العقود الإدارية بشكل خاص إلى جانب قواعد ومبادئ توصل إليها كل من الفقه والقضاء في مجال العقود الإدارية بشكل عام.

إن عقد الأشغال العامة يعد من أهم العقود الإدارية، وهو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام،وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل (المبلغ المالي) المتفق عليه الذي تدفعه الإدارة ووفقاً للشروط الواردة في العقد.

وقد نظم المشرع الأردني إبرام عقد الأشغال العامة بموجب: نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦، وتعليمات عطاءات الأشغال الحكومية الصادرة بموجب هذا النظام وهي المتعلقة بمقاولات الطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية وما تحتاجه من مواد وتجهيزات ومعدات وكذلك الخدمات الفنية.

وترجع أهمية تنظيم إجراءات وأساليب إبرام عقد الأشغال العامة إلى مبررات وحجج متعددة أهمها: تحقيق مصلحة للخزانة العامة من خلال مبدأ إرساء العطاءات على أقل المناقصين سعراً، وحصول جهة الإدارة المتعاقدة على عروض كثيرة مما يؤدي إلى عدم وجود فرص للاتفاقات غير المشروعة التي تحدث بين المتناقصين بهدف المحافظة على سعر معين للعطاء وعدم النزول به، واستبعاد انحراف الموظفين في اختيار المتعاقدين مع الإدارة بحيث يقتصر دور أعضاء لجان العطاءات على مراقبة الإجراءات القانونية التي تستلزمها المناقصات العامة، وإتاحة الفرصة أمام الإدارة عند إبرام عقودها لاختيار الأسلوب الذي يتلاءم مع طبيعة محل العقد من بين أساليب اختيار المتعاقد معها، كأن تعطي الأولوية لأسلوب العطاءات العامة في العقود التي تتطلب خبرة فنية أو أساليب فنية جديدة كعقد تقديم الخدمات والاستشارات الفنية. فعلى هذا الأساس سيتضمن هذا البحث دراسة إجراءات إبرام عقود الأشغال العامة في ثلاثة مباحث، يتناول المبحث الأول إجراءات العطاءات العامة، والمبحث الثاني إجراءات العطاءات بتوجيه دعوات خاصة ثم المبحث الثالث إجراءات التلزيم (المفاوضة).

المبحث الأول

إجراءات العطاءات العامة

عرفت المادة الثالثة من تعليمات العطاءات رقم ١ لسنة ١٩٩٤ العطاء بأنه :"عملية الشراء التي تتم من خلال لجنة العطاءات عن طريق طرح العطاء بالإعلان عنه". وتعتبر طريقة العطاءات أهم طريقة نظمها القانون الإداري لإبرام العقود الإدارية وإن إتباع هذه الطريقة هو القاعدة والطريق العادي لحصول الإدارة على ما يلزمها من أشغال وخدمات...الخ.

فالمناقصة هي مجموعة من الإجراءات التي تقرر القوانين والأنظمة إتباعها بقصد الوصول إلى المتعاقد الذي يتقدم بأفضل وأحسن الشروط الفنية والمالية، فقد أوجب نظام الأشغال الحكومية الأردني اللجوء إلى هذه الطريقة بمواده من ٨ إلى ١٩.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الأردني لم يفضل هذه الطريقة لتنفيذ عقود الأشغال العامة عن الطرق الأخرى المنصوص عليها في المادة ٥ من نظام الأشغال الحكومية[١]، إلا أن المنطلق القانوني والواقع العملي يفرض أن تكون القاعدة في تنفيذ المشاريع المهمة بطبيعة العمل وبمبالغها أن تلجأ الإدارة إلى طرح العطاءات[٢].

تقوم طريقة المناقصة على فتح باب المنافسة لكل من يريد التقدم بعرضه طالما أن شروط المناقصة متوافرة فيه.

لقد رسمت قوانين وأنظمة المناقصات والمزايدات في معظم الدول الإجراءات القانونية التي تمر بها عملية إبرام عقد الأشغال العامة، وهذه الإجراءات وإن اختلفت في التفاصيل فإنها لا تخرج عن إجراءات معينة لكل منها مجال تطبيق في مرحلة من مراحل التعاقد. وتشمل هذه الإجراءات: إعداد وتنظيم وثائق العطاء والإعلان عن العطاء وتقديم عرض العطاءات وفتح المظاريف وتفريغ محتواها، وفحص العطاءات وتقييمها، والبت في العطاءات وإرساءها والتصديق عليها وإخطار المناقص الفائز بالنتيجة ودعوته لإبرام العقد، وإتمامه مع الجهة الإدارية المختصة.

<u>أولاً: إعداد تنظيم وثائق العطاء.</u>

يتضح من نص المادة ١٦ من نظام الأشغال الحكومية ما يلي:

أ.يصدر الوزير تعليمات تنشر في الجريدة الرسمية تكون ملزمة لجميع الدوائر.

ب.تتضمن هذه التعليمات إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها ومدد الإعلانات والضمانات المالية المطلوبة وطرق تقديم العروض وفتحها ودراستها وتقييمها وقواعد الإحالة وغيرها من الشروط الواجب توافرها في وثائق العطاءات.

فعلى هذا الأساس نجد أن نص المادة ١٦ أعلاه أحالنا إلى تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة ١٩٨٧. فطبقاً لنص المادة هذه من التعليمات نجد أنه يجب على الدائرة أن تطلب الموافقة على طرح العطاء فهي تطلب من جهة أعلى أن توافق على تعاقدها وهذا ما يذكرنا بأن حرية الإدارة في التعاقد ليست واسعة اتساع حريات الأفراد والشركات الخاصة والأشخاص الاعتبارية الخاصة في إبرام العقود، هذا مع العلم أن طلب الموافقة يتضمن معلومات كثيرة منصوصاً عليها في الفقرة ب من المادة ٣ من التعليمات وهي كالآتي:

١- اسم الجهة التي أعدت المتطلبات أو الدراسات، والجهة التي ستتولى المتابعة والإشراف.

---

[١] تنص المادة ٥ من نظام الاشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ على أنه: تنفذ الاشغال والخدمات الفنية والحكومية بإحدى الطرق التالية:أ.العطاءات العامة، ب-العطاءات بتوجيه دعوات خاصة،ج-التلزيم،د-التنفيذ المباشر".

[٢] ان القاعدة العامة في مصر وفرنسا تتمثل في حرية الإدارة في التعاقد اذ لم يوجد نص يفرض عليها الالتجاء الى طريقة المناقصة، أما المشرع العراقي فقد جعل القاعدة هي التزام الادارة باتباع اسلوب المناقصة أو المزايدة لابرام عقودها الا اذا أجازها النص بغير ذلك.

٢- قرارات الاستملاك ومخططات الأراضي والمواقع التنظيمية بالنسبة للأبنية أو المخطط العام بالنسبة لمشاريع الطرق والمشاريع الأخرى.

٣- تقرير دراسة التربة المعد من جهة متخصصة بالنسبة لعطاءات الأشغال العامة.

٤- تقديرات الكلفة الأولية في عطاءات الأشغال العامة.

٥- الجهة التي ستقوم بالإنفاق على المشروع مع بيان مقدار المخصصات المرصودة في الموازنة وموافقة مجلس الوزراء على توفير المبالغ الزائدة على المخصصات المرصودة.

٦- أسماء ممثلي الدائرة في لجنة العطاءات المختصة.

ثانياً: الإعلان عن العطاءات.

يمثل الإعلان ('La Publicite) ثاني إجراء من إجراءات العطاء، ويعني هذا الإجراء توجيه الدعوة إلى الكافة من جانب الجهة الإدارية التي اتجه عزمها إلى إبرام عقد معين وفقاً للشروط والمواصفات التي تتضمنها هذه الدعوة وذلك بهدف تقديم العطاءات المطابقة لهذه الشروط خلال أجل محدد.

ويعتبر الإعلان عن العطاءات بمثابة الدعوة إلى التعاقد، كما يعتبر التقدم للعطاء بمثابة الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده القبول لينعقد العقد. كما أن الإعلان يحقق المبادئ التي تحكم العطاءات بشكل عام وهي العلانية والمساواة بين المتنافسين، وحرية المنافسة.

وتلتزم الإدارة بالإعلان عن المناقصة بالأسلوب الذي يحدده المشرع. ويعتبر النشر هو وسيلة الإعلان عن المناقصة سواء بالجريدة الرسمية أو الصحف المحلية، فقد أوجبت المادة رقم ١٨أ من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة ١٩٨٧ دعوة المناقصين لتقديم عروضهم بالإعلان باللغة العربية مرة واحدة أو النشر في صحيفتين يوميتين محليتين على الأقل، غير انه يجوز أن يتم الإعلان باللغة الانكليزية إضافة للغة العربية عند دعوة المقاولين أو المستشارين الأجانب للاشتراك في المناقصة. كما حددت هذه التعليمات الفترة الزمنية بين الإعلان عن العطاء وموعد إيداع العروض بحيث لا تقل هذه المدة عن أربعة عشر يوماً منها سبعة أيام لتوزيع نسخ المناقصة، وسبعة أيام بين بيع نسخ العطاء وموعد إيداع العروض، وأجازت لرئيس لجنة العطاءات المركزية تمديد مدة العرض على أن يعلن عن ذلك في الصحف أو يتم إشعار المشتركين في المناقصة بذلك، بعد (أخذ الموافقة الخطية المسبقة على هذا التمديد من الجهة التي تملك حق تصديق قرار الإحالة)[١].

وقد اشترط التقنين الفرنسي للصفقات العامة أن يتم الإعلان عن المناقصات بواسطة النشر (insertion) ويكون ذلك حسب ما اقتضته المادة ٣٨ من هذا التقنين، أما عن طريق شركة متخصصة للإعلانات الرسمية، وعند الاقتضاء عن طريق لصق الإعلان (affichage)، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الإعلان. يجب نشر الإعلان خلال أحد عشر يوماً من تاريخ وصوله إلى إدارة الإعلانات، وتقصر هذه المدة إلى ستة أيام في حالات الاستعجال، ويتم الإعلان عن العطاء في النشرة الرسمية المخصصة لإعلانات الصفقات العامة إذا زادت قيمة العطاء المقدرة عن الحد الأدنى الذي يعينه وزير الاقتصاد والمالية[١].

---

[١] المادة (٨/أ،ب،ج) من تعليمات عطاءات الاشغال الحكومية وشروط الاشتراك فيها رقم (٧١) بسنة ١٩٨٧.

[١] عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري الطبعة الثانية-ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-١٩٩١-ص٢٥٦.

ويجب أن يتضمن الإعلان المعلومات الأساسية المتعلقة بالمناقصة المطروحة، وخاصة موضوع المناقصة، والسلطة المكلفة بإجرائها وشروطها، ومواصفات الأشغال المراد تنفيذها، وثمن نسخة المناقصة، وفئات المقاولين المسموح لهم بالاشتراك فيها، وتاريخ آخر موعد للحصول على نسخ العطاء وآخر موعد لتقديمها للجهة المختصة، وغيرها من المعلومات التي تهم المناقصين، وهذا ما نصت عليه المادة ٧\أ من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية إذ جاء فيها "يتضمن الإعلان عن طرح العطاء على الأمور التالية:

١- موضوع المناقصة وموقع المشروع مع بيان موجز لوصف المشروع.

٢- ثمن نسخة المناقصة للأشغال أو الخدمات الفنية.

٣- فئات المقاولين المسموح لهم بالاشتراك في عطاءات الأشغال أو فئات المستشارين المسموح لهم بالاشتراك في عطاءات الخدمات الفنية حسب الحال.

٤- وتاريخ آخر موعد يسمح فيه للمناقص بشراء نسخة المناقصة وبيان اليوم والساعة المحددين لموعد إيداع العروض مكانها.

٥- قيمة التمويل ومصدره بالنسبة للمشاريع الممولة".

وهذا ما نصت عليه المادة رقم ٤١٨٦ من التقنين الفرنسي للصفقات العامة حيث تنص على وجوب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة الأمور التالية:

موضوع المناقصة، وزمان الحصول على وثائق العطاء، وتاريخ إرسال الإعلان إلى النشر أو إلى النشرة الرسمية، والسلطة الإدارية المكلفة بإجراء المناقصة، المكان والتاريخ المحدد لقبول العرض، ومكان وتاريخ وساعة فتح العروض والبيانات اللازمة لصفة وأهلية المتناقصين[١].

لقد حدد المشرع الأردني الجهات الإدارية المختصة بطرح العطاءات في المادة ٧ من نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ وذلك باللجان الآتية:

(أ)لجنة العطاءات المركزية، (ب) لجنة عطاءات الدائرة، (ج) لجنة العطاءات المحلية، (د) لجنة عطاءات المحافظة، (هـ) لجنة العطاءات الفرعية، (و)لجنة العطاءات الخاصة.

أما في التشريع الفرنسي فتشكل في كل وزارة لجنة أو مكتب للعطاءات. إن تشكيل هذه المكاتب في كل وزارة يتم عن طريق مرسوم وزاري ينشر في الجريدة الرسمية[٢]. وتعتبر هذه المكاتب سلطات إدارية وقراراتها هي قرارات إدارية نهائية[٣]، ونشير هنا إلى أن الإعلان هو دعوة إلى التعاقد.

---

[١] محيو احمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثانية-ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-١٩٧٩-ص١٩١.

[٢] قرار ١٧/تموز/١٩٦٤ (decret du 1987 Juillet 1964) نقلاً عن عوابدي عمار، المصدر السابق، ص٢٥٧.

[٣] عوابدي عمار-المصدر السابق-ص٢٥٧.

ثالثاً: تجدر الإشارة أولاً إلى أن تقديم العطاء يعد إيجاباً من قبل المناقص وان مصدر هذا الالتزام هو الإرادة المنفردة لمقدم العطاء. فبناء على الإعلان الخاص بالمناقصة، يستطيع كل من تتوفر فيه الشروط الواردة في الإعلان ويرغب بالتعاقد مع الإدارة أن يتقدم بعرضه إلى الجهة المختصة التي يحددها الإعلان (مكتب العطاءات أو لجان العطاءات) متضمناً السعر الذي يقترحه للتعاقد أي السعر الذي يقبله لإبرام العقد.

ويقدم العرض عادة مطبوعاً أو مكتوباً بخط خال من المحو أو التعديل أو الشطب أو الإضافة في مظاريف مغلقة ومختومة إلى الجهة الإدارية المعلنة وفي الوقت المحدد للتقدم بالعطاءات، ولا ينظر إلى أي عطاء يتم تقديمه بعد الميعاد المحدد.

لقد اشترطت تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية أن: "تقديم عروض المناقصات حسب ما تطلبه الدائرة المعنية أو وفقاً لما يتم تحديده في وثائق العطاء بإحدى الطريقتين التاليتين:

أ-ضمن ظرف واحد يحتوي على المعلومات الفنية المطلوبة في دعوة العطاء والعرض المالي المتضمن الأسعار المعروفة.

ب-في ظرفين اثنين منفصلين أحدهما يحتوي على العرض الفني والآخر على العرض المالي، على أن يكتب على كل مغلف اسم المناقص ورقم العطاء..." المادة رقم ٩.

كما أكدت المادة رقم ٨٧ من التقنين الفرنسي للصفقات العامة على أن توضع العروض في مغلفات مغلقة ومختومة، ويكتب على الجانب الخارجي للمغلف المعلومات الخاصة بالمناقصة ومكان ويوم وساعة فتح العروض، أما الجانب الداخلي من المغلف، فيدون عليه اسم المناقص، وترسل العروض بواسطة البريد المسجل إلى الجهة المعلنة عن المناقصة، ويجوز وضعها في صناديق معدة مسبقاً لهذا الغرض[١].

لقد حددت المواد ١٠، ١١ من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية الأردنية القيود والضوابط التي يجب على المناقصين مراعاتها:

١-أن يقدم المناقص عرضه موقعاً وبالعدد المطلوب من النسخ في ظروف محكمة ومختومة، على أن تكون النسخة الأصلية من بينها، وإذا وقع تناقض في المعلومات بين النسخ المقدمة، فتعتمد النسخ الأصلية.

علماً أنه يتم التوقيع من صاحب العطاء أو من ذي الصفة في تمثيل المنشأة المتقدمة بالعطاء، فإذا كانت الجهة المتقدمة للعطاء شركة فيجب أن يوقع العطاء من الشركاء أو ممن يمثلهم قانوناً، ولا تقبل العروض غير الموقعة وغير المختومة حسب الأصول، أو التي ترد ناقصة أو غامضة بشكل لا يمكن من إحالة العطاء[٢]. وقد أكدت محكمة العدل العليا الأردنية هذا المبدأ وقضت في هذا المجال بقولها:"..إذا كان عقد الشركة يشترط لمسؤوليتها عن العطاءات التي ترغب الدخول بها أن توقع هذه العطاءات من الشريكين مجتمعين، وإن العرض المقدم من الشركة موضوع النزاع والموقع من احد الشريكين لا يعتد به، ولا تعتبر الشركة بالتالي داخلة أو مشتركة بالعطاء[٣].

---

[١] عوابدي عمار، المصدر السابق، ص٢٥٨.

[٢] المادة ٢٨ من تعليمات تنظيم اجراءات العطاءات رقم ٠١) لسنة ١٩٩٤.

[٣] قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٧٢/٤٩، مجلة نقابة المحامين ص١٩٦، لسنة ١٩٧٣.

٢-أن يودع المناقص عرضه قبل انتهاء الموعد المحدد لإيداع العروض في الصندوق المخصص لهذه الغاية، ولا يجوز استلام أي عرض بعد الموعد المحدد.

٣-يجوز لمن أودع عرضاً في صندوق العطاءات أن يودع مذكرة ملحقة لعرضه أو أن يقدم عرضاً بديلاً بالإضافة إلى عرضه الأصيل الذي يجب أن يكون مستجيباً لشروط العطاء قبل انتهاء موعد إيداع العروض، وتقوم لجنة العطاءات المختصة بدراسة هذه المذكرة مع العطاء، وإذا لم يستوفِ العرض الأصلي الشروط القانونية للعطاء يهمل العرضان، لأن العرض الثاني هو تابع أما الأول فهو الأصلي فإذا بطل الأصل بطل الفرع.

٤-إذا كانت ظروف العروض ذات حجم كبير بحيث يتعذر وضعها في الصندوق المخصص للعطاءات، فتسلم في هذه الحالة إلى سكرتير اللجنة الذي يتعين عليه أن ينظم كشفاً بها ويسلمه إلى اللجنة المختصة بنظر العروض.

٥-إذا كان المناقص شركة أجنبية فيجب أن يذكر في عرضه اسم شريكه الأردني أو ممثله، وعليه أن يقدم وثيقة ترخيص مكتب المسجل في المملكة.

٦-تودع العروض في صندوق خاص يعين مكانه رئيس لجنة العطاءات المختصة ويكون لهذا الصندوق أقفال مختلفة يحتفظ رئيس اللجنة بمفتاح واحد منها، ويحتفظ سكرتير اللجنة أو ممثل لجنة الأشغال العامة بمفتاح القفل الثاني، ويحتفظ أحد أعضاء اللجنة الآخرين الذي تمت تسميته بمفتاح القف الثالث.

٧-يجوز أن يتم إرسال العرض بواسطة البريد المسجل، وفي هذه الحالة يجب أن يوجه العرض باسم رئيس لجنة العطاءات المختصة وأن يصل قبل انتهاء الموعد المحدد لإيداع العروض وإلا جاز للجنة استبعاده[١].

وقد أوجبت تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات على مقدم العطاء أن يرفق بعطائه المستندات التالية[٢]:

-العينات النموذجية المطلوبة في دعوة العطاء، وإذا كانت العينة غير قابلة للنقل فيتم "تحديد مكانها والوقت الذي يمكن رؤيتها فيه، ويحصل أحياناً أن لا تحدد الجهة الإدارية المتعاقدة مواصفات لعينات نموذجية معينة وتترك للمتناقصين أن يتقدموا بعينات من عندهم.

-صورة رسمية من عقد تأسيس الشركة إذا كان العطاء مقدماً من إحدى الشركات، وإذا كان مقدم العطاء منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد وجب تقديم عقد الشركة موضحاً فيه أسماء الشركاء والأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة.

-إيداع تأمين مالي على شكل كفالة بنكية أو شيك مصدق بقيمة لا تقل عن ٥% من قيمة اللوازم الواردة في عرضه أو بالقيمة المحددة بدعوة العطاء، إلا أنه بالمقابل يجب رد تأمين الدخول في العطاء "إلى كل صاحب عطاء من المناقصين إذا لم تجرِ إحالة العطاء عليه بعد اكتساب قرار الإحالة الدرجة القطعية، وإذا انتهت مدة سريان عروضهم ولم يرغبوا بتمديدها بناء على طلبهم الخطي أو إذا جرت الإحالة عليهم بعد تقديم تأمين حسن التنفيذ.

---

[١] قرار لمحكمة العدل العليا الاردنية رقم ٥٥/٦٤، منشورات عدالة لسنة ١٩٥٥**وقرار لمحكمة العدل العليا الاردنية رقم ٦٥/١١٣، منشور بمجلة لنقابة المحامين عدد ٣ سنة ١٩٦٥، ص٣٠٤.

[٢] المواد ٥، ٩، ٢٩، ٣٠ من تعليمات تنظيم اجراءات العطاءات رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦.

والحكمة من اشتراط المشرع إيداع المناقص تأميناً مالياً للنظر في عطائه هي ضمان جدية مساهمة المتقدم بالعطاء في المناقصة والتحقق من سلامة قصده في تنفيذ العقد وتفادي تهرب كل من تجنح نفسه إلى الانصراف عن العملية إذا ما رسا عليه عطاؤها.

إلا أن إيداع التأمين المالي وإن كان شرطاً أساسياً للنظر في العطاء المتقدم فإنه لا يترتب على عدم إيداعه البطلان إذا اطمأنت الإدارة المتعاقدة إلى ملاءة مقدم العطاء، وهذا ما أكده القضاء الإداري المصري إذ قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها في هذا المجال بقولها، "... أن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء في الوقت المحدد شرط أساسي للنظر في عطائه، وهذا الشرط مقرر للصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته إذا ما اطمأنت جهة الإدارة إلى ملاءة مقدم العطاء[١].

كما تجدر الإشارة إلى أن نسبة التأمين تحدد في فرنسا بواسطة مرسوم يصدر من وزير المالية (المادة ١٤٤ من التقنين الفرنسي للصفقات العامة)[٢].

ويلاحظ أن المشرع الأردني أجاز لصاحب العطاء سحب عرضه أو تعديله بموجب طلب خطي موقع ومختوم يودع في صندوق العطاءات قبل انتهاء آخر موعد لتقديم العروض، دون بيان ما إذا كان يحق له أن يعدل عطاءه بما يزيد الأسعار التي تقدم بها ولو كان ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف وما إذا كان عدوله عن عطائه بسحبه نهائياً قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف يترتب عليه مصادرة التأمين المالي لصالح جهة الإدارة.

وللإجابة على هذه التساؤلات يمكن الاسترشاد بالمبادئ التي أخذ بها القضاء الإداري المصري في هذا المجال، حيث استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية على عدم جواز تعديل العطاء بالزيادة ولو قبل فتح المظاريف، وأن مثل هذا التعديل لا يلتفت إليه.

فقد قضت المحكمة في بعض أحكامها في هذا المجال بقولها:"أن المشرع خصص التعديل الجائز بأنه التعديل الذي يتضمن خفضاً للأسعار وبالتالي لا يجوز أن تقاس هذه الحالة على حالة العدول عن العطاء بسحبه بمقولة أن التعديل برفع الأسعار ما هو إلا عدول عن عطاء سابق وتقديم لعطاء جديد، ذلك أن ثمة فروقاً بين العدول والتعديل. ويترتب على انتهاء آخر موعد لتقديم العطاء دون أن يطلب المناقص سحب عطائه أو تعديله اعتباره قابلاً للاستمرار في الارتباط بعطائه، إذ أن فوات مدة العطاء دون سحب عرضه أو إخطار الجهة الإدارية بالعدول عن العطاء قرينة على قبول صاحب العطاء بسريان عطائه، فإذا وافقت الجهة الإدارية على عطائه بعد انتهاء هذه المدة فإنه لا يجوز لصاحب العطاء أن يعتذر بحجة أن مدة سريان العطاء قد انقضت دون أن تبت الإدارة فيه"[١].

رابعاً: فتح عروض العطاءات.

تتولى لجنة العطاءات المختصة فتح صندوق العطاءات وفض أختام المظاريف في التاريخ والساعة المحددين في دعوة العطاء في جلسة علنية يحضرها المناقصون أو ممثلوهم،

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم (٣٥٥) بتاريخ ١٩٦٩/٣/٨: نقلاً عن الزهيري، رياض عبد عيسى، مظاهر الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة القاهرة، ١٩٧٥، ص١٤٣.

[٢] Arret du 10 Decembre 1984 j.o 13 Fev 85 نقلاً عن محيو أحمد –المصدر السابق-ص١٩٢.

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٢٥٥ بتاريخ ١٩٨٦/٦/٢٦، نقلاً عن رياض عبد عيسى الزهيري-المصدر السابق-ص١٤٢.

وتقوم بفحص كل عطاء على حده من أجل التأكد من مطابقته للشروط والمواصفات المطلوبة، وتنظم كشفاً بذلك تمهيداً لاختيار أفضل المتقدمين بعد التحقق من أهلية المناقص وكفاءته المالية.

وإذا لم تتمكن اللجنة من فتح الصندوق لأي سبب في الموعد المحدد فلها أن تؤجله إلى موعد آخر، ويتوجب عليها أن تدون ذلك في محضر جلستها[١]، وقد نظمت هذه الحالة المادة ٨٨ من التقنين الفرنسي للصفقات العامة بقولها:"يقوم مكتب العطاءات المختص بفتح صندوق العطاءات في التاريخ والساعة المحددين في دعوة العطاء وفي جلسة علنية مفتوحة للمناقصين أو ممثليهم"[٢].

تشكيل لجنة فتح العروض واجتماعاتها:

اختلفت التشريعات في تحديدها للجهة المختصة بفتح مظاريف عروض العطاءات، فبعضها نص على تشكيل لجنة مركزية واحدة تتولى فتح ظروف جميع العطاءات على اختلاف أنواعها، سواء كانت أشغالاً أو مقاولات أو خدمات فنية واستشارية، وهذا ما أخذت به تشريعات بعض دول الخليج مثل الكويت وقطر وسلطنة عمان، في حين أن بعضها نص على تشكيل لجنتين إحداهما لفتح المظاريف، والأخرى للبت في المناقصة مع ترك الأمر كله للجهات الإدارية تتولاه بنفسها وفق احتياجاتها، وهذا ما هو متبع في مصر وسوريا والمملكة العربية السعودية والجزائر[٣]، ونص بعضها الآخر كما في الأردن-على تشكيل عدة لجان لكل منها اختصاصاتها وإجراءاتها الخاصة بها وهي لجنة العطاءات المركزية، ولجنة عطاءات الدائرة، ولجنة العطاءات المحلية، ولجنة عطاءات المحافظة، ولجنة العطاءات الفرعية، ولجنة العطاءات الخاصة، بحيث يتم تشكيل كل لجنة من هذه اللجان برئاسة موظف تتناسب وظيفته مع درجة العطاء وأهميته، وتكون مدة العضوية في هذه اللجان سنة واحدة مع تحديد النصاب القانوني لاجتماعاتها. وأجاز النظام لبعض هذه اللجان الاستعانة بالخبراء والفنيين في الأمور المتعلقة بالعطاءات المعروضة عليها[٤].

ولعل تحديد مدة عضوية اللجان بسنة واحدة إنما هو لتفادي حالات الغش والخوف من تسريب المعلومات مقابل الرشوة. ولم ينص على ما إذا كانت هذه المدة قابلة للتجديد أم لا، ولكن الأرجح لدينا هو عدم قابليتها للتجديد لأن فلسفة القانون تقوم على استبعاد الفساد، ولأن المشرع لو أراد ذلك لنص عليه صراحة.

وقد أكدت محكمة العدل العليا أهمية التزام جهة الإدارة المتعاقدة بالإجراءات القانونية الخاصة بتشكيل لجنة العطاءات المركزية وانعقادها، نظراً لأهمية دورها المركزي في إبرام العقود الإدارية، فقضت في حكم لها في هذا المجال باعتبار قرار لجنة العطاءات المركزية- مصدرة القرار- تم برئاسة مساعد مدير دائرة العطاءات بدلاً عن مدير دائرة العطاءات لوجوده خارج البلاد، وذلك لأنه لا يوجد نص في نظام موظفي الجهة الإدارية المتعاقدة- وهي سلطة

---

[١] المادة (١/أ) من تعليمات تنظيم اجراءات العطاءات رقم ١ لسنة ١٩٨٦.

[٢] عمار عوابدي-المصدر السابق- ص١٩٢.

[٣] عمار عوابدي-المصدر نفسه-ص١٩٢.

[٤] المادة ٧ من نظام الاشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦.

وادي الأردن- التي قدم إليها عطاء توريد وتركيب وتشغيل جهاز حاسب الكتروني، كما لا يوجد في نظام لوازم سلطة المياه نص على تشكيل لجنة العطاءات يقضي بجواز حضور اجتماع لجنة العطاءات مساعد مدير دائرة العطاءات نيابة عن المدير العام في حالة تغيبه، بالإضافة إلى أنه لم ينتدب المساعد للاشتراك في لجنة العطاءات المركزية لغياب المدير العضو الأصيل، وهذا لا يتفق مع ما استقرت عليه المبادئ الإدارية بهذا الخصوص من أنه، إذا أناط النظام عضوية لجنة بمشغل وظيفة ما يقتضي أن يشترك مشغل هذه الوظيفة بالذات باللجنة طالما لم يرد في النظام نص يجيز حضور مساعده أو غيره نيابة عنه في حال تغيبه"[١].

وفي مجال الاستعانة بالخبراء والفنيين في الأمور المتعلقة بالعطاءات المعروضة على لجنة العطاءات المركزية قضت المحكمة في حكم لها في هذا المجال بقولها:"..أنه بالنسبة للخلاف بين المستدعية (وهي الشركة الأردنية للأنظمة الالكترونية) والمستدعي ضدها (وهي شركة أنظمة الحاسبات والاتصالات) حول أي عرض من عرضي الفريقين أفضل وأقل سعراً، وافقت المحكمة على انتخابهما الدكتور (....) خبيراً، والذي قدم تقريراً جاء فيه، لا يطابق أي من عرضي المستدعية والمستدعي ضدها (المحال عليها العطاء) مواصفات دعوة العطاء ١٠٠% وأن أسعار المستدعية أقل[٢].

ويلاحظ على النصوص القانونية الخاصة بتشكيل لجان فتح عروض العطاءات واجتماعاتها ما يلي:

١-لقد أقر المشرع حكماً خاصاً بتشكيل إحدى لجان فتح عروض العطاءات وهي (لجنة العطاءات الخاصة) حيث أناط اختصاص تشكيلها بمجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير المختص ولأسباب خاصة ومعللة من خمسة أعضاء على أن يكون واحد منهم ممثلاً عن دائرة العطاءات الحكومية، ويسمى مجلس الوزراء أحدهم رئيساً للجنة وذلك لمشروع معين إذا اقتضت طبيعته ذلك أو تطلبت شروط تمويله إجراءات خاصة لطرح العطاء.

٢-نص النظام على أن تضم لجان فتح عرض العطاءات عناصر إدارية ومالية وفنية ولم يوجب مشاركة عضو قانوني في هذا اللجان، وهو أمر محل نظر –حسب رأينا- إذ أن مشاركة عضو قانوني في هذه اللجان تقتضيه الطبيعة القانونية للإجراءات التي تتبع أمام هذه اللجان.

اختصاصات لجنة فتح العروض:

تتولى لجنة فتح العروض فض مغلفات عروض العطاءات بعد التأكد من سلامة محتواها واثبات ذلك في محضرها، وإعطاء أرقام متسلسلة للعطاءات التي تم قبولها وتختص لجنة فتح العروض باستبعاد العروض المخالفة لشروط العطاءات وعدم قبول أي تعديل في العطاء يرد إليها بعد الموعد المحدد لفتح العروض.

وقد حددت المادة (١١٨أ) من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة ١٩٨٧ الحالات التي يجوز فيها للجنة المختصة بدراسة العطاءات استبعادها: لا تنظر اللجنة في عروض المناقصات المخالفة لشروط العطاء وبخاصة في الحالات التالية:

---

[١] قرار محكمة العدل العليا، رقم ١٩٨٦/١٠٠، منشور بمجلة نقابة المحامين ص٦٨٣ لسنة ١٩٨٦، وقرارها رقم ٩٩٤/١٤٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٩ منشورات عدالة.

[٢] قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٩٩٤/١٤٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٩ منشورات عدالة.

١-عدم إرفاق كفالة المناقصة المطلوبة في العطاء، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في قراراتها المتعددة، حيث جاء في قرار لها "إذا لم ترفق الشركة المستدعية بالعرضين المقدمين فيها كفالة بالقدر المطلوب في دعوة العطاء، ولم تتم تكملتها، فيمتنع على اللجنة النظر في هذين العرضين، ويكون قرار اللجنة باستبعاد المستدعية موافقاً للنظام"[١]. وفي قضية أخرى قضت المحكمة بأنه:" إذا كانت الكفالة المقدمة من المستدعية تقل عن النسبة المطلوبة فيكون العرض المقدم منها مخالفاً لهذا الشرط مخالفة تخول الوزير رفض التصديق على قرار إحالة العطاء إليها"[١].

٢-وجود تحفظات أو شروط مالية لشروط العطاء، في هذا الخصوص قضت محكمة العدل العليا بأنه "إذا لم يكن في شروط العطاء ما يخول المناقصين حق وضع تحفظ يوجب تضمين الأضرار حسب القانون الدولي فإن مثل هذا التحفظ يعتبر مخالفاً لشروط العطاء وغير جدير بالقبول ويكون قرار لجنة العطاءات في استبعاد عرض المستدعية وعدم مقارنته بالعروض الأخرى متفقاً وأحكام القانون"[٢].

٣-وجوب شطب أو إضافة أو إلغاء يؤدي إلى الغموض وعدم الوضوح. أما الفقرة ب من المادة رقم ١٢ السابقة، فقد أجازت للجنة المختصة بالعطاءات أن تستبعد عروض المناقصات في أي من الحالتين التاليتين:

أ-عدم توقيع المناقص على العرض، وقد أيدت محكمة العدل العليا حق اللجنة المختصة باستبعاد العرض المقدم من إحدى الشركات بقولها "أن توقيع العرض من احد الشريكين لا يعتد به، طالما أن عقد الشركة يشترط لمسؤوليتها عن العطاءات التي ترغب بالدخول بها أن يوقع من الشريكين مجتمعين"[٣].

ب-عدم كتابة أسعار الوحدة للبنود بالكلمات بالإضافة إلى الأرقام.

خامساً: دراسة عروض العطاءات وتقويمها:

حددت المادة رقم (١٤\أ) من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة ١٩٨٧ الإجراءات التي تتبع من قبل اللجنة عند دراسة العروض وتقييمها:

١- تسجيل محضر لكل جلسة من جلساتها، ويتم توقيع ذلك المحضر من أعضاء اللجنة.

٢- دراسة العروض بصورة أولية للتحقق من تقيد المناقص بشروط دعوة العطاء من حيث تصنيفه واكتمال عرضه وعدم وجود شروط مالية لمتطلبات دعوة العطاء.

٣- تحويل العروض إلى لجنة فنية كلما دعت الحاجة لتقوم بدراستها وتنظيم تقرير بها خلال المدة المحددة.

---

[١] قرار محكمة العدل العليا رقم ٧٨/١١١، مجلة نقابة المحامين عدد ٢ سنة ١٩٨٠، ص١٤٧.

[١] قرار محكمة العدل العليا رقم ٨٣/٩٦ مجلة نقابة المحامين عدد ٩ سنة ١٩٨٣- ص١٢٢٢.

[٢] قرار محكمة العدل العليا رقم ٦٩/٦٤، مجلة نقابة المحامين عدد١١، ١٢ سنة ١٩٧٠، ٨٦٣.

[٣] قرار محكمة العدل العليا رقم ٧٢/٤٩، مجلة نقابة المحامين عدد ٣ سنة ١٩٧٣ ص١٩٦.

وتتم دراسة العرضين الفني والمالي معاً وتقييمها إذا قدمت وثائق العطاء ضمن ظرف واحد (المادة ١٩\أ)، أما إذا كانت العروض قد قدمت ضمن ظرفين اثنين منفصلين أحدهما يحتوي على العرض الفني، والأخر يحتوي على العرض المالي، ففي هذه الحالة تلتزم اللجنة المختصة بدراسة العطاءات بفتح العروض الفنية ودراسته وتقييمها، ثم تفتح العروض المالية المقدمة (مادة رقم ١٩\ب) أما الفقرة ب من المادة ١٤ فتنص على أنه "يراعى عند تقييم العروض من قبل اللجنة التحقق من أهلية المناقص، وكفائته المالية ومطابقة عرضه لشروط العطاء وإمكانيته في إنجاز الالتزام المترتب على العطاء". وأعطت الفقرة (ج) من هذه المادة الحق للجنة بأن ترفض أي عرض إذا كانت أسعاره أقل بكثير من أسعار الكلفة أو الأسعار الدارجة أو الأسعار المقدرة من قبل الدائرة المختصة مع بيان أسباب الرفض بالتفصيل". ومن تطبيقات هذا المبدأ في قضاء محكمة العدل العليا ما قضت به المحكمة في بعض أحكامها في هذا المجال: أن لجهة الإدارة المتعاقدة كامل الحرية (تحقيقاً للمصلحة العامة) أن تختار من تتعاقد معه"[١]، وإن "إحالة العطاء على صاحب السعر الأقل مقيد باقتناع اللجنة بأهلية من تقدم للعطاء، وعما إذا ما توافرت في عرضه شروط ومواصفات دعوة العطاء وجودة العمل"[٢]. وأن "المنافسة في الأسعار بين المناقصين لا تكون إلا في الحالة التي تتطابق فيها العروض مع المواصفات"[٣] وأنه "إذا أحالت لجنة فحص العروض العطاء على مناقص سعره أعلى من مناقص آخر فإنه يتوجب على اللجنة أن تبين أسباب ذلك حتى يتبين فيما إذا كان هذا الإجراء فيه ضمان للخزينة العامة أم لا، وبخلاف ذلك يكون القرار معيباً من الناحية القانونية"[٤].

وفي نفس المعنى قررت المادة (٣٨\٧) من التقنين الفرنسي للصفقات العامة أن لمكتب العطاءات المختص أن يرفض أي عرض إذا كانت أسعاره أقل بكثير من الأسعار المقدرة...".[١]

سادساً: إحالة العطاء.

تقوم اللجنة بإحالة العطاء على المناقص المتقدم بأفضل الشروط المالية والفنية، وترفع توصياتها موقعة من جميع أعضائها إلى الجهة المختصة بتصديق العطاء بعد أن تنظر فيل الاعتراضات المقدمة إليها. وهذا ما قدرته المادة رقم (٨٨\٦) من التقنين الفرنسي للصفقات العامة لسنة ١٩٦٤ بقولها:"ن المرشح المتقدم بأقل الأسعار يعتبر المناقص الذي رسا عليه العطاء مؤقتاً[٢]"، وفي نفس المعنى قررت المادة رقم (١١٥\أ) من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة ١٩٨٧ أن :"تقوم اللجنة بإحالة العطاء على المناقص المتقدم بأفضل العروض" ويتولى رئيس اللجنة رفعه إلى الجهة صاحبة الصلاحية بتصديق القرار".

---

[١] قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٩٢/١٣٥، مجلة نقابة المحامين ص١١١٣/سنة ١٩٩٣.

[٢] قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ٨٧/١٦٢، مجلة نقابة المحامين ص٢٠١، سنة ١٩٨٨.

[٣] قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٩٧٣/١٦٨، مجلة نقابة المحامين ص٧٠٧، سنة ١٩٧٣.

[٤] قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم ١٩٧٧/٨، مجلة نقابة المحامين ص٩٦٣، سنة ١٩٧٧.

[١] عوابدي عمار-المصدر السابق-ص

[٢] عوابدي عمار-المصدر نفسه-ص١٩٣.

إلا أن القضاء الإداري قد استقر على حق اللجان المختصة بالعطاءات بعدم التقيد بإحالة العطاء إلى المتقدم بأقل الأسعار. وفي هذا الاتجاه قضت محكمة العدل العليا بأنه:"يجوز للجنة العطاءات المركزية عدم التقيد بالسعر الأقل إذا كان هنالك عطاء فيه ضمان لمصلحة الخزينة أكثر من السعر الأقل"[٣]. وفي حكم آخر قضت بأنه "يجوز للجنة العطاءات أن لا تقبل العطاء الأقل، شريطة أن تكون الأسباب الداعية لذلك..."[٤]، وفي نفس المعنى تقول المحكمة:"إذا اقتنعت لجنة العطاءات بأنه ليس لشركة المستدعي أية خبرة سابقة في نوع الإنشاءات التي يتطلبها العطاء وبأن الجهاز الذي تعرضه غير كافٍ، فهي لم تخالف القانون في قرارها بعدم إحالة العطاء على شركة المستدعي رغم أن السعر المقدم منها كان أقل الأسعار، طالما لم تثبت المستدعية بأن هذا القرار لا يتفق مع الحقيقة والواقع..."[٥] وفي حكم آخر صدر عن محكمة العدل العليا في سنة ١٩٩٤ أكدت فيه أن اللجنة المختصة بالعطاءات غير مقيدة بإحالة العطاء على المتقدم بأقل الأسعار، حيث تقول "لا يخالف القانون إحالة العطاء على الجهة التي حصلت على أعلى النقاط بعد تقييم عرضها فنياً ومالياً، ولا يرد احتجاج المستدعية بأن السعر الذي تقدمت به أقل من السعر المعروض من الجهة التي أحيل عليها العطاء لأن لجنة العطاءات غير مقيدة بالسعر الأقل، إذ يجب مراعاة نوع المواد المطلوب تقديمها ومواصفاتها.."[١].

ويحق للجنة العطاءات المختصة تجزئة العطاء، أي إحالة العطاء على أكثر من مقاول لأغراض سرعة انجاز العمل (مادة ١٧\ب، من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة ١٩٨٧) وأكدت محكمة العدل العليا هذا المبدأ في أحكامها المختلفة ومنها حكمها رقم ٩٥\٨٣ بقولها: "إذا تضمنت دعوة العطاء أن للجنة العطاءات صلاحية تجزئة العطاء فإن قبولها بما قدمته الشركة المستدعى ضدها يعتبر ممارسة هذه الصلاحية.."[٢].

وفي حكم آخر قضت المحكمة بأن :"لا يوجد في نظام مقاولات الأشغال العامة ما يمنع من تجزئة العطاء إذا كان قابلاً للتجزئة فتختار اللجنة المناقصة الأصلح سواء من حيث السعر أو الكفاءة في التنفيذ.."[٣].

بقيت الإشارة إلى أن قرار الإحالة يعتبر عملاً قانونياً منتجاً ومولداً لآثاره القانونية، فهو قرار إداري يخضع للطعن أمام القضاء الإداري باعتباره قراراً قابلاً للانفصال عن عملية العقد الإداري المركبة.

ويلتزم المناقص الذي رست عليه المناقصة بإرادته المنفردة بالبقاء على إيجابه حتى يتم اعتماد المناقصة عن طريق تصديقها من الجهة المختصة أو العدول عنها. إلا أن المناقص المحال عليه العطاء يعتبر مناقصاً مؤقتاً ولا يكتسب بهذه الصفة حقاً مكتسباً بإبرام العقد معه. يمتنع في هذه الحالة على الإدارة التعاقد مع أي مناقص آخر إلا بعد رفض قرار الإحالة من قبل الجهة المختصة بالتصديق عليه[٤].

---

[٣] قرار محكمة العدل العليا رقم ٥٦/٢٢، مجلة نقابة المحامين، عدد٧ سنة ١٩٥٦، ص٣٩٩.

[٤] قرار محكمة العدل العليا رقم ٦٣/٩٦، مجلة نقابة المحامين، عدد ٦-٧ سنة ١٩٦٤، ص٢٢٦.

[٥] قرار محكمة العدل العليا رقم ٦٥/١٣٩،مجلة نقابة المحامين عدد ٣، سنة ١٩٦٦، ص٣١٩.

[١] قرار محكمة العدل العليا رقم ٩٤/٤٠٩، مجلة نقابة المحامين عدد ٤-٥ سنة ١٩٩٦، ص٧٢٤.

[٢] قرار محكمة العدل العليا رقم ٨٢/٩٥، مجلة نقابة المحامين عدد ٨ سنة ١٩٨٣، ص١٠٨٠.

[٣] قرار محكمة العدل العليا رقم ٧٧/٧٠، مجلة نقابة المحامين عدد ١-٢، سنة ١٩٨٧، ص٤١.

[٤] احمد محيو، المصدر السابق-ص١٥٤.

سابعاً: التصديق على العطاء (تصديق العطاء)

آخر إجراء من إجراءات العطاءات والأكثر أهمية من الناحية القانونية هو تصديق الجهة المختصة على قرار لجنة العطاءات.

بعد أن تقوم اللجنة المختصة بالعطاءات بتدوين نتائج كل مناقصة في محضر تذكر فيه بالتفصيل الظروف التي جرت فيها العملية، وقرار الإحالة على مناقص أو أكثر في حالة تجزئة العطاء، ترسل تنسيباتها للجنة المختصة بالتصديق خلال فترة محددة، وعلى هذه الجهة أن تصدقها خلال فترة محددة أيضاً. تنص المادة (١٨) من نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦ على أن "ترسل قرارات لجان العطاءات وتنسيباتها للجهات المختصة بالتصديق عليها خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها، وعلى هذه الجهات إصدار قرارها بشأن العطاء خلال ثلاثين يوماً من وروده إليها، وإذا لم تصدر تلك الجهات قراراً بالتصديق أو عدمه خلال تلك المدة، اعتبر قرار لجنة العطاءات مصدقاً".

يتضح من هذه المادة أن على لجنة العطاءات أن ترسل قراراتها إلى الجهة المختصة بالتصديق خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها، وعلى الجهة المختصة بالتصديق إصدار قرارها خلال ثلاثين يوماً من تلقيها قرار الإحالة، وإذا لم تقم بذلك خلال هذه المدة، اعتبر القرار مصدقاً حكماً، ويعد قرار الجهة المختصة بالتصديق بمثابة القبول في العقد ويصبح التعاقد تاماً عند وصول هذا القبول إلى علم الموجب (صاحب العطاء المختار).

وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري في فرنسا والأردن على حق الجهة المختصة بالتصديق برفض قرار الإحالة وبالتالي عدم تصديق هذا القرار، فمنذ ١٨٣٠ استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على تمتع الجهة المختصة بتصديق قرار الإحالة بسلطة تقديرية في تصديق القرار أو عدم تصديقه[١]، وفي هذا الخصوص قضت محكمة العدل العليا الأردنية بأن:" كون قرار لجنة العطاءات المركزية خاضعاً لتصديق وزيري الأشغال العامة والمالية لا يعتبر تنظيماً لطريق التظلم منه، إذ أن هذا التصديق هو شرط لازم لنفاذ القرار ويتم بحكم القانون.."[٢] وفي حكم آخر تقول المحكمة بأنه:"إذا رفض الوزير التصديق على قرار إحالة العطاء فتكون اللجنة قد استنفذت ولايتها وانتهى حكم العطاء ولم يعد قائماً..."[٣] وقررت أيضاً: "أن صلاحية الوزير تنحصر في التصديق على قرار الإحالة أو الرفض وليس له أن يعدل في العروض المقدمة"[٤].

يبلغ قرار الإحالة بعد تصديقه إلى صاحب العمل، ويقوم صاحب العمل بتبليغ المناقص الذي رسا عليه العطاء بالقرار. (مادة ١٥\ب، من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة

---

[١] عمار عوابدي-المصدر السابق-ص١٩٧.

[٢] قرار محكمة العدل العليا رقم ٥٩/٤٤، مجلة نقابة المحامين عدد ١، ٢، ٣، ٤ سنة ١٩٦٠.

[٣] قرار محكمة العدل رقم ٨٢/٦، مجلة نقابة المحامين عدد ٧، سنة ١٩٨٢، ص٩٦٥.

[٤] قرار محكمة العدل رقم ٨٢/١٣٥، مجلة نقابة المحامين عدد ٣، سنة ١٩٨٣، ص٣٣٥.

١٩٨٧)، وأن طرح العطاء ثانية يستدعي الإعلان عن العطاء للراغبين كافة دون حصره بين المشتركين"[١].

تقوم بعد ذلك الدائرة المختصة بإعداد اتفاقية العقد تنفيذاً لقرار الإحالة الذي تم تصديقه، وعلى المناقص الذي تقرر إحالة العطاء عليه أن يقدم كفالة حسن التنفيذ وكفالة الصيانة وأحياناً تأميناً ضد الأخطار. فقد اشترطت (المادة رقم ١٦\ب، من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية لسنة ١٩٨٧ على المناقص الذي تقرر إحالة العطاء عليه أن يقدم كفالة حسن التنفيذ خلال أسبوعين من تاريخ تبليغه تمهيداً لتوقيع العقد، وحددت المادة ٥ من هذه التعليمات كفالات عطاءات الأشغال العامة بكفالة حسن التنفيذ وتكون بنسبة ١٠% من قيمة العقد، وكفالة الصيانة التي تكون بنسبة ٥% من قيم المشروع الفعلية بعد اكتمال العمل.

تتضمن العقود عادة بنوداً تحدد من خلالها شروط ومدة إعادة هذه الكفالات إلى المناقص أو مصادرتها في حالة مخالفة المناقص لشروط العقد.

المبحث الثاني

العطاء عن طريق توجيه دعوات خاصة

تلجأ الإدارة إلى طريقة العطاء بتوجيه دعوات خاصة أو كما يسميها البعض طريقة استدراج العروض، أو طريقة الدعوى إلى تقديم عطاءات وفقاً لنص المادة ٥ من نظام الأشغال الحكومية عندما تريد التفاوض مع عدد من المقاولين للتعرف على أسعارهم تمهيداً لاختيار أفضلهم للتعاقد معه.

فتمتاز هذه الطريقة بقصر الاشتراك في المناقصة على عدد محدد من المناقصين (مقاولين أو متعهدين) سواء في داخل الدولة أو خارجها ممن تتوافر فيهم الكفاءة المادية والفنية وحسن السمعة، فتعتمد الإدارة في اختيارهم على وثائقهم الموجودة لدى الجهات المختصة. ويتميز هذا الأسلوب عن أسلوب العطاءات العامة بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية نحو أشخاص المتناقصين وكفائتهم فيمكنها من تقييد حرية المنافسة، وتقييد دخول المقاولين والمتعهدين المناقصة لضمان التأكد من الكفاءة الفنية والمهنية العالية للمتنافسين، ولذلك يقتصر تطبيق هذا الأسلوب على مقاولين ومتعهدين من ذوي الخبرات الكبيرة وفي الأشغال الكبرى كإنشاء المطارات والموانئ والمصانع الضخمة، وغيرها من المشروعات التي تتطلب درجة عالية من الكفاءة والخبرة.

تخضع هذه الطريقة لنفس الإجراءات المنظمة للعطاءات العامة فيما عدا الأحكام المتعلقة بالإعلان، حيث يتم دعوة المنافسين في العطاءات الخاصة من خلال إرسال دعوة لتقديم العروض. وقد نصت المادة ١٨\ب من تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية على أنه:"يجوز في عطاءات الدعوة الخاصة إرسال الدعوة بواسطة البريد المسجل أو تسليمها باليد إلى المقاولين أو المستشارين الذي يوافق صاحب العمل على دعوتهم للمناقصة بناء على تنسيب من رئيس اللجنة.

[١] قرار محكمة العدل العليا رقم ٧٧/٧٠، مجلة نقابة المحامين عدد ١-٢، لسنة ١٩٧٨، ص٤١.

وأخيراً يمكننا القول إن دعوة المقاولين لا تتم اعتباطاً وإنما وفقاً لقواعد محددة، حيث أن الإدارة ونتيجة لتجارب معينة اكتسبت لديها بعض الشركات والمقاولين ثقة خاصة، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى دعوتهم للتعاقد معها، فهنا يجب أن نبقى في نطاق حسن النية.

المبحث الثالث

التلزيم-المفاوضة

تلجأ الإدارة إلى طريقة التلزيم (أو كما تسميها بعض القوانين: الممارسة أو الصفقة بالتراضي في التقنين الفرنسي) كطريق استثنائي من طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة لتنفيذ الأشغال العامة والخدمات الفنية بالتفاوض مباشرة مع المقاولين أو المتعهدين دون إتباع إجراءات معينة كما هو الحال في طريقتي العطاءات العامة أو العطاء عن طريق توجيه دعوة خاصة.

تمتاز هذه الطريقة عن غيرها من طرق اختيار المتعاقد بأن الإدارة تتمتع فيها بحرية كاملة، حيث تستطيع أن تتفاوض مباشرة مع من تشاء من المقاولين وتختار في نهاية الأمر أفضل المتقدمين، ولكن هذا لا يمنع من تطبيق مبدأ المنافسة كلما كان ذلك ممكناً.

وعادة ما تلجأ الإدارة إلى هذه الطريقة ف حالات معينة، حيث تجد الإدارة نفسها ملزمة للتعاقد مع صاحب احتكار معين للحصول على حاجتها من الخدمات والمواد اللازمة لها، وكذلك قد تلجأ الإدارة للتعاقد مع جهات معينة ومحددة للقيام بدراسات ذات طبيعة بحثية من جانب وسرية من جانب آخر أو فنية..الخ.

هناك نوع من العقود تتم بالممارسة (التلزيم) هي عقود المعاونة في مشروع عام، آذ تتفق الإدارة مع شخص يتقدم بعرض مساهمة عينية أو مالية في مشروع عام كإنشاء مستشفى أو مدرسة[1].

وتجدر الإشارة هنا أن الإدارة عادة ما تلجأ إلى هذه الطريقة في حالات تحددها التشريعات الخاصة بالأشغال العامة على سبيل الحصر. فقد حددت المادة ٢٠ من نظام الأشغال الحكومية حالات اللجوء إلى طريقة المفاوضة والتلزيم وهي:

١- في الحالات الاستثنائية أو المستعجلة لمواجهة حالة طارئة أو لوجود ضرورة لا تسمح بإجراءات طرح العطاء.

٢- توحيد الآليات والأجهزة أو التقليل من تنويعها أو لغرض التوفير في اقتناء القطع التبديلية أو لتوفير الخبرة لاستعمالها.

٣- لشراء قطع تبديلية أو أجزاء مكملة أو آلات أو أدوات أو لوازم أو مهمات لا تتوفر لدى أكثر من مصدر واحد بنفس درجة الكفاءة.

---

[1] د.محمد بدير، د.عصام البرزنجي، د.مهدي السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ٣ ١٩٩٣، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة بغداد، ص٤٥٩-٤٦٠.

٤- عند التعاقد على خدمات فنية أو تقديم خدمات علمية أو مهنية متخصصة.

٥- إذا كان تنفيذ الأشغال يتم خارج المملكة.

٦- إذا كان التعاقد على تنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات يتم مع مؤسسات حكومية أو مؤسسات علمية أو كانت الأسعار محددة من قبل السلطات الرسمية.

هذا على أن لا يتم تنفيذ الأشغال العامة أو تقديم الخدمات الفنية عن طريق التلزيم إلا وفقاً للصلاحيات المنصوص عليها في المادة ٢١ من نظام الأشغال الحكومية حيث جاء فيها"أ\يتم تنفيذ الأشغال بالمفاوضة والتلزيم وفقاً للصلاحيات التالية ويتم توقيع الاتفاقيات المتعلقة بها من قبل المرجع المختص أو من يفوضه خطياً، وذلك:

١- بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير إذا كان العطاء يتعلق بالوزارة، وبتنسيب من الوزير والوزير المختص إذا كان العطاء متعلقاً بأي دائرة أخرى وكانت قيمة الأشغال في أي من الحالتين تزيد على ١٠٠ ألف دينار، على أن يكون التنسيب مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير والوزير المختص من أصحاب الاختصاص والخبرة في موضوع العطاء.

٢- بقرار من الوزير بناء على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير برئاسة الوكيل أو بقرار من الوزير المختص بناء على تنسيب لجنة عطاءات الدائرة إذا كانت قيمة الأشغال لا تزيد على ١٠٠ ألف دينار.

٣- بقرار من الوكيل بناء على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير المختص، أو بقرار من المحافظ بناءً على تنسيب لجنة عطاءات المحافظة إذا كانت قيمة الأشغال لا تزيد على ٣٠ ألف دينار.

ب\يتم التعاقد على تقديم الخدمات الفنية بالمفاوضة والتلزيم وفقاً للصلاحيات التالية ويتم توقيع الاتفاقيات المتعلقة بها من قبل الوزير أو من يفوضه خطياً، وذلك:

١- بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير إذا كانت قيمة الخدمات الفنية تزيد على ٥٠ ألف دينار، على أن يكون التنسيب مقروناً بتوصية لجنة فنية يشكلها الوزير لهذه الغاية.

٢- بقرار من الوزير بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير المختص برئاسة الوكيل إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على ٥٠ ألف دينار.

٣- بقرار من الوكيل بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير المختص إذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على ٢٠ ألف دينار.

٤- بقرار من الوكيل بناءً على تنسيب لجنة فنية يشكلها الوزير المختص اذا كانت قيمة الخدمات الفنية لا تزيد على ١٠ آلاف دينار.

ج\للوزير المختص أن يقرر تنفيذ الأشغال الحكومية أو الخدمات الفنية بالطريقة التي يراها مناسبة إذا كانت قيمة الأشغال أو الخدمات الفنية لا تزيد على ٥ آلاف دينار.

ويستخلص من النصوص القانونية السابقة أن المشرع الأردني ينظر إلى أسلوب المفاوضة والتلزيم نظرة استثنائية، حيث أن الأخذ به لا يكون إلا في حالات معينة وفي أضيق

الحدود طبقاً للأوضاع والشروط المرسومة قانوناً، وأنها لا تخضع لإجراءات تتعارض بطبيعتها مع الإجراءات التي تخضع لها العطاءات العامة

الخاتمة

بعد الانتهاء من بيان إجراءات التعاقد في عقد الأشغال العامة وفقاً للقانون الأردني مقارنين ذلك في بعض الحالات بالقانون المصري والقانون الفرنسي، يمكننا استخراج النتائج التالية:

١- إن الإدارة ليست حرة في إبرام عقود الأشغال العامة، وإنما حدد المشرع لها طرقاً لاختيار المتعاقد معها مراعية في ذلك اعتبارات المصلحة العامة.

٢- العطاءات العامة وسيلة حيادية وسرية، وهي لهذه الأسباب تتيح الفرصة للتنافس، وتستبعد التأثيرات الشخصية والابتزاز.

٣- لقد استقر القضاء الإداري في الأردن على أن الإدارة ليست دائماً ملزمة في كل الأحوال بالتقيد بأقل الأسعار في العطاءات وإنما للإدارة أن تأخذ بعين الاعتبار الشروط الفنية والمالية.

٤- إن طريقة العطاءات سواء كانت عامة أو بتوجيه دعوة خاصة شكلية جداً وتتطلب كثيراً من القواعد التي ينبغي احترامها، وان كل ذلك يشكل ضمانة لكل من الإدارة والأفراد خاصة، وان اللجوء إلى هذه الطرق يتم عادة في العقود الإدارية الكبيرة.

وفي الأخير يمكن التوصية بما يأتي:

أ- لقد نص نظام الأشغال الحكومية على أن تضم لجان فتح عروض العطاءات عناصر إدارية ومالية وفنية ولم يوجب مشاركة عضو قانوني في هذه اللجان، وهو أمر محل نظر، إذ أن مشاركة عضو قانوني في هذه اللجان تقتضيه الطبيعة القانونية للإجراءات التي تتبع أمام هذه اللجان.

ب- لقد حدد المشرع الأردني موعداً لانعقاد اجتماعات لجان فتح عروض العطاءات بحيث يتم فتح مظاريف العروض إتباعاً في الوقت المحدد لذلك بعد انتهاء موعد تقديم العروض، ولا يفتح أي منها قبل انتهاء ذلك الموعد.

واشترط النظام عند إرسال مظاريف العروض بالبريد المسجل وأن تصل هذه المظاريف قبل الموعد المحدد لإيداع العروض، ولكن ما هو الحكم إذا ما وصلت هذه العروض قبل انتهاء جلسة اللجنة المحددة لفتح العروض؟ لعل في التجاوز عن التأخير إذا ما أرسلت هذه العروض عن طريق البريد المسجل، وكان التأخير لأسباب خارجة عن إرادة مقدم العطاء بعض الفائدة تحقيقاً للمصلحة العامة ذلك لأن هذا العطاء قد يكون أفضل العطاءات وفيه مصلحة مالية وفنية معاً.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب.

- محيو أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثانية- ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-١٩٧٩.
- عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري الطبعة الثانية-ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-١٩٩١.

ثانياً: القوانين:

- تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات رقم (١) لسنة١٩٩٤.
- تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية وشروط الاشتراك فيها رقم (٧) لسنة ١٩٨٧.
- نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧.

ثالثاً: القرارات القضائية:

مجلات نقابة المحامين (أعداد مختلفة).

منشورات عدالة.

(الحــق في الجنسية)

(دراسة في التشريعات العراقية)

أ.م.د. عبد الحميد محمود السامرائي
رئيس قسم القانون الخاص
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقـدمة

الجنسية معيار للتمييز بين الوطني والأجنبي اذا كان يحمل كل منهما جنسية واحدة ، أما إذا تعددت فالأمر يدق ويصبح قاصرا ، ولا يدخل في هذا التمييز عديم الجنسية رغم اعتباره اجنبي في كل الدول التي يتواجد فيها وللجنسية صلتان ، قانونية وسياسية وبها يرتبط الفرد بدولة معينة تحدد حقوقه وترسم تكاليفه وواجباته .

وهذه الرابطة او الصلة ليست كلها من نوع واحد او درجة واحدة ، فالجنسية احيانا تصبح حقا طبيعيا يكفله الدستور ويفرضه القانون ، وفي حالات أخرى تكون منحة من الدولة ، وتكون للدولة الكلمة الفصل في وضع الشروط المناسبة للتعامل معها ، وهذا ما يدخل في موضوع الجنسية المكتسبة او اللاحقة التي لها دراسة متخصصة، وسنقتصر في هذه الدراسة على مسالة الحق في الجنسية وتناول اهم حالاته في التشريعات العراقية مع الإشارة الى تنظيم هذا الحق في بعض التشريعات المقارنة .

وقد كانت بدايات القرن العشرين منطلقا لتناول موضوعات عديدة في الجنسية بعد ان ظهرت دولا جديدة نتيجة انهيار إمبراطوريات واستقلال أقاليم والتخلي عن اقاليم اخرى لا سيما بعد انتهاء الحرب العالمية الاولى عام ١٩١٨ وكان مؤتمر لوزان سنة ١٩٢٣ بين الدول المنهزمة والدول المنتصرة وما تلا ذلك من صدور قرارات من محكمة العدل الدولية الدائمة ومنها قرار ١٩٢٣ ، حول مراسيم الجنسية في تونس ومراكش.

كما عقدت اتفاقيات دولية حول الجنسية اهمها اتفاقية لاهاي بشان تنظيم الجنسية لسنة ١٩٣٠ وبشان تنازع قوانين الجنسية لسنة ١٩٣٣ (في عهد عصبة الامم) .

وبعد انشاء المنظمة الدولية (هيئة الامم المتحدة) اصدرت الجمعية العامة لهذه المنظمة (الاعلان العالمي لحقوق الانسان) في ١٩٤٨/١٢/١٠ على ان تعمل الدول الاعضاء على نشره وشرحه وتوزيعه ، وقد كانت المادة (١٥) تنص على (١- لكل فرد حق التمتع بجنسية ما ٢- لا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفا او انكار حقه في تغييرها) واعتبرت الجنسية في حقوق الانسان .

ويمكن القول مع بعض الفقهاء ان مثل هذه المبادئ تعتبر مبادئ مثالية قد تصطدم مع مصالح الدولة احيانا .

وقد تبع هذا الاعلان معاهدات واتفاقيات عديدة تتعلق بنفس الموضوع منها الاتفاق الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ واتفاقية الغاء كافة إشكال التمييز ضد المرأة (CIDAW) لسنة ١٩٧٩ واتفاقية حقوق الطفل في ١٩٨٩ وقرار الجمعية العامة بإصدار الإعلان الخاص بـ (جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافه الدول) لسنة ٢٠٠١ .

إن حق الإنسان في جنسية وحقه في الجنسية ، حق مهم ينبغي الدفاع عنه وتسليط الضوء على اهميته للفرد والدولة ، وذلك من خلال كافة المجالات المتاحة سواء كانت وطنية او دولية او اقليمية ، لغرض ايجاد ثقافة قانونية وسياسية فعالة في هذا المجال لكي ينعكس ذلك على عمل المشروع الوطني عندما يتناول تنظيم الجنسية ، وهذا لايعني فتح الباب على مصراعيه لدخول كل من هب ودب في جنسية الدولة ، حيث استقر الامر على ان تنظيم الجنسية حق خالص للدولة انطلاقا من مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي يمكن ان تتغير وتتطور مما يؤثر على هذه التشريعات ، لذ نجد ان هناك طريق التعديل والتغيير أسلوبا لمواكبة المصالح المختلفة للدولة.

من جانب أخر نجد ان حق الدولة في تنظيم جنسيتها اقره القانون الدولي العام في مجال الجنسية وكرسه الفقه والقضاء الدولي والاتفاقيات الدولية انطلاقا من مبدا سيادة الدولة ، ولا سلطان لاحد عليها ، ولكن على الدولة مراعاة الوضع الدولي ومصالح الدول مع ضمان مصالحها أي ان لاتعتدي على حق دولة اخرى في جنسيتها .

ولاهمية موضوع الحق في الجنسية والذي نجد اساسه في الاعلان العالمي لحقوق النسان لعام ١٩٤٨ ، سنتاول بحثه في ضوء التشريعات العراقية والمقارنة .

وسنقسم هذه الدراسة الى :-

المبحث الاول – مبادئ واركان و مصادر الجنسية

المبحث الثاني – الحق في الجنسية وانواعه

المبحـث الأول

مبادئ واركان ومصادر الجنسية

نتناول في هذا المبحث وبعيدا عن التكرار مواضيع نرى ضرورة التطرق لها وهي :-

اولا :- المبادئ المستقرة في الجنسية :-

من خلال رابطة الجنسية يتحدد من هو الوطني ومن هو الاجنبي ، ومن يتمتع بالحقوق المدنية والسياسية وغيرها ومن يكلف بالاعباء والواجبات ، ومن لايحق ذلك .

ومن خلال هذه الرابطة تنهض مسؤولية الدولة في حماية رعاياها خارج إقليمها ، وإلا تعرضت للمسؤولية الوطنية من خلال الشعب او برلمانه .

ويرتبط بكل ذلك حقوق متعددة منها حق انتقال الجنسية الى الابناء وحق التخلي عنها او استردادها .... وغير ذلك

فالجنسية أداة لتوزيع الافراد جغرافيا بين الدول ، أي ان لكل دولة سكان أو شعب يحمل إفراده جنسيتها التي تنظمها بقانون يضع قواعد فرضها ومنحها وغير ذلك ، وليس هناك معيار اخر لهذا التوزيع الجغرافي للافراد ، كالموطن او الامة او الدين او القومية او العنصر او اللون وغير ذلك ، فلا اثر لكل ذلك على تحديد المواطنة او الرعوية او تمييز الوطني عن الاجنبي ، بل ان معيار الانتماء الى دولة معينة عن طريق التمتع بجنسيتها هو الاساس للتوزيع الجغرافي للافراد .

ان تحديد شعب أي دولة مسالة مستمرة ولا تكون لمرة واحدة فقط ، ففي كل وقت وزمان ينبغي ان يتحقق ركن مهم من اركان قيام الدولة الا وهو شعبها ، مهما كان عدده او انتماءات مكوناته والوانهم . فعند تاسيس أي دولة لاول مرة لابد من ايجاد

اسس وقواعد لتحديد شعبها ، وهذا ما حصل للعراق بعد عام ١٩٢١ عندما انسلخ عن الدولة العثمانية بعد انهيارها وتاسيس اول حكم وطني .

الا ان تحديد شعب الدولة لا يقتصر على ذلك ، والا فانه سوف ينتهي بعد مدة ، ولغرض استمرار وجوده كان لابد من البحث عن قواعد قانونية تضمن استمراره ، لان كيان الدولة يتوقف على وجود شعب على ارض محددة ، وكانت هذه القواعد هي التي تنظم الجنسية وخاصة التي تضمن انتقال جنسية الجيل الاول الى الجيل الثاني وهكذا الى ما شاء الله .

وقد أصدرت اول حكومة العراقية قانون الجنسية العراقية (٤٢ لسنة ١٩٢٤) وانهى هذا القانون سلطة ونطاق تطبيق قانون الجنسية العثمانية لسنة ١٨٦٩ وتطبيقا للمادة ٣٠ من معاهدة لوزان لسنة ١٩٢٣ ، ونظم القانون الجديد حالات فرض الجنسية وضمن انتقال هذه الجنسية من الجيل الذي فرضت عليه وقبل بها كجنسية تأسيس ، الى الجيل الذي يليه ، وهكذا تحدد الشعب العراقي ، واستطاع الملك فيصل الاول ان يقول(باسم الشعب) وبعد هذا التحديد وجدت قاعدة استمرار هذا الشعب من خلال الجنسية العراقية . وهذا لايعني اختصار هذا التنظيم على انتقال الجنسية العراقية من الإباء الى الأبناء ، بل يشمل من دخل في هذه الجنسية عن طريق أخر .

ثانيا -أركان جنسية الإنسان :-

تقوم رابطة الجنسية على ثلاثة أركان أساسية هي :-

١- وجود دولة
٢- وجود الفرد ، وهو الإنسان الحي من لحظة ولادته الى يوم وفاته
٣- وجود تشريع ينظم قواعد الرابطة القانونية والسياسية بين الفرد والدولة

ولكل ركن قواعد وشروط لتحققه ، فالدولة وحسب التنظيم الدولي هي الكيان المحدد من حيث الأرض والسيادة ، وليس شرطا ان تكون الدولة مستقلة استقلالا تاما ، حيث اعترف للدول ناقصة السيادة بحق تنظيم جنسيتها ، كما حصل في سوريا أثناء الانتداب الفرنسي وكذلك في تونس ومراكش وغيرها من الدول .

اما موضوع الاعتراف بالدولة وأهميته بتنظيم جنسيتها ، فقد استقر ان هذا الاعتراف ليس لازما لممارسة الدولة الحق ، لهذا فقد يتاخر هذا الاعتراف لظروف دولية مختلفة كما حدث بين فرنسا وروسيا بعد ثورة ١٩١٧ .

ولا يشترط القانون الدولي ان يكون للدولة نظام سياسي معين فقد تكون إمبراطورية او جمهورية او ملكية ، ديمقراطية أو دولة مستبدة لكي تمارس حقها في تنظيم جنسيتها ، كما أن مساحة الدولة لا اثر له لممارسة هذا الحق ، فقد تكون الدولة صغيرة جدا كقطر ومالطة أو كبيرة مثل روسيا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا وغيرها .

الا ان وجود دولة بكيانها المستقل لا يعني عدم إمكان انتهاء هذه الدولة كأن يتم احتلالها وانها وجودها السياسي ، او إنها تدخل في وحدة مع دولة اخرى . او ان تنقسم الدولة الواحدة الى عدة دول كما حدث في باكستان عام ١٩٧١ حيث ظهرت دولة جديدة هي (بنكلادش) ، وما حدث للاتحاد السوفيتي بعد عام ١٩٩١ الذي افرز تفككه عن ظهور عدة دول مستقلة .وانفصال جمهورية جنوب السودان عن السودان عام ٢٠١١ ، ولابد ان تقوم كل دولة جديدة بتنظيم جنسيتها ، وعليها ان تراعي مبادئ القانون الدولي عندما تقوم بذلك.

ان جنسية الدول الجديدة والدولة التي انتهى وجودها الدولي تتحدد بموجب تشريعات وطنية اعترف القانون والقضاء الدولي بها منذ بداية القرن العشرين .

ولا بد من أن تتحقق جميع أركان قيام الدولة لكي تنهض العلاقة أو الرابطة بين رعاياها وبينها ، كما انه ليس هناك من جهة او تنظيم او تجمع من غير الدول يحل محل الدولة في تنظيم قواعد الجنسية الوطنية ، على ان يكون هذا التنظيم بتشريع عام يخاطب الجميع على وجه العدل والمساواة ، الا ان ذلك لا يعني عدم وجود قواعد لكل فئة تخاطب بها مثل فئة من يحصل على الجنسية الأصلية وفئة من يرغب بالدخول في جنسية الدولة وفئة من يرغب باسترداد جنسيته السابقة ... وهكذا

لهذا فان التشريعات الجنسية تتضمن قواعد لتنظيم الموضوعات التالية :-

أ- جنسية التأسيس
ب- الجنسية الأصلية
ت- الجنسية المكتسبة
ث- فقد الجنسية واستردادها

من جانب أخر فالمراد بالركن الثاني وهو وجود فرد أي إنسان طبيعي تخاطبه القاعدة القانونية المنظمة للجنسية . [1] وهذا الإنسان ينبغي ان يكون حيا وموجودا فعلا سواء كان صغيرا او كبيرا رجلا او امرأة عاقلا أو غير ذلك بغض النظر عن الصفات الأخرى التي يتمتع بها .

ولاكتمال هذه الأركان لابد من وجود تشريع نافذ ينظم الجنسية ، وهو عادة تشريع واحد يخاطب المعنيين به وصادرا من سلطة دستورية مختصة ، ينظم هذا التشريع جنسية واحدة لشعب الدولة الواحد.

ثالثا – مصادر الجنسية :-

اذا كان تنظيم الجنسية بتشريع من الاختصاصات الحصرية للدولة ، والتي لها حرية واسعة في هذا المجال، فيراد بالتشريع القواعد الدستورية التي تتناول موضوع الجنسية ، كأن يشير الدستور إلى أن الجنسية (تنظم بقانون) او ان يتوسع الدستور في إيراد بعض اسس الجنسية ومبادئها ، وهذا ما نجده بالمادة (١٨) من دستور جمهورية العراق (لسنة ٢٠٠٥) الذي جاء فيها :

((**أولا** – الجنسية العراقية حق لكل عراقي وهي أساس مواطنته . **ثانيا** – يعد عراقيا من ولد لأب عراقي أو لام عراقية وينظم ذلك بقانون **ثالثا (أ)** يحظر إسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لأي سبب من الأسباب ، ويحق لمن أسقطت عنه طلب استعادتها ، وينظم ذلك بقانون **(ب)** تسحب الجنسية العراقية من المتجنس بها في الحالات التي ينص عليها القانون

رابعا– يجوز تعدد جنسية العراقي وعلى من يتولى منصبا سياديا او امنيا رفيعا ، التخلي عن أية جنسية أخرى مكتسبة ، وينظم ذلك بقانون

خامسا – لا تمنح الجنسية العراقية لإغراض سياسية التوطين السكاني المخل بالتركيبة السكانية في العراق

سادسا – تنظم أحكام الجنسية بقانون ، وينظر في الدعاوي الناشئة عنها من قبل المحاكم المختصة))

لقد ادخل المشرع الدستوري نفسه في وضع غير صحيح ، وكان عليه أن يترك تفاصيل اغلب ما جاء بالنص أعلاه إلى المشرع العادي ، لا سيما وان بعض هذه الفقرات غير دقيقة وغير واضحة بشكل كافي ، إضافة إلى هذا الوضع يتطلب إصدار اربعة قوانين طبقا للفقرات (ثانيا / ثالثا أ-ب / رابعا) ولم يصدر لحد الان أي قانون من القوانين التي اشار

اليها الدستور الى اصدارها بعد نفاذه [٢] في ٢٠٠٦/٥/٢٠ ، حيث ان قانون الجنسية العراقية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ صدر قبل نفاذ الدستور (صدر في ٢٠٠٦/٣/٧) [٣]

وكان على المشرع ان يساير الامر الدستوري باصدار هذه القوانين ، ا وان يجري تعديل المادة (١٨) اعلاه .

واذا كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تنظيم الجنسية ، الا ان هذه السلطة او الحرية ليست مطلقة ، فهناك مبادئ مستقرة في العرف و القانون والقضاء الدولي ، لابد من مراعاتها لكي لا تتعرض الدولة الى الانتقاد او المعاملة بالمثل لرعاياها ، ومنها عدم جواز الاعتداء على حقوق الدول الاخرى من خلال اجبار رعاياها بالدخول في جنسيتها ، واحترام حق الانسان في التمسك بجنسيته ، وان تكون هناك رابطة او علاقة حقيقية مع الدولة التي يرغب الفرد في اكتساب جنسيتها بارادته الحرة .

المبحث الثاني

بعد ان تناولنا مايتعلق بقواعد تنظيم الجنسية نتناول في هذا المبحث موضوع الحق في الجنسية وبيان المقصود به وانواعه ومايرتبط بهذه الانواع من مباديء:

الحق في الجنسية :-

يراد بالحق في الجنسية ان الحقوق لاتوجد الا في الجماعة ولا معنى للقانون الا بوجود المجتمع الذي هو اساس وجود الحق ونشأة القانون، والقانون كاشف للحق وبيان حدوده، ويعرفه الفقيه الالماني (سافيني)بأنه قدرة ارادية يقدمها القانون لشخص معين ، ويعرفها الفقيه الالماني الاخر (اهرنج) بأنه مصلحة مادية او ادبية يحميها القانون، ويعرف اخرون بانه الحق هو ((رابطة قانونية تخول شخصا من الاشخاص على سبيل الانفراد والاستثناء والتسلط على شيء او اقتضاء اداء معين من شخص اخر)) . [٤]

وانطلاقا من المفهوم المستقر للحق في الجنسية نأتي الى تناوله وكما يلي:

اولا: مفهوم الحق في الجنسية:

رغم ان الدساتير والقوانين الخاصة بالجنسية لاتنص بصريح العبارة على (الحق في الجنسية) الا ان الاعلان العالمي لحقوق الانسان العالمي الانسان ١٩٤٨ يتضمن ذلك في المادة (١٥) ، وكذلك نجده في اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ في المادة (٩) وكذلك ايضا في قرار الجمعية العامة للامم المتحدة بشان جنسية الاشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول في المادة (١١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥) والمادة (١٣ ، ١٥ ،١٦ ،١٧ ،٢٠ ،٢٤ ،٢٦) .ونجد هذه الاشارة في معاهدات واتفاقيات اخرى.

ان الحق في الجنسية ليس حقا مطلقا بل قد يكون حقا محددا او حقا واسعا وكما يلي:_

أ- المفهوم المحدد للحق في الجنسية:

يراد بهذا المفهوم ان يحصل الفرد على جنسية معينه، عندما يلزم المشرع الجهة المختصة على ذلك بعد تحقق شروط معينه ومن خلال نصوص محدده مثل ماورد في المادة (٣) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦ لسنة ٢٠٠٦) (يعتبر عراقيا من ...) وهذا يعني ان القانون يفرض الجنسية العراقية على من تتحقق فيه شروطها وهي الولادة من أب عراقي أو أم عراقية دون الحاجة الى تقديم طلب او الحصول على موافقة رسمية.

وبطريقه اخرى محدده ايضا جاء نص الماده(١٤) في هذا القانون ليقرر (اذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية يصبح اولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين يشرط ان يكونوا مقيمين معه في العراق)

ان هذا الحق يضمن انتقال جنسية الدولة من جيل الى جيل،وبذلك يستمر شعب الدوله في الوجود.

وبهذا الحق يتمتع الفرد بالحقوق التبعية الاخرى السياسية والمدنيه ،

اما ماورد بالمادة (١٥) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ بان (لكل انسان الحق في الجنسية) **every one has the(Right to anationaliy)**

وهذا المبدأ لايتطابق مع ماتذهب اليه التشريعات في فرض الجنسية على فئة من الاشخاص على اساس حق الدم المطلق او المقيد،وماورد بالاعلان هو مبدأ مثالي قد يتعارض مع مصالح الدولة التي لاتكون ملزمة بمنح جنسيتها لاي فرد دون وجود صلة تربطه بها

ب -المفهوم الواسع للحق في الجنسية:

هذا المفهوم لايقتصر على حق الانسان في جنسية دوله معينه ،بل يراد به الحقوق الاخرى التي ترتبط بالحق الاصلي سواء كانت حقوقا مباشرة او غير مباشرة،تجد اساسها في الدساتير والقوانين والمعاهدات والاتفاقيات الدولية واحكام القضاء الدولي واراء كبار فقهاء القانون الدولي الخاص ،ولغرض الاحاطة بالمفهوم الواسع للحق في الجنسية نتناول انواع حقوق الانسان المرتبطة بالجنسية :-

١- الحق في الجنسية منذ لحظة الميلاد:

وهذا الحق هو الاول والاهم والاكثر شيوعا والذي هو اساس كافة التشريعات المنظمة للجنسية عند تحقق شروطه،ويراد به انه ينبغي على الانسان ان يحصل على جنسية دولته منذ لحظه الولاده،وان لايتأخر ذلك الا عندما يتأخر اثبات نسب المولود لأبيه او لأمه اذا كان هذا القانون يساوي بين الجنسية الاصلية على اساس حق الدم من الاب او الام على حد سواء ، فقد نصت المادة (٣)من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦ لسنه ٢٠٠٦)على ((يعتبر عراقيا...أ-من ولد لاب عراقي أو لأم عراقيه) وهنا تفرض الجنسية العراقية ومنذ لحظة الولادة على من يولد الاب متمتع بالجنسيه العراقيه سواء كانت جنسيته اصلية او مكتسبه،ودون الالتفات الى جنسية الام في الحالة الاولى او الى جنسية الاب في الحالة الثانية اذا كانت الام عراقية .وهذا الحق ورد بالدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥(الماده١٨/ثانيا)(١)ويشمل هذا الحق المولود في العراق من ابوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولودا فيه مالميقم الدليل على خلاف ذلك ،(المادة ٣/ب) من قانون ٢٠٠٦ على اساس حق الاقليم المطلق .

٢-الحق في انتقال الجنسية من الاباء الى الابناء :

يرتبط اقرار هذا الحق وتأكيده بما ورد بالفقرة السابقة ، فأذا تمتع الفرد بحق الحصول على جنسية دوله معينه ،فأن ذلك لايشكل نهاية الموضوع ،بأنتهاء نفاذ هذا الحق الذي قد يفقد اهميته اذا انتهى بوفاة الشخص او انه تخلى عن هذه الجنسية او سحبت منه.لذا كان على المشرع ضمان انتقال الحق في الجنسية من الاباء الى الابناء وايجاد القواعد القانونيه التي تحقق ذلك،ومنها تتحقق مصلحة الدوله والافراد بضمان استمرار شعب الدوله.

وقد ذهبت كافة التشريعات الى الاخذ بقاعدة انتقال جنسية الاباء الى الابناء ولو بدرجات مختلفة من خلال الاخذ بها بحق الدم المطلق من جهة الاب أوالأم او من جهة الاب فقط وهذا المبدأ هو الاكثر تطبيقا في الدولة .

او ما يطلق عليه بحق الدم المقيد ماتحدده سياسه الدولة طبقا لمصالحها.ومن هذا نجد ان المشرع في قانون الجنسية(٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغى)اخذ بحق الدم المقيد ومن جهة الاب فقط (المادة الرابعة/١).

٣-الحق في انتقال الجنسية من الزوج الى زوجته وبالعكس:

استقر الفقه والتشريع على مبدأ استقلال كل زوج بجنسية ، ولا اثر للزواج المختلط(زوج وطني والاخر اجنبي) على تغيير جنسية اي منهما كما كان معمولا به في تشريعات عديده ، منها قانون الجنسية العراقية رقم٤٢ لسنه ١٩٤٢[٥] الذي اخذ بنظرية وحدة الجنسية في العائلة .

وقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٠.

ولكن قد يرغب الزوج الاجنبي او الزوجة الاجنبية في الدخول في جنسية الزوج الوطني او الزوجه الوطنية،وهنا تضع التشريعات المختلفة مايسهل لهذا الزوج في اكتساب جنسية الزوج الوطني ، انطلاقا من تحقق الاثار الايجابيه لوحدة الجنسية في العائلة وتقليل مشاكل تنازع القوانين التي قد تثار بينهم.

وهذا ما ذهب اليه المشرع العراقي في قانون ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ حيث تضمنت المادة ٧ ((يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الجنسية...على ان لاتقل مدة اقامته عن خمس سنوات مع بقاء الرابطة الزوجيه.

وجاء بالمادة (١١من نفس القانون)...((للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي ان تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الاتية:

أ - تقديم الطلب

ب- مضي مدة خمس سنوات على زواجها وإقامتها في العراق
ج-استمرار قيام الرابطه الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب...)

ويلاحظ على اغلب التشريعات ان الشروط الميسرة تشمل المرأة الأجنبية زوجة الوطنية اكثر من الزوج الاجنبي.

٤-الحق في الاحتفاظ بالجنسية :

يراد بهذا الحق ان من يتمتع بالجنسية يجب ان لا يكون معرضا للاعتداء على هذا ويكون الحق وسلبه منه يكون غير مستقر في التمتع بجنسيته ، مما يؤثر على مصالحه ومركزه القانوني وينعكس بالتالي على مصالح الدولة، لذا فأن اجراءات سحب واسقاط والتجريد من الجنسية ينبغي ان تحدد بدقة ووضوح وان لاتكون سلاحا بيد سلطة الدولة تهدد به من يخالفها ، لان مثل هذا السلاح يعد من اخطر الاسلحة لانه قد يؤدي الى حالة اللاجنسية (عديم الجنسية).
لذا نجد ان الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ ينص في المادة (١٥ / ٢) على (لايجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفا .....)) ورغم ان الدساتير والقوانين الخاصة لا تتداول في هذه المصطلحات الا انها تضع الشروط التفصيلية لسحب جنسية الفرد او تجريده منها ، مع منحه احيانا حق الطعن في مثل هذه القرارات وامام جهة من جهات القضاء الاداري او العادي [٦]

وكذلك نجد ان على الدولة ان تكون حريصة على رعاياها وان تحصر حالات سحب الجنسية والتجريد منها بأقل الحالات، وهذا ماذهب اليه المشرع العراقي في قانون الجنسية النافذلسنة٢٠٠٦. [٧]
وقد حاول المشرع العراقي في دستور ٢٠٠٥ ان يدافع عن الحق بالاحتفاظ بالجنسية عندما حظر اسقاط الجنسية عن العراقي بالولادة ، بل وسمح له بأستعادتها اذا كانت قد اسقطت عنه واكدت ذلك المادة (١٨ \ اولا)من قانون ٢٠٠٦.

٥- الحق في التخلي عن الجنسية :

لقد مضى زمن الولاء الدائم للملك او الأمير او الإقطاعيون من ثم الدولة ، فقد كانت حركة النقل وتطورها السريع وسهولة انتقال الاشخاص والاموال من مكان لأخر مسألة مؤثرة في امكانية ان يترك الفرد دولته الاصلية ويهاجر الى دولة اخرى ، والتي سهلت استقبالهم ووضعت التشريعات التي تسرع في دخولهم في جنسيتها ، خاصة منذ النصف الاول من القرن التاسع عشر وفي دول العالم الجديد ، وقد لاقت حركة الدخول في الجنسيات الجديدة الرفض من قبل سلطات الدول التي يحمل هؤلاء جنسيتها ، ولم تعترف لهم بالجنسية الجديدة وابقتهم على جنسيتها مما يعني بقاء ولائهم للملك او الرئيس وللدولة.

لقد كانت التشريعات المنظمة للجنسية لاتعترف بأي تغيير يطرأ على جنسية الوطني ، وان اغلب التشريعات تأخذ بهذا الاتجاه ، الا ان الموضوع انحسر تدريجيا من خلال حركات الدفاع عن حرية الانسان وحقوقه الاصيلة ، ان هذهالنصوص التي لاتعترف بحق تغيير الجنسية، وتطلب موافقة الدولة(الملك او رئيس الجمهورية او رئيس الوزراء) قبل الحصول على الجنسية الاجنبية الجديدة تعد مصادرة للحق في حرية التخلي عن جنسية الفرد واكتساب جنسية دولة اخرى،ومن بقايا هذه التشريعات قانون الجنسية المصرية لسنة ١٩٧٥ والتشريعات التي كانت قبله ونظام الجنسية السعودية لسنة ١٣٧٤. [٨]

وقد التزم المشرع العراقي في كافة القوانين والقرارات الصادرة بهذا الشأن ، التزم باحترام حق الانسان بتغيير جنسيته في اي وقت يرغب وهو في الخارج طبعا . بل وكفل له حق العودة الى جنسيته العراقية عندما يرغب بذلك احيانا ، وهذا ماكدته المادة (١٠/ اولا / ثالثا ، والمادة ١٢ ، ١٣ بالنسبة للمرأة العراقية) .

لقد اكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ على هذا الحق في المادة (١٥/ ٢) عندما نصت على ((لايجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفا او انكار حقه في تغييرها)) ونعتقد ان وضع شروط قاسية وعقوبات واجراءات لمنع الحصول على جنسية دولة اخرى او انها تقوم بتأخير الحصول عليها ، كلها لاتجدي نفعا لان من يغير جنسيته سيكون بعيدا عن دولته الاصلية ولا تأثير لها عليه ، بل قد تخسره نهائيا ، لهذا تعمل العديد من التشريعات على التمسك بمواطنيها وعدم التفريط بهم ، وان حصول احدهم على جنسية اخرى لايفقد الامل بعودته الى جنسيته الاصلية ، وعلى الدولة الا تمنع الشخص من تغيير جنسيته لان ذلك يعد انتهاكا لحقوق الانسان.

٦- الحق في استرداد الجنسية:

قد يفقد الانسان جنسيته لسبب من الاسباب القانونية (او السياسية احيانا) اذا وجد نص في تشريع يقرر ذلك، ،ومن هذه الاسباب اكتساب جنسية دولة اخرى ، ولضمان عدم وقوع الشخص في حالة ازدواج الجنسية يقرر المشرع سحب جنسيته الوطنية لان سلطته ونفوذة لايتعدى تشريعاته الوطنية ومواطني الدولة وهذا ماكان معمولا به في المادة (١١) من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغى [٩] .

وفي حاله جديدة في قانون الجنسية لسنة ٢٠٠٦جاء فيها((يجوزللشخص ان يتخلى عن جنسيته العراقية بأرادته .

من جهه اخرى قد ينتج عن سحب جنسية الفرد ان يوقعه في حالة الاجنسية ، وقد يؤثر ذلك على اولاده وزوجته ليوقعهم في نفس المصير،خاصة عندما يتقرر سحب جنسية الاب ،

وتسحب بالتبعية من استفاد من جنسية هذا الاب وحصل على الجنسية الوطنية طبقا للتشريع النافذ ، وهم الزوجة والاولاد الصغار وهذا ما اشارت الية المادة(١٤/ثانيا) من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦((اذا افقد عراقي الجنسية العراقية يفقدها تبعا لذلك اولاده غير البالغين سن الرشد...)

وهذا النص لايتعارض مع حقوق الانسان ، الا اذا كان سيؤدي بالأولاد الى حالة الاجنسية،اما اذا افضى الى جنسية دولة اخرى فالامرلااعتراض عليه .

الا انه وفي بعض الحالات التي لايكون للفرد فيها دور للتعبير عن حريته والدفاع عن حقه في الجنسية،ينبغي ان تتاح له فرصة استرداد الجنسية التي فقدها او انه يرغب بالعودة الى جنسيته الاصلية ، وهذا مااخذت به تشريعات عديدة( ) فقد ذهب المشرع العراقي في قانون (٢٠٠٦) الى ضمان استرداد الجنسية في ثلاثة مواضع وردت بالمواد (١٠/ثالثا) التي جاءفيها (للعراقي الذي تخلى عن جنسيته العراقية ان يستردها ان عاد الى العراق بطريقه مشروعه واقام فيه مالايقل عن سنة واحدة....ولايستفيد من هذا الحق الا مرة واحدة وكذلك المادة (١٣) التي جاءتها (اذا تخلت المراة عن جنسيتها العراقية وفقا لاحكام البند (ثالثا) من المادة(١٠)من هذا القانون ، حق لها ان تسترد جنسيتها العراقية اذا منح الزوج الاجنبي الجنسية العراقية او تتزوج من عراقي او يتوفى عنها زوجها الاجنبي كل ذلك يشرط مهم وجوهري يعبر عن الرغبة الحقيقة ، هو ان تكون موجودة في العراق وتقدم طلبا تحريريا وتعاد لها الجنسية العراقية من تاريخ تقديم الطلب دون حاجة لموافقة جهة معينه.

اما الحاله الثالثة من حالات استرداد الجنسية العراقية :فأنها تخص من فقد جنسيته العراقية تبعا لوالده عندما كان دون سن الرشد فقد منحهم القانون.

فرصة استرداد هذه الجنسية اذا رغبوا بذالك ، واعلان هذه الرغبة يكون بتقديم طلب تحريري ، وهذا يتطلب ان يكون الشخص بالغا لسن الرشد ويعود الى العراق ويقيم فيه سنه واحدة على الاقل ، وجاء نص الماده ١٤ من قانون الجنسيه لسنه ٢٠٠٦ على ((اذ فقد عراقي الجنسية العراقية يفقدها تبعا لذلك اولاده غير البالغين سن الرشد ، ويجوز لهم ان يستردوا الجنسيه العراقيه بناءا على طلبهم اذا عادوا الى العراق واقاموا فيه سنة واحدة ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم)) ويقصد بعبارة (ويجوز لهم ....) اي لمن يرغب بالاسترداد ، اما دور السلطه المختصة فليس لها الا الموافقة ونعتقد ان هذا الاطلاق غير صحيح [١٠]

وقد اورد المشرع العراقي حكما خاصا بالماده (١٨ / اولا) من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ، تتضمن (لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية لأسباب سياسية او عنصرية او طائفية ان يستردها ....)

٧- حق الإنسان في إثبات الجنسية أو نفيها عنه :-

إن مسالة إثبات الجنسية يراد به تقديم الدليل على كون الشخص في رعايا دولة ما وان له سند من قانون هذه الدولة اوتلك يؤكد على انه يحمل جنسيتها.

وقد تثور هذه المسالة بمناسبة نزاع معروض على القضاء كمسالة أولية ينبغي حسمها قبل الدخول في اساس الدعوى ، او ان تكون على شكل دعوى يرفعها شخص ما ضد وزير الداخلية اذا كان هو المسئول عن تنفيذ قانون الجنسية ، ويطلب منه بمنع معارضته في اعتباره عراقي الجنسية مثلا.

ان قواعد اثبات الجنسية مختلف من دولة إلى أخرى ومنها ما وضع هذه القواعد في قانون الجنسية مثل قانون الجنسية المغربية لسنة ١٩٥٨ الذي جاء الباب السادس منه يحمل عنوان (في اثبات الجنسية والإجراءات القضائية)تناول فية تفاصيل إثبات الجنسية الأصلية والمكتسبة،واثر شهادة الجنسية في الاثبات ودور الاثبات القضائي ،وهذا اتجاه محمود لانه لابدمن وجود مثل هذه التفاصيل لخطورة الموضوع ودقة التعامل معه .

واشار قانون الجنسية المصرية الى بعض قواعد الإثبات في القانون رقم ٢٦ لسنه ١٩٧٥ المواد(٢١،٢٢)وبينت المادة (٢٤)على انه (يقع عبء اثبات الجنسية على من يتمسك بالجنسية المصرية او يدفع بعدم الدخول فيها) .وهذا اتجاه دقيق على خلاف التشريعات العراقية التي تركت مسأله اثبات الجنسية العراقية او نفيها عن الشخص للقواعد العامة .

وقد عمل الفقه والقضاء على ايجاد اسس واضحة لاثبات الجنسية العراقية ، واقر انه لايجوز اثبات الجنسية بشهادة الشهود او اليمين او الاقرار.

كما ان المشرع في قانون الجنسية (لسنة ٢٠٠٦) لم يتكلم عن شهادة الجنسية العراقية او شهادة التجنس ودور كل منها في الاثبات، اما قاعدة البينه على من ادعى فقد لاتوفر قناعه معينه امام القضاء ،خاصة وانه يعتمد (مع غياب النص) على التعليمات رقم ( ) لسنة ١٩٦٥ والتي حرص المشرع على بقائها نافذة في المادة (٢١) من قانون (٢٠٠٦).

وكما يصح في أثبات الجنسية يصح كذلك في مسألة نفي جنسية دولة معينه عن شخص معين ، اما للتخلص من الالتزامات التي تقع على الوطني مثل الخدمة العسكرية ولاسباب عديدة اخرى .

الخـاتمة

تناولنا في هذه الدراسة بيان موضوع مهم من مواضيع الجنسية يرتبط به تحديد المركز القانوني للفرد ، والاثار التي تترتب على جنسية الانسان، وحاولنا تسليط الضوء على مختلف الحقوق المرتبطة بالجنسية وبيان اتجاهات الفقه والتشريع من هذه الحقوق وكيف تطورت بتأثير المعاهدات الدولية ، وازدياد الاتصال بين افراد وشعوب العالم مع بعضهم بعد أن استقرت مبادئ حرية الإنسان في الانتقال والتوطن والاستقرار واختيار ما يناسبه من الأوضاع القانونية .

الباحث

هوامش البحث

١- لاتدخل في هذه الدراسة – جنسية الاشخاص المعنوية كالشركات او جنسية السفن والطائرات وغيرها .
٢- جاء بالمادة ١٤٤ من الدستور العراقي ((يعد هذا الدستور نافذا بعد موافقة الشعب عليه بالاستفتاء العام ، ونشره بالجريدة الرسمية ، وتشكيل الحكومة بموجبه ، وكان الدستور قد نشر بالجريدة الرسمية العدد ٤٠١٢ في ٢٠٠٥/١٢/٢٨ وجرى الاستفتاء عليه يوم ٢٠٠٥/١٢/٣١ ، وشكلت الحكومة بموجبه في ٢٠٠٥/٦/٢٠)) .
٣- نشر قانون الجنسية العراقية بالجريدة الرسمية .٤٠١٩ في ٢٠٠٦/٣/٧ وصدر عن الجمعية الوطنية .
٤- لمزيد من التفاصيل راجع – فلسفة القانون – الدكتور حسن علي الذنون / ط ١ مطبعة العاني ١٩٧٥ بغداد / ص ٢٢٤ ومابعدها .
٥- كان نص المادة (١٧) من قانون ١٩٢٤ وقبل تعديلها في ١٩٤١/٢/٥ تنص على ((زوجة العراقي تعتبر عراقية وزوجة الاجنبي تعتبر اجنبية)) فالزواج من عراقي يكسب الزوجة الاجنبية جنسية زوجها فور الزواج ، كما ان زواج العراقية من اجنبي يسبب لها فقدانها لجنسيتها كاثر فوري لهذا الزواج .
٦- انظر المادة ١٩ من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ التي تنص على ((تختص المحاكم الادارية في الدعوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون)) وهذا النص غير واضح حيث لاتوجد محاكم ادارية وبهذا المصطلح في العراقي .
٧- بعد ان اجاز المشرع حق التخلي عن الجنسية العراقية (م ١٠ / اولا) فانه وضع نصا واحدا جوز فيه سحب الجنسية العراقية عن الأجنبي الذي اكتسبها اذا قام او حاول القيام بعمل يعد خطرا على امن الدولة ، أو قدم معلومات خاطئة استفاد منها لغرض الحصول على الجنسية العراقية (م ١٥ من القانون) .
٨- ذهبت تشريعات اخرى الى سحب الجنسية من الوطني اذا تجنس بجنسية اجنبية دون موافقة دولته ، ومنها قانون الجنسية القطرية رقم ٣٨ لسنة ٢٠٠٥ عندما نصت ((يجوز يجوز بقرار اميري اسقاط الجنسية القطرية عن القطري في الحالات التالية .....٥- اذا تجنس بجنسية اجنبية)).
٩- تنص المادة ١١ من قانون ١٩٦٣ على ((١- كل عراقي اكتسب جنسية اجنبية في دولة اجنبية باختياره يفقد جنسيته العراقية)).
١- ان قانون الجنسية المغربية يحصر حق استرجاع الجنسية المغربية بموسوم لكل شخص كان يتمتع بها كجنسية اصلية عندما يطلب ذلك (انظر الفصل ١٥ من قانون الجنسية لسنة ١٩٥٨

جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار
في قانون العقوبات العراقي

اعـداد

الدكتور حسين عبد الصاحب عبد الكريم

استاذ القانون الجنائي المساعد ــ كلية القانون ــ الجامعة المستنصرية

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمــة

تُعد جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار احدى الجرائم الواقعة على الاشخاص والتي تهدد أمن المجتمع واستقراره حيث ان معظم النتحرين هم ممن يكونوا في اوج سن الانتاج والذين تتراوح اعمارهم مابين ٢٠ – ٤٠ عاماً الامر الذي يترتب عليه خسارة روح عاملة وتصدع في الدائرة الاجتماعية التي تحيط بالمنتحر اضافة الى تفكك اعم في كفاءة المجتمع الاقتصادية والنفسية والاجتماعية مما دعا معظم التشريعات الجنائية الى معالجة هذه الجريمة ضمن نصوصها العقابية .

وقد اخترت البحث في هذه الجريمة لزيادة ظاهرة الانتحار بالوقت الحاضر في قطرنا العزيز وقد قسمنا هذا البحث الى فصلين :

نتناول في **الفصل الاول** ماهية جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار وقد قسمنا هذا الفصل الى مبحثين ، نتناول في المبحث الاول التاصيل التاريخي لظاهرة الانتحار وفي المبحث الثاني ندرس التكييف القانوني للجريمة .

اما **الفصل الثاني** فقد تطرقنا فيه الى اركان جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار وقد قسمنا هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الاول دراسة الركن المادي ، اما المبحث فقد خصصناه لدراسة الركن المعنوي في هذه الجريمة .

وقد ختمنا بحثنا هذا بخاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والاقتراحات التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة .

الفصل الاول

ماهية جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار

ان المادة (٤٠٨) من قانون العقوبات العراقي تضمنت فعلين فقط هما التحريض والمساعدة فهما يمثلان السلوك الاجرامي المعاقب عليه في الجريمة محل البحث ولغرض الاحاطة بالموضوع قسمنا هذا الفصل الى مبحثين وكالآتي :-

المبحث الاول

التأصيل التاريخي لظاهرة الانتحار

تُعد شريعة حمورابي اكثر الشرائع العراقية القديمة كمالاً ، وتحتوي هذه الشريعة على (٢٨٢) مادة تنص في بعض موادها على الجرائم الماسة بحياة الانسان وسلامة جسده الا اننا لم نعثر في مواد هذه الشريعة مادة تتعلق بالانتحار وانما وجدنا نصوصاً عن القتل العمد [١] في المواد (٢١٠، ٢١٢ ،٢١٤) وجريمة القتل الخطأ في المادة (٢١٨) اما الشرائع العراقية الاخرى كشريعة اورنمو ولبت عشتار واشنونا فلم تنص على الانتحار ولا على القتل العمد بل اكتفى بعضها بذكر جرائم الجرح والضرب والايذاء .

اما الانتحار في التشريع اليوناني والروماني فأنه محرم بصورة مبدئية دون المعاقبة عليه وقد اجازته فقط للقادة العسكريين أثر هزيمة حربية بداعي الحفاظ على الشرف والواجب ولكن منعته على افراد القوات المسلحة الى الحد الذي نصت فيه على انزال العقوبة بمن حاول الانتحار منهم وبقي على قيد الحياة رغم اصابته ولوكانت بالغة [٢] .

ان القانونيين الروماني واليوناني اتخذا موقفاً مزدوجاً ازاء الانتحار، فالقانون العسكري يعاقب من يقدم على الانتحار من الجنود في حين يهمل القانون الجنائي للمدنيين النص عليه مطلقاً ، وقد شاع هذا الاختلاف بين القانون العسكري والقانون الجنائي للمدنيين في اغلب المجتمعات الحديثة ، لكن في روما يُعد انتحار المدني جريمة في حالة اللجوء عليه للتهرب من دفع الضرائب فكان للدولة الحق في مصادرة املاكه لغرض تسديد ماعليه من ضرائب ، كما يُعد انتحار المدني جريمة ايضاً اذا كان تهرباً من المثول امام المحاكم .

اما موقف الشرائع السماوية من ظاهرة الانتحار فتنظم الاديان حياة الانسان الآنية المادية وتهيؤه الى استقبالالحياة الروحية المثالية عن طريق الالتزام بالمثل العليا والعبادة والايمان بنوع من حياة اخرى بعد الممات ، كما ان لكل دين منحى وتعاليم وطقوساً ولكل دين نظرة او فكرة

---

[١] د. سليم حربة ، القتل العمد واوصافه المختلفة ، الطبعة الاولى ، بغداد ، مطبعة بابل ، ١٩٨٨ ، ص ١١ .

[٢] فريد الزغبي ، الموسوعة الجنائية ، المجلد الرابع ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٢٩٠ .

عن الموت والحياة وبالنتيجة عن قتل الانسان لنفسه والدين – كمنظم اجتماعي وفكري – له علاقة قصوى بالانتحار[٣].

يرى العديد من المفكرين ورجال الدين والقانونيين ان اليهودية لم تحرم الانتحار كما انها لم تشجعه لكن نستطيع ان نستشف تحريم الشريعة العبرانية للانتحار في التلمود والتوراة وذلك من وصية موسى (لاتقتل) فقد فسرت بشمولها الذات أي (لاتقتل نفسك) كما (لاتقتل الغير) فكانت تنزل بالمنتحر عقوبة الحرم الديني في عدم دفنه وفق الشريعة [٤] .

وتجدر الاشارة بأنه لم تكن المسيحية في اول ظهورها قد اولت اهتمامها بقتل النفس حيث لم يحرمه الانجيل صراحة ولكن كثرة حوادث الانتحار ووجوده بين ثقافات بدائية متاخمة للمسيحية اثناء انتشارها حفز رجال الدين على اتخاذ موقف حازم وصريح منه وكان ذلك على يد القديس اوغسطين في اوائل القرن الخامس للميلاد ومن بعده بحوالي ٨٥٠ سنة توماس الاكويني [٥] .

وهكذا اصبح للكنيسة موقف صريح من الانتحار بصورة مطلقة وعدته خطيئة اصلية لامغفرة لها ومصير المنتحر الهلاك الابدي لتمرده على الارادة الالهية كما ان الحق الكنسي عدَّ الانتحار من قبيل جناية القتل مع مايستتبع ذلك من حرم ومن عدم اجراء مراسم الدفن الدينية [٦] وقد تاثرت التشريعات الجزائية في بلدان اوربا بموقف الكنيسة فعاقبت الانتحار بأعادة محاكمة جثث المنتحرين بعد نبش رفاتهم والقضاء عليهم مجدداً بالاعدام وبمصادرة املاكهم وبأنزال معالم العار بحق عوائلهم .

اما الاتجاه في الدين الاسلامي فأن الله سبحانه وتعالى كرم الانسان وفضله على كثير من خلقه سبحانه وتعالى (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ) [٧] فخلقه بيده ونفخ فيه من روحه وأسجد له ملائكته وسخر له ما في السموات وما في الارض جميعاً وزوده بالتقوى والمواهب واستخلفه في الارض واول هذه الحقوق وأولاها بالعناية هي حق الحياة وهو حق مقدس لايجوز انتهاك حرمته لأن الانسان بناء الله فلا يحق لأحد هدمه بغير حق شرعه الله ولهذا نهى الاسلام عن قتل النفس (الانتحار) وحتى الدعاء بالموت او التحريض على الانتحار كما نهى عن قتل الغير وقد جاء تحريم الانتحار في القرآن الكريم والسنة النبوية بصورة قاطعة قال تعالى (وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً) [٨] وروى البخاري ، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) (من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً فيها بداً) .

---

[٣] محمد جمال القاسمي ، تفسير القاسمي ، الجزء الثاني ، ١٩٧٤ ، ص ١٢٦ .

[٤] فريد الزغبي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠ .

[٥] د. فخري الدباغ ، الموت اختياراً ، من منشورات المكتبة المصرية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ١١٠ .

[٦] فريد الزغبي ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

[٧] سورة الاسراء ، الآية ٧٠ .

[٨] سورة النساء ، الآية ٢٩ .

ان التشريع الجنائي الاسلامي حرم الانتحار ونص على عقوبة للمنتحر وان اختلف الفقهاء تفاصيلها ، فللمنتحر عقوبة سماوية ولاعقوبة دنيوية عليه لأنه جرت العادة الى اواخر القرن الثامن عشر في البلاد الغربية ان يعاقب المنتحر بشتى الوسائل وقد أوجد الدين الاسلامي للانتحار (كفارة) [٩] .

وقد اختلف الفقهاء في تلك الكفارة كما ترتب على تحريم الانتحار ايضاً معاقبة شريك المنتحر في الجريمة ان وجد [١٠] .

وللدين الاسلامي – كالمسيحية – تاثير وقائي ضد الانتحار ولكنه لايستطيع ضبط العوامل الاخرى التي تشجع عليه ، لذا نجد السلوك الانتحاري في اغلب الدول الاسلامية وان كانت نسبته واطئة [١١] وكانت دراسة الانتحار من قبل الباحثين تبتعد علمياً اما الشريعة الاسلامية فلم تهمل هذا الامر فقد احاطت بجميع احكام وجزيئات هذه المشكلة حيث سبقت القوانين الوضعية في الأخذ باسباب الوقاية من الانتحار والحد من وقوعه ومن الاخطار الناجمة عنه كما تضمنت من العقوبات ماهي زاجرة ورادعة في كل زمان ومكان .

---

[٩] الكفارة : هي عقوبة تعبدية يُقصد منها مصلحة الجاني ، فمن اوجبها في مال المنتحر – في حال موته – واذا لم يمت المنتحر فيعاقب شرعاً عن محاولته وعقوبته تكون التعزير .

[١٠] عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، الجزء الاول ، مكتبة دار العروبة ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٤٤٦ .

[١١] د. فخري الدباغ ، المرجع السابق ، ص ١١٥ .

المبحث الثانـــي

التكييف القانوني لجريمة التحريض او المساعدة على الانتحار

ان معظم التشريعات الجنائية تضمنت نفي الصفة الجرمية عن فعل الانتحار والشروع فيه وهذا الامر يؤدي بنا الى نتيجة الا وهي عدم تصور وقوع الاشتراك في الانتحار ايضاً حيث ان من اركان الاشتراك ان يكون محله غير مشروع [١٢] .

وسوف نستعرض في هذا المبحث كيفية معالجة التشريعات الجنائية للجريمة محل البحث واثر الرضا فيها في مطلبين :

المطلب الاول

موقف التشريعات الجنائية

بما ان معظم التشريعات الجنائية تذهب الى نفي الصفة الجرمية عن فعل الانتحار والشروع فيه ، فمسايرة للقواعد العامة لايمكن تصور الاشتراك فيه ومن ابرز الامثلة على التشريعات التي نهجت ذلك النهج التشريع الجنائي الفرنسي والمصري فلايقع تحت طائلة العقاب – في ظل هذين القانونيين – من يحرض الغير على الانتحار او يجهز ادوات الموت للمنتحر .

وفي التشريعات التي لاتعاقب على الاشتراك في الانتحار يجب في كل الاحوال ان لايصل فعل الاشتراك الى درجة القيام بعمل تنفيذي يدخل في تعريف الركن المادي لجريمة القتل ففي هذه الصورة لايوجد انتحار وانما جريمة قتل عمد ، فمن يضع حبل المشنقة في عنق الراغب في الموت اويطلق النار عليه او يسحب الكرسي من تحت قدميه واذا كان ماذكر سلفاً هو اتجاه بعض التشريعات الجنائية فأن الغالب منها وان كان يُعد الشروع في الانتحار فعلاً مباحاً الا انها تعاقب التحريض والمساعدة عليه بنصوص خاصة ويبرر فقهاء القانون هذا التوجه الذي وان كان فيه خروج عن القواعد العامة هو ان المنتحر شخص اقدم على هدم كيانه وهذا فعل من اختصاص التعاليم الدينية والاخلاقية اكثر من اهتمام القانون [١٣] .

واذا كان هناك مايمنع المشرع لسبب او لآخر عقاب الانتحار او الشروع فيه فأنه ليس هناك مايمنع من العقاب على المساهمة في فعل الانتحار ، حيث لايجوز ان يبقى دون عقاب الشخص الذي يعبث بحياة الآخرين ويهدرها [١٤] . فالتحريض او المساعدة على الانتحار ابشع ما في

---

[١٢] الدكترو ضاري خليل محمود ، أثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية ، دار القادسية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ١٦٤

[١٣] د . عبد الستار الجميلي ، جرائم الدم ، ج١ ، ط٢ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٣٣٦ .

[١٤] د. محمد الفاضل ، المبادىء العامة في قانون العقوبات ، ط ٤ ، دمشق ، ١٩٦٥ ، ص ٣٨٣ .

السلوك الانتحاري وهنا تتجلى عملية دنيئة من استغلال عقول الآخرين ودفعهم الى ارتكاب فعل الانتحار ونرى بأن هذا التصرف بحد ذاته يُعد سبباً كافياً لتجريم هذا السلوك .

ومن التشريعات الجنائية التي سلكت هذا المسلك أي عقاب وسيلة التحريض او المساعدة في فعل الانتحار التشريع السوري في المادة (٥٣٩) والتشريع اللبناني في المادة (٥٥٣) وكذلك التشريع السوداني في المادتين (٢٥٧) و (٢٥٨) والتشريع الجزائري في المادة (٢٧٣) والمادة (٣٧٦) من التشريع الليبي والمادة (٢٠٦) من التشريع التونسي والمادة (٤٠٧) من التشريع المغربي .

ومن التشريعات الجزائية الغربية المادة (٥٨٠) عقوبات ايطالي والمادة (١١٥) عقوبات سويسري والمادة (٣٠١) عقوبات يوناني .

وقد عالج المشرع العراقي جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار في قانون العقوبات البغدادي وكذلك في قانون العقوبات النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

فتنص المادة (٢٢٠/أ) من قانون العقوبات البغدادي الملغي على (كل من حرض شخصاً او عاونه على الانتحار يجازى – اذا وقع الانتحار – بالاشغال الشاقة ...) .

اما قانون العقوبات النافذ فقد نص في المادة (٤٠٨) منه على (١- يعاقب .... من حرض شخصاً اوساعده باية وسيلة على الانتحار ...) .

وحسناً فعل المشرع العراقي حين افرد نصاً خاصاً وصريحاً يعاقب على الاشتراك في فعل الانتحار لأن فعل الانتحار غير معاقب عليه قانوناً ، وبما ان الفعل الاصلي غير معاقب عليه فالمفروض ان الشريك في هذا الفعل ايضاً لاعقاب عليه وذلك لأنه لااشتراك جنائياً في فعل مباح [١٥] .

المطلب الثانـــي

رضا المجني عليه وأثره في جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار

ان غالبية التشريعات الجنائية الحديثة تنص على عدم الاعتداد برضا المجني عليه في جريمة القتل والايذاء العمد بوجه عام ، ولكن هذه التشريعات في مختلف دول العالم قد اتخذت مسارات تشريعية متباينة في هذا الشأن خصوصاً بالنسبة لجرائم معينة ذات خطورة وصفة خاصة كجريمة القتل بناءاً على طلب المجني عليه وجريمة الاجهاض الرضائي والشروع في الانتحار والمساعدة عليه .

[١٥] د. فوزية عبد الستار ، المساهمة الاصلية في الجريمة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٢٦٢ .

ان المشرع العراقي لايعرف القتل بناءاً على طلب المجني عليه ولا القتل بالعاطفة او الالم أي انه لايعتد بالرضا في اباحة الافعال الماسة بحياة الانسان او سلامة جسده ، اما بالنسبة لدور الرضا في جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار فالكلام عنه مقصور على حالة اقدام المنتحر عليه بمحض رضاه ذلك لأن جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار لاتكون متوافرة متى اكره المجني عليه على الانتحار او خدع فأقدم عليه انما تكون هنالك جريمة قتل عمدية ، فالانتحار هو رغبة تامة لأنسان في الموت فأذا اكره على قتل نفسه او أوهم على اتيان عمل نتيجته الموت ، كأن يوهم شخص ما المجني عليه بأمساك سلك مكهرب مدعياً انه ليس كذلك عندئذ يُعد الفاعل قاتلاً عمداً ولارغبة يعتد فيها القانون في هذه الحالات [١٦] .

فالرضا بالانتحار بناءاً على تحريض او مساعدة هو الحد الفاصل بين ما يُعد تحريضاً او مساعدة على الانتحار وبين مايُعد قتلاً عمداً ، وقانون العقوبات العراقي لم يعتد برضا من يشرع في الانتحار وبالتالي لم يجعل هذه الافعال مباحة بأعتبار ان المجني عليه رضي بتحريضه او مساعدته على الانتحار تطبيقاً لقاعدة (انعدام أثر الرضا في اباحة الافعال الماسة بحياة الانسان وسلامة جسده) .

والسؤال الذي يطرح نفسه بهذا الشأن : ماهو موقف المشرع العراقي من جريمة القتل بناءاً على طلب المجني عليه ؟

من البساطة ان نتصور امكانية ان يطلب المجني عليه من الجاني ان يقضي عليه لينقذه من حال مشين كأن يكون أفلس او ارتكب فعلاً مخلاً بالشرف الى آخر ما هنالك من اسباب وكأن يكون ضحية آلام مرض عضال يفقده طعم الحياة ويقطع بينه وبين حبال الحب والتعلق ومن التشريعات التي تضمنت عقوبة لهذه الحالة هو التشريع الجنائي السويسري اذ نص في المادة (١١٤) منه على (يعاقب بالحبس كل من قتل شخصاً بناءاً على طلبه الجدي) [١٧] .

والذي يهمنا هو حالة ما اذا كان طالب الموت يتألم من مرض عضال لايرجى شفاؤه اذ الاسباب التي تدعو الى طلب الموت كثيرة تختلف باختلاف البواعث والدوافع فلايكفي ان يكون المجني عليه قد تمنى الموت وارادة بل لابد ان يكون طلبه وبصورة جدية وبجمع اغلب الشراح على ان أهم مايشترط هو ان يكون طالب الموت متمتعاً بقوة ادراك تكفي لتفهم خطورة ما يطلب هذا يعني ان يكون حراً ومختاراً .

اما موقف المشرع العراقي فأنه فضل السكوت وامام هذا السكوت الصريح يمكن القول بأن القتل رحمة بناءاً على رضا المجني عليه لايُعد الا قتلاً عادياً تطبق عليه القواعد العامة للقتل العمد . فالدافع الشريف والشعور المحمود لايمكن لهما ان يغيرا التكييف القانوني للفعل المرتكب ولكن ادراكاً من المشرع لضرورة ايجاد مخرج للقاضي الجنائي لتخفيف عقوبة الموت في هذه

---

[١٦] ضاري خليل محمود ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ .

[١٧] وانظر كذلك المادة (٥٣٨) عقوبات سوري والمادة (٥٥٢) عقوبات لبناني والمادة (٥٧٩) عقوبات ايطالي والمادة (٢١٦) عقوبات الماني والمادة (٣٠٠) عقوبات يوناني .

الحالة او في الحالات التي يجد فيها القاضي ان من العدالة الرحمة بالجاني تبعاً للظروف فقد نص المشرع على الاعذار القانونية والظروف القضائية وحسناً فعل [١٨] .

وبهذا اعطى القانون الى القاضي سلطة تقديرية واسعة يقدر معها العقوبة التي يراها مناسبة وفقاً للظروف التي احاطت بالجريمة .

فأذا لم تتوفر احدى الظروف المشددة فأن القتل يُعد بسيطاً تطبق عليه احكام المادة (٤٠٥) عقوبات عراقي مع امكان تطبيق احكام المادة (١٢٨) عقوبات عراقي الخاصة بالظروف المخففة حيث ان هذا الحكم يجد له تطبيقاً في الحالة التي نحن بشأنها .

وبعد هذا العرض الموجز لجريمة القتل برضا القتيل شفقة او رحمة تبين لنا الاختلاف الجوهري بين هذه الجريمة وبين الجريمة محل البحث وان كان هناك بعض التشابه بينهما في ان المجني عليه في الجريمتين شخص رفض الحياة وتتمثل هذه الفروق في امور عديدة منها الركن المادي ففي حالة الانتحار او الاشتراك به يكون المجني عليه – المنتحر – هو الذي ارتكب السلوك الاجرامي اما في حالة القتل برضا القتيل فأن المجني عليه يكون قد اتخذ موقفاً سلبياً دون ان يرتكب السلوك الاجرامي .

والفرق الآخر يتجلى في الباعث ، فالباعث كما هو معروف لايُعد ركناً في جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار في حين نجد ان الباعث ركن في جريمة القتل رحمة برضاء المجني عليه في الدول التي عالجت هذا النوع من الجرائم ، وكذلك يتضح الفرق الآخر في محل الجريمة ، ففي جريمة القتل رحمة او شفقة يجب ان يكون المجني عليه شخصاً مريضاً يعاني من آلام لايمكن تحملها ولايستطيع التخلص منها بطريقة اخرى سوى القتل فأذا كانت تلك الآلام محتملة مهما كانت قسوتها فلا يُعد القتل اشفاقا واذا كانت تلك الآلامً من الممكن طبياً معالجتها والتخلص منها او تخفيضها الى الحد الذي يجعلها محتملة لم يكن القتل الواقع اشفاقاً بل قتلاً عمدياً بسيطاً او مشدداً حسب الظروف والاحوال [١٩] .

---

[١٨] انظر المواد (١/١٢٨) والمادة (١٣٠) من قانون العقوبات العراقي .

[١٩] د. عبد الستار الجميلي ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

الفصــل الثانــي

اركان جريمة التحريض او المساعدة على الانتحــار

لكل جريمة اركانها الخاصة بها أي شروط حددها التشريع للعقاب وان هذه الاركان تختلف من جريمة الى اخرى بحسب نوعها وطبيعتها وان كانت كلها مستمدة في النهاية من النظرية العامة للتجريم وسوف نتناول في هذا العرض الموجز اركان جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار في ضوء ما حددته النصوص التشريعية وذلك في مبحثين كالآتــي :-

المبحث الاول

الركــن المــادي

الركن المادي للجريمة هو سلوك اجرامي بأرتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل أمر به القانون [١] ، ولو دققنا في السلوك الاجرامي لجريمة التحريض او المساعدة على الانتحار نجده حسب المادة (٤٠٨) عقوبات عراقي يقتصر على صورتين وهما التحريض او المساعدة [٢] ، وسوف نبحث عناصر الركن المادي لهذه الجريمة بايجاز في ثلاثة مطالب :

المطلب الاول

صور السلوك الاجرامــي

في هذا المطلب سوف نبحث صور السلوك الاجرامي لجريمة التحريض او المساعدة على الانتحار وهما التحريض او المساعدة في فرعيين :-

---

[١] المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

[٢] وقد اختلفت القوانين العقابية العربية في الاشارة الى صور الركن المادي لهذه الجريمة حيث اقتصر المشرع السوداني في المادة (٢٧٣) على التحريض بينما نص المشرع الجزائري على المساعدة فقط في المادة (٢٧٣) ، واستعمل المشرع الكويتي في المادة (١٥٨) ثلاث صور وهي التحريض والمساعدة والاتفاق ، والبعض الآخر من التشريعات حذت حذو المشرع العراقي فحددت صورتين للركن المادي لهذه الجريمة فنصت على التحريض والمساعدة كما فعل المشرع السوري في المادة (٥٩٣) عقوبات والمشرع اللبناني في المادة (٥٥٣) عقوبات .

الفـرع الاول

التحريـض

التحريض هو تأثير مباشر على المحرَض لأرتكاب جريمة او حمله ودفعه على ارتكابها او اقناعه بأرتكابها [٣]، فيتضح من ذلك ان التحريض اما ان يكون بصورة مباشرة الى فرد معين بالذات او الى جماعة معينة وهذا مايسمى بالتحريض الخاص [٤]والتحريض الخاص يحصل في الغالب بطريقة سرية اما التحريض العام فيحصل عن طريق العلانية ، ومن اطلاعنا على جميع التشريعات الجنائية العربية التي نصت على جريمة التحريض على الانتحار وجدنا انها ضمنت نصوصهاً فقط حالة من يحرض شخصاً وبهذا فالتحريض في الجريمة محل البحث هو تحريض خاص ويحصل هذا التحريض الخاص في الغالب بصورة سرية ، اذن التحريض على الانتحار هو تحريض فردي سري .

وهذا أمر تؤاخذ عليه التشريعات الجنائية العربية حيث يتم اغفال النص على التحريض الذي يوجه الى مجموعة من الناس – أي اكثر من شخص واحد – سـواء أكانت تجمعات معينة (كمن يحرض على الانتحار فئة خاصة) او غير معينة (كمن يحرض على الانتحار مجموعة من الاشخاص تجمهروا في مكان معين لظرف ما) فنرى من الافضل لو تنبه المشرع الى هذه الحالة وعَد التحريض عندئذ ظرفاً لتشديد عقوبة تلك الجريمة لاسيما ان هذه الجريمة كما رأينا قد صنفت ضمن الجرائم الواقعة على الاشخاص وفي هذه الجرائم يُعد ظرف تشديد تعدد المجني عليهم لذا نعتقد النص على هذا الظرف في المادة (٤٠٨) عقوبات عراقي حتى يكون رادعاً لمن تسول له نفسه سلوك هذا المسلك .

ان النشاط التحريضي قد يتخذ شكل حركات عضوية كالاشارة او الكلام او الكتابة وقد يترك بعضها أثراً ملموساً في العالم الخارجي وقد يقتصر على مجرد الأثر المعنوي [٥].

والسؤال الذي يطرح بهذا الشأن ، : ما وقت تحقق النشاط التحريضي في الجريمة موضوع البحث ؟ وهل اشترط القانون على وسائل معينة لوقوع التحريض ؟

ان التحريض قد يكون معاصراً للجريمة أي اثناء ارتكاب الجريمة لذلك نتصور وقوع التحريض بصيغة قيام المحرض بتشجيع المنفذ على المضي لأتمام الركن المادي للجريمة المحرض عليها مما يجعله شريكاً معاصراً للجريمة وهناك من يرى ان التحريض الذي يُعد جريمة شكلية يجب ان يصدر قبل وقوع الفعل المجرم ، ونلاحظ ان موقف التشريعات متباين

---

[٣] سيد حسن البغال ، موسوعة التعليقات على قانون العقوبات ، دار الثقافة العربية ، ١٩٦٥ ، ص ١٤٩ .

[٤] مثال ذلك مانصت عليه المادتين (١٩٨/ ب و ٦١) عقوبات عراقي .

[٥] احمد علي مجذوب ، التحريض الجنائي وآثاره القانونية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٩٤ .

بتحديد وقت ووسائل التحريض فالقانون الفرنسي مثلاً من القوانين التي حددت وسائل التحريض ومن استقراء تلك الوسائل نجدها من النوع الذي يسبق وقوع الجريمة [٦]وكذلك الامر في القانون المغربي الذي حصر وسائل التحريض في المادة (١/١٢٩) منه [٧].

اما القوانين التي لم تشترط وقوع التحريض بوسائل معينة كقانون العقوبات البغدادي وقانون العقوبات القطري والكويتي والبحراني والسوداني ، فمن المتصور ان يقوم جدال فيها بشأن التحريض ووقت وقوع الجريمة ، فالبعض يرى ان من الممكن وجود تحريض مصاحب للجريمة لاسيما في الانظمة التي تعد المحرض شريكاً يستمد اجرامه من تجريم الفعل الاصلي ويعزز هذا التوجه ان القوانين الجنائية تنص على اشتراط وقوع الفعل بناءاً على التحريض دون ان تشترط وقوعه قبل البدء بتنفيذ الجريمة [٨].

فالملاحظ ان موضع التحريض من حيث العلاقة الزمنية بينه وبين الجريمة المرتكبة يرجع الى طبيعة الصياغة القانونية والنظرية السائدة في ذلك التشريع فهناك تشريعات مثلاً تستخدم مصطلحات للتعبير عن التحريض كالتشجيع والاستحسان والتحبيذ ... الخ فمن المتصور قيام تحريض سابق ومعاصر في نظرها بل وقد يتحقق تحريض لاحق ايضاً . اما التشريعات التي تقصر التحريض على اثارة العزم ودفع المحرض الى ارتكاب الجريمة يكون التحريض من وجهة نظرها سابقاً على ارتكاب الجريمة .

وتجدر الاشارة الى انه يتفق غالبية الشراح على ان جرائم التحريض لابد ان تقع بنشاط ايجابي سواء اشترطت له وسيلة ام لم تشترط فالتحريض على الانتحار لابد ان يقع بفعل ايجابي ينتج عنه حركة عضوية اختيارية تصدر عن ارادة الفاعل فيترك اثراً تلمسه الحواس او تدركه بسهولة مما يضفي على اعمال التحريض صفة الجريمة الايجابية [٩].

وبالنسبة لموقع التحريض في جريمة التحريض على الانتحار ، والتحريض في الجريمة محل البحث يتخذ وضعاً خاصاً لذا فهو يتمتع بخصوصية تخرج فيها معظم التشريعات الجنائية عن القواعد العامة التي تنص عليها بهذا الشأن ، فأنه من الممكن ان يكون سابقاً او معاصراً لواقعة الانتحار فقد نص المشرع العراقي في المادة (١/٤٠٨) من قانون العقوبات على انه (... من حرض شخصاً ... اذا تم الانتحار ...) فلم يشترط وقوع التحريض بوقت معين وكل ما اراده المشرع هو ان يكون الانتحار قد تم بناء على ذلك التحريض ، اما التحريض اللاحق فمن غير الممكن تحققه في هذه الجريمة ، لأن الجريمة محل البحث جريمة وقتية تنتهي بتحقق الانتحار او الشروع فيه وهذا هو الحال جميع التشريعات المقارنة التي نصت على هذه الجريمة حيث

---

[٦] المادة (١٦٠) من قانون العقوبات الفرنسي .

[٧] وهذه الوسائل هي الهدية او الوعد او التهديد او اساءة سلطة او ولاية او تحايل .

[٨] المادة (٤٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ والمادة (٥٤) عقوبات بغداد الملغي .

[٩] د. حميد السعدي ، شرح قانون العقوبات الجديد ، الجزء الاول ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٥ ، ص ٤٦ .

اوردت التحريض على هذه الجريمة بصيغة عامة فلم تشترط وقوعه بزمن معين انما ارادت ان يكون التحريض مرتبطاً بالانتحار برابطة السببية كشرط اساسي للمساءلة الجزائية [١٠].

الفرع الثانـــي

المساعـدة

المساعدة فعل يقصد به تسهيل الانتحار والمساعدة عليه ومن الممكن تحققها بالوسائل المعنوية كالنصح والارشاد واعطاء التعليمات كما ان من الممكن ان تكون بالوسائل المادية والسؤال الذي يطرح بهذا الشأن مالفرق بين المساعدة والتحريض ؟

يتجسد الفارق بين المساعدة والتحريض كون المساعدة لاشأن لها بخلق فكرة الجريمة فهو يقدم المعونة المادية او المعنوية فقط وما يشترط في المساعدة ان يكون لها مظهر خارجي ملموس كتقديم السلاح او رسم الخطة والادلاء بمعلومات وارشادات من شأنها تسهيل ارتكاب الجريمة ، اما التحريض فهو طابع نفسي يتوجه به المحرض نحو نفسية الفاعل فيؤثر في ارادته ويخلق او يعزز فكرة الجريمة لديه ومن ثم يدفعه الى ارتكابها [١١] .

ان صور المساعدة عديدة وهي تختلف بأختلاف ظروف كل جريمة فالمساعدة هي تقديم العون أياً كانت صورته الى الفاعل الاصلي فيرتكب الفاعل جريمته بناء على ذلك العون وتكون من حيث زمن تقديمها فهي اما ان تكون مساعدة بالاعمال المجهزة للجريمة او المسهلة او المتممة لأرتكابها وهذا التقسيم منصوص عليه في الفقرة (٣) من المادة (٤٨) من قانون العقوبات العراقي النافذ وهو يُعد شريكاً في الجريمة ، فمن امثلة المساعدة في الاعمال المجهزة تقديم البيانات والمعلومات للمنتحر او اعطاء المادة السامة له او تحضيرها او تقديم السلاح وتقدير هذه الاعمال وتمييزها فيما يتعلق بأنها من الاعمال التحضيرية او التنفيذية مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع من ظروف القضية ووقائعها .

ومن امثلة المساعدة في الاعمال المسهلة في الجريمة محل البحث كأن يقوم الشريك المساعد بناءً على اتفاق مسبق بينه وبين المنتحر بمنع وصول شخص ما وذلك بتضليله كي يسهل للمنتحر اتمام فعله بهدوء .

والسؤال الذي يطرح هنا هو هل انه من الممكن ان يكون هناك مساعدة بعمل لاحق على ارتكاب فعل الانتحار ؟

تختلف التشريعات الجنائية في تكييف الاعمال اللاحقة على ارتكاب الجريمة والتي تتصل بها على نحو وثيق ، وفي جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار فأنها من الجرائم الوقتية فأن المساعدة عليها لاتكون الا بأعمال سابقة او معاصرة اما المساعدة اللاحقة فتأخذ تكييفاً آخر ،

---

[١٠] د. سامي النصراوي ، المبادىء العامة في قانون العقوبات ، ط١ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ص ٢٧١ .

[١١] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، ص ٢٤٢ .

حيث ان جميع القوانين التي نصت على هذه الجريمة تتضمن تجريم من ساعد غيره على الانتحار فوقع الانتحار بناءً على تلك المساعدة [١٢] .

كما ان من صور المساعدة هي تشديد العزيمة أي يشدد الجاني عزيمة المنتحر المعقودة على الانتحار بأية وسيلة كأن يعمد الى اظهار محاسن الارتحال عن الحياة وامتداح الانتحار والمنتحرين والتهوين من آلام الموت التي قد يدفع التفكير فيها المجني عليه الى الاحجام عن تنفيذ الانتحار .

[١٢] ومن هذه التشريعات قانون العقوبات العراقي والمصري والليبي والسوداني وهناك فيق بين المساعدة بالاعمال المسهلة التي تتحقق والفاعل في المراحل التنفيذية الاولى وغرضها تمكين الفاعل من الاستمرار في تنفيذ الجريمة اما الاعمال المتممة فتتحقق والفاعل في المراحل الاخيرة لتنفيذ الجريمة وغرضها تمكينه من انهاء هذا التنفيذ وتحقيق النتيجة الاجرامية .

المطلب الثانـــي

النتيجة الجرمية

تمثل النتيجـة الجرميـة المرحلـة النهائيـة للسلوك الاجرامـي الـذي يعاقب عليـه القـانون اذ تشكل اعتداء على الحق او المصلحة التي يسبغ عليها القانون حمايته الجنائية وللنتيجة الجرمية مدلول مادي هو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي ومدلول قانوني الذي يتمثل بالعدوان الذي يهدر مصلحة قدر الشارع جدارتها بالحماية القانونية [١٣] .

ونلاحظ خصوصية النتيجة الجرمية في الجريمـة محل البحث فالسلوك الاجرامي يمـارس من قبل الجاني (المحرض او المساعد) اما تحقق النتيجة الجريمة فتتوقف على نشاط المجني عليه – المنتحر – والنتيجـة الجرميـة التـي يتوخاهـا الجـاني من وراء افعـال المسـاعدة او التحـريض شرط اساسي من شروط المعاقبة والمشرع العراقي أتخذ من جسامة هذه النتيجة الجرمية معياراً لتقدير العقوبة التي ينبغي فرضها على من يحرض او يساعد على الانتحـار وان كـان حصـول هذا القدر من النتيجة او ذاك يكون بأرادة المجني عليه ولايتوقف على ارادة الجاني [١٤] . أي ان المجنـي عليـه يباشـر الاعمـال التنفيذيـة التـي تفضـي الـى الانتحـار ويتحقق المـوت ، وقد يباشـر المجني عليه بالاعمال التنفيذية ويبدأ بالتنفيذ ولكن لم تحصل الوفاة كـأن يلقـي نفسـه مـن شـاهق فلايمون او كأن يرمي نفسه في البحر ليموت غرقاً فيتسنى له من ينقذه او كأن يطلق النار علـى نفسه ولك الاصـابة لاتكون قاتلـة [١٥] ... الـخ ففـي هذه الاحـوال النتيجـة الجرميـة التـي يتوخاهـا المحرض او المساعد لم تحصل لأسباب مستقلة عن ارادتـه ولابـد لـه فيهـا ولكـن يوجـد ثمـة بـدء بتنفيذ الانتحار أي شروع في قتل نفس ويجب ان يكون خيبة الامل ووقفه لأسباب لادخل لأرادة المنتحر فيها ويسأل الجاني المحرض او المساعد بموجب التشريع العراقي على شروع المنتحر [١٦] بالانتحار على الرغم من عدم حصول أي أذى للمجني عليه من فعله كأن يكون المنتحـر قد اطلق النار على نفسه فلم يصيبها او كأن يقفز الى البحر ليموت غرقاً فيتسنى له من ينقذه [١٧] .

ونـرى ان المشـرع العراقـي كـان موفقـاً فـي معاقبـة الجـاني المحـرض او المسـاعد علـى مجـرد شروع المنتحـر بالانتحـار وان لـم يصـبه أي اذى لأن الشـروع بالانتحـار يُعـد دليلاً علـى فعاليـة وتاثير الجاني في نفسية المجني عليه ، اما عدم تحقق الأذى او الوفاة فقد يكون سببه عدم فاعلية الوسيلة التي استخدمها المنتحر او حسن حظه الذي هيأ له اسباب النجاة .

---

[١٣] الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٢٧٣ .

[١٤] د. محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٤٥٤ .

[١٥] د. عبد الستار الجميلي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠ .

[١٦] وذلك بموجب نص المادة (٢/٤٠٨) من قانون العقوبات العراقي .

[١٧] د. محمد فاضل ، المرجع السابق ، ص ٤٥٦ .

المطلب الثالث

الرابطة السببية

يراد بها الصلة التي تربط ما بين السلوك الاجرامي والنتيجة الجرمية الضارة كرابطة العلة بالمعلول حيث ان السلوك الاجرامي الواقع هو الذي ادى الى حدوث النتيجة الضارة وللسببية هذه اهميتها فهي التي تربط بين عنصري الركن المادي فتقيم بذلك وحدته وكيانه وبالتالي فمن دونها لاقيام ولاتحقق له [١٨] .

مما يترتب عليه انه لو ثبت انتفاء علاقة السببية بين السلوك والنتيجة فأن مرتكب السلوك لايسأل الا عن شروع في الجريمة اذا كانت الجريمة عمدية اما اذا كانت غير عمدية فلا يسأل اطلاقاً لأنه لاشروع في الجرائم غير العمدية .

وفي جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار لاعقاب اطلاقاً على من يحرض او يساعد شخصاً على الانتحار ما لم يفضي هذا التحريض او المساعدة الى نتيجة معينة وهو امر اجمعت عليه التشريعات الجنائية التي تناولت هذه الجريمة وتحقق النتيجة غير كافي لمساءلة الجاني ما لم يثبت ارتباط نشاط الجاني – التحريض او المساعدة – بالنتيجة المتحققة وهي الانتحار او الشروع فيه كأرتباط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول لكن لو تم تقديم المساعدة من الجاني الى المجني عليه لأعانته على الانتحار وذلك بأعطائه المادة السامة التي تسهل للمجني عليه فعله وبعد فترة تنبه الجاني الى خطأه وسحب تلك المادة من الشخص الراغب بالانتحار فأذا تحقق الانتحار لايسأل من قدم المادة السامة لأنه عدل عن فعله وتلافى اثره قبل تحقق أي نتيجة جرمية ضارة الا اذا ثبت تاثير المساعدة او التحريض في نفسية المجني عليه ، فيجب ان يثبت توافر الرابطة السببية بين التحريض او المساعدة وبين فعل الانتحار أي ارتباطهما بالنتيجة الحاصلة ، فيثبت انه لولا التحريض او المساعدة لما وقع الانتحار [١٩] .

---

[١٨] د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي ، المبادىء العامة في قانون العقوبات ، مطبعة الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٢ ، ص ١٤١ .

[١٩] فخري عبد الرزاق الحديثي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، بغداد ، مطبعة اوفسيت الزمان ، ١٩٩٢ ، ص ١٩٣ .

المبحث الثانـــي

الركـن المـــادي

ان اهمية هذا الركن واضحة اذ لاتوجد جريمة بغير ركن معنوي وهو وسيلة المشرع في تحديد المسؤول عن الجريمة ، ويعبر عن الركن المعنوي في الجرائم غير العمدية بالخطأ وفي الجرائم العمدية بالقصد الجنائي [٢٠] .

وبما ان جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار هي من الجرائم الامر الذي يقتضي توضيح عناصر القصد الجنائي ومدى تحققه لدى الجاني لقيام مسؤوليته عن هذه الجريمة ثم نتناول طبيعة القصد الجنائي في جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار وذلك في مطلبين -:

المطلب الاول

عناصر القصد الجنائي في جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار

يتكون القصد الجنائي من عنصرين هما الارادة والعلم [٢١] والارادة تعني توجيه الفاعل نشاطه الذهني للقيام بفعل مايؤدي الى تحقيق نتيجة معينة بالاضافة الى علم الجاني ان سلوكه محرم ، فالقصد الجنائي لايقوم بالعلم وحده اذ العلم حالة ذهنية بل يتطلب ارادة متجهة الى الفعل ونتيجته [٢٢] . ففي جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار لابد من توجه ارادة الجاني الى الفعل الذي تقوم به وسيلة المساهمة في الانتحار – التحريض او المساعدة – والى نتيجته المتمثلة في الانتحار ، فلاعقاب وفق المادة (٤٠٨) عقوبات عراقي اذا صدر التحريض او المساعدة على الانتحار خطأ من الجاني ، فلو فرضنا ان شخصاً زار صديقاً في داره ووجده بحالة يرثى له ونسي عنده المسدس الذي كان يحمله وانتهز صاحب الدار وجود المسدس الذي نساه عنده زائره وانتحر به لانكون امام جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار ذلك لأن فعل المساعدة وقع خطأ من الزائر وكذلك لايمكن في هذه الحالة امكانية تصور وجود قتل خطأ اذ ان احكام المادة (٤١١) عقوبات عراقي [٢٣] لاتنطبق على مثل هذه الاحوال ومع ذلك فأن القضاء الجنائي

---

[٢٠] د. ضاري خليل محمود ، الوجيز في شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار القادسية للطباعة ، ١٩٨٢ ، ص ٧٢ .

[٢١] د. محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ٢٧ .

[٢٢] عرف المشرع العراقي في المادة (١/٣٣) من قانون العقوبات القصد الجنائي بأنه (توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً الى نتيجة الجريمة التي وقعت او أية نتيجة جرمية اخرى) .

[٢٣] د. ضاري خليل محمود ، أثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ .

لبعض الدول منها فرنسا في قضية حدثت عام ١٩٣٧ يُعد الدفع غير المقصود الى الانتحار جريمة قتل خطأ [٢٤] .

وعليه فمن غير الممكن ان يسأل المتهم عن جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار اذا لم يقم بفعل ارادي من شأنه تحقيق النتيجة التي جرمها القانون [٢٥] .

المطلب الثانـــي

طبيعة القصد الجنائي في جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار

ينقسم القصد الجنائي الى عدة انواع حيث يمكن ان يكون مباشراً او غير مباشر (احتمالي) ، او محدد وغير محدد ، بسيط او مقترن بسبق الاصرار وكذلك عام او خاص .

ان القصد الجنائي الذي يجب ان يتوافر في جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار هو القصد الجنائي العام أي انه يكفي لقيام هذه الجريمة ان تتجه ارادة الفاعل الى القيام بالفعل الجرمي المتمثل بالتحريض او المساعدة وارادة النتيجة المتمثلة بأنتحار المجني عليه ، كما تقوم الجريمة بالقصد الاحتمالي وذلك اذا توقع الجاني حدوث النتيجة الجرمية فلم يأبه بحدوثها او اعتمد على مهارته في تفاديها ، اما الباعث فهو غير ضروري لقيام الجريمة ولايُعد عنصراً فيها وتبدو اهميته عن عند فرض العقاب على الجاني [٢٦] يؤخذ الدافع لهذه الجريمة فيما اذا كان السبب شريفاً او دنيئاً [٢٧] .

وتختلف عقوبة الجريمة محل البحث فيما اذا وقعت بسيطة أي غير مقترنة بظرف مشدد عنها في حالة اقترانها بهذا الظرف ، فالمشرع العراقي قد حدد عقوبة جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار بلسجن فقد نصت المادة (١/٤٠٨) مـــن قانون العقوبات على انه (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على سبع سنوات من حرض شخصاً او ساعده بأية وسيلة على الانتحار ...) وكذلك عاقب المشرع العراقي المحرض او المساعد في حال شروع المنتحر بالانتحار ولايشترط للمساءلة تحقق أي ايذاء او عجز فقد نصت المادة (١/٤٠٨) عقوبات على انه (.... وتكون العقوبة الحبس اذا لم يتم الانتحار ولكن شرع فيه) ولم يحدد المشرع حد ادنى او اعلى لعقوبة الحبس في هذه الحالة وانما ترك الامر لقاضي الموضوع في اختيار المدة المناسبة حسبما

---

[٢٤] تنص المادة (٤١١) عقوبات عراقي على انه (من قتل شخصاً خطأ او تسبب في قتله ...) .

[٢٥] د. سمير الجنزوري ، مبادىء قانون العقوبات ، القسم العام مقارناً بأحكام الشريعة الاسلامية ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ٧٥ .

[٢٦] لقد أخذ قانون العقوبات العراقي بنظام تفريد العقوبة فقد نص في المادة (١٣٢) على انه (اذا رأت المحكمة في جناية ان ظروف الجريمة او المجرم تستدعي الرأفة جاز لها ان تبدل العقوبة المقررة للجريمة ...) .

[٢٧] د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .

تقضي به القواعد العامة بهذا الشأن وبما يتناسب مع ظروف الجريمة وملابساتها وظرف الجاني .

ونرى انه توجه سليم من المشرع العراقي في عدم مساواته بين عقوبة الجريمة في حال موت المنتحر او عدم موته على الرغم من ان الجاني قد أظهر ارادته الاجرامية لأرتكاب الجريمة لكن النتيجة الجرمية لم تتحقق وعندئذ يجب ان تكون العقوبة متناسبة مع جسامة الجريمة على اساس قواعد العدالة حيث اصبحت العقوبة تفرض لردع الجاني عن العودة الى الاجرام واصلاحه ولم يُعد غرضها مجرد الانتقام .

وان السؤال الذي يطرح بهذا الشأن ماهي الظروف المشددة لعقوبة جريمة التحريض او المساعدة على الانتحار في قانون العقوبات العراقي ؟

ان قانون العقوبات العراقي نص على ظرفين مشددين للجريمة محل البحث في المادة (٢/٤٠٨) الاول اذا كان المجني عليه المنتحر ناقص الادراك او الارادة كتحريض شخصاً على الانتحار لم يتم الثامنة عشر من عمره ، والثاني اذا كان المنتحر فاقد الادراك او الارادة ويكون فقد الادراك او الارادة اما لجنون او عاهة في العقل او بسبب كون الشخص في حالة تحذير نتجت عن مواد مكرة او مخدرة اعطيت له قسراً او على غير علم منه بها [٢٨] .

[٢٨] ينظر المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

الخطأ الطبي المفترض

د. محمد علي صاحب حسن

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract:

Different error fixed in civil liability medical error is assumed, Valkhto personal physician requires the injured to prove, while the error is supposed legal presumption simple or is not to prove the contrary, according to the point of view of different pieces of legislation and its economic development, industrial and technological. Do not cost the injured in the error is supposed to prove wrong, but official civilians is the one who denied his mistake cost the absence of a line to prove it. This balance between the interests of both sides opposing worthwhile from the standpoint of the legislative in the contract medical or a treatment, that is, between the doctor who leads a humanitarian act to heal the patient, and between the patient weaker party in the contractual relationship does not have knowledge of arts, medical, and not in front of him but to surrender his body to the doctor for of healing. Your doctor may not do the work and private medical and surgical assistants alone, but the uses of the doctors or nurses to do the surgery, has issued a line of medical assistants and here might be a responsibility for the actions of another as a subordinate relationship achieved or not achieved. Scientific and technological progress in the mechanical, electrical and risks arising from the use of the hand, and the development of medical devices, laboratory equipment, devices and therapeutic radiation, electric shock and other damage and may cause the patient or others because they promote responsibility for damage caused by these devices.

المقدمة

الخطأ عنصر من عناصر المسؤولية المدنية . ويعرف الفقه الخطأ الطبي بأنه: (تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسئول) [١] . كما يعرف بأنه (فعل يصدر من يمارس العمل الطبي ويكون غير متفق مع الأصول والمعطيات العلمية المستقرة والمعاصرة أو الأعراف الطبية في وقتها ، سواء كان فعلاً ايجابياً أو سلبياً وهو وثيق الصلة بشخص من يمارسه ويستحيل نسبه إلى غيره) [٢] .

والخطأ الطبي المهني أذن يتحقق بعدم مراعاة الطبيب الأصول العلمية الطبية أو الأعراف مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة عند ارتكاب الخطأ . تتطلب الأصول العلمية من الطبيب جهداً ذهنياً وفكرياً للتزود بالمعلومات ومتابعة كل جديد في العلوم الطبية في اختيار أسلوب العلاج المناسب للمريض واختيار العلاج المتفق مع التشخيص ، والموائمة بين خطر المرض وخطر العلاج وحالة المريض الصحية والنفسية ، واختيار الوقت المناسب للعلاج . وأتباع الأصول العلمية في المرحلة التنفيذية المتمثلة بالاستعانة بالأجهزة السليمة غير المعيبة وفحص المريض بالأجهزة والمعدات الطبية قبل العلاج ، والتزام الطبيب بفحص الأجهزة والمعدات الطبية قبل بدء العلاج ، ومتابعة حالة المريض حتى استكمال العلاج طبقاً للأصول العلمية المستقرة [٣] .

عدم مخالفة الأعراف الطبية ، العادات الطبية تتولد من خلال تكرار عمل طبي معين في التشخيص والعلاج ، والأعراف الطبية غبر مستقرة فهي تتغير نتيجة ما يسجل من ملاحظات وما يتم من بحوث علمية واكتشافات من أدوية وطرق فنية جديدة . والأعراف الطبية تعتبر احد المعايير التي يتعين على الأطباء احترامها وخروجهم عنها يعتبر خطأ طبي مهني [٤] .

ولا بد أن يأخذ القاضي بنظر الاعتبار الظروف الخارجية للعمل الطبي عندما يقرر صدور خطأ من الطبيب ، وهذه الظروف لا تتعلق بشخص الطبيب الخاصة من حيث كبر سنه أو عدم خبرته أو اختصاصه ، بل ظروف الزمان والمكان وحالة المريض عند قيام الطبيب بالتدخل العلاجي ومن هذه الظروف حالة الاستعجال دون فحص المريض أو اخذ الأشعة له أو أجراء التحاليل المختبرية .كذلك من الظروف الخارجية حالة المريض من قوة وضعف وخطورة حالته المرضية [٥] .

والمعيار المعتمد للخطأ الطبي هو المعيار الموضوعي أي معيار الشخص المعتاد من يمارس نفس المهنة ، والذي لا يجوز له الخروج بسلوكه عن الأصول العلمية أي أن يبذل عناية المهني المعتاد في العلاج والاعتماد على سلوك طبيب نموذجي هو من أوسط الأطباء خبرة ومعرفة في نطاق اختصاصه أو مستواه الفني [٦] .

يختلف الخطأ الثابت في المسؤولية المدنية الطبية عن الخطأ المفترض ، فالخطأ الشخصي للطبيب يتطلب من المضرور إثباته ، بينما الخطأ المفترض قرينة قانونية بسيطة أو غير قابلة لإثبات العكس حسب وجهة نظر التشريعات المختلفة وتطورها الاقتصادي والصناعي والتكنولوجي . فلا يكلف المضرور في الخطأ المفترض إثبات الخطأ بل المسئول مدنياً هو الذي يكلف نفي خطئه بإثبات عدم صدور خطأ منه . وهذه الموازنة بين المصلحتين المتعارضتين جديرة بالاهتمام من وجهة النظر التشريعي في العقد الطبي أو عقد العلاج ، أي بين الطبيب الذي يؤدي عملاً إنسانياً في شفاء المريض ، وبين المريض الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لا يملك معرفة بالفنون الطبية وليس أمامه إلا أن يسلم جسده للطبيب من أجل الشفاء .فالطبيب قد لا يقوم بالعمل الطبي وخاصة الجراحي وحده بل يستعين بمساعدين من أطباء أو ممرضين للقيام بالعمل الجراحي ، وقد يصدر خطأ طبي من المساعدين وهنا قد تنهض مسؤوليته عن فعل الغير حسب تحقق علاقة التبعية.

التقدم العلمي والتكنولوجي في الأجهزة الميكانيكية والكهربائية والمخاطر الناجمة عن استعمالها من جهة ، وتطور الأجهزة الطبية من الأجهزة المختبرية والأجهزة العلاجية والإشعاعات والصدمات الكهربائية وغيرها قد تلحق ضرراً بالمريض أو بالغير فهنا تنهض المسؤولية عن الأضرار الناشئة بفعل هذه الأجهزة في نطاق المسؤولية عن الأشياء غير الحية .

أهمية البحث:

يتناول موضوع البحث الأخطاء الطبية وهو موضوع يحتاج إلى التوازن بين مصلحتين متعارضتين مصلحة المضرور وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية فهو الذي يسلم جسده للطبيب ،ومصلحة الطبيب الذي يقوم بدور إنساني من عقد يغلب فيه الغرض الطبي على الغرض المادي التي تهدف أليه العقود التجارية والمدنية .والتوفيق بين هاتين المصلحتين ليس من الأمر السهل بل تضاربت حوله التشريعات وقرارات القضاء وأراء الفقه الغربي والعربي،

موضوع البحث يتعلق بالتطور التقني والتكنولوجي الذي صاحبه تطوراً هائلاً في الأجهزة الطبية التي تحتاج عناية خاصة تفوق عناية الأجهزة الأخرى ، فالإصابة بالمخاطر التي تنجم عنها لا تكون حالا بل تظهر نتائجها السلبية غي وقت لاحق كتلوث أجهزة سحب الدم بأمراض معدية لا تبين نتائجها فور السحب بل في وقت لاحق وهذه خصائص تتميز بها مخاطر الأجهزة الطبية عن غيرها من الأجهزة التي تحتاج عناية خاصة .

موضوع البحث يتعلق بالالتزام بضمان السلامة الذي يحاول أنصاره مد نطاقه لبقية العقود وعدم قصره على عقد النقل ومنها عقد العلاج الطبي والذي بدأت بعض التشريعات إلى النص عليه صراحة في هذا العقد .

خطة البحث :

المبحث الأول : الخطأ الطبي المفترض في المسؤولية عن فعل الغير .

المطلب الأول :شروط مسؤولية الطبيب عن أخطاء تابعيه ،

المطلب الثاني :نطاق مسؤولية المتبوع عن عمل التابع.

المطلب الثالث : الأساس القانوني لمسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه .

المبحث الثاني : المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الآلات والأجهزة الطبية.

المطلب الأول : شروط مسؤولية الطبيب عن مخاطر الأجهزة الطبية .

المطلب الثاني : الأساس القانوني لمسؤولية الطبيب عن مخاطر الأجهزة الطبية .

المبحث الأول

الخطأ الطبي المفترض في المسؤولية عن فعل الغير

يعتمد الطبيب للقيام بالعمل الطبي على مساعدين من مضمدين وأطباء تخدير وغيرهم ، وقد يصدر من هؤلاء المساعدين أخطاء تلحق ضرراً بالمريض ، فيسأل الطبيب عن أخطائهم مسؤولية مدنية تقصيرية مسؤولية المتبوع عن عمل تابعيه ، واختلفت القوانين والفقه حول الأساس القانوني لمسؤولية الطبيب أو المستشفى عن أعمال التابع . نقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب .

المطلب الأول

شروط مسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه

لكي تتحقق المسؤولية المدنية التقصيرية للطبيب عن أخطاء تابعية لا بد من توافر الشروط الآتية :

الفرع الأول

وجود علاقة تبعية بين الطبيب ومساعديه

أن تكون للطبيب سلطة فعلية على مساعديه ، تتمثل بالرقابة والتوجيه[٧] ، أي الأشراف على عمل التابع ، و سلطة إصدار الأوامر له حول كيفية تنفيذ العمل و تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته لعدم تنفيذها ، جاء في قرار محكمة التمييز العراقية ما يلي : " أن القانون المدني حدد علاقة المخدوم بالمستخدم تحديداً بيناً قوامه ولاية التوجيه والرقابة " [٨] ، وقد عبرت عن ذلك بوضوح المادة (١٧٤) مدني مصري بقولها : " وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه " . فعلاقة التبعية تقوم على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه سواء كان مصدرها العقد أو غير العقد وسواء باجر أو بدون اجر وسواء علاقة مستمرة أو مؤقتة [٩]. ومفهوم المخالفة إذا كان محدث الضرر لا يرتبط بعلاقة تبعية وإنما يستقل بعمله ، فأنه لا يعتبر تابعاً ، وبالتالي لا تتحقق المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، فزوال سلطة الرقابة والتوجيه تتبعها زوال السلطة الفعلية ، فلا يعتبر الطبيب الذي يجري العملية الجراحية لحسابه الخاص تابعاً لإدارة للمستشفى [١٠] ، و لذا لا يعتبر الوكيل تابعاً للموكل ،ولا المقاول تابعاً لرب العمل .

لا يشترط أن تكون علاقة المتبوع بالتابع مباشرة ، بل يسأل المتبوع عن أخطاء تابعيه الثانويين ، حتى لو كان تعيينهم لم يتم من قبله مباشرة، فصاحب المستشفى كما يسال عن أخطاء الطبيب ، يسال عن أخطاء الممرضين الذين عينهم طبيب المستشفى .ولا يشترط في المتبوع أن يتولى بنفسه سلطة الأشراف والرقابة على التابع ، بل أن رابطة التبعية تتحقق حتى لو عهد

المتبوع هذه المهمة إلى شخص آخر يقوم بها نيابةً عنه [١١] ، فمدير المستشفى يعتبر نائباً عن المستشفى التي هي شخص معنوي في الرقابة والتوجيه على أطباء وممرضي المستشفى .

التبعية الإدارية والفنية :

ليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية والطبية ، بل يكفي أن يكون له رقابة وتوجيه من الناحية الإدارية ، فصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه في المستشفى حتى ولو لم يكن هو طبيباً ، وحتى ولو لم يكن ملماً بالأمور الطبية من الناحية الفنية [١٢] .

سلطة الرقابة والتوجيه قد تمتد إلى كل جزئيات العمل الذي يقوم به التابع ، أي إلى كافة الأصول والقواعد الطبية و الفنية للعمل الطبي ، وقد يقتصر التوجيه والرقابة من الناحية الإدارية دون الفنية . فصاحب المستشفى ولو لم يكن طبيباً يعتبر متبوعاً للطبيب الذي يعمل لحسابه في المستشفى ، مادامت له سلطة الأشراف والرقابة من الناحية الإدارية [١٣] . وعلى الصعيد القضائي في لبنان فأن الاجتهاد القضائي يميز بين الخطأ الفني وغير الفني لتقرير مسؤولية الطبيب ، ففي قرار لمحكمة التمييز اللبنانية "بان الطبيب الذي يعمل في مستشفى لا يمكن اعتباره مستخدماً لدى إدارة المستشفى لأنه أثناء قيامه بعمله الفني وهو الطبيب لا يتلقى أوامره من المستشفى بل يقوم به مستقلاً وفقاً لمقتضيات فنه وعلمه " والقضاء في الأردن لا يميز بين الخطأ الفني وغير الفني لتقرير مسؤولية الطبيب [١٤] .

الخطأ الفني والخطأ المرفقي :

أن النظرية التي كانت سائدة في فرنسا أواخر القرن التاسع عشر وفي مصر أوائل القرن العشرين كانت ترى أن العلاقة بين الموظف والإدارة هي علاقة تعاقدية على أساس قبول الموظف الالتحاق بالوظيفة وقبول الإدارة لها الالتحاق يعتبر عقد من عقود القانون المدني بوصفه عقد أيجار أشخاص اذا كان قام الموظف بعمل مادي ، وعقد وكالة إذا كان العمل المكلف به الموظف عمل قانوني ، وهو يعني أن الموظف يخضع لأحكام القانون المدني ، ومنها مسؤولية المتبوع عن عمل تابعيه .

لكن عندما أخذت معالم القانون الإداري بالظهور وبرزت خصائص أحكامه قضت بعض المحاكم الفرنسية مجارية أراء بعض الفقهاء في فرنسا إلى اعتبار العلاقة القانونية بين الإدارة والموظف رابطة عقدية من روابط القانون الإداري ثم قرر مجلس الدولة الفرنسي أن العلاقة بمركز نظامي وليس تعاقدي ولما كانت علاقة المريض بالمستشفى العام هي من علاقات القانون العام لذا فان أغلبية الفقه الفرنسي يذهب إلى إن الموظف الذي يعمل في مستشفى عام في مركز نظامي ، ولا يمكن مسالة المستشفى على أساس المسؤولية العقدية الخاضعة للقانون الخاص ، ولا يمكن مسالة الطبيب عن الضرر الذي يلحق بالمريض إلا على أساس المسؤولية التقصيرية ، فلا يوجد عقد بين الطبيب في المستشفى العام وبين المريض [١٥] .

وهناك من يفرق بين نوعي خطأ كل من الطبيب والمستشفى العام لتحديد مسؤولية كل منهما ، فالأخطاء الفنية التي يقوم بهاء الطبيب في العمل الطبي من تشخيص وعلاج وجراحة يتحملها الطبيب وحده، لا تسأل المستشفى عن الخطأ الفني وتسأل عن الأخطاء الإدارية كنظافة الأجهزة والآلات والعناية بالمرضى وغيرها [١٦] .

يميز بعض الفقه بين الخطأ الفني وغير الفني ويتخذون منه معياراً لمعرفة لتوفر علاقة التبعية وترتب المسؤولية المدنية التقصيرية ، معللين رأيهم بأنه على الرغم من ارتباط الطبيب

بالمستشفى ، إلا انه مستقل في ممارسة عمله الفني أو الطبي وفي كيفية إجرائه دون أن يكون للمستشفى عليه سلطة الرقابة والتوجيه أثناء قيامه به . وعليه لا يعتبر الطبيب تابعاً للمستشفى من الناحية الفنية ، ولكنه يعتبر تابعاً للمستشفى من الناحية الإدارية [١٧] .

وينبغي ملاحظة انه إذا تم عقد العلاج مع طبيب جراح خارج المستشفى على أن تتم العملية في المستشفى ، فالمستشفى لا تقم إلا الرعاية فقط ، ففي هذه الحالة يوجد عقدين احدهما بين المريض والطبيب ، والثاني بين المريض والمستشفى ، فإذا حصل خطأ فني طبي من الطبيب لا تسأل المستشفى عنه . فقد ميزت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بين الأعمال الطبية والإدارية و قررت عدم مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الإدارية وعدم مسؤوليته إذا كان الخطأ بسبب مضمد مهمل [١٨] .

بينما لا يفرق الرأي الغالب من الفقه بين الأخطاء الطبية الفنية و الإدارية ، فيعتبر الطبيب تابعاً للمستشفى العام وان علاقة المستشفى وان كانت قاصرة على الرقابة الإدارية فأنها تكفي أن تتحمل المستشفى خطأ الطبيب ، لأنه لا يلزم لقيام علاقة تبعية أن تجتمع سلطتي الأشراف لأدري والفني للمتبوع على التابع ، وإنما يكفي أن تكون للتابع سلطة الأشراف الإداري لعمل التابع [١٩] ، لأن الغالب في مسؤولية المستشفى عن فعل الطبيب عقدية لا تقصيرية ، فالمستشفى عندما قبلت المريض تلتزم بضمان عناية طبية مناسبة لحالته ، وتلتزم بضمان السلامة وهي مسئولة عن عدم تنفيذ هذا الالتزام ، و إلا كانت مخلة بالتزامها العقدي مع المريض ، ولا تستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي . وفعل الطبيب لا يعتبر قوة قاهرة تنتفي فيها مسؤوليتها ، لأن المستشفى هي التي عهدت له العلاج فتلتزم بضمان خطأ الطبيب سواء كان خطأ فني أو غير فني [٢٠] .

والقضاء المصري بعد أن درج على التمييز بين الخطأ الفني والإداري ، ما لبث أن ترك هذه الفكرة حيث قرر مسؤولية إدارة المستشفى بوصفها متبوعاً عن خطأ الطبيب باعتباره تابعاً لها حتى ولو لم يكن مدير المستشفى طبيباً [٢١] .

والقضاء العراقي لا يميز بين الخطأ الفني والإداري وكلاهما تسأل عنه المستشفى حيث قررت محكمة التمييز في حكم حديث لها مسؤولية المستشفى وطبيبة المختبر عن الأخطاء الطبية التي لحقت بالمريضة [٢٢] . وفي قرار آخر لها بمسؤولية المستشفى عن خطا الطبيب الجراح وطبيبة التخدير [٢٣] .

وإذا صادف أن استخدم عدة أشخاص مستخدماً واحداً في عمل مشترك بحيث كان لكل منهم سلطة الرقابة والتوجيه على العمل الذي يقوم به التابع ، فان كلاً منهم يعتبر متبوعاً لهذا المستخدم ، وفي حالة اقترافه عملاً غير مشروع ، تتحقق مسئوليتهم بالتضامن عن فعله الضار . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين ، بحيث ينتقل من شخص إلى آخر لتأدية عمل له ، فأنه يعتبر تابعاً للمخدوم الذي يتم العمل لمصلحته أثناء تأدية هذا العمل [٢٤] . فلو قام مضمد في العمل في المستشفى صباحاً وفي عيادة طبيب مساء ففي الصباح يعتبر تابعاً للمستشفى وفي المساء يعتبر تابعاً للطبيب الذي يعمل في عيادته .

ويميز بعض الفقه بين المسؤولية المباشرة للمستشفى العام عن خطأ الطبيب والمسؤولية غير المباشرة ، والعبرة في ذلك صفة الشخص الذي سبب الضرر فإذا كان موظفاً في المستشفى كانت مسؤولية المستشفى عن أخطائه مباشرة ، وإذا كان بعقد مؤقت مع المستشفى أي مجرد تابع تكون مسؤولية المستشفى عن أخطائه غير مباشرة .

والفرق بين مركز الطبيب في حالة المسؤولية المباشرة وغير المباشرة هو انه في المسؤولية المباشرة المستشفى وحدها مسئولة ، أما في المسؤولية غير المباشرة تسأل المستشفى

والطبيب مسؤولية تضامنية .فإذا كان الطبيب على الملاك الدائم تكون المستشفى وحدها مسئولة عن الضرر الذي يصيب المريض ، أما إذا كان الطبيب عمله مؤقت (بعقد) فمسؤوليتها غير مباشرة فان المسؤولية تقع على المستشفى والطبيب معاً ، وتكون مسؤولية المتبوع عن عمل التابع ، فإذا دفعت التعويض رجعت بما دفعته على الطبيب [٢٥] .

المتبوع العرضي:

قد يجعل المتبوع تابعه تحت تصرف شخص أخر، ليس من السهل دوماً معرفة أي من الشخصين المتبوع الأصلي أو العرضي يحتفظ بالسلطة الفعلية على التابع ، فيجب أولاً الرجوع إلى نية الطرفين وقصدهما حول الموضوع ، فإذا كان قصدهما اتجه إلى استيفاء المتبوع الأصلي السلطة الفعلية على التابع يبقى متبوعاً للتابع ، أما إذا لم يكن في أمر انتقال التابع نية واضحة ، فانه يمكن الاستئناس بالظروف المحيطة بالانتقال ، والتوصل بالتالي إلى معرفة الشخص الذي يحتفظ بالسلطة الفعلية على التابع وقت ارتكاب الفعل الضار هل هو المتبوع الأصلي أو العرضي ؟ [٢٦] .

المضمد الذي يعمل في المستشفى يعتبر تابعاً لمدير المستشفى ، ولكن عند معاونة المضمد الطبيب الجراح في إجراء عملية جراحية في ذات المستشفى ، يعتبر المضمد تابعاً للجراح فترة إجراء العملية ، حيث يخضع لأوامره وتوجيهاته وبعد انتهاء العملية تعود تبعية المضمد إلى مدير المستشفى وتعتبر تبعيته للطبيب تبعية عرضية مؤقتة .

في دائرة المسؤولية التقصيرية يسأل الطبيب عن فعل مساعديه من مضمد بوصفه تابعاً له ، أما بالنسبة لفعل الأطباء من مساعديه فقد قيل بأنه لا يسال عن فعلهم لأنهم لا يخضعون لأوامره ، ولكن التبعية لا تتطلب خضوعاً تاماً بل حق التوجيه العام من المتبوع على التابع [٢٧] .

علاقة الطبيب في المستشفى الخاص :-

الراجح في المستشفى الخاص الطبيب يعتبر تابعاً للمستشفى وان التبعية الإدارية لا تنفي قيام مسؤولية المستشفى عن أخطاء الطبيب[٢٨]. ويرى بعض الفقه انه على الرغم من ارتباط الطبيب بعلاقة تبعية بالمستشفى الخاص لا يعتبر تابعاً من الناحية الفنية ، ولكنه يعتبر تابعاً وتسال المستشفى عن أفعاله فيما يخرج عن نطاق عمله الفني أو الطبي [٢٩] .

صدرت عدة قرارات من محكمة النقض الفرنسية تقرر أن الطبيب في المستشفى الخاص يكون تابعاً للمستشفى وتسأل عن أخطائه مسؤولية المتبوع عن عمل التابع ، فإذا صدر خطأ من الطبيب ولحق ضرراً بالمريض تكون المستشفى مسئولة. أما الطبيب تحت التدريب في المستشفى لا يعتبر طبيبا مستقلا عن عمل الطبيب بل بمثابة المضمد الذي يكون تابعاً في عمله للطبيب [٣٠] .

المطلب الثاني

خطا التابع

لا تنهض مسؤولية المتبوع عن عمل التابع ما لم تتحقق مسؤولية التابع الشخصية ، لأن مسؤولية المتبوع مسؤولية تبعية تستند إلى قيام مسؤولية التابع الشخصية التي هي مسؤولية أصلية ، فإذا انتفت المسؤولية عن التابع فلا تقوم مسؤولية المتبوع لأنها تفقد أساس وجودها ، فإذا كان الضرر بسبب الغير أو بسبب المصاب أو قوة قاهرة فلا يعتبر التابع مسئولاً عن الضرر ولا يكون المتبوع مسئولاً عن عمل التابع تبعاً لذلك.

المتبوع لا يسأل عن أي خطأ يرتكبه التابع ، وإنما تتحدد مسئولية المتبوع بالخطأ الذي يرتكبه التابع أثناء تأدية وظيفته ، أي في حالة قيامه بعمل من أعمال وظيفته بحيث يعتبر إخلالاً بواجب تفرضه عليه وظيفته ، كخطأ الطبيب في علاج مريض أثناء عمله في المستشفى. ويعتبر الخطأ صادراً من التابع أثناء تأدية وظيفته إذا ما ارتكبه تنفيذاً لتوجيهات وأوامر المتبوع . أو ارتكبه مخالفة لأوامر صريحة موجهة أليه من المتبوع . وسواء كان التابع من وراء فعله الخاطئ يعمل لخدمة المتبوع أو لباعث شخصي [٣١] .

والخطأ بسبب الوظيفة هو الخطأ يقع من التابع خارج النطاق الزمني لوظيفته ، لكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ فهناك علاقة سببية ين الخطأ والوظيفة وان الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ ، وبمعنى آخر أن التابع يقوم بعمل يتجاوز حدود وظيفته ويسال المتبوع عن هذا الخطأ متى قامت علاقة وثيقة بين خطأ التابع ووظيفته ، أو ما كان يفكر أن يرتكب الخطأ لولا وظيفته [٣٢] .

خلافاً للقانون المدني العراقي الذي يقتصر مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه أثناء تأديته لوظيفته [٣٣] ، فان غالبية التقنيات العربية والغربية توسع من مسؤولية المتبوع عن عمل التابع ، فتجعل المتبوع ليس مسئولاً عن خطأ التابع أثناء تأديته لوظيفته فقط وإنما أيضا عن الخطأ الذي يقترفه التابع بسبب وظيفته ومن هذه القوانين المادة (١٧٤) مدني مصري والمادة (٢٨٨) مدني أردني [٣٤] .

مسؤولية رئيس الفريق الطبي عن أخطاء مساعديه :

تطورت العلوم الطبية تطوراً هائلاً خلال النصف الثاني من القرن العشرين وحتى في القرن واحد والعشرين كما تقدمت مختلف الوسائل الفنية في العلاج ولم يعد ممارسة مهنة الطب على الجهد الطبي المنفرد في كثير من الحالات فظهرت مسألة الفريق الطبي لاسيما في مجال الجراحة وما يواكبها من مشكلات .وتكوين الفريق الطبي من قبل الطبيب الذي تعاقد مع المريض وهناك اتجاهين في الفقه : الاتجاه الأول ويذهب إلى مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يحدثها احد أفراد الفريق الطبي مسؤولية تقصيرية مسؤولية المتبوع عن عمل تابعيه ، لوجود رابطة تبعية بين الطبيب وفريقه الطبي بما له من سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف على الفريق ، صدر منه خطا مفترض قانوناً وهو قصوره في اختيار أعضاء فريقه أو قصر في الرقابة والإشراف.

ويرى الاتجاه الثاني : بأن مسؤولية الطبيب عن أخطاء الفريق الطبي الذي شكله عقدية ، لأن المريض تعاقد مع الطبيب لاعتبارات الثقة واطمئن لشخصه بما يحمله من خبرة واختصاص وسمعة طبية دفعه للتعاقد معه دون غيره من الأطباء في نفس الاختصاص ، لذا

فان دور الفريق الطبي هو مساعدته في تنفيذ التزامه العقدي في عقد العلاج الطبي لذا يسال عن أخطائه الشخصية وعن أخطاء فريقه الطبي .

أن الرأي الغالب في الفقه أن العلاقة بين رئيس الفريق الطبي والمريض هي عقد علاج رئيسي ، وإذا كان قد ابرم عقد بين احد أعضاء الفريق الطبي كطبيب التخدير والمريض فهو عقد تابع للعقد الرئيسي مع رئيس الفريق الطبي . ويذهب رأي بان مسؤولية رئيس الفريق الطبي عن أخطاء أعضاء فريقه التي تلحق ضرراً بالمريض هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير [٣٥].

المطلب الثاني

نطاق مسؤولية المتبوع عن عمل التابع

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١٩) مدني عراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١المعدل على أنه : "الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية أو التجارية مسئولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم ...." يفهم من هذا النص أن المتبوع ورد على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال ، بحيث لا يمكن أن يتسع مدلول المتبوع في تشريعنا المدني إلى غير ما ذكر (الحكومة والبلديات والمؤسسات الصناعية والتجارية) فقط ينطبق عل الشركة التي تقوم باستغلال مشروع تجاري أو صناعي ، فإذا لم يكن مشروع صناعي أو تجاري لا ينطبق عليه النص كذلك الحكم إذا كان مشروع صناعي أو تجاري لكن لا ينطبق عليه وصف المؤسسة، لذا الشخص الطبيعي لا يعتبر متبوع لإغراض هذا النص ولا الطبيب الذي يستخدم مساعداً له في عيادته الخاصة متبوعاً ، فلو أخطأ المساعد في عيادة طبيب الأسنان ولحق بخطئه ضررا بالمراجع المريض ، لا يسال طبيب الأسنان عن خطئه مسؤولية المتبوع عن عمل التابع وفق المادة (٢١٩) مدني عراقي ، ولا يكون أمام المريض إلا الرجع بالتعويض على المساعد ، وقد لا يحصل عليه لإعساره . بينما في القانون المدني المصري والفرنسي والأردني يعتبر طبيب الأسنان متبوعاً يرجع عليه المريض المضرور طبقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه . وكل هذا خلافاً لما تقضي به معظم التشريعات المدنية ، فكلمة المتبوع وردت مطلقة بحيث تتسع لكل شخص تربطه مع آخر رابطة تبعية ، لأنه إذا كان الهدف من مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه هو تيسير حصول المضرور على حقه في التعويض عن الضرر الذي أحدثه التابع بخطئه بإيجاد شخص أكثر ملاءة من التابع يرجع عليه المضرور ، فلا نجد أذن ما يوجب حصر المسؤولية عن عمل الغير في حالات محدودة فقط. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة(١٧٤) مدني مصري لسنة ١٩٤٨ المعدل على أنه " يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها "فكلمة المتبوع في هذا النص من العموم والشمول بحيث تسري إلى كل شخص تربطه مع أخر رابطة تبعية. ونصت الفقرة (ب) من المادة (٢٨٨) مدني أردني على أنه "من كانت له على من وقع من الأضرار سلطة فعلية في رقابته و توجيه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها " .

قد يحتج بان كلمة المخدوم فِي الفقرة الثانية من المادة (٢١٩) من العموم بحيث تتسع لكل مخدوم تربطه بمرتكب الفعل الضار علاقة تبعية . ويمكن الرد على هذا الاحتجاج بان الفقرة الأولى وضعت الأحكام الرئيسية لمسؤولية الشخص عن فعل الغير ومنها تحديدها للأشخاص الذين يمكن مسائلتهم عن الأفعال الضارة التي يرتكبها الآخرون ، وان ما ورد

بالفقرة الثانية لا تعدو أحكاماً تكميلية للأحكام الرئيسية التي وردت في الفقرة الأولى ، لهذا فان تفكير مشرعنا كان موجهاً عند صياغة الفقرة الثانية بإيجاد كلمة مناسبة بحيث تتسع للأشخاص الذين ذكرهم في الفقرة الأولى ، فنص الفقرة الثانية يعتبر مقيداً بما ورد في الفقرة الأولى ولو كان المشرع قصد شمول النص كل من يرتبط بأحر بعلاقة تبعية لما سلك هذا الطريق الوعر ، بان يذكر المؤسسات العامة والخاصة الصناعية والتجارية بل كان يمكنه أن يسلك طريقاً يسرا بان يستعمل كلمة من الكلمات التي تدل على العموم مثل كلمة المتبوع .كما أن الصياغة الفنية والقانونية للنصوص القانونية تفترض الوضوح والدقة بما تتفق مع قصد المشرع منها والقول خلاف ذلك الشك في قدرة المشرع على أيجاد الصياغة الدقيقة للنص القانوني الذي سوف تبنى عليه كثير من الأحكام القضائية ويتعلق بكثير من المصالح المتعارضة.

وقد يقال انه يمكن مد نطاق المسؤولية عن فعل الغير وذلك بالتوسع في تفسير المادة (٢١٩) تعزيزا لحكمة التشريع من تيسير التعويض على المضرور وذلك بإيجاد شخص أكثر ملاءة من مرتكب الفعل الضار .ويرد على ذلك بأنه لا يمكن التوسع في تفسير نص المادة (٢١٩) مدني عراقي لأنها استثناء من الأصل ، فالأصل أن يسال الإنسان عن خطئه الشخصي ، ولا يسال عن خطا الغير إلا استثناءً ، وكل استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره لشمول حالات أخرى مماثلة .

أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمسؤولية العقدية للطبيب والجراح عن فعل الغير حيث قررت بوضوح أن الجراح هو الذي اختار المريض ليجري له العملية الجراحية لثقة فيه ، لذا يسأل عن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب الذي لجأ أليه الجراح [٣٦] . وإذا مات المريض فللورثة في قرارات محكمة النقض الفرنسية دعويين احدها دعوى باعتبارهم من الغير على أساس المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، وأخرى دعوى امتداداً لدعوى مورثهم مسؤولية عقدية عن فعل الغير[٣٧] .

المطلب الثالث

أساس مسؤولية الطبيب عن عمل تابعيه

اختلف الفقه والتشريعات المدنية حول الأساس القانوني الذي تبنى عليه مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعيه على النحو الآتي :

أولا - نظرية الخطأ المفترض : ومفاد هذه النظرية أن مسؤولية المتبوع تقوم على أساس خطا مفترض ويتمثل خطا المتبوع ، أما بسوء اختياره لتابعه أو في تقصيره في توجيه ورقابة التابع أو في خطئه في هذه الأمور جميعا . ويكون افتراض الخطأ من جانب المتبوع افتراضاً قانونياً غير قابل لإثبات العكس في القانون الفرنسي والمصري ، بمعنى أن المتبوع لا يستطيع أن يثبت انه قام بواجب الرقابة والتوجيه كما ينبغي أو انه لم يسيء في اختيار تابعه [٣٨] .

ثانيا - نظرية النيابة: - تقوم هذه النظرية على فكرة مضمونها أن التابع نائباً عن المتبوع في تنفيذ العمل ، فإذا صدر خطأ من التابع ولحق ضرراً بالمضرور فان الآثار الضارة الصادرة من التابع تنصرف للمتبوع [٣٩] . فالتابع بهذا المعنى يعتبر نائباً عن الطبيب أو المستشفى في القيام بأعمال وظيفته فإذا قام التابع بعمل لحق ضررا بالمريض يسال الطبيب أو المستشفى باعتباره أصيلاً . وهذه النظرية تلقي المسؤولية على المتبوع وعدم مسؤولية التابع لأنه نائب عنه [٤٠] . تعرضت هذه النظرية للانتقادات الآتية [٤١] :

١- أن المجال الطبيعي لأعمال النيابة هو التصرفات القانونية دون الأعمال المادية .

٢-أن النائب يقوم بالعمل المكلف به باسم الأصيل ولحسابه فليس هناك علاقة تبعية بين النائب والأصيل بل يتمتع بحرية واستقلال في القيام بالتصرف القانوني.

٣-بعدم جدوى رد أساس المسئولية إلى فكرة النيابة ، لأن هذه الفكرة بحد ذاتها تعاني من مشكلة الأساس القانوني الذي يبرر قيام مسؤولية الأصيل عن الأضرار التي يلحقها نائبه بالغير المقررة قانوناً.

ثالثاً - نظرية تحمل التبعة : مضمون هذه النظرية أن مسؤولية المتبوع تنهض على أساس الغرم بالغنم مادام المتبوع استفاد من نشاط التابع ، فعليه أن يتحمل تبعة ذلك النشاط ، فوفق هذه النظرية يمكن تلافي الانتقادات التي وجهت لنظرية الخطأ المفترض بأن عدم قدرة المتبوع لا يستطيع نفي الخطأ المفترض ، لأنه منتفع من نشاط التابع . كما انه وفقاً لهذه النظرية يمكن مسالة المتبوع حتى لو كان غير مميز ، فإذا كان لا يمكن إسناد الخطأ إلى فاقد التمييز ولا يجوز افتراض الخطأ من جانبه فأن بوسع فاقد التمييز أن ينتفع من نشاط الآخرين وان يتحمل تبعة هذا النشاط [٤٢].

تعرضت هذه النظرية للانتقادات الآتية : لو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ففيم أذن شرط وقوع خطأ من التابع؟ أليس المتبوع يتحمل نشاط التابع فكل نشاط يصيب ضرر للغير سواء كان خطأ أو لا يوصف بالخطأ يحقق مسؤولية المتبوع تطبيقًا لمبدأ تحمل التبعة . ولو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة لما جاز للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض للمضرور [٤٣] .

يقول العلامة الدكتور السنهوري بحق معلقاً على نظرية تحمل التبعة : "ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع مما تقتضيه هذه المسؤولية من خطأ يقع من التابع ، ومما ترتبه في العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع "[٤٤] .

رابعا - نظرية الضمان : ويرى جانب أخر من الفقه في فكرة الضمان أساساً لمسؤولية المتبوع عن عمل تابعه باعتباره كفيلاً متضامناً أمام الغير عن الأخطاء التي يرتكبها التابع ، ويمكن تبرير كفالة المتبوع بما يملكه من سلطة الرقابة والأشراف على عمل التابع وأن التابع يقوم بعمله لمصلحة المتبوع ، وان الخطأ الذي يقترفه التابع أثناء وظيفته أو بسببها وان مصدر هذه الكفالة القانون ، لأن القانون اوجد هذا الضمان لاعتبارات من التضامن الاجتماعي للتيسير على المضرور الحصول على حقه بالتعويض عن الضرر المترتب عن عمل ضار صدر من التابع لا يستطيع أن يحصل عليه مباشرة من التابع لعدم ملاءته . وهذه النظرية تبرر لنا حق المتبوع بالرجوع على المتبوع بما دفعه من تعويض لأن المتبوع مجرد كفيل وليس مدين أصلي[٤٥].

الموقف التشريعي من أساس مسؤولية المتبوع عن عمل التابع :

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١٩) مدني عراقي على أنه "
ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا اثبت انه بذل من العناية لمنع وقوع الضرر وان الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية " . يتبن من هذا النص أن قرينة الخطأ في تشريعنا المدني غير قاطعة بمعنى يجوز للمتبوع دحض هذه القرينة واثبات عكسها ، ويكون نفي الخطأ بوسيلتين ، فأما أن ينفي المتبوع صدور الخطأ منه بان يثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر ، أو انه يثبت أن الضرر كان لابد أن يقع حتى ولو كان قد بذل ما

ينبغي من العناية ، وبعبارة أخرى على المتبوع أن ينفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه والضرر الذي أحدثه التابع .

ومن التشريعات ما تقيم مسؤولية المتبوع على خطأ مفترض قانوناً غير قابل لإثبات العكس كالتقنين الألماني وقانون الالتزامات السويسري والصيني والنمساوي [٤٦] . كذلك المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري .

ونرى أن المسؤولية الطبية لها خصوصيتها ولا بد من حماية الطرف الضعيف وهو المريض الذي يسلم نفسه بصورة مطلقة لرحمة الطبيب ، مما يقتضي التزام الطبيب بالالتزام بضمان سلامة المريض وهو التزام بنتيجة ولا يكلف المريض إثبات خطأ الطيب سواء عن خطئه الشخصي أو عن خطأ مساعديه، وبالتالي نجنب أنفسنا البحث على وجود العلاقة التبعية من جهة، ومن جهة أخرى لا يستطيع الطبيب التخلص من المسؤولية بإثبات بذل العناية لمنع وقوع الضرر بالمرض كما في الخطأ المفترض المقرر في قانوننا المدني .

المبحث الثاني

المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن الأجهزة الطبية

أدى التقدم العلمي في الفنون الطبية إلى تدخل الآلة بشكل ملحوظ في العلاج الطبي ، فشاع استخدام الأجهزة والأدوات في العلاج ، ويمكن أن تلحق هذه الأجهزة ضرراً بالمريض أو الغير ناشئ عن فعل الشيء وليس متعلقاً بالخطأ في العلاج والتشخيص الذي يكون التزام الطبيب فيه ببذل عناية ، ومن هذه الأجهزة الطبية التي يستعملها الطبيب أو الكادر الطبي في المستشفى هي الحقن وأجهزة قياس الضغط والتحليل الطبي والأشعة وقياس القلب والنظائر المشعة والآلات الفحص وأجهزة علاج الأسنان وتنظيفها وقلعها وأجهزة التخدير والسكاكين في العمليات الجراحية والمناضد والكراسي الطبية المعدة لجلوس المرضى ورقودهم أثناء الفحص أو إجراء العمليات الجراحية [٤٧] .وتكون مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية عن فعل الأجهزة الطبية التي تحت حراسته. نقسم المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

شروط مسؤولية الطبيب عن مخاطر الأجهزة الطبية

يشترط لقيام مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تلحقها الأجهزة الطبية الشرطين التاليين :

الفرع الأول

حدوث ضرر بفعل الأجهزة الطبية

نصت المادة (٢٣١) مدني عراقي على أنه : " كل من كان تحت تصرفه الآلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عادة عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسئولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ، هذا مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك من أحكام خاصة" ، الشيء في نطاق النص هو الآلات الميكانيكية والأشياء التي تحتاج عناية خاصة مثل الأسلاك الكهربائية والآلات الجارحة والمفرقعات وغيرها ، وتقدير إذا كان الشيء يحتاج إلى عناية خاصة مسالة وقائع يعود تقديرها لقاضي الموضوع ، لا رقابة لمحكمة التمييز عليه [٤٨]. ويعتبر من الأشياء التي تحتاج عناية خاصة الأدوات الطبية[٤٩] .

المادة(١٣٨٥) مدني فرنسي جاءت عبارة الشيء مطلقة فهي تشمل الأشياء جميعاً ، الفقه والقضاء الفرنسيين لا يفرقان بالنسبة للمسؤولية عن الأشياء غير الحية بين الأشياء الخطرة وغير الخطرة ، واصدر القضاء الفرنسي قرارات تقضي بان المادة (١٣٤٨)مدني فرنسي تطبق على الأشياء التي تقتضي طبيعتها ضرورة إخضاعها للحراسة بسبب خطورتها . لكن الفقه والقضاء الفرنسيين استقر بعد جدل طويل على أن المادة المذكورة تشمل الأشياء الخطرة وغير الخطرة [٥٠] .

المادة (٢٣١) مدني عراقي والمادة (١٧٨) مدني مصري والمادة (٣٩١) مدني أردني تقتصر على الأشياء التي تحتاج عناية خاصة للوقاية من ضررها . فهي تلك الأشياء التي يلازمها شيء من الخطورة ، ولا يمكن تحديد هذه الأشياء الخطرة تحديداً جامعاً مانعاً ،فالأشياء الخطرة كالمخترعات والاكتشافات العلمية كالأسلحة والمواد المشعة والمواد القابلة للاشتعال و الانفجار والأسلاك والمعدات الكهربائية وغيرها [٥١] .

أن الضرر ينبغي أن يقع بتدخل الشيء تدخلاً ايجابياً ، ويقصد بالتدخل الايجابي أن تكون الآلة أو الأشياء الآخر في وضع يسمح عادةً بأحداث الضرر ، أي كون الشيء في وضع غير طبيعي . أما إذا كان دور الشيء سلبياً كمن يصطدم بآلة واقفة ،فأن المسؤولية عن فعل الشيء لا تنهض.

يشترط لتحقق المسؤولية تدخل الشيء ، على انه ينبغي أن لا يفهم من هذا انه يشترط أن يأخذ هذا التدخل صورة الاتصال المادي (contact material)بين الشيء وبين المضرور ، بعبارة أخرى أن يكون هناك صلة سببية بين الشيء والضرر ،وصلة السببية هذه تتوافر كلما كان الشيء في وضع أو في حالة تؤدي عادةً إلى إحداث الضرر [٥٢] .

الفرع الثاني

السيطرة الفعلية على الأجهزة الطبية

المسئول مدنياً وفق المادة (٢٣١) مدني عراقي أنفة الذكر هو من يكون تحت تصرفه الآلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تحتاج عناية خاصة ، والتصرف نقصد به السيطرة الفعلية على الشيء سلطة استعماله وتوجيهه ورقابته[٥٣] .

يذهب الفقه الغالب إلى أن الحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء سواء كانت هذه السيطرة مشروعة أو غير مشروعة . وبعض الفقه يميز بين الحراسة القانونية والحراسة المادية و تتألف عندهم الحراسة القانونية من عنصرين مادي ومعنوي ، العنصر المادي السيطرة الفعلية على الشيء سيطرة تمكن صاحب الشيء من استعماله وتوجيه ورقابته، والعنصر المادي لا يكفي لقيام الحراسة بمعناها القانوني أن تتوافر في الشخص على الشيء السيطرة المادية بما ينطوي عليه مظاهر الاستعمال والتوجيه والرقابة ، بل يشترط فوق ذلك العنصر المعنوي بأن يبادر الشخص هذه السلطات لحسابه الخاص[٥٤] .

لهذا لا يعتبر التابع حارساً للشيء الذي يستخدمه لحساب المتبوع . ومهما كان نوع المصلحة التي يريد المتبوع تحقيقها سواء كانت مادية أو معنوية .والتابع لا يعتبر حارساً إلا إذا خرج عن تعليمات المتبوع [٥٥] ، لأن التابع لا يملك على الشيء حق الرقابة والتوجيه بل يملكه المتبوع.

وظلت هذه القاعدة يأخذ بها الفقه والقضاء رغم ترك الأخذ بالحراسة القانونية [٥٦] لذا لا يعتبر الطبيب باعتباره تابعاً للمستشفى مسئولاً عن الضرر الذي تحدثه الأجهزة الطبية .

فإذا كان مالك الشيء دفع الشيء إلى تابعه واحتفظ بالحراسة والحق الشيء ضرراً بالغير فالمالك يكون مسئولاً عن خطأ مفترض أما عن مسؤوليته فعل الشيء أو عن خطا مفترض عن مسؤولية المتبوع عن عمل التابع [٥٧] . وقد أخذت محكمة التمييز العراقية في قضية اجتمعت فيها علاقة التبعية وحراسة الشيء في المتبوع بتطبيق المادة (٢١٣) مدني الخاصة بالمسئولية عن فعل الشيء رغم وجود عقد بين الحارس والمضرور[٥٨]. ويذهب الأستاذ عوني بحق تعليقاً على هذا القرار إلى وجوب تطبيق المسؤولية العقدية إخلال الحارس بالتزامه العقدي ويلتزم بالتعويض وفق المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي [٥٩] .

المطلب الثاني

أساس مسؤولية الطبيب عن أضرار الأجهزة الطبية

أولا - الخطأ المفترض : تقوم هذه المسؤولية في القانون المدني العراقي والفرنسي والمصري على فكرة الخطأ المفترض، ويكون الخطأ المفترض في القانون المدني العراقي قرينة بسيطة قابلة على إثبات العكس ، يستطيع الحارس أن يتخلص من المسؤولية إذا اثبت انه اتخذ الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر ، أي أثبات نفي الخطأ المفترض من جانبه أو إثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو خطا المضرور(٦٠). وجاء في حيثيات قرار محكمة التمييز العراقية " التعويض بحكم المادة(٢٣١) من القانون المدني لأن الخطأ مفترض في المسؤولية عن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة " (٦١) .

ويعلق الدكتور عبد المجيد الحكيم على ذلك بحق قائلا :" أن موقف القانون المدني العراقي المتساهل حيال هذه المسؤولية أمر فرضه واقع العراق الصناعي والفكري يوم وضعه ،وبالنظر إلى تغير واقعنا الاقتصادي والفكري بعد التقدم الصناعي ...ينبغي أعادة النظر" (٦٢) .وهذا رأيه قبل أكثر من ثلاثين سنة فما بال ما توصل أليه العلم في عام ٢٠١٢ من تنوع في الآلات والأشياء الميكانيكية والكهربية وخاصةً الأجهزة الطبية التي تحتاج عناية خاصة ؟

وأوصى قانون الإصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ في العراق المشرع العراقي لتعديل أحكام المسؤولية عن الأشياء غير الحية والخطرة على أقامة المسؤولية على حارس الشيء بدون خطأ أي مجرد الضرر أي على أساس تحمل التبعة.

وفي القانون المصري أساس المسؤولية خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، لأن هناك التزاماً قانونياً على حارس الشيء بأن يبقى الشيء تحت سلطته الفعلية وهذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية ، فان لم ينفذ هذا الالتزام من قبل الحارس عد مخطئاً دون حاجة إلى البحث عن سبب تحققه، ويستطيع دفع المسؤولية عنه بنفي العلاقة السببية بين فعل الشيء والضرر بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو خطأ لمضرور (٦٣) .

أما المادة (٣١٩) مدني أردني فان الخطأ مفترض افتراضاً قابل لإثبات العكس يستطيع المدين أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لدفع ضرر الشيء ،وأنه لم يكن باستطاعته منع وقوع الضرر (٦٤) .

ثانيا - نظرية تحمل التبعة : تذهب إلى أن حارس الشيء يكون مسئولاً حتى لو لم يصدر خطأ منه وإنما على أساس له منافع هذا الشيء وعليه تحمل أضراره الغرم بالغنم . اعترض أنصار نظرية تحمل التبعة على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وقالوا أن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلاً لإثبات العكس ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب الخطأ فإلصاق الخطأ فيه على الرغم من ذلك ليس إلا تحايلاً لإقامة المسؤولية على أساس خطأ وهمي لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه. أن التزام حارس الشيء التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية (٦٥). ويقول خصوم نظرية تحمل التبعة انه لو طبقنا نظرية تحمل التبعة لكان المسئول المنتفع من الشيء لا حارسه (٦٦) .

يلاحظ أن الفقرة الأولى من المادة (١٢٨٤) مدني فرنسي لم تحدد طريقة التخلص من المسؤولية وأسباب المسؤولية لذا انقسم الفقه الفرنسي حول أساس مسؤولية حارس الشيء فذهب رأي بالخطأ المفترض ، فالمسؤولية عن الأشياء كالمسؤولية الشخصية قائمة على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، والمشرع لم يفعل أكثر من نقل عبء الإثبات من المضرور إلى المسئول . الحادث الذي يسببه الشيء يكشف بمجرد وقوعه حقيقة عدم قيام الحارس بواجب الحراسة وعدم تنفيذ التزامه هذا خطأ بذاته ، ولسنا بحاجة إلى إقامة دليل على صدور الخطأ والذي يعزى للحارس ليس التقصير والإهمال في الرقابة ، بل في انه سمح للشيء الإفلات من سيطرته .

وانتقد الفقه الفرنسي هذا الأساس مبيناً أن الخطأ في الحراسة هو خطأ اقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم اخترعته الصياغة القانونية فالمسئول فُرض عليه الخطأ فرضاً لا يستطيع التخلص منه كما ذكرنا . لذا اخذ قضاء محكمة النقض الفرنسية بالخطأ المفترض غير قابل لإثبات عكسه لقطع الطريق أمام حارس الشيء الذي يريد التخلص من المسؤولية عن الضرر الذي أحدثه الشيء بإقامة الدليل على عدم صدور أي خطأ منه [٦٧] .

يعلق أستاذنا العلامة الدكتور حسن علي الذنون على ذلك بحق قائلاً : " ومن هنا نرى أن المشرع العراقي أقام المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأشياء على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً بسيطاً غير قابل لإثبات العكس ولا هو أقام المسؤولية على فكرة المسؤولية المفترضة ولا هو على فكرة تحمل التبعة وإنما وقف عند أول درجة من درجات السلم الطويل الذي رقى أليه كل من الفقه والقضاء في فرنسا بل حتى في معظم البلاد العربية " [٦٨] .

ونرى ضرورة أن تكون مسؤولية المستشفى أو الطبيب عن الأضرار التي تحدثها الأجهزة الطبية على أساس تحمل التبعة فلا يستطيع الطبيب التخلص من المسؤولية بإثبات بذل العناية كما في الخطأ المفترض في قانوننا المدني لكن يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي بين فعل الشيء والضرر من خطا المضرور أو فعل الغير لأنه يلتزم بضمان السلامة التي تستند الالتزام فيها بتحقيق النتيجة وليس ببذل العناية .

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب عن مخاطر الأجهزة الطبية

ذهب فريق من الفقه إلى إخضاع مسؤولية الطبيب عن مخاطر الأجهزة والأدوات الطبية التي تلحق ضرراً بمريضه لذات القواعد التي تخضع لها المسؤولية عن الأعمال الطبية بمعناها الفني الدقيق ، ورتبوا على ذلك إلقاء عبء إثبات خطأ الطبيب وعلاقته بالضرر الحادث على عاتق المريض . وأسس هذا الاتجاه رأيه على تحقيق مصلحة الطبيب وإعطائه الحرية الواسعة لأداء مهمته الطبية بطمأنينة دون الخوف من تعرضه للمسؤولية دون أن يقع منه خطأ . كما أن استحالة الفصل في الأعمال الطبية بين فعل الطبيب وفعل الأجهزة لاستغراق عمل الطبيب فعل الشيء .ويرون يمكن الاستناد لتبرير هذا الرأي على التعارض الجوهري بين التزامات الطبيب المحددة والالتزامات باليقظة والانتباه ، نظراً لفكرة الاحتمال اللصيقة بالأعمال الطبية وحتى لو كان الضرر الناشئ عن استعمال الأجهزة أو الأدوات الطبية فانه لا يلتزم إلا بالتزام ببذل العناية[٦٩] .

فإذا جاز للمدين أن يختار بين المسؤوليتين وكانت المسؤولية التقصيرية قائمة على خطأ مفترض اختارها الدائن لينقل عبء الإثبات إلى المدين ولو أن الدائن قصر على المسؤولية العقدية ، وكان التزام المدين بذل عناية (الطبيب) فعلى الدائن عبء أثبات خطأ المدين ، كذلك الاختلاف في الإعفاء من المسؤولية وتخفيفها ، فيجوز الإعفاء من المسؤولية في المسؤولية العقدية ولا يجوز مطلقاً الإعفاء من المسؤولية التقصيرية. كذلك الخيرة بين المسئولتين تعتبر من مصلحة الدائن فالتعويض يشمل في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ، بينما في المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع [٧٠] .

ويقول العلامة الدكتور السنهوري " نحن نأخذ .. الدائن وليس له إلا دعوى المسؤولية العقدية ذلك أن الالتزام العقدي الذي صار المدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً في ذمته فلو فرض انه قبل أبرام العقد لم يقم به لم يكن مسئولاً عن ذلك لا مسؤولية عقدية ، لأن العقد لم يبرم ، ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به فإذا ابرم العقد قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد وهي حدود لا تترتب عليها إلا المسؤولية العقدية وليس للدائن أن يلجأ إلى المسؤولية التقصيرية إذ هي تفترض أن المدين اخل بالتزام فرضه القانون والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد "[٧١] .

أن المريض قد ارتضى قبول المخاطر التي قد يتعرض لها ينطوي على افتراض وجود عقد بين الطرفين فأثار العقد ينصرف إلى المتعاقدين ، أما الغير وهم مساعدي الطبيب وأعوانه أن يصيب مساعد الطبيب أو طبيب التخدير المريض بجرح من جراء استخدام حقنة العلاج يسأل هذا المساعد أو الطبيب عن الضرر على أساس المسؤولية العقدية لا التقصيرية عن فعل الشـــيء .

ويذهب العلامة الدكتور السنهوري إلى القول : " والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية مابين الحارس والمضرور " [٧٢] .

حكم المادة(٢٩١) مدني أردني والمادة (١٧٨) مدني مصري لا تطبق إذا كان هناك رابطة عقدية بين المسئول والمضرور، كما عقد العلاج بين الطبيب والمضرور وتعرض المريض لآلة من آلات الأشعة فأصابه ضرر فان مسؤولية الطبيب تكون عقدية عن الأشياء لا مسؤولية على فكرة تحمل التبعة [٧٣] .

مسؤولية الطبيب على أساس إخلاله بالالتزام بضمان السلامة:

الأضرار الناشئة عن أخلال الطبيب بالتزامه هي تلك التي تنشا نتيجة وجود عيب، أو عطل بالأجهزة والأدوات الطبية ، إذ يقع التزام على الطبيب مقتضاه استعمال الأجهزة الطبية السليمة والتي لا ينتج عنها ضرر للمريض ، وهذا الالتزام هو التزام بنتيجة ، لا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب موجوداً في الأجهزة ويصعب كشفه، إلا انه يستطيع الطبيب التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور .والتزام الطبيب بضمان السلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض بل يقصد به إلا يتضرر من جراء استعمال الأدوات والأجهزة الطبية ، ولا ينتقل أليه مرض آخر نتيجة العدوى بسبب التركيبات الصناعية من أسنان وقلب صناعي او بسبب التعرض لأجهزة الأشعة .فالطبيب ملزم بسلامة المريض لا من عواقب المرض لكن من خطر حوادث قد تقع للمريض خارج نطاق العمل الطبي . وجانب كبير من الفقه يرفض فكرة المسئولية الشيئية القائمة على فكرة الحراسة في مجال العمل الطبي عن الإصابات التي تحدثها الأجهزة الطبية . ويرون أن هناك التزام آخر على الطبيب فضلاً عن التزامه ببذل العناية في علاج المريض التزاماً محدداً بضمان حسن الاستخدام الفني للأجهزة والآلات المستخدمة في العلاج ويمثل هذا الالتزام بضمان سلامة

المريض . ويقيمون مسؤولية الطبيب على أساس تحول التزامه من الالتزام ببذل عناية إلى الالتزام بتحقيق نتيجة ولو كانت الأضرار الناشئة عن استخدام الأجهزة الطبية ترجع إلى عيوب فيها[٧٤].

قضت محكمة النقض الفرنسية في عدد من قراراتها بالمسؤولية العقدية للطبيب عن الأضرار التي تحدثها الأجهزة الطبية بالمريض . فقد قضت محكمة السين الابتدائية في حكم لها في ٣ مارس ١٩٦٥ بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة ، نتيجة انفجار حدث عن تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه. كما قضت محكمة استئناف مونبلية قي قراراها الصادر في ١٠ مارس ١٩٤٨ عن إصابة المريض بالتهاب لزيادة تعرض جلده بالأشعة نتيجة خلل في منظم جهاز الأشعة . قرار محكمة مارسيليا في ٣مارس ١٩٥٩ قضت بمسؤولية الطبيب عن إصابة المرض بحروق نتيجة لهب خرج من المشرط الكهربائي أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصير من الطبيب .وقضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية الطبيب عن الأضرار التي أصابته نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ أو عمدة صعوده أو نزوله منها [٧٥]،

يلاحظ كل الأضرار السابقة تعتبر منقطعة الصلة بالمرض وتستقل عن العمل الطبي في معناه الدقيق وما ينطوي عليه من طبيعة فنية ، فمحل الالتزام في صدتها هي الالتزام بنتيجة وهي سلامة المريض ، أما إذا نشأت الأضرار غن الأعمال الطبية البحتة بما تنطوي عليه من خصائص فنية وعلمية ، فالأصل أن التزام الطبيب هو بذل عناية (due diligence) ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا اثبت المريض صدور تقصير من قبله .

اتجه القضاء الفرنسي نحو جعل التزام الطبيب عن الأضرار الناشئة عن استعمال الأجهزة الطبية التزاما محددا، أي التزام بنتيجة (the obligation commitment of result)، ومحاولته إلى مد تطبيق نطاق ضمان السلامة(obligation to ensure) safety في عقد النقل إلى العقد الطبي (medical contra) حيث مدت نطاق ضمان السلامة إلى الإصابات التي تحدثها الأجهزة الطبية ، على الرغم من تأكيدها في أسباب حكمها أن التزام الطبيب هو بذل عناية (due diligence) متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج وذات جسامة استثنائية لم يتوقعها المريض منه.

ويرى جانب من الفقه أن اتجاه محكمة النقض الفرنسية لمد ضمان السلامة إلى العمل الطبي يتفق والقواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الأشياء(liability of contract) from things التي يستخدمها المدين لتنفيذ التزامه ، فالمدين في الالتزام التعاقدي يسأل عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذه سواء كان التزامه محدداً أو بذل عناية ، هذا بالإضافة إلى الاعتبارات العملية التي تقرر توفير الحماية للمريض وتجنبه عبء إثبات خطأ الطبيب ، خاصة مع التعقيدات الفنية للأجهزة المستعملة [٧٦] .

القضاء الفرنسي قد أجاز تطبيق المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بحراسة الأشياء في الحالات التي لا يكون فيها عقد طبي وقضى بالتعويض لأقرباء المضرور بصفتهم الشخصية ، وان ما يتنافى مع العدالة أن يسمح لغير المريض بالتمسك على الطبيب بقرينة المسؤولية عن الأشياء غير الحية ليعمل على الحصول على تعويض عن الضرر الذي يلحقه بسبب هذه الأجهزة ، ويقرضون على المريض الذي يصاب بأذى من الأجهزة الطبية أن يقيم دليلاً على خطأ الطبيب يختلف أساس مسؤولية الطبيب عن الأضرار الناشئة عن الأجهزة الطبية عن القاعد العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء (liability from things) غير الحية التي هي مسؤولية تقصيرية وخطأ الحارس الشيء خطأ مفترض لا يكلف المضرور بإثباته ، فالمسؤولية الطبية عن الأضرار التي تحدثها الأجهزة الطبية لها خصوصية ، لأن هذه الأجهزة

تتداخل مع العمل الطبي بحيث تستخدم بالتشخيص والتحليل والتدخل العلاجي ، كما أن جسم المريض كمحل لهذه الأجهزة يقرر عصمته من المساس به ، كما أن العلاقة الطبية بين المريض والطبيب غير متوازنة بالنظر إلى المعرفة الفنية والطبية فالطبيب طرف قوي يملك العلم والخبرة ولأجهزة والتقنيات والمريض طرف ضعيف وليس له معرفة طبية أو فنية بالعمل الطبي وليس أمامه للشفاء مما يعانيه من المرض إلا أن يسلم جسده للطبيب ، وهذا يقتضي تغليب الطرف الضعيف وهو المريض فيما يتعلق بإثبات خطأ الطبيب [٧٧] .

وقضت محكمة التمييز العراقية لورثة المضرور على حارس الشيء بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء (liability from things) وفق المادة (٢١٣) مدني عراقي [٧٨] .

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأنه إذا كان الجهاز الكاوي الذي استخدمه الطبيب معطوباً ومع ذلك قام باستخدامه في عملية ختان الطفل فانه على الطبيب أن يتأكد من صلاحية الأجهزة التي يستعملها ويكون خطأ الطبيب مفترض وفقاً لأحكام المسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني [٧٩].

الخاتمة

أهم النتائج :-

١- أن للمسؤولية الطبية عن فعل الغير لها من الخصوصية ما تميزها عن أي متبوع وتابع في خارج نطاقها فالقانون المدني العراقي اشترط في المتبوع أن يكون مؤسسة وبالتالي لا تنشأ علاقة التبعية في إطار العيادة الطبية لأنها ليست مؤسسة بالمعنى القانوني للكلمة .

٢- أن رئيس الفريق الطبي يكون مسئولاً عن أعضاء الفريق مسؤولية المتبوع عن عمل التابع .

٣- يميز بعض الفقه بين الخطأ المرفقي وغير المرفقي في علاقة الطبيب بالمستشفى العام .

٤- لا يشترط التبعية الفنية أو الطبية بل يكفي التبعية الإدارية لذا يكون الطبيب تابعاً لمدير المستشفى وان لم يكن الأخير طبيباً .

٥- يأخذ القانون المدني العراقي بالخطأ المفترض القابل لإثبات العكس كأساس لمسؤولية المتبوع عن عمل التابع فيستطيع المتبوع التخلص من المسؤولية بإثبات انه بذل العناية لمنع وقوع الضرر ، بينما يأخذ القانون المصري والفرنسي بالخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس لا يستطيع المتبوع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو خطا المضرور .

٦- المسؤولية عن الأجهزة الطبية لها خصوصية تميزها عن غيرها من الأشياء غير الحية التي تحتاج إلى عناية خاصة ، لأن المضرور في الغالب هو المريض من مخاطر هذه الأجهزة وبالتالي فأن نطاق المسؤولية عن فعل الشيء أو الخطأ في الحراسة هو المسؤولية العقدية وليس التقصيرية التي لا يستطيع أن يتمسك المريض المضرور بها . والمسالة تتعلق بالإثبات فالقواعد العامة للمسؤولية عن فعل الشيء خطأ مفترض قانونا لا يكلف المضرور بإثباته ، بينما في المسؤولية العقدية التزام الطبيب ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة لذا عبء إثبات خطأ الطبيب على المريض المضرور .

٧- تتجه القوانين الحديثة إلى نبذ فكرة الخطأ المفترض من نطاق المسؤولية عن الأشياء وتبنيها على نظرية تحمل التبعة لذا اتجهت إلى جعل التزام الطبيب في نطاق الأجهزة الطبية التزام بنتيجة وليس بذل عناية لكي لا يكلف المريض بإثبات الخطأ الطبي وهو خطأ له خصوصيته ومن العسير أن لم يكن من المستحيل إثباته من شخص عادي غير مهني .

المقترحات والتوصيات :-

١- لابد من تشريع قانون جديد ينظم آداب الصحة العامة في العراق ويحدد الخطأ الطبي وأصوله كما هو موجود في فرنسا ومعظم الدول العربية لبنان والأردن وسوريا وغيرها .

٢- لا بد من تشكيل قضاء متخصص للنظر في القضايا الطبية يكون ملماً بالمسائل الطبية والأخطاء الطبية والأحكام القضائية المقارنة .

٣- تشكيل لجان طبية لإثبات الخطأ لا تقتصر فقط على ذوي المهنة ، وإنما يكون في اللجنة خبير قانوني لعدم تحيز الخبراء المهنيين إلى الطبيب على حساب المريض .

٤- تعديل المادة (٢١٩) مدني عراقي بفقرتيها الأولى والثانية واستمال كلمة متبوع وتابع بدلاً الحكومة والبلديات وغيرها ، ليكون النص شاملاً لكل شخص له سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه.وتعديل الخطأ المفترض وجعل المتبوع كفيلاً متضامناً بموجب القانون .

٥- تعديل أحكام المادة(٢٣١) مدني عراقي لتكون المسؤولية على أساس الضرر وليس الخطأ لمواكبة التطور التشريعي الذي وصلت له المسؤولية عن الأشياء التي تحتاج عناية خاصة ومنها الأجهزة الطبية بسبب زيادة عدد ضحاياها بسبب كثرة أعدادها .

٤- النص على حكم خاص بالمسؤولية الطبية في قانوننا المدني على انه إذا كان المريض هو المضرور من الأجهزة الطبية فان التزام الطبيب بنتيجة وليس بذل عناية لكي لا يلقى العبء على المريض لإثبات خطأ الطبيب والنص على الالتزام بضمان السلامة .

الهوامش :

١- د. وفاء حلمي أبو جميل ، الخطأ الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٧ ،ص ٣٨ .

٢- د. انس محمد عبد الغفار ، المسؤولية المدنية في المجال الطبي ،دار الكتب القانونية ، مصر ٢٠١٠،،ص١١٩ .القاضي د. طلال العجاج ،المسؤولية المدنية للطبيب عالم الكتب الحديث ،اربد الأردن، ٢٠١١ ،ص ٢٦٣ .

٣- المستشار منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص ١٤٠ . د. أحمد عبد الحميد أمين ، التزام الطبيب بضمان السلامة ، دار النهضة العربي ة ، القاهرة ، ٢٠١١،ص٤٩.

٤- د . محمد السيد عمران التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية ، مؤسسة الثقافة الإسكندرية ،١٩٩٢ ،ص١٣ .

٥- المستشار منير، مصدر سابق .ص٢٩٣.

٦- د. انس ، مصدر سابق ، ص ٢٨٢ .

٧- قرارها المرقم ٢٦٥و٦٦ /هيئة عامة /١٩٧١. النشرة القضائية ، العدد الأول، السنة الثالثة ، ١٩٧٣ ، ص٤٥ .

٨- د. سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني الطبعة الخامسة، مطبعة السلام ، ١٩٨٨،ص٨٢٩ و٨٣٠ د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة ، عمان الأردن ، ٢٠١٠، ،ف ٥٥٧، ص٣٦٦ القاضي طلال عجاج ، المسؤولية المدنية الطبية ،المؤسسة الحديثة ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص٣٣٤ د. امجد محمد منصور ،النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار الثقافة عمان الأردن ، ٢٠٠٧ ،ص٣١٥ .

٩- د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ف٦٧ ٧، ص ١٠١٥ .

١٠- د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، طبع وزارة التعليم، بغداد ، ١٩٨٠، ص ٢٦٠ د. السنهوري ،مصدر سابق ، ف ٦٧٨ ، ص ١٠١٨.

١١- د. السنهوري ، مصدر سابق ،ص ١٠٢٢ .

١٢-المصدر نفسه،ف ٦٧٨، ص١٠٢٢ .

١٣- د .امجد محمد ، المرجع السابق ص٣١٧ . د أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ . د. عبد المجيد الحكيم ،المرجع السابق، ف ٧٦، ص٢٦٢ .

١٤- قرار لمحكمة التمييز الأردنية رقم ٦٢٦ /٢٠٠٦في ١٢٠٠٧/٦/٥ وقرارها رقم ٢١١٩ /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٥/١٤www. Al adale.com. منشور في مركز العدالة على الموقع الالكتروني

١٥- د. طلال العجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب ، عالم الكتب الحديث ، أربد الأردن ٢٠١١ ، ص٥٨و٥٩ . د. وفاء حلمي، مصدر سابق ، ص٢٩.

١٦- د.محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، ص٨٨و٨٩ د عبد المنعم داود ، المسؤولية القانونية للطبيب ص١٢٧و١٢٨ د مصطفى محمد الجمال ، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٧.

١٧- القاضي طلال ، مصدر سابق ، ص٣٣٧و٣٤٠.

١٨- قرارها في ٢٦ /١٩٩٣/٥ مشار أليه د مصطفى الجمال ، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية ، منشورات الحلبي ، بيروت ،٢٠٠٠ ، ص٢٧.

١٩- د محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٨٤ د .علي عصام غصن ،الخطأ الطبي ،الطبعة الثانية منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص٨٧ المستشار منير المرجع السابق ،ص٨٤ . د. طلال العجاج ، مصدر سابق ، ص٢٤٥.

٢٠- القاضي طلال العجاج ، المسؤولية المدنية الطبية ، مصدر سابق ص٢٦٨ .

٢١- د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص٨٤.

٢٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣ /مدنية أولى /٢٠٠٩ المنشور في مجلة التشريع والقضاء /العدد الأول ، السنة الثالثة ،٢٠١١ ، ص٢٣٣وما بعدها .

٢٣- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٨٦٥/ مدنية أولى /١٩٩٧ منشور في مجلة العدالة العدد الأول / السنة الثانية /٢٠٠٠ص١٣٩ .وينظر أيضا قرار محكمة التمييز المرقم ٢٢// موسعة ثانية ٢٠٠١ / المنشور في مجلة العدالة العدد الثالث /٢٠٠٢ص٥٧ .

٢٤- د.عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص٢٦٢د السنهوري ، مصدر سابق ص١٠٢٢.

٢٥- د. طلال العجاج ، مصدر سابق ، ص٢٥٧.

٢٦- د. أنور سلطان، مصدر سابق ، ص ٣٦٧ .

٢٧-القاضي طلال العجاج، مصدر سابق ، ص٣٣١ . حسام الدين الأحمد ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١،ص١١٤.

٢٨- د محمد حسين منصور، مصدر سابق ، ص٩٢. حسام الدين الأحمد ، مصدر سابق ، ص١١٣.د. احمد محمود سعد ، مسئولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ ،ص٣٣٧

٢٩-القاضي طلال العجاج ، مصدر سابق ، ص ٣٣٩ .

30- Cass cv. 2Ljun 2003 j.c.p. 2004 p:644 . Cass cv.29 jun 1999 Dalloz 1999 ,p: 95&396 . Cass cv. 26 mars 1999 dalloz 1999 p:719 cass cv. 14L2L2000 j.c.p. 2001 p:581Cass cv. 9L2L2002 j.c.p. 2002 n:1186.

٣١- د. أنور سلطان ، مصدر سابق، ص ٣٦٨ .

٣٢-.د امجد محمد ، مصدر سابق، ص٣١٨ د السنهوري مصدر سابق ،ص١٠٢٨.

٣٣- قرار محكمة التمييز رقم ٢٦٥و٢٦٦ /هيئة عامة / ١٩٧١ في ١٩/ ٢/ ١٩٧٢ النشرة القضائية /العدد الأول /السنة الثالثة/ ١٩٧٣.

٣٤-د. امجد محمد ، مصدر سابق ، ص٣١٧.

٣٥- المستشار منير، مصدر سابق ، ص٧٨ .د. طلال العجاج ، مصدر سابق ، ص٢٨١و٢٨٢.

٣٦ د. محسن البيه ،نظرة حديثة عن خطا الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٢٧٢.

٣٧- المصدر نفسه ، ف ٤٧و٤٨ ،ص٧٧.

٣٨- د السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٤١ د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٥٤٥.

٣٩-د حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني المسؤولية عن فعل الغير ، دار النشر عمان، ٢٠٠٦ ، ص٦٣ د.عدنان إبراهيم السرحان ،شرح القانون المدني العقود المسماة ،دار الثقافة ،عمان الأردن ،٢٠٠١ ،ص١٠٦.

٤٠- د انس ،مصدر سابق ، ص ١١٩.

٤١- د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ،ص٢٦٧ د عدنان إبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ،مكتب دار الثقافة والنشر ،عمان الأردن ، ٢٠٠١ ،ص١٠٦ د.عدنان إبراهيم السرحان ،مصدر سابق ،ص١٠٦.

٤٢- د .حسن الذنون ، مصدر سابق ، ص٦٢.

٤٣- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٠٤٥ و١٠٤٦ د . أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص٢١٧.

٤٤- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٠٤٦ .

٤٥- د. عبد الرشيد مأمون ، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٦ ، ص٧٩ .د.سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص.٩٠٤

٤٦- د .السنهوري ، مصدر سابق ،هامش ص ١٠٤٤.

٤٧- المستشار منير رياض ، مصدر سابق ، ص٢٠١ .

٤٨- د .عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩ .

٤٩- د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص٢٨١.

٥٠ - د، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، المسؤولية عن الأشياء ا،لطبعة الأولى ، دار وائل ،عمان ، ٢٠٠٦ ، ف ١٣٦،ص١٧٣.

٥١- المصدر نفسه ، ف ١٣٦ ، ص١٧٣.

٥٢- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٠٧٩ د حسن الذنون ، مصدر سابق ، ف١٨٣ ص١٨٢ د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص٣٢٨.

٥٣- د. عبد المجيد الحكيم، ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠.

٥٤-د. أيا= عبد الجبار ملوكي ، المسؤولية عن الأشياء ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص١٢٧ وما بعدها .

٥٥- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٨٨.

٥٦- د حسن الذنون، المسؤولية عن فعل الشيء ، مصدر سابق ، ص٢٢٧.

٥٧- د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٠٩٩ .

٥٨ - قرار محكمة التمييز المرقم ١٦٤٩/ مدنية أولى/ ١٩٩٢ مع تعليق الأستاذ عوني الفخري عليه منشور في مجلة العدالة ،العدد الثالث/ ٢٠٠١ ،ص١٣١ وما بعدها

٥٩- المصدر نفسه ، ص ١٣٧.

٦٠- د عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ف ١٠٣ ص٢٨٢

٦١- القرار المرقم ٨٩ /م٣ /٧٤ في ١٩٧١/٩/٤ النشرة القضائية ،ع٣/ السنة الخامسة ص٤٧. وينظر أيضا القرار المرقم ٢٥٣ م١ /٧٦ في ٢٨/ ١٢/١٩٧٦ مجموعة الأحكام العدلية ع٣/السنة السابعة ،١٩٧٦ ، ص٢١ القرار ٢٥٦ /هيئة عامة/ ١٩٧٧في ١٠/٢٢ /١٩٧٧ مجلة القضاء ع١و٢ ، ١٩٧٧ ،ص٢٦٥ القرار المرقم ٩٠٦ ٣٥ ٧٨ في ٢١ /١٢ /٧٨ مجموعة الأحكام العدلية ،ع٤/ السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص١٧ وينظر أيضاً مجموعة الأحكام العدلية ع٤/ السنة العاشرة ١٩٧٩ ص٢٤ .

٦٢- د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص٢٨٢ .

٦٣- د . السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٠٩٨

٦٤- د أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨

٦٥- د. أياد ، مصدر سابق ، ص١٧٨ وما بعدها .

٦٦- د. حسن الذنون ، مصدر سابق ، ف ٣٢٨، ص٢٨٦ وما بعدها

٦٧- المصدر نفسه ، ف ٣٢٨ص٢٨٦ وما بعدها

٦٨- المصدر نفسه ، ص٢٩٢ .

69-Manasart ,Beatrice.la responsibility medical dams la furniture de prothese petites a fiches 1999 n 196 p:1.

وينظر د. جما ل الدين زكي مصدر سابق ، ص٣٨٣ د محمد علي عمران ، ا مصدر سابق ص٧٤د .وفاء حلمي، مصدر سابق ، ص٧٨ ٧٩ د. اشرف جابر سعيد ، المسؤولية عن فعل الأشياء في تنفيذ العقد ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ،ص٦ .

٧٠- د. السنهوري مصدر سابق، ص٧٥٩.

٧١- المصدر نفسه ،ص٧٦١.

٧٢- المصدر نفسه ،ف ٧٣٥ ،ص١٠٩٩ .

٧٣-د .أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص٢٨٤.

٧٤- د .وفاء حلمي ، مصدر سابق ، ص٨٠.د. أحمد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص١٩٣و١٩٤ . المستشار منير رياض ،الخطأ الطبي الجراحي ،دار الفكر الجامعة الإسكندرية ،٢٠٠٨ ،ص١٠٥و١٠٦ د. اشرف ، مصدر سابق ،ص٦.

٧٥- مدنية ٩/نوفمبر/ ١٩٩٩ دالوز (Dalloz) ٢٠٠٠ ، ص٢٤ مدني ٤/جون /٢٠٠٢ دالوز (Dalloz) ٣٠٠٣ ص٢٨ . مدني ٢٧ /مارس /٢٠٠١ دالوز (Dalloz)٢٠٠١،ف ١٢٨٤.

76-Harichaux Ramu, Responsibility des chi rargiens dentists jr. ci. Civil art, 1986, p.4 entry tunic , obligation on general et responsibility REV. Tr. dr. civ. Paris 1964 p.60 DURRRY OBS SOUS ARRET PRECCD REV. TR. DR. CIV. 1974 P. 160 DOUSSAN ISABCLLE LA DULITC DE LA RESPONSABILIETE DES DCUTISTES PNOIZESISTES UN SINGULARITE PERISTENTC AFFICHES 1992 N. 71 P. 2.

٧٧- د. انس ، مصدر سابق ، ص٤٣٣ د . محمد علي عمران ،الالتزام بضمان السلامة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٠ ص٩٩. المستشار منير رياض ، مصدر سابق ، ص ٤٣٠ . د. علي عصام مصدر سابق ، ص ٨٠ .د. طلال العجاج ، مصدر سابق ١٢٢

٧٨- قرارها المرقم ٥٧ / موسعة أولى /١٩٨٩ في ١٧ /١٩٨٩/٢ مشار أليه في مجلة القضاء ، العدد الثاني/ السنة الخامسة والأربعون، ص٢٢٨ .

٧٩- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٦ /٢٠٠٨ في ١٢/١٠/ /٢٠٠٨ منشور في مجلة العدالة على الموقع الالكتروني.www. Al adale.com مصدر سابق .

المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول

(دراسة مقارنة)

المدرس الدكتور

احمـــــد سلمـــــان شهيـــــــب

مدير عام الدائرة القانونية والادارية

وزارة التعليم العالـــــــي والبحـــــث العلمي

بسْمِ الله الرَّحْمنُ الرَّحيمِ

(إنَّ السَمْعَ والَبصَرَ والفُؤادَ كُلُّ أولِئك كانَ عَنْه ُمَسْؤلاً)

صدق الله العلي العظيم (الاسراء ٣٦)

المقدمـــــــــــة

بسم الله الرحمن الرحيم

{ولو شاءَ الله لجَعَلكم أمةً واحدةً ولكن يُضلُّ مَن يشاءُ ويَهدي من يَشاءُ ولتُسأَلُنَّ عما كُنتُم تَعمَلون } النحل ٩٣

خلق الله الانسان وعلمه البيان وكرمه وفضله على كثير ممن خلق ، واسجد له الملائكة الكرام تكريماً وتعظيماً له اذ جعله في الارض خليفة ومن اجله سخر له الكون تسخيراً فحمل الامانة التي عرضة عليه وكانت رسالات السماء اليه تشريعاً وتنظيماً .

وجاء التشريع الاسلامي ليكمل الشرائع التي شرَعت لجميع الامم من قبل ، فجاء بمنهج كامل متكامل البنيان ، واتسم هذا المجتمع الاسلامي بمبادئ وقيم اخلاقية وتقاليد اجتماعية ودينية شرَّعها الله سبحانه وتعالى لضبط تصرفات الافراد وممارستهم داخل المجتمع الواحد وظل هذا المجتمع بتقاليده الموروثة متماسك عبر حقب زمنية متعاقبة .

واصطدمت الهوية العربية بالعولمة في العصر الحديث وما تحمله من تطور في الثورة المعلوماتية والتقنية الحديثة والاتصالات عبر الحدود غير معها اوجه الحياة على سطح الارض ، واصبح النظام الثقافي في حقبة العولمة الحالية هو النظام السمعي والبصري المتمثل في امبراطوريات اعلامية تُبثُّ ملايين الصور يومياً عبر الفضائيات ويستقبلها مئات الملايين في كل انحاء العالم ويستهلكونها كمادة ثقافية مستحدثة على مجتمعنا ومما لاشك فيه ان هذه الثقافية الغربية اثرت بشكل كبير على الثقافة والهوية العربية نتيجة المتغيرات والمستحدثات على مجتمعنا العربي من خلال ادوات عصر التقنية والمتمثلة في (الانترنت – تقنية الهواتف المحمولة – الفضائيات) .

ومن افرازات تلك العولمة والثورة المعلوماتية هو تقنية الهاتف المحمول والذي يعد منجزاً حضارياً مهماً لايمكن التخلي عنه ، الا انه يمثل سلاحاً ذو حدّين ، فمن ناحية لايمكن غض النظر عن مدى اهميته وطيّه للمسافات ودوره في حل العديد من المشاكل والعقبات ، ومن ناحية اخرى تبرز مشكلة المجتمع في طريقة استخدامه مما ينتج عن ذلك ظواهر انحرافية واخلاقية تشكل خطراً على المجتمع المدني في ظل غياب دور الاسرة والمؤسسة التربوية للتوجيه والتوعية من الاضرار الناجمة عن سلبيات هذه الادوات الحديثة خاصة وان مجتمعاتنا العربية لم تضع خطة للسيطرة والحد من امتزاج الثقافات الواردة من الغرب ، وهنا حدثت الفجوة العميقة بين الاصالة والمعاصرة في ظل وجود فلسفة التقليد الاعمى للشباب العربي .

ومن هنا جاء هدف هذا البحث واهميته لألقاء الضوء على مكمن الخطورة التي تهدد المجتمع ومحاولة ايجاد حلولٍ جذرية للقضاء على هذه الظاهرة ، فكما الانترنت عالم حر من كل قيد كذلك الموبايل عالم حر من دون قيد ومن هنا يأتي الخطر ، فالكثير يجده وسيلةُ للتسلية وملأ الفراغ او قد يستغله الكثير من ضعاف النفوس لاشباع الانحطاط الاخلاقي لديهم في تصوير او نشر صور لآشخاص دون علمهم واذنهم المسبق بواسطة الكاميرات المزودة به ذلك ان تلك الكاميرات لايمكن ملاحظتها ، فيعتدي بفعله على حقٍ من اكثر الحقوق خصوصية وحرمة .

لذلك ولآهمية الموضوع ، نجد ان البحث في المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول جدير بالاهتمام ، بل يكاد يكون واجباً على الباحث الاهتمام به من كافة جوانبه ، ذلك بسبب حداثة الموضوع وتقييم اوجه القصور ومحاولة استكمالها في الوسائل التشريعية المفعلة حالياً هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى ضبط الاستقرار الامني داخل المجتمع والاستفادة من استخدام التقنيات الحديثة مع الاخذ بعين الاعتبار الاتزان بميزان الوسطية للربط بين الاصالة والمعاصرة والحفاظ على التقليد الدينية والاخلاقية للمجتمع من ناحية اخرى .

وعليه ، سيكون تقسيم البحث كالاتي ، حيث سنشير الى لمحة تاريخية عن نشأة وتطور الهواتف الخلوية في مبحث تمهيدي ، ويأتي المبحث الاول حيث سنتكلم فيه عن ماهية الحق في الصورة من خلال ثلاث مطالب ، سيكون المطلب الاول عن مفهوم الحق في الصورة والمطلب الثاني عن خصائص الحق في الصورة والمطلب الثالث عن الطبيعة القانونية للحق في الصورة ، ويليه المبحث الثاني ومضمونه اركان المسؤولية وآثارها ويقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول عن اركان المسؤولية المدنية والثاني عن آثار تلك المسؤولية ، واخيراً في المبحث الثالث سنتطرق الى موقف الشريعة الاسلامية والقانون من الحق في الصورة وفي مطلبين مستقلين .

وبعدها الخاتمة وما نتوصل اليه في موضوع البحث من مقترحات .

الله الموفـــق

مبحث تمهيدي

نظرة تاريخية حول نشأة الهواتف الخلوية

وسائل الاتصالات عصب الحياة الحديثة الذي بدونه ان لم تتعطل حركة الحياة فأنها تتباطأ الى الحد الذي يعيق مسيرة تقدمها وتطورها ، كما اصبحت من اهم انشطة الحياة المعاصرة ، وتطورت وسائل الاتصال فبلغت مدياتها الاوسع والارحب في الفترة الاخيرة من هذا القرن ، فبعدما كان الاتصال يعتمد على الوسائل السلكية التقليدية ، اصبح الان يأخذ اشكالاً متعددة ووسائل مختلفة منها شبكة المعلومات الدولة (الانترنت) والهواتف المحمولة .

بدأ استخدام الهواتف الخلوية في اواخر السبعينات من القرن الماضي وقد كان ينحصر في نقل الصوت بين مستخدميه ، حيث يتم تخصيص تردد لاسلكي معين يخدم هذا الشأن ونظراً لارتفاع كلفة هذه الخدمة فقد ظلت قاصرة على بعض المؤسسات الكبيرة والحكومية [١].

ونتيجة للتطورالهائل في مجال التكنلوجيا والتقنيات الحديثة ، فقد اصاب الهواتف الخلوية وشبكاتها اللاسلكية تحديثاً وتطويراً كبيرين ، واصبحت منظومة متكاملة لنقل كافة انواع البيانات ، ليس بين مستخدميها فحسب بل وبين مستخدمي الحاسب الآلي ايضاً [٢] .

ورغم قصر عمر الهاتف الخلوي ، فأن ثورة هذا الاختراع تجاوزت في الاهمية ثورة اختراع الهاتف العادي ، واصبحت علاقة الانسان بالعالم المحيط به وثيقة على مدار الساعة ، وحتى في الاماكن النائية المعزولة التي لاتصلها خدمة الهاتف العادي .

وفي بداية الثمانينات من القرن الماضي راجت الهواتف الخلوية بشكل واضح ولكنها كانت اجهزة كبيرة في الحجم وثقيلة في الوزن ، واستمر تطور تلك الاجهزة وتقليص احجامها نتيجة الاقبال الشديد عليها في الاسواق حتى صارت هذه الهواتف متعددة الاستخدامات ولم يعد عملها قاصراً على نقل الصوت ، بل وايضاً نقل كافة انواع البيانات ، واصبحت الهواتف مزودة بكاميرات تقوم بالتقاط الصور وانتاج مقاطع الفيديو بدقة متناهية .

في مطلع العام ١٩٨٢ اطلق ما يسمى النظام العالمي لاتصالات الجوال (Communication Global System for mobile) والذي يرمز له اختصاراً بـ (GSM) وهي شبكة اتصال لاسلكي تعتمد النظام الرقمي (Digital) وتعد الاكثر تطوراً ورواجاً في العالم وتمنح مستخدميها العديد من الخدمات التي لم تكن توفرها الشبكات السابقة [٣] .

---

(١) الجيل الثالث من اجهزة الموبايل – ثورة في عالم الاتصالات المرئية .
الموقع الالكتروني http:// www.dw-word.de/dwl0,,8411

(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف
المحمول ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ١٧ .
(٣) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، نفس المصدر ، ص ٢٠.

(٣)

وعلى صعيد الاجهزة الخلوية التي تتعامل مع شبكة (GSM) فهي ايضاً تطورت بتطور الشبكة ، حيث تم تبادل الهاتف الخلوي الرقمي (Dx200) لآول مرة في اوربا عام ١٩٨٢ ، وقامت شركة نوكيا بتصنيع اول جهاز داعم لخدمة الويب في عام ١٩٩٩ يمكنه الوصول بسهولة الى محتويات الانترنت ، ثم جهاز نوكيا (b200) في عام ٢٠٠٢ والذي يستطيع الاتصال بالانترنت بسرعة فائقة ، وجهاز نوكيا (٦٦٣٠) في عام ٢٠٠٥ واطلق عليه الهاتف المصور الذكي [١] .

وهكذا توالى تصنيع الهواتف الخلوية الفائقة القدرات والامكانات والتي من بينها قدرة التصوير بكفاءة وتقنية عالية .

لقد اصبح الهاتف المحمول اصغر حجماً واكثر اناقة ولكن امكانياته في ازدياد مضطرد ، وقد بدأ تصنيع هواتف الجيل الثالث منذ فترة وظهر في السوق طراز لهاتف محمول يستقبل البث التلفزيوني ، وكذلك انواع عديدة من الاجهزة التي يطلق عليها الهواتف الذكية لامكانياتها التي تقترب من امكانيات حاسبٍ آلي صغير .
وتحتوي الهواتف الخلوية بعض البرامج الصغيرة الحساسة مثل البلوتوث (Bluetooth) ، كما تمتلك قدراً كبيراً من المساحة لتخزين البيانات ولديها القدرة على الاتصال بألانترنت وتصفح البريد الالكتروني ، وفيها خدمة الاذاعة المحمولة التي تتيح ارسال التقارير الفورية عن مختلف المجالات .

كما وتوجد في الهواتف المحمولة الحديثة كاميرا للتصوير ، وهي تختلف عن مثيلها ليس من حيث استخدامها ، بل من حيث صفاتها التي تميزها بالخفاء وعدم الظهور نظراً لصغر حجمها وصغر حجم الهواتف الخلوية التي تحتويها ، وقد بلغت دقة التصوير المتاحة بواسطة الهواتف الخلوية الى نحو ٢ مليون بيكسل حالياً .
ان ما يمكن تأكيده من كافة الدراسات والاحصائيات في هذا المجال ان هناك نمو رهيب وازدياد مثير للدهشة في حقل استخدام الهاتف الخلوي ، وهذا النمو لن يكون محصوراً في حقل استخداماته الاتصالية أو ما توفره الهواتف الخلوية ذاتها والتي تدعم شبكة (GSM) من خدمات وامكانيات متنوعة تجعلنا امام تقنية عالية وتطور تكنولوجي والكتروني يفرض نفسه على واقعنا مما يجعلنا امام رقم كبير من مستخدمي تلك الخدمة لانجاز واسع من معاملاتهم اليومية ، الا انها تعد سلاحاً ذو حدين ، فهي من جهة تخدم التواصل الانساني وتخدم المجتمع وتعد من جهة اخرى من اقوى ادوات انتهاك النصوص القانونية وهي بذلك تشكل بيئة خصبة يسكنها الخارجون عن القانون لممارسة هواياتهم في اهدار القيم الاخلاقية والتعدي على خصوصية الافراد ، وهذا يثير الكثير من المسائل القانونية التي يصبح لازماً البحث فيها من اجل توفير الحماية القانونية من الاستخدام غير المشروع للهواتف الخلوية [٢] .

(١) تاريخ نوكيا ، الموقع الالكتروني http://www.nokia.com/about-nokia
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ، ص٢٦-٢٧.

المبحث الاول

ماهية الحق في الصورة

سوف نتناول في هذا المبحث بيان مفهوم الحق في الصورة وآراء الفقهاء فيما ورد من تعريفات للحق في الحياة الخاصة وبأعتبار حق الانسان في صورته من ابرز مظاهر الحياة الشخصية للانسان .

ايضاً سوف نوضح اهم الخصائص التي يمتاز بها الحق في الصورة ، واخيراً سوف نتطرق الى بيان الطبيعة القانونية للحق في الصورة ، وذلك من خلال مطالب ثلاث .

المطلب الاول

مفهوم الحق في الصورة

صورة الشخص ترسم ملامحه المادية الجسدية وتعكس مايدور في خلده من افكار وما يعتريه من انفعالات أو ما يخفيه من مشاعر ورغبات فهي ترتبط به ارتباطاً وثيقاً بأعتبارها المرآة التي تكشف عن ذاته ومن خلالها يكون بالامكان التعرف عليه ورصد مكنونات نفسه [١] .

وحيث ان حق الانسان في صورته يعد من ابرز مظاهر الحياة الخاصة للانسان فقد حاول الفقهاء اعطاء مفهوم موحد يتسم بالدقة لاصطلاح الحق في الحياة الخاصة ، الا انه لم يتم الاتفاق بينهم على ذلك ، ويرجع السبب في رأي البعض الى القول بأن مضمون هذا الحق (نسبي) اكثر منه (مطلق) [٢] .

ان هذا الفشل في تحديد مفهوم الحياة الخاصة يأتي من تنوع مظاهر هذه الحياة وتقلباتها وعدم استجابتها لمضمار منطقي منظم ، الا ان هذه الصعوبة في اعطاء مفهوم دقيق وشامل للحياة الخاصة لاينفي وجودها بل العكس فأنه يثبتها [٣] .

لذلك فقد عمد الفقهاء بدلاً من تحديدها الى تعداد العناصر التي تتكون منها ، واكدوا ان السبب في ذلك يعود لتبدل هذا المفهوم تبعاً للعادات والاعراف ، كذلك تبعاً للمفاهيم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية المختلفة [٤] .

(١) د. محمود عبد الرحمن محمد – نطاق الحق في الحياة الخاصة ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، ص٢٢٠ .
(٢) د. فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي ، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون دراسة مقارنة ، ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ٢٠٠٧ ، ص٢١٣ .
(٣) د. نعيم مغبغب ، مخاطر المعلوماتية والانترنت – المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها ، دراسة مقارنة في القانون المقارن ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ٢٠٠٨ ، ص٢٢.
(٤) د. نعيم مغبغب ، المصدر نفسه ص ٢٥.

وعلى الرغم من ذلك فقد وجدت تعريفات متنوعة ومتعددة للحياة الخاصة والحق فيها ، والواقع انها تعريفات متباينة في تحديد مضمون وطريقة رسم وتعيين حدود (الحق في الحياة الخاصة) فقد عرفه البعض بأن هذا الحق يعتبر (احد الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تثبت للانسان لمجرد كونه انساناً) .

اما الفقيه (Martin) فقد عرفه بأنه (الحق في الحياة الاسرية والشخصية والداخلية والروحية للشخص عندما يعيش وراء بابه المغلق) [١].
كما ان الفقيه (Nersom) ذهب في تعريفه الى اوسع من ذلك معطياً السلطة لارادة الشخص وحقه في حفظ اسراره بعيداً عن علم العامة بها فقال بأنه (حق الشخص بأن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها الا بارادته والتي تتعلق بصفة اساسية بحقوقه الشخصية) ويقرر ان الحق في الحياة الخاصة يقع في دائرة الحقوق الشخصية وان كان لايشملها كلها ، اما مؤتمر ستوكهولم لرجال القانون الذي عقد في عام ١٩٦٧ فقد جاء بتعريف للحق في الخصوصية مقارباً للتعريف السابقة ..... (الحق في ان يكون الفرد حراً وان يترك يعيش كما يريد مع ادنى حد للتدخل الخارجي) [٢].

ومهما اختلفت الآراء في تعريف الحياة الخاصة للانسان وحقه فيها ، الا ان معظم الاتجاهات الفقهية قررت على ان للخصوصية طابعين اساسيين هما :-
١- طابع عادي : ومعناه النهي بالنفس عن التدخل في شؤون الاخرين الخاصة .
٢- طابع اعلامي : ويقتضي عدم ادراج خصوصيات الفرد ضمن ما يعرف بالحق في الاعلام بالنسبة للأخرين ، وهو الامر الذي توجب النأي عن استعمال الغير لبيانات ذات صلة بخصوصية الفرد [٣] .

ومهما يكن من أمر ، فقد عرف مفهوم الحق في الصورة والتي هي احد عناصر الحق في الحياة الخاصة مع منتصف القرن التاسع عشر ، واستقر الرأي على ان كل شخص له حق على صورته واستقر هذا الامر واصبح من المسلّمات [٤].

(١) اشارة الى ذلك د. فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي ، المصدر السابق ،ص٢٦٣ .
(٢) المصدر نفسه ،ص٢٦٤ .
(٣) المصدر نفسه ،ص ٢٦٦ .
(٤) د. جعفر محمود المغربي وحسب شاكر عساف، المصدر السابق ،ص ٧٣ .

المطلب الثاني

خصائص الحق في الصورة

لقد انتهينا الى ان الحق في الصورة يعد من الحقوق اللصيقة بشخص الانسان ، لذا فأنه يترتب على ذلك ان هذا الحق يتمتع بذات الخصائص التي تميز حقوق الشخصية ، كما ان له ذات الحماية القانونية المقررة لها ، وهو بالتالي يتمتع بالخصائص التالية [١] .

اولاً : انه من الحقوق العامة :-

اذ ان الحق في الصورة مثله الشخصية القانونية يثبت لكل انسان بصفته انساناً ، حيث انه يقصد بحقوق الشخصية (الحقوق التي تثبت للشخص بأعتباره انساناً) [٢] .

وبمجرد ميلاده بغض النظر عن جنسه او جنسيته او لونه او دينه ، فهو حق يثبت له بمجرد الميلاد ويلازمه طوال حياته .

ثانياً: حق غير قابل للتصرف فيه :-

المبدأ العام هو ان الحق في الصورة حق يرتبط بشخص الانسان لذا فهو لايقبل التصرف فيه حتى انه في حالة رضاء صاحب الحق بأن يقوم غيره بتصويره او نشر صورته .
فقيام عارضة الازياء مثلاً بالتنازل عن حقها في صورتها للمصور الذي قام بتصويرها لقاء مبلغ من المال ليقوم بطبعها او استخدامها لاغراض تجارية او بيعها الى مجلة فنية ، فأن هذا الرضاء لا يعد خروجاً عن مبدأ عدم قابلية الحق في الصورة للتصرف فيه ، لأن من يأذن لغيره بتصويره لا ينزل عن حقه في صورته ، وانما ينزل عن استعمال السلطات التي يمنحها اياها هذا الحق ، اي سلطة الاعتراض على تصوير أو نشر صورته [٣].

كما لايفهم من ذلك ان التنازل الكلي او المطلق عن الحق في الصورة يرفع القيود كافة من المتنازل له ، بل يبقى من حصل التنازل او التصرف لمصلحته مقيداً بعدم الاضرار بصاحب الصورة ، وكذلك مقيداً بعدم مخالفته (النظام العام ولآداب العامة) فقيام المتصرف له بحق الصورة او استخدامها في اعلان عن المخدرات مثلاً يُجب مسائلته [٤] .

---

(١) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،ص ٨٣.
(٢) د. حسام الدين كامل الاهواني ، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الالكتروني .

بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،ص ٣ .
(٣) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،ص ٨٣ .
(٤) د. نعيم كاظم جبر ، الحق في الصورة الفوتوغرافية والحماية المقررة لها في التشريع العراقي
http//www.iraqpf.com/showthread-php?t= ١٠١١٣٧

ثالثا: حق لايتقادم :-

ان الحق في الصورة يتضمن حقين احدهما معنوي والاخر مالي ، أما الحق المعنوي فلا يمكن القول بأمكانية تقادمه أو خضوعه لقواعد التقادم ، ذلك انه لايمكن تصور انقضاء الحق في الصورة بعدم الاستعمال .

ولو كان من الجائز خضوع الحق في الصورة للتقادم لكان من السهل التحايل على عدم قابليته للانتقال . ذلك ان الاصل هو ان الحقوق الشخصية تنتهي بوفاة صاحبها ولاتنتقل مطلقاً الى الورثة الا ان هذه القاعدة يرد عليها استثناء هو الحق في الصورة اذ يجب عدم الاقتصار على الارث المعنوي ، وقد عرضت قضية على القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها بقيام احدى المجلات بنشر صورة جثمان ممثلة فجاء في حكم المحكمة (ان نشر الصورة ممكن ان يؤدي الى الحاق الضرر بأهلها وبالتالي زيادة آلامهم) .

بيد ان ذلك يعني ان هـــذا القضاء لم يعترف بانتقال الحــق في الصورة الى الورثة ، اذ ان الدعوى المرفوعة هنا اساسها الضرر الذي لحق العائلـــة ، وليس اساسها الاعتداء على ذلك الحق [١] .

اما الحق المالي فلا اشكالاً في امكانية تقادمه بمرور الزمان ، حيث ان دعوى المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على هذا الحق تنقضي بالتقادم وذلك وفقاً لما هو مقرر لانقضاء الدعاوى المدنية في التشريعات المختلفة [٢] .

ومن هذا نخلص بالقول ان الحق في الصورة لاينقضي بالتقادم مهما طالت مدة عدم استعمال الانسان له ، فمهما سكت الانسان عن الاعتراض على نشر صورته فأن ذلك السكوت لايعني حرمانه من هذا الاعتراض [٣] .

كما ان التشريع المصري اشار الى ان بعض الجرائم لاتنقضي فيها الدعوى الجزائية بمضي المدة منها استخدام العمال سخرة وتعذيب المتهم لحمله على الاعتراف . وذكر من بينها الاعتداء على الحياة الخاصة .

---

(١) د. نعيم كاظم جبر ، المصدر السابق ١٠١١٣٧ http//www.iraqpf.com/showthread-php?t=
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف والمصدر السابق ،ص ٨٤ .

(٣) حسن محمد كاظم ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد – كلية القانون ، ٢٠٠٦ ،ص ١٩.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للحق في الصورة

اختلف الفقه حول التكييف القانوني للحق في الصورة ، فمنهم من قال بأن الحق في الصورة هو حق ملكية ، وبعضهم يقول بأنه حق مؤلف وذهب فريق ثالث الى القول بأنه مظهر من مظاهر الحق في الحياة الخاصة ، واخيراً هناك من يقول بأنه قد يكون مظهراً من مظاهر الحق في الحياة الخاصة أو كونه حقاً مستقلاً وقائماً بذاته (ويقصد بذلك بأنه حق ذو طبيعة مزدوجة) وهذا ما سنتناوله تباعاً في الفقــرات التالية :-

أولا: الحق في الصورة حق ملكية :-

لقد فضّل الفقهاء ممن هم مؤيدي هذا الاتجاه الى تشبيه الحق بالحياة الخاصة بالحق العيني ، وهذا الحق بنظر (Badinter)هو حق ابدي قابل للتصرف ولايمكن تملكه بالتقادم [١].

وقد تزعم هذا التصوير المادي الفقيه كينسر اذ قال (ان كل شخص هو سيد صورتــه المطلق) حتى انه قال (ان هذا الحق يمكن حمايته بطريق الدفاع الشرعي) ، حيث اعطى الحق لمن تم رسم صورته على حين غفلة منه او باخذ صورة فوتوغرافية ان ينزع الورقة التي رسمت عليها صورته او يكسر الة التصوير على صاحبها [٢].

لقد وجه لهذا التكييف انتقادات عديدة مما جعلها كنظرية مردودة ذلك لأنها خلطت بين موضوع الحق وصاحب الحق ، لأن الانسان في الحقيقة لايملك جسده وليس له حق ملكية عليه فالجسد ملك لخالقه ولايجوز لأحد افناؤه او التصرف فيه حتى لو كان صاحبه [٣] .

ومن جهة اخرى فأن الحق في الصورة لايحمي شيئاً مادياً ، بل ان هذا الحق يحمي شخصية الانسان الذي تمثله الصورة ، لذا فهو حق من حقوق الشخصية وامتداد للحق في الحرية [٤].

ثانياً: الحق في الصورة حق مؤلف :-

لقد ذهب انصار هذا الاتجاه الى الاعتقاد بأن الحق في الصورة يؤلف حقاً معنوياً ، بحيث تم تشبيه حق الفرد بحياته الخاصة مثل حق الملكية الصناعية ، أو حق الملكية الادبية ، وبدقة اكبر انه يشبه حق الاختراع ، اذ يعود لصاحب الاختراع وحده حق الاستثمار ، وعليه فقد صنفوا هذا الحق ضمن اطار الحقوق المعنوية [٥] .

---

(١) د. نعيم مغبغب ، المصدر السابق،ص٣٠ .
(٢) د.نعيم محمد كاظم ،المصدر السابق ،ص .
(٣) د.جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف،المصدر السابق ،ص٨.
(٤) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق،ص ٧٥ .
(٥) د.نعيم مغبغب ،المصدر السابق ، ص ٧٥ .

وقد تزعم هذا التجاه الفقيه الالماني (ريتشل) حين قال ان للفنان على لوحته حقاً يشبه الحق الذي للانسان في ملامحه .

وحق المؤلف كما هو معروف له جانب مالي يتمثل في احتكار واستغلال ذلك الحق ويخول بيع انتاج المؤلف وتأجيره ، وجانب اخر هو الجانب الادبي ويشمل سلطات المؤلف في نشر ابداعه او عدم نشره والتعديل فيه وسحبه [١].

واضحٌ ا ن هناك اختلاف جوهري كبير بين الحقين ، من حيث ان حق المؤلف ينصب على الانتاج الذهني للانسان ، في حين ان الحق في الصورة لايوجد فيه مثل هذا الانتاج ، اذ ان المظهر الجسماني للانسان جزء منه وليس شيئاً خارجاً عنه ، اذاً فهو ليس من انتاج ذهنه والانسان بطبيعة الحال لايستطيع ابتكار وجهه .

اضف الى ذلك ان حق المؤلف يمنح صاحبه حق منع نسخ عمله الفني او استخدامه دون رضائه ، كما ان له ان يستغله مادياً ،اماً الحق في الصورة فهو لايقبل التصرف فيه او النزول عنه ، ولايمكن تصور وجود حق المؤلف هنا الا للوالدين على وجوه ابنائهم او جرّاحي التجميل على وجوه عملائهم [٢].

ثالثاً: الحق في الصورة حق شخصي :-

اتجه قسم من الفقهاء الى القول بأن الحق في الصورة هو حق شخصي حيث انه من اللازم تكييف هذا الحق بطريق ربطه بأقرب الحقين اليه – الحق العيني او الحق الشخصي- ثم يستأنفون القول بأن الحق في الصورة هو اكثر شبهاً بالحق الشخصي منه بالحق العيني اذ ان الحق هو اما ان يخول صاحبه سلطة مما تجعله في مركز يشبه مركز صاحب الحق العيني ازاء الشيء ، أو ان يضعه في وضع يشبه وضع الدائن في الحق الشخصي ، حيث ان الشخص صاحب الحق في الصورة يكون في مركز الدائن ازاء التزام المدين بالامتناع عن القيام بعمل ، مع الفارق الذي يتمثل في ان هذا الالتزام لايقع الا على عائق شخص او عدة اشخاص وذلك لانطوائه على تقييد للحرية ، في حين ان الالتزام في مجال الحق في الصورة يقع على عائق كل شخص ، اذ يتوجب على الغير ان يمتنع عن التقاط صورة شخص ما او طبعها او الكشف عنها [٣] .

وقد صدر عن القضاء الفرنسي العديد من الاحكام التي تشير الى ان الحق في الصورة من مظاهر الحق في الحياة الخاصة ، فقد قررت محكمة (نانتير) الفرنسية (ان نشر صور التقطت في اماكن مفتوحة للعامة دون علم الاشخاص المعنيين بواسطة الة تصوير عن بعد هو فعل مغلوط ، مما يعزز وجود مساس بالحياة الخاصة) [٤].

(١) حسن محمد كاظم ،المصدر السابق،ص ١٠.
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق ،ص ٧٦ .
(٣) حسن محمد كاظم ،المصدر السابق ،ص ١٣ .
(٤) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق، ص ٧٧ .

في حين اكد القضاء الفرنسيي في قرار اخر(ان المسكن ينتمي الى دائرة الحياة كما ان التقاط الصور لاحد الاشخاص في فندقه الخاص من دون الحصول على اذنه الصريح والواضح يعتبر مساسا" بحياته الخاصة) [١].

والحقيقة ان تكييف الحق في الصورة كونه حق شخصي او مظهر من مظاهر الحياة الخاصة هو تكييف تقف امامه الكثير من الصعوبات، فبالأضافة الى الفارق الذي يتمثل في ان هذا الالتزام لايقع الا على عاتق شخص او عدة اشخاص والذي يمكن القول بانه في حد ذاته عرض كبير امام دمج الحق في الصورة بالحقوق الشخصية ، فأن هناك من خصائص الحق الشخصي مالا يمكن تطبيقه على الحق في الصورة، نذكر منها على سبيل المثال ان الحق الشخصي لايخول صاحبه ميزة التتبع ، اذ لوسرقت صورة شخص ما من بين يديه فانه يستطيع استردادها فيما بعد باي يد تكون، كما ان الحق الشخصي كما هومعروف عنه هو حق مؤقت،اما الحق في الصورة يكون لصاحبه على وجه التأبيد [٢].

والفقه والقضاء الفرنسيين يؤيد في جانب منه استقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة ، فهو يعاقب على نشر صور ملتقطة في اماكن عامة عندما تركز الصور على اشخاص أو تكشف معلومات عنهم اوتلتقط صوردون علمهم ، حتى وان لم يشكل هذا الفعل مساساً بحياتهم الخاصة ، لان ما يدعم الحق في الصورة هنا هو الحق في الطمأنينة [٣].

ويتضح ان بعض الفقهاء لم يوافق على النتائج التي قادت اليها هذه النظرية، والسبب كما ذكرنا سابقا كون موجب الامتناع لا يلقى الا على عاتق شخص واحد او بعض الاشخاص القانونيين، في حين نجد بالمقابل أن وجوب عدم أفشاء الاسرار اوعدم التدخل في الحياة الخاصة انما هو التزام يقع على عاتق المجتمع بأكمله ، وبالتالي فان التصنيف المقترح بموجب هذه النظرية غير واقعي وغير مقبول ، لان الشمولية في الحقوق تقابلها شمولية في الواجبات وبالتالي يمكننا التساؤل في هذا الاطار عما يمكن الاحتجاج به بوجه الجميع ،ا لا في اطار الحقوق العينية والتي هي بعيدة كل بعد عن الحقوق الشخصية [٤].

(١) الاستاذ اندريه برتران- د.نقولا فتوش،الحق في الحياة الخاصة والحق الصورة،ط١،مطبعة صادر مكتبة صادر

ناشرون ش.م.م،بيروت- لبنان،٢٠٠٣،ص١٢٩
(٢) حسن محمد كاظم،المصدر السابق،ص ١٣.
(٣) د.جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف،المصدر السابق،ص ٧٨.
(٤) د.نعيم مغبغب،المصدر السابق،ص ٣٠

رابعاً: الحق في الصورة قد يكون احد مظاهر الحق في الحياة الخاصة وقد يكـــون

حقاً مستقلاً بذاته :-

يرتكز الاجتهاد الفقهي القائم حالياً في مجال الحق في الصورة على حماية الحق في الحياة الخاصة بقدر مايرتكز على الحق في الشخصية ، حيث اشار مستشار محكمة التمييز الفرنسية الى التالي :-

(انشأ الاجتهاد انطلاقاً من مهمة القضاء في الاتيان بحكم ، طريقة التعويض اكثر فعالية من المسؤولية المدنية ، عبر تكريسه بصفته الحاكم الشرعي حق الفرد في معارضة التقاط واعادة تظهير صورته وهو حق يُطلق عليه خطأً تسمية (الحق في الصورة) لاسيما وانها عبارة مجردة من اي معنى يجب بالتالي التعريف عن هذا الحق الفريد والمستقل والشخصي الذي غالباً ما يعرف سلباً كحق كل فردٍ في صورته من خلال القدرة على معارضة تظهير واعادة تظهير هذه الصورة ، وهو مبدئياً حقّ مطلق وغير قابل للتصرف فيه لا نه لايمكن التنازل عنه بشكل نهائي) .

ومن هذا نلاحظ ان عدة قرارات قضائية ، كما الفقه الفرنسي الحديث تشير الى (الطبيعة المزدوجة للحق في الصورة) وهذه الطبيعة تشمل :-

- حقاً مالياً ليس الا جزءً من الملكية الفنية .
- حقاً غير مالي ، يتم دوماً الخلط بينه وبين الحق في الحماية ، اي في طمأنينة الحياة الخاصة وفي الكرامة الانسانية [١].

لذلك فأن انصار هذا الاتجاه يرون ان للحق في الصورة طبيعة مزدوجة فهو اما ان يكون :-

١- حقاً مستقلاً بذاته .
٢- او يكون احد مظاهر الحق في الحياة الخاصة .

ولتفسيرذلك قالوا بأن فعل التصوير ان كان يشكل مساساً بالحق في الحياة الخاصة ، اي بمعنى اخر ان كانت الصورة تكشف عن جزء من حياة الفرد الخاصة وضد ارادته فأن الحق في الصورة يرتبط بالحق في الحياة الخاصة .

في حين لو كانت الصورة لاتشكل مساساً بالحياة الخاصة للفرد فهنا ينهض الحق في الصورة مستقلاً ، اي ان حماية القضاء تنصرف الى صورة الانسان بصفة مستقلة وهذا معنى استقلال الحق في الصورة عن الحق في الحياة الخاصة [٢] .

ويبدو جلياً ان انصار هذا الاتجاه يريدون اسباغ حماية فعالة على الحق في الصورة ، ذلك ان الحق في الحياة يجعل من السهل اللجوء الى القضاء المستعجل للامر بالاجراءات التحفظية والوقائية والتي نصت عليها المادة /٩ من القانون المدني الفرنسي [٣] .

---

(١) الاستاذ اندريه برتران والمحامي نقولا فتوش ،المصدر السابق ،ص ١٩٨ .
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق،ص ٧٩ .
(٣) المصدر نفسه ،ص ١٥٦ .

بعد ان استعرضنا الاراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للحق في الصورة، اصبح لزاماً ان نبين ماهو الانسب كما نراه، فنقول بان الحق في الصورة يدخل في دائرة الحقوق الشخصية سواء كان حق مستقل او مظهر من مظاهر الحق في الحياة الخاصة، وهو بهذه السمة يشكل اهمية على صعيد حماية هذا الحق، فاذا عُدّ حق الانسان في الصورة احد حقوق الشخصية وأعتُديّ على هذا الحق كان للمعتدى عليه ان يلجأ الى القضاء طالباً رد هذا الاعتداء دون حاجة الى اثبات توافر عنصر المسؤولية المدنية.

والمرجح براينا بان لا يمكن اعتبار الحق في الصورة حق مؤلف وذلك لاسباب عديدة، نذكر منها وجود الفارق بين المصور وحق المؤلف،فان حق المؤلف على سبيل المثال مقيد بمدة محددة على خلاف الحق في الصورة.

وفي طبيعة الحال يتضح ان مسلك مشروع القانون المدني الذي وضعته وزارة العدل في العراق عام ١٩٨٦ هو الاقرب للصواب، حيث نصت المادة(٦٦) منه على انه(يتمتع الانسان بحقوق تلازم شخصيته كحقه في اسمه ولقبه وصورته)[١].

---

(١) حسن محمد كاظم،المصدر السابق،ص ١٦

المبحث الثاني

أركان المسؤوليـــــة وآثارها

الاصل ان الانسان حرٌ في تصرفاته وله الحق في ممارسة اعماله ونشاطاته على الوجه الذي يراه مناسبا، الا ان هذا الحق ليس مطلقا وانما هو مقيد ويقف عند حدود حقوق وحريات الاخرين، فأذا ما ادى فعل الشخص الى الاعتداء على حق من حقوق الاخرين نهضت مسؤليته بالنسبة الى هذا الشخص وان انتهاك الحق في الصورة والذي يعد جزءا من حقوق الشخصية يؤدي الى اثارة المسؤولية المدنية والتي قد تكون مسوؤلية عقدية وتقصيرية استنادا الى وجود او عدم وجود عقد.

ولقيام هذه المسؤولية لابد من توافر اركان المسؤولية، وعليه سنواصل البحث في اركان المسؤولية المدنية واثارها المتربة عليها في مطلبين متتاليين.

المطلب الاول

اركان المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة

ذكرنا ان لكل مسؤولية لأجل اثارتها لابد من توافر اركان ، واركان المسؤولية المدنية هي

ثلاث:- الخطأ- الضرر- وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.....

وهذ ما سيتم تناوله تباعا في فروع ثلاث.

الفرع الاول

الخطـــــــــــــــــأ

ان الخطأ كركن من اركان المسؤولية المدنية ينقسم الى نوعين، اما ان يكون خطأ تقصيرياً او ان يكون خطأعقدياً.

لقد سبقت تعريفات كثيرة ومختلفة بشأن تحديد معنى الخطأ التقصيري ، الا اننا نجد اكثرها دقة واستقراراً في الفقه والقضاء المعاصرين هو التعريف الذي يقول (ان الخطأ التقصيري هو أخلال بألتزام قانوني سابق يصدر عن ادراك) [١].

ومن خلال التعريف فان للخطأ التقصيري عنصرين هما ركن مادي وركن معنوي، اما الركن المادي فيقصد به تجاوز الحدود التي يجب على اي شخص الالتزام بها في سلوكه، وأما الركن المعنوي فقوامه الأدراك والتمييز وهو العلم من قبل من يقع منه العمل بما يعمل وحيث ان القاعدة القانونية تعتبر خطابا يوجه الى الاشخاص لاتباع سلوك معين، لذلك فان من لا يملك التمييز لا يجدي معه الخطاب ، الا في حالة فرض القانون التزاما لايتطلب من المخاطب ادراكاً كالألتزام بالضرائب [٢].

ويتحقق الخطأ التقصيري كركن جوهري من اركان المسؤولية المدنية لانتهاك الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول عندما يقوم شخص ما بالأخلال بألتزام قانوني سابق ويتمتع بالأدراك التام والتمييز لفعله بالتصوير أخر ودون علمه او رضاه الضمني او الصريح.

ولتوضيح اكثر لمفهوم الرضاء الضمني فقد ظهرت نظرية الرضاء الضمني والتي مفادها بأن الحياة العامة هي عبارة عن مجموعة من الانشطة والمواقف والتي يحق للجماعة رؤيتها، والانسان حين يمارس نشاطه العام يقدم نفسه للجمهور وهو يقبل مقدما ان يتم تصويره ونشر صورته، شأنه شان اي شخصية عامة او مشهورة وهو عندما يعيش في مجتمع يرى فيه الناس ويرونه فانه يكون راضيا ضمنيا بان يصورونه ، وهذا الرضاء ليس له صفة ارادية وانما هو رضاءٌ اليٌ ينشأ من مجرد ظهور الانسان في مكان عام ، لذلك فان مشروعية التصوير أو النشر ليس لكون الصورة متعلقة بالحياة العامة او المهنية وانما اساسها توافر قرينـــــة الرضاء الضمني [٣].

ويكون الرضاء صريحا عند حصول المصدر على أذن صريح بتصويره، الا ان ذلك لا يعني قبول الشخص التقاط صورة له بالضرورة تنازله عن حقه في الصورة وموافقته على استغلالها علنا وتجاريا، فقبول الشخص التقاط صورة له لا يستتبع موافقته علـــــى نشرها [٤].

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ج١،ط٢،المكتبة القانونية ،بغداد العاتك لصناعة الكتاب ،القاهرة ،١٩٨٠ ،ص٢١٥.
(٢) حسن محمد كاظم ،المصدر السابق ،ص ٩٠.
(٣) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف، المصدر السابق ،ص ١٤٥.
(٤) الاستاذ اندريه برتران والدكتور نقولا فتوش ، المصدر السابق ،ص ٢٤٤.

اذ لابد من الحصول على اذن صريح وخاص من اجل استغلال صورة شخص ما لأغراض تجارية .

وقد يبرم عقداً بين المصور والشخص المراد تصويره ويعتبر المدين مخطئاً اذا لم يقم بتنفيذ التزامه .

والالتزام في المسؤولية العقدية بصفةٍ عامةٍ قد يكون التزاماً بتحقيق غايةٍ او ببذل عناية . وفي نطاق الحق في الصورة تثار المسؤولية اذا اخطأ المدين – وهو من يلتقط الصورة او ينشرها – على صعيد هذين النوعين من الالتزام ، اذا التزم المصور تجاه صاحب الصورة بنشرها على وفق آلية معينه فأن عليه الالتزام بتنفيذ هذه الآلية وهي النتيجة المطلوبة منه ، كذلك تثار مسؤوليته اذا التزم بالامتناع عن نشر صورته الملتقطة له دون اذن منه ، فأن قام بنشرها دون اذن اثيرت مسؤوليته العقدية [١] .
وجدير بالذكر انه وحدها العقود الخاصة بأستغلال صور عارضي الازياء المحترفين تخضع لشروط شكليةٍ خاصة [٢] .

ونخلص مما تقدم بأن الخطأ سواء كان تقصيرياً وهو القيام بعمل غير مشروع او خطأ عقدياً وهو اخلال المدين بالتزامه ، فأن تحققه مع تحقق الشرطين الآخرين وهما الضرر والعلاقة السببية تثار المسؤولية المدنية وترتب عليها اثارها .

الفرع الثاني

الضـــــــــــــرر

الضرر هو الاذى الذي يلحق بالمتعاقد نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه او هو في المسؤولية التقصيرية اذى يصيب الشخص في حقٍّ او مصلحةٍ مشروعةٍ له جرّاء عملٍ غير مشروع [٣] .

وتدور المسؤولية المدنية ، عقدية كانت او تقصيرية مع الضرر وجوداً وعدماً وشدةً وصعفاً ، فلا مسؤولية حيث لا وجود للضرر ، اما عن عبء اثبات الضرر فأنه يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعيه (البينه على من ادعّى واليمين على من انكر) [٤] .

ولايكفي مجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر ، اذ قد لايترتب اي ضررٍ للدائن [٥] .

---

(١) حسن محمد كاظم ، المصدر السابق ، ص ٨٩ .
(٢) الاستاذ اندريه برتران والدكتور نقولا فتوش ،المصدر السابق ، ص ٢٤٤.
(٣) حسن محمد كاظم ، المصدر السابق ،ص٩٢.
(٤) المادة ٧/اولاً من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .
(٥) د.عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،المصدر السابق ،ص ١٦٧ .

والضرر نوعان فهو اما :-
- ان يكون ضرراً مادياً يصيب المضرور في ماله او جسمه او في عنصر من عناصر ذمته المالية .
- ا وان يكون ضرراً معنوياً او أدبياً ، وهو ما يصيب الانسان في شعوره وعاطفته ويبدو في صورة الم ينتج عن اصابة او مساس بالشعور عن اهانة ، أو تقيد للحرية ينتج عن حبس دون وجه حق [١] .

والضرر في مجال الصورة من الممكن ان يكون في كلتا الصورتين .

أولاً : الضـــــرر المعنوي :-

ذكرنا ان الضرر الادبي او العنوي هو كل تعدٍ على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او سمعته او في مركزه الاجتماعي او اعتباره المالي ولذا فهو يكـون قابلاً للتعويض بالمال [٢] .

فاذا تم التقاط صورة الشخص (في الحالات التي يسمح فيها بالتقاط الصورة ونشرها دون اذن صاحبها) فأن صاحب الصورة من حقه اللجوء الى القضاء ليمنع عرض او تداول الصورة اذا كان يترتب على ذلك مساس بشرفه أو بسمعته اضافة الى مطالبته بالتعويض عن الضرر الادبي الذي لحقه نتيجة ذلك في حال كون الالتقاط او النشر قد حصل [٣] .

ويشكك البعض في فعالية جبر الضرر المعنوي الناشىء عن الاعتداء على الحق في الصورة بالتعويض المالي كون ذلك الضرر يتسم بالعلانية في حين ان التعويض المالي لايتسم بهذه الصفة ، وأن التعويض عن طريق نشر الحكم الصادر بالتعويض كون تلك الطريقة تتلاءم مع الضرر المعنوي من حيث صفة العلانية يكون انسب لأجل جبر ذلك الضرر .

الا ان الاعتداء اذا كان واقعاً على الحياة الخاصة ، فأن نشر الحكم الصادر بالتعويض ربما يزيد من قدر الضرر ويوسع من مداه ولا يجبره ، وقد يؤدي الى نشوء ضرر معنوي مرتد يصيب شخصاً آخر غير المضرور ، كالضرر الذي يصيب الزوجة من جراء نشر خصوصيات الزوج ، الا ان هذا يُعوضُ عنه كذلك .

وفي العراق يرى جانب من الفقه ان الضرر الادبي هو عنصر قائم بذاته يقتضي ان لايشمل التعويض الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وانما تقوم المحكمة لدى وقوع الضرر الادبي بتقدير التعويض بحيث تكون ترضية كافية للمضرور ، وهي حين تفعل ذلك فعليها ان تراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة اي الظروف الشخصية المحيطة بالمضرور ، وحيث ان الاصل من التقدير هو النظر الى جسامه الضرر وليس الى جسامة الخطأ ، الا ان جسامة الخطأ ايضاً قد تؤثر من ذلك في شعور القاضي لدى تقديره التعويض [٤] .

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،المصدر السابق ،ص ١٦٧ .
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف، المصدر السابق ،ص ١١٨.
(٣) المصدر نفسه ، ص ١١٣.
(٤) حسن محمد كاظم ، المصدر نفسه ، ص ٩٥ .

ثانياً : الضـــــــرر المـــــــادي :-

بما ان الضرر المادي هو الضرر الذي يصيب المضرور في ماله أو جسمه او اي عنصر من عناصر ذمته المالية ، وهو في نطاق الحق في الصورة يكون بطريق الاعتداء على هذا الحق ويتمثل في الخسارة التي تلحق بالمضرور او الكسب الذي يفوته بسبب هذا الاعتداء ، الا ان حالات الضرر المادي تعتبر قليلة اذا ما قورنت بحالات الضرر المعنوي في مجال الحق في الصور [١] ، اذا ان الجانب الاكبر في الضرر هو ضرر ادبي يتمثل في الاعتداء على الشرف والسمعة والصورة ، وهي اضرار لاتقدر بثمن لأنها تستهدف اغلى ما يملك الانسان [٢] .

ويظهر الضرر المادي بصورة اساسية في مجال نشر الصورة ، نذكر على سبيل المثال حالة نشر صورة لتاجر مشهور وهو في حالةٍ سيئةٍ تشير الى جشعه مما يتسبب في قلة زبائنه وعملائه وبالتالي الحاق خسارة به ، وكذلك اذا قام شخصٌ محترفٌ بالتعاقد مع احدى المجلات على نشر صورته فقامت تلك المجلة بالتنازل عن نشر الصورة لمجلة اخرى وذلك دون موافقة صاحب الشأن حتى ولو كانت المجلة الاخرى مشابهةً للآولى من حيـث الموضوعات التي تعالجها ، وعليه تعتبر المجلة الاولى مسؤولةً عن التعويض لان التنازل قد فوت على صاحب الصورة كسباً كان من الممكن ان يحصل عليه لو تعاقد مع الصحيفة الثانية ، اي انها كانت سبباً في تفويت فرصة الكسب المالي او تقليلها .

ان تلك الامثلة وغيرها الكثير قد يصعب الفصل بين الضرر المادي والمعنوي لذلك فإننا نجد القضاء عندما يقدر مبلغ التعويض عن الضرر المادي فأنه يزيد عنه بما يجبر الضرر المعنوي ايضاً [٣] .

اما اذا انتفى الضرر فلا يستحق التعويض ، والقاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير الاضرار وتقدير التعويض ايضاً ، وهو يحدد طريقة التعويض المناسبة لمن اعتُدي على حقه .

ولاصعوبة تذكر في تقدير الضرر المادي ، الا ان الصعوبة تثور في حالة تقدير الضرر الادبي ، ذلك ان هذا الضرر يقوم على اعتبارات شخصية تختلف مدياتها من شخص الى آخر ، وبالتالي فلا توجد قاعدة محددة لتقدير التعويض المالي اللازم لجبره [٤] .

موقف المشرع المدني العراقي :-

لم يشر المشرع المدني العراقي الى الضرر المادي الناجم عن الاعتداء على حق في الصورة بشكل صريح ، بيد ان بالامكان تطبيق القاعدة العامة ، ويؤخذ بعنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وبهذا يمكن تطبيق ذلك في الامثلة التي اشرنا اليها فيما يتعلق بنشر صورة مثلاً لغرض الاساءة الى المركز المالي لشخص ما [٥] .

---

(١) حسن محمد كاظم ، المصدر نفسه ، ص ٩٥ .
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف، المصدر السابق ،ص ١٦٦.
(٣) حسن محمد كاظم ، المصدر نفسه ، ص ٩٦ .
(٤) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف، المصدر السابق ،ص ١٦٧.
(٥) حسن محمد كاظم ، المصدر نفسه ، ص ٩٥ .

الفرع الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لتوضيح معنى علاقة السببية بين الخطأ والضرر لابد لنا من ايراد تعريفٍ لها ، وعلاقة السببية تعني ان يكون الضرر نتيجةً طبيعيةً لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي (وذلك في المسؤولية العقدية) ، وان يكون نتيجةً مباشرةً للاخلال بواجبه القانوني (في المسؤولية التقصيرية) ولافرق بين النتيجة الطبيعية والنتيجة المباشرة من حيث المعنى [١] .

فاذا انقطعت علاقة السببية هذه فلا تقرر مسؤولية الشخص او المدين [٢] .

وعلاقة السببية ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر ، فقد يقع الضرر وتنهض علاقة السببية في حين تنتفي صفة الخطأ عن الفعل الضار ، وقد يتوافر كل من الخطأ والضرر ولكن لا تتحقق علاقة السببية بينهما [٣] .

وبما ان مسؤولية المدين لاتتقرر اذا انقطعت السببية ، فأن عبء اثبات ذلك الانقطاع يقع على عاتقه ، ويقع ذلك الانقطاع بتدخل سبب اجنبي بين مسؤولية الخطأ او الفعل وبين الضرر الذي اصاب الدائن ، واذا كان على المدين في المسؤولية العقدية ان ينفي المسؤولية عنه فأن الامر مختلف في المسؤولية التقصيرية اذ يُطلب من الدائن الذي يطالب بالتعويض ان يثبت اركان المسؤولية ، اما اذا انتفت الحاجة الى ذلك بسبب وضوح القرائن فأن العبء يتحول من الدائن الى المدين فيكون على هذا الاخير عبء نفي المسؤولية بطريقٍ مباشرٍ وهو ان يثبت ان خطأه التقصيري لم يكن هو سبب الضرر بالدائن ، أو ان يثبت بطريقٍ غيرٍ مباشر وهو اثبات السبب الاجنبي .

اما في علاقة السببية في المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة فلا نجد مواضيع اشكال تستوجب المعالجة ، لذلك تطبق في هذا المجال القواعد العامة [٤] .

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،المصدر السابق ،ص ٢٣٩ .
(٢) المصدر نفسه ، ص ١٦٩.
(٣) المصدر نفسه ، ص ٢٣٩.
(٤) حسن محمد كاظم ، المصدر نفسه ، ص ٩٧ .

المطلب الثاني

آثــار المسؤولية المدنيـــــة

اذا توافرت اركان المسؤولية المدنية الثلاث والتي سبق ان اشرنا اليها وامكن اثباتها ، نتجت عنها آثارها وحكمها ، وحكمها هو التعويض .

لذا سوف نقسم البحث في هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتناول فيها التعريف بالتعويض وبيان انواعه وكذلك شروط الحكم بالتعويض ، ثم نبحث في الفرع الثالث عن ازدواج الجزاء المدني الناشيء عن الاعتداء على الحق في الصورة .

الفرع الاول

التعويـــــــض وانواعـــــه

اولاً :

يعرف التعويض بأنه :- مبلغ من النقود او اية ترضيةٍ من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار .

والتعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضرر ، لمحو الضرر او التخفيف منه ، وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدماً ولاتأثير لجسامة الخطأ فيه ، كما ينبغي ان يتكافأ مع الضرر من دون ان يزيد عليه او ينقص عنه [1] .

ثانياً :

ان للتعويض صور شتى فهو قد يكون تعويضاً نقدياً ، ا وان يكون تعويضاً غير نقدي ، كذلك قد يكون تعويضاً عن ضرر مادي او عن ضرر ادبي .

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،المصدر السابق ،ص ٢٤٤ .

اما بالنسبة للتعويض غير النقدي فأن المحكمة تحكم به بناءً على طلب المضرور وله ثلاث صور هي :- التعويض العيني كأعادة الحال الى ما كانت عليه او الحكم بأداء امر معين او رد المثل في المثليات .

وطبقاً للقواعد العامة فأن التعويض الذي يستحقه المضرور من جراء التقاط صورة له او نشرها قد يكون :-

- تعويضاً عينياً يتمثل في اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الاخلال بالالتزام الذي نشأ عنه الضرر .
- وقد يكون تعويضاً بمقابل ويتمثل في صورة مبلغٍ من النقود (وهذا هو التعويض النقدي) .
- او يكون في صورة اداء امر معينٍ (وهذا هو التعويض غير النقدي) [1] .

الفرع الثاني

شـــــــروط التعويـــــض

لابد من اجل الحكم بالتعويض من توافر شروط ثلاث هي [2] :-
١- توافر اركان المسؤولية المدنية [عقديةً كانت او تقصيرية] .
٢- عدم الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التعاقدية .
٣- الاعـــــذار.
وسوف نتكلم بإيجاز عن تلك الشروط كل على حدة .

أولاً :-

توافر اركان المسؤولية المدنية :-
اركان المسؤولية المدنية هي (الخطأ - الضرر – علاقة سببية بين الخطأ والضرر ، وان توافر تلك الاركان يحقق لنا الشرط الاول من شروط الحكم بالتعويض، ولقد سبق وان بحثنا تلك الشروط بالتفصيل في المطلب الاول من هذا المبحث ، لذلك نرى ان لاداعي لتكرارها مرة ثانية [3] .

---

(١) حسن محمد كاظم ، المصدر السابق ،ص ١٠٤ .
(٢) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،القانون المدني زاحكام الالتزام ج٢،ط٣ ، المكتبة القانونية بغداد ، العاتك لصناعة الكتاب ،القاهرة ،مصر ،٢٠٠٩،ص ٤٦.
(٣) انظر اركان المسؤولية المدنية ،المطلب الاول من المبحث الثاني ،ص١٧-ص٢٢ .

ثانيا:-

عدم الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التعاقدية .

ان الاحكام العامة للمسؤولية العقدية ليست من النظام العام ، لذلك فأنه يجوز الاتفاق على التعديل من احكامها ، ومنها الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية ، حيث يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذه لالتزامه ، سواء كان ذلك راجعاً الى خطئه ام الى خطأ الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

ولكن اذا جاز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذه التزامه ، الا ان هذا الاتفاق لايجوز ان يصل الى حد اعفاءه المسؤولية الناشئة عن غشه او خطئه الجسيم ، اذ انه لو اشترط المدين عدم مسؤوليته عن غشه او خطئه الجسيم فالشرط باطل والعقد صحيح . ومثال ذلك لو تعمد البائع اخفاء العيوب واشتراطه البراءة من العيوب الخفية [١] .

ثالثا :- الاعـــــــذار

يعرف الاعذار بأنه :- دعوة المدين من قبل دائنه الى تنفيذ التزامه ووصفه قانوناً في حالة التأخر في التنفيذ تأخراً تترتب عليه مسؤولية عن الاضرار التـــي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخير .

اما عن الحكمة من اشتراطه فهناك اعتبارين : اولهما قانوني ، اذ ان مجرد تأخر المدين في التنفيذ لايكفي لاعتباره مقصراً ، كما ان حلول اجل الوفاء يعني ان الدين اصبح مستحق الاداء دون ان يعني ذلك الى تضرر الدائن من التأخير في التنفيذ .

وثاني هذين الاعتبارين هو اعتبار اخلاقي ، ومفاده ما تقتضيه القيم الخلقية قبل مفاجأة المدين بالتنفيذ الجبري والذي يمكن تلافيه عند تنبيه المدين الى تقصيره ودعوته الى وجـــوب تنفيذ التزامه . كما ان اجراءات التنفيذ الجبري قد تمس كرامة المدين وسمعته ، فلعل المدين قد ركن الى تساهل الدائن والى افتراض عدم تضرره من التأخر في التنفيذ ، ولم يبادر الى الوفاء بالتزامه عند حلول الاجل وفيصبح الاعذار قطعاً لدابر ادعاء المدين بأستعداده للتنفيذ لو طلب الدائن منه ذلك [٢] .

اما عن كيفية وقوع الاعذار ، فقد نصت المادة (٢٥٧) من القانون المدني العراقـــي علـــى ان ((يكون اعذار المدين بانذاره ويجوز ان يتم الاعذار باي طلب كتابي آخر ، كما يجوز ان يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى انذار)) .

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، المصدر السابق ،ص ١٧٢ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،القانون المدني واحكام الالتزام ،المصدر السابق ،ص٤٧.

ويتضح من هذا النص ان هناك ثلاث صور للاعذار هي :-

١- اعذار المدين بإنذاره ، وهذه هي القاعدة العامة في الاعذار ويكون الانذار بورقةٍ رسميةٍ يعبر فيها الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه من مدينه ، ويسمى في العراق بالتبليغ ويتم بواسطة الكاتب العدل ، وتتم اجراءات التبليغ طبقاً لقانون المرافعات .

٢- ا وان يتم بأي طلبٍ كتابيٍ آخر وكبرقية او رسالة مسجلة او رسالة عادية .

٣- ويجوز كذلك ان يقع في صورة اخرى يحددها اتفاق الطرفين ، كأن يتفق الدائن والمدين على ان يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل ، او الاتفاق على عدم التقيد بشكلٍ معين ، كأن يتم الاعذار بإخطار شفوي وليس بطلبٍ كتابي ، الا ان الاعذار بهذه الصورة يثيـــر عندئذ مشكلة اثباته [١] .

وبعد ان فرغنا من بيان آثار المسؤولية المدنية بصورة عامة ، سوف نتناول وبشيء من التخصيص البحث في الجزاء المدني وآثار المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة وذلك في فرعٍ مستقل .

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ،القانون المدني واحكام الالتزام ، المصدر
السابق ،ص٤٨.

الفرع الثالث

ازدواج الجزاء المدني المترتب على المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة

اذا تم الاعتداء على الحق في الصورة لشخص ما ، بنشر الصورة او عرضها دون رضاه ، فأن المعتدي يكون مسؤولاً في مواجهة صاحب الصورة من الناحية المدنية ، فضلاً عن امكانية مساءلته جنائياً وفقاً لبعض التشريعات كالتشريع المصري والفرنسي .

والجزاء المدني المترتب على المسؤولية المدنية يتميز بأنه جزاءٌ مزدوجٌ ، فهو من ناحية يتمثل بوقف الفعل غير المشروع وتعطيل ومنع حدوث ضرر في المستقبل أي حماية الحق والمصلحة المعتبرة قانوناً بوضع نهاية للفعل الضار دون ان يعتبر ذلك تعويضاً .

ومن ناحية اخرى يتمثل بـ (التعويض) وهو جزاء تلك المسؤولية بعد حدوث الفعل الضار .

وبناءاً على ذلك فأن الحماية المدنية للحق في الصورة والذي يعتبر احد حقوق الشخصية قد تكون وقائية في جانب ، وعلاجية في جانب آخر .

ومن امثلة التشريعات التي تأخذ بألاجراءات الوقائية هو القانون المدني الفرنسي وحيث انه اعطى الحق للتقاضي بأتخاذ اجراءات مشددة كمنع صدور المنشور تحت طائلة الغرامة المالية بهدف حماية الحياة الخاصة ، كذلك ماورد في الفقرة الثانية من المادة التاسعة من القانون المدني [[يستطيع القضاة من دون المساس بالضرر الملحق ، فرض الاجراءات كلها من مصادرة وحراسة وغيرها الهادفة الى منع او ايقاف مساس بحميمية الحياة الخاصة ، وتتخذ هذه الاجراءات بقرارات مستعجلة]] [٢] .

ايضاً ما نصت عليه المادة (٥٠) من القانون المدني المصري من امكانية اتخاذ الاجراءات الوقائية لوقف او منع الاعتداء [[لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حقّ من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أو يطلب وقـــف هذا الاعتداء مع التعـويض عما يكون قد لحقــه من ضرر]][٣].

---

(١) د.جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،ص١٥٣ .
(٢) اشارة الى ذلك اندريه برتران والدكتور نقولا فتوش، المصدر السابق ،ص ٢٦٥ .
(٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

ولجوء القاضي الى اتخاذ اجراء او اكثر من الاجراءات الوقائية بهدف منع او وقف الاعتداء غير المشروع ، يجب ان يكون بعد دراسة وافية لفاعلية الاجراء والتيقن من قدرته على بلوغ الهدف المرجو منه ، كما يجب ان يكون بالقدر الضروري واللازم لوقف الاعتداء او منعه دون تجاوز .

اما عن ما يسمى بالاجراءات العلاجية وهي التعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة ، وهي ما يلجأ اليها القاضي عندما لاتكفي الاجراءات الوقائية في منع او وقف الاعتداء ، او عندما يرى فائدةً من اللجوء الى تلك الاجراءات ، فيكون الجزاء الذي يوقعه القاضي على المسؤول عن هذا الاعتداء هو (التعويض) [١] .

ان الاساس القانوني للتعويض هو النصوص القانونية الواردة في القوانين المدنية للتشريعات المختلفة ، كالمادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي ، والمادة (٥٠) من القانــون المدني المصري ، كذلك المادة (٤٨) من القانون المدني الاردني [٢] .

والواقع ان تلك المواد لم تشر الى احكام المسؤولية المدنية ، الا ان تطبيقات القضاء المصري والاردني تشير الى اركان المسؤولية المدنية ، بأعتبار ان ذلك ضروري لكل حالات التعويض .

وما يميز تلك المواد في مواجهة القواعد العامة للمسؤولية المدنية هو انها تبرز خصوصية الحق في الصورة والحق في الحياة الخاصة وذلك من حيث :-

١- الاثبات : حيث ان المضرور يُعفى من اثبات (الخطأ او الفعل الضار) والضرر والعلاقة السببية ، فمجرد وقوع الاعتداء على الحق في الصورة بأعتباره احد حقوق الشخصية ، فهو يعتبر اعتداء غير مشروع يستحق المعتدى على حقه التعويض المناسب ، اي بمجرد التقاط صورة لشخص او عرضها او نشرها دون رضاه يتحقق الفعل الضار او الخطأ وان لم يكن هناك ضرر او سوء نية.
فاذا اثبت الاعتداء فأن الضرر يُفترض ، اي يُعفى المعتدى على حقه من اثبات الضرر الذي لحقه من جراء ذلك الاعتداء على حقه في الصورة ، بل ويُعفى كذلك من اثبات مقدار الضرر ، وان كان البعض يرى بأن اثبات مقدار الضرر يصب في مصلحة المعتدى عليه ان اراد تعويضاً يُكافئ ما لحقه من ضرر [٣] .

٢- الاستعجال : فأنهُ اذا ثبت وقوع الاعتداء على الحق في الصورة فأنه يمكن للمعتدى على حقه اللجوء الى قاضي الامور المستعجلة لوقف او منع ذلك الاعتداء ، فمجرد وقوع الاعتداء فان شرط الاستعجال يتوفر .

وبالرغم كما ذكرنا من ان النصوص التي تشكل قواعد الحماية الخاصة للحقوق اللصيقة بشخصية الانسان لم تشر الى احكام المسؤولية المدنية ، الا ان تلك الاركان يفترض توافرها من مجرد اثبات الاعتداء على اي حق من حقوق الشخصية .

---

(١) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق ، ص ١٦٢ .
(٢) المصدر نفسه ، ١٦٣ .
(٣) المصدر نفسه ، ص١٦٤ .

ويشمل التعويض عن الضرر الناشيء من الاعتداء على الحق في الصورة كل ضرر يحدث سواء كان مادياً او ادبياً ، وان كان الجانب الاكبر في الضرر هو ضررٌ ادبي حيث انه يتم الاعتداء على الشرف او السمعة وهي اضرار من الصعب تقدير التعويض عنها لأنها تؤثر في نفسية الانسان واندماجه في المجتمع .

الا ان القاضي يتمتع بسلطةٍ واسعةٍ في تقدير الاضرار وتقدير التعويض وفي تحديد طريقة التعويض المناسبة ، فالضرر المادي تعويضه في الخسارة التي تلحق بالمضرور أو الكسب الذي يفوته بسبب الاعتداء على صورته ، اما في التعويض عن الضرر المعنوي فأن القاضي يراعي عند الحكم بالتعويض عن الاعتداء على الحق في الصورة بعـــض الامور منها :-

حجم الصورة ، مدى شهرة الشخص صاحب الصورة ، كذلك الاطار الذي يحط من قدر الشخص صاحب الصورة ، مثال ذلك عندما تُظهر صورة ما ملامح شخص غير مشهور من دون اطار تحقيري ، فأن هذا الشخص لن ينال تعويضاً كبيراً ، بخلاف حالة ما اذا كان ذلك الشخص شخصيةً مشهورة حيث يكون للشهرة اعتباره في رفع قيمة التعويض [١]، حيث يكون التعويض اقل قيمةً عندما لايكون الاشخاص من المشاهير ، فحتى النجوم لايحصلون دوماً على تعويضاتٍ مهمةٍ .

كذلك يُراعى عند الحكم بالتعويض سلوك المعتدي على حقه في الصورة فقد يكون هو من شجع بسلوكه على الاعتداء الذي وقع على حقه في الصورة ، وبالتالي فأن الضرر الذي يصيبه بالتأكيد يكون اقل من الضرر الذي يلحق شخصاً آخر اكثر حرصاً ومحافظةً على نقاء سلوكه وصورته .

وعند الحكم بالتعويض ، فأن المحكمة ان لم يتيسر لها ان تحدد وقت الحكم بالتعويض ومدى هذا التعويض تحديداً كافياً ، لها ان تقدر التعويض بصورة مؤقته على ان تعيد النظر فيه خلال مدة معقولة ، كما يجوز للمحكمة ان تعدل في مقدار التعويض ، بل ان لها ان ترفض الحكم به على الشخص المدعى عليه اذا كان المدعى قد اشترك او ساهم بفعله في احداث الضرر .

وبهذا المعنى تؤكد محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية في قرارها رقم ٢٠٠٨/٢٣٠ (هيئة عامة) بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٦ منشورات مركز العدالة على انه ((من المقرر قانوناً واجتهاداً جواز انقاص مقدار الضمان او عدم الحكم فيه اذا كان المضرور قد اشترك بفعله في احداث الضرر او زاد فيه)) [٣] .

---

(١) د.جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،١٦٧ .
(٢) اندريه برتران والدكتور نقولا فتوش ، المصدر السابق ، ص٢٧٥ .
(٣) اشارة الى ذلك في الهامش د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف،المصدر السابق ،ص١٦٨.

واخيراً تجدر الاشارة الى ان الفقه القانوني استقر على سقوط دعاوى التعويض على المساس بالحقوق اللصيقة بالشخصية وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، وهو ما ينطبق على الدعاوى المتعلقة بالحق في الصورة ، وبالتالي فهذه الدعاوى تخضع لنظام التقادم وفقاً للقواعد العامة [١] ، وهي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحـــــدوث الضرر وبالمسؤول عنه وفي كل حال تسقط هذه الدعوى بأنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع [٢] .

وتقادم دعوى التعويض الناشئة عن المساس بالحياة الخاصة يتفق وطبيعة الحياة الخاصة ذاتها اذ ان القول بعدم سقوط الدعوى قد يؤدي الى نتائج غير مرغوبٍ فيها تنعكس بشكل سلبي على المضرور نفسه ، اذ أن رفع الدعوى بعد مضي مدةٍ طويلة من شأنه ان يبحث في وقائع الحياة الخاصة من جديد بعد ان تكون دخلت طي النسيان [٣] .

بل نرى انه من الافضل لو تم تخفيض مدة تقادم هذا النوع من الدعاوى ولتكن سنة واحدة او سنتان على الاكثر ، ذلك ان الضرر الناشئ عن الخصوصية يتلاشى مع الزمن ومن مصلحة المضرور عدم اثارة هذه الدعاوى من جديد بعد ان يكون قد نسيها الناس .

---

(١) د.جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،١٧١ .
(٢) انظر نص المادة (١٧٢) – ١ من القانون المصري ويقابلها نص المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي .
(٣) حسن محمد كاظم ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

المبحث الثالث

موقف الشريعة الاسلامية والقانون من الحق في الصورة

ان حق الانسان للتمتع في الخصوصية والحياة الخاصة حقٌ مقدسٌ ومكفول منذ مئات السنين ، فقد كانت من اهم المبادئ التي نادت بها الشريعة الاسلامية الغراء وهو حماية حقوق الانسان من الاستغلال لتحقيق الاهداف او الغايات المتنوعة ، بل هي تحرم الاعتداء او المساس بصورة الفرد واستغلالها في غير الاهداف المشروعة .

اضافة الى ذلك فأن الدساتير والقوانين الوضعية المختلفة اسبغت حمايةً خاصةً على حقوق الانسان وصيانة حياته الخاصة ، نذكر منها على سبيل المثال المادة (١٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ((لكل فردٍ الحق في الحياة والامن والحرية ، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقاً للقانون)) ، والمادة (١٧) من نفس الدستور ((اولا : لكل فردٍ الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الاخرين والآداب العامة . ثانياً : حرمة الساكن مصونة .....)) ، كذلك المادة (٢٥) من دستور الجمهورية السورية ((١- الحرية حق مقدس وتكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وامنهم)) [١] .

وعليه فإننا سوف نقسم الحديث في هذا المبحث الى مطلبين ، نتكلم في المطلب الاول عن موقف الشريعة الاسلامية من الحق في الصورة ، وفي المطلب الثاني سنواصل الحديث عن موقف القانون من الحق في الصورة .

---

(١) نقلاً عن الاستاذ آندريه برتران والمحامي الدكتور نقولا فتوش ،المصدر السابق ،ص٥٠٩ .

المطلب الاول

موقف الشريعة الاسلامية من الحق في الصورة

ان لموقف الاديان من الفن اثراً واضحاً على الفن سواء كان سلباً أو ايجاباً ، فقد دعت اليهودية بشكل لا لبس فيه الى الامتناع عن القيام بالتصوير التشبيهي فقد جاء في سفر الخروج [ثم تكلم الله بكل هذه الكلمات قائلاً (انا الرب الهك الذي اخرجك من ارض مصر من بيت العبودية ، لا يكن لك آلهة اخرى امامي ، لا تضع تمثالاً منحوتاً ولا صورة مما في السماء من فوق وما في الارض من تحت ، وما في الماء من تحت ....)] [١] .

في حين اشتهرت المسيحية بأنها ديانة المحبة والتسامح الا اننا نجد في الانجيل او العهد الجديد ما يدل على احترام حقوق الانسان عند المسيحية ، فيتضمن (انجيل متّي) النهي عن المساس بالحق في الحياة وضرورة حماية الاعراض بالنهي عن الزنا حين قال ((وقد سمعتم انه قيل للقدماء لاتزن . واما انا فأقول لكم ان كل من ينظر الى امرأة ليشتهيها فقد زنى بها في قلبه ، فأن كانت عينك اليمنى تعثرك فأقلعها والقها عنك لأنه خير لك ان يهلك احد اعضائك ولا يُلقى جسدك في جهنم)) [٢] .

وجاء الاسلام .... وكان اول من قرر المبادئ الخاصة بحماية حقوق الانسان وحرماته في ابهى وانقى صورها ، وهي مبادئ اصيلة سبقت بها الشريعة الاسلامية كل العهود والمواثيق والقوانين الوضعية وما كفلته من كرامةٍ واحترام للانسان لم يعرف من قبل في امةٍ من الامم مهما سجلت من حضارات [٣] .

ولعل ابرز تلك الحقوق هو الحق في حرمة الحياة الخاصة والحق في الخصوصية او ما عرف بـ (الحق في السرية) [٤].

لذلك فسوف نبحث مشروعية التصوير والصورة في الاسلام وحماية الشريعة الاسلامية للحق في الصورة في فرعين متتاليين :-

---

(١) كلود عبيد ، التصوير وتجلياته في التراث الاسلامي ،ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ ،ص ٢٢ .

(٢) د. حسين الجندي ، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الاسلام ، ط١ ، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع القاهرة ، ١٩٩٣ ،ص٢٤ .

(٣) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،ص٥١ .

(٤) أ.د. فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي ،المصدر السابق ،ص ٤٥ .

الفرع الاول

مشروعية التصوير والصورة في الاسلام

نجد انه من المناسب في بحث مشروعية التصوير والصورة ان نستعرض الادلة التي حرمت عملية التصوير والصور ، والادلة التي اباحتها في فقرتين متتاليتين :-

اولاً : الادلة التي حرمت عملية التصوير :-

يمكننا ان نسوق في هذا المجال حديثين نبويين شريفين حرما التصوير وكما يأتي :-
١- روي عن ابن عباس قال سمعت رسول الله (ص) يقول ((كل مصور في النار يجعل له بكل صورة صورها نفساً فتعذبه في جهنم)) .
٢- قال رسول الله (ص) ((ان من اشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون)) .

حيث يرى بعض الكتّاب ان هذه النصوص تحرم كل انواع الفنون التشكيلية التي تستخدم لدى الوثنية او الشرك او التدليس او الهبوط بالانسانية او الخروج عن الفطرة السليمة [١] .

وقد كان موضوع التحريم للتصوير مثار جدٍ طويل في التاريخ الاسلامي اذ ان الفقهاء اختلفوا منذ بدء الحياة الاسلامية بشأنه اختلافاً كبيراً ، خاصة وانه لم يكن هناك نصٌ صريح في القرآن يمنع فيه التصوير وما ذهب اليه الفقهاء الآخذون بالقول بالتحريم هي كون صفة المصور هي احدى صفات الله ومن اسمائه الحسنى ، في حين ذهب جمهرة من المفسرين بشأن المنع الوارد في سورة المائدة بخصوص الانصاب ، بأن النصب ليس من الرسم في شيء ولا ترى فيه الا معنى الاحجار الضخمة وربما الاصنام التي كانت محط عبادة في ما قبل الاسلام [٢] .

اما الفقه الجعفري فقد حدد موقفه من التصوير او الصور على نحو واضح يمكن ان نلخصه بالآتي : (يحرم عمل ذات الارواح من الانسان والحيوانات ، ويحرم التعاقد عليها بكل انواع العقود سواء كانت من المجسمات مثل الخشب او المعادن او الحجر او الطين او ما شابه ذلك اذا كانت تلك المجسمات كاملة ومشتملة على الاعضاء الظاهرية للجسم اما اذا كان التجسيم على بعض اجزاء الحيوان او الانسان فلا بأس به كالمجسمات النصفية) [٣] .

وهو بهذا الرأي يؤكد ابتعاد الفن الاسلامي عن التجسيم واتجاهه الى التجريد اللانهائي ، فقد استُعيض عنة التجسيم بالابتكارات والتحوير المستمد من الاشكال الطبيعية بأسلون تجريدي يبعده عن المحاكات المباشرة ، بعد ان فهم الفنان المسلم وقوع التحريم فبدأ العمل من خلال العقيدة بواسطة المجردات [٤] .

---

(١) نقلاً عن حسن محمد كاظم ،المصدر السابق ،ص ٤٥ .
(٢) كلود عبيد ،المصدر السابق ،ص ٢٧.
(٣) السيد محمد تقي المدرسي، احكام المعاملات ،ص١٦٢ .
(٤) كلود عبيد ،المصدر السابق ،ص٢٥ .

ثانياً: الادلة التي اباحت عملية التصوير والصور :-

يبدو واضحاً من مراجعة الفقه الاسلامي بأن الاباحة هنا اقتصرت على نـوع معيـن من الصور ، فما ورد عن سعيد ابن ابي الحسن انه جاء رجلٌ الى ابن عباس فقال : اني رجلٌ اصور هذه الصور فأفتني فقال له : [ادنُ مني .. فدنا منه حتى وضع يده على رأسه فقال : أنبئك بما سمعت عن رسول الله (ص) قال ((كل مصور في النار يجعل له بكل صورة نفساً فتعذبه في جهنم)) وقال : ان كنت لابد فاعلاً فأصنع الشجر وما لانفس له] .

اما عن موقف الجعفرية من مسألة الاباحة ، فأننا يمكن تلخيصه بالنقاط التالية :-

١- الاقرب جواز الرسم والتصوير غير المجسم لذوات الارواح وان كان من الاحوط استحباباً اجتنابه .
٢- لا اشكال في تصاوير او مجسمات الجمادات كالمناظر الطبيعية مثل الاشجار والبحار والسماء والنجوم او الكواكب .
٣- لا اشكال في التقاط الصور الفوتوغرافية والافلام المتحركة المتداولة اليوم بكل اشكالها المتطورة اذا لم يكن هناك جانبٌ محرمٌ اخر [١] .

الفرع الثاني

حماية الشريعة الاسلامية للحق في الصورة

لقد كفل الاسلام حق الانسان في الحياة الخاصة منذ ما ينيف على اربعة عشر قرناً من الزمان وبالتالي سبق الاسلام الفقهاء والفلاسفة في اعتبار هذا الحق من الحقوق الاساسية الملاصقة لشخص الانسان والتي لايجوز بأي حال من الاحوال انتهاكه او الاعتداء عليه [٢] .

وقد وردت تلك الضوابط والقواعد في الكثير والعديد من الآيات القرآنية الشريفة والاحاديث النبوية المطهرة نذكر منها على سبيل المثال :-

قوله تعالى [يا ايها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن ان بعض الظن اثم ولاتجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً .....] [٣] .

وقوله تعالى [يأ ايها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على اهلها ذلكم خيراً لكم لعلكم تذكّرون * فأن لم تجدوا فيها احداً فلا تدخلوها حتى يُؤذَنَ لكم وان قيل لكم ارجعوا فأرجعوا ...] [٤] .

---

(١) السيد محمد تقي المدرسي واحكام المعاملات ، ص ١٦٢ .
(٢) نقلاً عن أ.د. فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي ،المصدر السابق ،ص ٣١٧ .
(٣) الاية ١٢، سورة الحجرات .
(٤) الاية ٢٧-٢٨ ، سورة النور .

كذلك قوله تعالى :[ان الذين يستأذنوك اولئك الذين يؤمنون بالله ورسوله فاذا استأذنوك لبعض شأنهم فأذن لمن شئت منهم][1] .

لقد جاءت تلك الآيات وغيرها الكثير من النهي عن التجسس او الاطلاع غير المشروع وانتهاك حرمة الافراد وما يتبعه من تعدي على اسرار الافراد دون رضاهم او اذنهم الصريح او الضمني .

واعتبر الاسلام المساس بأسرار الغير دون اذنه بمثابة خيانة يأباها الخلق القويم [ان الله لا يحب كل خوّانٍ كفور] [2] .

ونذكر من الاحاديث النبوية المطهرة والتي تدل على شدة حرص الشارع العظيم على صيانة حرمة الحياة الخاصة للفرد بل المبالغة في هذا الحرص مارُوى عن رسول الله (ص) من ان رجلاً ساله الاذن في الدخول على امه كلما دخل عليها فألزمه الرسول بذلك حتى وان لديها خادمّ غير ابنها [3].

ان مظاهر الحياة الخاصة التي يحميها الاسلام كثيرة وان مايهمنا هو حق الانسان في صورته ، وحماية الاسلام لهذا الحق ومنع الاعتداء عليه بأية وسيلةٍ كانت وفالتجسس المنهي عنه في الاسلام يشمل التجسس عن طريق الات التسجيل واجهزة التقاط الصور ونقلها ، وتتبع العورات المنهي عنه يمكن ان يقع بآلة التصوير ، كما ان الاعتداء على حرية الشخص او حرمة المسكن والسرية يمكن آن يتم بآلات التصوير الحديثة ومن ضمنها بالتأكيد كاميرا الهاتف الحمول [4] .

---

(١) الآية ٦٢ سورة النور .
(٢) الآية ٣٨، سورة الحج .
(٣) أ.د. فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي ، المصدر السابق ،ص٣١٩ .
(٤) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،ص ٥٢ .

المطلب الثاني

موقف القانون من الحق في الصورة بين الرفض والقبول

لم يظهر مفهوم الحق في الصورة الا متأخراً على صعيد التشريع ، وبشكل خاص في القانون الفرنسي ، حيث انه جاء نتيجة حتمية لتطور العادات والتقاليد ونمو الوعي الانساني بأهمية صورته وضرورة حمايتها من اي استغلال او تشويه .

لقد كان نمط الحياة السائد في المجتمع الفرنسي حتى القرن الثامن عشر يمنح الاولوية على حساب الفرد فكانت القضايا الخاصة والتفاصيل الشخصية البحتة لملوك فرنسا ونسائهم محل تناول من كتّاب السير الذاتية الى ان جاءت الثورة فانتصرت الفردية في العقليات والتقاليد ، واصبح المواطن يدرك ان له حقوقاً شخصية يجب احترامها وتكريسها ، وهكذا الى النصف الثاني من القرن التاسع عشر عندما ظهر الحق في الحياة الخاصة والحق في الصورة [١] .

ورغم اعتراف القضاء المدني الفرنسي بالحق في الصورة الا انه ظل موضوع جدال ونقاش فهناك من اعترض على وجوده ، او يشير الى عدم جدواه ، وانقسمت الاتجاهات الفقهية بين الرافضين والمؤيدين للحق في الصورة وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين :-

الفرع الاول

آراء الفقهاء الرافضين لحق الشخص على صورته

ان وجود الحق في الصورة كان موضوع سجالٍ حادً على الدوام واستمر على هذه الوتيرة حتى ايامنا هذه ، ولايزال بعض رجال القانون المدني يشكك بوجود هذه الحقوق [٢] .

بينما اشار البعض الاخر الى عدم جدوى (حقوق الشخصية) كونها ليست الا تطبيقاً لقوانين المسؤولية المدنية [٣] .

لذا فقد ظهر اتجاهّ في الفقه ينكر وجود الحق في الصور مستنداً في ذلك على عدة حجج [٤]:-

---

(١)د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،ص٦١ .
(٢) الاستاذ اندريه برتران والمحامي الدكتور نقولا فتوش ، المصدر السابق ،ص ٣٥ .
(٣) نذكر على سبيل المثال قول الفقيه برناربييه (ان حق الصورة وسائر حقوق الشخصية ما زالت حبراً على ورق مجردة من التماسك الفقهي وما زالت في مراحلها الاولى من حيث مستوى التشريع) .
ذكر ذلك واشار اليه د. نقولا فتوش واندريه برتران ، المصدر السابق ،ص٣٥.

(٤) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ، المصدر السابق ،ص ٦٤.

اولاً : لايوجد نص تشريعي يعترف بالحق في الصورة :-

عندما لايوجد نص يكون للانسان بمقتضاه حقٌ على صورته ويستطيع من خلاله ان يمنع الغير من تصويره واستغلال صورته دون اذنه ، فبالنتيجة لابد من انكار وجود هذا الحق وعدم الاعتراف بأحقية الشخص في الاعتراض على تصويره او نشر صورته طالما انه لايشكل اعتداءُ على حقه في الملكية .

ثانياً : الاعتراف بحق جديد يؤدي الى تعقيد العلاقات القانونية :-

ان مؤيدي رفض الحق في الصورة يجدون ان قواعد المسؤولية المدنية ونصوص قانون العقوبات بالامكان ان نجد فيها ما يكفي لحماية الفرد من اي تصرف يهدف الى انتاج او نشر صورته وكان هذا التصرف ينطوي على قذفٍ او سب او يُلحق به ضرراً ، لذا فأن الاعتراف بالحق في الصورة كحق جديد سيكون امراً غير مُجدٍ وغير مفيد .

ثالثا: لاتوجد مصلحة في الادعاء بالاعتداء على الحق في الصورة طالما انتفى الضرر:-

وتعني هذه الحجة انه في حالة عدم تضرر المدعي من التصوير او النشر فإن ادعاءه ضد الاخر الذي قام بانتاج صورته او نشرها دون رضاه سيكون غير مقبولاً لانتفاء الضرر .

وهذه الحجة منتقدة بشدة وخصوصاً في مجال الحق في الصورة التي هي من الحقوق الشخصية اللصيقة بشخصية الانسان حيث ان التصوير او النشر دون اذن فيه مساسٌ بشخصيته وهو ينقل حياته الخاصة الى مشهدٍ عام وبالتالي فإن له مصلحة ادبية كافية لقبول دعواه حيث انه لايشترط ان تكون المصلحة المتوافرة مصلحة مادية .

رابعاً: امكانية التشابه بين ملامح اشخاص متعددين :-

ومقتضى هـذه الحجة ان هناك اشخاص كثيرين يتشابهون في الملامح مع غيرهم الى حد كبير، فإذا التقطت صورة لشخص ما ونشرت وقام شبيه بالادعاء بأن هذه الصورة التقطت له دون رضاه فان القاضي سيجد صعوبة او حتى استحالة في التأكد من عدم وجود انسانٍ له ملامح المدعي قبل الحكم لصالحه .
وهي حجةٌ مردودةٌ اذ ان القاضي ان لم يستطيع التأكد بخبرته الذاتية فانه سيلجأ الى اهل الخبرة كما هو الحال في اي نزاع فيه جانب فني [١] .

---

(١) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق ،ص٦٦.

الفرع الثاني

الفقهاء الذين نادوا بضرورة الاعتراف بالحق في الصورة وتكريسهم لهذا الحـــــق

رغم تلك الحجج والاعتراضات السالفة الذكر والتي ابديت حول وجود حقَّ للانسان على صورته ، الا ان الفقه الفرنسي ظل يطالب بضرورة تدخل القضاء الفرنسي على حماية الحق في الصورة كما تم تكريس ذلك بنصوص قانونية كما جاء في قانون العقوبات الفرنسي [١] .

وبعدهاً اقرَّت هذا الحق العديد من التشريعات المقارنة .
وعليه سنتناول بألإيجاز الحق في الصورة في القانون الفرنسي والقانون المصري وبعض التشريعات العربية واخيراً في القانون العراقي .

أولاً : في فرنســـــــــــا : -

ان اول ظهور لفكرة الحياة الخاصة كان في عام ١٨١٩ اثناء مناقشة قوانين الصحافة ، حيث ذكر روجيه كولار (Roger Colar) ان فكرة الحياة الخاصة بدأت تتضح تأسيساً على حق الملكية الذي يعني [عدم نشر اية اخبار او صور عن الشخص دون اذنه او موافقته] وكان من اوائل الفقهاء الفرنسيين الذين تعرضوا في كتاباتهم لهذا الحق هو الفقه (بيرو) [٢] .

وتعتبر فرنسا من اقوى المؤيدين لحق الانسان على صورته حيث انطلق الفقه الفرنسي مؤيداً القضاء نحو الاعتراف بالحق في الصورة بعد تحليل مجموعة الاحكام الصادرة عن القضاء ، والتي راى فيها الفقه في انها تمثل كأي حقٍ آخر في ان لها جانبين ، جانبٌ ايجابي وجانبٌ سلبي .

اما الجانب الايجابي فانه يتمثل بالسلطات التي تمنح لصاحب الحق كي نضمن حماية المصالح المرتبطة بهذا الحق .

واما الجانب السلبي فانه يتمثل بالواجب الملقى على عاتق الغير في احترام الحق وعدم المساس به [٣] .

---

(١) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق ،ص٦٧.
(٢) نقلاً عن بولين انطونيوس ايوب ، الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية (دراسة مقارنة) ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،٢٠٠٩،ص٥٢ .
(٣) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق ،ص٦٨.

وعند طبيق هذا الامر على الحق في الصورة نجد ان القضاء الفرنسي اول من وضع اسس ومفهوم الحياة الخاصة الواجبة الحماية [١] . حيث يدخل الحق في الصورة بضمنها ، وابرز الجانب الايجابي وهي السلطة الممنوحة لصاحب الصورة بالاستئثار بصورته ويؤكد حق الشخص في الاعتراض على انتاج صورته ونشرها ودون ان يؤسس ذلك على قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي . وانما على نص الفقرة الاولى من المادة التاسعة من القانون وعلى الاتفاقيات الدولية التي تحمي الحياة الخاصة للفرد ، ومنها الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية [٢] .

اما الجانب السلبي والذي يتمثل في واجب الغير في احترام خصوصية الفرد وعدم المساس بها حيث اكد القضاء الفرنسي في احكامه بهذا الخصوص ، بل ان هذا الواجب لم يكن ابدا محل اعتراض من قبل من رفعت ضدهم الدعاوى حيث انهم كانو يركزون في دفاعهم على اثبات وجود رضا ضمني او صريح من قبل الشخص المعني بالصورة.

هذا موقف الفقه والقضاء الفرنسي من الحق في الصورة يضاف الى ذلك تجريم قانون العقوبات الفرنسي الجديد(المساس بحميمية الحياة الخاصة للافراد عبر التقاط او نقل او تسجيل صورة شخص موجود في مكان خاص دون الحصول على موافقته، كذلك عمليات المونتاج التي تطال صورة شخص دون الحصول على موافقته)[٣].

وعليه فان تجريم المساس بالحياة الخاصة يعني:-

+ تاييد فكرة الحق في الحياة الخاصة لأن العقوبة تقع بغض النظر عن تسبب الاضرار.

+ وبما ان احترام الحياة الخاصة يعتبر حقا فأن ذلك ينسحب الى احترام الصورة، لأن الحق في الصورة يعد احيانا من اهم مظاهر الحق في الحياة الخاصة[٤].

ثانيا: في القانون المصري

على خلاف الحال في فرنسا فقد حسم الجدل واعترف بالحق العام للخصوصية في أطار الحماية المدنية[٥]، ذلك أن القانون المدني المصري يعترف بوجود مبدأ عام للأعتراف بفكرة الحقوق الملازمة للأنسان (الحقوق الشخصية) حيث أنه لايوجد مثل هذا الأعتراف في القانون الفرنسي كمبدأ عام.

فالمادة (٥٠) من القانون المدني المصري تنص على أنه ((لكل من وقع عليه أعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصه ان يطلب وقف هذا الأعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)).

---

(١) د. نعيم مغبغب، المصدر السابق، ص ٢٢
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف، المصدر السابق، ص ٦٨
(٣) المادة ٢٢٦-١، قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٢.
(٤) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف، المصدر السابق، ص ٧٠
(٥) د. نعيم مغبغب، المصدر السابق، ص ٢١٧.

وعلى اعتبار الحق في الصورة احد الحقوق الشخصية فهو حق محمي بنص القانون والذي يؤكد على وجود ذلك الحق والذي يمنح صاحبه سلطة الأعتراض على تصويره أو نشر صورته دون رضاه.

الى جانب ذلك نص قانون العقوبات المصري حماية جنائية ضد الأعتداء على الحياة الخاصة عن طريق التقاط او نشر الصور في المادة ٣٠٩٦ مكرر على أنه ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من أعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بان أرتكب احد الأفعال الاتية في غير الأحوال المصرح بها قانونا وبغير رضاء المجني عليه أ- ..... ب – التقط او نقل بجهاز من الاجهزة اياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص)) والواضح من هذا النص انه يشمل بما ذلك الهواتف المحمول المزودة بكاميرا التصوير[١] .

ثالثاً: في بعض التشريعات العربية والاتفاقيات :-

١- في القوانين :

أ- في القانون الامارتي :

حيث نصت المادة (٤٣) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على انه ((لايحق لمن قام بعمل صورة لاخر بأي طريقة كانت ان يحتفظ او يعرض او ينشر او يوزع اصلها او نسخاً منها دون اذن الشخص الذي قام بتصويره ما لم يتفق على خلاف ذلك ، ما لم يكن نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث عامة وقعت علناً أو كانت تتعلق بأشخاص ذوي صفة رسمية او عامة او يتمتعون بشهرة او كان النشر قد سمحت به السلطات العامة خدمة للصالح العام وبشرط الا يترتب على عرض الصورة او تداولها مساسٌ بمكانة الشخص الذي تمثله)) كذلك في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ فان نص المادة (١٦) يحرم نشر الصور والاخبار المتعلقة بحرمة الحياة الخاصة او العائلية للافراد ولو كانت صحيحة عن طريق الشبكة المعلوماتية او احدى وسائل تقنية المعلومات ، وكانت العقوبة الحبس مدة لاتقل عن سنة وبالغرامة التي لاتقل عن خمسين الف درهم او باحدى هاتين العقوبتين [٢] .

اننا نجد ان هذا النص قوي في حماية الحياة الخاصة للافراد وواضح فيه التشديد في العقوبة وذلك لما يمثله النشر عبر شبكة المعلومات وغيرها من الوسائل الالكترونية – وبضمنها الهاتف المحمول – من سرعة في النشر وعلى نطاق واسع يتعدى حدود الدول والقارات [٣] .

---

(١) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق،ص ٧١ .

(٢) الاستاذ عبد الله عبد الكريم ،جرائم المعلوماتية والانترنت (الجرائم الالكترونية) دراسة مقارنة ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ،٢٠٠٧ ،ص ٧٣ .

(٣) المستشار محمد احمد الحمادي ،قوانين دولة الامارات ،الموقع الالكتروني htt:/www.hamadilaw.com

في القانون السعودي :

يتضمن النظام الخاص بالجرائم المعلوماتية (١٦) مادة تتضمن السجن لمدة لاتزيد عن سنة وبغرامة لاتزيد عن ٥٠٠ ألف ريال او باحدى هاتين العقوبتين لكل شخص يرتكب اياً من جرائم التنصت على ماهو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية او احد اجهزة الحاسب الالي دون وجه حق او ألتقاطه او اعتراضه ، كما يتضمن النظام تجريم الدخول غير المشروع الى موقع الكتروني لتغيير تصاميم هذا الموقع او الغائه او اتلافه او تعديله او شغل عنوانه او المساس بالحياة الخاصة بالاخرين عن طريق اساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا او ما في حكمها او التشهير بالاخرين او الحاق الضرر بهم عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة [١] .

ج- في القانون الاردني :

ان الامر فيه مشابهاً لما هو عليه الحال في مصر، فلم ينص القانون المدني صراحة على حماية الحياة الخاصة للمواطنين ولكن اعتمد مبدأ الحقوق اللصيقة بشخص الانسان حيث تنص المادة ٤٨ من القانون على انه ((لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)) وعلى هذا النص نستطيع ان نستند للاعتراف بالحق في الصورة والذي يعد من حقوق الشخصية التي تحمي العناصرالمعنوية او الادبية للانسان [٢] .والذي يمكن بموجبه ان يلجأ الشخص المعتدى على صورته الى القضاء ليطلب وقف هذا الاعتداء بل والمطالبة بالتعويض ودون الحاجة لاثبات الضرر الذي اصابه او اثبات وجود الفعل الضار [٣] .

د- في القانون الكويتي :

وافق مجلس الامة الكويتي على مشروع قانون تقدمت به الحكومة يقضي بتغليظ عقوبة سوء استخدام تقنيات الهواتف النقالة ، حيث اقر القانون عقوبة السجن سنتين لمن يستخدم (البلوتوث) في تصوير احد دون علمه والسجن خمس سنوات لمن يوزع رسائله والحبس عشر سنوات لمن استخدم هذه التقنية في ابتزاز الغير [٤] .

٢- الاتفاقيـــــــات :

أ- الاتفاقية الاوربية :

لم تغب حماية الحياة الخاصة عن الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان فجاءت المادة ١٧ منها والتي تحمي الخصوصية وتحمي العائلة والمنزل والمراسلات والشرف والسمعة كما تدخل في اطارها امور كثيرة في الخصوصية [٥] بضمنها حق الانسان في صورته وعدم نشرها دون اذنه .

وقد اكتفى مشروع الاتفاق الاوربي لحماية هذه الاحوال بفرض غرامة مالية تقدر بعشرة ملايين وحدة نقدية اوربية [٦] .

---

(١) الاستاذ عبد الله عبد الكريم ،المصدر السابق ،ص٨٢ .
(٢) د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف ،المصدر السابق،ص٧٢ .
(٣) المصدر نفسه ،ص٨٢ .
(٤) انظر الموقع الالتكروني ، الخليج انترنت .
(٥) د. نعيم مغبغب ،المصدر السابق ،ص٢٨ .
(٦) المصدر نفسه ،ص ٢٢٨ .

التشريع العراقـــــي :

ان الحماية المدنية للحق في الصورة مقررة في التشريع العراقي فهي تتمثل في دعوتين هما دعوى او وقف الاعتداء ودعوى التعويض ، اما في دعوى منع او وقف الاعتداء فان مجرد الاعتداء على الحق في الصورة يمنح الشخص الحق في طلب وقف هذاالاعتداء حتى ولو لم يترتب عليه ضرر ، ويرجع ذلك الى رغبة المشرع في حماية الحقوق الملازمة لصفة الانسان .

اما دعوى التعويض : فانه لايحرم من لحقه ضرر جراء الاعتداء على حقه في صورته من المطالبة بالتعويض بيد ان منع او وقف الاعتداء هنا يجب تحديد الضرربشكل دقيق ، ذلك ان التعويض يدور مع الضرر وجوداً وعدماً ، والضرر متحقق بالاعتداء على الحق في الصورة بصورتيه المعنوية والمادية .

اما بالنسبة للحماية الجنائية فقد قرر المشرع عقوبات اصلية على كل من يعتدي على الحياة الخاصة او العائلية للافراد ، حيث نصت المادة (٤٣٨) من قانون العقوبات العراقي على انه ((يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتزيد على مائة دينار من نشر باحدى طرق العلانيه اخباراً او صوراً او تعليقات تتصل باسرار الحياة الخاصة او العائلية للافراد ... اذا كان من شأن نشرها الاساءة اليهم)) ويتضح من خلال النص ان المشرع عاقب من يقوم بنشر الصور التي تتصل بالحياة الخاصة غير انه اشترط ان يكون من شان النشر ان يسبب اساءة الى من تم نشرصورته ، كذلك فان قانون العقوبات العراقي يخلو من الاشارة الى تجريم او عقاب من يقوم بالتقاط الصورة الاصلية .

وهو نص ضيق ومنتقد ، فهو من جهة استبعد واقعة الالتقاط والاعتداء ، ومن جهة اخرى قيد الصورة المحمية بقيد وهو وجوب ان يكون النشر من شأنه ان يسبب اساءة الى من تم نشر صورهم ، وهذا يعني ان النشر دون الاساءة لا يعتبر جريمة معاقب عليها ![1].

اما بالنسبة للعقوبات التبعيه او التكميلية فان التشريع العراقي يخلو منها بعكس المشرع المصري وهذه العقوبات هي المصادرة اي مصادرة الاجهزة والادوات ونزع ملكيتها دون مقابل .

وجديراً بالذكر بأن نواب المجلس الوطني لكردستان العراق (البرلمان) اجمع على تشريع جديد لمعاقبة من يلحق الضرر او يزعج غيره باستعمال الهاتف النقال والانترنت ، حيث نصت المادة الاولى من القانون المؤلف من عشر مواد على انزال عقوبة السجن لفترة تتراوح بين ستة اشهر وخمس سنوات او بغرامة مالية تتراوح بين مليون دينار وخمسة ملايين دينار عراقي على من يثبت استعماله اجهزة الاتصالات بأنواعها في التهديد او السب او نشر محادثات شخصية واسرار خاصة وصور تخدش الحياء وتنافي الاداب العامة او قام بالتقاط صورٍ لغيره بلا اذن بهدف التحريض على ارتكاب الجرائم او افعال الفسق .

---

(١) د. نعيم كاظم جبر ،المصدر السابق .

اما المادة الثانية فتدعو الى معاقبة من يزعج غيره عامداً باحدى عقوبتين : اما السجن لفترة بين ثلاثة اشهر وعام واحد او تغريمه مبلغاً يتراوح بين ثلاثة ارباع المليون وثلاثة ملايين دينار عراقي [1].

وهذه خطوة يُحمد عليها برلمان كردستان العراق عندما قرر بنصٍ صريح على حق الانسان في صورته او الاعتداء عليها بواسطة الهاتف المحمول او الانترنت ، وشمول هذا الحق بالحماية الواجبة وتحديد عقوبة مقررة يستحقها من يعتدي على هذا الحق .

---

(١) انظر الموقع الالكتروني ، الجزيرة نت .

الخاتمـــــــــة

الحق في الصورة ..... ما طرحت حوله من افكار ..... وما ثار بشأنه من جدل وآراء مختلفة لفقهاء معروفين ، اصبح لزاماً البحث عن المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على هذا الحق ، لاسيما انه مع تطور العلم والتكنولوجيا جعل سبل انتهاك هذا الحق من السهولة من قبل ضعفاء النفوس والخارجين عن القانون لما وصلت اليه صناعة الهواتف المحمولة من تقنيات حديثة وابتكارات عن طريق الاعتداء على حق الانسان في صورته بواسطة الهواتف المزودة بكاميرات لايمكن ملاحظتها بسهولة .

ولهذا جاء بحثنا في هذه المسؤولية والتي ابرزت لنا بعض النتائج التي توصلنا اليها خلال البحث ، وكذلك ما برقت امامنا من توصيات آملين ان نجد لها صدى في الواقع التشريعي ، وهذا
ماسنعرضه تباعاً .

النتائـــــــــج :-

١- استقرار ورسوخ حق الانسان في صورته ، والاعتراف بهذا الحق بعد ان شغل بال الفقه والقضاء مدةً من الزمن ليست بقصيرة ، وذلك لاهمية هذا الحق ومن اجل تحديد نطاقه واسباغه بالحماية الضرورية واللازمة ، وحيث ان الاصل هو ان الصورة حق لصاحبها لا لمن قام بتصويرها .

٢- تعتبر فرنسا من اقوى واوائل المؤيدين لحق الانسان على صورته بعد الشريعة الاسلامية الغراء ، حيث ظل الفقه الفرنسي يطالب بضرورة تدخل القضاء لحماية صورة الانسان وصد اي مساس بها واستغلالها ، وعلى ذلك استقرت احكام القضاء الكثير على حماية الحق في الصورة وتم تكريس ذلك في نصوص قانونية كما جاء في قانون العقوبات الفرنسي ، ثم سارت على نهج فرنسا واقرت هذا الحق العديد من التشريعات المقارنة.

٣- الحق في الصورة حق ذو طبيعةٍ خاصةً فهو ليس حق ملكية اذ لايمكن الخلط بين موضوع الحق وصاحب الحق ، ايضاً فهو ليس حق مؤلف لان حق المؤلف لا يقبل التأييد ولايقبل التصرف فيه او النزول عنه ، لذلك فهو يدخل في دائرة حقوق الشخصية سواء كان حقاً مستقلاً او مظهراً من مظاهر الحق في الحياة الخاصة .

٤- ان حق الانسان على صورته هو ليس حقاً مطلقاً بل ترد عليه قيود ، فيعد سبباً لاباحة تصوير الشخص الحصول على اذنه الصريح او الضمني ، بالاضافة الى توافر صفة العمومية للافراد او الاماكن فاذا نشرت صورة ما بمناسبة حوادث عامة وقعت علناً كالحروب او الكوارث او اذا كانت باشخاص ذوي صفة رسمية او عامة كرؤساء الدول او الممثلين مما يعد معه نشر الصورة دون تحقق المسؤولية .

٥- ان لخطورة الاعتداء على الحق في الصورة وما يترتب على ذلك من انتهاكاتٍ جسيمةٍ ومساسٍ بأكثر الحقوق خصوصية وحرمةً ، جعل من مجرد الاعتداء على الحق في الصورة مبرراً كان لتدخل القضاء لحمايته دون حاجةٍ لاثبات الخطأ او الفعل الضار ودون حاجةٍ لاثبات وقـوع الضرر فكلٌ من الخطأ والضرر يفترض بمجرد اثبات الاعتداء .

٦- لقد توصلنا من خلال البحث في المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة الى ازدواج الجزاء المدني ، فهو في جانب يتمثل في وقف الفعل غير المشروع وفي الجانب الاخر التعويض عن الاضرار الناشئة عن هذا الاعتداء ، اذاً فهو جزاءٌ وقائيٌ واخر علاجي .

٧- لاتزال الكثير من التشريعات قاصرة ولم تؤكد على حق الانسان في صورته في نصوص خاصة ، بل جاءت النصوص مطلقةٌ وعامة لحماية الحياة الشخصية او العائلية للافراد ، والتي تنطوي تحتها حق الانسان على صورته ، مما يترتب عليه عدم تحديد الجزاء الامثل لمن يعتدي على حقٌ من اكثر الحقوق حُرمةً وملاصقةً لشخص الانسان او المساس به ومن ضمنها التشريع العراقي ، حيث تقتصر الحماية المدنية للحق في الصورة على دعويين هما دعوى منع او وقف الاعتداء ودعوى التعويض والتي نص عليها القانون المدني العراقي في نصوص عامة تخلو من التفاصيل .

اما في قانون العقوبات العراقي فقد نص على عقوبات اصلية دون التبعية وذلك في المادة (٤٣٨) منه حيث نصت على ((يعاقب بالحبس مدةً لاتزيد على سنة وبغرامةٍ لاتزيد على مائة دينار من نشر باحدى طرق العلانية اخباراً او صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة او العائلية للافراد ..... اذا كان من شأن نشرها الاساءة اليهم)).

ويلاحظ على هذا النص كم هو مقتضب وضيق ولايواكب التطورات والمستجدات ، بل انه قيد الصورة المحمية بقيدٍ هو كون نشرها يسبب إساءة لاصحابها ، لذلك فان الجمود والاهمال في حماية هذا الحق يظهر جلياً من خلال هذه النصوص .

الا ان الخطوة المحمود عليها هو ما اصدره برلمان كردستان العراق من نصوص تشريعية جديدة وخاصة لحماية هذا الحق وبخاصة عن طريق استخدام كاميرات الهواتف المحمولة والتي تسببت في الكثير من المشاكل والاهتزازات بين العوائل وصلت الى حد القتل بحيث اصبح لزاماً وضع حدٍ معينٍ وعلاجٍ فعالٍ لهذه الظاهرة .

التوصيات :-

١- لعل من اهم ما يمكن ان نوصي به هو دعوة المشرع العراقي الى تشريع نصٍ صريحٍ وخاص يحمي حق الانسان في صورته وادراجه ضمن نصوصه المدنية ، وتقييم اوجه القصور في النصوص التشريعية المفعلة حالياً ، وذلك للصلة الوثيقة بين هذا الحق وحُرمة الحياة الخاصة للانسان والحق في الخصوصية والتي كفلها الدستور العراقي النافذة لعام ٢٠٠٥ ضمن المواد (١٥-١٧) منه ، بحيث يمكن الرجوع والاستناد عليها بصورة مباشرة .

٢- ندعو الى تعديل نص المادة (٤٣٨) من قانون العقوبات العراقي وخاصة فيما يتعلق بكون النشر قد يسبب اساءة من عدمه ، واعتبار مجرد الاعتداء والنشر جريمة يعاقب عليها القانون ، كذلك الى تشديد العقوبة وجعلها تتراوح من سنة الى عشر سنوات وبحسب حجم الضرر الذي لحق صاحب الصورة ليكون عقاباً رادعاً لكل من تسول له نفسه التعدي على خصوصيات الاخرين او استغلالهم ، كذلك تعديل مبلغ الغرامة لجعله يتراوح بين المليون وخمسة ملايين دينار عراقي مواكبةً للتطورات الاقتصادية الحالية .

٣- اصدار تشريع خاصٍ يجرم الافعال التي تشكل اعتداءاً على خصوصيات الاخرين او التقاط الصور لهم بواسطة الهواتف النقالة وتحديد العقوبة المناسبة لمن يرتكب هذه الافعال مع الزام شركات الهاتف انقال (شركات التراخيص) او الشركات العامة المسؤولة عن الاتصالات بالتعاون مع الجهات المختصة لغرض اتخاذ الاجراءات اللازمة لاكتشاف الجرائم التي تقع عن طريق تلك الهواتف .

٤- مصادرة الاجهزة التي استخدمت في عملية التصوير او النشر فرض غرامة مالية على كل من استخدم الموبايل لنشر او ترويج الصور خلافاً للقانون .

٥- حظر استخدام اجهزة الموبايل المزودة بكاميرا في الاماكن التي تقام فيها مناسبات او حفلات خاصة بدون رضا اصحابها ومعاقبة كل من يخالف ذلك بعقوبة السجن التي تصل الى حد عشر سنوات ودفع غرامة مالية تتناسب مع حجم الضرر ، كذلك تشديد الرقابة على المسؤولين عن تلك الاماكن وتشديد العقوبة على كل من ارتكب فعلاً مخالفاً للقانون .

٦- اصدار تشريعات خاصة لضمان حماية الحق في الخصوصية وذلك من خلال تنظيم استخدام الصورة ، كالزام المصورين بتسليم اصل الصورة (النيكاتيف) الى الشخص صاحب الصورة وتحديد عقوبة خاصة في حال مخالفتهم لاصول المهنة .

٧- نشر التوعية والثقافة الاسلامية عن طريق الوسائل المختلفة والحديثة كالندوات او بواسطة وسائل الاعلام كألانترنت والمحافظة على المورثات في مجتمعنا العربي والاسلامي والعودة للتمسك بالمادئ الاسلامية السامية والتي كفلت حقوق الانسان كافة منذ مئات السنين ، فالعالم ليس بحاجةٍ الى قوانين لحماية الانسان من اخيه الانسان بقدر ماهو بحاجة الى يقظة ضمير .

والله الموفق

المصـــــــــادر

اولاً : القرآن الكريم

ثانياً : المراجع الاسلامية

١- السيد محمد تقي المدرسي – احكام المعاملات – ناقص

ثالثاً: المراجع القانونية

١- د. برلين انطونيوس ايوب – الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية دراسة مقارنة ، ط١ ،، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٧ .

٢- د. جعفر محمود المغربي وحسين شاكر عساف – المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول و ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠ .

٣- د. حسين الجندي – ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الاسلام ،ط١ ،دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، القاهرة ،مصر ، ١٩٩٣ .

٤- الاستاذ عبد الله عبد الكريم عبد الله – جرائم المعلوماتية والانترنت (الجرائم الالكترونية) دراسة مقارنة ،ط١ منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ،٢٠٠٧ .

٥- د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير – الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ،ج١ ،ط٢ ، المكتبة القانونية بغداد ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٠ .

٦- د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير –القانون المدني واحكام الالتزام ،ج٢ ،ط٣ ، المكتبة القانونية بغداد ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٩ .

٧- د. فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي – جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ .

٨- كلود عبيد – التصوير وتجلياته في التراث الاسلامي ، مجد للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ .

٩- د. محمود عبد الرحمن محمد – نطاق الحق في الحياة الخاصة ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية ، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع .

١٠- د. نعيم مغبغب – مخاطرة المعلوماتية والانترنت – المخاطرة على الحياة الخاصة وحمايتها دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ .

١١- د. نقولا فتوش والاستاذ اندريه برتران – الحق في الحياة الخاصة والحق في الصورة ، ط١ المنشورات الحقوقية ، مكتبة صادر ناشرون ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣ .

رابعاً : البحـــــــــوث
د.حسام الدين كامل الاهواني ، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الالكتروني بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .

خامساً : الاطاريح الجامعية
حسن محمد كاظم – المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .

سادساً : القوانين العراقية
١- دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ .
٢- القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٣- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
٤- قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

سابعاً : القوانين العربية
١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٢- القانون الاتحادي الاماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ .

ثامناً : القوانين الاجنبية :
قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٢ .

تاسعاً : المواقع الالكترونية
١- المستشار محمد احمد الحمادي ، قوانين دولة الامارات ، الموقع الالكتروني http://www.hamadilaw.com .
٢- الموقع الالكتروني الخليج انترنت .
٣- د. نعيم كاظم جبر ، الحق في الصورة الفوتوغرافية والحماية المقررة له في التشريع العراقي http://www.iraqf.com .
٤- انظر الموقع الالكتروني ، الجزيرة نت .
٥- تاريخ نوكيا ، الموقع الالكتروني http://www.nokia.com/about-nokia .

الفهرســــــــت

الموضـــــــــــــــوع	الصفحة
المقدمة	١
مبحث تمهيدي : نظرة تاريخية حول نشأة الهواتف الخلوية	٣
المبحث الاول : ماهية الحق في الصور	٥
المطلب الاول : مفهوم الحق في الصورة	٥
المطلب الثاني : خصائص الحق في الصورة	٧
المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للحق في الصورة	٩
المبحث الثاني : اركان المسؤولية وآثارها	١٤
المطلب الاول : اركان المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة	١٤
الفرع الاول : الخطأ	١٥
الفرع الثاني : الضرر	١٦
الفرع الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر	١٩
المطلب الثاني : آثار المسؤولية المدنية	٢٠
الفرع الاول : التعويض وانواعه	٢٠
الفرع الثاني : شروط التعويض	٢١
الفرع الثالث : ازدواج الجزاء المدني المترتب على المسؤولية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الصورة .	٢٤
المبحث الثالث : موقف الشريعة الاسلامية من الحق في الصورة	٢٨
المطلب الاول : موقف الشريعة الاسلامية من الحق في الصورة	٢٩
الفرع الاول : مشروعية التصوير والصورة في الاسلام	٣٠
الفرع الثاني : حماية الشريعة الاسلامية للحق في الصورة	٣١

المطلب الثاني : موقف القانون من الحق في الصورة بين الرفض والقبول	٣٣
الفرع الاول : اراء الفقهاء الرافضين لحق الشخص على صورته	٣٣
الفرع الثاني : الفقهاء الذين نادوا بضرورة الاعتراف بالحق في الصورة وتكريسهم لهذا الحق .	٣٥
الخاتمة	٤١
التنائج	٤١
التوصيات	٤٣
المصادر	٤٤

(دراسة مقارنة)

أستاذ القانون الخاص المساعد الدكتور
وليد خالد عطية

كلية القانون – جامعة البصرة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم النبيين محمداً النبي الأمين وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد.. فَإنَّ فكرة الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير تعدّ من المواضيع الفقهية الخلافية في القانون الانكليزي التي كانت وما زالت محط اهتمام الفقهاء الانكليز واختلافهم التي وُضِعَ لأجلها العديد من الحجج والنظريات التي حاولت تفسير سريان بند الإعفاء من المسؤولية العقدية للغير.

أهمية الموضوع :-

تتجلى أهمية الموضوع بالنسبة لنا على نقطة تشغل فكر القانون الانكليزي منذ عشرات السنين ألا وهي تعقيد الموضوع في القانون الانكليزي فيوجد في النظام القانوني الانكليزي شد وتوتر من المحاكم في جانبين مهمين الأول حرص المحاكم الانكليزية على منع الغير من أن يكون مستفيداً في عقد هو ليس طرفاً فيه والثاني رغبة المحاكم الانكليزية وطموحها بالوصول إلى وسائل قانونية ممكن من خلالها الالتفاف على قاعدة خصوصية العقد التي تمنع الغير من أن يكون مستفيداً من عقد هو ليس طرفاً فيه من هذين الجانبين المتنافرين تبرز أهمية الموضوع.

أهداف البحث:-

إنَّ أهداف البحث هي كثيرة ومتنوعة اغلبها ستتركَّز على الأساس والنظريات الفقهية التي طرحها الفقه الانكليزي في هذا الصدد ناهيك عن وجود قاعدة مهمة في القانون الانكليزي تمنع الغير من أن يكون مستفيداً من عقد هو ليس طرفاً فيه أي عدم وجود قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الانكليزي ففي ظل هذه القاعدة تبرز أهداف البحث منها:

أولاً: هل للغير الحق في الاستفادة من العقد؟ ما هو الأساس والطبيعة القانونية لبعض قرارات مجلس اللوردات البريطاني بجعل الغير من الأشخاص المتمتعين بالحماية القانونية المنبثقة من شرط الإعفاء من المسؤولية؟

ثانياً: ما هي النظريات التي طرحها الفقه الانكليزي في تبرير هذه الحالة؟

ثالثا: هل المشكلة موجودة في القانون المقارن وعلى وجه الخصوص القوانين التي تتبع نظم القانون المدني؟ وهل تأخذ حجم نفس الذي تشغله في القانون الانكليزي أم إن القانون المقارن لا توجد فيهِ مثل هذه المشكلة؟

رابعاً: هل توجد في القانون الانكليزي حزمة من التشريعات تعالج هذه المشكلة أم إن الأحكام العامة في القانون الانكليزي هي المتصدر للموضوع؟

خامساً: ما هو رأي الفقهاء المحدثين في القانون الإنكليزي حول الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للغير.. الخ. من الأسئلة التي سنجد لها الجواب من خلال البحث.

منهج البحث:-

إن المنهج الذي سنعتمد عليه في البحث هو المنهج التحليلي والمنهج ألاستنتاجي والمنهج المقارن فسوف نقوم بمناقشة النظريات وتحليلها والآراء المطروحة في هذا الصدد ومقارنتها مع ما موجود في القانون المقارن.

خطة البحث :

سنعتمد في هذا البحث على خطة علمية مضمونها الآتي:-

المبحث التمهيدي: الغير وقاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي.

المبحث الأول: الاتجاه التقليدي في تحديد الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية إلى الغير في القانون الانكليزي.

المبحث الثاني: الاتجاه الحديث في تحديد الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير في القانون الانكليزي.

والله من وراء القصد..

المبحث التمهيدي
الغير وقاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي

تعد قاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي من القواعد الأساسية في قانون العقد وسوف نولي هذه القاعدة ببحث معمق نبين فيه مدى تأثير هذه القاعدة على حقوق الغير في العقد في القانون الانكليزي وعلى وجه التحديد ما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ومدى فائدة الغير من هذا الشرط مركزين قصارى جهدنا على مادة البحث ألا وهي بيان الأساس القانوني بحالة سريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى غير المتعاقدين وتأسيساً على ذلك سوف نعالج الموضوع في هذا المبحث التمهيدي على ستة فقرات:

أولاً: تعريف قاعدة خصوصية العقد. **ثانياً:** السوابق القضائية المؤسسة لقاعدة خصوصية العقد. **ثالثا:** العوائق والتحديات التي تواجه قاعدة خصوصية العقد . رابعاً : التوجه الحديث في القانون الانكليزي حول قاعدة خصوصية العقد. **خامساً**: الإعفاء من المسؤولية العقدية وقاعدة خصوصية العقد. سادسا: ظهور المشكلة في القانون الانكليزي وتحديد أبعادها.

أولاً: تعريف قاعدة خصوصية العقد:

إن قاعدة خصوصية العقد تتضمن فكرتين أساسيتين الأولى أن المتعاقد في العقد هو وحده الذي يلزم بتنفيذه وان الغير عن العقد لا يمكن أن يتقاضى عن الإخلال بعقد لم يكن هو أصلا طرفا فيه أما الفكرة الثانية فتتمثل في أن المتعاقد في العقد يلتزم بالعقد وببنوده في حين أن الغير عن العقد لا يمكن إلزامه بالعقد الذي هو ليس طرفا فيه ولا يمكن إلزامه ببنود العقد الذي ليس طرفا فيه أصلاً والحقيقة أن الفكرة التي أولاها الفقه والقضاء الانكليزي أهمية كبيرة هي مدى إمكانية ترتيب المتعاقدين في عقدهما لفائدة محددة ينسحب أثرها إلى الغير.[١]

وتأسيساً على ذلك فانه يمكن تعريف قاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي على أنها القاعدة التي تدل على إن الشخيص الذي يكون طرفاً في العقد هو وحده الذي يكون مخولاً بأخذ الفائدة منه وهو وحده الذي يتحمل المسؤولية عنه أما الشخص الذي لا يكون طرفاً في العقد ولم يشارك في الاتفاق (العقد) فلا يمكن أن يستفيد من ذلك العقد ولا يتحمل بأي التزام ناشيء عن ذلك العقد الذي لم يشترك فيه أي بمعنى إن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين فقط أما الغير فهو أجنبي عن العقد ولا يتأثر بآثاره.[٢]

ثانياً: السوابق القضائية المؤسسة لقاعدة خصوصية العقد:

إن هناك العديد من السوابق القضائية المؤسسة لهذه القاعدة في القانون الانكليزي التي جميعها تأكد على أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين فقط وغير المتعاقدين لا تنصرف له آثار العقد وهذه القاعدة ترسخت منذ منتصف القرن التاسع عشر وان كانت جذورها ترجع إلى عام ١٦٧٧ وعلى وجه التحديد في قضية (Dutton v. poole) والتي بها عدل القضاء الانكليزي وجهة النظر القائمة على أساس إن الحب والعواطف الطبيعية لا تعد مقابلاً ففي هذه القضية حكم القضاء الانكليزي على خلاف ذلك والتي تتلخص وقائعها في أن الأب أراد أن يبيع بضاعة من الخشب ليُكوِّن حصة لأجل أولاده القاصرين في شركة ولكن الابن الأكبر لهؤلاء القاصرين نجح في إقناع والده بالرجوع عن البيع مقابل أن يتعهد له بدفع مبلغ وقدره (١٠٠٠) باوند إلى كل من أخويه القاصرين، أحد هذين الأخوين القاصرين تمكن من مقاضاة أخوه الأكبر عن الوعد الذي قطعه مع أبيه نتيجة إخلال الأخ الكبير بالتزامه تجاههم حيث عبر اللورد (scroggs c.j) في هذه القضية أنه من الواضح وجود مقابل فالعواطف تعد مقابلاً من الأب تجاه الأطفال الذين لأجلهم يوجد التزام طبيعي من جانبه لهم ويتحرك هذا المقابل من جانب الأب وان الالتزام والتعهد من قبل الأب امتد إلى الأطفال فالافتراض الأساسي هنا أن الوعد الذي صدر من قبل الأب تجاه الأطفال القاصرين سوف يكون ملزماً بسبب العواطف الطبيعية التي تعد مقابلاً حسناً وان الحقيقة التي كانت تتضمن من انه لا وعد بعقد مع الإخوان والآباء على أساس الادعاء بان المقابل لا يكون منطلقاً منهم هي بشكل بسيط حجة ملغاة وإنها وجهة

نظر أصبحت مهملة والبديل عنها أن الحب الطبيعي والعواطف ممكن ان يشكل ويكون مقابل.[٣]

بيد ان الحكم المقرر في قضية (Dutton v. poole) لم يعد مقبولاً في القضاء الانكليزي وقد عدل عنه مؤكداً انَّ الحب والعواطف الطبيعية لا تعد مقابلاً وان المتعاقد هو وحده الذي له الحق في التقاضي عن العقد مؤكداً القاعدة التي تتضمن خصوصية العقد في قضية tweedle v Alkinson (1861) 1b & S 393, 121, Er 762

وتتلخص وقائع القضية بان والد المدعي ووالد زوجة المدعي اتفقا بان يقوم كل واحد منهم بدفع مبلغاً من المال إلى المدعي وهو الزوج في حالة زواج المدعي من ابنة المدعى عليه وبعد حصول الزواج قام والد المدعي بتنفيذ ما وعد به قبل وفاته ودفع إلى ابنه مبلغ وقدره (١٠٠) باوند في حين ان والد زوجة المدعي وهي المدعى عليه حتى وفاته لم ينفذ ما تعهد به وهو دفع مبلغ وقدره (٢٠٠) باوند الى المدعي مما جعل المدعي ان يقيم الدعوى على منفذ وصية والد زوجته قرر في هذه القضية ان المدعي ليس مخولا في اقامة الدعوى هذه وحكم بردها والسبب ان المدعي هو بمثابة اجنبي عن العقد فالاتفاق حصل ما بين المدعى عليه ووالد المدعي ولم يكن المدعي طرفا في هذا الاتفاق وان المدعي لم يكن قد قدم مقابلاً لذلك الاتفاق حيث ان الحب والعواطف الطبيعية لا تعد مقابلاً.[٤]

وتأسيساً على ذلك فان الحكم الصادر في قضية tweedle v. Alkinson هو تاكيد لقاعدة خصوصية العقد وان الشخص الذي يكون طرفا في العقد فقط هو الذي يتقاضى بموجبه. وتأكد هذا المبدأ ايضاً في قضية اخرى وهي قضية (Beswick v. Beswick) وذلك في عام ١٩٦٨ والتي تتلخص وقائعها في ان (A) كان يملك معمل للفحم صغير ويقوم ابن أخاه (B) بمساعدته في إدارة المعمل تعرض (A) الى مشاكل صحية واراد ان يقعد عن العمل مما ألزمه الامر ان يبرم اتفاقاً مع ابن اخيه (B) مفاده ان يقوم التاجر (A) بنقل اعماله الى (B) مقابل ان يبقى (A) مستشارا له ويتعهد (B) بان يدفع راتبا مقداره ستة باوندات وعشر سنتات الى (A) كل اسبوع وفي حالة وفاة (A) يتعهد ابن اخيه (B) بدفع مبلغاً هو نفسه الذي كان يدفعه الى (A) الى زوجته الارملة وذلك في حالة وفاته. وافق (B) على هذا التعهد وبعد وفاة (A) لم يقم (B) بدفع المبلغ المتفق عليه الى ارملة (A) مما لزم الامر ارملة (A) ان تقيم دعوى على (B) مطالبة فيها بدفع المبلغ المتفق عليه مع (A) زوجها المتوفي كذلك انها تعتبر مديرة لتركة زوجها (A) وطالبته بدفع المتأخرات عن المبلغ الناشيء عن الاتفاق السابق بينه وبين زوجها (A) المتوفي وذلك بصفتها الشخصية عن طريق استحصال امر بالتنفيذ العيني قرر في هذه القضية ان ارملة (A) لها الحق في الحصول على امر بالتنفيذ العيني باعتبارها مديرة لتركة زوجها اما بصفتها الشخصية ليس لها الحق في هذه الدعوى حيث ان المستفيد وهو الشخص الثالث هنا (أرملة المتوفى) لا يمكن ان تقاضي بصفتها الشخصية.[٥]

وما دام الكلام منصب على هذا السياق فلا بد من التنويه الى وجود قضية اساسية في القانون الانكليزي تاكد بشكل صريح وقطعي من ان المتعاقدين هما اصحاب الحق في العقد فقط وان اثار العقد لا تسري الى غير المتعاقدين وهذه القضية هي قضية

Duulop pneumatic Tyre co. Ltd. v. selfridge co. Ltd. (1915) Ac (847).

التي تتلخص وقائعها من ان المدعي هو صاحب مصنع لصناعة اطارات السيارات دخل في عقد مع شركة (DEW & CO) وبموجب هذا العقد تم الاتفاق على ان يقوم المدعي ببيع عدد من الاطارات الى هذه الشركة وبموجب هذا العقد تم الاتفاق على ان الاطارات المبيعة يجب لا ان لا تباع باقل من الاسعار المثبتة بالقامة والتي تمثل تعهداً قدمته الشركة المشترية في العقد بانها لن تبيع الاطارات باقل من السعر الجاري بالقائمة إلا لزبائنها الاصليين كما وتعهدت الشركة المشترية بالحصول على تعهد مكتوب من زبائنها المشترين مطابق للتعهد الذي قدمته الى المدعي وفي ١٩١٢/١/٢ قام المدعى عليه (Selfridge) بشراء اطارات من شركة (

DEW & CO) وقدم المدعى عليه تعهدا بعدم البيع باقل من السعر الوارد بالقائمة ولكن المدعى عليه لم يتقيد بهذا التعهد وقام بمخالفة ذلك ببيعه الاطارات دون التقيّد بالاسعار الواردة في القائمة مما دفع بالمدعي (Dunlop) إلى مقاضاته عن ذلك الاخلال. حيث حكم في هذه القضية بان المدعي ليس مخولا بمقاضاة المدعى عليه في هذه الدعوى مما قرر ردها وذلك على اساس ان التعهد كان قد حصل بين Selfridge و dew & co وان المدعي (Dunlop) هو اجنبي تماماً عن العقد وتأسيساً عليه فهو لا يستطيع ان يطالب بتنفيذ العقد وان الذي له الحق بالمطالبة بالتنفيذ هو dew & co اذ ان الشخص الذي يكون طرفاً في العقد هو فقط الذي يتقاضى بموجبه.[٦]

وتاسيساً على ما سبق يخلص مما تقدم من السوابق القضائية السابقة الذكر ان قاعدة خصوصية العقد تاكد مبدا مفاده ان الشخص الذي يكون طرفاً بالعقد هو وحده الذي له الحق في ان يتقاضى بموجبه أما الغير الذي ليس بطرف في العقد لا يستطيع ان يتقاضى او يقاضى بموجب عقد لم يكن طرفاً فيه.

ثالثا: العوائق والتحديات التي تواجه قاعدة خصوصية العقد:

لاحظ الفقه الانكليزي ان قاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي تثير الكثير من الصعوبات وان تطبيقها يصطدم بالعديد من التحديات ومن ضمن هذه التحديات حالات العقود التبعية والعقود المتعددة الاطراف وعقد الوكالة.[٧]

وبالنسبةِ الى العقود التبعية لاحظ بقائها الفقه الانكليزي ان المتعاقدين في العقد في حالة ابرامهم عقد معين قد يصطحب هذا العقد عقد تبعي ما بين احد المتعاقدين والغير مما يتحتم الامر ان يتاثر هذا الغير بالآثار الناشئة عن العقد المبرم بين المتعاقدين وقد كان للقضاء الانكليزي وقفةً في هذه الحالة حيث قرر في قضية (shankiln pier v. Detel products ltd) وذلك عام ١٩٥١ والتي تتلخص وقائعها ان المدعين يعملون مقاولين لصبغ رصيف الميناء واعلموا لهذا الغرض لشراء اصباغ مصنوعة من المدعى عليه وهذه المعلومات التي اعطيت لهم من ان الاصباغ التي يلزم المدعي شراءها يجب ان يحافظ على بقائها سبع سنوات وقد حصل ان بعد قيام المقاولين بشراء هذه الاصباغ من المدعى عليه لم تحتفظ الاصباغ ببقائها اكثر من ثلاثة اشهر فعلى الرغم من ان العقد الاصلي وهو عقد بيع الاصباغ كان بين المقاولين والمدعى عليه قرر بوجود عقد تبعي بين المدعي والمدعى عليه من كون ان الاصباغ تحافظ على وجودها سبع سنوات على الاقل.[٨]

ونفس المبدأ طبق في حالة الشخص الذي يشتري بضاعة من التاجر ويعطيه ضمان بها باسم صاحب صناعة البضاعة فهنا العقد الاصلي ما بين المستهلك والتاجر ولكن وجود عامل الضمان من مُصنِّع البضاعة يعد بمثابة عقد تبعي ما بين صاحب المصنع والمستهلك.[٩]

وكذلك انه في عقود المقاولات والإنشاءات فان العقد الذي يبرم ما بين المقاول ورب العمل قد يحصل تنفيذه بصورة كلية او جزئية عن طريق مقاول ثاني يتعاقد معه المقاول الأصلي فمثل هذا الاتفاق ان احد طرفي العقد الاصلي وهو المقاول الاصلي يرتبط بعقد آخر مع المقاول من الباطن الذي سيتأثر بالأثار الناشئة عن العقد الاصلي مما يجعل المقاول الثانوي مسئول تجاه رب العمل على الرغم من عدم وجود اتفاق بينه وبين المقاول من الباطن.[١٠]

وقد لاحظ القضاء الانكليزي ان المقابل موجود في العقود التبعية السابقة الذكر فبالنسبة لقضية shanklin pier إن المقابل يتجسد بالتعليمات التي أعطاها المدعي الى المقاولين وفي حالة المقاول من الباطن فان المقابل يتجسد بتعيين وتسمية المقاول من الباطن من رب العمل مع المقاول الاصلي.

وفي قضية الضمان فان المقابل يتجسد بشراء المستهلك البضاعة من البائع.[١١]

واللافت للانتباه ان العقود التبعية في الحالات السابقة تكون ملزمة للاطراف وذلك باثبات نية التعاقد وفي حالة غيابها لا يلزم الاطراف بها وهذا ما قرر في قضية

(Independent Brond costing Authority v. e m i .Electronics)

والتي تتلخص وقائعها من ان (A) قد تعاقد مع (B) لغرض نصب مذياع تلفزيون وبموجب شروط منها ان لـ (B) الحق باجراء العمل عن طريق مقاول من الباطن وهو (C) الذي هو ليس بطرف بالعقد المبرم ما بين (A) و (B) وبعد انجاز العمل كتب (C) الى (A) رسالة يعلمه فيها بانه قد انجز عمله وان العمل لا يتضمن اي مخاطر بعد ذلك مذياع التفاز الهوائي تحطم مما دفع (A) الى مقاضاة (C) حيث قررت المحكمة بان رسالة (C) لا تمثل اي الزام تعاقدي اذ أنه ليس بطرف بالعقد المبرم بين (A) و (B) وان نيّة التعاقد لم تنصرف الى الزام (C) على الرغم من ان (C) يكون ملزماً تجاه (A) بالإهمال فقط.[١٢]

اما بالنسبة للعقود المتعددة الأطراف التي تمثل بان الشخص الذي انظم الى النادي او المؤسسات الاجتماعية الاخرى فهو يتعاقد مع كل اعضاء النادي او المؤسسة الاجتماعية التي سيرتبط بها ولكن في الحقيقة هو لا يدرك تماما الاشخاص الاخرين الموجودين معه في النادي بل ولا يعرف هويتهم فهو يتعاقد على نحو مباشر فقط مع سكرتير النادي. فاذا عدد من الاشخاص وافقوا على الدخول في منافسة تخضع لقواعد معينة فهناك شك بالضبط من هم اطراف العقد الموجود؟ اذ قرر في احد القضايا ان المتسابقين في سباق الزوارق المائية انهم لم يتعاقدوا مع اللجنة المنظمة للبطولة فقط بل هم تعاقدوا كل واحد منهم مع الآخر ولكن في قضية اخرى قرر العكس بان الشخص الذي يدخل في سباق الخيل هم تعاقدوا مع الجهة المنظمة لسباق الخيل فقط فالعقد مبرم ما بين المتسابق واللجنة المنظمة وليس بين المتسابقين انفسهم.[١٣]

وعليه فمن هنا تبدو صعوبة تحديد اطراف العقد في العقود المتعددة الاطراف كمسباقات الخيل والمنافسات الرياضية والانضمام الى النوادي فهل المتعاقد يتعاقد مع سكرتير النادي فقط ام مع اعضاء النادي جميعا؟ وهل المنافس في السباقات الرياضية يتعاقد مع اللجنة المنظمة ام مع المتنافسين الآخرين؟

اما بالنسبة لعقد الوكالة فهو الآخر يمثل تحدياً يواجه قاعدة خصوصية العقد فالمعروف في عقد الوكالة ان العقد يبرم ما بين الموكل الأصيل والغير عن طريق النائب ولكن في بعض الاحيان تثار الشكوك فيما اذا كان الشخص يتصرف كوكيل او كأصيل عن نفسه ففي احدى القضايا ان الزوج قد حجز تذاكر سفر عبر القنال لنفسه وزوجته واطفاله إذ قيل ان هناك عقد نقل ما بين الزوجة والناقل وانه على نحو مفترض ابرم عن طريق الزوج باعتباره وكيل عن زوجته ولكن عند تناول الزوج وزوجته الغذاء معاً في المطعم فانه ايضاً قرر ان هناك عقداً ما بين الزوجة ومالك المطعم ولكن في حالة اخرى ان الزوج والزوجة في حالة ابرام كل واحد منهم عقد منفصل مع صاحب المطعم فهنا حتما لا يكون احدهم وكيلا للآخر ولكن اذا لم يكن هناك عقود مستقلة لكل من الزوج والزوجة مع صاحب المطعم ولكن تم استضافة احدهم للآخر لمناسبة معينة لتناول الغذاء فانه لا يمكن تقرير الوكالة عن احدهم تجاه الآخر فالذي يحصل ان هناك عقداً بين الزوج وصاحب المطعم وليس بينها وصاحب المطعم وانه وكيل عن الزوجة بل الامر لا يخرج عن وجود عقد بين الزوج وصاحب المطعم في هذه الحالة.[١٤]

رابعاً: التوجه الحديث في القانون الانكليزي حول قاعدة خصوصية العقد:

ان الفقه الانكليزي لم ينقطع عن انتقاد قاعدة خصوصية العقد بل وجه لها العديد من الانتقادات وهذه الانتقادات جاءت على صعيدين القضاء والفقه فعلى سبيل المثال انتقد الفقيه (Jack Beatson) هذه القاعدة بشكل شديد واعلن دعوته الى ضرورة اجراء التعديل والاصلاح على قانون خصوصية العقد بشكل يسمح للغير ان يكون مستفيدا من العقد الذي ليس طرفاً فيه.[١٥]

وكذلك انتقد الفقه (Burrows) هذه القاعدة بشكل واضح ودعا الى ضرورة اجراء تعديل على قانون خصوصية العقد بشكل يسمح للغير ان يكون بمركز المستفيد من العقد.[١٦]

ولكن ان الأصوات الداعية إلى إحداث تعديل على قاعدة خصوصية العقد ترجع بجذورها الى عام ١٩٣٧ عن طريق لجنة مراجعة القانون التي ترأسها اللورد (Wright) وان واحدة

من اقوى الانتقادات التي وجهت الى هذه القاعدة كانت بواسطة اللورد (Diplock) حيث وصف قاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي بانها تحمل مفارقة تاريخية قصيرة لسنوات عديدة تعد بمثابة عيب على القانون الخاص الانكليزي.[١٧]

واستجابةً لهذه الانتقادات اللاذعة لقاعدة خصوصية العقد فان البرلمان في المملكة المتحدة العظمى انبرى وبدون تردد الى تبني قانون اطلق عليه حقوق الغير في العقد عام ١٩٩٩ والذي دخل حيز التنفيذ في ١١/ نوفمبر/١٩٩٩ وان هذا التشريع يتضمن النصوص التي وضعت لأجل تنفيذ الشروط العقدية عن طريق الغير وتمكين الغير من الزام المتعاقدين بالحصول على حقوقه من العقد والتي العقد ينص صراحه على اشتراطها له وهذا ما اشارت له المادة أولاً الفقرة (A) من القانون وان مثل هذا التنفيذ والالتزام ببنود العقد لمصلحة الغير ممكن ايضا اذا كان العقد يثبت اقرار حق او فائدة مباشرة للغير حتى اذا كان هذا الغير غير معين بالاسم ولكن معين بالعدد وهذا ما اشارت له الفقرة (B) من المادة الأولى من القانون او يكون الغير المستفيد من العقد محددا و موصوفا بالاسم هذا كله شريطة ما لم يكن المتعاقدين في العقد لم يقصدا الزام انفسهم ببنود العقد اللذان ابرماه تجاه الغير اي عدم انصراف ايرادتهما حول جعل اشتراط لفائدة الغير مع ملاحظة ان هذا القانون يسمح بالفقرة واحد من المادة الثانية منه ان تكون للغير حقوقا من العقد الذي لم يكن طرفا فيه حتى وان كان هذا الغير غير موجود اصلا وقت ابرام العقد وتحقق الاشتراط من قبل المتعاقدين كان يكون الغير طفلا لم يولد بعد او زوج مستقبل او شركات لم تدمج بعد فان من الممكن ان يكون هناك الزام للاشتراط الذي اشترطه المتعاقدين في العقد اذا كان هؤلاء الاشخاص موجودين وقت التنفيذ رغم انهم غير موجودين وقت الاشتراط بل ان هذا القانون أجاز حتى الحقوق السلبية في الاشتراط وذلك في الفقرة الاولى من المادة السادسة منه ومثال الحقوق السالبة كشروط التحديد والاعفاء من المسؤولية والفقرة السادسة من المادة الخامسة عالجت الاستثناءات التي ترد على قاعدة حقوق الغير فاستنادا الى الفقرة السادسة من المادة الخامسة (A) ان الغير لا يكون صاحب حق في الزام المتعاقدين ببنود العقد لمنفعته وذلك في حالة العقد الذي يكون مبرم لغرض نقل بضاعة عن طريق البحر فعقد نقل البضاعة عن طريق البحر يكون معروفاً عن طريق ما يثبت في سند الشحن او الصفقة الالكترونية المطابقة او بيان الشحنة وهذا ما اكدته المادة السادسة الفقرة السادسة من القانون.

وان هناك استثناء واحد كبير من هذه الاستثناءات يسمح للغير الاستفادة من حقوق العقد وذلك بتمكين من التمسك بشروط تحديد واستبعاد المسؤولية العقدية وهذا ما اشار له في المادة السادسة الفقرة الخامسة (A) من هذا القانون.[١٨]

والجدير بالذكر ان الوضع لم يقتصر على بريطانيا العظمى بسنها تشريع تنظيم حقوق الغير في العقد بل حدث الامر مع اغلب دول القانون العام ففي ايرلندا على سبيل المثال فان لجنة تعديل القانون الايرلندي الخاصة بخصوصية العقد وحقوق الغير قد قدمت مسودَّة استشارية حول هذا القانون وذلك في شباط ٢٠٠٨ يتضمن الجذور التاريخية والتطور الذي اصاب قاعدة خصوصية العقد وتسليط الضوء على المشاكل التطبيقية الناتجة من تطبيق القاعدة المتقدمة وذلك في مجالات عقود الانشاءات والشحن والتامين وقانون الاستهلاك وشروط الاعفاء.[١٩]

اما في نيوزلاندا فان لجنة اصلاح قانون العقد والقانون التجاري النيوزلاندي لعام ١٩٨١ اوصت باصلاحات تشريعية مفصلة لتنظيم الاتفاقات وحقوق الغير وان قانون خصوصية العقد لعام ١٩٨٢ المطبق لجنة اعادة المراجعة تقدمت بمشروع في عام ١٩٩٣ ارادت فيه تفعيل القانون بشكل اكبر .[٢٠]

اما في استراليا فان دول استراليا الغربية (Queensland) قد اصدرت تشريع يعترف بحقوق الغير المستفيد فقانون الملكية الاسترالي الغربي لعام ١٩٦٩ الذي اسس على ضوء توصيات لجنة المراجعة في القانون الانكليزي لعام ١٩٣٧ رغم انه يعتبر اقل تفصيلا من قانون المملكة المتحدة العظمى لعام ١٩٩٩ وعليه فدولة استراليا الغربية بتبنيها قانون

الملكية لعام ١٩٧٤ والذي كان قائما على الأفكار التي خرجت بها لجنة مراجعة القانون الانكليزية لعام ١٩٣٧ والذي كان مختصرا بشكل كبير وهو يسمح للغير أن يكون مستفيداً من عقد لم يكن طرفاً فيه وان المحكمة الاسترالية العليا اتبعت نفس مسار القاعدة التشريعية الخاصة بالسماح للغير من الاستفادة من العقد اي انها لم تطبق قاعدة خصوصية العقد بشكل صارم وعلى وجه الخصوص في عقود التامين .[٢١]

اما في الولايات المتحدة الامريكية فان الاعتراف للغير بان تكون له حقوق في عقد لم يكن هو اصلا طرفا فيه معترف بها بشكل صريح وذلك بموجب محاولات اعادة صياغة قانون العقد فإعادة صياغة قانون العقد الاولى ١٩٣٢ قيدت الغير من حيث الفئات ووجوب وجود نيّة وإرادة لدى المتعاقدين بجعل الغير مستفيد اما اعادة صياغة قانون العقد الثانية ١٩٨١ قد تبنى مواضيع اكثر حساسية للغير مثل التبديل والانهاء والحجج .[٢٢]

والجدير بالذكر ان حكومة سنغافورة قدمت تشريع يعالج حقوق الغير في العقد متأثرا بشكل كبير بقانون المملكة المتحدة لعام ١٩٩٩ بل هو شبيه له بشكل كبير .[٢٣]

اما في هونغ كونغ ففي ٢٥ أكتوبر عام ٢٠٠٥ إن لجنة تعديل القانون في هونغ كونغ اطلقت مشروع لتعديل واصلاح مبدأ خصوصية العقد وان تقرير هذه اللجنة أوصى بان هذه القاعدة يجب ان يجري عليها إصلاح لا يكون بالغاء هذه القاعدة بشكل كلي بل ان التعديل والإصلاح يحصل بوسائل منها مشروع تشريع مفصل يقدم الحلول اللازمة والنظامية والشاملة كذلك انها اوصت بان الاستثناءات التشريعية الواردة على هذه القاعدة يجب ان تنظم بتشريع جديد وان المشروع ينبغي ان يكون مشروع عام وذات مدى واسع كتشريع للاستثناءات الواردة على قاعدة خصوصية العقد.[٢٤]

خامساً : الإعفاء من المسؤولية العقدية وقاعدة خصوصية العقد:

إن الإعفاء من المسؤولية العقدية وقاعدة خصوصية العقد من المواضيع التي لازمت الفقه والقضاء الانكليزي وما زالت تلازمه حتى هذه اللحظة بل تكاد ان تكون لولب ومحور المشاكل الناجمة عن قاعدة خصوصية العقد. فشروط او بنود الاعفاء من المسؤولية في العقد جائزة بين طرفي العقد فقد يطلب احد المتعاقدين تثبيت بند في العقد يعفيه من المسؤولية او يحدد مسؤولية.[٢٥]

فالقضية المثيرة للانتباه هنا هل يمكن تطبيق هذا البند او الشرط الخاص بالاعفاء من المسؤولية على الغير؟ وما هي اصناف الغير او فئاتهم الذين يمكن لهم الاستفادة من بند الاعفاء من المسؤولية؟

ترجع جذور هذه المشكلة الى عام ١٩٢٤ وذلك في قضية .

(Elder Dempster & co ltd v Paterson zochonis & co ltd)

والتي تتلخص وقائعها بالدفع الذي تقدم به الغير في الدعوى المقامة ضده على اساس الإهمال في رص البضاعة فهل الغير بإمكانه الإعتماد على بند الاعفاء من المسؤولية المثبت في سند الشحن على الرغم من ان الواقعة تثبت ان عقد النقل كان قد ابرم ما بين الشاحن والمستاجر وان الغير ليس طرفا بهذا العقد . مجلس اللوردات قرر له ذلك وحكم بانه من الممكن للغير الاعتماد على بند الاعفاء المدرج في العقد ما بين الشاحن والمستأجر على الرغم من ان مجلس اللوردات قد تبنى اسباب قانونية ذات درجة كبيرة من الصعوبة في اصدار مثل هذا القرار الذي يعد في وقته خروجا كبيراً على قاعدة خصوصية العقد .[٢٦]

سادسا : ظهور المشكلة في القانون الانكليزي وتحديد ابعادها:-

وتأسيساً على ما سبق بيانه عن موقف القضاء الانكليزي حول بنود الاعفاء من المسؤولية والغير اخذت المشكلة تظهر على السطح بتحديد الاشخاص والفئات التي لها الحق بالاعتماد على بنود الاعفاء من المسؤولية وقد كان القضاء الانكليزي متفاوتاً في قراراته حول تحديد تلك الفئات فقد كان للقضاء الانكليزي قرارا لافت للنظير وذلك في قضية (Adler v .Dickson) عام ١٩٥٤.[٢٧]

التي تتلخص وقائعها بان السيدة (Adler) قد سافرت في الباخرة (ss Himalaya) وقد تعرضت الى ضرر جسدي عندما سقطت من الجسر الذي يعبر من خلاله المسافرون الى الباخرة وسقطت منه ورميت الى مسافة ١٦ قدم عن اسفل الرصيف وبما ان تذكره السفر تضمّنت بند الاعفاء من المسؤولية وذلك بما يخص الناقل عن اي ضرر يلحق بالمسافر فان السيدة Adler توجَّهت بالمسوؤلية والمطالبة القضائية ضد الربان السيد (Dickson) وعريف الملاحين. محكمة الاستئناف قررت بان عقد نقل المسافرين كما هو الامر في عقد نقل البضائع يسمح القانون للناقل بان يشترط باعفاء لا نفسه فقط بل ايضا اولائك الذين يلتزمون بالعمل معه في تنفيذ العقد وكما هو مشروط في العقد الخادم و الوكيل و من ثم فالمحكمة قررت بان الاشتراط لم يأتِ لا بشكل صريح ولا ضمني على شمول الكابتن (Dickson) في هذا البند.
وفي عام ١٩٥٦ نظرت المحكمة الاسترالية العليا في قضية:-
(Australia ln Wilson v. Darling lsland stevedoring co)
التي فيها قررت المحكمة الاسترالية العليا الغاء ونقض قرارين صادرين من محكمة نيو ساوث ويلز اذ قررت ان مقاول الشحن والتفريغ غير مخول بالافادة من شروط الاعفاء المدرجة في سند الشحن كونه من الغير .[٢٨]

واللافت للانتباه انه بعد هذه القرارات الصادرة من القضاء الانكلوسكسوني فان هناك قرارات اخرى صدرت تخول مقاول الشحن والتفريغ من حق الافادة من شروط الاعفاء الموجودة في سندات الشحن بل وشملت القرارات اشخاص آخرين غير مقاول الشحن والتفريغ امكانية الافادة من شرط الاعفاء من المسؤولية المثبت في سند الشحن رغم انهم يعدون من الغير والذي نرى ان هناك صعوبة ودرجة بالغة التعقيد تحيط بالموضوع فنحن امام خطين ذات درجة كبيرة من التوتر الخط الاول وهو خط التقيد الرسمي من القضاء الانكليزي في التقيّد بقاعدة خصوصية العقد والذي يمنع بشكل مطلق الغير من الافادة والتمسك بشرط الاعفاء من المسؤولية اما الخط الثاني فيتمثل بالرغبة القضائية لدى القضاء الإنكليزي في إيجاد الطرق الكفيلة بالالتفاف حول قاعدة خصوصية العقد بغية ترتيب الأثر القانوني لنية إرادة أطراف العقد في إعطاء الأثر القانوني لشرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير وامام هذين الخطين المتنافرين فاننا سنمضي في بحث الاساس القانوني الذي تبناه القضاء الانكليزي في سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير في المباحث الآتية:-

المبحث الأول

الاتجاه التقليدي في تحديد الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير في القانون الانكليزي

تمهيد وتقسيم:-

إن الفقه الانكليزي والقضاء الانكليزي أيضاً طرح العديد من النظريات الرامية إلى بيان الأساس القانوني والمبررات القانونية التي تبرر سريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى غير المتعاقدين وهذه النظريات تقع تحت الافكار التقليدية في النظام القانوني الانكليزي وهي متعددة وسوف نحاول في هذا المبحث التطرق أولاً الى مضمون هذه النظريات المطروحة ثم بعد ذلك نقوم بعمل موازنة وتقدير لها بمناقشتها النظرية تلو الاخرى ليتبيّن لنا مدى صلاحيتها لأن تكون الاساس القانوني لهذه الحالة.
وتأسيساً على ما سبق فاننا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين اثنين:
المطلب الاول: مضمون الاتجاه التقليدي.
المطلب الثاني: مناقشة وتقدير الاتجاه التقليدي.

المطلب الأول
مضمون الاتجاه التقليدي

ان الاتجاه التقليدي في تحديد الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير يتضمن نظريات سبعة قائمة على تكييف هذه الحالة القانونية والتي سوف نقوم لعرضها وبحثها النظرية تلو الاخرى وعلى الشكل الآتي :-

اولاً : نظرية (بند هملايا) (Himilya clause):

تقوم هذه النظرية على حجة مفادها ان عقود نقل البضائع وكذلك الاشخاص تجيز امتداد شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير عن العقد بموجب البند المثبت في العقد الذي يعفي المدين من مسؤوليته العقدية .[٢٩]

وان انصار هذه النظرية يوضحون حجتهم بمثال توضيحي هو افتراض ان (A) مالك بضاعة اتفق مع (C) لغرض نقلها وان الناقل (C) تعاقد من الباطن بغرض نقل البضاعة بشكل كامل أو بشكل جزئي مع مقاول من الباطن هوالناقل (D) فإذا كان الناقل الثاني (D) قد ارتكب أضراراً بحق البضاعة او فقدها نتيجة اهماله فعند اذ يعد الناقل (D) بمثابة مودع لديه من الباطن وهو يكون مسؤولا اما على اساس الاخلال بواجبه مودعاً لديه او مسؤولاً عن الخطأ الشخصي الذي يتمثل باهماله عن المحافظة على البضاعة تجاه مالكها (A) والخطورة تكمن هنا في ان مالك البضاعة (A) بدلاً ان يتوجه بمقاضاة الناقل الاول (C) فانه سيقاضي الناقل الثاني (D) على اساس الخطأ الشخصي او الوديعة وان (D) سوف لن يكون بامكانه الاعتماد في دفع المسؤولية عنه لا على وفق الشروط التي ثبتها مع الناقل الاول (C) ولا على وفق الشروط المثبتة ما بين (C) و (A) وعلى وجه الخصوص حالة شرط الاعفاء من المسؤولية فهو لا يستطيع التمسك بهذا الشرط الذي سيعطيه الحماية القانونية من مقاضاة (A) له وذلك بسبب وجود قاعدة خصوصية العقد (Privty of Contract) ونتيجة لهذا المبدأ فان المتعاقدين فقط ممكن لهم الاعتماد وعلى شرط الاعفاء اي ان (A) و (C) هما فقط لهم الحق بالاحتجاج بشرط الاعفاء اما (D) فليس له ذلك لعدم وجود خصوصية عقدية ما بين مالك البضاعة (A) والناقل الثاني (D) بيد ان هذا الوضع يحمل في طياته خرقاً كبيراً بحق (D) مما يستلزم الامر امداد شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية المثبت ما بين (A) و (C) الى الناقل الثاني (D) على الرغم من أنه ليس طرفاً بالعقد وذلك استنادا الى بند يطلق عليه (بند الهملايا) (Himilya clause) ويستند انصار هذه الحجة على القرار القضائي الصادر في قضية (Adler v Dickson.) [٣٠]

ثانياً : نظرية الإعفاء بالتبعية (vicarious immunity)

إن مضمون هذه النظرية يقوم على أساس الإعفاء بالتبعية فاستناداً لهذه النظرية إن الأشخاص الموكل لهم تنفيذ العقد كالخادم او الوكيل يكونون مخولين واصحاب حق بالاحتجاج بأي اعفاء من المسؤولية يتمتع به رب العمل بالنسبة للخادم والاصيل بالنسبة للوكيل رغم انهم ليسوا اطرافاً بالعقد الذي ابرمه رب العمل او الذي ابرمه الاصيل . [٣١]

وتستند هذه النظرية في حكمها الى القرار الصادر من مجلس اللوردات البريطاني في قضية. Elder Dempster & co. v. paterson zochonic & co.

التي تتلخص وقائعها بان المدعي تعاقد مع المستأجر وهو بدوره تعاقد على إيجار سفينة من مالكها لغرض نقل صناديق من زيت الدهن المستخلص من النخيل الأفريقي لنقلها من غرب افريقيا الى منطقة الزهرة في افريقيا ايضا وان عقد النقل هذا تضمن بند يعفي المستأجر من المسؤولية عن سوء رص البضاعة وحقاً إن هذه الصناديق قد تضررت من جراء سوء الرص والتخزين مما دفع بالمدعي الى مقاضاة مالك السفينة المستأجرة الذي دفع امام المحكمة بشموله بشرط الاعفاء من المسؤولية العقدية المثبت في العقد ما بين المدعي والمستاجر قرر مجلس اللوردات بان مالك السفينة له حق الاحتجاج بهذا الشرط وهو يتمتع بالحماية استنادا الى شرط الاعفاء من المسؤولية على الرغم عدم وجود عقد واضح وصريح بين مالك السفينة والمدعي

وان الاسباب التي جعلت مجلس اللوردات يتبنى مثل هذا القرار هي ان المدعي عندما ائتمن صناديق الزيت لدى مالك السفينة فان هناك عقد حصل بين المدعي ومالك السفينة حصل بصورة ضمنية عن طريق سلوكهم وقد ادمجت شروط عقد النقل به بصورة ضمنية أيضاً هذا السبب الاول اما السبب الثاني ان الشركة قد تصرفت بهذا الشأن بعدها وكيلة عن مالك السفينة لغرض ابرام العقد بين مالك السفينة والمدعي اما السبب الثالث يكمن بمبدأ الاعفاء التابع (vicarious immunity) الذي يقضي بان الشخص الذي يعمل كوكيل عن الأصيل في تنفيذ العقد فانه يكون مخولاً بالاحتجاج بأي إعفاء من المسؤولية قد يتضمنه العقد الذي أبرمه الاصيل فبموجب هذا المبدأ إن مُلَّاك السفينة يتمتعون بالحماية القانونية والسبب انهم تصرفوا بوصفهم وكلاء للشركة في تنفيذ عقدها مع المدعي وهذا المبدأ لا ينسجم مع قاعدة خصوصية العقد في معناها الدقيق فمبدأ الإعفاء بالتبعية يمكن الوكيل من الاعتماد على شروط الإعفاء الواردة في العقد الذي هو ليس طرفاً فيه اصلاً ويستخدمها حجة في دفع المسؤولية.[٣٢]

ثالثا: نظرية العقد الانفرادي (unilateral contract):

تقوم هذه النظرية على فكرة مفادها ان شرط الاعفاء من المسؤولية الذي تتضمنه سندات الشحن بالنسبة لعقود النقل البحري ممكن الاعتماد عليها كحجة من الغير بوصفه مقاولاً للشحن والتفريغ وللمقاول الذي يعمل بصورة مستقلة عن الناقل يكون بإمكانه الاحتجاج بشرط الإعفاء من المسؤولية في حالة مقاضاتهم من المرسل اليه عن الاهمال والاضرار التي لحقت بالبضاعة أثناء التفريغ ويمثل أنصار هذه النظرية فكرتهم وحجتهم على ان السبب الذي يحتم ترتيب الاثر القانوني على بنود الاعفاء من المسؤولية بالنسبة للغير هو على اعتبار ان الشاحن بتصرفه مثَّل إيجابا لعقد انفرادي هذا الإيجاب يتوجه به الى مقاول الشحن والتفريغ لغرض تفريغ البضاعة على وفق الشروط المدمجة ومنها شرط الإعفاء هذا الإيجاب سيقابله قبول من مقاول الشحن والتفريغ وذلك بمباشرته بالعمل اي ان سند الشحن يكون في بداية وجوده عبارة عن تصرف انفرادي ولكنه سيكون قابلاً لان يصبح تصرفاً تبادلياً بين الشاحن ومقاول الشحن والتفريغ من خلال الناقل باعتباره وكيل ويصبح عقداً تاماً عندما مقاول الشحن والتفريغ ينفذ واجباته المتثملة بتفريغ البضاعة .[٣٣]

ويستند أنصار هذه النظرية في حجتهم هذه على القرار الصادر من مجلس الملك في قضية New Zealand shipping co ltd v. A m satterthwaite co ltd (1975) Ac 154.(1974) inzlr 505)[٣٤] ، التي تتلخص وقائعها بوجود ارسالية متمثلة بمكينة حفر كبيرة تسلمت على رصيف ميناء ايرندوم في ليفربول لغرض شحنها الى نيوزلاندا وبموجب سند الشحن الناقل طَلَبَ إعفائه من المسؤولية عن اي خسارة او ضرر او تاخير اياً كان نوعه وكذلك كل الاشخاص العاملين مع الناقل ومن ضمنهم المقاولون المستقلون الذي يعدّ بمثابة وكيل عنهم وتَمَثَّلَ هذا في سند شحن. الحمولة تضررت نتيجة اهمال المدعى عليه مقاول الشحن والتفريغ الذي يعمل لحساب الناقل لتفريغ الحمولة في نيوزلاندا وعندما اقام المدعي الدعوى ضد مقاول الشحن والتفريغ اعترض وتمسك بشرط الاعفاء المثبت في سند الشحن بوصفه حجة يدفع بها المسؤولية. قرر مجلس الملك ان مقاول الشحن والتفريغ وهو المدعى عليه مشمول بالحماية القانونية المتمثلة بشرط الإعفاء من المسؤولية وقد عبر (Lord Wiberforce) عن ذلك قائلا ان سند الشحن أنشأ بوجوده صفقة أولية ذات تصرف انفرادي ولكنه بامكانه ان يصبح تبادليا بين الشاحن ومقاول الشحن والتفريغ عن طريق الناقل بعده وكيلا وهذا سيصبح عقداً تاماً عندما المدعى عليه (مقاول الشحن والتفريغ) ينفذ خدماته بتفريغ البضاعة فتنفيذ هذه الخدمات لغرض افادة الشاحن هو المقابل عن هذا الاتفاق عن طريق الشاحن والذي مقاول الشحن والتفريغ سوف يستفيد من بنود الاعفاء التي يتضمنها سند الشحن.

رابعاً:- نظرية العقد الثنائي (bilateral contract):

إنَّ صاحب هذه النظرية هو القاضي الانكليزي (Lord Reid) وهذه النظرية على عكس النظرية التي سبقتها – نظرية العقد الانفرادي – فبموجب هذه النظرية ان الغير يتمتع

بالحماية القانونية الخاصة بشرط الاعفاء من المسؤولية العقدية من لحظة ابرام العقد بين المتعاقدين المتضمن شرط الاعفاء لا من لحظة ان يقوم الغير وهو مقاول الشحن والتفريغ على سبيل المثال باستلام البضاعة وتفريغها فلا يمكن والحالة هذه التسليم بان تصرف المتعاقدين في العقد المتضمن شرط الاعفاء من المسؤولية بمثابة ايجاب يوجه إلى الغير وهو مقاول الشحن والتفريغ مثلا الذي سيصبح عقدا متابدلاً وتاماً عندما يباشر مقاول الشحن والتفريغ بتصرفه بتفريغ البضاعة فهذا القول لم يعد مقبولا لدى (Lord Reid) فالعقد منذ انعقاده عقد تام ثنائي متبادل[٣٥] والجدير بالذكر ان (Lord Reid) قد وضع شروط معينة لإعمال هذه النظرية وهذه الشروط هي: [٣٦]

١- ان العقد ينبغي ان يوضح وبشكل صريح اتجاه نية اطراف العقد وارادتهم الى شمول الغير بالحماية القانونية النابعة من شرط الاعفاء من المسؤولية .
٢- ان العقد الرئيس يجب ان يدل على ان المتعاقد الاصلي قد تعاقد بوصفه وكيلا عن الغير إضافة الى انه تعاقد اصالة عن نفسه.
٣- ان المتعاقد الاصلي ينبغي ان يكون صاحب سلطة في التصرف بوصفه وكيلا عن الغير على الرغم من ان هذه الفرضية قابلة لانتاج الآثار القانونية وذلك في حالة قيام الغير بالمصادقة على تصرف المتعاقد الاصلي بعد ابرام العقد.
٤- ان الغير ينبغي عليه ان يقدم مقابلا لذلك كأن يتخذ شكل من اشكال الدفع او التنفيذ اذا هو اراد ان يتمتع بالحماية القانونية المنبثقة من شرط الاعفاء من المسؤولية.

واللافت للانتباه هنا ان نظرية (Lord Reid) قد صاغها بمناسبة النظر في قضية (Scruttons ltd v. Midland Silicones ltd (1962) Ac 446) [٣٧] التي تتلخص وقائعها ان هناك برميلاً من المواد الكيمياوية كان قد شحن من نيويورك الى المملكة المتحدة وعلى متن باخرة مملوكة لخط الولايات المتحدة البحري وارسل بناء على امر المدعي وفي اثناء التفريغ بواسطة المدعى عليه وهو مقاول الشحن والتفريغ البرميل تضرر مما دفع بالمدعي الى مقاضاة المدعى عليه وهو مقاول الشحن والتفريغ عن مبلغ تعويضي قدره ٥٩٣ باوند ، ان سند الشحن والذي بموجبه البرميل قد شحن تضمن بند يحدد مسؤولية مالك الباخرة باعتباره ناقلا بـ ٥٠٠ دولار فقط أي ما يعادل (١٧٩) باوند المدعى عليه تمسك بهذا البند وعدها حجة ودَفِعْ ضد المدعي، المحكمة قررت ان مقاول الشحن والتفريغ في هذه القضية لا يمكن له الاعتماد والاحتجاج على بند التحديد الوارد في سند الشحن لان هذا التحديد كان قد وجد في العقد الذي هو ليس طرفاً فيه ومن ثم لا يحق له ان يطالب بحق الحماية من بند التحديد الناشيء من عقد هو ليس طرف فيه أصلا بل هو يعد من الغير.

وتأسيساً على الحكم الوارد في القضية السابقة الذكر طرح (Lord Reid) نظريته فالغير لكي يكون مشمولا بالحماية القانونية التي يمنحها بند الاعفاء او التحديد لابد ان تتوافر الشروط الاربعة التي سبق ذكرها وفي حالة عدم تحققها لا يستطيع الغير الاعتماد والاحتجاج على بند الإعفاء.[٣٨]

خامسا: نظرية الأمانة (Trust):

وبموجب هذه النظرية ان الغير يكون مشمولا بالحماية القانونية المنبثقة من بند الإعفاء من المسؤولية العقدية والمثبت في عقد هو ليس طرفاً فيه وذلك اذا اصبح المدين بالعقد مؤتمناً لمصلحة الغير فيما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.[٣٩]

ولتوضيح هذه النظرية التي يفترض الفقه الانكليزي ان بند الإعفاء من المسؤولية العقدية الوارد في عقود نقل البضائع بحراً اذا كان مالك البضاعة قد اتفق مع الناقل لغرض نقلها وثبَّت الناقل بند يعفيه من المسؤولية فان هذا الناقل سيكون بمثابة مؤتمن نتيجة عقد الأمانة مع صاحب البضاعة تجاه الغير وهو الناقل من الباطن وهذا الائتمان من قبل الناقل الاول تجاه الغير يكون معقودا لمصلحة الغير بالإفادةِ من شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية.[٤٠]

ويذهب الفقه الانكليزي في بيان نظرية الامان (Trust) بما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وسريانه إلى غير المتعاقدين الى ضرورة ان تكون هناك ارادة لدى المتعاقدين الأصليين في العقد الرئيسي متجهة الى احداث وانشاء الامانة فالموعود له سوف يعد مؤتمناً عن الغير اذا اتجهت ارادته بشكل حتمي الى ترتيب الامانة وان هذه الارادة من السهل التثبت منها اذا استعمل المؤتمن مع المتعاقد الاخر في العقد الرئيسي كلمات وعبارات صريحة كالامانة ومؤتمن و...الخ من العبارات الواضحة. (٤١)

ولكن المشكلة تظهر وتطفوا على السطح في حالة عدم استعمال المتعاقدين العبارات الصريحة التي تدل على إنشاء عقد الامانة وجعل المدين بمثابة مؤتمن تجاه الغير بما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية وانصرافه له. فقد ذهبت المحاكم الانكليزية بعضها وليس جميعها إلى انه من الممكن استنتاج هذه الإرادة بصورة ضمنية واستنتاجية.(٤٢)

في حين ذهب البعض الآخر من المحاكم الانكليزية الى رفض هذا التوجه واشترط ان تكون هناك إرادة صريحة عن طريق استعمال الإلفاظ والعبارات الدالة على ترتيب الامانة وبخلافه لا يمكن قبول وجود ارادة ضمنية مستنتجة في هذا الصدد. (٤٣)

والحقيقة ان الاتجاه الثاني من توجه المحاكم الانكليزية في هذا الصدد هو الأكثر قبولا لدى الفقه الانكليزي فلا بد ان تكون هناك ارداة صريحة تتجه الى ترتيب واحداث عقد الأمانة.(٤٤)

والجدير بالاشارة هناك عوامل وثيقة الصلة بارادة المتعاقد المتجهة الى ترتيب عقد الامانة بما يتعلق بحقوق الغير المستفيد من بند الاعفاء وهذه العوامل هي ينبغي اولا ان تكون ارادة المدين قد قصدت فعلاً جعل الغير مستفيد من عقد الامانة فاذا تبين ان المدين لم يقصد من الوعد سوى إفادة نفسه فلا نكون هنا أمام (أمانة) وثانيا كقاعدة عامة ان قصد المدين بإفادة الغير ينبغي ان يكون قطعية لا رجوع فيها فاذا كان العقد الرئيس يخول المدين بموجب الشروط الواردة فيه حرمان الغير من هذه الفائدة المتثملة ببند الاعفاء عن طريق صلاحية المدين بتغيير المستفيد وتحويل الفائدة المنبثقة من بند الإعفاء إلى شخص آخر فلا نكون والحالة هذه أمام أمانة. وثالثا ينبغي ان تكون ارادة المدين المتجهة الى ترتيب الامانة لمصلحة الغير ناجزة وغير معلقة وان المدين على استعداد تام لتنفيذها . (٤٥)

وتأسيساً على ذلك انه في حالة توفر الامانة بحق المدين في العقد الرئيس تجاه الغير المستفيد من بند الاعفاء فان آثارها ستظهر بصورة مباشرة وتتمثل باثرين اثنين الاثر الاول ان الغير يكون له الحق بمقاضاة الواعد عن الزامه بما ورد في العقد فهو سينظم الى الموعود له ليصبح طرفا في الدعوى ضد الواعد اما الاثر الثاني ان الغير سيكون صاحب حق بالفائدة المنبثقة من العقد والتي تتمثل في هذه الحالة بسريان بند الإعفاء من المسؤولية له.(٤٦)

سادسا: نظرية تخفيف واجب المحافظة والعناية (reduce duty of care):

إنَّ صاحب هذه النظرية التي يطلق عليها تخفيف واجب المحافظة والعناية هو (Lord Roskil) وبموجب هذه النظرية يذهب (Lord Roskil) إلى افتراض ان عقد النقل البحري للبضائع والمبرم على سبيل المثال ما بين صاحب البضاعة (A) و الناقل (C) الذي تعاقد من الباطن مع الناقل (D) لغرض تنفيذ عقد نقل البضاعة فاذا تضمن العقد المبرم ما بين الناقل الأول (C) والناقل من الباطن (D) بند يعفي (D) عن مسؤوليته عن الاضرار التي تقع عند تنفيذ عقد النقل فان هذا البند سيخفف من واجب (D) وهو الناقل من الباطن في المحافظة والعناية اتجاه الغير (A) صاحب البضاعة فهو لا يعفي بشكل كلي بل يخفف عنه واجب العناية والمحافظة التي ينبغي على الشخص المعتاد أن يتخذها في تصرفاته لتحاشي إصابة الغير بالضرر. (٤٧)

وان هذه النظرية طرحها القاضي (Lord Roskil) بمناسبة قضيته (Junior books case) التي كانت تتعلق بعمل بناء تضمّن عقد مقاولة بين (A) و (B) وكان العمل قد عهد انجازه وتنفيذه الى مقاول من الباطن (C) الذي ابرم العقد مع (B) فالمقاول من الباطن (C) كان هو طرفا في العقد بينه وبين (B) ولكن ليس بطرف في العقد الرئيس ما بين (A)

و(B) حيث قرر في القضية بمسؤولية المقاول من الباطن (C) اتجاه رب العمل (A) عن مسؤوليته بالخطأ الشخصي عن تنفيذ عمل معين وانه ليس بامكانه الاعتماد والاحتجاج على بند الاعفاء المثبت في العقد الرئيس بين رب العمل والمقاول الاصلي ولكن القاضي (Lord Roskil) كانت له وجهة نظر مغايرة في القضية واقترح نظريته هذه وقال ان ما يتعلق ببند الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقد الرئيس قد خفف واجب العناية والمحافظة الملقى على عاتق المقاول من الباطن (C) ومن ثم فهو يمده بحجة غير مباشرة يتوجه بها ضد المطالبة القضائية بواسطة رب العمل (A) على اساس الخطأ الشخصي وقد تقرر ايضا هذا المبدأ من (Lord Roskil) في قضية (Aliakman) وذلك عام ١٩٨٦.[٤٨]

سابعا: نظرية الوديعة على وفق الشروط (Bailment on terms):

تعد هذه النظرية من النظريات التي استند اليها الفقه والقضاء الانكليزي في تبرير سريان شرط الإعفاء من المسؤولية في مواجهة الغير ومضمون هذه النظرية يوضحه الفقه الانكليزي بالمثال التوضيحي فلو ان مالك البضاعة (A) ابرم عقد نقل بضاعة مع ناقل بحري وهو (C) والذي اذن له بان يتعاقد من الباطن لغرض تنفيذ عقد نقل البضاعة بحرا وعلى اثر ذلك تعاقد الناقل الأول (C) مع ناقل من الباطن (D) وقد تضمن هذا العقد بند يعفي الناقل الثاني (D) من المسؤولية عن الاضرار الناشئة عن تنفيذ عقد النقل ففي هذه الحالة يعتبر مالك البضاعة (A) من الغير وقد وافق بشكل صريح او ضمني للناقل الاول (C) بعدِّه مودع لديه بالنسبة لبضاعته ان يبرم عقد وديعة من الباطن مع المودع لديه من الباطن (C) وان (A) قد رضا بهذا العقد وبشروطه ومن ضمنها بند الاعفاء المثبت في العقد ما بين المودع لديه الرئيسي والمودع لديه من الباطن وعليه لا يستطيع صاحب البضاعة (A) انكار بند الاعفاء من المسؤولية ومن ثم لا يحق له الرجوع على المودع لديه (D) عن الاضرار ، هذا من جانب واما من الجانب الآخر ان صاحب البضاعة (A) قد وافق بالعقد من الباطن (عقد الوديعة من الباطن) و وافق ايضاً بتحمل تبعة الهلاك والخسائر فلا يمكن له الادعاء بوجود مخالفة للالتزام ضد المودع لديه دون الرجوع الى شروط عقد الوديعة من الباطن ومن ضمن هذه الشروط بند الاعفاء فهو قد وافق بالعقد وشروطه و وافق بتحمل تبعة الخسائر والهلاك ومن ثم كمحصلة لا يمكن له انكار بند الاعفاء.[٤٩]

وان الأساس الذي تقوم عليه نظرية قبول الوديعة على وفق الشروط هو القرار القضائي الصادر في قضية.

Johnson Mathey v. Constantine Terminals (1976) [50]

التي تتلخص وقائعها ان المدعي (j. m) اودع ارسالية من النحاس لدي (n) الذي بدوره ابرم عقد وديعة من الباطن لبضاعة النحاس مع (ct) وان العقد الفعلي مع (ct) كان قد ابرم مع (i) والذي هو وسيط شحن ان المدعي (j. m) اقام الدعوى القضائية ضد المدعى عليه (ct) وقد اصدرت المحكمة قرارا بهذا الخصوص يقضي الى انه على الرغم من عدم وجود صلة عقدية وخصوصية عقدية بين المدعي (j. m) والمدعى عليه (ct) بيد ان المدعى عليه (ct) ممكن له الاحتجاج والاعتماد على بند الاعفاء الموجود في عقده مع وسيط الشحن (i) والسبب ان هذا سيلزم المدعي (j. m) بشروط عقد الوديعة مع (ct) ومن ضمن هذه الشروط بند الاعفاء الوارد في عقد الوديعة من الباطن فالمدعي قد وافق بالعقد وببنوده ومن ضمنها بند الاعفاء.

مع ملاحظة ان القضاء الانكليزي اخذ يتشدّد في تطبيق هذه النظرية بما يخص بنود الاعفاء تجاه الغير فالمحاكم الانكليزية اشترطت بهذا الخصوص وفي قرارات عديدة انه من الضروري لكي يكون الغير ملزما بشروط عقد الوديعة المبرم من الباطن بين المودع لديه الاصلي والمودع لديه من الباطن فان الغير او صاحب البضاعة ينبغي ان يحيط علما بالشروط التي على إثرها وضعت البضاعة بعقد وديعة من الباطن. [٥١]

المطلب الثاني
مناقشة وتقدير الاتجاه التقليدي

بعد أن بحثنا النظريات والحجج التي طرحها القضاء والفقه الانكليزي حول بيان الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير فان الامر يستوجب مناقشة وتقدير تلك النظريات الواحدة تلو الاخرى ليتبين لنا منها الصالح من الطالح واستكمالاً لمستلزمات البحث العلمي فان مناقشة هذه النظريات وتقديرها سوف تكون حيادية من جانبنا على الرغم من انها تدخل في اتجاه تقليدي البعض منها مضى عليه عشرات السنين لكن هذا الامر لا يُشَكّك في وجوده.

فلنبدأ اولا بالنظرية الاولى:- نظرية (بند هملايا) Himilya clause فهذه النظرية من محاسنها أنها حاولت إيجاد أساس قانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير ولكن الذي يعاب عليها ان الفقه وصفها بانها تقدم حلول مؤقتة للموضوع لمشاكل غاية في الصعوبة ولكن هي في الوقت نفسه تنشأ مشاكل لا حصر لها اكثر مما تقدِّمهُ من حلول بل ان الفقه نفسه الذي وصفها بانها مدعاة للمشاكل اكثر من الحلول وصفها ايضا بانها بدعة (Heterodoxy) لأنها ضرب من ضروب الافتراض القانوني. (٥٢)

والجدير بالذكر اننا من جانبنا نلاحظ على نظرية بند الهملايا انها لم تعالج الموضوع من كافة جوانبه بل عالجته من جانب ضيق واهملت الجوانب الاخرى فهذه النظرية ظهرت بمناسبة النظر في قضية (Adler v. Dickson) عام ١٩٥٤ والتي كان الحكم فيها يتضمن اعفاء كل من الخادم والوكيل التابعين للناقل البحري والذين نص عليهم الناقل البحري في تذكرة السفر ولم يشمل الربان وعريف الملاحين كونهم لم يكونوا اطراف في العقد والحقيقة ان الخادم والوكيل هما ايضا ليسوا اطرافاً في عقد النقل فما هو الأساس الذي استندت إليه المحكمة لتبرير شمول هؤلاء وعدم شمول الآخرين فالكل لم يكن طرفا في العقد وهذا يدل على ان المحكمة قد نظرت الى الموضوع من جانب وأهملته من الجوانب الاخرى.

اما النظرية الثانية وهي نظرية الاعفاء بالتبعية (vicarious immunity) هذه النظرية من محاسنها انها اعطت تبرير لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية الى الغير ولكن هذا التبرير كان يميل الى الافتراض القانوني اكثر منه الى الواقع فهذه النظرية ظهرت بمناسبة قضية. (Elder Dempster & co. v. paterson zochonic & co.)

التي كان الحكم فيها مبنيا ومصوغا في اكثريته على الافتراض وهذا لا يستقيم مع ايجاد اساس قانوني صحيح مبني على افكار قانونية ملموسة خالية من الافتراض وهذا ما دفع المحاكم الانكليزية وكذلك المحاكم الموجودة في دول القانون العام الأخرى العدول عن هذه النظرية بشكل ملفت للنظر. (٥٣)

ومن جانبنا اننا نرى في هذه النظرية المبالغة بجعل الغير بمركز المستفيد من شرط الإعفاء من المسؤولية على أساس وجود علاقة تبعية قائمة على افتراض عقد ضمني ما بين المتعاقد والغير وبموجب هذا العقد الضمني أدمجت شروط العقد ومن ضمنها بند الإعفاء بهذا العقد الضمني فكيف يمكن لنا تصور الإعفاء التابع بدون ان توجد علاقة تبعية حقيقية فعلية بين المتعاقد والغير فالغرم بالغنم وهو ما لا يوجد اصلا في الحالة هذه.

أما النظرية الثالثة فهي نظرية العقد الانفرادي (unilateral contract) فقد كانت أكثر النظريات انتقادا من الفقه الانكليزي وذلك لأسباب عديدة منها ان هذه النظرية تفترض ان الغير عند قبوله للايجاب الموجه له من قبل المدين بالعقد الرئيس سوف يلتزم وينعقد العقد وهذه مصادرة على المطلوب كيف ان الغير يقبل ايجاب صادر دون ان يعلم به فهو لا يقبل الايجاب لغاية وقت تسلمه البضاعة وهذا ما يعبر عن تناقض للمبادىء المنصوص عليها في قانون العقد الانكليزي التي تشترط علم المتعاقد بالإيجاب.(٥٤)

أما السبب الثاني فان هذه النظرية تجعل موقف الغير قلقاً وغير مستقر من الناحية القانونية فقد يصدر الإيجاب من قبل المتعاقد في العقد الرئيس لغاية ان يقوم الغير بتسلم البضاعة

ومباشرته لأعماله فان المتعاقد بالعقد الرئيس قد يتصل به ويخبره انه يرجع عن ايجابه مما يؤدي الى سقوط الايجاب وعدم انتاجه لاي اثر.[٥٥]
اما السبب الثالث ان هذه النظرية ظهرت بمناسبة قضية . .
New Zealand shipping co. ltd. v. A.M satterth waite co. ltd. (1974) Ac 154. (1974) l nzlr 505)
لو تفحصنا وقائع هذه القضية جيدا سوف لن نجد ابدا ما يدل على وجود ايجاب بل الملموس من الوقائع الموجودة هو التعبير عن الرغبة في العقد على وفق الشروط التي تتوافق مع الارادةِ والنية التي ستصبح ملزمة في حال حصول القبول عليها فلم تشير المحكمة ولا وقائع القضية إلى وجود إيجاب فهو مجرد افتراض لا وجود له بُنيَت عليه نتائج قانونية منتقدة.[٥٦]
أما النظرية الرابعة فهي نظرية العقد الثنائي (bilateral contract) فهذه النظرية وجدت على أنقاض النظرية السابقة فبعد الانتقاد الذي وجه الى نظرية العقد الانفرادي طرح (Lord Reid) نظرية العقد الثنائي ولكن هذه النظرية لم تختلف عن سابقتها فهي الاخرى قائمة على الافتراض القانوني اذا افترض (Lord Reid) وجود عقد ثنائي تمثل بالوكالة وهذا افتراض، ثم ان اصحاب هذه النظرية اصطدموا بشرط المقابل في هذا العقد المفترض فالقانون الانكليزي يشترط في العقد المقابل فما هو المقابل الذي يلتزم الغير بتقديمه او باعطائه لكي يكون مقابل فائدة الغير من شرط الاعفاء من المسؤولية.[٥٧]
أما النظرية الخامسة وهي نظرية الأمانة (Trust) فهذه النظرية تقوم على مبدأ يعد من المبادىء الاساسية في النظام القانوني الانكليزي والتي دأب الفقه والقضاء الانكليزي على توسيع هذا المبدأ القانوني على صعيد مواضيع شتى في العقد وغيره في النظام القانوني الانكليزي.[٥٨]
لكن الذي يعاب على هذه النظرية أنها لا يمكن ان تطبق على شرط الإعفاء من المسؤولية وسريانه بحق الغير وذلك لان فكرة او نظرية الأمانة في القانون الانكليزي هي ذات مجال ضيق في التطبيق فهي لا تطبق الا على نوعين من التصرفات ، التصرف الأول إذا كان الوعد يتعلق بدفع مبلغ من النقود والثاني اذا كان التصرف يتعلق بنقل ملكية.[٥٩]
أما غير هذين التصرفين فلا تطبق نظرية الأمانة ومن ضمنها حالة سريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير .[٦٠]
اما النظرية السادسة فهي نظرية تخفيف واجب المحافظة والعناية (Reduce Duty of care) فهذه النظرية ليست واسعة الانتشار في القانون الانكليزي بل تعد من النظريات المحدودة الذكر وان السبب الذي يجعلها محدودة وضيّقة لدى الفقه الانكليزي مرده تصدي مجلس اللوردات الانكليزي للقضايا التي حصلت لتبرير هذه النظرية بالرفض والنقض مما يجعلها لا تستند على أسس قانونية متينة .[٦١]
أما النظرية السابعة فهي نظرية الوديعة على وفق الشروط (bailment on terms) فقد شكك الفقه الانكليزي فيها كثيراً وعلى وجه الخصوص الفقية David A. Glass الذي وصفها بأنها تتعارض مع ما معمول به في المملكة المتحدة العظمى فلكي يعمل بهذه النظرية فلا بد من ان يكون العقد خاضعا إلى شروط عقد نقل البضائع الانكليزي R.H.A لعام ١٩٨٢ وان الغير الذي سيسري عليه شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أن يكون خاضعاً أيضا إلى الشروط نفسها المنصوص عليها في قانون عقد نقل البضائع الانكليزي لعام ١٩٨٢.[٦٢]

المبحث الثاني

الاتجاه الحديث في تحديد الأساس القانوني
لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير في القانون الانكليزي

تمهيد وتقسيم :-

إن في الوقت الحاضر يوجد اتجاه حديث يرمي إلى تأصيل سريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير وان هذا التأصيل واجه تفاوتاً من المحاكم بين مرحب به ومتردد عنه وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث الذي سنقوم بتقسيمه على ثلاثة مطالب وهي:-

المطلب الأول :- مضمون الاتجاه الحديث.

المطلب الثاني : مناقشة الاتجاه الحديث وتقديره.

المطلب الثالث :- وجهتنا في المسالة.

المطلب الاول
مضمون الاتجاه الحديث

يتجسد مضمون الاتجاه الحديث بالقرارات القضائية الصادرة في قضيتين معروفتين بشكل واسع هما القضية الأولى :-

(London Drugs v. kuehue & nagell nvesiments 1999)

والقضية الثانية هي:-

(Fraser River pile & Dredge v. can. Dive services ltd. 1999)

والتي سنقوم بيان وقائع كل منهما وتثبيت الأحكام الصادرة فيهما بشيء من التفصيل وعلى الشكل الآتي :-

اولا :- قضية :- (London Drugs v. kuehue & nagell nvesiments 1999)[٦٣]

إن وقائع هذه القضية تتلخص ان شركة (London Drugs) قد قامت بعملية شراء ٧٥٠٠ محولة كهرباء جديدة وعملت على ترتيب وضعها في مخازن مع شركة (Kuehne & nagel international ltd. (kni) a warehouse company) وان المتعاقدين استعملوا في إبرام العقد صيغ العقود النموذجية المعدة من قبل (knis) والتي تضمنت بند تحديد المسؤولية الذي يقرأ على الشكل الآتي (المسؤولية الفقرة ١١ (A) مسؤولية حارس المخزن في حالة عدم وجود نص مكتوب تكون ما يتطلبه القانون من عناية معقولة وجهد معقول (b) مسؤولية حارس المخزن تتحدد على اساس اي حزمة بـ ٤٠ دولاراً ما لم يكون الحائز قد اعلن وعبر بشكل مكتوب ان القيمة تتعدى ٤٠ دولاراً وانه سيدفع التكلفة الإضافية المخصصة لتغطية مسؤولية الخزن)

ان المدعي (London Drugs) كان مدركا لهذا البند بشكل كبير ولكنه لم يحصل على ضمان إضافي لما يزيد عن قيمة الحزم الزائدة مما تكفل بقيمتها كلياً. وعند محاولة نقل هذه المحولات الكهربائية على ظهر المركبات (الشاحنات) لغرض اعادة تسليمها الى شركة (London Drugs) فان اثنين من عمال (knis) وإهمالا منهم تسببوا بأضرار لهذه المحولات تقدر ٣٣،٩٥٥،٤١ دولاراً ، شركة (London Drugs) باشرت باقامة الدعوى القضائية ضد شركة knis وعمالها الاثنين لمطالبتهم بالتعويض عن الاخلال بالعقد والاهمال واثناء المحاكمة ان العمال وجدوا انفسهم انهم يتحملون المسؤولية الشخصية عن كامل مبلغ التعويض ولكن بما ان مسؤولية شركة (knis) كانت محددة بـ ٤٠ دولار وانسجاما مع بند الإعفاء والتحديد هذا فان محكمة استئناف كولومبيا البريطانية (the British Columbia court of Appeal) قللت وخففت من مسؤولية العمال بمبلغ ٤٠ دولار وذلك استنادا اما عن طريق تضمين هذا الشرط بند الاعفاء من المسؤولية وامداده ليشمل التحديد عمال شركة (knis) وعن طريق

تطبيقه كاستثناء على مبدأ خصوصية العقد وهو الوكالة . أو بواسطة الأخذ بالحسبان اصل الرابطة العقدية بين (knis) و (London Drugs) متضمنة بند الاعفاء لغرض شمول العمال بقدر ما يتعلق الامر بواجب العناية وضمان مسؤوليتهم بحدود مبلغ ٤٠ دولار.

ان المدعي شركة (London Drugs) استأنفت هذا القرار والمدعى عليهم العمال اقاموا استئناف مقابل محتجين بهذا الاستئناف المقابل بانهم ينبغي اعفائهم تماما من المسؤولية.

ان الموضوعين الأساسيين المنبثقين من هذه القضية هما (أ) البحث فيما إذا كان العمال ملتزمين تجاه شركة (London Drugs) بواجب العناية والمحافظة وفي حالة اهمالهم تؤسس مسؤوليتهم على هذا الواجب (ب) البحث فيما اذا كان بامكان العمال الحصول على الفائدة المنبثقة من بند الاعفاء من المسؤولية.

ان الموضوع الثاني هو الذي يتعلق ببحثنا والذي غالبية قضاة محكمة الاستئناف قرروا ان بند الاعفاء من المسؤولية في هذه القضية يطبق على العمال واستندوا الى اسباب تختلف كلياً عن تلك الاسباب التي نطقت بها محكمة استئناف كولومبيا البريطانية فبدلاً منها المحكمة لاحظت ان مبدأ خصوصية العقد ينبغي ان لا تقف في طريق الواقعية التجارية والعدل ونطقت باستثناء جديد حول خصوصية العقد حيث قالت المحكمة (وفي النهاية ان السؤال الضيق امامها هذه المحكمة يكون في اي الظروف يكون العمال مخولين بالافادة من بند تحديد المسؤولية الموجود في العقد المبرم بين رب العمل والمدعي ؟ فالذي يجب ان يبقى عالقا في الاذهان ان التعليقات حول هذا الموضوع وضعت مبكرا وان ظروف هذا الاستئناف تملي وجة نظر مفادها ان العمال بامكانهم ان يحصلوا على الفائدة المنبثقة من بند الاعفاء من المسؤولية اذا توفرت وتحققت الشروط الآتية :-

١- إن بند تحديد المسؤولية يجب ان يكون أما بشكل صريح او ضمني قصد به شمول العمال بهذا البند والذين هم يطلبون الاعتماد عليه.
٢- ان العمال الراغبين بالاستفادة من بند تحديد المسؤولية يجب عليهم عمل ذلك في سباق عملهم وان عليهم تنفيذ كل الخدمات المتاحة في العقد الذي هو بين رب عملهم والمدعي عند حصول الضرر والخسارة واستنادا لهذه الحقائق فان اغلبية قضاة المحكمة وجدوا من ان العمال قد طبقوا هذه الشروط السابقة لغرض تطبيق بند الاعفاء من المسؤولية عليهم فاستنادا الى اللغة الموجودة في صيغة عقد الايداع والخزن انها قصد بها واريد منها تطبيق بند الاعفاء على عمال شركة (kni's) وان العمال كانوا قد تصرفوا في سياق علمهم ونفذوا كل الخدمات المتعاقد لأجلها بموجب صيغة العقد النموذجي للتخزين .

وقد عبر اللورد (Iacobucci) عن ذلك بشكل صريح في هذه القضية إذ قال: [٦٤] (حسب وجهة نظري ان المدعى عليهم كانوا هم من الغير المستفيدين من بند تحديد المسؤولية الموجود في عقد التخزين بين أرباب عملهم والمدعي وان وجهة نظري حول الظروف المتعلقة بهذه القضية ان العمال بإمكانهم الافادة بشكل مباشر من بند الاعفاء على الرغم من انهم لم يوقعوا على العقد كطرف فيه واني ادرك ان مثل هذا الاعفاء يتعارض مع مبدأ خصوصية العقد في معناه الضيق ولهذه الاسباب المستنتجة فاني اعتقد ان المحكمة قد قدمت الفرضية الفعلية المناسبة التي تتضمن اعادة تقدير نطاق تطبيق قاعدة خصوصية العقد وان هذا المبدأ المطبق في القضية هو يعد بمثابة استثناء جديد على مبدأ خصوصية العقد وهذا الاستثناء الجديد مبني على الحقائق التجارية التي تتطلب إيجاده.

ثانيا : قضية [٦٥] (Fraser River pile & Dredge v. can. Dive services (ltd

ان وقائع هذه القضية تتلخص ان شركة (Can-Dive services ltd) استأجرت مركباً كبيرا لنقل البضائع من المدعى عليه

(Fraser River pile & Dredge ltd. Fraser River) والذي تعرض إلى الغرق بعد ذلك وثيقة التامين الخاصة بـ (Fraser River) كانت تتضمن ببند يقضي بإمداد تغطية التامين إلى المؤمن لهم الإضافيين ومن ضمنهم المستأجرين كما هو الأمر بالنسبةِ لـ can-Dive وكذلك تضمنت وثيقة التامين بنداً يقضي بالتنازل لغرض الحلول حيث جاء على الشكل الآتي : (بند الحلول والتنازل للحلول) انه في حالة اي دفع بموجب هذه الوثيقة فان المؤمن سيحل بكل حقوق المؤمن له بالتعويض ولذلك ان على المؤمن له تقديم كل الوثائق المطلوبة لذلك وان عليه ايضا عمل اي شي يعد ضروري لغرض ضمان هذه الحقوق ولكن وبالاتفاق حصل على ان المؤمن يتنازل عن اي حق في الحلول بمواجهة (B) اي مستاجر او مشغل او مرتهن).

ان شركة التأمين دفعت إلى (Fraser River) 1,128,365,57 دولاراً وهو المبلغ المثبت والمشروط في وثيقة التأمين عن خسارة الزورق (Fraser River) بعد ذلك ابرم اتفاق إضافي مع شركة التامين يتضمن حق الشركة في اقامة دعوى الاهمال ضد (can-Dive) ويتنازل لها عن اي حق استنادا لبند التنازل للحلول وتاسيسا عليه فان شركة التامين أقامت الدعوى القضائية لمقاضاة (Can-Dive).

وبعد اطلاع المحكمة على وقائع القضية حكمت بمسؤولية (Can-Dive) عن مبلغ ٩٤٩،٥٠٣ دولاراً هذا القرار تعرض الى النقض من محكمة استئناف كولومبيا البريطانية ، النزاع بعد ذلك وصل امام المحكمة العليا الكندية وان النقطة الرئيسية التي ركزت عليهما المحكمة بهذا الخصوص هي البحث فيما اذا (Can-Dive) يعد من الغير المستفيد الذي يمكن له الاعتماد على بند التنازل لغرض الحلول الذي يعد بالنسبة له حجة ودفع ضد دعوى الحلول وما يمثله هذا الدفع من استثناء مبدئي على قاعدة خصوصية العقد .

ان المحكمة العليا الكندية أعادت صياغة الاستثناء المثبت في قضية (London Drugs) وعلى الشكل الآتي .[٦٦]

(ان الاستثناء الجديد لقاعدة خصوصية العقد الذي يتعلق لظروف هذا الاستئناف ان المعتبر هو يجب التاكيد على قضية (London Drugs) الذي هو استثناء جديد وأولا وقبل كل شيء ينبغي الاعتماد على إرادة المتعاقدين التعاقدية واستنادا الى ذلك فانها يمكن تقديرها استقرائيا او استدلالياً من الشروط الخاصة الموضحة في قضية (London Drugs) والتي وضعت قاعدتين اساسيتين ذات تطبيق جمعي هما (أ) هل المتعاقدين في العقد أرادا إمداد فائدة بند الإعفاء من المسؤولية إلى الغير الذي يريد الاعتماد عليها كنص تعاقدي؟ (ب) هل الاداءات العقدية قد نفذت من قبل الغير الذي يروم الاعتماد على النص التعاقدي وان كل الاداءات المتصورة في العقد قد نفذت من قبل الغير) .

وعندما طبقت المحكمة التحليل السابق وجدت ان اطراف عقد التامين قد قصدا سريان وإمداد فائدة بند التنازل لغرض الحلول لـ (Can-Dive) وانها كانت تتضمن (الوثيقة) ذكر صريح الى المستاجر والمحكمة استمرت في بيان حججها حول هذا القرار رافضة حجة (Fraser River) المتضمنة ابرام اتفاق إضافي مع المؤمن لملاحقة (Can-Dive) بدعوى قضائية على أساس الإهمال لاحظت المحكمة انها خالية من اي اثر قانوني من شأنه ان يحرم الغير من الفائدة المنبثقة من عقد التامين وذلك لأنه كونه اتفاق اضافي كان قد ابرم بعد نشوء الحق الأولي والابتدائي لـ (Can-Dive) بموجب العقد وانه قد تبلور بصورة فائدة حقيقية بصيغة دفع وحجة ضد دعوى الاهمال المقامة من قبل مؤمن (Fraser River) وعندما حقوق (Can-Dive) تبلورت في العقد فانهم أصبحوا طرفا لعقد ابتدائي لأجل غرض محدد مفاده الاتكال على بند التنازل للحلول ولذلك فان (Fraser River) لا يكون باستطاعته وعلى نحو انفرادي إلغاء حقوق (Can-Dive) والسبب انها قد تطورت وتبلورت في فائدة حقيقية ولا يمكن التصرف بها بدون وجود اتفاق يلم جميع الاطراف ومن ضمنهم (Can-Dive) كذلك ان المحكمة لاحظت ان القاعدة الثانية التي اشارت لها المحكمة في قضية

(London Drugs) متحققة ونتيجة لتحقق القاعدتين المنصوص عليهما في قضية (London Drugs) فان (Can-Dive) بإمكانه الاستفادة من بند التنازل لغرض الحلول .

المطلب الثاني
مناقشة الاتجاه الحديث وتقديره

إن الاتجاه الحديث الذي سبق بيانه في المطلب الأول من هذا المبحث والذي تمثل بالقضيتين التين تم توضيحهما تعرض الى انتقاد كبير من قبل الفقه في القانون الانكلو سكسوني وذلك نتيجة لعدم وضوحه. (٦٧)

فالبعض من الفقه ذهب إلى تأكيد الاتجاه الحديث في بيان الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هو واسع جدا وان الصيغة الواسعة ستؤدي به إلى ان يبلغ درجة إلغاء مبدأ خصوصية العقد بشكل كلي . (٦٨)

في حين ذهب آخرون الى ان الاتجاه الحديث سوف يلغي المبدأ الذي يتعلق ببنود الاعفاء فقط اي بمعنى آخر ان الاتجاه الحديث لا يلغي قاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي بشكل كلي بل سيلغي قاعدة خصوصية العقد فيما يتعلق ببند الاعفاء من المسؤولية العقدية فقط . (٦٩)

والحقيقة ان القرارات الصادرة من المحكمة العليا الكندية بخصوص القضيتين التي سبق الاشارة لهما في المطلب الاول من هذا المبحث قد انطوت على غموض وذلك بسبب عدم تحديد ما اذا كان الغير (المستفيد) مخولاً وصاحب حق في رد ومقاومة المطالبة القضائية المقامة ضده بما يتعلق بالتحديد اي ما يتعلق ببنود الاعفاء او التنازل المتضمن في العقد الذي ليس طرفا فيه . (٧٠)

وتأسيساً على هذه النقطة حدث الخلاف ففي قضية (London Drugs) فسر الأمر على ان العمال الذي هم من الغير لهم الحق باستعمال بنود تحديد المسؤولية المثبت في العقد مع رب عملهم وذلك باعتباره كحماية لهم في الدعوى المقامة ضدهم اي ان بند تحديد المسؤولية في هذه القضية فسر على انه مجرد دفع وحماية ليس الا . (٧١) والأمر نفسه فسر في القضية الثانية (Fraser River) حيث تم التاكيد من قبل الفقه في هذه القضية الثانية على ان بند الإعفاء والتنازل المثبتين في العقد ما هما الا وسيلة حماية تأخذ شكل دفع ضد الدعوى القضائية التي يبادرها بها احد طرفي العقد ضد الغير الذي له امكانية الدفع تجاهها عن طريق بند الاعفاء كوسيلة من وسائل الحماية والدفع . (٧٢)

ومن كل ما تقدم يتضح ان هناك تفاوتاً واضح في الآثار المترتبة على الاحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا في كندا والذي ألقى بضلاله من حيث التفسير على المحاكم الأدنى درجة في كندا فالبعض من قرارات هذه المحاكم فسرت الاتجاه الحديث الذي جاءت به المحكمة العليا في كندا تفسيراً ضيقاً جداً فالغير بموجب هذه القرارات لا تكون له اي سلطة بمقاضاة المتعاقدين بالعقد الذي هو ليس طرفاً فيه بل كل ما في الامر ان الغير سوف يستفاد من بند الإعفاء كوسيلة دفع ضد الدعوى القضائية المقامة ضده وليس له حق ان يقاضي أطراف العقد الاصليين فهو ليس صاحب سلطة . (٧٣)

في حين ذهبت محاكم اخرى في قراراتها الى تفسير اتجاه المحكمة العليا في كندا تفسيرا مغايرا عن السابق فاكدت هذه المحاكم على ان بند الاعفاء من المسؤولية العقدية المثبت في العقد الرئيس سيخول الغير المستفيد من هذا البند الحق القانوني والسلطة بمقاضاة اطراف العقد وليس الاعتماد عليه كوسيلة دفع فقط . (٧٤)

وعلى ايَّ حال يبدو ان الاتجاه القضائي حول الاتجاه الحديث في بيان الاساس القانوني لسريان بند الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير من المحكمة العليا في كندا شاهدت اختلاف واضح من قبل المحاكم فهل المقصود من توجه المحكمة العليا الكندية منح الغير حق وسلطة في التقاضي ام ان الغير ليس له اي حق بالتقاضي بل يكون له حق الدفع فقط في الدعوى التي تقام

ضده وبالاستناد إلى بند الإعفاء من المسؤولية العقدية يستطيع التمتع بالحماية القانونية عن طريق ابداء الدفع والذي نراه شخصيا من هذا التباين والتفاوت بين قرارات المحاكم انه يعتمد بالدرجة الاولى على وسيلة التفسير المستخرجة من قبل المحكمة فيما يتعلق بالقرارات الصادرة في قضية (London Drugs) وقضية (Fraser River) فاذا كانت المحكمة قد اعتمدت في تفسير القرارات الصادرة في القضيتين المشار لهما اعلاه التفسير الضيق فانها سوف تجعل الغير ليس بصاحب سلطة بمقاضاة اطراف العقد الرئيس بل له الحق في ممارسة الدفع اذا اقيمت الدعوى القضائية ضده من قبل احد اطراف العقد الرئيس استنادا الى بند الاعفاء اما اذا فسرت المحكمة الاحكام الصادرة في القضيتين السابقة الاشارة لهما تفسيرا واسعا فانها سوف تجعل الغير صاحب سلطة وحق في تقاضي أطراف العقد الرئيس وليس مجرد دفع يمارسه الغير لترتيب الحماية ضد الدعوى المقامة ضده .

ولعل من نافلة القول الاشارة الى ان المحاكم تطبق الشروط التي وضعتها المحكمة العليا في كندا بخصوص تمسك الغير بشرط الاعفاء من المسؤولية العقدية المثبت في العقد الرئيس الذي ليس طرفا فيه فعند توفر الشروط به حق الافادة من بند الاعفاء وفي حالة عدم تحققها ليس له حق الافادة فعلى سبيل المثال انه في قضية
(Parwinn Developments ltd. v. 375069 Alderta ltd) [٧٥]

اذ ان محكمة مصطبة الملك التي نظرت في هذه القضية وجدت فيها ان المدعي لا يمكن ان تؤهله الوقائع ليكون بمنزلة الغير المستفيد كما فسرته المحكمة العليا في كندا في قضية (Fraser River) وذلك لعدم وجود دليل مقنع من ان المتعاقدين قد قصدا بعقد الشراء امداد وسريان الفائدة المتولدة من العمولة لغرض ترتيب عقد الشراء للمدعي .

وفي قضية اخرى [٧٦] (Fenrich v. wawanesa Mutual insurance co.)

وفي هذه القضية التي نظرتها ايضا محكمة مصطبة الملك التي اصدرت فيها قرار صدّق استئنافا عن طريق محكمة الاستئناف التي وجدت ان الشروط التي اشترطتها المحكمة العليا في قضية (Fraser River) متحققة وتسمح للغير المستفيد في ان يقاضي اطراف عقد التامين ما لم يكون العقد نفسه قد اشار وبشكل صريح ان اطراف العقد الرئيس هم وحدهم لهم الحق بالتقاضي فيه .

وتأسيساً على ما سبق يبدو لنا ان الاتجاه الحديث ومن خلال العرض السابق محل خلاف بين المحاكم والفقه وهذا الخلاف سيجعله ذات قبول ليس شامل بل نسبي متفاوت من حالة الى اخرى مما يستلزم الامر البحث عن اساس ناصف لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير لكي يلقى قبولا اكثر وهذا ما سنوضحه في المطلب القادم .

المطلب الثالث
وجهتنا في المسالة

بعد أن تبين لنا في المباحث السابقة مدى الخلاف الدائر حول الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير ولاحظنا مدى الانتقاد الموجهة إلى الاتجاه التقليدي في ذلك التكييف ومدى الاختلاف الحاصل في الاتجاه الحديث بصدد هذا التكييف مما تستلزم مقتضيات البحث العلمي علينا ضرورة البحث وإيجاد أساس قانوني جديد يختلف عن سابقه الذي تعرض إلى الانتقادات .

في البداية لابد من التأكيد أن القوانين التي تتبع نظم القانون المدني تختلف بشكل جذري عن القانون الانكليزي فيما يتعلق بالاعتراف بالغير المستفيد فالقوانين التي تتبع نظم القانون المدني اعترفت للغير بالحق في ان يكون مستفيدا من عقد هو ليس طرفا فيه وذلك عن طريق ما يعرف بقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فالقانون المدني العراقي اقر ذلك في المادة ١٥٢ والقانون المدني الفرنسي في المادة ١١٢١ والقانون المدني الايطالي في المادة ١١٤١ والقانون المدني الاسباني في المادة ١٢٥٧ والقانون المدني البرتغالي في المادة ٤٤٣ والقانون المدني

الألماني في المادة ٣٢٨ ومبادىء القانون المدني النمساوي في المادة ٨٨١ والقانون المدني الهولندي في الباب السادس المادة ٢٥٣ والقانون المدني اليوناني في المادة ٤١١ والقانون المدني المصري في المادة ١٥٤ و١٥٥ و١٥٦ فهذه القوانين جميعا تؤكد على قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير التي تجيز للغير ان يستفيد من عقد هو ليس طرفاً فيه اذا اشترط له في العقد فائدة من اطراف العقد. وهي القاعدة التي لم يعترف بها القانون الانكليزي حيث يتمسك هذا القانون بقاعدة خصوصية العقد.

(privity of contract) والتي تحرم وتمنع الغير من ان يكون مستفيدا من عقد هو ليس طرفاً فيه فالسؤال المطروح هنا هل من الممكن الاعتماد على قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في القوانين المدنية لإعطاء الأساس القانوني لسريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى الغير في القانون الانكليزي رغم عدم اعترافه بقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير؟

إن الإجابة على هذا السؤال سوف تكون بالنفي فمن المعروف في القوانين المدنية ان الاشتراط لمصلحة الغير لكي يتحقق لا بد من ان تتوافر اربعة شروط هي :-

١- يجب ان يكون الاشتراط حاصلا في عقد صحيح .[٧٧]
٢- يجب ان تكون للمشترط مصلحة مالية او غير مالية في تنفيذ الالتزام لاجل افادة الغير المستفيد .[٧٨]
٣- ان الغير المستفيد من الاشتراك يجب ان يكون معينا او قابلا للتعيين وان يكون موجودا عند قيام الواعد بتنفيذ التزامه تجاهه.[٧٩]
٤- يجب على الغير المستفيد من الاشتراط ان يعلن رغبته في قبول ذلك الاشتراط سواء كان اعلان رغبته في قبول الاشتراط اتجاه المشترط حصل ام تجاه الواعد.[٨٠]

فإذا دققنا وتفحصنا جيدا الشروط السابقة للاشتراط لمصلحة الغير فانها سوف تظهر بجلاء عدم انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير وذلك للأسباب التي سنبينها أدناه:

أولاً: ان شرط الإعفاء من المسؤولية لا يقرر للغير حقاً مباشراً فالمعروف في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ان المنتفع سوف يتلقى حقا مباشرا من العقد وانه سوف يصبح دائناً تجاه الواعد في عقد الاشتراط وباستطاعته الزام المتعهد بتنفيذ الالتزام ويكون باستطاعته مقاضاته بدعوى مباشرة.[٨١]

فاذا طبقنا هذه الافكار على سريان شرط الاعفاء للغير سوف نلاحظ ان جميع هذه المصطلحات التي يكتسبها المستفيد من الاشتراط وهي انه سيصبح دائنا وان له حق طلب تنفيذ الالتزام هي جميعها غريبة ولا تطبق في حالة شرط الإعفاء من المسؤولية وسريانه للغير فشرط الإعفاء بالنسبة للغير لا يعدو ان يكون مجرد مانع من تنفيذ الالتزام وعليه فان قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ومبدأ سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير غير متطابقان من حيث المفهوم والاصطلاح فالاول يقرر حق مباشر للغير والثاني هو مجرد مانع من تنفيذ الالتزام.[٨٢]

ثانيا : إن قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تؤدي إلى انشاء الحقوق لا إلى إلغائها. ان من المبادىء الرئيسة في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ان الاشتراط يؤدي الى انشاء حق للغير المستفيد فالمادة ١٥٢ فقرة ٢ من القانون المدني العراقي على سبيل المثال تنص (ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقاً مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفاءه . . .)

فاستنادا لهذا النص ان قاعدة الاشتراط تؤدي الى انشاء حقوق فقط في حين ان سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير لا يؤدي الى انشاء حق بل على العكس سيؤدي الى الغاء المطالبة القضائية المقامة ضد الغير استنادا الى شرط الاعفاء فالوظيفة التي يقوم بها هذا الشرط هو الغاء حق المطالبة . .[٨٣] هذا من جانب واما من الجانب الآخر فان اساس كل واحد يختلف عن الاساس القانوني الذي يقوم عليه الآخر فبالنسبة الى الاشتراط لمصلحة الغير نجد أساسه في الطبيعة العقدية المتحققة ما بين المشترط والمتعهد في حين ان سريان شرط

الإعفاء من المسؤولية إلى الغير لا يستند على الطبيعة العقدية بل على مبدأ المسؤولية وقانونها مما يستنتج من ذلك ان الاثنين احدهما يبعد عن الآخر ولا يمكن وضعهما في قدم المساواة . [٨٤]
.

ثالثا : ان الاشتراط لمصلحة الغير يمنح المستفيد حق التقاضي لا مجرد دفع فقط. ان الاشتراط لمصلحة الغير واستنادا الى نص المادة ١٥٢ فقرة ٢ التي نصت على (يستطيع ان يطالبه بوفاءه ما لم يتفق على خلاف ذلك). فالمستنتج من هذا النص ان الاشتراط لمصلحة الغير يعطي المستفيد حق بمقاضاة المتعهد لمطالبته في تنفيذ ما اشترط له في حين ان سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير لا يعطي الغير حق مقاضاة أطراف العقد الرئيس بل يعطيه فقط الحماية القانونية المتمثلة بالدفع ضد الدعوى المقامة ضده . .[٨٥]

رابعا : ان قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير لا تقتضي ان يكون الغير موجود ومعين وقت التعاقد بل يصح الاشتراط اذا كان الغير يمكن تعيينه او سيوجد عند تنفيذ الالتزام . .[٨٦] وهذا الشرط غير مطبق في سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير فكيف يمكن تفسير ان الوكيل او الخادم بالنسبة للناقل ويشمل حكمهم ايضا كل متعاقد يعمل بصورة مستقلة عن الناقل من وقت الى آخر هي كافية بالنسبة للمرسل اليه او الشاحن بان يحدد الاشخاص الذين سيتنازل عن حقوقه لمصلحتهم فان التحديد هنا صعب لا عند ايراد بند الاعفاء في العقد الرئيسي ولا عند تنفيذ العقد حتى نعرف الاشخاص الذي سيسري عليهم بشرط الاعفاء . .[٨٧]

خامسا : ان الاشتراط لمصلحة الغير يستلزم من الغير مستفيد ابداء رغبته في قبول الاشتراط وهذا يعني ضرورة حصول رضا المستفيد (الغير) من الاشتراط . . [٨٨] وهذا الشرط في الحقيقة هو الآخر غير متوفر في حالة سريان شرط الاعفاء هو الآخر من المسؤولية العقدية للغير فالناقل على سبيل المثال ومقاول الشحن والتفريغ يبرمون عقود عديدة منذ بداية كل سنة وان عدد كبير ومتنوع من سندات الشحن تصدر لذلك الغرض ولكي يستفيد مقاول الشحن والتفريغ والاشخاص الآخرين من العقد الذي هم ليس طرفا فيه عليهم ان يعلنوا رضاءهم وقبولهم لجميع هذه السندات اي يجب ان يتحقق الرضا على كل سند من سندات الشحن الكثيرة التي يصدرها الناقل فهل هنا موافقة مقاول الشحن والتفريغ والاشخاص الآخرين الذي هم من الغير متحققة؟ الجواب بالتاكيد ليست متحققة مما يعني عدم انطباق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . .[٨٩]

سادساً:- ان القانون المدني الفرنسي الذي نص على قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في المادة ١١٢١ كان ولا يزال القانون الوحيد من بين القوانين التي تتبع نظم القانون المدني مدركا لهذه المسالة فقد اقر وبشكل ضمني ان قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير لا تنطبق على سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير وقد استطاع حل هذه المشكلة القانونية فيما يتعلق بمسؤولية مقاولة الشحن والتفريغ بسنّه تشريعاً نموذجياً يحكم مسؤولية مقاول الشحن والتفريغ ومدى سريان شرط الاعفاء من المسؤلية العقدية اليه عن طريق نصوص هذا القانون حيث صدر القانون في ١٨/ حزيران ١٩٦٦ الذي نص في المادة ٥٣ على سريان شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية لمقاول الشحن والتفريغ معتبرا ان هذا السريان هو استثناء نص عليه القانون في المادة ٥٣ اي ان الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير هو نص القانون ليس الا.

سابعا : ان قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير حسب راينا المتواضع تعد استثناء من ان اثر العقد لا يسري الا للمتعاقدين وطالما انها استثناء فيجب عدم التوسع في تطبيقها ومن ثمَّ عدم شمول حالة سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

وتأسيساً على ذلك يبدو لنا ان قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ليست صالحة لنؤسس عليها الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير وذلك لاسباب عديدة منها اختلاف المفهوم والاصطلاح بشكل كبير في الاثنين وعدم توفر شروط الاشتراط لمصلحة الغير في حالة سريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير مما يجعل السؤال يعاود نفسه

مرة اخرى . ما هو الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية للغير ؟ فبعد ان تبين الامر وبشكل جلي ان الاتجاه التقليدي لم يعطِ الاساس المقنع لهذه الحالة ومن خلال النظريات التي قدمها والتي تعرضت جميعها للانتقادات الشديدة ولا كذلك الاتجاه الحديث الذي تمثَّل بالاحكام الصادرة من المحكمة العليا الكندية لما فيه من تفاوت وعدم قبول نسبي من قبل المحاكم ولا القاعدة التي تعتنقها القوانين المدنية في تبرير ترتيب حقوق للغير عن طريق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير نظرا لعدم توفر شروط هذه القاعدة على الحالة موضوع البحث فماهو اذن الاساس؟

انه وحسب وجهة نظرنا المتواضعة ان الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانون الانكليزي هو نص القانون ليس إلا فالقانون الصادر في المملكة المتحدة العظمى الخاص بالعقد وحقوق الغير لعام ١٩٩٩ .

(UK.s contracts (Rights of third parties) Act 1999)

فبموجب هذا القانون تعتبر المادة اولا فقرة سادسا من هذا القانون هي الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير حيث اجازت هذه المادة للغير تنفيذ شروط العقد التي تحدد مسؤوليته بالاعفاء اذا كان المتعاقدون في العقد الرئيس قد أرادا ذلك اي ان النص القانوني هو الاساس في ذلك السريان ليس غير.

الخاتمة

وفي خاتمة البحث لا يسعنا إلا أن نسجل أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها وهي على الشكل الآتي:-

أولاً : النتائج:

١- ثبت لنا من خلال البحث ان قاعدة خصوصية العقد من القواعد الراسخة في القانون الانكليزي والتي ترجع إلى مئات السنين .

٢- تبين لنا ان هناك جملة من المشكلات والصعوبات القانونية تقف بوجه قاعدة خصوصية العقد في القانون الانكليزي منها حالة العقود التبعية وكذلك العقود المتعددة الاطراف ومشكلة سريان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير.

٣- ظهر لنا من خلال البحث صعوبة تحديد اصناف الغير في القانون الانكليزي وهو الامر الذي كان مصدر الخلاف بالاحكام والتفسير.

٤- ما لاحظناه على كتابات الفقه الانكليزي انه قدم العديد من الحجج والنظريات بعض منها استطعنا وصفه بالاتجاه التقليدي ذكرناها في البحث بالتفصيل والبعض الآخر خرج عن هذا الاتجاه التقليدي وأقام لنفسه شروط و وضع قانوني جديد اطلقنا عليه الاتجاه الحديث.

٥- ان جميع النظريات المثبتة في الاتجاهين التقليدي والحديث ظهر لنا انها لا تصلح لبيان الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير وذلك لوجود العديد من الانتقادات الموجهة لها .

٦- ثبت لنا في البحث على وفق الأدلة القانونية الدامغة ان قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير لا تنهض لإقامة الاساس القانوني لسريان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الى الغير وذلك لعدم تحقق شروطها والتباين بينها وبين الحالة المعروضة على بساط البحث من حيث المفهوم والاصطلاح .

٧- بعد التحليل والمناقشة للآراء التي أوردناها في البحث تبين لنا ان الاساس القانوني المناسب لسريان شرط الاعفاء من المسولية العقدية الى الغير في القانون الانكليزي هو نص القانون ليس غير على وجه التحديد المادة اولا فقرة سادسا من قانون المملكة المتحدة حول العقد وحقوق الغير لسنة ١٩٩٩.

المقترحات :

١- نقترح في هذا الصدد ضرورة تبني المحاكم الانكليزية وكذلك المحاكم في دول القانون العام منهج موحد حول تفسير شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية بسريانه الى الغير ويا حبذا لو كان التفسير يعتمد على المنهج العام ليتماشى مع قانون المملكة المتحدة لعام ١٩٩٩ .

الهوامش:

1- see more in this Respact.

- RD Mulholland Business law Today .th Edition. The Dunmore press. 1995. P. 214.
- Clive R. Newton. General principles of law . second Edition .sweet Maxwell. London 1977. P. 313.
- L. A. Rutherford. L. A. Todd. M. G. Woodley .Introduction To law. second Edition. Sweet & Maxwell. London 1987. P. 146.
- Philips. James. M.A. Introduction to English law ninth Edition. Butter worth's, London 1976. P. 244.
- Robert Clark. Contract 2nd Edition sweet & Maxwell London. 1986. P. 251.
- D.M.M. Scott ((O)) level English law second Edition Butter worth's. London. 1972. P. 173.
- E. Allan Farnsworth. Contracts forth Edition. Aspen publishers. New York. 2004. P. 651.
- Brian A. Blum. Contracts. Second Edition. Aspen Law & Business. New York. 2001. P. 668.

2- Avtar singh. Contract & specific Relief. Tenth Edition. Eastern Book company. 2008. P. 112.
- Clive M. schmitthoff. David A. G. Sarre. Mercantil 2 law. Fourteenth Edition. Stevens & sons. London. 1984. P. 185.

3- Chitty. Chitty on contracts. Vol. 1. Sweet & Maxwell. London. 1989. P. 831.
- G.H. Treitel. The law of contract. Seventh Edition. Steven & Sons. London. 1987. P. 459.

4- Maree Chetwin. Stephen Graw. An Introduction to the Law of contract. 2nd Edition. 1998. P. 142.
- R.D Mulholland. OP Cit. P. 214.

5- Chitty. OP Cit. P 833. G.H. Treitel. OP Cit. P. 459.

6- Maree Chetwin. Stephen Graw. OP Cit. P 145 G.H. Treitel. OP Cit. P 459.

7- G. H. Treitel OP Cit. P. 455.

8- Chitty. OP Cit. P. 818.

9- I bid.

10-I bid.

11-I bid.

12-I bid.

13-I bid.

14-I bid.

15-Jack Beatson, Reforming the Law of contracts for the Benefit of third parties: A second Bite at the cherry 1992 44 CLP.

16-Burrous the contract (Rights of third Parties Act) 1999 and its implications for commercial contracts (2000) LMCLQ 540.
17-See. Francis Regnolds. Privity of contract the Boundaries of categories and the limits of the judicial Function (1989). 105 L.Q.R 1:Jn Adams & R. Browns word, Privity of contract. That Pestilential nuisance (1993) 5, Modern L. Rew 722.
١٨-وسوف نأتي إلى تفصيل هذا الحكم في القانون الإنكليزي بشكل مفصل في المباحث القادمة من هذا البحث.
19-Law Reform commission of north rland. Report privity of contract And Third party rights First published febryry 2008 – P. 5 – 24.
20-Cheshire fifoot & furmstons. Law of contract seventh New Zealand Edition. 1988. P 388 – 395.
21-Maria Lavelle. Privity of contract And Third party beneficlaries. Uniform law conference of Canada civil law section. Charlottetown. Prince Edward Island. September. 2007. P. 21.
22-Harry G. Prince. Perfecting the third party beneficiary standing Rule Under 302 of the Restatement (second) of contracts. Boston college Law Review. Volume 25 Issue 5 Number 5. 1984. P. 931 – 937.
23-Yeo Tiong Min. When Do third party Rights Arise the contracts (Rights of third parties) Act 1999 (UK). Singapore Academy of law journal. 2001. P. 35 – 36.
24-The Law Reform commission of Hong Kong – Report. Privity of contract. September 2005. Available at website. www.hkreform.gov.hk
25-Fan wei. The Measurement of Damages in Carriage of ggods By sea. 2008. P. 334 – 337.
26-Carvers. Carriage By sea. Volume 1. Thirteenth Edition. Stevens & Sons. London. 1982. P. 249.
27-Ibid.
- Fan Wei OP Cit. P. 334.
28-Carvers. OP Cit P. 251.
29-David A. Class. Chris Cashmore. Introduction to the law of carriage of Goods. Sweet & Maxwell. London. 1989. P41.
30-I bid. P. 24.
31-Avtar singh. OP Cit. P. 94.
32-G. H. Treitel. OP Cit. P 477 – 478.
33-Cheshire fifoot & Furmstons. OP Cit. P. 172. G. H. Treitel OP Cit. P. 479.
34-Maree chetwin. Stephen Graw. OP Cit. P 147.
35-G. H. Treitel. OP Cit P. 480.
- Maree Chetwin. Stephen Graw. OP Cit P. 146.
36-See. Rebort Clark. OP Cit P. 255.
- Trebilcock The Doctrine of privity of contract judicial Activism in the supreme of Canada (2007) 57 Univ of Toronto Li 269 at 280.
- mare chetwin. Stephen Graw. OP Cit P. 147.
- David A. Glass. Chris Cashmore. OP Cit P. 44 – 45.
- Carver OP Cit P. 256.
37-Maree Chetwin. Stephen Graw. OP Cit P. 146.
- Carver. OP Cit P. 254 – 255.

38-Maree Chetwin. Stephen Graw. OP Cit P. 147.
39-Chitty OP Cit P. 600. N. 979.
40-David A. Glass. Chris Cashmore. OP Cit P. 47.
41-Chitty. OP Cit P. 844. N. 1356.
- The law commission. Consultation paper No 171 Trustee Exemption clauses. London. 2003. Available at www.law.com.gov.uk.
- Lan Eagles and others. Law in Business and Government in New Zealand. Second Edition. Palatine press. Auckland. 1996. P. 448.
42-G. H. Treilel. OP Cit P. 486.
43-Chitty. OP Cit P. 845. N. 1356.
44-G.H Treitel OP Cit P. 487.
45-Ibid.
46-Ibid. P 488 – 490.
47-David A. Glass. Chris Cashmore. OP Cit P. 46.
48-G. H. Treitel. OP Cit P. 481.
49-See G. H. Treitel. OP Cit P. 483.
- David A. Glass. Chris Cashmore. OP Cit P. 46.
50-David A. Glass. Chris Cashmore OP Cit P. 47.
51-Ibid.
52-Prof William Tetley, Q. C. The Himalaya clause Revisited. Published in (2003) 9 jim 140 – 64. Available at website: http//tetley.law.megill.ca/
53-Cheshire Fifooti & Furmston's OP Cit P. 168 – 169.
54-See more in this David A. Glass. Chris Cashmore. OP Cit P. 43. Privity of contract and Bills of lading. Midland Silicones LTD. v. scruttons LTD. Sydney Law review. Available at the web sit: www.austlii.edu.au/au/journals/.../11.../11.
55-Ibid.
56-Ibid.
57-See about (consideration) in Law of contract William T. Brently. Law of contract. Second Edition Baltimore. 1912. P. 82 – 118.
- Larry A. Dimatteo. Equitable law of contracts. Standards and Principles. Ardsley. New York 2001. P. 103 – 107.
58-See in this. Lord Lioyd of Hampstead and M.D.A. Freeman. Lloyds introduction to jurisprudence. Fifth Edition. Steven & Sons. London. 1985. P 1095 – 1142.
59-G. H. Treitel. OP Cit P. 490.
60-Ibid.
61-David A. Glass. Chris Cashmore. OP Cit P. 46.
- Cheshire fifooti & Furmstones. OP Cit P. 169 – 170.
- G. H. Treitel. OP Cit P. 481.
62-David A. Glass. Chris Cashmore. OP Cit P. 47.
63-See. Michael E. Mestinsek and matthew O. J. Synnott. St. Keman Fllioh 11P. Its our party And youre not Invited third Party beneficiaries in contract Law. Avialable at websit: www.stikeman.com/.../pdf/stikeman_Elliott_LLP_lt
- Norman siebrasse. Third – party Beneficiaries in the supreme court: Categorization and the Interpretation of Ambiguous Contract.

Avialable at web sit: www.law.unb.ca/.../third%20party%20beneficiaries.pdf
- Yeo Tiong min. OP Cit P. 34.

64-Michael E. Mestinsek and matthew O.J. Synnott Stikeman Elliott 11 P. Supra not. 63.

65-Norman siebrasse. Supra not. 63.
- Michael E. Mestinsek and matthew O.J. Synnott stike man Elliott 11 P. Supra not. 63.

66-Michael E. mestinsin sek and Matthew. O. j. synnott stike man Elliott 11 P. Supra not. 63.

67-Maria Lavelle. OP Cit P. 13.

68-Ibid.

69-Ibid.

70-Ibid.

71-Ibid.

72-Ibid.

73-Ibid.

74-Ibid.

75-Ibid.

76-Ibid.

77-J. 1 Baudouin & P. G. Jobin les obligations 5 Ed. 1998. P 388 at para. 478. H. 1 & Mazeaud & F. Chabas. Lecons de Droit civil. 9 Ed. Montchreastien Paris 1998. 1. 2. Vol. 1. P. 897 at para 775.

78-J. Baudouin & P. G. Jobin. OP Cit P. 389.

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مصادر الالتزام. ج١. دار النشر للجامعات المصرية. القاهرة. ١٩٥٢. ص٥٧٦. د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. ج١. مصادر الالتزام. ١٩٦٣. ص٣٢٠.

79- H. 1 & J. Mazeaud & F. Chabas. OP Cit P. 900.

- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الحقوق الشخصية، وائل للنشر والتوزيع – عمان، ٢٠٠١ – ص١٨٥.

80-J. 1. Baudouin & P. G. Jobin. OP Cit P. 390.

- د. ياسين محمد الجبوري. مصدر سابق. ص١٨٩.

81-H. L. & J. mazeaud lecocons de Drait Civil, 4th ed. Paris monthehrestion 1973. 1. 2. Vol. 1. P. 804.

82-Prof. William Tetley. Q. C. Supra note. 52.

83-Prof. William Tetley. Q. C. Supra note. 52.

84-Prof. William Tetley. Q. C. Supra note. 52.

85-Prof. William Tetley. Q. C. Supra note. 52.

٨٦-د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٣١٨.

87-Prof. William Tetley. Q. C. Supra note. 52.

٨٨-د. السنهوري. مصدر سابق. ص٥٧٨ – ٥٧٩.

89-Prof. William Tetley. Q. C. Supra note. 52.

قائمة المصادر العربية:

١- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. مصادر الالتزام. ج١. دار النشر للجامعات المصرية. القاهرة. ١٩٥٢.

٢- د. عبد المجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني. ج١. مصادر الالتزام. ١٩٦٣.

٣- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الحقوق الشخصية، وائل للنشر والتوزيع – عمان، ٢٠٠١.

قائمة المصادر الإنكليزية:

1- Avtar singh. Contract & specific Relief. Tenth Edition. Eastern Book company. 2008.
2- Brian A. Blum. Contracts. Second Edition. Aspen Law & Business. New York. 2001.
3- Burrous the contract (Rights of third Parties Act) 1999 and its implications for commercial contracts (2000) LMCLQ 540.
4- Carvers. Carriage By sea. Volume 1. Thirteenth Edition. Stevens & Sons. London. 1982. P. 249.
5- Cheshire fifoot & furmstons. Law of contract seventh New Zealand Edition. 1988.
6- Chitty. Chitty on contracts. Vol. 1. Sweet & Maxwell. London. 1989.
7- Clive M. schmitthoff. David A. G. Sarre. Mercantil 2 law. Fourteenth Edition. Stevens & sons. London. 1984.
8- Clive R. Newton. General principles of law . second Edition .sweet Maxwell. London 1977.
9- D.M.M. Scott ((O)) level English law second Edition Butter worth's. London. 1972.
10- David A. Class. Chris Cashmore. Introduction to the law of carriage of Goods. Sweet & Maxwell. London. 1989.
11- E. Allan Farnsworth. Contracts forth Edition. Aspen publishers. New York. 2004.
12- Fan wei. The Measurement of Damages in Carriage of ggods By sea. 2008.
13- G.H. Treitel. The law of contract. Seventh Edition. Steven & Sons. London. 1987.
14- H. 1 & Mazeaud & F. Chabas. Lecons de Droit civil. 9 Ed. Montchreastien Paris 1998. 1. 2. Vol. 1.
15- H. L. & J. mazeaud lecocons de Drait Civil, 4th ed. Paris monthehrestion 1973. 1. 2. Vol. 1.
16- Harry G. Prince. Perfecting the third party beneficiary standing Rule Under 302 of the Restatement (second) of contracts. Boston college Law Review. Volume 25 Issue 5 Number 5. 1984.
17- J. 1 Baudouin & P. G. Jobin les obligations 5 Ed. 1998.
18- Jack Beatson, Reforming the Law of contracts for the Benefit of third parties: A second Bite at the cherry 1992 44 CLP.
19- Jn Adams & R. Browns word, Privity of contract. That Pestilential nuisance (1993) 5, Modern L. Rew 722.
20- L. A. Rutherford. L. A. Todd. M. G. Woodley .Introduction To law. second Edition. Sweet & Maxwell. London 1987.
21- Lan Eagles and others. Law in Business and Government in New Zealand. Second Edition. Palatine press. Auckland. 1996.
22- Larry A. Dimatteo. Equitable law of contracts. Standards and Principles. Ardsley. New York 2001.
23- Law Reform commission of north rland. Report privity of contract And Third party rights First published febryry 2008.

24- Lord Lioyd of Hampstead and M.D.A. Freeman. Lloyds introduction to jurisprudence. Fifth Edition. Steven & Sons. London. 1985.
25- Maree Chetwin. Stephen Graw. An Introduction to the Law of contract. 2nd Edition. 1998.
26- Maria Lavelle. Privity of contract And Third party beneficlaries. Uniform law conference of Canada civil law section. Charlottetown. Prince Edward Island. September. 2007.
27- Michael E. Mestinsek and matthew O. J. Synnott. St. Keman Fllioh 11P. Its our party And youre not Invited third Party beneficiaries in contract Law. Avialable at websit: www.stikeman.com/.../pdf/stikeman_Elliott_LLP_lt
28- Norman siebrasse. Third – party Beneficiaries in the supreme court: Categorization and the Interpretation of Ambiguous Contract. Avialable at web sit: www.law.unb.ca/.../third%20party%20beneficiaries.pdf
29- Philips. James. M.A. Introduction to English law ninth Edition. Butter worth's, London 1976.
30- Privity of contract and Bills of lading. Midland Silicones LTD. v. scruttons LTD. Sydney Law review. Available at the web sit: www.austlii.edu.au/au/journals/.../11.../11.
31- Prof William Tetley, Q. C. The Himalaya clause Revisited. Published in (2003) 9 jim 140 – 64. Available at website: http//tetley.law.megill.ca/
32- RD Mulholland Business law Today .th Edition. The Dunmore press. 1995.
33- Robert Clark. Contract 2nd Edition sweet & Maxwell London. 1986.
34- See. Francis Regnolds. Privity of contract the Boundaries of categories and the limits of the judicial Function (1989).
35- The law commission. Consultation paper No 171 Trustee Exemption clauses. London. 2003. Available at www.law.com.gov.uk.
36- The Law Reform commission of Hong Kong – Report. Privity of contract. September 2005. Available at website. www.hkreform.gov.hk
37- Trebilcock The Doctrine of privity of contract judicial Activism in the supreme of Canada (2007) 57 Univ of Toronto Li 269 at 280.
38- William T. Brently. Law of contract. Second Edition Baltimore. 1912.
39- Yeo Tiong Min. When Do third party Rights Arise the contracts (Rights of third parties) Act 1999 (UK). Singapore Academy of law journal. 2001.

عقـد الصيـانـة

(دراسة مقارنـة مع الفقه الأسلامي)

إعداد

د.حيدر فليح حسن

كلية القانون – جامعة بغداد

مقـــدمة

ان الحمـد لله نسـتعينه ونسـتغفره ونعـوذ بـالله مـن شـرور انفسـنا ومـن سـيئات اعمالنـا ، مـن يهـده الله فـلا مضـل لـه ومـن يضـلل فـلا هـادي لـه وأشـهد أن لا الـه الا الله وحده لا شريك له ، واشهد أن محمداً عبده ورسوله .

أما بعد:

فـأن الحيـاة المعاصـرة تسـابق الـزمن فـي مغرياتهـا ومتغيراتهـا، فأصـبحت تتشـكل وتتغيـر بصـورة مذهلـة فـي مختلـف جوانبهـا ومجالاتهـا، سـاعد علـى ذلـك الإتصـال الفكـري والعلمـي بـين الحضـارات، والتـدرج السـريع فـي الاختراعـات والمكتشـفات المتتاليـة فـي ميـادين العلـوم وفنـون المعـارف . الامـر الذي ساهم في نهضة اقتصادية وتجارية كبيرة.

ثـم ان هـذه التطـورات الاقتصـادية دخلـت بالعـالم فـي منافسـة قويـة جـداً، فرضـت علـى المنتجـين ان يحسـبوا كـل تكـاليف الانتـاج، ليصـلوا إلـى اعلـى الأربـاح بخفـض ثمـن السـلعة المنتجـة مـن جهـة ، وتحقيـق الجـودة فـي المظهـر (خصوصاً) من جهة اخرى .

وبمـا ان الآلـة تمثـل جـزءاً مهمـاً فـي عمليـة الإنتـاج والتصـنيع ، فـإن بقائهـا وصـلاحها أمـر ضـروري فـي سـير الإنتـاج وتلافـي الخسـارة. لـذا كـان مـن المتحـتم علـى اصـحاب المشـاريع ان يقومـوا بتـوفير المتخصصـين مـن خبـراء وفنيـين لتـوفير الخدمـة المطلوبـة حسـب القواعـد الفنيـة، لسـير تلـك الأدوات والاجهـزة . ليظهـر بـذلك عقـد الصـيانة كأحـد العقـود المعاصـرة الضـرورية الملازمة للتطور التقني والاقتصادي .

بل وزادت اهمية هذا العقد والحاجة الى تواجده بجملة من العوامل ابرزها :

١. ان قيـام رب العمـل بصـيانة الآتـه قـد يكلفـه كثيـراً ، بينمـا لا يكلفـه ذلـك الشـيء الكثيـر لـو عهـد بصـيانتها الـى شـركة صـيانة . وهـذا يرجـع الـى مـا ياتي :

أ- ان قيام رب العمل بالصيانة يقتضي منه توفير فريق عمل متكامل للصيانة فقط . وهولاء ربما لا يحتاج اليهم إلا مرات قليلة لا تتناسب مع مقدار ما سيدفعه لهم من اجر، لاسيما وان بعضهم قد يتقاضى اجراً مرتفعا لكونه مهندساً نادر التخصص مثلاً .

ب- ان الصيانة قد تحتاج في بعض الاحيان إلى آلات واجهزة دقيقة قد يكلف شراؤها رب العمل اكثر مما لو تعاقد مع شركة نصبت نفسها لهذا الغرض .

٢. زيادة استخدام الألآت والاجهزة لإنجاز الاعمال في هذا العصر ، حيث دخلت في اغلب المجالات . فوسائل النقل من سيارات وطائرات وسفن وقطارات تحتاج إلى صيانة ، والمكائن في المصانع تحتاج إلى صيانة ، والاجهزة الكهربائية بمختلف انواعها تحتاج إلى صيانة ، فضلاً عن الابنية وما تحتاج اليه بدورها من صيانة .

٣. ان صيانة الآت الانتاج يحافظ عليها ويبعدها قدر الامكان عن الاعطال . ذلك ان تعطل هذه الألآت ولو لفترة قصيرة قد يسبب خسائر كبيرة وفادحة [١] .

لما تقدم من عوامل تدل على اهمية عقد الصيانة ، من جهة . ولإتصال هذا العقد بالواقع المعاصر لحياة الناس ، فما من احد إلا وهو محتاج له (غالباً) لإنه اما ان يكون مُلتزماً بالصيانة او ملتَزماً له ، من جهة اخرى . أرتأينا البحث فيه وعلى ثلاثة مباحث .خصصنا الاول منها لبحث ماهية عقد الصيانة ، والثاني لبيان التكييف الفقهي لهذا العقد ، اما المبحث الثالث فقد خصصناه لبحث اثار هذا العقد . نسأل الله تعالى ان نكون قد وفقنا في تسليط الضوء على هذا العقد . والله من وراء القصد .

المبحث الأول : ماهية عقد الصيانة

سنعالج ماهية عقد الصيانة في هذا المبحث في مطالب ثلاث . افردنا الأول منها لتعريف عقد الصيانة ، وخصصنا الثاني منها لبيان خصائص هذا العقد ، اما المطلب الثالث فقد بينا فيه صور عقد الصيانة .

المطلب الأول : تعريف عقد الصيانة:

الصيانة في اللغة: هي الحفظ والوقاية قال ابن فارس " الصاد ، والواو والنون أصل واحد وهو كن وحفظ ، ومن ذلك صنت الشيء اصونه صوناً صيانة " [٢]، أي حفظه في مكان أمين وصان عرضه ووقاه مما يعيبه ، واصطانه مبالغة في صيانة [٣].

اما الصيانة اصطلاحاً: فقد جاءت الكتب التي اهتمت بشان التعريفات الفقهية خالية من تعريف لهذا العقد [٤]، لأنه من العقود المستحدثة الطارئة في هذا العصر والتي لم يكن لها وجود في الفقه الاسلامي ولا حتى في القانون، لذا لم يوجد له تعريف يبين حقيقته وتكييفه، ومع هذا فقد حصلت لهذا العقد مجموعة من التعريفات المعاصرة منها :

١. انه عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين بصيانة شي لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر [٥].
٢. او هو عقد يلتزم الخبير الفني بمقتضاه بالقيام على الألآت والتجهيزات في مدة محدودة ، قياماً يحقق اداءها لو ظائفها بكفاءة، ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه ان لم تكن ملتزمة من البائع [٦].
٣. وعرف بأنه عقد معاوضة بين اثنين ، يقال للأول (الصائن)، وللثاني (المصون له)، يقدم بموجبه الصائن عملا يتفق عليه ، وتحدد أوصافه وزمانه [٧].

٤. وعرف ايضاً بأنه عقد بين مؤسسة اقتصادية أو فرد من جانب ، وبين مؤسسة أو فرد من جانب آخر ، يتعهد فيه الطرف الثاني بمراقبة الأجهزة والألآت موضوع العقد في فترات دورية محدودة لتقوم بوظائفها دون تعطل أو نقص، كما يتعهد بإصلاح ما تعطب من القطع أو استبدال الجديد بالتالف الذي يدفع ثمنه صاحب المؤسسة [٨].

٥. وعرف بانه عقد على الإصلاح يشمل أساساً العمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الإنتاجي المعتاد ، كلما طرأ عليه تغير كلي أو جزئي (على أحد أجزاء الشيء) يوقف عمله كلياً أو جزئياً أو يقلل من جودته أو إنتاجيته المعتادة [٩].

٦. وعرف ايضاً بأنه الاتفاق في عقد مستقل او في ضمن عقد معين بين الشركة او المتخصص وبين صاحب المال للقيام بخدمات الإدامة وإصلاح المال في مدة معينة لكي يبقى صالحا للاستفادة المطلوبة في مقابل اجرة معينة [١٠].

٧. وعرف بأنه إصلاح الشيء المعمر كلما طرأ عليه عطل أو أذى من حيث قدرته على انتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه ، وهي لا تشمل الحفظ المادي للشيء كأن يوضع في مكان أمين أو في ظل ظروف تناسبه من حرارة ورطوبة وتشغيله بالطريقة الأمثل لاستمرار منافعه فان هذا يعتبر من مسؤولية المالك او المستعمل وليس مما يدخل في مسؤولية الصائن أو المتعهد بالصيانة في عقد الصيانة [١١].

٨. وعرفه مجلس الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في تأريخ ١٤١٩/٣/٢٥هـ بأنه "عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آله أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم ، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد " [١٢].

٩. او هو عقد يوافق بموجبه مقاول على تنفيذ خدمات الصيانة (مثل الصيانة الدورية للمباني والمعدات) إلى شركة أخرى أو فرد، لقاء رسوم ثابتة [١٣].

ويبدو من استعراض هذه التعاريف ان تعريف مجلس الفقه الأسلامي المشار اليه اعلاه هو اقربها إلى فكرة عقد الصيانة ، وأن لم يشر إلى صورة الصيانة الشاملة ، بل اقتصر على ذكر الصيانة الدورية والصيانة الطارئة .

المطلب الثاني : خصائص عقد الصيانة :

يتميز عقد الصيانة بعدة خصائص منها خصائص عامة يشترك فيها مع عدد من العقود ، واخرى خاصة يستقل بها عن غيره من العقود . وكما هو مبين ادناه :

أولاً : الخصائص العامة لعقد الصيانة : وتتمثل هذه الخصائص بالأتي :

١. انه عقد رضائي . لايشترط في انعقاده شكل معين . فيجوز ابرامه مشافهة او بالكتابة . علماً ان الكتابة لا ضرورة لها إلا في إثبات العقد . وتجدر الأشارة إلى ان التراضي في عقد الصيانة يرد على عنصرين هما طبيعة العقد وهو عقد صيانة ، وعلى المحل وهو مزدوج العمل المطلوب القيام به من قبل الصائن (وهو الصيانة) ، والأجر الذي يتعهد المصون له بدفعه .
٢. انه عقد ملزم للجانبين . حيث يرتب التزامات على عاتق الصائن وعلى عاتق المصون له (وهو ما سوف نبينه في المبحث الثالث) .
٣. انه من عقود المعاوضات . حيث يأخذ كل من المتعاقدين مقابل لما يعطي ، فالصائن يتقاضى الاجر المتفق عليه في مقابل قيامه بالعمل المتفق عليه (وهو الصيانة) . والعكس بالنسبة للمصون له .
٤. انه من العقود الواردة على العمل . فالأداء الرئيسي في العقد والمطلوب من الصائن (هو الصيانة) .
٥. انه من العقود غير المسماة رغم شيوعه بين الناس في التعامل . حيث لم يتم تنظيمه بتشريع خاص في اغلب الدول ، ولهذا إذا ما اثير بشأنه نزاع وعرض على القضاء ، وجب على القاضي البحث عن الحل في القواعد العامة التي تنطبق على سائر العقود المنصوص عليها في النظرية العامة للألتزامات ، فأذا لم يجد أمكنه تلمس الحل

عـن طريـق القيـاس علـى القواعـد الخاصـة بـأقرب العقـود المسـماة لهـذا العقد . وهو في فرضنا هذا عقد المقاولة .

ثانيا : الخصائص الخاصة لعقد الصيانة : وتتمثل هذه الخصائص بالاتي :

١. **الجهالـة :** ان اهـم خصيصـة لعقـد الصـيانة، الـذي هـو اساسـاً عقـد علـى عمـل (كما اسلفنا)، هو وجود قدر معين من الجهالة في العقد. تتمثل بالآتي :
أ - جهالـة فـي مقـدار العمـل المطلـوب . وهـي تختلـف مـن عقـد لآخـر حسـب شـروط كـل عقـد وحسـب طبيعـة الشـيء المصـان، ففـي بعـض عقـود الصـيانة يكـون هنالـك حـد أدنـى متفـق عليـه مـن العمـل المشـمول بالعقـد يتضـح ذلـك فـي عقـود التشـغيل والصـيانة معـاً التـي تشـترط فـي العـادة حـداً أدنـى مـن العمـل، يتفق على كميته ونوعيته في العقد .
ولكـن غالبـاً مـا ينـص فـي العقـد علـى التـزام الصـائن بـأي مقـدار مـن العمـل يلـزم لإسـتمرار عمـل الأجهـزة حسـبما هـو مـراد لهـا . فـلا يشـكل الحـد الأدنـى الاتفـاقي إذن إلا مؤشـراً فقـط لمقـدار العمـل المعقـود عليـه الـذي هـو غيـر معروف المقدار عند التعاقد [١٤].

يضـاف إلـى ذلـك أن أهـم مـا تـنص عليـه عقـود الصـيانة فـي العـادة هـو مواجهـة الطـوارئ وهـذه تتطلـب مقـداراً مـن العمـل غيـر معلـوم مسـبقاً ، وكـذلك فـإن عقـود الصـيانة تتطلـب دائمـاً اسـتعمال بعـض الألآت والأدوات فـي إجـراء أعمـال الصـيانة المطلوبـة ومقـدار هـذا الإسـتعمال مجهـول أيضـاً، وكـذلك مواعيده [١٥].

ب- جهالـة تتعلـق بقطـع الغيـار التـي يلتـزم الصـائن بتقـديمها (اذا كـان عقـد الصـيانة يتضـمن ذلـك) . سـواء مـن حيـث كميتهـا ، وانواعهـا ، واثمانهـا ، ومواعيد تسليمها [١٦].

ج- جهالـة فـي المـواد الاسـتهلاكية التـي تتطلبهـا الصـيانة ، مـن مـواد كيماويـة لازمـة لإجـراء الفحـوص والتشـغيل التجريبـي ، ومـواد نظافـة وأشـياء

استهلاكية أخرى مما تحتاجه الصيانة . وهذه تتضمن أيضاً جهالة في كل من مقدارها ، وأثمانها ، ومواعيد الحاجة إليها [١٧].

د- جهالة تتعلق بالألآت والأجهزة الخاضعة لعقد الصيانة . إذ كثيراً ما تنص عقود الصيانة على شمولها لما يضاف من آلات وأجهزة ، تابعة أو مماثلة لما هو خاضع للصيانة ، اثناء مدة عقد الصيانة [١٨].

ه- جهالة في معيار الصيانة المطلوبة. فمعايير الصيانة ليست منمطة دائماً ، فبعضها ينص على تقديم الصيانة " المعتادة والمألوفة Usual and Customary " ، والمعيار في هذه الحالة هو معيار موضوعي وهو معيار الشخص المعتاد من طائفة الصائن وبنفس خبرته . وبعضها ينص على تقديمها لدرجة إرضاء الزبون أو المالك ، والمعيار في هذه الحالة معيار شخصي [١٩].

و- ومن عقود الصيانة ما يتضمن جهالة من نوع آخر يمكن أن نسميه بجهالة تتعلق " بالتطورات الفنية " التي قد تحصل في المستقبل . ففي مهنة برامج الكمبيوتر شاعت عقود تقديم البرامج مع صيانتها ، وذلك بإدخال كل ما يحصل من معرفة فنية جديدة عليها خلال مدة العقد . والتغير الفني في هذه الصناعة كبير وسريع ، وهو مما لا يمكن التنبؤ به كما هو معلوم . وهذا النوع من الجهالة يشمل جهالة المتغيرات المستقبلية وأثمانها ومواعيد ظهورها بآن واحد [٢٠].

ولعل التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو : هل ان العقد يبقى صحيحا مع هذا الكم من الجهالة في محل العقد ؟

للاجابة عن هذا التساؤل نقول ، ان الجهالة في عقود الصيانة ليست جهالة مطلقة توجب بطلان العقد ، وانما هي جهالة نسبية، ويتبين ذلك من النواحي الاتية :

١. ان متعلق الصيانة ليس هو الصيانة الخارجية فقط ، بل هو عبارة عن مراقبة ومتابعة تلك الأجهزة والألآت بشكل دوري ، في أوقات محددة ولفترة زمنية معينة والقيام بكل ما تتطلبة تلك الصيانة ، وهذا يعد من حيث العرف امراً معلوماً .

٢. ان النسبة المئوية لإحتمال طروء الخلل او العيب في تلك الأجهزه، والكمية التي تحتاجها من قطع وأدوات ولوازم التشغيل والصيانة معلومة،

بحكم الخبرة والتجربة، والإحصاءات الموضوعة لها ، وإلا لما اقدمت اي شركة او مؤسسة على تلك العقود ، مع عدم علمها بما يتطلبه ذلك العقد .

٣. أن الدليل القائم على ممنوعية الغرر (الجهالة) في المعاملات هو الحديث المروي عن النبي (ص) : بأنه **((نهى عن بيع الغرر))** ، ومن بيوع الغرر بيع السمك في الماء وبيع العبد الأبق وبيع الطير في السماء ونحو ذلك من البيوع [٢١].

وواضح إن هذا الحديث مختص بباب البيع ولا مجال للتعدي عن البيع إلى غيره من المعاملات .

٢. **التعليق :** وهو ان الصيانة متعلقة بظهور الخلل او العيب في تلك الأجهزة، والأصل في المعاملات المالية ان تكون منجزة .

ولكن هذا التعليق كما يقول جانب من الفقه هو في حقيقته عائد إلى جهة من ذلك العقد ، وليس منوطاً بأصل التعاقد، فأصل التعاقد قائم على الإشراف الدوري، والمتابعة المستمرة لتلك الأجهزة، كما أنه قائم على استعداد تلك الجهة(الصائنة) بالقيام بالخدمات اللازمة عند الحاجة، وهذا امر منجز غير معلق على شيء [٢٢] .

ويذهب الدكتور التسخيري في هذا الصدد الى القول (أن متعلق المعاملة في ما نحن فيه ليس هو إلا الصيانة، أي استعداد الشركة أو الشخص للقيام بالخدمات اللازمة عند الحاجة، وهو أمر منجز غير معلق على شيء. نعم القيام بالإصلاح الذي هو من لوازم الصيانة المنجزة معلق على طروء العيب ، ولكنه ليس متعلق العقد عرفاً بل هو من لوازم المتعلق) [٢٣].

٣. **التأمين :** تختلف عقود الصيانة عن عقود الإصلاح البسيطة بخاصية مهمة جداً وهي الطبيعة التأمينية لعقود الصيانة. ولشرح ذلك لا بد من المقارنة بين هذين النوعين من العقود . ففي عقد الإصلاح يتم أولاً فحص الآلة المتعطلة ، بأجر أو بدون أجر، لتحديد ما تحتاج إليه من إصلاح . ونتيجة لهذا الفحص التشخيصي ، يتعرف الطرفان على ما تحتاجه الآلة من إصلاح ، ويتفقان على أجرة الإصلاح ، وقطع الغيار والمواد الأخرى اللازمة ، والمدة التي يستغرقها الإصلاح ، لأن كل ذلك يصبح معلوماً .

قبل العقد ، كما يكون معلوماً ما سيستعمله المصلح من الألآت لديه أثناء عملية الإصلاح [٢٤].

أما في عقد الصيانة ، فإن المقصود مواجهة ما يحدث في المستقبل ، وهو أمر غير معلوم عند التعاقد ، سواء أشمل العقد العمل وحده ، أم العمل مع المواد الاستهلاكية واستعمال الألآت ، أم كل ذلك مع قطع الغيار. لذلك فإن عقد الصيانة يشبه عقد التأمين في أنه ينبني على فكرة تحويل التكلفة المستقبلية المجهولة (تكلفة ما يطرأ من عطل على الآلة أو السلعة المعمرة) إلى مقدار معلوم هو الاجر الذي يمثل التزام الطرف المستفيد في عقد الصيانة (المصون له) [٢٥].

أما من وجهة نظر الصائن ، فهو مثل المؤمن (شركة التأمين) في عقد التأمين ، يحصل على مبلغ ثابت محدد لقاء تحمله مخاطر تكاليف إصلاح ما يطرأ على الآلة أو السلعة المعمرة المعقود على صيانتها من تعطل . وبما أن هذه المخاطر مجهولة حين التعاقد ، فإن عقد الصيانة لا يحدث ، ولا يدخل فيه متعهد الصيانة إلا إذا توفر واحد من شرطين هما :

١. .وجود أعداد كبيرة من راغبي الصيانة يدخل معهم في عقود صيانة بحيث تتحول الجهالة الفردية إلى ما يقرب العلم بالنسبة للمجموع ، بسبب تطبيق نظرية الاحتمال على الأعداد الكبيرة.
٢. أو أن تكون قيمة العقد كبيرة بالنسبة للكلفة المباشرة للصيانة بحيث تعوض هذه القيمة " فجوة عدم اليقين " بما تتضمنه من مخصص أو هامش يحتاط به المتعهد لما هو غير متوقع من أعمال صيانة [٢٦].

وبخاصيته التأمينية هذه يمكن القول إن عقد الصيانة عقد جديد تطور من عقود الإصلاح البسيطة ، وصار يلعب دوراً مهماً في الحياة المعاصرة مع اتساع دور الألآت الثابتة والمتحركة في حياة الإنسان ، ومع التطورات الكبيرة في فن البناء وما يلزمه من الآت وأجهزة .

وفي مقابل وجه التشابه هذا بين عقد الصيانة وعقد التامين ، فإن وجه الأختلاف بينهما يبدو في ان هذا الأخير يكون موضوعه (في العادة) التعويض المالي عما يطرأ من ضرر أو تلف ، حيث يدفع المستأمن قسط التأمين مالاً ويحصل المستأمن (المتضرر) او المستفيد من التأمين على مبلغ التأمين ايضاً ، في حين أن عقد الصيانة موضوعه إصلاح ما يطرأ من عطل .

المطلب الثالث : صور عقد الصيانة :

يتعين علينا قبل التطرق إلى صور عقد الصيانة القول بان الصيانة ذاتها في الوقت الحاضر تتخذ اشكالاً متعددة يمكن اجمالها بالاتي :

الشكل الأول: الصيانة الوقائية: ويطلق عليها ايضا بالدورية ، وهي الصيانة التي تقوم على مراقبة الأجهزة، والتأكد من صلاحيتها وجاهزيتها للعمل، واكتشاف القطع التي تحتاج إلى تبديل أو إضافة فيها قبل وقوع العطل بما يضمن استمرار العمل فيها بصورة منتظمة ، وتلافي الآعطال المستقبلية ، وتخفيض تكاليف الأصلاح او التبديل. مثل تزويد الألآت بالوقود وتبديل زيتها وملاحظة اجهزة قياس الحرارة والوقود والماء والزيت .

الشكل الثاني: الصيانة العلاجية: ويطلق عليها ايضاً بالطارئة، وهي الصيانة القائمة على إصلاح الأعطال بعد وقوعها . بحيث تعود الألة الى العمل من جديد .

الشكل الثالث: الصيانة الشاملة: وهي الصيانة التي تضم النوعين السابقين الوقائي والعلاجي، واكثر عقود الصيانة قائمة على هذا النوع، بل ان العرف التجاري المعاصر يقصد بعقد الصيانة عند الإطلاق عقد الصيانة الشاملة [٢٧].

والصيانة الشاملة تجمع اهداف الصيانة كلها ، كما انها تعطي الصائن حافزاً على اتقان الصيانة بنوعيها، وتحدد له مسؤليته بشكل واضح

وميسور عن تعويض الإيراد المفقود فترة تعطل الشيء عن العمل، وتوفير قطع الغيار الازمة وما يتبعها من اعمال الصيانة الدورية ، والمراقبة الدائمة لحسن سيرها .

اما فيما يخص صور عقد الصيانة ، فيمكن القول بان الصيانة كعقد مستحدث معاصر، دخل في كثير من المجالات الصناعية والتجارية والاقتصادية. له صور متعددة يمكن اجمالها بالاتي:

الصورة الأولى : عقد الصيانة المنفرد: ويسمى المجرد او المستقل وهو الذي يتم فيه التعاقد بين المصون له وبين الصائن (اما شركة متخصصة وإما فرد)، على صيانة الآت واجهزة محددة ، بإجر ووقت معلوم .

وهذه الصورة تشتمل على ثلاثة أحوال :

١. ان يتعهد الصائن بتقديم العمل فقط .

٢. ان يتعهد الصائن بتقديم العمل فقط ، اما لوازم الصيانة من قطع الغيار وغيرها فالمتعهد بها هو المصون له .

٣. ان يتعهد الصائن بتقديم العمل وكذلك قطع الغيار اللازمة لذلك .

الصورة الثانية : عقد الصيانة المقرون بعقد البيع الأصلي . وبمقتضاه يتم التعاقد على شراء آلة او جهاز ، مع اشتراط صيانته بثمن إضافي بعقد واحد، بحيث تتم المفاوضة على ثمن الآلة ثم قيمة صيانتها ثم يعقد العقد بمبلغ وعقد واحد .

الصورة الثالثة : شرط الصيانة ضمن عقد البيع وهو ان يتم التعاقد على شراء آلة أو جهاز، ثم يضمن ذلك العقد شرط صيانة تلك الآلة لمدة محددة، دون تخصيص الشرط بثمناً زائد، سواء كان ذلك الشرط من وضع المشتري او من وضع البائع [٢٨].

المبحث الثاني : التكييف الفقهي لعقد الصيانة

لقد تباينت الأراء الفقهية بشأن التكييف الفقهي لعقد الصيانة بتباين صوره التعاقدية . من هنا عمدنا الى تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب بينا في الاول منها تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد اخر ، وبينا في الثاني منها تكييف عقد الصيانة المقترن بعقد آخر ، وحاولنا ان نستقرأ في المطلب الثالث رأي جانب من الفقه المعاصر الذي قال بتكييف عقد الصيانة على اساس انه جعالة ، او عقد مقاولة .

المطلب الأول : تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر :

وفيه صور ثلاث:

١. تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر ، وغير المحتاج الى مادة (المجرد).

٢. تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقدآخر، والمحتاج الى مادة والمتعهد بالمادة المصون له .

٣. تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر ، والمحتاج الى مادة والمتعهد بالمادة الصائن.

١. **تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر، وغير المحتاج الى مادة :**

وهذا هو أبسط أنواع عقد الصيانة، فهو عقد صيانة مجرد، أو مستقل، غير مقترن بعقد آخر، وغير محتاج إلى مادة، لا من الصائن، ولا من المصون له . فهو عقد يتعهد فيه الصائن بأداء عمل فقط هو الصيانة .

وهذا النوع من عقود الصيانة يشبه شبهاً تاماً عقدًا معروفًا في الفقه الإسلامي هو عقد إجارة الأشخاص، وعقد إجارة الأشخاص قد يكون فيه الأجير مشتركاً ، وقد يكون خاصاً . والأجير المشترك هو من يستحق الاجر بالعمل لا بتسليم نفسه ، او هو من يتقبل العمل من غير واحد ، وقيل هو الاجير الذي يقع العقد معه على عمل معين في مدة معينة لا يستحق جميع نفعه فيها ، وقيل ايضاً سمي مشتركاً لانه يتقبل اعمالاً لإثنين فأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها [٢٩].

اما الأجير الخاص فهو من يستحق الأجر لتسليم نفسه وبمضي المدة ، ولا يشترط العمل في حقه لإستحقاق الاجر . او هو من يتقبل العمل من واحد . وقيل هو الذي يقع العقد عليه في مدة يستحق المستأجر نفعه في جميعها . وقيل ايضاً سمي خاصاً لإختصاص المستاجر نفعه في تلك المدة دون سائر الناس [٣٠].

وفيما يخص عقد الصيانة قد يكون الصائن ممن يعمل لجميع الناس، فتطبق عليه في هذه الحالة أحكام الأجير المشترك وهذا هو الغالب . وقد يكون الصائن يعمل لشخص معين كما لو اتفق صاحب مصانع مع شخص ليتفرغ لصيانة مصانعه بأجر شهري ، فتطبق عليه أحكام الأجير الخاص . والمعقود عليه في عقد الصيانة عندما يكون الصائن أجيراً مشتركاً هو العمل ، ولذا يجب أن يعين تعييناً ينتفي معه الغرر المؤدي إلى بطلان العقد ، كما يجب أن يكون الأجر معلوماً، أما المعقود عليه بالنسبة للصائن عندما يكون أجيراً خاصاً فهو منفعته أو وقته في المدة التي يعمل بها، لهذا يجب أن تكون المدة معينة في العقد .

٢. **تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة هو المصون له :**

هـذا النـوع مـن عقـود الصـيانة كـالنوع الأول يكـون فيـه الصـائن إمـا أجيـراً مشـتركاً ، أو أجيـراً خاصـاً، تطبـق عليـه أحكامهمـا ، ويضـاف إلـى هـذا النـوع أن المـادة التـي يقـدمها المصـون لـه تكـون أمانـة فـي يـد الصـائن يضـمنها إذا تعـدى أو قصـر فـي حفظهـا باتفـاق الفقهـاء ، أمـا إذا تلفـت مـن غيـر تعـد أو تقصـير، فـإن كـان الصـائن أجيـراً خاصـاً فإنـه لا يضـمن باتفـاق الفقهـاء أيضـاً، وإن كـان أجيـراً مشـتركاً فإنـه فـي تضـمينه وعدمـه الخـلاف المشـهور بـين الفقهاء .

ففـي المـذهب الحنفـي [٣١]: إذا كـان الهـلاك بفعـل الآجيـر مـع التعـدي يضـمن اتفاقـاً ، امـا إذا كـان الهـلاك بفعـل الآجيـر بـدون تعـد فـلا يضـمن اتفاقـاً ، امـا إذا كـان الهـلاك بفعـل الآجيـر ولـم يكـن بألامكـان التحـرز منـه فـلا يضـمن اتفاقـاً ، امـا إذا كـان الهـلاك بفعـل الآجيـر وكـان بألامكـان التحـرز منـه ففيـه اربعـة اقوال :

أ. لايضمن عند ابي حنيفة .
ب. يضمن سواء كان العامل رجلاً صالحاً او طالحاً او مستوراً .
ج. يصالح العامل على نصف القيمة .
د. الصـالح لا يضـمن ، وغيـر الصـالح يضـمن ، والمسـتور يصـالح علـى النصف .

وفـي المـذهب المـالكي يقـول الخرشـي [٣٢]، يشـترط لضـمان الصـانع لمصـنوعه شروط منها :

أ. ان ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس .
ب. ان يغيـب علـى الـذات المصـنوعة ، امـا ان لـم يغـب عليهـا بـإن عملهـا فـي بيت ربها ولو غائباً او بحضرته ولو بغير بيته فلا ضمان .
ج. ان يكون مصنوعه مما يغاب عليه .
د. ان لا يكـون فـي الصـفقة تغريـر ، امـا ان كـان فيهـا تغريـر كثقـب اللؤلـؤ ونحـوه فعليـه الضـمان ، ويضـمن قيمتـه يـوم دفـع ربـه اليـه . وذكـر مثـل هـذا ان الصـانع يضـمن إذا غـر بفعـل لا بقـول ، ومثـل لـه بالحمـال يـربط المحمـول بحبـل رث او يمشـي فـي موضـع فيـه تعثـر ، وكـذا إذا تعـدى بـإن اخرق في الشيء فأنه يضمن .

فأشتراط المصون له ان الصائن ضامن إذا لم ينبهه للخلل الذي تسبب عنه العطل ، شرط مقبول لإنه غر بفعل .

وفي المذهب الشافعي [٣٣]، ولو تلف المال في يد اجير بلا تعد لم يضمن ان لم ينفرد باليد ، وكذا إذا انفرد في اظهر الأقوال . اما إذا تلف المال في يده بتعد منه فيضمن مطلقاً . كما لو اسرف الخباز في الوقود او ترك الخبز في النار حتى احترق .

وعدم قيام الصائن بإعلام المصون له بالخلل المدرك للخبراء تعد منه او تقصير ، وهما سواء في ترتب الضمان .

وفي المذهب الحنبلي [٣٤]، العامل المشترك وهو الصانع ، ضامن لما جنت يده . فالحائك إذا افسد حياكته ضامن لما افسد ، والحمال يضمن ما يسقط من حمله او تلف من عثرته .

وفي المذهب الجعفري جاء في شرائع الأسلام [٣٥] ما نصه " إذا افسد الصانع ضمن ولو كان حاذقاً ، كالقصار يحرق الثوب او يخرقه ، او الحجام يجني في حجامته . اما لو تلف المال في يد الصانع لا بسببه من غير تفريط ولا تعد لم يضمن على الأصح".

٣. <u>تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة الصائن :</u>

هذا النوع من عقود الصيانة يتضمن عقد إجارة كما في النوع الأول والثاني، ويتضمن عقد بيع للمواد من الصائن إلى صاحب الشيء المصون فهو عقد اجتمع فيه عقدان ، البيع والإجارة ، فهو صفقتان في صفقة ، فهل يشمله النهي الوارد في حديث صفقتين في صفقة . والمروي عن سماك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه قال: ((**نهى النبي (ص) عن صفقتين في صفقة واحدة**)) [٣٦].

يقول الدكتور الضرير في هذا الصدد "ان هذه المسالة لا تدخل في النهي الوارد في الحديث ، لأنه يتعلق بنوع خاص من الصفقات هو البيع . وأما صفقتان في صفقة فإن يشمل البيع وغيره من الصفقات، فيدخل فيه الجمع بين عقدين في عقد واحد أيا كان نوع العقدين، فالجمع بين البيع والإجارة ، أو البيع والإعارة، أو البيع والسلف، أو البيع أوالشرط .. . كل ذلك ونحوه من صفقتين في صفقة. ويجب إن أخذنا (والكلام لا يزال للدكتور الضرير) بهذا التكييف تحقق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة ، ولكن يبدو أن تحقق شروط البيع غير ممكن، ولهذا فإن الأولى إذا كان صاحب العمل لا يقدم المادة بنفسه ، أن يوكل

الصائن بشرائها فيكون تكييف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء ، ولا مانع من هذا " [٣٧] .

ويؤيد الدكتور التسخيري عدم شمول عقد الصيانة بالنهي الوارد في الحديث المذكور ولكنه يطرح تبريرا مختلفا ، فهو يقول في هذا الصدد " أن الصائن يقوم بأمرين:
الأول: هو الإصلاح وخدمات الإدامة مما يرجع إلى تمليك المنفعة.
والثاني: تبديل قطع الغيار ، وهو يرجع إلى تمليك العين الخارجية فيكون إجارة وبيعاً معاً .ولكن هذه الملاحظة غير تامة ، وذلك لإن الجمع بين تمليك العين والمنفعة لا يوجب تعدد الصفقة ما لم يوجب تعدد الإيجاب والقبول، والمثمن والثمن، بل هو صفقة واحدة بإيجاب وقبول واحد والثمن والمثمن فيها أيضاً متحد . أما الجمع بين الصفقتين في صفقة واحدة إنما يصدق فيما لو كان هناك صفقتين لكل منهما إيجاب وقبول، وثمن ومثمن، ولكن ربط أحدهما بالآخر في مقام الإنشاء، كأن يبيع أحد المتعاملين شيئا للآخر على أن يبيع الآخر شيئا منه كأن يقول: أبيع لك داري على أن تبيعني دابتك مثلا. أو أن المراد منه أن يبيع شيئاً بثمنين أحدهما نقداً والآخر نسيئة بأيهما شاء المشتري أخذ من دون أن يوجب أحدهما ويجعله قطعيا، وقد ورد النهي عنه في روايات كثيرة، وقد فسر هذا الحديث – نهي النبي (ص) **((عن صفقتين في صفقة))** – وكذا نهى النبي (ص) **((عن بيعتين في بيعة))** بأحد هذين المعنيين غير واحد من العلماء" [٣٨].

كما أن هذا الحديث أي نهى النبي (ص) **((عن صفقتين في صفقة))** ، غير ثابت عند فقهاء الإمامية من حيث السند، وغير معمول به عند علمائهم ولهذا فقد صرح أكثر فقهاء الإمامية بصحة الجمع بين البيع والإجارة في صفقة واحدة. وفي هذا الصدد يقول المحقق الحلي في شرائع الإسلام: " ولو جمع بين شيئين مختلفين في عقد واحد بثمن واحد. كبيع وسلف أو إجارة وبيع أو نكاح صح" [٣٩].

المطلب الثاني : تكييف عقد الصيانة المقترن بعقد آخر :

سوف نبين في هذا المطلب تكييف عقد الصيانة المقترن بعقد البيع من جهة ، وتكييف عقد الصيانة المشروط في عقد الإيجار من جهة آخرى .

١ . تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد البيع على البائع:

قبل ذكر الحكم الشرعي لصيانة المبيع ينبغي القول أن الصيانة والضمان لفظان قد يطلق أحدهما على الآخر كما هو واقع كثير من المحلات التجارية ، على أن هناك عدة فروق بينهما نذكر منها :

١- أن الضمان يغطي عيوب التصنيع أو المواد في السلعة (وبخاصة تلك التي تكون موجودة في السلعة قبل ابرام عقد البيع)، ولا يغطي سوء استعمال السلعة من جانب المشتري والذي يطرأ بعد استلام السلعة من قبل المشتري ، أما الصيانة فإنها تغطي كل خلل أو عطل يطرأ على السلعة ، ولو كان نتيجة سوء الاستعمال أو غيره من الأسباب.
٢- أن الضمان يتحمل البائع فيه جميع التكاليف المترتبة على الإصلاحات ، سواء تلك المتعلقة بقطع الغيار أو اليد العاملة، أما الصيانة فإن الذي يتحمل تكاليفها هو المستهلك [٤٠].

وبعد ذكر هذه الفروق نقول بأنه قد يشتري شخص سلعة من السلع التي تحتاج إلى صيانة، ويشترط على بائعها أن يقوم بصيانتها مدة من الزمن، فيجتمع في العقد بيع وشرط ، فهل يدخل في حديث النهي الذي رواه عبد الله بن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ((**نهى رسول الله (ص) عن بيع وشرط**)) [٤١].

لقد اختلف الفقهاء في صحة هذا الشرط على قولين :

القول الأول: أن هذا الشرط صحيح . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة [٤٢] وقد اشترط المالكية أن يكون النفع أو المدة يسيرين [٤٣].

أدلة هذا القول : استدلوا بأدلة كثيرة أبرزها ما يلي:

<u>الأول:</u> عن جابر (رض) أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر به النبي (ص) فضربه ودعا له فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بأوقية، فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرفت، فأرسل على إثري، قال: ((**ما كنت لآخذ جملك، فخذ جملك ذلك فهو مالك**)) [٤٤].

وفي رواية: ((**فبعته إياه على أن لي فقار ظهره**)) [٤٥].

وفي رواية: فقال رسول الله (ص) : ((**قد أخذته فتبلغ عليه إلى المدينة**)) [٤٦].

وفي رواية قال جابر: قلت: على أن لي ظهره إلى المدينة قال: ((**ولك ظهره إلى المدينة**)) [٤٧].

وجه الدلالة :

أن جابراً (رض) اشترط منفعة الجمل إلى المدينة وأقره الرسول (ص) على ذلك، وسائر شروط المنفعة بمعناه .

المناقشة :

نوقش بأن استمرار ركوب الجمل من جابر تبرع من النبي (ص) وليس لأجل الشرط بدليل قوله: **"أفقرني ظهره"** وقوله: **"أفقرناك ظهره"** [٤٨].

الجواب :

أجيب عنه بمنع كونه تبرعاً ، بل هو لأجل الشرط ، وأكثر ألفاظ الحديث صريحة في ذلك، وقوله **" أفقرناك ظهره "**، معناه: وافقناك على الشرط بدليل قوله: "فبعته على أن لي فقار ظهره" [٤٩].

الثاني: عموم الأدلة الدالة على أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ومن ذلك قوله (ص) : **"المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين"** [٥٠] ، وقوله (ص) : **"المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق في ذلك "** [٥١].

وجه الدلالة :

أن هذه الأدلة جاءت عامة في وجوب الوفاء بالشرط من غير تفريق بين منفعة وغيرها.

القول الثاني : أن شرط المنفعة شرط فاسد.

وهذا مذهب الحنفية والشافعية، واستثنى الحنفية الشرط الذي جرى عرف الناس في التعامل به، فإنه يكون شرطاً جائزاً [٥٢].

أدلة هذا القول :

استدلوا بعدة أدلة ، أبرزها :

حديث عبد الله بن عمرو : أن النبي (ص) **((نهى عن بيع وشرط))** [٥٣].

وجه الدلالة :

أن الحديث نص في بطلان كل بيع وشرط فيدخل في ذلك شرط النفع.

المناقشة :

نوقش هذا بأمرين:

أ- أن الحديث ضعيف فلا يصح الاستدلال به، وقد بينت ذلك في تخريجه.

ب- أنه مخالف للأحاديث الثابتة التي فيها جواز الشروط في البيع كحديث جابر (رض) عندما اشترى منه النبي (ص) الجمل فاشترط ظهره إلى المدينة [٥٤] .

الترجيح:

الراجح هو القول الأول وهو أن شرط المنفعة في البيع يعد شرطاً صحيحاً، وذلك لقوة أدلته، في مقابل ضعف أدلة القول الثاني .

ومن الجدير بالذكر ان وجود شرط الصيانة في عقد البيع ينطوي على فوائد كثيرة سواء بالنسبة للبائع او للمشتري تتمثل بالاتي :

أ. مصلحة طرفي العقد (والمصلحة العامة أيضاً) في استقرار العقود والتقليل من حالات الرجوع فيها بالرد بالعيب . وتتأكد هذه المصلحة مع قناعة كل من البائع (الصانع) والمشتري بأنه يمكن أن تقع هفوات صغيرة، أو كبيرة، فيما يصنع ويباع . فبالرغم من حرص المصانع على فحص وتدقيق منتجاتها قبل إخراجها إلى السوق ، تظهر في بعض الاحيان عيوب أو أخطاء مصنعية في المنتجات لدى المشتري، مما يمكن تدارك معظمه بالإصلاح من خلال تقديم صيانة فنية مناسبة، وبخاصة في المنتجات الصناعية المعمرة كالألآت الثابتة والمتحركة والمباني.

ب. مصلحة البائع في التخفيف من آثار أي عيب خفي في الآلة قد تؤدي إلى تحميله مسؤولية تعاقدية تجاه المشتري أوغيره ممن يتصل بالآلة التي صنعها وباعها.

ج. مصلحة البائع بالاحتفاظ بأسرار آلته دون أن تصل إلى منافسيه، وبالتالي فهو يرغب في أن يكشف للمشتري أقل قدر ممكن من هذه الأسرار، ويحتفظ لنفسه بأسرار صيانتها.

د. مصلحة البائع في تحسين سمعته وتعظيم مبيعاته وأرباحه بإظهار أن سلعته ذات جودة عالية، وأنه مستعد دائما لدعم كفاءتها وإنجازها. لذلك فهو يلتزم بإصلاح ما قد يطرأ عليها من خلل، بل قد يذهب أكثر من ذلك إلى ضمان خدمة بديلة أثناء فترة الإصلاح وضمان قيمة ما قد يتلف على المشتري بسب تعطل الآلة.

ه. مصلحة المشتري في التقليل من آثار تعطل الآلة عن تقديم المنافع المرجوة منها إلى أدنى حد ممكن، مما يجعله يحرص على الإصلاح السريع كلما دعت الحاجة.

و. مصلحة المشتري في إتقان وسائل التعامل مع الآلة في حالتي التشغيل والتعطيل، مع علمه بأن الصانع هو أقدر الناس على هذا الإتقان [٥٥].

٢ . <u>تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة :</u>

صيانة العين المؤجرة على المؤجر ؛ لأنه هو المالك للعين، والمستأجر يملك المنفعة، وعلى مالك العين تمكينه من الانتفاع .

جاء في المدونة : "(قلت): أرأيت إن استأجرت داراً على من مرمة الدار، وكنس الكنيف، وإصلاح ما بها من الجدران والبيوت، (قال): على رب الدار، (قلت): وهذا قول مالك؟ (قال): سألنا مالكا عن الرجل يكتري الدار ويشترط عليه أنه إن انكسرت خشبة أو احتاجت الدار إلى مرمة يسيرة كان ذلك على المتكاري، (قال مالك): لا خير في ذلك إلا أن يشترط من كرائها، فهذا يدلك على أن المرمة كلها في قول مالك على رب الدار " [٥٦] .

وجاء في المغني : "على المكري بناء حائط إن سقط وإبدال خشبة إن انكسرت، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء لإن بذلك يتمكن المكتري من الإنتفاع ، وإن شرط هذا على المكتري فالشرط فاسد ؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه " [٥٧]. وورد في مغني المحتاج " يجب تسليم مفتاح الدار إلى المكتري ، وعمارتها على المؤجر ، فإن بادر واصلحها ، وإلا فللمكتري الخيار " [٥٨].

هذا وقد نصت المادة (١/٧٥٠) من القانون المدني العراقي على انه " على المؤجر اصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور ادى الى الآخلال في المنفعة المقصودة منه " .

والمقصود بالأصلاحات والترميمات التي يلتزم المؤجر بها هي الترميمات الضرورية للأنتفاع بالمأجور سواء كانت لازمة لحفظه من الهلاك ام لا . ومثال الأصلاحات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك تقوية اساسات منزل مهدد بألانهيار لضعف اساساته ، او ترميم تصدع حدث في جدران المنزل او سقفه . اما النوع الثاني من الاصلاحات الضرورية وهو ما يكون ضرورياً لإستمرار الأنتفاع بالعين المؤجرة على الوجه المقصود منها في العقد ، فمثاله القيام بأصلاح المصعد او السلم [٥٩].

اما الترميمات الطفيفة (التأجيرية) فأنها تقع على عاتق المستأجر ما دام العرف يقضي بذلك . وهذه الترميمات تأتي عادة اما جراء اهمال المستأجر او بسبب الآستعمال المألوف للمأجور ، مثال ذلك اصلاح زجاج النوافذ وحنفيات المياه والأقفال التي اصابها العطب [٦٠].

ولا يعتبر حكم المادة المذكورة من النظام العام ، إذ يجوز الأتفاق على خلافها ، حيث يجوز للمتعاقدين الخروج على العرف فيما يقضي به فيتفقا على ان تكون بعض هذه الترميمات او كلها على عاتق المستأجر لا على المؤجر ، او على ان يعفى المؤجر منها .

المطلب الثالث : تكييف عقد الصيانة على اساس انه جعالة او مقاولة :

لقد قال بهذا التكييف جانب من الفقه المعاصر وهذا ما سوف نحاول بيانه ادناه .

١ : تكييف عقد الصيانة على اساس انه جعالة :

الجعالة لغة: الجُعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على فعل ، وكذا الجعالة بالكسر، والجعيلة أيضاً [٦١] .

وفي اللغة ايضاً : أن يجعل جائز التصرف شيئاً تمولاً معلوماً لمن يعمل له عملاً معلوماً أو مجهولاً مدة معلومة أو مجهولة [٦٢] .

لقد كيف بعض الباحثين المعاصرين عقد الصيانة على اساس إنه (جعالة) . ومن هؤلاء الباحثين الأستاذ الدكتور يوسف قاسم ، حيث يقول في هذا الصدد " يمكن أن ينظر إلى بعض عقود الصيانة بحيث نستطيع تخريجها على أساس أنها من عقود الجعالة ، مثال ذلك إذا أعلنت إحدى الشركات أن الذي يقوم بعملية صيانة شاملة للمصنع المملوك لها والكائن في مكان كذا، فإنها تقدم له مكافأة إجمالية شاملة قدرها كذا، والحال أن هذا الإعلان موجه للمهندسين المتخصصين في صيانة هذا النوع من المصانع. فلا شك أن هذا العقد يكيف على إنه عقد جعالة " [٦٣].

ومنهم الدكتور أحمد الحجي الكردي، حيث يقول " الجعالة أقرب العقود قاطبة إلى عقد الصيانة مما يمكن معه إدخاله فيها، وترتب شروطه وأحكامه على وفقها " [٦٤].

ومنهم ايضاً الأستاذ عز الدين محمد توني ، حيث يقول " لو أن بيت التمويل أعلن في الصحف أن من قام بإصلاح أجهزة التكييف في المبنى الكائن بشارع كذا فله كذا، فتقدمت إحدى الشركات، وتعاقد بيت التمويل معها، وذكر في العقد نوع العمل وتحديد قدر العوض، ثم ذكر في العقد أن الشركة لا تستحق هذا العوض إلا بعد تمام العمل، وأنها لو تركت العمل قبل إتمامه لا تستحق شيئا، ووافقت الشركة على ذلك كان هذا العقد عقد جعالة مسمى باسم الصيانة " [٦٥].

وقد أخذت الندوة الفقهية الرابعة بالكويت (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م) برأي هؤلاء الأساتذة فجاء في قرارها ما يلي: "عقد الصيانة عقد مستحدث مشروع تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ولا يخالف نصاً أو قاعدة شرعية عامة، وهو في تكييفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة حيث إن معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق .

وبعد تحديد جنس العمل ونوعه ومحل العمل والمقابل والزمن وما فيه من جهالة أو غرر فهو من اليسير المغتفر الذي لا يؤدي إلى النزاع بالرجوع إلى المتعارف عليه في كل مجال، هذا بالنسبة لعقد الصيانة بدون الالتزام بقطع الغيار .

أما إذا كان العقد شاملا لقطع الغيار فيختلف الحكم بين حالتين :

الحالة الأولى: أن يلتزم المصون له بتقديم قطع الغيار من عنده عيناً، أو يلتزم بدفع ثمنها المحدد ممن يقدمها ، وهذه الصورة جائزة شرعًا ؛ لأنها إما جعالة أو جعالة رافقها بيع .

الحالة الثانية : أن تلتزم الجهة المتعهدة بالصيانة بتقديم قطع الغيار مع العمل، فهناك صورتان :

الصورة الأولى : أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع إلى العرف من حيث تحديد عددها وصفاتها وعمرها الافتراضي ووقت تبديلها، فهذه الصورة جعالة جائزة أيضا .

الصورة الثانية: أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف أو مراعاة الطبيعة التقنية للمعدات، ويقع التفاوت الكبير في تكلفتها ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام الجهة المتعهدة

بالصيانة للقيام بالعمل وتقديم قطع الغيار، وذلك للجهالة الكبيرة المؤدية للنزاع " [٦٦].

ان تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة غير مقبول لعدة اسباب منها :

١. ان عقد الصيانة عقد لازم بالنسبة للطرفين ، في حين ان عقد الجعالة غير لازم بالنسبة للمجعول له ، فله أن يتخلى عن العمل في أي وقت يشاء، وغير لازم أيضا بالنسبة للجاعل قبل شروع المجعول في العمل .
٢. ان عقد الصيانة يجوز أن يدفع فيه العوض عند العقد أو في أثناء العمل، أو بعده حسب اتفاق الطرفين ، في حين لا يستحق العوض في عقد الجعالة إلا بتمام العمل .
٣. ان عقد الصيانة محدد من حيث الوقت ، في حين ان عقد الجعالة لا يجوز فيه تعيين الوقت
٤. لا بد من قبول الصائن في عقد الصيانة ، بينما لا يشترط قبول المجعول له ، لإنه يمكن ان يكون مجهولاً [٦٧].

٢ : تكييف عقد الصيانة على اساس انه عقد مقاولة :

لقد عرفت المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بانه " عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او ان يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر " .

في ضوء هذا التعريف يبدو ان عقد الصيانة يقترب كثيرا من عقد المقاولة ، ففي كلا العقدين يتعهد أحد الطرفين أن يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر ، وفي كلا العقدين قد يقتصر دور احد الطرفين على تقديم العمل (وهو الصائن في عقد الصيانة ، والمقاول في عقد المقاولة) في حين يقدم صاحب العمل المادة . وقد يتولى الصائن او المقاول تقديم المادة والعمل معاً .

ولكن ينفرد عقد المقاولة بأن أحد طرفيه قد يتعهد فيه بأن يصنع شيئاً لا ان يؤدي عملاً . وبهذا يكون عقد المقاولة أعم واوسع من عقد الصيانة، فكل عقد صيانة هو عقد مقاولة ، ولكن العكس غير صحيح فليس كل عقد مقاولة هو عقد صيانة ، هذا من جهة . ومن جهة اخرى فان العمل الذي يلتزم المقاول القيام به في عقد المقاولة يكون معلوما منذ البداية وكذا المواد

التـي يتعهـد بتقـديمها ، فـي حـين يكـون العمـل والمـواد التـي يقـدمها الصـائن فـي عقد الصيانة (في الغالب) مجهولين .

المبحث الثالث : آثار عقد الصيانة

يرتـب عقـد الصـيانة باعتبـاره مـن العقـود الملزمـة للجـانبين التزامـات متقابلـة علـى عـاتق كـل مـن الصـائن والمصـون لـه (وهـي التزامـات تشـابه إلـى حـد كبيـر التزامـات المقـاول وصـاحب العمـل فـي عقـد المقاولـة). وهو ما سوف نحاول بيانه في هذا المبحث .

المطلب الأول : إلتزامات الصائن :

وتتمثل هذه الألتزامات بالأتي :

١. إلتزام الصائن بأنجاز اعمال الصيانة المتفق عليها .
٢. إلتـزام الصـائن بتسـليم الشـيء المصـون بعـد انتهـاء اعمـال الصيانة .
٣. إلتزام الصائن بضمان عمله بعد التسليم .

اولاً : إلتزام الصائن بأنجاز اعمال الصيانة المتفق عليها :

حيـث يتعـين علـى الصـائن بمقتضـى هـذا الالتـزام ان يتـولى صـيانة الشـيء محـل الالتـزام وذلـك بالطريقـة المتفـق عليهـا فـي عقـد الصـيانة وطبقـا للشـروط الـواردة فيـه . او باتبـاع اصـول الصـنعة وعرفهـا وتقاليـدها . وبخلافـه (بمعنـى اذا خـالف الصـائن الشـروط المتفـق عليهـا فـي عقـد الصـيانة ، او خـالف اصـول الصـنعة وعرفهـا وتقاليـدها) فـان مسـؤوليتة العقديـة تـنهض فـي مواجهـة المصـون لـه. ولا يسـتطيع الصـائن ان يـتخلص منهـا إلا باثبـات السـبب الاجنبـي (والمتمثـل بـالقوة

القاهرة ، او الحادث الفجائي ، او فعل الغير او فعل صاحب الشيء المصون نفسه) [٦٨].

ويتعين القول انه اذا احتاج الصائن في سبيل إنجاز عمله إلى ادوات ومعدات وايدي عاملة تعاونه وتعمل تحت اشرافه وجب عليه ان يأتي بها . ويتحمل الصائن نفقات تلك الادوات والمعدات واجور الايدي العاملة ، ما لم يقض الاتفاق او عرف الصنعة بخلاف ذلك [٦٩].

هذا وقد يقتصر دور الصائن على تقديم العمل (الصيانة فقط) في حين يلتزم المصون له بتقديم قطع الغيار التي يستخدمها الصائن . او يتعهد الصائن بتقديم قطع الغيار تلك والعمل معاً .

فأذا كان المصون له هو الذي يقدم قطع الغيار ويقتصر دور الصائن على تقديم العمل فقط ، تعين على هذا الأخير المحافظة على قطع الغيار تلك (وعليه في سبيل ذلك ان يبذل عناية الشخص المعتاد وألا كان مسؤولاً عن هلاكها او تلفها او ضياعها او سرقتها) . كما يتعين عليه ايضاً ان يستعمل تلك القطع بالقدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه وطبقاً لما تقضي به اصول المهنة وتقاليدها . واخيراً يتعين عليه ان يقدم حساباً لصاحب الشيء المصون عما استعمله من قطع الغيار ويرد له الباقي منها ان وجد [٧٠].

وتجدر الأشارة إلى انه اذا اكتشف الصائن عيباً في قطع الغيار التي قدمها المصون له لا تصلح معه للغرض المقصود منها . وجب عليه اخطاره بذلك فورا ، وإلا كان مسؤولاً عن كل ما يترتب على اهماله من نتائج [٧١].

اما إذا كان الصائن هو الذي يقدم قطع الغيار بالاضافة إلى عمله . فأنه يكون مسؤولاً عن جودة تلك القطع في مواجهة المصون له ، فيضمن ما قد يكون فيها من عيوب تنقص من قيمتها او منفعتها بحسب الغاية المقصودة منها . كما انه يضمن تخلف المواصفات التي كان قد تعهد بتوافرها في قطع الغيار تلك [٧٢].

ثانياً : إلتزام الصائن بتسليم الشيء المصون بعد انتهاء اعمال الصيانة :

ويتم ذلك بوضع الشيء المصون تحت تصرف صاحبه ، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق [٧٣].

هذا ويجب ان يتم التسليم في الموعد المتفق عليه ، او في موعد معقول (وفقا لحجم اعمال الصيانة ، وعرف المهنة) اذا لم يكن هناك اتفاق على موعد للتسليم [٧٤].

اما فيما يتعلق بمكان التسليم ، فانه يختلف بحسب طبيعة الشيء المصون . فأن كانت اعمال الصيانة قد انصبت على عقار فان التسليم يكون في مكان وجود ذلك العقار . اما إذا كانت اعمال الصيانة واردة على منقول فيتم تسليمه في موطن الصائن تطبيقاً للقواعد العامة ، ما لم يكن هناك اتفاق او عرف يقضي بخلاف ذلك [٧٥].

وتجدر الاشارة إلى ان للصائن حبس الشيء المصون والأمتناع عن تسليمه لصاحبه لحين استيفاء حقه في الأجر . وذلك طبقا للقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ [٧٦].

اما ما يترتب على اخلال الصائن بالتزامه بتسليم الشيء المصون ، فانه يحق للمصون له بعد اعذار الصائن المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري وذلك بالزام الصائن بتسليم الشيء المصون ، مع حقه في المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر جراء ذلك ، كما ان له المطالبة بفسخ العقد مع التعويض إذا اصبح تنفيذ العمل مستحيلاً بخطأ الصائن [٧٧].

يبقى ان نتساءل عن تبعة هلاك الشيء المصون بيد الصائن ؟

ان الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا بيان سبب هلاك الشيء المصون . فأن كان هلاكه لتقصير من الصائن ، فأنه لا يستحق الاجر ، بل اكثر من ذلك يحق للمصون له ان يطالبه بالتعويض عما لحق به من ضرر . اما ان كان الهلاك بسبب المصون له بأن كان قد ورد قطع غيار معيبة ولم يكن بأمكان الصائن اكتشاف ذلك العيب الموجود فيها ، فأن المصون له هو الذي يتحمل تبعة هلاكه ، ويتعين عليه فوق ذلك دفع الأجر للصائن عن عمله . اما ان كان الهلاك لسبب اجنبي كقوة قاهرة او حادث فجائي ، فيتحمل المصون له تبعة هلاكه (لإن يد الصائن عليه يد امانة) ، دون ان يكون ملزماً بدفع الأجر للصائن [٧٨].

المطلب الثالث : إلتزام الصائن بضمان عمله بعد التسليم :

ان التـزام الصـائن بأنجـاز اعمـال الصـيانة المتفـق عليهـا ، وضـرورة تقديمـه لقطـع غيـار مطابقـة للمواصـفات المتفـق عليهـا او التـي تقضـي بهـا اصـول الصـنعة وعرفهـا (اذا كـان عقـد الصـيانة يتضـمن ذلـك) ، يمثـل التزامـا بتحقيـق نتيجـة لا ببـذل عنايـة . فـان لـم تتحقـق تلـك النتيجـة بـان كانـت ثمـة عيـوب فـي عمـل الصـائن او فـي قطـع الغيـار المقدمـة منـه . نهضـت مسـؤوليته فـي مواجهـة المصـون لـه، ويكـون الأخيـر مخيـراً بـين المطالبـة بالتنفيـذ العينـي وذلـك بأصـلاح هـذه العيـوب إذا كـان ذلـك ممكنـاً (ولـو ادى ذلـك الـى القيـام بأعمـال الصـيانة مـن جديـد علـى نفقـة الصـائن) . او الاقتصـار علـى المطالبـة بـالحكم علـى الصـائن بالتعويض النقدي [٧٩].

المطلب الثاني : إلتزامات المصون له

وتتمثل هذه الإلتزامات بالاتي :

١. تمكين الصائن من إنجاز العمل .
٢. تسلم العمل وقبوله بعد انجازه .
٣. دفع الأجر .

اولاً : إلتزام المصون له بتمكين الصائن من انجاز العمل :

يلتـزم المصـون لـه القيـام بكـل مـا مـن شـأنه تمكـين الصـائن مـن انجـاز اعمـال الصـيانة المتفـق عليهـا . فـلا يضـع امامـه العقبـات التـي تحـول دون قيـام الأخيـر بعملـه ، ولا يسـحب منـه العمـل الـذي عهـد بـه اليـه إلا لسـبب مشـروع ، ذلـك ان عقـد الصـيانة (وكمـا اسـلفنا فـي خصائصـه) عقـد ملـزم للجـانبين فـلا يحـق لمصون له ان يتحلل منه بأرادته المنفردة [٨٠].

وإذا كـان المصـون لـه قـد تعهـد هـو بتقـديم قطـع الغيـار اللازمـة لقيـام الصـائن بانجاز عمله ، وجب عليه تقديمها وفي المواعيد المحددة لذلك [٨١].

وبخـلاف مـا تقـدم (بمعنـى اذا لـم يمُكـن المصـون لـه الصـائن مـن انجـاز عملـه) . فـان الاخيـر يكـون مخيـراً وطبقـاً لقواعـد المسـؤولية العقديـة بـين المطالبـة بالتنفيـذ العينـي اذا كـان ذلـك ممكنـاً ، وذلـك بـالترخيص لـه ألقيـام بأعمـال

الصيانة وتوريد قطع الغيار اللازمة لذلك ، او المطلبة بفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر بسبب ذلك [٨٢].

ثانيا : إلتزام المصون له بتسلم العمل من الصائن وقبوله

يلتزم المصون له بعد انجاز الصائن لإعمال الصيانة ، ان يقوم بأستلام الشيء المصون اولاً ، ثم يتولى فحصه ومعاينته للتاكد من مطابقته للشروط والمواصفات المتفق عليها او لإصول الصنعة وعرفها . فأن كان كذلك تعين عليه قبوله ، وألا كان المصون له مخيراً بين المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري وذلك بألزام الصائن بأجراء اعمال الصيانة مرة ثانية وعلى نفقة الأخير ، او المطالبة بالتعويض عما لحق به من ضرر جراء ذلك [٨٣].

ومن الجدير بالذكر هنا انه إذا حصل خلاف بين المصون له من جهة والصائن من جهة اخرى حول ما إذا كانت اعمال الصيانة مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها أو لإصول الصنعة وعرفها . فأنه يجوز لإيهما ان يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة اعمال الصيانة ووضع تقرير عنها ليكون محل اعتبار فيما لو رفع الأمر إلى القضاء [٨٤].

يبقى ان نتساءل هنا عن حكم امتناع المصون له عن استلام الشيء المصون ومعاينته وقبوله (رغم مطابقة اعمال الصيانة للشروط والمواصفات المتفق عليها) دون سبب مشروع رغم دعوته لذلك من قبل الصائن ؟

للإجابة عن ذلك نقول انه يحق للصائن في هذه الحالة ان يطلب من المحكمة اجبار المصون له على استلامه . وللمحكمة في سبيل تحقيق ذلك فرض غرامات تهديدية عليه ، او ان تقرر المحكمة وضعه تحت يد عدل تختاره على نفقة المصون له ومسؤوليته [٨٥].

ثالثاً : إلتزام المصون له بدفع الأجر:

ان عقد الصيانة (وكما بينا في خصائصه) من عقود المعاوضات . بمعنى ان الصائن لم يقم بعمله إلا لطلب الاجر . والأجر هو المال الذي يلتزم المصون له بأعطائه للصائن في مقابل قيام هذا الآخير بالعمل المعهود به اليه .

ويشترط ان يتم تحديد الأجر بموجب اتفاق بين الطرفين (الصائن والمصون له) ، فأن اختلفوا بشأنه وقع عقد الصيانة باطلاً ، اما اذا لم يتطرق المتعاقدان للأجر اصلاً بل سكتا عنه تولى القانون تحديده اخذاً بنظر الاعتبار قيمة العمل الذي أتمهُ الصائن وما تكبده من نفقات . وعند الخلاف يعين القاضي مقدار هذا الاجر مسترشداً بهذين العنصرين ، ويسترشد بوجه خاص بالعرف الجاري في الصنعة في تحديد قيمة العمل [٨٦].

هذا ويلحق بألاجر قيمة المواد وقطع الغيار التي قدمها الصائن اذا كان عقد الصيانة يلزمه بذلك . كما يتحمل المصون له نفقات الوفاء بالأجر . وكذلك الفوائد المستحقة على الأجر من تاريخ المطالبة القضائية ان تأخر المصون له في دفعه [٨٧].

ولا يشترط في الأجر في عقد الصيانة ان يكون معجلاً ، بل يمكن ان يكون مؤجلاً او مقسطاً بحسب اتفاق الطرفين ، هذا من حيث زمان دفع الأجر . اما من حيث مكان دفع الأجر فأن الوفاء به يكون في المكان المتفق عليه ، فأن لم يوجد اتفاق كان الدفع في المكان الذي يقضي به العرف ، فأذا لم يوجد اتفاق ولا عرف فيجب التمييز بين ما إذا كان الاجر مما له حمل او مؤونة (بأن كان شيئاً معيناً بالذات) وجب دفعه في مكان وجوده وقت ابرام العقد ، اما إذا كان الأجر من المثليات (وهو عادة ما يكون كذلك حيث يكون من النقد) فالوفاء به يكون في موطن المدين وهو المصون له او في مركز اعماله اذا كانت الصيانة متعلقة بهذه الأعمال [٨٨].

الخاتمة

ويمكن ان نوجز فيها ابرز النتائج التي اشتمل عليها هذا البحث :

١. ان عقد الصيانة عقد مستحدث معاصر، نشأ مع التطور المذهل في المجال الاقتصادي والصناعي .

٢. ان الصيانة تنقسم إلى صيانة وقائية (دورية)وإلى صيانة علاجية (طارئة) وإلى صيانة شاملة .

٣. أن ابرز خصائص هذا العقد والتي تعد محاذير شرعية فيه هي : الجهالة (الغرر) ، والتعليق .

٤. لا يوجد لعقد الصيانة تكييف موحد يشمل كافة صوره ، ويعطى حكماً واحداً لهذه الصور .

٥. ان هذا العقد يشترط فيه ما يشترط للعقود الأخرى ، من الشروط التي يتم بها نفي الجهالة عن العقد بتوضيح ثمنه ، ومدته ، وتحديد العمل ونوعيتة ، والمواد والقطع المستخدمة فيه .

٦. ان هذا العقد لايزال يحتاج إلى المزيد من البحث والأستقصاء لصوره المتجدده ، وتكييفه الفقهي .

٧. ندعو المشرع العراقي إلى وضع قواعد قانونية خاصة بهذا العقد ، او على الأقل اعتباره صورة خاصة من عقد المقاولة .

الهوامش

١. عبد الرحمن بن عايد العايد - عقد المقاولة - جامعة الإمام محمد بن سعود الأسلامية - سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر الف رسالة علمية - المملكة العربية السعودية - ١٤٢٥ه - ٢٠٠٤م - ص ٣٣٢ .

٢. معجم مقاييس اللغة - لإبن فارس - ج٣- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ص ٣٢٤ .

٣. مختار الصحاح للرازي - المكتبة الأموية - دمشق - ١٩٨٠ - ص ٣٧٤ . وانظر ايضاً المعجم الوسيط - ج١ - ط ٤ - مكتبة الشروق الدولية - مصر - ٢٠٠٤ - ص ٥٣٠ .

٤. حيث لم ترد كلمة صيانة في التعريفات الفقهية لمحمد عميم الإحسان ، ولا في انيس الفقهاء للقونوي ، ولا في تحرير الفاظ التنبيه للنووي ، ولا في التعريفات للجرجاني ، ولا في الكليات لإبي البقاء الحسيني الكفوي .

٥. د. الصديق محمد الأمين الضرير - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ - ١٩٩٨ - ص ٣٤٥ . منشور على الموقع الألكتروني www. Shamela.ws.htm.

٦. الشيخ محمد المختار السلامي - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ - ١٩٩٨ - ص ٣٢٢ . منشور على الموقع الألكتروني www.shamela.ws.htm .

٧. د. احمد الحجي الكردي - عقود الصيانة - مجلة الشريعة والدراسات الأسلامية - العدد ٣٠ - المجلد ١١ - الكويت - ١٩٩٦ - ص ١ .

٨. الشيخ محمد المختار السلامي - المصدر السابق - ص ٣٤١ .

٩. الشيخ علي الحكمي - عقد الصيانة - ص٣ - بحث منشور على الموقع الألكتروني www.alsaber.net .

١٠. الشيخ محمد علي التسخيري - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ - ١٩٩٨ - ص ٣٥٦ - منشور على الموقع الألكتروني www.shamela.ws.htm .

١١ . د. منذر قحف - عقود الصيانة - ص ٣ - بحث منشور على الموقع الألكتروني www.kantakj.com .
١٢ .القرار رقم ٩٤ (١١/٦) - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ - ١٩٩٨ - ص ٦٢٩ - منشور على الموقع الألكتروني www.shamela.ws.htm .
13.maintenance contract law and legal definition . منشور على الألكتروني الموقع definition. Uslegal.com.
١٤ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٦ . وأنظر ايضاً الشيخ علي الحكمي - المصدر السابق - ص ٥ .
١٥ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٦ . وأنظر ايضاً الشيخ علي الحكمي - المصدر السابق - ص ٥ .
١٦ . الشيخ محمد علي التسخيري - المصدر السابق - ص ٣٦٠ .
١٧ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٧ . وأنظر ايضاً الشيخ علي الحكمي - المصدر السابق - ص ٦ .
١٨ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٧ . وأنظر ايضاً الشيخ علي الحكمي - المصدر السابق - ص ٦ .
١٩ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٧ . وأنظر ايضاً الشيخ علي الحكمي - المصدر السابق - ص ٦ .
٢٠ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٧ . وأنظر ايضاً الشيخ علي الحكمي - المصدر السابق - ص ٦ .
٢١ . سنن الترمذي (الجامع الكبير) - ابواب البيوع - حديث رقم ١٢٣٠ - المجلد الثاني - ط ١ - دار الغرب الأسلامي - ١٩٩٦ - ص ٥١٢ - ٥١٣ .
٢٢ . وائل بن عبد الله الهويريني - المصدر السابق - ص ١٤ .
٢٣ . الشيخ محمد علي التسخيري - المصدر السابق - ص ٣٦١ .
٢٤ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٨ . وأنظر ايضاً الشيخ علي الحكمي - المصدر السابق - ص ٧ .
٢٥ . وائل بن عبد الله الويريني - المصدر السابق - ص ١٥ .
٢٦ . د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ٩ .
٢٧ . د. محمد انس الزرقاء و د. سامي ابراهيم السويلم - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ - ١٩٩٨ - ص ٤٠٠ - بحث منشور على الموقع الألكتروني www.shamela.ws.htm .

٢٨. وائل بن عبد الله الهويريني - المصدر السابق - ص ١٥ .
٢٩. الفتاوى الهندية للعلامة الشيخ نظام - ج ٤ - ط ١ - منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٠ - ص ٥٠٠ ، وأنظر ايضاً الأختيار لتعليل المختار - لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي - ج ٢ - دار الخبر - السعودية - ١٩٩٨ - ص ٣٠٧ ، وأنظر ايضاً رد المحتار على الدر المختار - لإبن عابدين - ج ٦ - دار الكتب العلمية ١٤١٢ه - ١٩٩٢م - ص ٦٤ ، وأنظر ايضاً روضة الطالبين وعمدة المفتين - للنووي - ج ٤ - ط ٢ - المكتب الأسلامي - بيروت - ١٤٠٥ه - ص ٢٩٩ ، وانظر أيضاً كشاف القناع عن متنع الأقناع - للبهوتي - المجلد التاسع - ط ١ - المملكة العربية السعودية - ١٤٢٧ ه - ٢٠٠٦ م - ص ٨٩ .
٣٠. الفتاوى الهندية - المصدر السابق - ص ٥٠٠ ، وأنظر ايضاً كشاف القناع - المصدر السابق - ص ٧٨ .
٣١. ردالمحتار على الدر المختار - المصدر السابق - ص ٦٧ ، ٦٨ .
٣٢. الخرشي على المختصر الجليل - ج ٧ - ط ٢ - المطبعة الكبرى الأميرية -مصر ١٣١٧ ه - ص ٨٦ .
٣٣. مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج - للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني - ج ٢ - ط ١ - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ١٤١٨ ه - ١٩٩٧ م - ص ٤٥٠ - ٤٥١ .
٣٤. المغني - المصدر السابق - ص ١١٣ .
٣٥. شرائع الأسلام في الفقه الأسلامي الجعفري - للمحقق الحلي - القسم الأول - منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت - ١٩٣٠ - ص ٢٣٧ .
٣٦. مسند احمد - دار احياء التراث العربي - ١٤١٤ ه - ١٩٩٣ م - حديث رقم ٣٥٩٥ .
٣٧. د. الصديق محمد الأمين الضرير - المصدر السابق - ص ٣٤٩ - ٣٥٠ .
٣٨. الشيخ محمد علي التسخيري - المصدر السابق - ص ٣٦١ . هذا وقد ذكر المعنيين معاً ابن الأثير في النهاية - ج ١ - المكتبة العلمية - بيروت - ١٣٩٩ ه - ١٩٧٩ م - ص ١٧٣ ، وانظر ايضاً المدونة الكبرى للإمام مالك - ج ٩ - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٢٣ ه - ص ١٩١ ، وانظر ايضاً شرح الزرقاني على موطأ الأمام مالك - محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري - مكتبة الثقافة الدينية - ١٤٢٤ ه - ٢٠٠٣ م - باب النهي عن بيعتين في بيعة - ص ٤٦٥ . اما عند

الأمامية فأن النهي يشمل بيعين في بيعة واحدة ، كأن يبيع شخص شيئاً بثمنين احدهما نقداً والأخر نسيئة بأيهما شاء المشتري أخذ ، أو ان يبيع شيئاً للأخر على ان يبيع الأخر شيئاً منه ، انظر وسائل الشيعة للعاملي - ج ١٨ - حديث ٢٣٠٨٥ – مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث .

٣٩. شرائع الأسلام في الفقه الأسلامي الجعفري - للمحقق الحلي - المصدر السابق - ص ١٧٥ - ١٧٦ .

٤٠. بدر بن عبد الله الجدوع - خدمات ما بعد البيع واحكامه في الفقه الأسلامي - بحث منشور على الموقع الألكتروني figh.islammessage.com .

٤١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لإبن رشد القرطبي - ج ١ - دار ابن حزم - ١٩٩٩ - ص ٥٢٠ - ٥٢١ .

٤٢. قال ابن قدامة المقدسي : "حكى ابن المنذر عنهُ وعن اسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته او قصارته ، او طعاماً واشترط طحنهُ وحمله . إن شرط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز " ، ينظر الشرح الكبير على متن المقنع - لإبن قدامة - ج ٤ - دار الفكر - بيروت - ص ٦٤ - ٦٥ .

٤٣. البهجة في شرح التحفة - ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي - ج ٢ - ط١ - دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت - ١٤١٨ ه - ١٩٩٨ م - ص ١٨ ، المبدع شرح المقنع - ابراهيم بن عبد الله بن مفلح الحنبلي ابو اسحاق - ج ٤ - الناشر المكتب الأسلامي - بيروت - ١٤٠٠ ه - ص ٥٣ .

٤٤. اخرجه البخاري واللفظ له – انظر صحيح البخاري - ج٣ - كتاب الشروط - باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز - المطبعة الأميرية - بولاق – ١٣١١ ه - ص ١٨٩، ومسلم في كتاب المساقاة - باب بيع البعير واستثناء ركوبه - ج ٣ - دار احياء التراث العربي - بيروت - ص١٢١٩ .

٤٥. اخرجه مسلم - ج ٣ - ص ١٢٢٠ - وفيه ذكر قصة جابر مع النبي صلى الله عليه وسلم .

٤٦. اخرجه مسلم واللفظ له - ج ٣ - ص ١٢٢٣ ، واخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم - ج ٣ - ص ١٩٠ .

٤٧. اخرجه مسلم واللفظ له - ج ٣ - ص ١٢٢٢ ، واخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم - ج ٢ - ص ١٩٠ .

٤٨. ينظر شرح معاني الأثار - احمد بن محمد بن سلام بن عبد الملك بن سلمة ابو جعفر الطحاوي - ج ٢ - ط ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٩ ه - ص ٤٢ ، وينظر ايضاً فتح الباري بشرح صحيح البخاري - للإمام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني - ج ٥ - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ص ٣١٤ - ٣١٩ .

٤٩. قال البخاري " الأشتراط اكثر واصح عندي " - صحيح البخاري - ج ٣ - ص ١٩٠ . وقال ابن حجر العسقلاني " أن الذي ذكروه بصيغة الجمع اكثر عدداً من الذين خالفوهم ، وهذا هو وجه من وجوه الترجيح فيكون اصح . وبترجيح ايضاً أن الذين رووه بصيغة الأشتراط معهم زيادة وهم حفاظ فتكون حجة ، وليس رواية من لم يذكر الأشتراط منافية لرواية من ذكره ، لإن قوله " لك ظهره ، وأفقرناك ظهره ، وتبلغ عليه " لا يمنع وقوع الأشتراط قبل ذلك " ينظر فتح الباري - المصدر السابق - ص ٣١٨ .

٥٠. المستدرك على الصحيحين - محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري - كتاب البيوع - دار المعرفة - ١٤١٨ ه - ١٩٩٨ م - ص ٣٥٧ - حديث رقم ٢٣٥٦ .

٥١. المستدرك على الصحيحين - المصدر السابق - ص ٣٥٨ - حديث رقم ٢٣٥٧.

٥٢. المبسوط - لشمس الدين السرخسي - ج ١٣ - دار المعرفة - بيروت - ص ١٣، وينظر ايضاً بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ابو بكر مسعود بن احمد الكاساني - ج ٥ - ط ٢ - دار الكتب العلمية - ١٤٠٦ ه - ١٩٨٦ م - ص ١٦٩ وما بعدها .

٥٣. رواه الطبراني في المعجم الأوسط - ج٤ - دار الحرمين - القاهرة - ١٤١٥ ه - ص ٣٣٥ ، وانظر المحلى لإبن حزم - ج ٨ - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ص ٤١٥ ، وممن قال بأن في الحديث مقال محمد شمس الحق العظيم ابادي - عون المعبود في شرح سنن ابي داود - ج ٩ - ط ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٥ ه - ص ٣٠٠ ، وقال الزيلعي في نصب الراية لإحاديث الهداية - ج٤ - كتاب البيع " قال ابن القطان ، وعلته ضعف ابي حنيفة في الحديث " - دار القبلة للثقافة الأسلامية - مؤسسة الريان - المكتبة المكية - ص ١٧ ، وقال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة - ج١ - حديث رقم ٤٩١ " ان هذا الحديث ضعيف جداً " . منشور على الموقع الألكتروني www.alalbany.net .

٥٤. مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج - المصدر السابق - ص ٤٢ - ٤٣ .
٥٥. د. منذر قحف - المصدر السابق - ص ١٤ - ١٥ .
٥٦. المدونة الكبرى - للإمام مالك - ج ١١ - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٢٣ ه - ص ٥٠٨ - ٥٠٩ .
٥٧. المغني لإبن قدامة - المصدر السابق - ص ٣٦ .
٥٨. مغني المحتاج - المصدر السابق - ص ٤٤٥ .
٥٩. د. سعيد مبارك ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، د. طه الملاحويش - الموجز في العقود المسماة - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - ٢٠٠٧ - ص ٢٦٨ .
٦٠. المصدر السابق - ص ٢٦٨ .
٦١. المعجم الوسيط - المصدر السابق - ص ١٢٦ .
٦٢. حاشية روض المربع شرح زاد المستنقع - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي - ج ٥ - ط ٦ - ١٤١٦ ه - ص ٤٩٤ .
٦٣. بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي - ١٤١٦ ه - منشور في مجلة الأقتصاد الأسلامي - العدد - ١٨٤ - السنة ١١ - ١٤١٧ ه - ص ١٩٦.
٦٤. بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي - ١٤١٦ ه - منشور في مجلة الأقتصاد الأسلامي - العدد ١٨٤ - السنة ١١ - ١٤١٧ ه - ص ٩ .
٦٥. بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي - ١٤١٦ ه - منشور في مجلة الأقتصاد الأسلامي - العدد ١٨٤ - السنة ١١ - ١٤١٧ ه - ص ١٤ .
٦٦. مجلة الأقتصاد الأسلامي - العدد ١٨٤ - السنة ١١ - ص ٥٧٩ .
٦٧. يوسف قاسم - المصدر السابق - ص ١٩٦ .
٦٨. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الأول - ج ٧ - العقود الواردة على العمل - منشأت المعارف - الأسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٦١ ، وانظر ايضاً د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المسماة - ط ٢ - دار ابن الأثير للطباعة والنشر - الموصل - ٢٠٠٥ - ص ٤٦٣ .
٦٩. د.سعيد مبارك ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، د. طه الملا حويش - المصدر السابق - ص ٤٢٠ .
٧٠. د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر السابق - ص ٦٧ .

٧١. د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٤٦٥ .
٧٢. د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر السابق - ص ٦٦ .
٧٣. د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر السابق - ص ٨٢ ، واتظر ايضاً د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٤٧٠ .
٧٤. د. سعيد مبارك ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، د. طه الملا حويش – المصدر السابق - ص ٤٢٨ .
٧٥. د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٤٧٠ .
٧٦. د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر السابق - ص ٨٣ .
٧٧. د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٤٧١ .
٧٨. د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٤٧٢ .
٧٩. د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر السابق - ص ٩٠ .
٨٠. د. سعيد مبارك ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، د. طه الملا حويش – المصدر السابق - ص ٤٦١ .
٨١. المصدر السابق - ص ٤٦١ .
٨٢. د. جعفر الفضلي - المصدر السابق - ص ٤٩٧ .
٨٣. د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر السابق - ص ١٤١ .
٨٤. المصدر السابق - ص ١٤١ .
٨٥. د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - ج ٤ - ط ١ - دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٣ - ص ٥١٤ .
٨٦. المصدر السابق - ص ٥١٨ .
٨٧. د. عبد الرزاق السنهوري - المصدر السابق - ص ١٤٩ .
٨٨. د. سعيد مبارك ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، د. طه الملا حويش – المصدر السابق - ص ٤٦٩ - ٤٧١ .

المصادر

اولاً : مصادر الفقه الأسلامي :

١. معجم مقاييس اللغة - لإبن فارس - ج ٣- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٢. مختار الصحاح للرازي - المكتبة الأموية - دمشق - ١٩٨٠ .
٣. المعجم الوسيط - ج١ - ط ٤ - مكتبة الشروق الدولية - مصر - ٢٠٠٤ .
٤. صحيح البخاري - ج ٣ - المطبعة الأميرية - بولاق - ١٣١١ ه .
٥. صحيح مسلم - ج ٣ - دار احياء التراث العربي - بيروت .
٦. سنن الترمذي (الجامع الكبير) - ابواب البيوع - - المجلد الثاني - ط ١ - دار الغرب الأسلامي - ١٩٩٦
٧. الفتاوى الهندية للعلامة الشيخ نظام - ج ٤ - ط ١ - منشورات محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٠ .
٨. الأختيار لتعليل المختار - لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي - ج ٢ - دار الخبر - السعودية – ١٩٩٨ .
٩. رد المحتار على الدر المختار - لإبن عابدين - ج ٦ - دار الكتب العلمية ١٤١٢ه - ١٩٩٢م .
١٠. روضة الطالبين وعمدة المفتين - للنووي - ج ٤ - ط ٢ - المكتب الأسلامي - بيروت - ١٤٠٥ه .
١١. كشاف القناع عن متنع الأقناع - للبهوتي - المجلد التاسع - ط ١ - المملكة العربية السعودية - ١٤٢٧ ه - ٢٠٠٦ م .
١٢. الخرشي على المختصر الجليل - ج ٧ - ط ٢ - المطبعة الكبرى الأميرية - مصر - ١٣١٧ ه .
١٣. مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج - للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني - ج ٢ - ط ١ - دار المعرفة - بيروت - لبنان - ١٤١٨ ه - ١٩٩٧ م .

١٤. مسند احمد - دار احياء التراث العربي - ١٤١٤ ه - ١٩٩٣ م .
١٥. النهاية – لإبن الأثير - ج ١ - المكتبة العلمية - بيروت - ١٣٩٩ ه - ١٩٧٩ م .
١٦. المدونة الكبرى للإمام مالك - ج ٩ - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٢٣ه.
١٧. المدونة الكبرى - للإمام مالك - ج ١١ - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٢٣ ه .
١٨. وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة – للفقيه الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي - ج ١٨ – مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث .
١٩. شرائع الأسلام في الفقه الأسلامي الجعفري - للمحقق الحلي - القسم الأول - منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت – ١٩٣٠ .
٢٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لإبن رشد القرطبي - ج ١ - دار ابن حزم - ١٩٩٩ .
٢١. المبسوط - لشمس الدين السرخسي - ج ١٣ - دار المعرفة – بيروت .
٢٢. الشرح الكبير على متن المقنع - لإبن قدامة - ج ٤ - دار الفكر - بيروت .
٢٣. البهجة في شرح التحفة - ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي - ج ٢ - ط١ - دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت - ١٤١٨ ه - ١٩٩٨ م .
٢٤. المبدع شرح المقنع - ابراهيم بن عبد الله بن مفلح الحنبلي ابو اسحاق - ج ٤ - الناشر المكتب الأسلامي - بيروت - ١٤٠٠ ه .
٢٥. شرح معاني الأثار - احمد بن محمد بن سلام بن عبد الملك بن سلمة ابو جعفر الطحاوي - ج ٢ - ط ١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٩ ه.
٢٦. فتح الباري بشرح صحيح البخاري - للإمام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني - ج ٥ - دار المعرفة - بيروت – لبنان .
٢٧. المستدرك على الصحيحين - محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري - كتاب البيوع - دار المعرفة - ١٤١٨ ه - ١٩٩٨ م .

٢٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ابو بكر مسعود بن احمد الكاساني - ج ٥ - ط ٢ - دار الكتب العلمية - ١٤٠٦ ه - ١٩٨٦ م .
٢٩. الطبراني - المعجم الأوسط - ج٤ - دار الحرمين - القاهرة - ١٤١٥ ه.
٣٠. المحلى لإبن حزم - ج ٨ - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
٣١. محمد شمس الحق العظيم ابادي - عون المعبود في شرح سنن ابي داود - ج ٩ - ط ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٥ ه .
٣٢. الزيلعي - نصب الراية لإحاديث الهداية - ج٤ - كتاب البيع - دار القبلة للثقافة الأسلامية - مؤسسة الريان - المكتبة المكية .
٣٣. حاشية روض المربع شرح زاد المستنقع - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي - ج ٥ - ط ٦ - ١٤١٦ ه .

ثانياً – الكتب والبحوث القانونية :

١. د. احمد الحجي الكردي - عقود الصيانة - مجلة الشريعة والدراسات الأسلامية - العدد ٣٠ - المجلد ١١ - الكويت – ١٩٩٦ .
٢. د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المسماة - ط ٢ - دار ابن الأثير للطباعة والنشر - الموصل - ٢٠٠٥ .
٣. د. سعيد مبارك ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، د. طه الملاحويش - الموجز في العقود المسماة - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة – ٢٠٠٧ .
٤. د. الصديق محمد الأمين الضرير - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ – ١٩٩٨ .
٥. عبد الرحمن بن عايد العايد - عقد المقاولة - جامعة الإمام محمد بن سعود الأسلامية - سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر الف رسالة علمية - المملكة العربية السعودية - ١٤٢٥ه - ٢٠٠٤م .
٦. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الأول - ج ٧ - العقود الواردة على العمل - منشأت المعارف - الأسكندرية - ٢٠٠٤ .

٧. الشيخ علي الحكمي - عقد الصيانة - بحث منشور على الموقع الألكتروني www.alsaber.net .
٨. د. محمد انس الزرقاء و د. سامي ابراهيم السويلم - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ ــ ١٩٩٨ .
٩. الشيخ محمد علي التسخيري - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ - ١٩٩٨ .
١٠. د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - ج ٤ - ط ١ - دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٣ .
١١. الشيخ محمد المختار السلامي - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - مجلة مجمع الفقه الأسلامي - العدد ١١ - ١٩٩٨ .
١٢. د. منذر قحف - عقود الصيانة - بحث منشور على الموقع الألكتروني www.kantakj.com .
١٣. وائل بن عبد الله الهويريني - عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - بحث منشور على الموقع الألكتروني www.alsaber.net .

المصادر باللغة الأنجليزية :

1. Maintenance contract law and legal definition.

منشور على الموقع الألكتروني definition.uslegal.com

دور العقوبة في إصلاح الجناة وتأهيلهم

تأليف

الدكتور نشــأت أحمـد نصـيف

مدرس القانون الجنائي في كلية المأمون الجامعة

بغـــداد

٢٠١٠

Abstract

The punishment's modern sense is no longer a means of harm and retaliation from the offender, but rather a way to fix him and evaluate his behavior and thus prevent him from returning to crime.

From this standpoint, we dealt with the subject in three sections, we have dedicated the first to demonstrate the basis of the sentence, we noted that the status of risk, which is characterized by the offender has become the "basis" or the standard that determines the way and style of punishment for the crime and consider the seriousness of what it represents in the person who does.

And we pointed out in the second section to its nature, and explained that the requirements of punishment are to satisfy a sense of its justice, and it do not be so unless it is disproportionate to the crime, and to be personal and cannot be ruled, but on the offender himself, and to be equal for all as a general rule.

Since the punishment is dangerous because it touches the most important rights (right to life, liberty and money), so it must be surrounded by strong guarantees which represent the framework set for a successful punitive policy, otherwise the punishment turns into a weapon of tyranny that could rock the individual freedoms and wastes therefore the purpose of punishment , and the base of the legitimacy of punishment is the most important of these guarantees, and there is another guarantee supports this guarantee, is that the punishment must be imposed based only on an adjudication issued by a particular court.

So as to perform the purpose of the punishment as the deterrence and reforming, the judge must be given the necessary freedom to individualize the punishment according to each status within the framework of the punitive individuality.
And we pointed out in the third section to the way of sentence execution, and we mentioned that the largest role to achieve the purpose of the punishment is for the enforcement powers, and that the social welfare inside the penal institution plays a role to rehabilitate and prepare the offenders to return to the society as good citizens, and the appendage care of the convicted must take the appropriate place in the reform process, as an extension of the efforts that have been made in the reformatory institute, to ensure the major objective of the punishment, is to reform and prevent to return to the field of crime, and to ensure the interest of the individual and the society in the same manner.

مستخلص

ان العقوبة بمفهومها الحديث لم تعد وسيلة للأذى والانتقام من الجاني، وانما وسيلة لاصلاحه وتقويم سلوكه ومنعه بالتالي من العوده الى الجريمة.

ومن هذا المنطلق تناولنا الموضوع في ثلاثة مباحث، خصصنا الاول لبيان اساس العقوبة، وذكرنا ان صفة الخطورة التي يتصف بها الجاني اضحت هي الاساس او المعيار الذي يحدد طريقة واسلوب العقاب والنظر للجريمة بما تمثله من خطورة في شخص فاعلها.

واشرنا في المبحث الثاني الى طبيعتها، وبينا ان من مقتضيات العقوبة ان ترضي الشعور بعدالتها، وهي لا تكون كذلك الا اذا كانت متناسبة مع الجريمة، وان تكون شخصية فلا يحكم بها الا على شخص الجاني، وان تكون متساوية بالنسبة للكافة كقاعدة عامة.

ولما كانت العقوبة خطيرة لانها تمس اهم الحقوق (الحق في الحياة وفي الحرية وفي المال)، لذلك وجب ان تحاط بضمانات قوية تمثل الاطار المحدد لسياسة عقابية ناجحة، وبخلاف ذلك يتحول العقاب الى سلاح استبداد بيد السلطات العامة يمكن ان يعصف بالحريات الفردية ويفوت بالتالي الغرض من العقاب، وقاعدة شرعية العقوبة هي اهم هذه الضمانات، وتدعم هذه الضمانة ضمانة اخرى هي ان العقوبة لا يمكن توقيعها الا بناء على امر قضائي صادر من محكمة مختصة.

ولكي تؤدي العقوبة غرضها في الردع والاصلاح ينبغي اعطاء القاضي الحرية اللازمة لتفريد العقوبة تبعا لكل حالة ضمن اطار التفريد العقابي.

ونظرنا في المبحث الثالث الى كيفية تنفيذ العقوبة، وذكرنا ان لسلطات التنفيذ الدور الاكبر في تحقيق الغاية من العقوبة، وان الرعاية الاجتماعية داخل المؤسسة العقابية تلعب دورها في تاهيلهم واعدادهم للعودة الى المجتمع مواطنين صالحين، كما ان الرعاية اللاحقة للمحكوم عليهم يجب ان تأخذ مكانها المناسب في العملية الاصلاحية، باعتبارها امتدادا للجهود التي بذلت في المؤسسة الاصلاحية، لنضمن بالتالي الهدف الاسمى للعقوبة وهو الاصلاح ومنع العودة نهائيا الى ميدان الاجرام، وضمان مصلحة الفرد والمجتمع على السواء.

المقدمـــة

لقد تنوعت العقوبات بين عصر وآخر وبين مجتمع ومجتمع، لكن الاعتقاد بأن كل جريمة ينبغي أن تقابلها عقوبة ظل راسخاً في الأذهان بوصفه تعبيراً عن معادلة طبيعية عادلة ولازمة لنجاة البشرية واستقرارها في حياة آمنة مطمئنة.

وقد تطورت الروابط الاجتماعية عموماً وهو سنة الحياة، وكان التشريع العقابي من بين تلك الروابط التي أصابها التطور، إلا أن هذا التطور ظل بطيئاً خلال العصور القديمة والوسطي[1]، متأثراً بفكرة الانتقام من الجاني التي لم تستطع صد تيار الجريمة ولا استطاعت أصلاح أي من الجناة، بل كان العقاب يضاعف من آلام المجتمع ويزيد شقاءه. واستمرت الحال على هذا المنوال أجيالاً طوالاً دون تطور يذكر، وكل ما حدث من تطور هوان الاختصاص والعقاب أنتقل من يد الأفراد إلى يد الدولة عندما تقوى سلطانها تدريجياً وأصبح من الضرورة التخلي عن هذا الاختصاص المهم لها كوسيلة لتأكيد وجودها وفرض سلطانها.

أما اليوم فأن من أولى المهمات التي تضطلع بها المجتمعات هي مكافحة الجريمة وذلك بدراسة ومعرفة الأسباب المؤدية لها لاستئصالها.

وقد تغيرت النظرة إلى الجريمة والمجرم والجزاء فأضحت تنطلق من مفهوم علمي لتحديد المسؤولية الجزائية آخذه بنظر الاعتبار العوامل الموضوعية والشخصية معاً للوصول إلى أفضل السبل لإصلاح المجرم وحماية المجتمع من خطر الإجرام، فصفة الخطورة التي يتصف بها الجاني أضحت هي الأساس أو المعيار الذي يحدد طريقة وأسلوب العقاب والنظر للجريمة مما تمثله من خطورة في شخص فاعلها، لذلك أخذت معظم التشريعات الجنائية تولي اهتماماً متزايداً لشخص الجاني لمعرفة الدوافع الإجرامية عن طريق دراسة كافة الظروف المحيطة بالمجرم سواء ما تعلق منها بشخصه أم بالظروف الاجتماعية المحيطة به. كما أخذ الاهتمام يتزايد نحو حماية حقوق المجتمع إذا ما تعارضت معها حقوق الأفراد، نتيجة للتحولات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي أصابت المجتمع والتي تجاوزت في أبعادها ما كان عليه الأمر في الماضي.

---

[1] انظر د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع والعقابي، ط ٤، ص(٤-٥).

وقد أحدثت هذه التحولات تغييراً مماثلاً في ظروف الحياة وأنواع النشاط الإنساني، مما يقتضي إعادة النظر في القواعد القانونية التقليدية التي تحكم السلوك الإجرامي، وضمان احترامها بوسائل فعالة ومجدية.

بعد هذه المقدمة سنحاول تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاث مباحث:

نتعرض في الأول لأساس العقوبة، وفي الثاني لطبيعتها، أما الثالث فنخصصه لبيان كيفية تنفيذ العقوبة، ثم ننهي هذا البحث بخاتمة نبين فيها أهم النتائج والمقترحات.

المبحـــث الأول

أســـاس العقوبـــة

سنقتصر في كلامنا هنا على العقوبة في المفهوم التقليدي، والعقوبة في الفكر الوضعي، ثم تبين أخيراً موقف المشرع العراقي وعلى النحو الآتي:

أولاً: العقوبة وفقاً للمفهوم التقليدي :

تعرف العقوبة بأنها الجزاء الذي يفرضه القانون لمصلحة الهيئة الاجتماعية على كل من يثبت ارتكابه جريمة[٢]. فهي جزاء يتميز بالإيلام وهذا الإيلام مقصود لتحقيق أغراض اجتماعية تؤديها العقوبة للمجتمع، وتهدف إلى ضبط السلوك الاجتماعي للأفراد تحقيقاً للمصلحة الاجتماعية [٣].

ووفقاً لهذا المفهوم فان الفقه التقليدي لم يأخذ إلا بالمعيار الموضوعي أساساً في تقدير الجزاء المستخلص من الجرائم المرتكبة، فالجريمة وفقاً لهذا المفهوم تلعب الدور الرئيس في تحديد الجزاء بغض النظر عن الظروف الخاصة بالجناة، ويقيس هؤلاء العقوبة وفقاً لجسامة الجريمة المرتكبة على أساس التناسب بينها وبين العقوبة دون النظر إلى شخص الجاني وظروفه[٤].

أن هذا المفهوم يعبر عن نظرة عامة لمختلف المسائل التي تناولتها هذه المدرسة، ويتجلى ذلك في التمييز بين الشركاء أو الفاعلين، حيث يطالب التقليديون بأن يكون الجزاء تبعاً لدرجة الفعل المرتكب وشدته بغض النظر عن خطورة الفرد المساهم في الجريمة [٥] . وركزوا في مجال الشروع على أهمية العناصر الموضوعية، فالعقاب لا يجوز في رأيهم إلا على الأفعال التنفيذية الداخلية في تركيب الجريمة (أي مرحلة التنفيذ الفعلي للجريمة)، ويختلف العقاب تبعاً لجسامة الأفعال المرتكبة فيعاقب على الجريمة التامة بالعقوبة الكاملة وفي الجريمة الناقصة بعقوبة أقل، ويمتنع العقاب على الجريمة المستحيلة لاستحالة وقوع الضرر منها[٦].

وبذلك نجد أن شدة العقاب تبعاً لجسامة الجريمة المرتكبة هي الطريق الوحيد الذي سلكه التقليديون في الكفاح ضد ظاهرة الإجرام الذي عجز عن محاربة هذه الظاهرة بصورة جدية لأنه يغفل جانباً هاماً يستدعي البحث والنظر عند تقدير الجزاء . فحالة الخطورة التي عليها الجاني وشخصيته يجب أن يكون لها الدور الأول في ذلك كله.

---

[٢] أنظر د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط ٤، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٥٤٧.

[٣] أنظر د. محمود نجيب حسني: علم العقاب، الطبعة الثانية، القاهرة: ١٩٧٢، ص ٣٣.

[٤] أنظر د. : محمد الفاضل: المبادئ العامة في قانون العقوبات، ظ٢، دمشق، ١٩٦٣، ص ٥١.

[٥] د. محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، القاهرة، ص ٥٥ وما بعدها.

[٦] الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٢٤٨-٢٤٩.

وإذا كان من الثابت أن العقوبة بالمفهوم التقليدي لا تكفي وحدها لمنع الجريمة والعود لها في غير حالات قليلة، لأنها تفترض وقوعها وأن الحماية الاجتماعية لا تتحقق بصورة فعالة إلا بمكافحة الأسباب الجذرية التي تؤدي إلى الجريمة ، فأن ذلك لا يعني أن نظام العقوبة قد فقد أهميته وقيمته القانونية، بل لا زال يحتل مكاناً هاماً في الجزاءات لردع الجناة ومنع الآخرين من الإقدام على ارتكاب الجرائم بعد أن تغير مفهوم العقاب كثيراً كما سنرى.

وفي الجملة فإنَّ أساس حق العقاب عند أنصار المدرسة التقليدية هو المنفعة. وهذا الأساس لا يتم التسليم به إلا مع التسليم بأن الإنسان يملك إرادة حرة تدفعه إلى سلوك سبيل الفضيلة، أو سلوك سبيل الجريمة طائعاً مختاراً، فأساس المسؤولية الجنائية فيها هو المسؤولية الأخلاقية القائمة على مبدأ حرية الاختيار[٧]، فهي تعلق أهمية خاصة على وظيفة الردع التي تمثلها العقوبة سواءً في صورة الردع العام أو الخاص، فالردع إذاً قائم في هذه المدرسة على مبدأ خلقي وهو تقويم سلوك وإرادة الجاني وبالتالي حماية المجتمع من اخطار الجريمة [٨].

وهذا النظر الموضوعي في توافر حرية الاختيار ساد عند وضع التشريع العقابي الفرنسي عام ١٧٩١، كان أساساً تقرير عقوبات موحدة بالنسبة للفعل الواحد بصرف النظر عن احتمال تفاوت الظروف والدوافع.

وقد أثرت هذه المدرسة أيضاً في الشرائع التي وضعت بعد الثورة الفرنسية في كافة أنواع أوربا.

- المدرسة التقليدية الجديدة -

بين تطرف المدرسة التقليدية والوضعية تقع آراء المدرسة التقليدية الجديدة. فهي تقوم على مبدأ حرية الاختيار لدى الجناة ولكنها تذهب إلى أن هذه الحرية ليست مطلقة ولا متساوية عند جميع الأشخاص. فمذهب هذه المدرسة هو محاولة لإيجاد توازن علمي بين الحرية والجبرية[9]، لأنها تسلم بدور الإرادة في توجيه السلوك الإجرامي بمقدار ما تسلم بدور كافة العوامل الأخرى.

وأساس حق العقاب وفقاً لذلك يقوم على الجمع بين فكرة العدالة والمنفعة الاجتماعية. وقد نجحت طريقة هذه المدرسة في منع المغالاة في وضيفة الردع العام والخاص والتي اتسمت بها المدرسة التقليدية، وفي الوقت نفسه لم تقف من أي منهما موقفاً عدائياً كما فعلت المدرسة الوضعية الايطالية.

وقد وصلت هذه المدرسة بسبب اعتدالها بين الجبرية والحرية إلى حلول موفقة كثيرة خصوصاً في شأن نفي المساواة في حرية الاختيار بين جميع الجناة وبالتالي إلى أيجاد حالات كثيرة من المسؤولية المخففة تبعاً لتفاوت حرية الاختيار لدى الجناة.

ويعود إلى هذه المدرسة كثير من الفضل في انتشار أنظمة التخفيف العقابي التي من صورها نظام الأعذار القانونية، والظروف القضائية المخففة ووقف التنفيذ والعفو التنفيذي والقضائي، بالإضافة إلى أنظمة التفريد العقابي التي دخلت جميع الشرائع الحديثة ومنها التشريع العراقي.

ثانياً - العقوبة وفقاً لمفهوم المدرسة الوضعية الإيطالية:

تقع هذه المدرسة على النقيض من المدرسة التقليدية، فهي تنكر مبدأ حرية الاختيار بصفة أساسية، وتؤمن بمبدأ الجبرية أو القدرية المطلقة إلى الحد الذي يتعارض تماماً مع قاعدة المسؤولية الأدبية والخلقية[10]. ورتبت فكرة

---

[٧] د. رؤوف عبيد: أصول علمي الأجرام والعقاب، ط٥، القاهرة، ص٦٤-٦٥.

[٨] د. رؤوف عبيد: التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون، الطبعة الثانية، ١٩٨٦ ص٢٧٤.

[٩] د. حميد السعدي، شرع قانون العقوبات الجديد، دار الحرية للطباعة، ١٩٧٦ ص ٨٣.

[١٠] أنظر د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص٢٣.

الجزاء على أساس اجتماعي وقانوني بحت للحيلولة دون المجرم والإضرار بالمجتمع[11]. ونادي أنصار هذه النظرية باستبدال العقوبة بتدابير احترازية لمواجهة الخطورة الكامنة في شخص مرتكب الجريمة، أو أي شخص تنبئ حالته باحتمال ارتكاب جرائم في المستقبل[12].

والخطورة الإجرامية في ذاتها حالة نفسية لصيقة بشخص الجاني وهي شرط أساسي لا نزال التدبير الاحترازي.

وبالرغم من أن المرض هو أحد عناصر الخطورة وأهمها، إلا أنه لا يوجد تلازم بينها وبين العارض المرضي، فقد يكون المريض غير خطر على المجتمع، فأن كان مجرماً وقعت عليه عقوبة مخففة واستبعد التدبير الاحترازي، أما في حالة كون الشخص الخطر على المجتمع ليس مريضاً كالمعتاد على الإجرام فعندها تستبعد العقوبة لينزل به تدبير احترازي[13].

لقد أصبح مفهوم حالة الخطورة التي جاءت بها المدرسة الوضعية أحد المفاهيم الأساسية التي تعتمد عليها القوانين العقابية الحديثة، إلا أن هذا المفهوم أخذ يضيق أكثر مما أراد له دعاته الأوائل من أنصار هذه المدرسة التي لا تعرف للعقاب إلا غاية كبرى هي مكافحة الإجرام[14]. ولمكافحة الجريمة مكافحة مجدية لا بد في البداية من الوقوف على أسبابها والدوافع إليها للقضاء بعد ذلك على هذه العوامل، والإحاطة بذلك يستتبع بالضرورة التمييز بين فئات مختلفة من المجرمين لمعرفة خير الوسائل للقضاء على أسباب الإجرام بما يتلاءم مع حالة كل فئة من هذه الفئات، وذلك التحري يقوم على أساس علمي لاستخلاص الحقائق الواقعية في هذا المجال عن طريق المشاهدة والاختبار[15].

ولذلك قسم فقهاء هذه المدرسة المجرمين إلى فئات خمس رئيسة:

1. **المجرم بطبيعته**
2. **المجرم المجنون**
3. **المجرم بالعاطفة**
4. **المجرم بالمصادفة**
5. **المجرم بالعادة:**

وفي الجملة فإن الاتجاه السائد في هذه المدرسة يقوم على أنه ليس للإنسان إرادة حرة توجهه إلى الفضيلة أحياناً وإلى الرذيلة أحياناً أخرى، بل إن هذه الأخيرة تنجم عن اجتماع عوامل كثيرة فردية واجتماعية مختلفة باختلاف ملابسات الزمان والمكان، فالجريمة نتيجة محتومة ينساق إليها الجاني طواعية تحت تأثير هذه العوامل التي لا يملك منها فكاكاً ولا لها تغييراً.

وبالرغم مما وجه إلى النظرية الوضعية من نقد فإن أهم ميزة لها إنها لفتت الأنظار إلى أهمية دراسة شخصية الجاني وكافة الظروف المحيطة به والتي دفعته إلى الإجرام[١٦]. وبذلك فإن الاهتمام بشخصية الجاني وإدخالها في صلب التشريعات، وتقدير العقوبة الملائمة جعل من هذه الشخصية كما يرى جانب من الفقه موضوعاً جديداً (ثالثاً) يضاف للجريمة والعقوبة.

---

(١١) د. على أحمد راشد: مبادئ القانون الجنائي، الجزء الأول، القاهرة ١٩٧٤،ص٥٠.

(١٢) د. عادل عازر: النظرية العامة في ظروف الجريمة (رسالة دكتوراه) القاهرة، ١٩٦٧، ص١١٨.

(١٣) د. محمد شلال حبيب: التدابير الاحترازية دراسة مقارنة، ط١، بغداد ١٩٧٦، ص٧٣.

(١٤) د. توفيق الشاوي: المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، ١٩٦٨، ص١٣٧-١٣٩.

(١٥) د. توفيق الشادي: المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص ١٣٨-١٤٠.

(١٦) د. توفيق الشاوي: المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص١٣٨-١٤٠.

وأخيراً فإن هذه النظرية تذهب إلى حد مساواة مرتكب الجريمة بمن لم يرتكبها في المسؤولية الجنائية، وبذلك تزيل الحد الفاصل بين العقوبة وبين التدبير الاحترازي نهائياً. ومن الأفضل الإبقاء على مبدأ الشرعية في الحدود التي أخذ بها المشرع العراقي في المادة (١٠٣) عقوبات ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد احتمالات التعسف والاستبداد بفرض عقوبات على أشخاص لم يرتكبوا أية جريمة.

ثالثاً – موقف المشرع العراقي :

لقد اعترف المشرع العراقي بحرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجزائية، والدليل على ذلك أنه استبعد المسؤولية عندما تنتفي حرية الاختيار أي حرية الإرادة، فالمادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي تقرر أنه «لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل...». والمادة (٦٢) من القانون المذكور تنص على إنه «لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها».

كما اعترف المشرع بأن النقص في القدرة على الاختيار يستوجب تخفيف العقوبة مادة (٦٠) المشار إليها. وإذا كان المشرع العراقي قد استبعد المسؤولية الجزائية حيث تنتفي حرية الإرادة، أو الإدراك، إلا أنه راعى مقتضيات الدفاع الاجتماعي بمواجهة خطورة بعض فئات المجرمين المصابين بآفات عقلية والذين تنعدم لديهم قوة الشعور والإرادة، فأجاز الحكم عليهم بالتدابير الاحترازية من ذلك ما نصت عليه المادة (١٠٥) عقوبات بوضع المحكوم عليه بالحجز في مأوى علاجي في مستشفى أو مصح للأمراض العقلية أو أي محل معد من الدولة لهذا الغرض حسب الأحوال التي ينص عليها القانون.

ومما تقدم يتضح أن قانون العقوبات العراقي النافذ قد اعتمد المذهب الأخلاقي أو مذهب الاختيار كأساس للمسؤولية الجزائية، والتي تقوم على عنصرين هما: الإدراك والإرادة.

المبحـث الثــاني

الطبيعــة القانونيــة للعقوبــة

نتناول هذا الموضوع في مطلبين، الأول نخصصه لطبيعة العقوبة، والثاني للتمييز بين العقوبة والتدابير الاحترازية.

المطلــب الأول

طبيعــة العقوبــة

سبق أن أشرنا إلى أن العقوبة هي جزاء يقرره القانون، وتوقعه المحكمة على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة ويتناسب معها.

ويتضح من هذا التعريف أن العقوبة هي جزاء يهدف إلى مكافحة الجريمة وإصلاح الجاني، ومن ثم فلا عقوبة ما لم ترتكب جريمة وتوافر لها جميع أركانها وتقوم المسؤولية عنها. واعتبارها جزاء للجريمة يضفي عليها طابعاً جنائياً، ويميزها عن جزاءات أخرى متجردة من هذا الطابع كالتعويض والجزاء التأديبي والتدبير الوقائي. وهي مقررة لمصلحة المجتمع وليس لمصلحة المجني عليه أو المضرور من الجريمة، مما يعني أن المجتمع وحده هو صاحب الحق بتوقيعها بواسطة هيئة عامة تمثله في ذلك وفق الأوضاع والشروط التي يحددها القانون.

فالمشرع يجعل العقوبة التي ينص عليها متراوحة بين حدين، وقد يقرر عقوبتين لجريمة واحدة، ويترك لمحكمة الموضوع أن تختار أيهما أقرب إلى تحقيق المصلحة محل الحماية في ضوء ظروف كل دعوى، وفي جميع الأحوال تبرز أهمية تحديد العقوبة، فمحكمة الموضوع ملزمة بأن تتقيد في تقدير العقوبة بالحدود التي يقررها القانون، فلا تتجاوز الحد الأقصى ولا تهبط عن الحد الأدنى.

ولما كانت العقوبة خطيرة لأنها تمس أهم الحقوق (الحق في الحياة وفي الحرية وفي المال)، لذا وجب أن تحاط بضمانات قوية تمثل الإطار المحدد لسياسة عقابية ناجحة، وبخلاف ذلك يتحول العقاب إلى سلاح استبداد بيد السلطات العامة يمكن أن يعصف بالحريات الفردية ويفوت بالتالي الغرض من العقاب.

إن تقرير هذه الضمانات ضرورة في كل تشريع يحرص على الحقوق الأساسية للأفراد، وقاعدة شرعية العقوبة هي أهم هذه الضمانات، وتدعم هذه الضمانة ضمانة أخرى هي أن العقوبة لا يمكن توقيعها إلا بناءً على حكم قضائي صادر من محكمة مختصة.

ومن مقتضيات العقوبة أن ترضي الشعور بعدالتها، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كانت متناسبة مع الجريمة، وأن تكون شخصية فلا يحكم بها إلا على شخص الجاني، ولا يمكن أن تصيب أحداً سواه أياً كان، وأن تكون العقوبة متساوية بالنسبة للكافة وذلك كقاعدة عامة، فالنصوص القانونية التي تقرر العقوبات يجب أن تسري على جميع أفراد المجتمع دون تفريق أو تمييز بينهم.

ونخلص إلى أن المشرع يراعي عند تعيين العقوبات وتحديد مقدارها أن تكفل تحقيق الأغراض المتوخاة من تطبيقها، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كانت متناسبة مع جسامة الجريمة ودرجة خطورة مرتكبها.

وينبغي في كل الأحوال أن لا تكون العقوبة هينة ويسيرة بحيث لا فائدة منها، ولا تكون قاسية بلا مبرر، إذ لا فائدة من عقوبة غير رادعة، ولا من تخفيف لا تبرره المصلحة. ويجدر بالمشرع أن يعزف عن تقرير عقوبة تجرح الشعور العام وإثارة النفوس.

ولكي تؤدي العقوبة غرضها في الردع والإصلاح ينبغي إعطاء القاضي حرية عند تقدير الجزاء ضمن إطار التفريد القضائي مع الأخذ بنظر الاعتبار جميع الظروف المحيطة بالجاني والجريمة.

وأخيراً نرى أن من حسن السياسة الجزائية أن يعاد النظر في العقوبات الفرعية واعتبار جميع العقوبات التبعية عقوبات جوازية لا يصار إليها إلا عند الضرورة، فهي تجرد القاضي من سلطته التقديرية وتتعارض مع مبادئ التفريد العقابي، لأنها تستتبع العقوبات الأصلية بشكل تلقائي. كما ينبغي العزوف قدر الإمكان عن الحكم بعقوبات قصيرة المدة، وضرورة إيجاد بدائل لها دون أن تتخذ شكل سلب الحرية، كالغرامة وإيقاف التنفيذ مثلاً، وإلى إلغاء عقوبة الحبس في المخالفات تماماً، لأن المخالفات غير عمدية وقليلة الأهمية، لذلك تكون عقوبتها بسيطة، فلا تكون ذات أثر فعال في ردع المخالف ومنعه من العودة إلى الجريمة.

المطلــب الثـــاني

العقوبــة والتدابــير الاحترازيــة

إذا كانت العقوبة هي الجزاء الذي يفرضه القانون لمصلحة الهيئة الاجتماعية على كل من يثبت ارتكابه جريمة لحفظ أمن وكيان المجتمع من الأفعال الضارة، فإن التدابير الاحترازية تتمثل بكونها إجراءات مستقلة عن العقوبات التقليدية، وتتميز بطابع فردي، فهي تتخذ حيال شخص تثبت خطورته بهدف إصلاحه وحماية المجتمع من خطورته الإجرامية الكامنة في شخصه، فالتدبير لا يوجد إلا بوجود الخطورة، ويجب أن ينقضي بانقضائها، وهي كالعقوبات تخضع لمبدأ الشرعية الجزائية، بحيث لا تفرض على شخص ما لم يكن منصوصاً عليها في القانون، ووفقاً للضوابط التي رسمها المشرع العراقي بمقتضى المادة (الخامسة) من قانون العقوبات التي تقضي بأن «لا يفرض تدبير احترازي إلا في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون وتسري على التدابير الاحترازية الأحكام المتعلقة بالعقوبات من حيث عدم رجعيتها وسريان القانون الأصلح للمتهم».

من النص المتقدم يبدو أن الاتجاه الذي يأخذ به المشرع العراقي هو أنه يخضع التدابير لمبدأ الشرعية، هذا بالرغم من أن التدابير الاحترازية لا تعتبر عقوبات بالمعنى الدقيق للعقوبات المقيدة للحرية، كما تحكمها قاعدة عدم رجعيتها على الماضي بصورة عامة إلا إذا كانت أصلحاً للمتهم، وبهذا يكون المشرع العراقي قد أخضع التدابير لمبدأ الشرعية وأراد تشبيهها بالعقوبات من حيث خضوعها للأحكام المتعلقة بها، وذلك حماية لحقوق المواطنين وحرياتهم ومنعاً للتحكم والاستبداد.

وقد أجازت بعض التشريعات للمحكمة أن تحكم على الجاني بالتدابير بدلاً من الحكم عليه بالعقوبات المقررة بالقانون كالقانون الدانمركي لسنة ١٩٢٣، والمصري رقم ٨ لسنة ١٩٦٠ بشأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها[١٧]. وكذلك المادة (٥٢) من قانون العقوبات المصري النافذ التي تجيز للمحكمة بدلاً من توقيع العقوبة المقررة بالقانون أن تحكم على الجاني بإيداعه إحدى مؤسسات العمل باعتباره مجرماً معتاداً. كما أخذ بهذا قانون العقوبات العراقي في المادة (٢/٣٨٦) منه حيث تنص: «... وللمحكمة إذا ثبت لديها أن العائد مدمن على السكر أن تأمر بدلاً من العقوبة المنصوص عليها في هذه الفقرة بإيداعه أحد المصحات التي تنشأ لهذا الغرض أو أحد المستشفيات الحكومية لمدة ستة أشهر...». وأخذ به أيضاً قانون المخدرات العراقي رقم (٦٨) لسنة ١٩٦٥، فبموجب التعديل السادس لهذا القانون أضاف المشرع العراقي الفقرة (السابعة) إلى المادة الرابعة عشرة منه ونصها: «للمحكمة بدلاً من توقيع العقوبة المنصوص عليها في الفقرة (ثانياً) من هذه المادة، أن تأمر بإيداع من ثبت إدمانه على تعاطي المخدرات بسبب حالة مرضية تعرضت لها صحته، أحد المصحات أو الأماكن الصحية التي تخصصها الوزارة لهذا الغرض ليعالج فيها لمدة ستة أشهر...».

وتأخذ تشريعات عديدة أخرى بنظام الجمع بين العقوبة والتدبير الاحترازي كسياسة عقابية خاصة لبعض أنواع المجرمين لتحقيق العدالة والردع العام فضلاً عن إصلاح المجرم وهو الذي تهدف إليه العقوبة في ظل السياسة الجنائية الحديثة، والأخذ بالتدبير لمواجهة الخطورة الإجرامية، فالقانون المصري لا زال يجمع بالنسبة للمتهم الواحد بين بعض العقوبات بالمفهوم التقليدي وبين بعض تدابير الوقاية بالمفهوم الحديث، مثل الحكم على الجاني بالحبس وبالوضع تحت مراقبة الشرطة، وتأخذ بنظام الجمع أيضاً قوانين عقوبات لبنان وسوريا وليبيا، كما يأخذ به قانون العقوبات الإيطالي والألماني[١٨].

أما القانون العراقي فقد أخذ هو الآخر بفكرة الجمع بين العقوبة والتدبير الاحترازي بالمواد (١٠٦، ١٠٧، ١٠٩، ١١٢، ١١٤، ١١٦، ١١٨، ١١٩، ١٢١، ١٢٣) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (المعدل).

---

[١٧] د. أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص٢٠٢.

[١٨] د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، ص٩٠-٩١.

وهناك ثمة اتجاهات حديثة ترى أنه لا ينبغي الجمع بالنسبة للمجرم الواحد بين العقوبة والتدبير لتعارض الأهداف والأسس الفلسفية التي يقوم عليها كل من النظامين[١٩].

ويبدو لنا أن هناك مضار للجمع بين العقوبة والتدبير حيث يؤدي نظام الجمع إلى متاعب عملية، فالتدبير الخاص لا ينبغي إضافته إلى العقوبة إلا في حالة الضرورة القصوى، حتى إن الجاني نفسه لا يدري ما هي الفائدة التي ترجى من إخضاعه للتدبير بعد أن يكون قد استوفى مدة عقوبته.

وبالرغم من أوجه الشبه العديدة بين العقوبات والتدابير فإنهما يبقيان نظامين متميزين بسبب وجود فروق بينهما، فهناك فرق أساسي بينهما يعود إلى ما تنطوي عليه العقوبة من معنى أخلاقي لا وجود له في التدبير. فالعقوبة تقوم على أساس فكرة المسؤولية الأخلاقية، وعلى أساس فكرة الخطيئة، فمن يرتكب جريمة عن إدراك واختيار فقد ارتكب فعلاً يستحق عليه العقاب، والعقوبة هنا هي رد الفعل لذلك بما تنطوي عليه من إيلام لردع الجاني ومنعه من العودة إلى الإجرام. وهذا الفارق هو الذي يبرر اتجاه العقوبة إلى ماضي الجاني لتحاسبه على ما لحق بالمجتمع من ضرر، وأن يكون الجزاء متناسباً مع ذلك الضرر بما فيه من إيلام مقصود، في حين يتجه التدبير إلى مستقبل الجاني لمواجهة خطورته والاحتياط منها مستقبلاً، فهو ليس إلا مجموعة من وسائل العلاج والتهذيب لذا يتميز أسلوب تنفيذه بابتعاده عن الإيلام المقصود.

وبذلك لم تعد العقوبة وحدها وسيلة المجتمع في كفاحه ضد الجريمة فقد أخفقت في مواطن كثيرة وعجزت أحياناً عن تحقيق الهدف المنشود وهو الردع والإصلاح، لذلك تطلب الأمر البحث عن بديل آخر للحالات التي عجزت العقوبة عن علاجها وهي التدابير الاحترازية.

إن إدخال التدابير الاحترازية في التشريعات لمواجهة الخطورة الإجرامية يمثل تقدماً كبيراً في السياسة الجنائية، فهي يمكن أن تؤدي إلى نتائج إيجابية للوقاية من الإجرام وتضمن بالتالي للجناة الخطرين على المجتمع معاملة جزائية تنسجم وطبيعتهم.

---

[١٩] د. محمد إبراهيم زيد: التدابير الاحترازية القضائية، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، آذار، ١٩٧٤، ص٢٩-٣٠.

المبحـث الثـالـث

تنفيذ الجزاء المقرر إزاء المجرمـين والرعايـة اللاحقـة لهم

يتضمن هذا الموضوع بحث أمرين هما: تنفيذ الجزاء المقرر إزاء المجرمين داخل المؤسسة العقابية، والرعاية اللاحقة لهم.

المطلـب الأول

تنفيذ الجزاء المقرر إزاء المجرمـين والمعاملة الخاصة بهم

إن مرحلة التنفيذ العقابي تعتبر خاتمة الدعوى الجزائية فعندما يصدر الحكم الواجب التنفيذ تخرج الدعوى من ولاية قضاء الحكم ولا تعود إليه إلا لسبب من الأسباب التي ينص عليها. والحكم الذي يصدر من المحكمة ما لم ينفذ، لن تكون له أية قيمة، فعدم تنفيذ الأحكام الصادرة في المسائل الجنائية يمكن أن يؤدي إلى فوضى وفشل يوصل بالنتيجة إلى اختلال الأمن والنظام في المجتمع.

وإذا كان الهدف الأساسي للعقوبة يجب أن يكون إصلاح الجناة وتقويمهم، فإن مجرد الحكم فيها على الجاني لا يكفي وحده لتحقيق الغاية المتوخاة منه، بل يتوقف ذلك على كيفية تنفيذ هذا الجزاء.

إن لسلطات التنفيذ دوراً كبيراً في تحقيق الغاية من العقوبة وبخاصة في معاملة المبتدئين، فالمشرع يكتفي بتحديد الإطار العام الذي تستطيع من خلال سلطات التنفيذ ممارسة مهماتها وتنفيذ البرامج اللازمة التي تطبق على النزلاء، والتي تحتل الأولوية في مجال إصلاحهم وإعادة تأهيلهم من خلال المعاملة اللائقة الإنسانية لهم والتي يكون لها أبلغ الأثر في نفوسهم.

وغني عن البيان أن الرعاية الاجتماعية لهؤلاء النزلاء تلعب دوراً هاماً في تأهيلهم وإعدادهم للعودة إلى المجتمع مواطنين صالحين.

ويترتب على ذلك ضرورة استخدام شتى الوسائل التربوية اللازمة لتقويمهم، وأن يعاد تأهيلهم ويعهد لهم من الأعمال التي تناسبهم[٢٠]. وهذا يتطلب وضع أنظمة علمية مدروسة لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية في المؤسسات العقابية.

ولاشك أن الأيام التي يمضيها النزيل في المؤسسات العقابية على درجة بالغة من الأهمية لأن ذلك يرتبط إلى حد كبير بمدى نجاح أساليب المعاملة الجزائية داخل المؤسسات في تحقيق أهدافها.

وبناءً على هذه الاعتبارات فإن هدف العقوبة يجب أن يكون:

١. مساعدة النزيل على التكيف مع ما تفرضه الحياة داخل المؤسسة وإعداده للعودة إلى الحياة العامة مرة أخرى مذهلاً وقويماً .

---

[٢٠] انظر د. حسن صادق المرصفاوي ود. محمد إبراهيم زيد: دور القاضي في الإشراف على تنفيذ الجزاء الجنائي، مجلة البحوث الاجتماعية والجنائية، العدد الأول، السنة الثالثة، آذار، ١٩٧٤، ص٦٢.

إن المهمة الأساسية للمؤسسة العقابية الحديثة هي السعي إلى تأهيل نزيلها وإعادة اندماجه في المجتمع، وتبدأ هذه المهمة من اليوم الأول لدخول النزيل إلى المؤسسة، ونظراً لانقطاعه عن المجتمع طيلة فترة تنفيذ العقوبة، فإنه يكون بحاجة إلى عون حقيقي لتجاوز الأزمة النفسية التي يمر بها، بحيث يؤدي إلى تقديمه للمجتمع وتقديم المجتمع إليه تدريجياً، مع تخفيف بعض القيود عن حريته قبل فترة من إطلاق سراحه[٢١]، وإعطائه بعض الامتيازات التي تخفف من حياة العزلة وتقربه من حياة المجتمع الخارجي، كنقله مثلاً إلى مكان خاص منفصل عن المؤسسة العقابية تقل فيه القيود على الحرية، أو نقله إلى مؤسسات مفتوحة أو إعطاءه إجازات قصيرة للبحث عن عمل مناسب.

٢. ضرورة ربط المحكوم عليهم بالمحبط الخارجي لتسهيل عملية تكيفهم مع الوسط الاجتماعي ومساعدتهم على حل مشاكلهم ومن بينها المشاكل العائلية .

إن الرعاية الاجتماعية للنزيل أثناء فترة الإيداع تتطلب تنظيم اتصالاته بمحيطه الخارجي وتهيئته للعودة ثانية إلى المجتمع، وذلك بالسماح له بمقابلة أسرته ومراسلتها، لأن إبعاد المحكوم عليه عن أسرته يؤثر كثيراً في حالته النفسية.

وقد تبين أن أهم مظاهر قسوة السجن على النزيل تتمثل أولاً في القلق على الأسرة، ثم الحرمان من الحرية، ثم في فقد العمل وانقطاع المورد المالي[٢٢].

٣. تشجيع المحكوم عليهم الذين يثبتون تفوقاً في العمل أو الدراسة أو يظهرون سلوكاً منضبطاً، وذلك بتخفيف القيود المفروضة عليهم تدريجياً أو منحهم مكافآت وجوائز نقدية أو عينية.

٤. بث الثقة في نفوس النزلاء وتعويدهم تحمل المسؤولية واحترام مشاعرهم وإنسانيتهم.

ومتى أخذ النزيل يشعر بقيمته كإنسان عندها يمكن القول إن ذلك يعتبر خطوة متقدمة في طريق إصلاحه، والتفكير جدياً بتعديل سلوكه والابتعاد نهائياً عن طريق الإجرام.

٥. يجب أن تشمل المعاملة الجزائية الاهتمام بالرعاية الصحية والاجتماعية والتعليم والعمل وتنظيم أوقات الفراغ، فمن الأغراض التي تستهدفها العقوبة اليوم هو منع المحكوم عليه من العودة إلى الجريمة مرة أخرى. لذلك يجب أن يلقى المحكوم عليه من الرعاية الصحية والتعليمية والتأهيل والتهذيب وغيرها الاحترام اللازم. فالتعليم الهادف يمكن أن يكون أحد العوامل لاستئصال الإجرام فيزيل بذلك سبباً من أسبابه، كما أن تشغيل النزلاء بأعمال تتناسب مع قدراتهم وخبراتهم في ورش ومعامل تنشأ داخل المؤسسة لتأهيلهم وإعدادهم للعودة مواطنين صالحين يكون هو الآخر سبباً مانعاً من العودة إلى الإجرام.

ولكي تتحقق الأهداف المتقدمة فإنه ينبغي في كل الأحوال أن تبدأ مرحلة التنفيذ العقابي بدراسة كاملة عن المحكوم عليهم ليتم في ضوء ذلك تصنيفهم واختيار الأسلوب الملائم لكل منهم.

---

[٢١] وتجدر الإشارة هنا إلى أن نظام المؤسسة العامة للإصلاح الاجتماعي رقم (١٩) لسنة ١٩٨٤، قد نص في المادة (٥) الفقرة (خامساً) على دراسة استمارات النزلاء الذين سيطلق سراحهم، قبل مدة لا تزيد على ستة أشهر، لغرض تنظيم برامج اجتماعية ونفسية تهيؤهم للعودة إلى المجتمع.

[٢٢] لقد أجازت المادة (٣٥) من قانون المؤسسة العامة للإصلاح الاجتماعي رقم (١٠٤) لسنة ١٩٨١، لمدير عام إصلاح الكبار منح النزيل العراقي في أقسام الإصلاح الاجتماعي إجازة منزلية لا تتجاوز مدتها خمسة أيام عدا أيام السفر مرة واحدة كل ثلاثة أشهر بشروط منها أن لا يكون النزيل محكوماً عليه عن جريمة ماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي.

وتعد الاختبارات الطبية والعقلية والنفسية على الجناة من أهم الأمور التي تساعد في التشخيص وتقدير الموقف مستقبلاً، والتصنيف في صورته الحديثة يقوم على اعتبارات متعددة، أهمها السن والحالة العقلية ومدة العقوبة وسوابق المحكوم عليه، حيث تخضع كل فئة للنظام الذي يناسبها، لتحقيق غاية العقوبة وهي رفع المحكوم عليه إلى مستوى المسؤولية الاجتماعية كإنسان، ولتجنب مساوئ الاختلاط بين المحكومين والذي أقل ما ينجم عنه التأثير والقدوة السيئة.

وتقضي قواعد التصنيف العقابي بضرورة الفصل بين هؤلاء، وأن هناك مضار للجمع بينهم في مؤسسة واحدة. وإذا كانت مضار هذا الجمع واضحة بالنسبة للمجرمين العاديين، فقد أثبت الطب مضاره على الشواذ أيضاً لما يولده من شعور بالنقص، ويضيف أسباباً أخرى للشذوذ، ويجعل بالتالي علاجهم مستعصياً[٢٣]. فالمجرمون الشواذ وكذلك المعتادون على الإجرام لا تجدي معهم المعاملة المقررة إزاء الأسوياء، بل يحتاجون لمعاملة خاصة يغلب عليها الطابع العلاجي، مما يستوجب فصلهم عن غيرهم وإيداعهم في مؤسسات خاصة. كما ينبغي الفصل بين الكبار في السن وبين الشباب، وبين المحكومين بأحكام طويلة عن غيرهم من المحكومين بأحكام قصيرة، مع تجنب الحكم بهذه العقوبات القصيرة قدر الإمكان.

إن عدداً كبيراً من المجرمين يبدأون حياتهم الإجرامية في سن مبكرة، وذلك لما يصاحب هذه الفترة من اندفاعات طائشة وأخطاء تجعلهم يختلفون من حيث المسؤولية والمعاملة اللازمة عن أولئك الكبار، مما يستوجب بالضرورة معاملتهم معاملة خاصة بهدف تأهيلهم وإصلاحهم.

إن الأذى والانتقام من الجاني بدأ يتقلص وسوف يختفي نهائياً نتيجة لتقدم الدراسات الاجتماعية والنفسية، لتحل وسائل الإصلاح والعلاج والتربية محل ذلك.

وعليه فإن المعاملة الخاصة بالشبان سواء كانوا مجرمين مبتدئين أو عائدين يجب أن تهدف إلى تدريبهم وإعدادهم مهنياً وفقاً للأعمال التي تناسبهم لتهيئتهم للعودة إلى المجتمع ثانية بعد الإفراج عنهم ليسهل اندماجهم مجدداً وسريعاً في الحياة الاجتماعية، وبذلك تكون هناك ثمة ضمانات لعدم العودة إلى طريق الجريمة مرة أخرى.

لقد أصبح التأهيل اليوم عملاً فنياً لا يمكن ترك تطبيقه وتقديره لمن لا يدرك أصوله، لذلك يجب تأهيل عدد كاف من الكوادر المتخصصة في شؤون الخدمة الاجتماعية والنفسية والتربوية والاستعانة بخبراء متخصصين في هذا المجال، وأن يكون الغرض الأساسي للعمل في المؤسسات العقابية هو تأهيل المحكوم عليه وتقويمه، فبقاء المحكوم عليه دون عمل يمكن أن يؤدي إلى الشغب والإخلال بالنظام، وأحياناً أخرى إلى القلق والكآبة والملل.

ولما كان هدف المعاملة الجزائية داخل هذه المؤسسات بالدرجة الأساس تأهيل وتقويم المحكوم عليه، لذا يجب اختيار العاملين فيها بعناية وممن يكونون قد تلقوا تدريباً وتخصصاً بذلك، فالعلاقة بين النزيل وموظف المؤسسة متى قامت على أسس سليمة، يمكن أن تكون عاملاً مساعداً في تغيير نفسية النزيل ودفعه ليكون مواطناً صالحاً[٢٤].

ومن نصوص المادة (الثانية) من قانون المؤسسة العامة للإصلاح الاجتماعي رقم ١٠٤ لسنة ١٩٨١ والذي حل محل قانون مصلحة السجون رقم (١٥١) لسنة ١٩٦٩، يتبين أن القانون المذكور قد جعل من أهداف المؤسسة العامة للإصلاح الاجتماعي تقويم النزلاء والمودعين الذين تصدر بحقهم أحكام أو تدابير سالبة للحرية، وذلك بتأهيلهم سلوكياً ومهنياً وتربوياً. كما نصت المواد (١٦) و(٣٤) من القانون المذكور على تشكيل لجان فنية وقسماً للشؤون الصحية في كل دائرة من دوائر إصلاح الكبار ودائرة إصلاح الأحداث، يتولى الإشراف على الصحة الجسمية والعقلية والنفسية للنزلاء والمودعين وتقديم الخدمات الصحية والوقائية والعلاجية لهم. كما ينشأ في كل قسم من أقسام الإصلاح الاجتماعي مكان خاص يعرف بمركز الاستقبال والتشخيص حسب مقتضى الحال، وتجري الفحوصات الطبية والنفسية والاجتماعية للنزلاء وتصنيفهم على أساس ذلك خلال مدة أقصاها شهران من تاريخ التحاقهم بالمركز[٢٥].

---

[٢٣] انظر د. محمود نجيب حسني: المجرمون الشواذ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص١٩٢.

[٢٤] انظر د. يسر أنور علي، د. آمال عبد الرحيم عثمان: علم الإجرام والعقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص٤٥٧.

[٢٥] انظر المادة (١٧) من قانون المؤسسة العامة للإصلاح الاجتماعي، رقم ١٠٤ لسنة ١٩٨١.

من النصوص المتقدمة يتضح لنا أن المشرع العراقي قد أخذ بأحدث المبادئ المعروفة في معاملة النزلاء في أقسام الإصلاح الاجتماعي مستهدفاً إصلاحهم وتأهيلهم سلوكياً وثقافياً ومهنياً، وإعدادهم لاستقبال الحياة الجديدة بعد الإفراج عنهم والاندماج في المجتمع كمواطنين صالحين.

ونخلص إلى أن العملية الإصلاحية يجب أن تبدأ من ساعة وصول النزيل واستقباله وتشخيص حالته من خلال وضعه في جناح الاستقبال لمدة معينة لاستكمال إجراءات الاستقبال كالفحص الطبي لضمان سلامة النزيل من الأمراض المعدية والسارية، ثم إجراء دراسة الحالة من قبل اللجنة الفنية لمعرفة وضع النزيل الاجتماعي والتربوي والنفسي والمهني والاقتصادي والعقلي، وفي ضوء تلك المعلومات يرسم للنزيل البرنامج الإصلاحي والتأهيلي الملائم لكل حالة، كما ينبغي وجود كادر متخصص في المؤسسة الإصلاحية يهتم بكل ناحية من النواحي المذكورة، كما يجب مراعاة التصنيف الذي أقره القانون والمتضمن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية في أماكن مختلفة حسب نوع العقوبة وهي، قسم الأحكام الطويلة، وقسم الأحكام القصيرة أو الخفيفة، والأحكام الخاصة، إضافة إلى القسم الخاص بالنساء.

وأخيراً نقول أن نجاح العملية برمتها يعتمد بشكل أساس على مدى تفهم المؤسسة العقابية ذات العلاقة والمسؤولين لمضامين ومردودات التجربة، والحرص على توفير الأجواء المناسبة بما يكفل نجاح العملية وحسن تنفيذ وتطبيق القانون، لتعطي مردوداتها الإيجابية من كافة النواحي المادية والإنتاجية والإصلاحية والنفسية للنزلاء.

المطلــب الثـــاني

الرعايــة اللاحقــة للمحكوم عليهم

لهذه الرعاية أهميتها لكونها مستمدة من الجهود المبذولة في المؤسسة العقابية لتأهيل المحكوم عليه وإصلاحه مراعية عدم انسلاخه عن مجتمعه والأخذ بيده عند خروجه إلى حياة الحرية بعد أن يكون قد تم إعداده للحياة الكريمة الجديدة لئلا تكون المؤسسات العقابية عاملاً من عوامل العود إلى الجريمة، فإعداد النزيل ليكون مواطناً صالحاً هو في حد ذاته حماية للمجتمع.

ولكي تتم الفائدة من المعاملة داخل المؤسسات العقابية لإصلاح الجناة وإعادة تأهيلهم ينبغي أن تتم الجهود برعاية المحكوم عليه بعد انتهاء مدة محكوميته للتأهيل الكامل. فالمفرج عنه قد يتعرض عقب الإفراج عنه لظروف اجتماعية قاسية، وقد يمر بأزمات نفسية حادة من الممكن أن تعصف بتلك الجهود التي بذلت داخل القسم لإصلاحه وتأهيله ما لم يتم الأخذ بيده لمعونته على تجاوز تلك الآثار القاسية، لكي لا تعرض المجتمع لخطر عودة الجاني مجدداً إلى الجريمة بفعل وطأة هذه الظروف، وليتم دمج المجرم بالمجتمع وإعانته مادياً ومعنوياً، وتوفير أسباب العمل الشريف له[٢٦]. لذلك تبدو أهمية الرعاية اللاحقة كعون حقيقي للمفرج عنه لتخطي الأزمة التي يمر بها، فهي ليست إحساناً وإنما هي واجب تلتزم به الدولة وتفرضه عليها وظيفتها في مكافحة العود إلى الجريمة، وبذلك تكون جزء من سياسة الدولة العقابية.

وينبغي على الدولة في العراق بذل الجهود اللازمة لتوفير الرعاية للمفرج عنهم والعمل لخير هؤلاء والمجتمع على السواء. وكان إلغاء رد الاعتبار رقم (٣) لسنة ١٩٦٧، وتعديل المادة (٩٦) من قانون العقوبات، الذي أتاح للمفرج عنهم العودة إلى الوظائف والخدمات التي كانوا يتولونها قبل الحكم عليهم دون حاجة لاستعادتهم الحقوق والمزايا لرد الاعتبار، من الدلائل على اهتمام الدولة برعاية المفرج عنهم ومساعدتهم بتوفير الأعمال المناسبة لهم، وعدم حرمانهم من الحقوق والمزايا التي كانت لهم قبل الحكم عليهم.

وتعتبر هذه الرعاية امتداداً للجهود التي بذلت في المؤسسة العقابية أو الإصلاحية، لتأهيل المحكوم عليه وإصلاحه وإعداده للحياة الجديدة بعد الإفراج عنه مواطناً صالحاً ومنتجاً.

---

[٢٦] وقد أجمعت المؤتمرات الدولية على الاعتراف بأهمية الرعاية اللاحقة، كمؤتمر الأمم المتحدة الأول لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين الذي عقد في جنيف سنة ١٩٦٥، ومؤتمر الأمم المتحدة الثاني الذي عقد في لندن سنة ١٩٧٠. انظر د. محمود نجيب حسني: علم العقاب، المرجع السابق، ص٦١٨.

وقد اعترف المشرع العراقي بأهمية التأهيل السلوكي والثقافي والمهني للنزيل والمودع في أقسام الإصلاح الاجتماعي، فنصت المادة (١٨) من قانون المؤسسة العامة للإصلاح الاجتماعي على إن: «لكل نزيل ومودع الحق في العمل وفي حدود قدرته ومؤهلاته، وفي نطاق القواعد الفنية للتصنيف والإمكانات المتوفرة بقصد تأهيله وتدريبه مهنياً وتهيئة أسباب العيش له بعد انقضاء محكوميته ومساعدته على الاندماج في المجتمع وصيرورته مواطناً صالحاً».

وبذلك نجد إن الرعاية اللاحقة للمحكوم عليهم يجب أن تأخذ مكاناً مهماً في العملية الإصلاحية، لتضمن بالتالي تحقيق الهدف الأسمى للعقوبة وهو الإصلاح ومنع العودة نهائياً إلى طريق الإجرام وضمان مصلحة الفرد والمجتمع على السواء.

الخاتمـــة

لقد تطور مفهوم العقاب تبعاً لمراحل التطور التاريخي، والذي أدى إلى تطور مماثل في أهداف العقوبة وأغراضها، وأضحت تتضمن معاني التقويم والتأهيل والإصلاح، وانفصلت بذلك عن كل معاني الإيلام المادي والمعنوي.

ولما كانت العقوبة وفقاً لتعريف الفقه هي «الجزاء الذي يفرضه القانون لمصلحة الهيئة الاجتماعية على كل من يثبت ارتكابه جريمة». فهي جزاء يتميز بالإيلام وهذا الإيلام مقصود لتحقيق أغراض اجتماعية تؤديها العقوبة للمجتمع.

وفقاً لهذا المفهوم فإن الفقه التقليدي كما أسلفنا لم يأخذ إلا بالمعيار الموضوعي أساساً في تقدير الجزاء المستخلص من الجرائم المرتكبة. فالجريمة وفقاً لذلك تلعب الدور الأساسي في تحديد الجزاء بغض النظر عن الظروف الخاصة بالجناة. وبذلك وجدنا أن شدة العقاب تبعاً لجسامة الجريمة المرتكبة هو الطريق الوحيد الذي سلكه التقليديون في الكفاح ضد ظاهرة الإجرام عجز عن محاربة هذه الظاهرة بصورة جدية لأنه يغفل جانباً مهماً يستدعي البحث والنظر عند تقدير الجزاء وهو حالة الخطورة وشخصية الجاني. ولذلك كان أساس حق العقاب عند أنصار المدرسة التقليدية هو المنفعة، وهو الأساس الذي لا يتم التسليم به إلا مع التسليم بأن الإنسان يملك إرادة حرة تدفعه إلى سلوك سبيل الفضيلة أو الجريمة طائعاً مختاراً، فأساس المسؤولية الجنائية فيها هو المسؤولية الأخلاقية القائمة على مبدأ حرية الاختيار.

أما المدرسة التقليدية الجديدة، فأساس حق العقاب فيها يقوم على الجمع بين فكرة العدالة والمنفعة الاجتماعية، وقد ذكرنا أنها نجحت بسبب اعتدالها بين الجبرية والحرية في الوصول إلى حلول موفقة كثيرة خصوصاً بشأن نفي المساواة في حرية الاختيار بين جميع الجناة، وبالتالي في إيجاد حالات كثيرة من المسؤولية المخففة تبعاً لتفاوت حرية الاختيار لدى الجناة.

وتنكر المدرسة الوضعية الإيطالية مبدأ حرية الاختيار بصفة أساسية وتؤمن بمبدأ الجبرية أو القدرية، ورتبت فكرة الجزاء على أساس اجتماعي وقانوني بحت للحيلولة دون المجرم والإضرار بالمجتمع.

أما بشأن العقوبة والتدابير الاحترازية فقد أشرنا إلى أن الاتجاه الذي يأخذ به المشرع العراقي هو أنه يخضع التدابير لمبدأ الشرعية بالرغم من أن التدابير الاحترازية لا تعتبر عقوبات بالمعنى الدقيق للعقوبات المقيدة للحرية، وذلك حماية لحقوق المواطنين وحرياتهم ومنعاً للتحكم والاستبداد، وأن إدخال التدابير في التشريعات لمواجهة الخطورة الإجرامية يمثل تقدماً كبيراً في السياسة الجنائية لمعالجة الحالات التي عجزت العقوبة عن علاجها.

وقد ذكرنا أن العقوبة بمفهومها الحديث لم تعد وسيلة للأذى والانتقام من الجاني، وإنما وسيلة لإصلاح سلوكه وتقويمه، ومنعه بالتالي من العودة ثانية إلى الإجرام.

ولكي تؤدي العقوبة غرضها في الردع والإصلاح ينبغي إعطاء القاضي الحرية اللازمة لتفريد العقوبة تبعاً لكل حالة ضمن إطار التفريد العقابي، وأن تكون الخطورة الاجتماعية الناجمة عن الجريمة محور المعاملة العقابية، وأن تحاط العقوبة بضمانات لكي لا يتحول العقاب إلى سلاح استبداد بيد السلطات العامة يمكن أن يعصف بالحريات الفردية.

وانسجاماً مع السياسة الجنائية الحديثة التي تسعى إلى تحقيق مصلحة الفرد والمجتمع معاً طالبنا باعتبار جميع العقوبات التبعية عقوبات جوازية لا يصار إليها إلا عند الضرورة، كما طالبنا بالعزوف قدر الإمكان من العقوبات قصيرة المدة وضرورة إيجاد بدائل لها تنطوي على التهذيب والإصلاح دون أن تتخذ شكل سلب الحرية كالغرامة مثلاً أو إيقاف تنفيذ العقوبة، وإلى إلغاء عقوبة الحبس في المخالفات، لأنها غير عمدية وقليلة الأهمية، لذلك تأتي عقوبتها بسيطة، فلا تكون ذات أثر فعال في ردع المخالف.

وانتهينا إلى أنه إذا كان الهدف الأساسي للعقوبة اليوم هو إصلاح الجناة وتقويمهم، فإن لسلطات التنفيذ دوراً كبيراً في تحقيق الغاية من العقوبة، وأن الرعاية الاجتماعية تلعب دوراً هاماً في تأهيلهم وإعدادهم العودة إلى المجتمع مواطنين صالحين.

المراجـــع

١. د. أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢.

٢. د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط٤، القاهرة، ١٩٦٢.

٣. د. حسن صادق المرصفاوي ود. محمد إبراهيم زيد: دور القاضي في الإشراف على تنفيذ العقوبة، مجلة البحوث الاجتماعية والجنائية، العدد الأول، السنة الثالثة، آذار، ١٩٧٤.

٤. د. حميد السعدي: شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الأول، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦.

٥. د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، الإسكندرية، ١٩٧٣.

٦. د. رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، الإسكندرية، ١٩٧٢.

٧. د. رؤوف عبيد: أصول علمي الإجرام والعقاب، ط٥، القاهرة.

٨. د. رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط٤، القاهرة، ١٩٧٩.

٩. د. رؤوف عبيد: التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون، ط٢، ١٩٨٦.

١٠. د. علي أحمد راشد: مبادئ القانون الجنائي، الجزء الأول، ط٢، القاهرة، ١٩٧٤.

١١. د. عادل عازر: النظرية العامة في ظروف الجريمة (رسالة دكتوراه)، القاهرة، ١٩٦٧.

١٢. د. محمود نجيب حسني: علم العقاب، ط٢، القاهرة، ١٩٧٣.

١٣. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، ١٩٦٢.

١٤. د. محمود نجيب حسني: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، القاهرة، ١٩٧٤.

١٥. د. محمود نجيب حسني: المجرمون الشواذ: ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.

١٦. د. محمد الفاضل: المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط٢، دمشق، ١٩٦٣.

١٧. د. محمود إبراهيم إسماعيل: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط٢، القاهرة، ١٩٥٩.

١٨. د. محمد إبراهيم زيد: التدابير الاحترازية القضائية، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، آذار، ١٩٦٤.

١٩. د. محمد شلال حبيب: التدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، ط١، بغداد، ١٩٧٦.

٢٠. د. توفيق الشاوي: المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

٢١. د. يسر أنور علي ود. آمال عبد الرحيم عثمان: علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

بسم الله الرحمن الرحيم

التحقيق البرلماني

(دراسة عن التحقيق البرلماني في مجلس النواب العراقي)

م.م تغريد عبد القادر علي

كلية القانون – الجامعة المستنصرية

التحقيق البرلماني

يعد التحقيق البرلماني من افضل وسائل الرقابة البرلمانية على اعمال الحكومة بل اكثرها فاعلية لكونه وسيله عملية للغاية اذ لا يستطيع البرلمان بغيرها ان يكتشف عيوب الجهاز الحكومي سواء من الناحية المالية والسياسية والادارية كما لا يستطيع ان يتعرف على حاجات الدولة ٠ فالتحقيقات البرلمانية تجعل البرلمان يحصل مباشرة وبنفسه على المعلومات والبيانات المطلوبة ، مما يجعله مطمئناً الى صحة تلك المعلومات على العكس من السؤال والاستجواب ، اذ يحصل البرلمان على هذه المعلومات والبيانات عن طريق ما تفصح به الحكومة وما تصوره من حقائق.(١)

وعليه يستطيع البرلمان عن طريق لجان التحقيق ان يفرض رقابة صارمة على الحكومة لا سيما اذا لم تؤد الوسائل الاخرى ، ومنها الاسئلة البرلمانية وطرح موضوع للمناقشة العامة ، الى اقتناع اعضاء البرلمان بما وصل اليهم من معلومات من اجابات الوزير او كانت البيانات الواردة محل شك كبير ولم تحز ثقة المجلس .(٢)

مشكلة البحث

لما كان التحقيق البرلماني من انجح وسائل الرقابة البرلمانية حتى في الدول التي لا تتبنى النظام البرلماني كالولايات المتحدة الامريكية فالكونغرس الامريكي اوجد وسيلة التحقيق البرلماني على الرغم من عدم وجود المسؤولية السياسية للحكومة امام الكونغرس، حيث طغى حق الكونغرس في تشكيل لجان التحقيق على اختصاصة التشريعي احيانا .

وبالرجوع الى التحقيق البرلماني في العراق وفق دستور جمهورية العراق الدائم لسنة (٢٠٠٥)فنلاحظ عدم رغبة واضعي الدستور الى وجود التحقيق البرلماني كأحد وسائل الرقابة ، وعلى الرغم من عدم نص الدستور على التحقيق البرلماني الا ان النظام الداخلي لمجلس النواب الصادر عام ٢٠٠٧ قد نص على حق اجراء التحقيق البرلماني كأحد وسائل الرقابة البرلمانية غير انه لم يفرد لهذا الحق احكام خاصة كما عمل مع باقي وسائل الرقابة كالاستجواب وطرح موضوع عام للمناقشه والسؤال . فكان تنظيمه لحق التحقيق البرلماني يشوبه القصور والخلل بحيث يمكن القول انه تنظيم قانوني عاجز عن توفير إطار قانوني سليم لممارسة هذا الحق . ويكشف لنا الواقع العملي عن كيفية ممارسة التحقيق البرلماني في مجلس النواب بدءاً من تقديم طلب تشكيل لجان التحقيق الى مناقشة تقرير اللجنة،حيث نلاحظ ما ياتي :-

١. ان النواب انفسهم تنقصهم الثقافة القانونية في موضوعنا فضلا عن الثقافة السياسية التي تجعل ولاء النائب الى حزبه اكثر من ولائه الى وظيفته الرقابية كنائب في البرلمان وبالتالي فهو لا يوافق على طلب تشكيل اللجان التحقيقية عندما يكون الوزير الذي يجري التحقيق في وزارته من حزب النائب او يتحسس البعض من وجود عضو في لجنة مضطلعة بتحقيق ينتمي الوزير وعضو اللجنة الى نفس الحزب .

٢. عدم التقيد الدقيق للنواب بما ورد من نصوص قانونية التي تنظم التحقيق البرلماني (وهي على قلتها)واحيانا تجاهلهم اياها ولقد ساعدتنا كثيراً محاضر جلسات مجلس النواب العراقي المنشورة

على الموقع الالكتروني لمجلس النواب(٣) من متابعة اجراءات واحكام موضوعنا فضلا عن بحثنا عن الاثار التي التي تترتب على هذه التحقيقات والتي للأسف ان الغاية الاساسية من تشكيل هذه اللجان لم تحقق دوما . فكل اللجان التحقيقية التي تشكلت في المجلس لم يرتب المجلس على تقريرها اي اثر يذكر وهذا خلل كبير حاولنا قدر الامكان في بحثنا المتواضع تحديد مشكلة مجلس النواب مع لجان التحقيق البرلماني سواء النصوص القانونية والواقع العملي كذلك .

اهمية البحث

تعد لجان التحقيق تطور هاما في سياق تعزيز النظام البرلماني للحكومة فهو يسمح للبرلمان بأداء واجباته بفاعلية اكبر والاضطلاع بدوره بشكل مؤثر كمجلس تشريعي والاستمرار في محاسبة الحكومة على ما تقوم به من نشاطات . حيث استطاعات بعض لجان التحقيق البرلمانية في بعض برلمانات دول العالم الاطاحة ببعض الوزراء واحياناً الحكومة كلها .

كما وتمثل اللجان كذلك وسيلة اتصالات رسمية بين البرلمان وعامة الناس وهو ما يشجع المشاركة الشعبية في العمليات البرلمانية . ويعتبر ذلك امراهاما بالنسبة للعملية الانتقالية البرلمانية ولهذا فانه يجب تشجيع هذا الاستحداث للتأكد من استمرار سيادة البرلمانات في العملية الديمقراطية .

وبناء على ما تقدم لا بد لنا ان نبحث عن كيفية ممارسة مجلس النواب العراقي لهذا الموضوع وهل حقق مجلس النواب الغايات المرجوة في تشكيل هذه اللجان ؟

اهداف البحث

حث مجلس النواب على القيام بدوره الفعال في مراقبة اعمال الحكومة عن طريق التحقيق البرلماني وذلك عن طريق ايجاد اليات داخل البرلمان تعزز من قدرته في دوره الرقابي من خلال ايجاد الاطار القانوني السليم والمتكامل سواء في الدستور او النظام الداخلي لمجلس النواب .

خطة البحث

قسمنا بحثنا هذا الى مبحثين خصصنا اولهما لتحديد مفهوم التحقيق البرلماني وافردنا ثانيهما لبيان احكام التحقيق البرلماني .

مقدمة البحث

المبحث الأول - ما هية التحقيق البرلماني

المبحث الثاني – أحكام التحقيق البرلماني

الخاتمة

المبحث الأول

ماهية التحقيق البرلماني

لبيان ماهية هذه الوسيلة الرقابية لابد من بيان مفهوم التحقيق البرلماني وغاياته وكذلك تمييزه عن التحقيقات الاخرى وعلى النحو الاتي :-

المطلب الاول – مفهوم التحقيق البرلماني .

المطلب الثاني –أهداف التحقيق البرلماني .

المطلب الثالث – الفرق بين التحقيق البرلماني والتحقيق الاداري والقضائي .

المطلب الاول

مفهوم التحقيق البرلماني

التحقيق البرلماني هو شكل من اشكال الرقابة التي يمارسها المجلس النيابي على الحكومة او السلطة التنفيذية . وتقوم بالتحقيق لجنة مؤلفة من اعضاء ينتخبهم المجلس هدفهم الكشف عن كافة العناصر المادية والمعنوية في مسألة او قضية ذات مصلحة عامة ويحق لهم الاطلاع على كل المستندات والوثائق واستدعاء المسؤولين للمثول امامها والاستفسار عن جميع الملابسات والوقائع . (٤)

كما عُرف التحقيق البرلماني على انه عملية من عمليات تقصي الحقائق عن وضع معين في اجهزة السلطة التنفيذية تمارسه لجنة مؤلفة من عدد معين من اعضاء المجلس التشريعي للكشف عن مخالفة او مخالفات سياسية بوضع اقتراحات معينة كتحريك المسؤولية السياسية او اصلاح ضرر معين او تلافي اخطاء معينة وتعرض اعمالها على المجلس التشريعي في صورة تقرير . (٥)

وعليه يعتبر حق المجالس التشريعية في اجراء التحقيق البرلماني من اهم الوسائل التي تزودها الدساتير في مواجهة السلطة التنفيذية ، حيث تستطيع بهذه الوسيلة ان تفرض رقابة فعالة على اعمالها ، لاسيما اذا ما تشككت بصحة المعلومات المعطاة من قبل الحكومة بمناسبة سؤال مقدم اليها او ما كشفت عنه المناقشة العامة في موضوع معين .

ولذلك تحرص اغلبية الدساتير على تقرير هذا الحق للسلطات التشريعية فيها ويذهب بعض الفقهاء الى القول ان حق المجالس التشريعية في تكوين لجان التحقيق يثبت لها دون الحاجة الى نص دستوري يقرره لها باعتباره وسيلة من الوسائل الضرورية التي تتمكن عن طريقها مباشرة صلاحياتها الدستورية . حيث يرى الفقيه الدستوري الفرنسي دوكي ((ان

حق اجراء التحقيق حق طبيعي لكل مجلس نيابي يكفي لتبريره الاستناد الى النصوص الدستورية التي تجعل للمجلس حق اقتراح القوانين واقرارها . فضلاً عن النصوص الدستورية التي تقيم المسؤولية الوزارية . ولما كان لكل مجلس نيابي بالبداهة ان يستنير في جميع المسائل التي يطلب اليه ان يفصل فيها ، فهذا يقتضي ان يكون له . بل ان يكون عليه ان يتوسل بكافة الوسائل التي تكفل له ان يتولى سلطاته الدستورية وهو على علم تام بوقائع الحال وفي مقدمة هذه الوسائل حق إجراء التحقيق للاستنارة)) . (٦)

وحق البرلمانات في تشكيل لجان التحقيق حق قديم فهو يعود في انجلترا الى عهد الملك (ادوارد الثاني) وعرفت فرنسا لجان التحقيق البرلمانية عام ١٨٢٨ عندما شكلت لجنة التحقيق في بعض المخالفات الاقتصادية . (٧)

وإذا كانت هذه هي القاعدة في حق أجراء التحقيق البرلماني في دساتير الدول التي تأخذ بالنظام البرلماني باعتبارات الحكومة مسؤولة أمام ممثلي البرلمان وتتمتع سياسة الدولة بدرجة من الاستقلال تخولها بتلك المهمة ألا أن النظام الرئاسي قوامه الفصل إلى ابعد حد بين السلطات وبعبارة أخرى يقوم النظام الرئاسي على أساس استقلال كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية بوظيفتها دون أن يقوم بينهما تعاون أو رقابة متبادلة ٠

ولما كانت الولايات المتحدة الأمريكية يقوم نظامها على أساس النظام الرئاسي فان السلطة التنفيذية مستقلة عن السلطة التشريعية ومرجع ذلك ليس لكون رئيس الدولة يستمد سلطته من انتخاب الشعب فحسب بل لان وزرائه لا يسألون سياسياً أمام البرلمان فلا يجوز أن يوجه البرلمان أليهم أسئلة أو استجوابات . (٨)

بيد أن الواقع يشير إلى أن التحقيق البرلماني في الكونغرس الأمريكي يعد من أقوى لجان التحقيق البرلماني على مستوى برلمانات دول العالم على الرغم من أن الدستور الأمريكي لم يشير إلى حق الكونغرس في أجراء التحقيق أو تأليف اللجان التحقيقية وقد استند الكونغرس في ممارسة التحقيق البرلماني إلى نص الفقرة الأولى من المادة الأولى في الدستور الولايات المتحدة الأمريكية والصادر عام ١٧٨٧م اوالتي نصت على ان (جميع السلطات التشريعية الممنوحة في هذا الدستور تخول إلى كونغرس الولايات المتحدة الذي يتكون من مجلس الشيخ ومجلس النواب) حيث يرى أعضاء الكونغرس الأمريكي أن الاتجاه الفكري لواضعي الدستور الأمريكي ينصب باتجاه أعطاء الكونغرس سلطة التحقيق في أعمال السلطة التنفيذية كون التحقيق يعد امراً ضرورياً لتمكين الكونغرس من ممارسة سلطته في وضع التشريعات وتقرير الاعتمادات المالية اللازمة للسلطة التنفيذية ومعرفة مدى كفاءة التشريعات والاعتمادات المقررة من قبله .

وقد ساند القضاء الأمريكي توجهات الكونغرس حيث قرر رئيس القضاة أو رئيس المحكمة العليا وارن (chief gustice warren) في قضية وتكن ضد الولايات المتحدة (case of watkinsv . united state) في عام ١٩٥٧ بان سلطة الكونغرس في أجراء التحقيق هو ((حق متأصل في اجراءات من التشريع شرط بان لاتكون الغاية من هذه السلطة هو الاستعراض)) (٩).

وقد نصت العديد من الدساتيرالعربية (١٠) على التحقيق البرلماني كأحد وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة .

أما الدستورجمهورية العراق الدائم والصادر الصادر ٢٠٠٥ فلم يشير إلى حق التحقيق البرلماني كأحد وسائل الرقابة البرلمانية على الرغم من انه حدد هذه الوسائل في المادة (٦١) منه وكنا نأمل أن ينص دستورنا النافذ صراحة على حق التحقيق البرلماني وذلك لأعطاء سلطة أقوى لمجلس النواب في ممارسة هذا الحق لا سيما وان النظام الداخلي لمجلس النواب الصادر عام ٢٠٠٧ قد أشار إلى حق المجلس في تكوين لجان تحقيق في المواد (٨٢،٨٣،٨٤،٨٥) ،حيث أشارة المادة(٨٢) منه على انه ((للمجلس تشكيل لجان فرعية ولجان مؤقتة ولجان التحقيق بحسب مقتضيات من العمل والموضوعات المعروضة عليه)) .

وقد تقدم النواب في مجلس النواب العراقي بالعديد من طلبات أجراء التحقيق بالاستناد إلى حقهم في مزاولة المجلس لمهمته في الرقابة على أعمال الحكومة .

والحقيقة اننا نرى انه بالرغم من ان دستورنا النافذ لم ينص صراحة على التحقيق البرلماني الا انه يعتبر من الحقوق البديهية لمجلس النواب ، فكما سبق وبينا ان هذا الحق يثبت دون الحاجة الى نص دستوري باعتباره وسيلة من الوسائل الضرورية التي تتمكن عن طريقها البرلمانات من مباشرة صلاحياتها الدستورية حيث ذهب بعض الفقهاء كما سبق واشرنا الى تاسيس حق البرلمان في اجراء التحقيق البرلماني بانه نتيجة طبيعية لحقه في اقتراح القوانين لان منحه هذا الحق يتطلب تزويده بالمعلومات الضرورية والصحيحة التي تمكنه من مباشرة حقه في الاقتراح ، فحق البرلمان في تكوين لجان التحقيق هو نتيجة لازمة لحقه في اقتراح القوانين ٠

المطلب الثاني

أهداف التحقيق البرلماني

ان للتحقيق البرلماني اهداف وغايات معينة يسعى الى الوصول اليها حيث تستطيع البرلمانات بهذه الوسيلة ان تفرض رقابة فعالة على اعمالها . لا سيما اذا ما تشككت بصحة المعلومات المعطاة من قبل الحكومة بمناسبة سؤال مقدم اليها او ما كشفت عنه المناقشة العامة في موضوع معين . ومن هذه الغايات :-

١- قد يعاني احد الأجهزة الحكومية من بعض العيوب والسلبيات فيستطيع البرلمان عن طريق لجان التحقيق ان يكشف تلك العيوب والسلبيات وان يشخصها ويضع العلاج ويقترح الحلول للأزمة لتفادي ذلك (١١) .
٢- يجري البرلمان التحقيق خاص بمسألة تشريعية بقصد تمهيد لوضع تشريع معين حيث يقوم البرلمان بأجراء تحقيق بموضوع مشروع القانون المعروض امامه وبما يضمن تطابق هذا المشروع مع الحاجة الفعلية والواقع المراد تنظيمه تمهيدا لوضع تشريع معين (١٢) .
٣- استجلاء وقائع معينة وبحثها وتمحيصها في صدد تحريك المسؤولية الوزارية تحقيقا لمبدأ الرقابة البرلمانية وما يترتب عليها من نتائج حتى تكون قرارات المجلس على اساس سليم من معرفة الحقيقة والوقوف عليها بالوسيلة التي يطمئن اليها قبل البت في موقف الوزراء (١٣) .

وعلى العموم فان التحقيق البرلماني يهدف الى فحص احوال المصالح الادارية او المؤسسات العامة او اي جهاز تنفيذي او اداري او اي مشروع من المشروعات العامة وذلك من اجل تقصي الحقائق . وابلاغ المجلس بحقيقة الاوضاع المالية او الاداريةاو الاقتصادية او اجراء تحقيقات في اي موضوع يتعلق بعمل من الاعمال السابقة (١٤)

المطلب الثالث

الفرق بين التحقيق البرلماني والتحقيق الإداري والقضائي :

سبق القول ان التحقيق البرلماني هو وسيلة من وسائل رقابة البرلمان لاعمال الحكومة وعليه فانه تحقيق سياسي بسبب طبيعة العلاقة الناشئة بين البرلمان والحكومة اثناء ممارسة هذا التحقيق ٠فالبرلمان عند قيامة بمراقبة وتدقيق اعمال الحكومة انما يقوم بذلك بوصفه جهة سياسية تراقب عمل سلطة سياسية اخرى وهذا الحق مستمد من مبدأ الفصل بين السلطات الذي جعل كل سلطة مستقلة عن الاخرى مع امتلاكها بعض الاختصاصات تجاه غيرها من السلطات في الدولة . (١٥)

ولما كانت دراستنا عن التحقيق البرلماني كان لابد لنا من تمييزه عما يختلط به من التحقيقات الاخرى كالتحقيق الاداري والتحقيق القضائي .

وعليه سنقسم مطلبنا هذا الى فرعين :-

الفرع الاول - الفرق بين التحقيق البرلماني والتحقيق الاداري .

الفرع الثاني – الفرق بين التحقيق البرلماني والتحقيق القضائي .

الفرع الاول – الفرق بين التحقيق البرلماني والتحقيق الاداري

قد يعرف التحقيق الاداري بانه ((استجواب يتضمن اسئلة محدد موجهة الى الموظف او العامل تفيد نسبة اتهام محدد اليه في عبارات صريحة وبطريقة تمكنه من ابداء دفاعه والرد على ما وجه اليه من اتهامات ، ويكون من شانها احاطته علماً بكل جوانب المخالفة المنسوبة اليه)) (١٦) او قد يعرف بانه ((مجموعة من الإجراءات تهدف الى الكشف عن حقيقة العلاقة بين الموظف المحال للتحقيق والواقعة محل التحقيق)) (١٧)

وعليه فالتحقيق الاداري هو نوع من التحقيق الذي تقوم به السلطة التنفيذية اذ تصدر هذه السلطة امر تشكيل لجنة تحقيقية ادارية لاستجلاء موضوع معين . ولكن يجب الملاحظة ان هذا التحقيق لا يمنع البرلمان صاحب السيادة وممثل الامة ان يقوم بالتحقيق في ذات الموضوع الذي قررت الحكومة اجراء التحقيق الاداري بشأنه ، لا سيما ان البرلمان قد تكون له اهداف واغراض من وراء هذا التحقيق تختلف عن تلك التي ترمي اليها الحكومة كما ان البرلمان ربما لا يطمئن الى هذا التحقيق الذي قامت به الحكومة ٠ لان هذا التحقيق قد جعل من الحكومة خصما وحكما في ذات الوقت(١٨).

كما يختلف الغرض بين التحقيق الاداري والبرلماني فاذا كان التحقيق الاداري وسيلة لكشف الحقيقة واستظهارها فهو تمهيد للمحاكمة التأديبية في حال ثبوت المخالفة او يكون مجرد اجراء تمهيدي يهدف الى اكتشاف حقيقة العلاقة بين الموظف المتهم بارتكاب مخالفة والتهم المنسوبة اليه ، واذا كان اقصى ما قد يصل اليه التحقيق الاداري هو اعلان المسؤولية الادارية اذ هي محوره يدور حولها لتقريرها او نفيها فان الغاية من التحقيق البرلماني هو الرغبة في التحقيق مما اذا كان هنالك تجاوز من عدمه ويبقى حق تقدير اجراء التحقيق او عدم اجرائه متعلقا بقرار من المجلس ٠وتمتلك السلطة التشريعية حقها كاملا في الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية وفي تقدير سلطتها الدستورية في هذا الشأن (١٩).

الفرع الثاني – الفرق بين التحقيق البرلماني والتحقيق القضائي

غني عن البيان ان اجراءات التحقيق في المواد الجزائية هي مجموعة الاجراءات تستهدف التنقيب عن الادلة في شأن جريمة ارتكبت وتجميعها ثم تقديرها لتحديد مدى كفايتها لاحالة المتهم الى المحاكمة وتختلف في طبيعتها وفي مراحلها وفي شخص من يتولاها وفي اوضاعها وهدفها بوجه عام عن التحقيق البرلماني ٠ وكذلك في اسلوب التصرف في الدعوى وحفظها او تقديمها للمحاكمة ، وتكييفها القانوني كجناية او جنحة وفي نظام التحقيق ذاته وفي الاوامر التي تصدرها الجهة القائمة بالتحقيق ، وفي الحبس الاحتياطي وتجديده ومدته وفي الافراج عن المتهم وفي سلطة المحقق في اتخاذ اي من هذه الاجراءات ، مما يختلف اختلاف جوهرياً عن التحقيق البرلماني (٢٠) .

فالتحقيق البرلماني يقتصر على اعمال وتصرفات الحكومة وفي الغالب يقصد به الاستنارة في شؤون عامة لا فردية ، في حين ان التحقيق القضائي يجري مع افراد عاديين ومعينين بلغ عنهم لارتكابهم افعالاً جنائية محظورة ومحددة ٠

اما من حيث الاثر فان التحقيق البرلماني ذو طابع سياسي حيث ينطوي على عقوبة سياسية تتجسد في حجب الثقة عن الحكومة او عن احد اعضائها ، عندما يثبت التقصير او الخطأ اما التحقيق القضائي فهو ذو صفة قضائية تترتب عليه البراءة عن التهمة المنسوبة الى المتهم او الحكم عليه باحدى العقوبات المقررة قانون(٢١) .

اما من حيث الوسائل فان لجان التحقيق القضائية تتمتع بسلطات اوسع بكثير من تلك الممنوحة للجان التحقيق البرلمانية ، فقاضي التحقيق يجوز له ان يوقف او يفتش وان يحجز الاشخاص او الوثائق او الادلة في حين ان التحقيق البرلماني ربما لا يملك هذه السلطات الواسعة فهي تقف عند استدعاء الشهود واستجوابهم على الرغم من ان البرلمان قد يمنح لجان التحقيق البرلماني بعض السلطات الخاصة في المسائل الخطرة و ذات الاهمية الخاصة (٢٢) .

المبحث الثاني / احكام التحقيق البرلماني

لاجل بيان الاحكام التي تنظم ممارسة التحقيق البرلماني من حيث الجهات التي لها الحق في طلب اجراء التحقيق وكيفية تشكيل اللجان وبيان نطاق التحقيق وسلطات اللجان التحقيقية فاننا سنقسم هذا المبحث الى المطالب الاتية:

المطلب الاول : الجهات التي لها الحق في طلب اجراء التحقيق البرلماني والقيود الوارده عليه.

المطلب الثاني : تشكيل اللجان التحقيقية البرلمانية وصلاحياتها .

المطلب الثالث : كيفية عمل اللجان التحقيقية البرلمانيه والاثار المترتبة على عملها.

المطلب الاول : الجهات التي لها الحق في طلب اجراء التحقيق البرلماني والقيود الوارده عليه.

ان اجراء التحقيق البرلماني لايتم بصورة تلقائية من قبل البرلمان وانما يتم عادة بقرار منه ، اما بناء على طلب يقدمه عدد من اعضاء البرلمان ، او بناء على طلب احدى اللجان البرلمانية .ففي انكلترا يتم تشكيل لجنة التحقيق بناء على عريضة او اقتراح مقدم من قبل احد اعضاء البرلمان او بناء على تقرير لجنة مختارة ،اما في الولايات المتحدة الامريكية فلا توجد احكام تحدد الجهات التي لها حق طلب اجراء التحقيق البرلماني في الكونغرس الامريكي فالامر متروك للمبادي العامة في تحديد الجهات التي لها الحق في تقديم طلب اجراء التحقيق ، وبالرجوع الى المبادي العامة يلاحظ انها تتضمن حق اي شخص في الولايات المتحدة بما في ذلك رئيس الدولة او نائبه او حتى احدى السلطات التشريعية في الولايات المتحدة (٢٣) .

وبالرجوع الى الدساتير و الانظمة الداخلية للبرلمانات العربية نجد مثلا المادة ٢١٩من الائحةالداخلية لمجلس الشعب المصري لسنة ١٩٧٩ ان مجلس الشعب يمكن ان يشكل لجنة خاصة لاجراء التحقيق ويتم تشكيل لجنة في هذه الحالة بقرار من المجلس بناء على طلب من اللجنة العامة لمجلس الشعب او احدى لجان المجلس بناء على طلب مقدم من قبل عشرين عضوا من اعضاء مجلس الشعب على الاقل،وبأن ترفع تقريرا بذلك إلى المجلس وتنظم لائحة .

وكذلك من الدساتير العربية التي نصت على هذا الحق صراحة، الدستور السوري الصادر عام ١٩٧٣في مادته ٧٣التي تنص على أنه: "للمجلس أن يؤلف لجان مؤقتة من بين أعضائه لجمع المعلومات وتقصي الحقائق في المواضيع التي تتعلق بممارسة اختصاصاته". بينما الدستور السوداني الصادر عام ٢٠٠٥ وهو الدستور العربي الوحيد الذي يشترط الموافقة المسبقة لرئيس الجمهورية في إنشاء لجان التحقيق، فتقر المادة ١٥٣ منه على أنه: "يجوز لمجلس الشعب- بموافقة رئيس الجمهورية -أن يكلف أية

لجنة من أعضائه بأن تحقق في أية مسألة ضمن مسؤولية السلطة التنفيذيةالإجراءات التي تتبع في مثل تلك الحالات"(٢٤) .

اما دستور جمهورية العراق الدائم والصادر عام ٢٠٠٥ فلم يشر الى التحقيق البرلماني كأحد وسائل الرقابة البرلمانية على اعمال الحكومة . في حين نظمت المادة (٨٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي والصادر عام ٢٠٠٧ عملية قيام المجلس بالتحقيق فنصت على ان ((يتم تشكيل اللجان المؤقتة ولجان التحقيق بموافقة اغلبية عدد الحاضرين في المجلس بناءً على اقتراح من هيأة الرئاسة او من خمسين عضواً من الاعضاء)) .

ونرى ان تحديد حق طلب اجراء التحقيق بهيأة الرئاسة او من خمسين عضواً من الاعضاء امر غير صائب فبالرغم من ان اتخاذ قرار من هيئة الرئاسة يتطلب التوافق بين اعضائها بحسب المادة (٩) من النظام الداخلي . الا ان مجرد التوصل الى هذا الاتفاق امر في غاية الصعوبة ذلك ان توزيع مناصب هيئة الرئاسة والمناصب الحكومية عموما يتم وفق معيار حزبي وطائفي وعرقي ومن ثم فان طلب التحقيق في تصرفات احد المسؤولين في الحكومة سيؤدي في الغالب الى تحفظ وحساسية من ينتمي (في هيأة الرئاسة) الى نفس الفئة الحزبية والطائفية هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان تقديم المقترح من خمسين عضواً من اعضاء مجلس النواب امر في غاية الصعوبة وفق ما يتسم به مجلسنا الموقر من التكتلات الطائفية والحزبية حسب ما ذكرنا اللهم الا اذا اتفق الخمسين عضواً وكانوا من نفس الفئة سواء الحزبية او الطائفية .

ووفق ما تقدم نأمل بان يعدل نص المادة (٨٣) من النظام الداخلي بما يكفل لكل نائب من النواب حق تقديم طلب بتشكيل اللجان التحقيقية خصوصاً وان هذا الطلب سيتوقف على موافقة الاغلبية . وذلك لتنشيط ودفع مجلس النواب للقيام بدوره الرقابي واخراجه من فكرة عدم الرغبة في خوض هذا الدور ودليل قولنا ان طلبات تشكيل لجان التحقيق في مجلسنا غالباً ما يكون نتيجة لحملة اعلامية سواء بالصحف او بالتلفاز عن طريق ما تتناقله الفضائيات من انباء كما هو الحال عن الطلب المقدم بتشكيل لجنة تحقيقية عن حدوث حالات وفاة لمعتقلين في سجن المقدادية واصابة البعض منهم بالتسمم فضلاً عن ممارسات وانتهاكات صارخة في عدد من سجون ومعتقلات ديالى(٢٥) .

وحقيقة الامر نجد ان مجلس النواب لا توجد لديه اية رغبة في تفعيل عمل لجان التحقيق وهذا ما تلمسه حتى النواب انفسهم من خلال تقديم طلبات تشكيل اللجان حيث تشير السوابق البرلمانية في مجلسنا الى انه اما ان لا تحصل موافقة الاغلبية عندما يكون الطلب مقدم من هيئة الرئاسة (٢٦) او ان يكون الطلب مقدم من ٥٢ عضو اي اكثر مما يتطلب النظام الداخلي

وموقع عليه بالخط الاحمر لاهمية الموضوع، ومع ذلك فان هذا الطلب لم يدرج على جدول اعمال المجلس لطرحه والتصويت عليه على الرغم من مرور ٢٥ يوم على تقديمه بحجة انه لم يدرج على جدول الاعمال مما اثار استغراب وريبة النواب مقدموا الطلب واتهامهم هيأة رئاسة المجلس باخفاء وتجاوز اراء اكثر من خمسين عضو في ممارسة دورهم الرقابي على حد قولهم (٢٧) .

ونأمل ان يحدد نظامنا الداخلي هذه الامور على الرغم من بساطتها وجعل مناقشة طلب تشكيل لجان التحقيق يكون على جدول اعمال اول جلسة تلي تقديم الطلب وبهذا ينأى المجلس نفسه عن اتهامات النواب له خصوصاً عندما يقدم الطلب وفق الاليات المتبعة في مجلس النواب هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان المشرع العراقي لم يتطلب اية شروط او قيود في طلب اجراء التحقيق سواء في الدستور او النظام الداخلي حيث لم يشترط تضمين الطلب شروطاً شكلية او موضوعية لقبوله ، عدا ما نصت عليه المادة (٨٣) من النظام الداخلي للمجلس والتي تطلبت ان يكون الطلب مقدم من خمسين عضواً من اعضاء المجلس وكان الاجدر به لو اخذ منحى بعض التوجهات التي اشارت اليها اللوائح الداخلية لبعض البرلمانات العربية ومن هذه القيود والشروط ما يلي :-

١. يجب ان يكون طلب اجراء التحقيق مكتوباً وموقعاً عليه ويقدم الى رئيس المجلس وان يراعى النصاب العددي المحدد قانوناً للاعضاء مقدمي الطلب (٢٨) . وبالرغم من ان نظامنا الداخلي لم يتطلب الكتابة والتوقيع الا ان الممارسة العملية في مجلس النواب تؤكد ان رئيس المجلس لا يستلم اي طلب للتحقيق ما لم يكون مكتوباً وموقعاً عليه من خمسين عضواً ولاضير عنده اذا كان العدد أكثر من ذلك بل ان نوابنا جاءوا بسابقة برلمانية بان جعلوا التوقيع بالخط الاحمر بسبب اهمية الموضوع (٢٩) وكذلك اثبتت الممارسة العملية في مجلسنا ان الطلب يجب ان يتسم بالجدية كأرفاق البيانات والاوراق والوثائق المؤيدة لصحة مايرغبه صاحب الطلب كما حصل في طلب اللجنة التحقيقية المقدم من لجنة العمل والخدمات والتي اصرت على الاحتفاظ بكافة التقارير والمستمسكات الى حين تشكيل اللجنة التحقيقية في موضوع طائرات الخطوط الجوية العراقية ووضعها تحت تصرفها حفاظاً على الامن الوطني (٣٠) .

وكذلك الطلب المقدم لتشكيل لجنة تحقيقية للتحقيق مع هيئات ومديريات اجتثاث البعث حيث اكد مقدموا الطلب ان لديهم كتب مزورة وتجاوز صلاحيات ومخالفات قانونية. (٣١) .

٢. يحق لرئيس مجلس الوزراء او الوزير المختص حسب الاحوال ان يطلب تأجيل نظر الطلب بتشكيل لجنة تحقيقية لمدة لا تزيد على اسبوعين

ويجب عندئذٍ ان يجيبه المجلس الى طلبه دون مناقشة او تصويت اما اذا طلب التأجيل لمدة تزيد على ذلك ، فلا يكون الا بقرار من المجلس يصدر بطبيعة الحال بعد مناقشة الطلب والتصويت عليه (٣٢) .

٣. يجب ان يكون الموضوع محل التحقيق من المواضيع التي تدخل في اختصاصات البرلمان الدستورية . فلا يجوز ان تكون الاحكام القضائية النهائية محل للتحقيق او المواضيع التي تتصل بصلاحيات رئيس الدولة الشخصية (٣٣) ٠

٤. كما ان هناك مجالات قد يصعب على البرلمان رقابتها ومنها الاعمال المتعلقة بحالة الضرورة اذ المفروض في الحكومة ان تكون تصرفاتها خاضعة لمبدأ المشروعة . غير ان الحكومة في بعض الاحيان تلجأ الى الخروج عن هذا المبدأ وتتخذ من التصرفات ما لا تسمح بها القوانين القائمة استناداً الى قيام حالة الضرورة ومن الامور التي يصعب مراقبتها ايضاً الاعمال المتعلقة بالشؤون العسكرية او الشؤون الخارجية او اجهزة المخابرات العامة (٣٤).

والحقيقة ان المشرع العربي يحرص على احاطة استعمال حق التحقيق البرلماني بهذه الشروط والقيود وذلك ضماناً لعدم اسراف المجلس النيابي في استخدام هذا الحق ويحول اعضاء الحكومة الى ادوات تزود المجلس باستمرار بالبيانات والمعلومات والوثائق دون مبرر اللهم الا ازعاج الحكومة . واعتبار ذلك وسيلة للحفاظ عليها (٣٥).

فضلاً عن كل ما تقدم فان النظام الداخلي لمجلس النواب لم يبين الحالات التي يسقط فيها طلب انشاء اللجان التحقيقية لكي يكون النائب على علم ودراية في كيفية ممارسة حقه الرقابي هذا. وعلى العموم فان الاسباب التي يسقط فيها الطلب يمكن اجمالها بالاتي (٣٦) :-

١. عند انتهاء الفصل التشريعي ، أما انتهاء دور ألأنعقاد فلا يسقطه .

٢. اذا تغيب مقدموا الطلب عن الجلسة المحددة لنظره.

٣. اذا تنازل مقدموا الطلب عنه او تم سحبه .

٤. اذا انتهت عضوية مقدموه دون ان يتبناه غيرهم.

٥. اذا تخلى من وجه اليه الطلب عن منصبه.

المطلب الثاني :-

تشكيل اللجان البرلمانية وصلاحياتها :

لا يمكن للبرلمان ان يكتشف عيوب الجهاز الاداري سواء من الناحية المالية او العسكرية او السياسية او الادارية ، كما لا يمكن ان يتعرف على حاجيات البلاد بغير طريقة التحقيق البرلماني .

وقد يكون الامر خطيراً كخلل في اجهزة الدولة او حدوث فضيحة سياسية او مالية فيرغب المجلس في ان يستوضح الامر بنفسه وبشكل مباشر فيجري تحقيقاً ينـدب له عضواً او اكثر من اعضائه وقد يؤلف لجنة خاصة تسمى ((لجنة تحقيق)) تتولى بنفسها وباسم المجلس ولحساب دراسة الموضوع الذي الفت من اجله (٣٧) .

والحقيقة ان البرلمان لا يتولى التحقيق بكامل هيئاته لان هذا لا يلائم الاعتبارات العملية والذي يحدث فعلاً انه عندما يصدر قرار من البرلمان باجراء التحقيق تتشكل لجنة ويتم ذلك بان يشكل البرلمان من بين اعضائه لجنة خاصة مؤلفة من عدد قليل من الاعضاء لذلك الغرض دون غيره حيث تتولى التحقيق بسرعة وفاعلية وتقدم تقرير عنه وبالنتيجة التي توصل اليها . واما ان يتولى التحقيق لجنة دائمة في البرلمان ثم ترفع تقريرها اليه (٣٨) .

ففي انجلترا فان مجلس العموم يتمتع بسلطة تعيين لجنة تحقيق في امر من الامور المهمة وذات المستوى الخاص . اما في فرنسا فانه يتم ايكال التحقيق الى لجان التحقيق والمراقبة وهي لجان مستقلة عن اللجان الدائمة في الجمعية الوطنية (٣٩) . اما في الولايات المتحدة الامريكية فانه يتم احالة الشكوى الواردة الى احد مجلسي الكونغرس الى احدى اللجان الدائمة في المجلس او يتم تشكيل لجنة تحقيقية خاصة متكونة من اعضاء مجلس النواب او الشيوخ او قد يتم تشكيل لجنة تحقيق مشتركة من المجلسين .قد تضم في عضويتها بالاضافة الى الاعضاء من مجلس النواب والشيوخ اعضاء من السلطة التنفيذية او حتى افراد عاديين (٤٠) .

وفي مصر فقد نظمت المادة (٢١٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب لسنة ١٩٧٩ عدد اعضاء لجان التحقيق او تقضي الحقائق وكيفية اختيارهم عندما نصت ((ولا يجوز ان يقل عدد اعضاء اللجنة المشكلة لتقصي الحقائق عن سبعة ولا يزيد عن خمسة وعشرون عضواً يختارهم المجلس بناءً على ترشيح رئيس المجلس . مع مراعاة التخصص والخبرة في الموضوعات المشكلة من اجلها اللجنة على ان يراعى تمثيل الهيئات البرلمانية للاحزاب المعارضة والاعضاء غير المنتمين للاحزاب اذا كان عددهم في المجلس لا يقل عن عشرة اعضاء ، ويحدد قرار تشكيل اللجنة رئيسها وتختار امانة خاصة باللجنة من بين اعضائها او من بين العاملين بالامانة العامة للمجلس بناءً على ما يقترحه رئيس اللجنة)) .

وفي العراق نجد ان النظام الداخلي لمجلس النواب قد عهد بأعمال التحقيق الى لجنة مؤقته تتشكل بموافقة اغلبية عدد الحاضرين في المجلس (٤١) اذ ليس من بين لجان مجلس النواب لجنة دائمة بأسم لجنة تحقيق او لجنة تقصي الحقائق٠

بيد أن النظام الداخلي لم يبين كيفية اختيار أعضاء اللجنة او عددهم ونتمنى ان يعالج هذا النقص في نصوص النظام الداخلي للمجلس بتحديد عدد أعضاء اللجنة التحقيقية بما لا يتجاوز ١٥ عضو حسب أهمية وجسامة موضوع التحقيق ذلك لأن كثرة عدد الاعضاء قد يعيق عمل اللجنة في القيام بمهامها على أفضل حال كما نأمل ان يكون اختيارهم على اساس المهارة والكفاءه والخبرة في موضوع محل التحقيق فضلاً عن النزاهة٠

اما عن كيفية اختيار اعضاء اللجنة فلم يشير كذلك الدستور والنظام الداخلي الى ذلك ولكن بالرجوع الى واقع ممارسة المجلس لكيفية اختيار الاعضاء نجد ان هيأة الرئاسة هي التي تأتي بأسماء أعضاء اللجنة ثم تعرضها للتصويت ويرى بعض النواب ان هيأة الرئاسة بأسلوبها بعدم فسح المجال مناقشة مقترح اسماء اعضاء اللجنة هي سياسة فرض الامر الواقع على اعضاء المجلس بل واعتبرها على حد قوله انها هذه المسألة هي طبخ وسلق وتسويف لصلاحيات المجلس وأنهم لايقبلون بهذه الأدارة (٤٢).

وبناء على ما تقدم نرى ان الالية التي انتهجتها هيأة الرئاسة في الدورة الانتخابية الاولى والمشار اليها فيما تقدم مناسبة وناجحة لممارسة هذا النوع من الرقابة في اختيار اعضاء اللجان التحقيقية البرلمانية ويمكن أعتبارها عرفاً دستورياً تواترت العادة على الاخذ به فيما قد يطرح من مسائل مهمة تحتاج الى القيام بالتحقيق البرلماني وبهذا نكون قد حققنا الفائدة العلمية والعملية من قيام البرلمان لممارسة دوره الرقابي، فالعلمية تكمن في ان هيأة الرئاسة اكثر قابلية على تحديد ومعرفة قدرات اعضاء المجلس من خلال ما يطرحونه من العمل اليومي والمناقشة ودأب الاعضاء على الحضور الى جلسات المجلس ونضمن ايضا حيادية اعضاء تلك اللجان ونزاهتهم من خلال ابتعادهم عن الترشيح المحسوب على الاحزاب والكتل البرلمانية الكبيرة فنبعد عن ذلك عنصر المساومة من هذا النوع عن العمل ٠

اما من الناحية العملية فنكون بذلك قد حققنا سرعة الانجاز والتشكيل تفوق الانظمة الدستورية المقارنة من حيث عدم التباطؤ في معالجة تلك المسائل الحساسة والتي غالباً ما تثار بناء على الرأي العام وحركة الشارع العراقي٠

أضافة الى توفير عنصر المسؤولية الادبية على هيأة الرئاسة في متابعة أعمال تلك اللجان التي اخترناها سابقاً وتغيير الاعضاء المتباطئين والمتغيبين عن تلك اللجان بناءً على اقتراح رئيس اللجنة التحقيقية المعني وبذلك تكون المدة الزمنية في انجاز اعمال اللجنة قصير جداً بعد ان تجاوزنا الصيغ الشكلية والاجرائية في تسمية وتشكيل تلك اللجان ٠

اما عن سلطات وصلاحيات لجان التحقيق البرلمانية فحقيقية الامر ان الدول تتفاوت في السلطات الممنوحة للجان المذكورة لكي تستطيع اداء مهمتها فلجان التحقيق البرلمانية – الامريكية – تملك سلطات واسعة اهمها سلطتها في استدعاء من تطلب شهادتهم والزامهم بالمثول امامها واجبارهم على ان يضعوا ما بين ايديهم من مستندات تخص موضوع التحقيق

تحت أمرة اللجنة التي تباشره فإذا امتنع احدهم عن المثول امام اللجنة رغم استدعاءه او أبى تقديم ما طلبته اللجنة بفعله هذا – امتناعه – يعد مرتكب جريمة جنائية تسمى جريمة اهانة او احتقار الكونغرس وهي جريمة يعاقب عليها جنائياً وتتجدد الاهانة او ذلك الاحتقار عند كل سؤال ترفض الاجابة عنه (٤٣) .

وفي انجلترا جرت العادة والتقاليد على تخويل البرلمان الانجليزي ولجانه حق استدعاء الشهود وعقابهم في حالة رفض هؤلاء الحضور ، وعليه فأذا ما قرر البرلمان الانجليزي تأليف لجنة لتقصي الحقائق في امر معين فهو يخولها دائماً الحق في استحضار الاشخاص والاوراق والسجلات وهي سلطة تتضمن حق استحضار الشهود واستجوابهم(٤٤) .

هذا والاصل ان لجنة التحقيق البرلمانية تملك الحق في استدعاء أي شخص يتناوله التحقيق لسماع اقواله في سبيل الوصول الى تحقيق العدالة سواء بصفته شاهد او متهماً وسواء كان الاتهام الموجه اليه ثابتاً او قائماً على مجرد الشبهات دون اخلال لمبدأ ان الاصل في المتهم البراء حتى ثبوت ادانته٠

ويدخل في نظام السطلة التنفييذية المطلقة للجنة التحقيق تقدير ملائمة استدعاء وتحديد وضع المستدعي في النهاية في ما يتكشف اثناء هذا التحقيق الذي لا يسوغ تقييد سلطة اللجنة بصدده وحسب حجمها في استباقه على الوجه الذي تراه موصلاً للعدالة والذي لا يجوز مصادرة حقها في تقديره قبل تناولها اياه ، والا اصبحت وظيفتها لغواً وتعذر الوصول الى الحقيقية من التحقيق (١٧) .

وبالحديث عن صلاحيات لجان التحقيق في مجلس النواب العراقي نجد ان المادة (٨٤) من النظام الداخلي للمجلس المذكور تنص على ان (تتمتع لجنة التحقيق بصلاحية تقصي الحقائق فيما هو معروض عليها من قضايا ويحق للجنة دعوة أي شخص لسماع اقواله على وفق الطرق الاصولية ولها حق الاطلاع على كل ما له علاقة بالقضية المعروضه عليها من دون المساس بالقضايا المعروضه على القضاء ولها الاستعانة بالخبراء ويتم تحديد اجورهم بالاتفاق مع هيأة الرئاسة)٠

على الرغم من النص اعلاه الا ان النظام الداخلي لم يبين تفصيلات هذه الصلاحيات في طريقة دعوة أي شخص سوى نصه على ان الاستدعاء وفق الطرق الاصولية والسؤال ما هي هذه الطرق ؟ حيث لم يتطرق النظام المذكور الى طريق الدعوة للجان التحقيق بل فصلها الى اللجان الدائمة في المادة ٧٧ حيث يحق للجنة بموافقة اغلبية اعضائها دعوة أي وزير أو من هو بدرجته للاستيضاح مع اعلام رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وعلى المسؤول المدعو حضور اجتماع اللجنة خلال سبعة ايام من تاريخ تسليمه الدعوى، كما يحق للجنة وبموافقة اغلبية اعضائها دعوة وكلاء الوزراء واصحاب الدرجات الخاصة وغيرهم من موظفي الحكومة مدنيين وعسكريين مباشرة للاستيضاح وطلب المعلومات مع اعلام رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء بذلك ٠

وعليه نأمل ان يضع النظام الداخلي الَية واضحة للجان التحقيق يستطيع من خلالها دعوة أي شخص لسماع اقوال وافراد نص خاص بذلك كما هو

الحال في اللجان الدائمة ٠ومن ناحية اخرى نرى ان النظام الداخلي لم يتطرق الى الضمانات التي يقدمها الى الشهود البرلمانيين لتشجيعهم على الادلاء بمعلوماتهم كما ان النظام المذكور لم يتطرق الى جزاء مخالفة الاشخاص طلب الاستدعاء او حالة حضورهم ثم امتناعهم عن حلف اليمين او اداء الشهادة وتقديم معلومات غير صحيحة او الامتناع عن تقديم الوثائق والمستندات المتعلقة بالقضية المعروضة على للجنة التحقيق وكل ما نصت عليه المادة هو عبارة (٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠وفق الطرق الاصولية) الامر الذي جعل من النص على صلاحيات سلطات لجان التحقيق عديم الفائدة بدون النص على الزام الجهات الحكومية بالاستجابة لهذه السلطات .

كيفيية عمل اللجان التحقيقة البرلمانية والاثارالمترتبة عليها

من الثابت ان عمل لجان التحقيق يختلف باختلاف الموضوع والمسائل واللجان تعمل عادة بالطرق الخاصة بها كلجان تحقيق برلمانية ، فبعد ان تجمع جميع الاوراق والمستندات والملفات وبعد سماع شهادة الشهود اللازمة والتحقيقات التي تجريها تقوم بدراسة الموضوع محل التحقيق من واقع جمع هذه الوثائق والبيانات (٤٥) .

وحسب ما تقتضيه المواضيع والاحوال فقد يستوجب التحقيق في الموضوع من اللجنة ان تقوم بالزيارة الميدانية لبعض الاجهزة والمؤسسات الحكومية وان تلتقي بعدد من المسؤولين في تلك الاجهزة ومن ثم تفتح النقاش معهم حول سير الاعمال في تلك الاجهزة ، والمؤسسات وقد يقتضي الامر اللقاء بعدد من المواطنين الذين يراجعون تلك المرافق والاستماع اليهم والدخول في المرافق محل التحقيق للاطلاع (٤٦) .

وقد يستمر عمل اللجنة شهور من اجل مناقشة تقرير الخبراء او مراجعة بعض المستندات والبيانات التي حصلت عليها ومناقشة الوزير المعني حيث تعقد عدة جلسات لدراسة الموضوع دراسة شاملة وعليه تحرص بعض البرلمانات على تحديد وقت معين تنجز فيه لجان التحقيق اعمالها ومع ذلك فان هذه البرلمانات تشهد في الواقع تمديدات مستمرة لمدة عمل اللجان تمكينا لها من وضع تقريرها النهائي.

ويثور التساؤل عن الاثر القانوني لاستمرار لجنة تحقيق برلمانية في عملها بعد انتهاء الفترة المحددة لها ؟ فاذا انقضت المدة التي حددها قرار المجلس للجنة التحقيق لانجاز عملها وتقديم تقريرها فانه يكون للمجلس سواء بناء على طلب رئيس اللجنة او من المجلس مباشرة وعلى ضوء ما يعرض ما تم انجازه من عمل اللجنة ان يمنح مهلة اضافية لتقديم تقريرها او ان يقرر احالته الى لجنة اخرى يجرى تشكيلها يتصدى مباشرة للموضوع بالمناقشة واتخاذ القرار (٤٧) وعلى العموم فان انتهاء الفصل التشريعي

يضع نهاية لعمل لجنة التحقيق ولا تستطيع الاستمرار في عملها الا اذا راى المجلس الجديد السماح بذلك .

وما تجدر الاشارة اليه الى ان جلسات لجان التحقيق تكون على نوعين: اِما سرية او علنية حيث يذهب بعض الكتاب الى ان بعض التحقيقات كالتي تتعلق بنزاهة الحكم وسمعة الحكومة والمسائل الهامة التي ترتبط بمصالح الجماهير ينبغي اطلاع الراي العام عليها ومدى التزامه بالمبادئ والاهداف العامة واغراضها عنها (٤٨) حيث يرون وجوب اتاحة الفرصة الكاملة لكل من تناول التحقيق البرلماني للدفاع عن نفسه والاستعانة بمحام اذ ان التحقيق علني وليس سري وكذلك في حالات التي يكون في اذاعة التحقيق ضرر بالمصلحة العامة . ويؤكد هؤلاء رايهم بان التحقيقات ترتبط بالدرجة الاولى بمصالح الجماهير اذ انها توضح الحقيقة للشعب كما حدث في امريكا في فضيحة ووترجت (٤٩) .

وذهب رأي آخر الى أن جلسات لجان التحقيق البرلمانية تتسم بالسرية لكي تقوم بمهامها ونشاطها بعيداً عن الرأي العام لا سيما عند ما يكون في اطلاع الاخير اضرار بالمصلحة العامة وغالباً ما تكون سرية جلسات اللجان التحقيق بموجب نص في الدساتير والانظمة الداخلية للبرلمانات الدول .

والحقيقة ان السوابق البرلمانية لعبت دورا هاما في جعل السرية مبدا عاما يحكم جلسات لجان التحقيق (٥٠) .

وبالرجوع الى النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي فانه لم يتناول فترة عمل لجان التحقيق ولا شكل جلساتها كونها علنية او سرية حيث لا يوجد نص صريح يبين خضوع جلسلت لجان التحقيق الى العلانية من عدمه ومن دراسة النصوص ألتي نظمت هذا الجانب نجد ان العلانية هي القاعدة العامة التي تحكم عمل جلسات مجلس النواب وقد أكدت على هذا الحكم المادة (٢٩) من النظام الداخلي للمجلس (٥١) والتي جعلت من جلسات مجلس النواب علنيه ما لم يقرر المجلس عكس ذلك بل نلاحظ ان النظام الداخلي قد فصل هذه المواضيع للجان الدائمة وتناسى ان هناك لجان تحقيق تناط بها مهام جسام في ظل وضع العراق الراهن وما تتعرض له اجهزة الدولة من اختراق للقانون وشتى انواع الفساد ٠

وعليه نقترح ان يتم تحديد فترة لعمل لجان التحقيق بما لا تزيد عن شهرين فقط لا اكثر وفي حالة عدم تقديمها التقرير خلال الفترة اعلاه هنا نرى ان لا يطلب معرفة اسباب التاخير ولا ان نمنح المجلس حق اعطاء فترة اضافية اخرى لتمديد عمل لجنة التحقيق بل ان يصار فوراً الى ان يعرض رئيس المجلس الامر على مجلس النواب وان يتخذ المجلس احد القرارين اما تشكيل

لجنة تحقيق برلمانية جديدة للتحقيق في نفس الموضوع او غلق التحقيق اصلاً .

فحقيقة الامر ان اعطاء فترة اضافية لعرض اسباب التأخير كلها امور لا تصب في مصلحة الشعب العراقي اولاً ولا مصلحة مجلس النواب الذي اصبح دوره الرقابي هامشي وغير مجدي فمن المؤسف القول ان هذه الفترات والاجتماعات والمهل التي تعطى ليس لإكمال التحقيق بل قد تستخدم لضياع وقت المجلس واشغال الشعب ثم تناسي الموضوع شيأً فشيأً وعليه لابد من مدة كافية وصارمة بنفس الوقت . هذا ما اشارنا اليه اعلاه .

اما بالنسبة لجلسات اللجان البرلمانية كونها سرية او علنية فكما هو المعتاد لم يتطرق الى ذلك النظام الداخلي ونحن نرى ان تكون هذه الجلسات سرية لاسباب عديدة اهمها مع الواقع العملي تجنب حالات التمثيل المزيف لصالح الشعب الذي يقوم به البعض من النواب خصوصآ عندما يكون هناك نقل على شاشات التلفاز وغالبآ ما تقوم الدائرة الاعلامية بنقل وقائع جلسات المجلس على الفضائية الرسمية للبلد حيث نلاحظ وجود استعراض للالفاظ والعبارات مما يجعل الموضوع ينحرف عن مجراه .

فضلا عن ذلك ان التحقيق البرلماني في راينا شانه شان التحقيق القضائي يجب ان يتسم بالسرية هذا من ناحية ومن ناحية اخرى الوضع الامني الذي يشهده العراق من حالة عدم الاستقرار الامني وبالتالي اذا كانت جلسات لجان التحقيق علنية فقد يتعرض من يمثل امام هذه اللجنة سواء اكان من المسؤولين او الموظفين او حتى الشهود الى اغتيالات او ضغوط معينة وخصوصا ونحن لا نملك قانون او اجراءات كفيلة لحماية هؤلاء وخصوصاً الشهود.

وما تجدر الإشارة اليه ان اللجان التحقيقية في مجلس النواب العراقي تواجه بعض العراقيل من قبل الدائرة البرلمانية في المجلس بشأن ترتيب عرض تقاريرها حيث لهيأة الرئاسة السلطة المطلقة بشأن عرض التقرير من عدمه وتحديد موعد مناقشه التقرير وإجراءات عملها على جدول اعمال جلسات مجلس النواب مما يجعل أعضاء الجنة في حالة صدام مع هيئة الرئاسة وهذا وضع شاذ حقيقة حيث الأجدر بهيئة الرئاسة ان تبدى اهتمام اقوى بهذه اللجان وذلك لحثها وتشجيعها على أداء عملها على اكمل وجه ، وهو عمل ليس باليسير، بل الأدهى من ذلك ان هيئة الرئاسة بعد إصرار أعضاء اللجنة على درج التقرير في جدول الأعمال لا تعرضه على أعضاء مجلس النواب لمناقشة وإبداء الملاحظات المناسبة بشأنه والتوصيات من ثم اتخاذ القرار المناسب بل تقوم الحكومة برفعه مباشرة من اللجنة التحقيقية إلى الحكومة مما يدفع أعضاء المجلس إلى المطالبة بحقهم بمناقشة تقرير اللجنة (٥٢) .

وعليه نأمل ان يتم النص في نظامنا الداخلي على ان يتم درج تقرير اللجنة التقريرية في جدول أعمال أول جلسة بعد تقديمه إلى المجلس من قبل رئيس اللجنة كما نأمل ان يتم تحديد المدة الزمنية لموعد المناقشة بما لا يزيد عن عشرة أيام من تاريخ رفع التقرير حيث الفرصة الكافية لكل من أعضاء المجلس والحكومة لإبداء رأيهم في تقارير وتوصيات اللجنة وبعد ذلك يتم اتخاذ القرار المناسب .

الآثار المترتبة على عمل لجان التحقيق

تلتِزم لجان التحقيق البرلماني عادة بتقديم تقرير مفصل عند الانتهاء من تحقيقاتها الى البرلمان . ويتضمن هذا التقرير عادة جميع المعلومات والبيانات التي توصلت اليها نتيجة التحقيق مدعوما بآرائها ومقترحاتها ، اذ ان لجان التحقيق لاتتخذ قرارا في الموضوع محل التحقيق بل لايملك حتى البرلمان ان يخولها مثل هذا الحق ، اذ يعد ذلك تنازلا من البرلمان عن بعض سلطاته الى جهة اخرى وهو مالايجوز . وبعد ذلك تحصل المناقشة والتصويت استنادا الى ذلك التقرير وفي ضوء هذا التقرير يتخذ المجلس قرار نهائيا كأثر لهذا التحقيق الذي قامت به اللجنة في نطاق صلاحياته المخولة له دستوريا (٥٣) .

وعلى العموم فان المجلس عند رفع التقرير من لجنة التحقيق البرلماني عليه ان يتخذ قرار نهائيا كأثر لهذا التحقيق الذي قامت به اللجنة ومن هذه الاثار :

١. قد يتوصل البرلمان إلى عدم وجود أية أخطاء أو مخالفات من قبل الحكومة بل على العكس من ذلك قد نجد إنها قامت بواجبها على افضل وجه مما يعني إنها بعيدة عن كل شبهة ومن ثم تستحق تأييد البرلمان وتجديد الثقة بها (٥٤) .
٢. قد يقرر المجلس رغبة معينة (اقتراحات أو توصيات) أو يوجه بعض أعضائه أسئلة إلى الحكومة أو قد يصل الأمر إلى استجواب وزير أو اكثر أو طرح الثقة بالحكومة عن طريق تقرير إمكان عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء (٥٥) .

٣. كما قد يظهر التحقيق إلى ان الخلل الذي أصاب أداء الحكومة والمرافق العامة يعود إلى ضعف أداء أجهزة الدولة على المجلس ان يتخذ القرار بتحسين عمل الإدارة .

وقد يتمثل تحسين عمل الإدارة في نقل الموظفين الذي ثبت تقصيرهم كما هو الحال في ارض الكرشل داون في عام ١٩٥٤ حيث شكل مجلس العموم البريطاني لجنة للتحقيق في الإجراءات غير العادلة التي اتخذتها وزارة الزراعة ومفتشوا ارض التاج بخصوص ارض الكرشل داون حيث رفضت تلك السلطات إعادة الأرض إلى مالكيها السابقين قبل الاستيلاء عليها وقامت بإيجارها إلى شخص آخر بشكل تعسفي وقد أوصت اللجنة بنقل مفتشي امن التاج إلى وظائف أخرى وقد نفذت الحكومة تلك التوصيات (٥٦) .

٤. كما ان تقارير بعض اللجان التحقيقية قد يترتب عليها أصدار قوانين تعالج الثغرات والنواقص سواء كان هنالك تشريع موجود يتضمن هذه الثغرات أو قد يظهر التحقيق عدم وجود تشريع يعالج الحالة محل التحقيق مثال ذلك اللجنة التي شكلها البرلمان البريطاني في عام ١٩٧٢ والتي عرفت بلجنة ديبلوك والتي كلفت بمهمة دراسة الأوضاع في إيرلندا الشمالية وقد تضمن تقريرها توصيات عديدة اَخذ البرلمان بأغلبها وعلى اثرها صدر قانون الطوارئ لشمال إيرلندا لسنة ١٩٧٣ (٥٧) .

٥. وقد يقتنع البرلمان بنتيجة التحقيق والتي تتضمن وقوع أخطاء أو مخالفات أو سوء تصرف تحتم تحريك مسؤولية الحكومة فاذا ما رأى البرلمان ان الحكومة قد ارتكبت من الإساءات ما يوجب مساءلتها ، فانه قد يثير المسؤولية الوزارية سواء الفردية أو التضامنية . ثم الاقتراع بحجب الثقة سواء عن احد الوزراء المسؤولين الذي يوجب عليه اعتزال منصبه الوزاري أو عن الوزارة بأجمعها باعتبارها هيئة واحدة والتي تسقط في هذه الحالة بكامل أعضائها (٥٨).

والحقيقة ان هذا الأثر لا يمكن ان يترتب على التحقيق في ظل الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ والنظام الداخلي لمجلس لسنة ٢٠٠٧ فمن الواضح عدم إمكانية تحريك المسؤولية السياسية للحكومة أو احد أعضائها إلا بعد استجواب موجه إلى رئيس مجلس الوزراء أو احد الوزراء (المادة ٦٠ الفقرة ثامناً من الدستور) ومن ثم لا يمكن طلب التصويت على الثقة بالحكومة أو احد الوزراء بعد مناقشة التقرير اللجنة المعنية . وأما تحريك المسؤولية السياسية رئيس الدولة قد نصت عليها المادة ٦١ الفقرة (سادساً) البند (أ) على ((مساءلة رئيس الدولة بناء على طلب مسبب أو بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب)) ويلاحظ إنها لم توضح الجهة التي تقدم الطلب ولا الآثار التي تترتب على مساءلة رئيس الدولة من حيث العقوبات التي يمكن المجلس توجيهها أو بيان آثارها ذلك ان قرار الأعفاء إنما يستند إلى حكم المحكمة الاتحادية العليا بسبب حنثه باليمين الدستورية أو انتهاك الدستور أو الجناية العظمى حسب المادة (٦١) فقر (سادساً) البند ب ولم يوضح الدستور الجهة التي تملك حق اتهام وإحالة رئيس الجمهورية إلى

المحكمة الاتحادية العليا. وعليه فالافضل ان يتم تحديد هذه الجهه بمجلس النواب وعلى ان يتم الاتهام بناء على توصيات لجنة تحقيقية تشكل لهذا الغرض مع ضرورة الا تتم الاحاله الا بموافقة اغلبية اعضاء مجلس النواب (٥٩). وعليه نأمل النص في الدستور على جعل تحريك المسؤولية السياسية للحكومة (التضامنية أو الفردية) كأثر مباشر للتحقيق مما يعزز ويقوى دور مجلس النواب الرقابي .

٦. هذا ويمكن اذا ما ايقن ان العمل موضوع التحقيق يقع تحت طائلة الجريمة ان يبلغ الامر الى الجهات العقابية المختصة لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة . (٦٠)

وبالرجوع الى العراق فانه يمكن إحالة من تثبت اللجنة التحقيقية ارتكابهم لجرائم يعاقب عليها القانون ان يتخذ المجلس قرار بإحالتهم إلى المحاكم المختصة وذلك استناداً إلى المادة ٤٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل (٦١) .

الخـــــــــــاتمة

لاريـــب ان للتحقيـــق البرلمـــاني اهميـــة بالغـــة باعتبـــاره وســـيلة مـــن وســـائل الرقابـــة البرلمانيـــة علـــى اعمـــال الحكومـــة بـــل اصـــبح مـــن الامـــور المســـلم بهـــا فـــي عصـــرنا الحـــالي . بغـــض النظـــر عـــن طبيعـــة النظـــام السياســـي للدولـــة (برلمـــاني – رئاســـي) . وذلـــك لمـــا يتميـــز بـــه التحقيـــق البرلمـــاني مـــن مميـــزات لاتتـــوفر فـــي غيـــره مـــن وســـائل الرقابـــة البرلمانيـــة الاخـــرى ســـواء مـــن حيـــث تعـــدد وســـائلها وصـــلاحياتها فضـــلاً عـــن الاثـــار التـــي تترتـــب عليهـــا والتـــي قـــد تصـــل الـــى حـــد تحريـــك المســـؤولين السياسية للوزارة وبالتالي اسقاطها٠

وقـــد حاولـــت مـــن خـــلال هـــذه الدراســـة المتواضـــعة والـــذي دأبـــت فـــي كـــل بحـــث ودراســـة اقـــدمها (ولـــيس فـــي هـــذا البحـــث فقـــط) ان اشـــخص قـــدر مـــا مكننـــي الله فـــي ذلـــك مـــواطن الـــنقص والتعـــارض او الخلـــل فـــي نصـــوص دســـتورنا الـــدائم ونظامنـــا الـــداخلي وبالتـــالي تصـــحيح هـــذه الاوضـــاع وابـــداء التوصـــيات بشـــانها وذلك لايماننا ان الكمال لله وحده ٠

حيـــث بـــدأت الدراســـة بتحديـــد ماهيـــة التحقيـــق البرلمـــاني ثـــم بيـــان خصائصـــه وتمييـــزه عـــن انمـــاط مـــن التحقيـــق قـــد تختـــلط بـــه ومـــن ثـــم وضـــحت صـــلاحيات وسلطات لجان التحقيق والاثار التي تترتب على التحقيق البرلماني٠

غيـــر اننـــا مـــن خـــلال هـــذه الدراســـة وجـــدنا ان الخلـــل فـــي عمـــل مجلـــس النـــواب العراقـــي لا يقتصـــر علـــى نصـــوص الدســـتور والنظـــام الـــداخلي فقـــط، فـــالواقع العملـــي للمجلـــس فـــي ممارســـة حقـــه للتحقيـــق البرلمـــاني والـــذي اســـتطعنا التعـــرف عليـــه عـــن كثـــب مـــن خـــلال محاضـــر جلســـات مجلـــس النـــواب والمنشـــورة صـــوتاً وكتابـــة علـــى موقـــع المجلـــس الالكترونـــي قـــد كشـــف عـــن قصـــور يشـــوب عمـــل المجلـــس فـــي هـــذا المجـــال٠ حيـــث نجـــده غيـــر قـــادر علـــى مراقبـــة تصـــرفات الحكومـــة واجهزتهـــا ومراقبتهـــا حتـــى اصـــبحت الســـلطة التنفيذيـــة هـــي المهيمنـــة علـــى مختلـــف نـــواحي الحيـــاة ســـواء الاقتصـــادية او السياســـية بـــل وتملـــك بيـــدها زمام الامور ومصير البلاد٠

وكلنـــا امـــل بـــأن يـــنهض مجلســـنا مـــن غفوتـــه هـــذه ويصـــبح اكثـــر تـــيقظ واصـــرار فـــي مزاولـــة عملـــه الرقـــابي وعليـــه فيجـــب ان يتـــوفر للمجلـــس طـــريقين وعلى النحو الاتي :

الطريق الأول _توفير الإطار القانوني السليم لممارسة حق التحقيق البرلماني في الدستور العراقي والنظام الداخلي لمجلس النواب العراقي حيث يمكن لنا ان نسجل بعض الملاحظات ونقترح بعض التوصيات خدمة وامل في ان نصل الى تنظيم قانوني سليم لهذا الحق وكالاتي:-

ا.لم ينص دستور جمهورية العراق الدائم الصادر عام ٢٠٠٥ صراحة على حق مجلس النواب في اجراء التحقيق البرلماني ولعل ذلك مما لا يؤخذ عليه المشرع الدستوري العراقي اذ سبق القول انه حق طبيعي واصيل للمجلس فهو نتيجة طبيعيه لحقه في اقتراح القانون لان منحه هذا الحق يتطلب تزويده بالمعلومات الضرورية والصحيحة التي تمكنه من مباشرة حقه في الاقتراح ٠ ومع هذا فأننا نرى ان يتم اضافة حق اجراء التحقيق البرلماني في المادة ٦١ من الدستور والتي تناولت وسائل الرقابة البرلمانية عن اداء السلطات التشريعية وذلك لتقوية وتاكيد وتعزيز حق المجلس في اللجوء اليه .

ب _أشار النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي الصادر عام ٢٠٠٧ الى حق المجلس في اجراء التحقيق البرلماني بيد انه تناول هذا الحق بشكل مقتضب وعابر ولم يوليه الاهتمام كما فعل بالنسبة لبقية الوسائل الرقابية كالسؤال وطرع موضوع عام للمناقشة والاستجواب هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فأن صلاحية واحكام اللجان التحقيقية وسير عملها لم تكن بمستوى النصوص القانونية التي وضحت صلاحيات واحكام وسير عمل اللجان الدائمة في المجلس٠ وعليه كنا نتمنى لو ان نظامنا الداخلي قد أولى بعض الاهتمام بهذه الوسيلة الرقابية ذلك بالتخصيص نصوصاً قانونية تتضمن الاحكام والاجراءات التي تسري على تشكل اللجان التحقيقية وسير العمل داخل اللجنة ولصلاحيات التي تملكها اللجنة فضلاً عن الاثار التي تترتب عليها بحيث نكون امام تصور قانوني متناسق ومنسجم وسليم٠ وعلى العموم فقد شخصنا بعض الملاحظات وقدمنا بعض المقترحات للوصل الى هذا التنظيم السليم وعلى النحو الاتي:-

١. اشترط النظام الداخلي ان يتم تقديم طلب اجراء التحقيق البرلماني من قبل هيئة الرئاسة او من خمسين عضوا من اعضاء مجلس النواب والحقيقية ان هذا الشرط غير صائب بتاتاً فبالنسبة لهيئة الرئاسه من الصعوبة الوصول فيما بينهما الى توافق وذلك لان توزيع مناصب هيئة الرئاسة يتم وفق معيار حزبي وطائفتي وبالتالي فأن طلب التحقيق في مقترحات احد المسؤولين الحكوميين سيؤدي في الغالب الى تحفظ وحساسية من ينتمي الى نفس الفئة الحزبية والطائفية في هيأة الرئاسة وبالتي عدم الموافقة على مقترح طلب التحقيق ٠ ومن ناحية اخرى فأن تقديم المقترح من خمسين عضوا من اعضاء المجلس امر في غاية الصعوبة وبالتالي نأمل بأن يعدل نص المادة (٨٣) من النظام الداخلي بما يكفل الحق لكل نائب من النواب حق تقديم طلب بتشكيل اللجان التحقيقية وخصوصاً أن حق الطلب يتوقف على موافقة الاغلبية فيه٠
٢. لم يبين النظام الداخلي الحالات التي يسقط فيها طلب اجراء التحقيق البرلماني وكان الاولى على مشرع ان يوضح هذه الحالات خصوصاً وان التحقيق البرلماني في العراق هو دائماً وليد النصوص التشريعية ونأمل بأن يتم تحديد حالات السقوط كما سبق وفصلناها٠
٣. بالرغم ان نظامنا الداخلي قد اشار الى حق مجلس النواب في تشكيل لجان التحقيق البرلمانية الا انه لم يوضح عدد اعضاء هذه اللجان او كيفية تشكيلها ونرجو ان يعالج هذا النقص في نصوص النظام الداخلي للمجلس بتحديد اعضاء اللجنة بما لا

يتجاوز الخمسة عشر عضو وحسب اهمية وجسامة الموضوع التحقيقي ذلك لان كثرة عدد الاعضاء قد يعيق عمل اللجنة في القيام بمهامها على افضل حال كما نأمل ان يكون اختيارهم على اساس الكفاءة والخبرة في الموضوع محل التحقيق فضلاً عن نزاهتهم اما كيفية اختيار اعضاء اللجنة فالتحقيق ان واقع ممارسة المجلس بكيفية الاختيار نجدها الانسب حيث تختار هيئاة الرئاسة الاعضاء ثم تطرح اسماء اللجنة على تصويت المجلس ذلك ان هيئأة الرئاسة تكون على دراية بكفأة الاعضاء في مزاولة عمل التحقيق

البرلماني من جهة ومن جهة أخرى أنها تختزل لنا الوقت في اختيار أعضاء اللجنة ٠

٤. لم يشترط النظام الداخلي أية قيود أو شروط شكلية اوموضوعية لطلب أجراء التحقيق البرلماني – باستثناء أن يقدم الطلب من قبل خمسين عضواً من أعضاء المجلس – ونرى لو أن المشرع يضع هذه القيود والشروط مثل أن يكون طلب التحقيق من الاختصاصات التي تدخل في عمل مجلس النواب وايضاً أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه ضماناً لعدم إسراف المجلس في المستقبل من الإسراف في تقديم طلبات التحقيق (بالرغم من قلة تقديم هذه الطلبات في الوقت الراهن)٠

٥. على الرغم من أن النظام الداخلي قد منح لجان التحقيق صلاحيات تقصي الحقائق في المادة (٨٤) منه من حيث لها دعوة أي شخص لسماع أقواله وفق الطرق الأصولية ألا أنها لم تبين لنا هذه الطرق الأصولية في حين فصلها في المادة (٧٧) منه للجان الدائمة في المجلس وعليه نرى أن يعطي للجنة الحق في إجراءات المخاطبات و دعوة أي شخص ترى أمكانية الاستيضاح منه وطلب المعلومات بشكل مباشر ٠

٦. صحيح أن المادة (٨٤) منحت صلاحيات وسلطات للجان التحقيق ألا أنها لم تنص على الجزاء القانوني في حالة مخالفة من توجهت أليه اللجنة لسماع أقواله ثم امتنع عن الحضور أو حلف اليمين أو قدم معلومات غير صحيحة أو امتنع عن تقديم الوثائق والمستندات المتعلقة بالقضية المعروضة على لجان التحقيق الأمر الذي جعل من النص على صلاحيات سلطات لجان التحقيق عديم الفائدة لعدم وجود ألزام قانوني للجهات الحكومية بالاستجابة لهذه السلطلات٠

٧. بما أن النظام الداخلي لم يقرر علنية جلسات لجان التحقيق من عدمها نرى أن تكون جلسات لجان التحقيق سرية وذلك حفاظاً على سرية عمل اللجنة وحماية لأعضائها وشهودها خدمة للصالح العام ٠

٨. نقترح تحديد عمل لجنة التحقيق البرلماني بما لا تزيد عن شهرين فقط لا أكثر وفي حالة عدم تقديمها التقرير خلال الفترة أعلاه نرى أن لا يطلب معرفة أسباب التأخير من قبل رئيس اللجنة وكذلك لا يمنح المجلس حق أعطاء فترة أضافية أخرى لتمديد عمل اللجنة بل أن يصار فورآ إلى أن يعرض رئيس المجلس الأمر على مجلس النواب وان يتخذ المجلس احد القرارين أما تشكيل لجنة تحقيقية برلمانية جديدة للتحقيق في نفس الموضوع أو غلق التحقيق اصلاً .

٩. لهياة الرئاسة السلطة المطلقة في تحديد موعد مناقشة التقرير ونرى انه من الافضل ان يتم النص في النظام الداخلي على درج تقرير اللجنة في جدول اعمال اول جلسة

بعد تقديمه الى المجلس وان يتم تحديد موعد مناقشة التقرير بما لايزيد عن عشرة ايام من تاريخ رفع التقرير .

١٠. النص في صلب الدستور على جعل تحريك المسؤولية السياسية للحكومة كأثر مباشر للتحقيق البرلماني(ذلك ان مشرعنا الدستوري لم يسمح بتحريك المسؤولية السياسية الا كأثر للاستجواب (المادة ٦١من دستورنا)) وذلك تماشياً مع ماهو معمول به في دول العالم ذات التجربة البرلمانية العريقة ذلك لان المسؤولية السياسية للحكومة أمام البرلمان هي أخطر سلاح يملكه في مواجهة السلطة التنفيذية ولذلك حرصت اغلب الدساتير والأنظمة الداخلية لبرلمانات دول العالم على جعله الاثر المباشر للتحقيق .

اما الطريق الثاني

فأن هذه الوسيله الرقابيه يمكن ان تصبح ذات اثر وذلك قد يتأتى عن طريق ازالة معوقات العمل البرلماني ومن ذلك تزويد مجلس النواب بالاجهزة الفنية المعاونة ، ونشر الوعي السياسي بين المواطنين، وتعميق ايمانهم بفضيله الحوار حتى يأخذ مجلس النواب دوره القايدي في سفينة الدولة ويكون الرقيب الاول على تصرفات السلطه التنفيذية واجهزتها.

ولعل قدرة المجلس على ممارسة دوره الرقابي لا تحددها القوانين المجرده يل الامكانات المادية والبشرية الملموسه التي توضع تحت تصرف النواب للقيام بالمراقبه ذلك ان جهوزية الربلمان للقيام بدوره الرقابي تتاثر بعوامل موجوده خارجه منها نوع الثقافة السياسية السائدةفي البلاد وتوفر الثقافة السياسية والمناخ او الخلفية الفكرية التي تتكون يها نظرة المواطن الى البرلمان (مجلس النواب)ومدى استعداده للتعاون معه .كذلك تؤثر نظرة المواطن الى الانتخابات كوسيله من وسائل المشاركة في العمل البرلماني ،والى الاحزاب التي تلعب دورا مهما في تكييف الحياة البرلمانية . ومن العوامل المؤثره لقيام البرلمان بالرقابة على الحكومة الاوضاع السياسيه الفعليه التي تعيشها البلاد من ناحية التطور الديمقراطي . فلا ريب ان قيام تعدديه سياسيه حقيقه تنعكس على واقع المجلس وتعزز دوره الرقابي . فالتكتلات البرلمانية الحزبية اكثر قدره من النواب الافراد على مراقبة الاداء الحكومي وعلى الحصول على المعلومات الضرورية للاضطلاع بهذه المهمة . كما ان تحقيق مبدأ تداول السلطة يعزز ميل نواب المجلس ، خاصة من المستقلين والمعارضين على القيام بالدور الرقابي .

هذا ويلعب الاعلام الحي والمستقل دوراً مهماً في تشجيع النواب على الاصطناع بالدور الرقابي وفي مدهم احياناً بالمعلومات التي سببت مبدأ قيامها في عملية الرقابية ٠

وهكذا نكون قد خلصنا من دراستنا هذه املين ان ياخذ مجلس النواب دوره الرقابي في قيادة الدولة ويكون الرقيب الأول على تصرفات السلطة التنفيذية وأجهزتها في العراق

تم بحمده تعالى

الهوامش والمصادر

١. د٠ عبد الفتاح حسن – مباديء النظام الدستوري في الكويت – بيروت – دار النهضة العربية – ١٩٦٨ ص ٣٦٩ .

٢. WWW.WOMengate نظام اللجان البرلمانية في كينا – من منشورات شبكة المعلومات العالمية

٣. الموقع الالكتروني لمجلس النواب العراقي ٠ **http://www.parliament.iq/Iraqi_Council_of_Representatives.php?**

٤. د٠ عبد الوهاب الكيالي – الموسوعة السياسية – الجزء الاول – بيروت – المؤسسة العربية للدراسات والنشر – ١٩٧٤ – ص ١٤٦

٥. د٠ إيهاب زكي سلام – الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني – عالم الكتب – القاهرة – ١٩٨٣ – ص ١٢٠

٦. د٠ عادل الطبطبائي – السلطة التشريعية في دول الخليج العربي – منشورات مجلة دراسات الخليج الجزيرة العربية (١٤) – الكويت – ١٩٨٥ – ص ٢٧٧ ٠
و فاطمة العبيدان – لجان التحقيق البرلمانية ٠ من منشورات شبكة المعلومات العالمية WWW. KWaitassmbLy. Com

٧. د٠ عادل الطبطبائي ٠ مصدر سابق – ص ٢٧٨

٨. د٠ جلال البنداري –التحقيق البرلماني(لجان تقصي الحقائق)-من منشورات شبكه العالمية www.parliament.gov.eg

٩-رياض محسن مجول – التحقيق البرلماني في الأنظمة السياسية البرلماني والأمريكي والمصري والعراقي – اطرحه دكتوراه مقدمة الى كلية القانون _جامعة بغداد _٢٠٠٦ – ص ٥٠ .

١٠-حيث نص دستور مصر الصادر عام ١٩٧١ في المادة ١٣١ منه على ان : ((لمجلس الشعب ان يكون لجنة خاصة او يكلف لجنة من لجانه لفحص نشاط احدى المصالح الإدارية او المؤسسات العامة ٠٠٠٠٠)) ٠

أما دستور البحرين الصادر عام٢٠٠٢ فقد نصت المادة ٧٤ منه على حق التحقيق البرلماني حيث جاء فيها (يحق للمجلس الوطني في كل وقت ان يؤلف لجان تحقيق او يندب عضو

او اكثر من أعضائه للتحقيق في امر من الأمور الداخلة في اختصاصات المجلس المبينة في الدستور ٠٠٠)

أما الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢فقد نص على هذا الحق في المادة (١١٤)على انه ((يحق لمجلس الأمه في كل وقت ان يؤلف لجان تحقيق او يندب عضوا او اكثر من أعضائه للتحقيق في إي امر من الأمور الداخلة في اختصاصات المجلس ٠٠٠٠) ٠

١١.ساجد محمد كاظم – وسائل تحريك المسؤولية السياسية للحكومة – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد – ١٩٩٢ – ص ١٢٦.

١٢.د.مصطفى كامل –شرح القانون الدستوري _دار الكتاب العربي –مصر -١٩٥٢_ص ٣٤١.

١٣.فاطمة العبيدان – مصدر سابق .

١٤المادة ١٣١ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ ٠

١٥رياض محسن مجول – مصدر سابق – ص ١٢ ٠

١٦د٠ فارس محمد عبد الباقي عمران – التحقيق البرلماني (لجان تقصي الحقائق البرلماني) مجموعة النيل العربية – القاهرة – ١٩٩٨ – ص ٢٣٨ ٠

١٧الإدارة العامة للتربية والتعليم في منطقة الطائف السعودية – من منشورات شبكة المعلومات العالميةsa WWW.taifedu. gov..

١٨د٠ إبراهيم عبد الوهاب – التحقيقات البرلمانية التي تدخل في اختصاص مجلس الشيوخ – بحث منشور في ملحق في مناقشة اللائحة الداخلية لمجلس الشيوخ المصري جـ ٤ – القاهرة ١٩٥٢ – ص ٢٢١٩ وما بعدها ٠

١٩د٠ حنان محمد القيسي – لجان التحقيق البرلمانية – بحث غير منشور – ص ٥ ٠

٢٠فاطمة العبيدان – مصدر سابق ٠

٢١د٠ إبراهيم عبد الوهاب – مصدر سابق – ص ٢٢١٥ و ساجد محمد كاظم – مصدر سابق – ص ١٢٧ .٠

٢٢د٠ ساجد محمد كاظم – مصدر سابق – ص ١٢٩ ٠

٢٣د٠ رياض محسن مجول – مصدر سابق – ص ٩ و ٧٤ و ساجد محمد كاظم – مصدر سابق - ص ١٣٠ ٠

الجامعية، الجزائر ٢٠٠٣، ص ٢٤د.فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات ١٥٩.

٢٥راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٢٠) الخميس ٢٠٠٩/٦/١١ لسنة التشريعية الرابعة / الفصل التشريعي الأول الخميس والمنشورة على الموقع الإلكتروني للمجلس ٠

٢٦محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٢٠) مصدر سابق ٠

٢٧راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٢١) الاثنين ٢٠٠٩/٦/١٥ السنة التشريعية الرابعة الفصل التشريعي الأول ٠

٢٨.فالمادة (١٤٧) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي والمادة(١٢٩) من اللائحة الداخلية للمجلس الوطني في البحرين تشترط أن يكون طلب أجراء التحقيق مكتوباً وموقعاً عليه من خمسة أعضاء على الأقل .

٢٩.راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٢١) مصدر سابق .

٣٠. راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٤٦) الأربعاء ٢٠٠٩/٢/٢٥ السنة التشريعية الثالثة / الفصل التشريعي الثاني .

٣١. راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم(٢١)- مصدر سابق-.

٣٢. المادة (١٤٨) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي . والمادة(١٣٠) من اللائحة الداخلية للمجلس الوطني في البحرين .

٣٣.د.عبد الفتاح حسن- مصدر سابق - ص١٣١.

٣٤.د.ايهاب زكي سلام- مصدر سابق – ص٢١٣.

٣٥.د. عادل الطبطبائي- مصدر سابق – ص٢٧٩.

٣٦.فاطمة العبيدان – مصدر سابق.

٣٧.د. عبدالله ابراهيم ناصف – مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة – دار النهضة العربية – القاهرة-١٩٨١ – ص٩١ .

٣٨. د. عبد الحميد متولي – الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية – دار المعارف بمصر – ١٩٥٨ – ص ٣٨٤ .

٣٩.د. حسان العاني – الأنظمة السياسية المقارنة – مطبعة المعارف -بغداد – ١٩٨١ – ص ١٩٠ وكذلك اندريه هوريو – القانون الدستوري والمؤسسات السياسية – ترجمة علي مقلد واخرون – بيروت – ١٩٧٤ – ص ٤٤٤ .

٤٠. رياض محسن مجول – مصدر سابق – ص ٩٠ .

٤١. أنظر المادة (٨٣) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي الصادر عام ٢٠٠٧ .

٤٢. محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٤٦) الاربعاء – مصدر سابق .

٤٣. جلال البنداري – مصدر سابق.

٤٤.د. حنان محمد القيسي – مصدر سابق – ص ١٠ .

٤٥. د. محسن خليل – النظم السياسية والدستور اللبناني – دار النهضة العربية بيروت – ١٩٧٩ – ص ٦٧١ .

٤٦. ساجد محمد كاظم – مصدر سابق – ص ١٤٥ .

٤٧. د. عادل الطبطبائي_مصدر سابق– ص ١٢٦.

٤٨.د. عبد الله ابراهيم ناصف – مصدر سابق – ص ٣٥٨ .

٤٩. ومن هذا الرأي الدكتور عبد الله ابراهيم ناصف – مصدر سابق – ص٣٥٨ .

٥٠. مشوط الهاجري –المسؤولية السياسية للحكومه امام البرلمان – الطبعة الاولى القاهره -هلا للنشر والتوزيع. ٢٠٠٨-ص ١٦٨ .

٥١. نصت المادة (٢٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي على مايلي : ((أولآ : تكون جلسات المجلس علنية الا أذا تطلبت الضرورة غير ذلك يطلب من رئيس المجلس أو بأقتراح من مجلس الرئاسة أو رئيس مجلس الوزراء أو بطلب من ٣٥ عضوآ من أعضائه وبموافقة المجلس بأغلبية الحاضرين وفي هذه الحالة لا يحضر احد الجلسة حتى من موظفي المجلس ويقوم النائبان ومن ينسب من قبل هيئة الرئاسة بتنظيم المحضر)) في حين نصت المادة (١١٤) من النظام المذكور والمتعلقة بشأن جلسات اللجان الدائمة بما يلي : ((جلسات اللجان غير علنية ولا يجوز حضورها ألا لأعضائها وغيرهم من اعضاء المجلس والموظفين في اللجنة ومن تستعين بهم اللجنة من المستشارين والخبراء واعضاء الحكومة ولا يجوز ان يحضر ممثلو الصحافة وغيرها من وسائل الأعلام اجتماعات اللجان الا بأذن من رئيسها)).

٥٢.محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٢٣) يوم الخميس ٢٠٠٩/٦/٢٥_السنة التشريعية الرابعة _الفصل التشريعي الاول .٢٨٠ .

٥٤- د٠ عبد الله ابراهيم ناصف – مصدر سابق –ص ٣٥٧ .

٥٥- د٠ عادل الطبطبائي – مصدر سابق –ص ٢٨٠ .

٥٦- احمد محمد ابراهيم – المسؤولية السياسية للحكومة في النظام البرلماني –رسالة دكتوراه-مقدمه الى كليه الحقوق –جامعة القاهرة-٢٠٠٠-ص ٢٢٦ .

٥٧- د٠ فارس محمد عبد الباقي – مصدر سابق –ص ١٥٠ .

٥٨- د٠ انور الخطيب – مصدر سابق- ٣٧٦ .

٥٩- رياض محسن مجول – مصدر سابق –ص ١٧٩.

٦٠- د٠ انور الخطيب مصدر سابق – ص ٣٧٦ .

٦١- رياض محسن مجول –مصدر سابق- ص-١٧٨.

٦٢. حيث جاء في المادة ٤٨ من قاون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنه ١٩٧١ على ان (كل مكلف بخدمة عامة علم أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة أواشتبه على وقوع جريمة تحريك الدعوى فيها بلا شكوى عليهم ان يخبروا فوراً احد ممن ذكروا في المادة ٤٧ .

وبينت المادة ٤٧ الفقره (١) الجهات التي يتم إخبارها في حالة العلم بوقوع جريمة وهذه الجهات هي قاضي التحقيق أو المحقق أو الادعاء العام أواحد مراكز الشرطة وحيث ان الجرائم التي ترتكب من قبل أعضاء السلطة التنفيذية بصفتهم الوظيفة لا يدخل في الدعاوي الجزائية التي يتطلب إقامتها شكوى المجنى عليه و المحددة في الماده (٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية المذكور ولذا يكون على اللجنة التوصية بإحالة الموظف الذي توصلت إلى ارتكابه جريمه إلى المحكمة المختصة . انظر رياض محسن مجول – مصدر سابق – ص ١٧٨ .

المصادر:

المؤلفات العربية:

١. د٠ إيهاب زكي سلام – الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني – عالم الكتب – القاهرة – ١٩٨٣ .

٢. د. حسان العاني – الأنظمة السياسية المقارنة – مطبعة المعارف - بغداد – ١٩٨١.

٣. د٠ عادل الطبطبائي – السلطة التشريعية في دول الخليج العربي – منشورات مجلة دراسات الخليج الجزيرة العربية (١٤) – الكويت – ١٩٨٥.

٤. د. عبد الحميد متولي – الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية – دار المعارف بمصر – ١٩٥٨ .

٥. د٠ عبد الفتاح حسن – مباديء النظام الدستوري في الكويت – بيروت – دار النهضة العربية – ١٩٦٨.

٦. د. عبـــدالله ابـــراهيم ناصـــف – مـــدى تـــوازن الســـلطة السياســـية مـــع المســـؤولية فـــي الدولـــة الحديثـــة – دار النهضـــة العربيـــة – القـــاهرة-١٩٨١ .

٧. د٠ عبد الوهاب الكيالي – الموسوعة السياسية – الجزء الاول – بيروت – المؤسسة العربية للدراسات والنشر – ١٩٧٤ .

٨. د.فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ٢٠٠٣ .

٩. د. محسن خليل – النظم السياسية والدستور اللبناني – دار النهضة العربية بيروت – ١٩٧٩ .

١٠. مشوط الهاجري –المسؤولية السياسية للحكومة امام البرلمان – الطبعة الاولى القاهره -هلا للنشر والتوزيع _٢٠٠٨-ص ١٦٨.

١١- د.مصطفى كامل –شرح القانون الدستوري _دار الكتاب العربي –مصر -١٩٥٢ .

المؤلفات المترجمة:

١– اندريه هوريو القانون الدستوري والمؤسسات السياسية – ترجمة علي مقلد واخرون – بيروت – ١٩٧٤ .

البحوث :

١- د٠ إبراهيم عبد الوهاب – التحقيقات البرلمانية التي تدخل في اختصاص مجلس الشيوخ – بحث منشور في ملحق في مناقشة اللائحة الداخلية لمجلس الشيوخ المصري جـ ٤ – القاهرة ١٩٥٢ .

٢- د٠ حنـــان محمـــد القيســـي – لجـــان التحقيـــق البرلمانيـــة – بحـــث غيـــر منشور٠

منشورات شبكة المعلومات العالمية:

١. الإدارة العامـــة للتربيـــة والتعلـــيم فـــي منطقـــة الطـــائف الســـعودية – مـــن منشورات شبكة المعلومات العالمية WWW.taifedu. Gov sa

٢. فاطمة العبيدان – لجان التحقيق البرلمانية ٠ من منشورات شبكة المعلومات العالمية WWW. KWaitassmbLy. Com

٣. د٠جلال البنداري –التحقيق البرلماني(لجان تقصي الحقائق)-من منشورات شبكه العالميه www.parliament.gov.eg

نظام اللجان البرلمانية في كينا – من منشورات شبكة المعلومات WWW.WOMengate العالمية – الانترنيت

٤. الموقع الالكتروني لمجلس النواب العراقي
ا

http://www.parliament.iq/Iraqi_Council_of_Representatives.php?

الرسائل الجامعية:

١. احمد محمد ابراهيم – المسؤولية السياسية للحكومة في النظام البرلماني –رسالة دكتوراه-مقدمه الى كليه الحقوق –جامعة القاهرة-٢٠٠٠.

٢. .ساجد محمد كاظم – وسائل تحريك المسؤولية السياسية للحكومة – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد – ١٩٩٢.

٣. رياض محسن مجول – التحقيق البرلماني في الأنظمة السياسية البرلماني والأمريكي والمصري والعراقي – اطرحه دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ٢٠٠٦ .

٤. د٠ فارس محمد عبد الباقي عمران – التحقيق البرلماني (لجان تقصي الحقائق البرلماني) مجموعة النيل العربية – القاهرة – ١٩٩٨ .

المحاضر:

١.راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٢٠) الخميس ٢٠٠٩/٦/١١ لسنة التشريعية الرابعة / الفصل التشريعي الأول الخميس والمنشورة على الموقع الإلكتروني للمجلس .

٢.راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٢١) الاثنين ٢٠٠٩/٦/١٥ السنة التشريعية الرابعة الفصل التشريعي الأول ٠

٣. راجع محضر جلسة مجلس النواب العراقي رقم (٤٦) الأربعاء ٢٠٠٩/٢/٢٥ السنة التشريعية الثالثة / الفصل التشريعي الثاني.

٤- محضـــر جلســـة مجلـــس النـــواب العراقـــي رقـــم (٢٣) يـــوم الخمـــيس ٢٠٠٩/٦/٢٥_السنة التشريعية الرابعة _الفصل التشريعي الاول .

الوثائق:

١- دستور جمهورية العراق الدائم الصادر عام ٢٠٠٥ .

٢- دستور مصر الصادر عام١٩٧١ .
٣- دستور البحرين الصادر عام٢٠٠٢ .
٤- الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢ .

٥- النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي الصادر عام ٢٠٠٧ .

٦- اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري١٩٧٩ .

٧- اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي ١٩٦٣.

٨- اللائحة الداخلية للمجلس الوطني في البحرين ١٩٧٣.

٩- قـــانون اصـــول المحاكمـــات الجزائيـــه العراقـــي رقـــم ٢٣ لســـنة ١٩٧١المعدل .

Summary

The parliamentary investigation has been consider one of the most important instrument that a parliament have it to control the action of executive authority in the state because it's characterized from its like legal control instrument with many characterization and distinguishment that make that investigaion committee acquire wide capability and required flexibility to perform its work at a perfect aspects .

The study plan

We divided the theesis into two chapters , the first chapter definition of the parliamentary investigation , while the second chapter is mention the procedure of investigation we concentration with Iraqi regime to show the gabs and disorganization in this regime and concluded our study with conclusion include the suggestions and recommendation in Iraqi law .

الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري

بحث تقدم به

د.سالم محمد عبود
مركز بحوث السوق
وحماية المستهلك
جامعة بغداد

م.م رشا كيلان شاكر
ماجستير قانون
قسم هندسة البناء والإنشاءات
الجامعة التكنلوجية

المقدمة

إن حماية المستهلك تعد في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة التي تقع على عاتقها مسؤولية ضمان المستوى المناسب من الحياة الكريمة والحصول على السلع والحاجات الكفيلة بتحقيق رغبات كل فرد . فمجال التجارة لايقتصر على أصحاب النوايا الحسنة ، بل يحاول العديد استعمال وسائل الخداع والغش لترويج سلعهم مما يتسبب في أضرار المستهلكين .

فيعد المستهلك احد مقومات الحركة الاقتصادية والذي من خلاله تدور عملية الإنتاج السلعي والخدمي ويمثل المستهلك طرفا رئيسيا فيها ولكنه في الوقت نفسه هو الطرف الأضعف الذي طالما يتعرض لاشكال من التعسف والتدليس والغش ... وغيرها . وان حمايته ليست ترفيه بل ضرورة إنسانية وحضارية وقانونية.

وقد كان لحماية المستهلك موضع اهتمام في التشريعات الدينية والدنيوية، فقد اهتم الإسلام بقضايا حماية المستهلك من حالات الغش والخداع وعبرت عن ذلك النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة فحرمت شريعتنا الغراء الغش ونظمت قواعد التعامل التجاري.

وقد أقرت الأمم المتحدة والمنظمات الدولية بحقوق المستهلك وقد تناولت القوانين والتشريعات عملية حماية المستهلك من مظاهر الغش وقد صدر في العراق قانون لحماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠.

وكذلك اهتمت التشريعات الأخرى بهذا المجال لحماية المستهلك وصون حقوقه فجرم المشرع أفعال الغش وحدد العقوبات الخاصة لها في قوانين مختلفة.

وفي المقابل على المستهلك واجبات تقع عليه لتجنبه الوقوع في اختيار السلع المغشوشة .فللسلوك الاستهلاكي عوامل تؤثر في تحديد شكله واتجاهاته ولهذا لابد

من بناء ثقافة استهلاكية لأهميتها بإقرار حقوق المستهلك وحمايتها التي تمثل بالتالي ضرورة حضارية سعت التشريعات الوطنية والمنظمات الدولية إلى حمايتها .

مشكلة البحث :

ما زال المستهلك رغم العديد من التشريعات يتعرض للغش التجاري بكل أشكاله والتساؤلات المطروحة هي:

ـ هل ان القوانين لا تكفي ؟

ـ هل ان الردع والوازع الأخلاقي ليس كافيا ؟

ـ هل القوانين غير مفعلة ونظم الرقابة غائبة ؟

ـ هل للفساد الإداري والمالي دور في استمرار عملية الغش رغم كل الضوابط .

هدف البحث :

يهدف البحث إلى :

ـ تحديد ماهية الغش التجاري واشكاله وصوره .

ـ فاعلية القوانين والتشريعات في حماية المستهلك من الغش .

ـ الحفاظ على حقوق المستهلك وتحديد واجباته .

ـ بناء آليات ومنظومة إستراتيجية مركبة تساعد في تحقيق هوية المستهلك وحمايته .

أسلوب البحث وهيكليه:

قد ارتئي الباحثين أن تكون خطة البحث بالشكل التالي :

المبحث الأول: التعريف بالغش التجاري

المطلب الأول : مفهوم الغش

المطلب الثاني: أركان جريمة الغش التجاري

المطلب الثالث : صور الغش التجاري

المبحث الثاني : حماية المستهلك من الغش في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول : مفهوم الغش في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني : حماية الشريعة للمعاملات

المطلب الثالث : نظام أو مؤسسة الحسبة

المبحث الثالث : الآثار القانونية لحماية المستهلك

المطلب الأول : حقوق المستهلك

المطلب الثاني : واجبات المستهلك

المطلب الثالث : القواعد القانونية المتعلقة بمكافحة الغش التجاري في القانون العراقي

المبحث الرابع : الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري من الناحية الدولية (منظمة التجارة العالمية)

المطلب الأول : التعريف باتفاقية الجات

المطلب الثاني : مبادئ منظمة التجارة العالمية لحماية المستهلك

الخاتمة : الاستنتاجات والمقترحات .

المبحث الأول

التعريف بالغش التجاري

تزايدت ظاهرة الغش في التعاملات التجارية ، نتيجة التقدم المذهل والمطرد في مجال التجارة والتي يسرت إمداد مرتكبي الغش بإمكانيات واسعة لارتكاب هذه الجرائم ومهارة فائقة لإخفاء أثار أعمالهم وخداع المستهلكين الأمر الذي أدى إلى اهتمام الباحثين بمقاومة هذه الظاهرة تشريعيا واجتماعيا وامنيا ، ولابد من التعرف على مفهوم الغش وأركانه وصورة ولذلك تم تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب يتناول المطلب الأول مفهوم الغش ويتطرف المطلب الثاني إلى أركان جريمة الغش ومن ثم يعرض المطلب الثالث صور الغش التجاري .

المطلب الأول

مفهوم الغش

الغش لغة : نقيض النصيحة أو النصح (١)، وهو إظهار الشيء على غير حقيقته وتزيينه خلافا للواقع إما من الناحية القانونية فالغش هو كل فعل عمدي ينصب على سلعة معينة بشكل مخالف للقواعد المقررة لها في القانون أو في أصول الصناعة ومن شانه أن ينال من خواصها أو فائدتها ، ومن الناحية التجارية يعتبر الغش بأنه الادعاء عن معرفه بتوافر مواصفات غير متوافره حقيقة في بضاعه معدة للبيع بقصد الربح ويعتبر الغش آفة اجتماعية واقتصادية خطيرة ويتعدى ضرره مصلحة المستهلكين فتمدد أثارة لتشمل المنتجين والمزارعين والصناعيين وقد تطال صحة الإنسان والنظام الاقتصادي بشكل عام (٢).

ولمصطلح الغش عدة ألفاظ تدور في فلكه لابد من بيانها وهي كالأتي :-

(١) انظر: العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري / لسان العرب ، المجلد السادس ، دار صادر بيروت ، ١٩٥٦ ، ص٣٢٣ .

(٢) انظر : نادر شافي ، جريمة الغش ومكافحتها ، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.barasy.com/forum/showthread.php?t=3160

١) الخديعة (الخداع) :

وهو مصدر (خدع) ومعناه إظهار الإنسان خلاف ما يخفيه وهو بهذا المعنى يعني الغش. ولا يقتضي أن يكون بعد تدبر ونظر وفكر وهذا ما يفرقه عن الحيلة فهو استمالة (إقناع) عن طريق الكذب لتجعل شخصا يعتقد بأنه شيئا ما حقيقي في حين انه مزيف (١) ومدار بحثنا هو الغش الذي يقع في السلع باختلاف أنواعها ويتخذ في هذه الصورة حالتين :

الحالة الأولى : يتحقق الخداع بقيام الاعتقاد لدى الشخص المتعاقد معه بان الشيء محل العقد تتوافر به صفات ومزايا لا توجد بالحقيقة فيه ، عن الطريق القيام بأعمال أو أكاذيب من شانها إظهار الشيء على غير حقيقته أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع من دون المساس بالسلعة ذاتها . فيقوم الغش بالخداع بفعل ايجابي أو سلبي وبوسائل أهمها الكذب والإخفاء وكتمان الحقيقة والحيلة فيتوجه الغش بالخداع إلى ذات المتعاقد بالدرجة الأولى والهدف الأساسي من تجريم هذا الفعل هو حماية الثقة العامة في العقود والاتفاقات .

الحالة الثانية : فهو غش السلعة فينصرف معنى الغش هنا إلى كل فعل عمدي ايجابي ينصب على سلعة مما يعينه القانون ويكون مخالف للقواعد المقررة لها في التشريع أو في أصول الصناعة متى كان من شانه أن ينال من خواصها أو فائدتها أو ثمنها وبشرط عدم علم المتعامل الأخر به ، فالغش يكون بالتغيير في السلعة ذاتها .

٢) التغرير :

وهو أن يخدع احد المتعاقدين الأخر بوسائل احتيالية قوليه أو فعلية تحمله على إبرام عقد لم يكن ليبرمه لولاها والتغرير نوعان (٢):

ـ التغرير ألقولي : هو كل فعل يصدر عن التعاقد أو غيره يؤدي إلى تصوير الأمر على غير حقيقته للمتعاقد الأخر .

(١) انظر: بصائر علي محمد ألبياتي، جريمة الغش التجاري في السلع ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨ ، ص٣٠ .

(٢) انظر: أسئلة وإجابات في شرح القانون المدني ، منتديات قعدة نت ، قعدة نت التعليمي ، كليات قعدة نت ، كلية الحقوق ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/vb/show thread.php ? t = 10077 .www.zadethet.com

ـ التغرير الفعلي : هو كل فعل يقوم به احد المتعاقدين يصور للمتعاقد الأخر الأمر على غير حقيقته فيدفعه للتعاقد مثل الظهور بمظهر التعاقد .
وفي النوعين يستعمل الغار وسائل احتيالية سواء كانت فعلية أو قوليه ولابد من وجود نية للتغرير لدى الغار مثل تزيين البضاعة لترويجها .

وعليه يكون التغرير وجها من أوجه الغش .

٣) التدليس :

وهو نوع من الخديعة ومعناه إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد أو هو استعمال الشخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص أخر في غلط يدفعه إلى التعاقد وهو بهذا المعنى نوع من الغش (١).

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسه إذا ثبت إن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه ألملابسه .

٤) التزوير :

التزوير العبث عمدا بوثيقة مكتوبة بهدف الغش وجوهر التزوير هو الكذب فانه لا يتصور وقوع التزوير بدون تغيير الحقيقة ، فالتزوير هو تغيير الحقيقة في بيان جوهري في محرر من شانه أن يحدث ضررا بالغير مع نية استعمال المحرر فيما زور من أجلة (٢) .

وقد نصت المادة ٢٨٦ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ بقولها "

---

(١) انظر: محمد راضي مسعود ، التدليس المبطل للعقد قانونا وقضاءا ، منتدى الأحكام والمبادئ القانونية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://kanoun.roo7biz/montada-f6 topic-t2400.htm

(٢) انظر : د.احمد لطفي السيد مرعي ، جرائم التزوير في المملكة العربية السعودية ، موجز محاضرات ألقيت على السادة أصحاب الفضيلة قضاة ديوان المظالم في الدورة التدريبية في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://faculty.ksu.edu.sa/ahmedmarei/pages

التزوير هو تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر أخر بإحدى الطرق المادية و المعنوية التي بينها القانون ، تغييرا من شانه إحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص " .

ونلاحظ من نص المادة إن المشرع اعتبر القصد من التزوير هو الغش فيمكن اعتبار التزوير وجها أخر من أوجه الغش .

٥) الحيلة :

الحيلة أو الاحتيال هو استمالة شخص عن طريق الخداع ليتصرف على نحو يضر به ، أي التسبب في سلوك وتصرف عن طريق الخداع (١).

ومن استعراض جميع الصور المتقدمة نجد أنها تحمل معنى الغش في جميع المجالات بصورة عامة والذي نخصه في بحثنا هو الغش التجاري من ناحية حماية المستهلك .

المطلب الثاني

أركان جريمة الغش التجاري

جرم المشرع العراقي الغش في التعاملات التجارية في قانون العقوبات وقانون حماية المستهلك وغيره من القوانين ، ولكي تقوم جريمة الغش لابد من توافر أركان الجريمة العامة وهي :

١) الركن المادي :

يتحقق الركن المادي كلما وقع انجاز الفعل الممنوع قانونا فيتمثل في النشاط الذي يأتيه الفاعل إيجابا كان أم سلبا . والنتيجة الإجرامية التي تترتب عليه ثم علاقة السببية بين الفعل والنتيجة (٢) .

---

(١) انظر : بصائر علي محمد ألبياتي ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(٢) انظر : عزالدين امنخفاد ، حماية رضا المستهلك ، بحث لنيل الإجازة في القانون ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الاول ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.targuistcity.net/vb/archive/index.php/t-5057.htm

وقد تناولت المادة التاسعة بفقراتها الخمسة من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ الركن المادي لجريمة الغش فحظرت على المجهز والمعلن إخفاء حقيقة المواد المكونة المواصفات المعتمدة في السلع والخدمات كافة (ف / أولا من م /٩) واستعمال القوة أو الممانعة مع لجان التفتيش وممثلي الجهات الرسمية ومنعهم من القيام بواجباتهم المناطة بهم أو عرقلتها بأية وسيلة كانت (ف / ثانيا من م / ٩) وإنتاج أو بيع أو عرض أو الإعلان عن سلع وخدمات مخالفة للنظام العام والآداب العامة (ف / ثالثا من م / ٩) وإخفاء أو تغيير أو إزالة أو تحريف تاريخ الصلاحية (ف / رابعا من م / ٩) وإعادة تغليف المنتجات التالفة أو المنتهية الصلاحية بعبوات وأغلفة تحمل صلاحية مغايرة للحقيقة ومضللة للمستهلك (ف / خامسا من م / ٩) .

وان هدف المشرع من تجريم فعل الخداع هو لتحقيق مصلحة عامة بالحد من ارتكاب فعل الغش عموما لما يتعامل به الناس من سلع وخدمات . وقد جرم المشرع الغش التجاري في المادة (٤٦٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ بنصها على " يعاقب بالحبس ..... من غش متعاقدا معه في حقيقة بضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أو نوع البضاعة أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها ذلك سببا أساسيا في التعاقد أو كان الغش في عدد البضاعة أو مقدارها أو مقياسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو كان في ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه ".

مما تقدم يمثل هذا الركن ركيزة إي فعل مؤثم ويتمثل بفعل الخداع سواء أكان صراحة أم ضمنا على واقعة غير صحيحة كليا أو جزئيا من شانها إدخال اللبس في ذهن الجمهور أو المتعاقد مما يوقعه في غلط حول حقيقة البضاعة أو الصفات التي كان المستهلك يتوقع وجودها فيها عادة . وغاية الجاني من وراء ذلك حصول المتعاقد الأخر على شيء أو بضاعة أخرى غير البضاعة المتفق عليها بهدف الاستفادة من القيمة المالية أومن المادية للبضاعة ذاتها .

والجدير بالذكر إن فعل الخداع قد لا يقع بفعل ايجابي فقط وإنما قد يقع بشكل سلبي ويتمثل بالإخفاء أو السكوت عن بعض العناصر الأساس التي من الضروري إن

يعلم بها المتعاقد الأخر ، ويتحقق ذلك في حالة البائع الذي يعرف العيوب الخفية للبضاعة أو الشيء المباع ويخفيها عن المتعاقد معه .

٢) الركن المعنوي للجريمة :

يتمثل هذا الركن بالعلم والإرادة في ارتكاب الفعل ألجرمي ، إي معرفة المجرم بحقيقة الواقعة الجرمية التي تتجه إرادته إلى تحقيقها فينبغي إن يكون المتهم عالما بفعل الغش ويريد تحقيقه كان يقوم بفعل الغش ألجرمي عن معرفة ا وان يكون الغش هو السبب الدافع للصفقة . وقد يفترض المشرع في بعض الحالات توافر العلم بالغش أو الفساد حتى لايفلت المجرم من المسؤولية الجزائية ومن العقاب كعدم الإعلان عن الأسعار أو عدم ذكر البيانات اللازمة على الحليب المجفف أو بيع الخبز بالعدد من دون الوزن فيكون الركن المعنوي متوافرا بمجرد وقوع المخالفة للقوانين والأنظمة (١) .

فجريمة الغش جريمة عمدية يشترط لقيامها ثبوت القصد الجنائي الذي من شانه خداع المستهلك وإدخال الغش عليه وعلى السلعة وكذلك اتجاه اراته نحو أفعال من شانها إن تغير من طبيعة وخواص المواد التي أدخلت عليها .

وهنا ينبغي التفرقة بين فرضيتين (٢):-

الفرضية الأولى : حالة العيوب الظاهرة للبضاعة وهذا الفرض تكون نية الغش ثابته بوضوح ولا يمكن للجاني أن يدفع بجهله بعيوب البضاعة ، فليس من المقبول أن يحتج بحسن النية متى كانت هذه البضاعة معيبة ففي هذه الحالة يعتبر البائع سيء النية لأنه يتعين علية التأكد من سلامة بضاعته لذا فهو على علم بعيوبها .

الفرضية الثانية : في حالة العيوب الخفية أو غير الظاهره في هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كانت مسؤولية الصانع أو المنتج تقوم على أساس إن عليه التزاما بالتحقق عن البضاعة قبل تسليمها وإذا من المقرر أن التاجر ملزم بحكم مهنته من التأكد من حالة البضاعة التي يسلمها فهل يمكن أن تنسحب عليه المسؤولية الجنائية حتى في حالة العيوب غير الظاهرة ؟ وهل يكفي مجرد الاحتمال لتحقيق عنصر سؤ النية ؟

هنا لا محل لافتراض العلم بالغش في هذه الجريمة فالقصد المطلوب هنا هو القصد

(١) انظر : نادر شافي ، مصدر سابق .

(٢) انظر : د.سالم محمد عبود ، د.منى تركي الموسوي ، مدخل إلى حماية المستهلك ، مركز بحوث السوق وحماية المستهلك ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٦٢ .

لافتراض قيام هذا العلم في تلك الحالة أم لا ويجري العمل على إثبات قيام العلم من كون المتهم تاجرا ويقع عليه واجب الإشراف على عماله والتحقق والرقابة على المنتجات التي تخرج من مصنعه .

فمجرد تخلف عنصري الرقابة والإشراف يتوافر القصد الجنائي في جريمة الغش .

المطلب الثالث

صور الغش التجاري

في ظل انتشار روح التنافس التجاري أصبحت ظاهرة الغش التجاري سمة مميزة للكثير من النشاطات التجارية في هذا العصر وذلك لكثرة المنتجين من جانب وكثرة المواد المنتجة وتنوعها من جانب أخر كما إن الإيقاعات السريعة للعصر الحديث أدت إلى ظهور صناعة غير متقنة إضافة إلى قلة الرقابة والسيطرة على تلك المخالفات . وساعد في ذلك جشع الشركات المنتجة وسعيها الدؤوب لكسب الأموال بالصورة المشروعة وغير المشروعة ، وانتشرت السلع الرخيصة المقلدة غير متقنة الصنع على حساب المنتجات الأصلية والماركات العالمية المسجلة . واختلفت صور الغش التجاري المتمثلة في استخدام العلامات التجارية للشركات الأخرى وعدم التقيد بالمواصفات والمقاييس الصناعية ، والتلاعب بأنواع المواد الخام المستخدم في الصناعة وكمياتها ونسبها ، كما ظهر التلاعب في مدة صلاحية المنتج وغيرها من ضروب الغش التجاري (١) .

ومن أهم صور الغش التجاري تلك التي تتعلق بصحة الإنسان وهي الأغذية الفاسدة أو الأدوية المغشوشة والمستلزمات الطبية الملوثة التي تؤدي إلى إصابة الإفراد بأمراض مختلفة بل إلى وفاة الكثير منهم.

ويعتبر الإعلان من الصور الأخرى للغش التجاري والذي يتناول سلعة أو خدمة ويتضمن عرضا أو بيانا أو ادعاءا كاذبا أو انه مصاغ بعبارات من شانها أن تؤدي

بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع المستهلك أو تضليله ، ويعتبر مخادعا العرض أو البيان أو الادعاء الذي يتناول على سبيل المثال طبيعة السلعة أو تركيبها

(١) انظر : زينب مكي ، الغش التجاري يكلف العالم أكثر من ٧٨٠ مليار دولار سنويا ، شبكة الأعلام العربية ، ٢٠١٠ ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/show-news.asx?nid=286404&pg=1http://www.moheet.com

أو صفاتها الجوهرية أو العناصر التي تتكون منهاوكميةهذه العناصراومصدرالسلعة أو وزنها أو حجمها أو طريقة صنعها أو تاريخ انتهاء صلاحيتها أو شروط استعمالها أو محاذير هذا الاستعمال ، أو نوع الخدمة والمكان المتفق عليه لتقديمها ومحاذير استعمالها وصفاتها الجوهرية أو شروط التعاقد ومقدار الثمن الإجمالي وكيفية تسديده أو الموجبات التي يلتزم بها المعلن أو هوية ومؤهلات وصفات المصنع أو المحترف ، كما يعتبر أعلانا ينطوي على غش الإعلان الذي ينسب فيه المعلن زورا انه يحمل شهادات أو مصادقات أو ميداليات رسمية أو خاصة وكذلك الزعم بوجود أسس علمية في حين أنها غير متوافره في الواقع أو غير جدية ، أو الإعلان الذي يتضمن استعمال شعار أو علامة فارقة من دون وجه أو استعمال علامة مقلدة أو مشابهه (١) .

وكذلك من الصور الأخرى بيع السلع مجهولة المصدر وغير مطابقة للمواصفات وأكثر حالات الغش تتعلق بالمواد الغذائية والتلاعب بمكوناتها وزيادة مواد ضارة إليها مثل خلط الزيوت بعدة أنواع تكون في كثير من الأحيان غير صالحة للاستهلاك وتسبب أمراضا مسرطنة وإضافة الملوثات الصناعية للمشروبات وارتفاع تعداد الجراثيم بالمواد الغذائية على الفطائر وعلامات فساد ظاهرة بالنسبة للحليب ووجود رواسب أو معلقات في عينات لماء الورد وإضافة كميات نشاء وتكتلات في مادة الطحينية (٢) .

ومن الأمثلة الأخرى للغش التجاري قيام التاجر بوضع بضاعة من منشأ معين في علب كارتون مطبوع عليها عبارات فرنسية مثلا تدل على إن مصدرها المصانع الفرنسية ، فيكون قد ارتكب غشا من شانه حمل المستهلك على شراء بضاعة مصنوعة في بلد معين باعتبارها بضاعة فرنسية إذ إن ذلك يثير الغش في ذهن المشتري ويحمله على شراء بضاعة بسبب البيان الكاذب عن مصدر البضاعة .

وكذلك بيع مياه معدنية اصطناعية باسم مياه معدنية طبيعية يشكل غشا في جنس

(١) انظر : نادر عبد العزيز شافي ، الحماية القانونية للمستهلك ، مجلة الجيش ، العدد ٢٥٩ ، ٢٠٠٧ ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp?ln=ar&id=13133

(٢) انظر : المصدر صحيفة الوطن السورية ، المرصد السوري لحقوق الإنسان ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/1-2-2010 – Syrian % 20 http://www.syriahr.com
observatory14.htm

البضاعة أي في مجموع صفاتها الجوهرية التي تلازمها والتي لولاها لما أقدم المستهلك على الشراء .

وقد خصص المشرع العراقي الفرع الثاني من الفصل الثامن من قانون العقوبات الى الغش في المعاملات التجارية والتي منها نص المادة (٤٦٧) سالفة الذكر وحرص المشرع اضافة الى ذلك ضمان حرية المنافسة التجارية المشروعة وذلك لمصلحة المستهلك بهدف حصوله على السلعه التي يرغب بها بافضل الاسعار والمواصفات فقد نصت المادة (٤٦٤) من قانون العقوبات على انه : " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل من اخل بطريق الغش او باية وسيلة اخرى غير مشروعة بحرية او سلامة المزايدات او المناقصات التي لا تتعلق بالحكومة بمالها بنصيب ولا التي تجريها الدوائر الرسمية او شبه الرسمية "

الا اننا نجد على هذه المواد المواد الملاحظات التالية :

ـ ان العقوبات التي وضعها المشرع اصبحت هزيله ولا تتناسب مع الفعل المجرم فالاجدر بالمشرع تعديل هذه العقوبات .

ـ يلاحظ في نص المادة (٤٦٤) ان المشرع حدد حالات الغش في المزايدات او المناقصات بالتي لا تتعلق بالحكومة او الدوائر الرسمية او شبه الرسمية والاجدر لو كان نص المادة يشير الى الغش في المزايدات او المناقصات بشكل عام فنص المادة يوحي باجازة الغش في تلك الحالات فالافضل اعادة صياغة نص المادة لتشمل جميع المزايدات والمناقصات بصوره مطلقه .

المبحث الثاني

حماية المستهلك من الغش في الشريعة الإسلامية

يعتقد البعض إن قضية حماية حقوق المستهلك فكرة غربية جاءت بها الحضارة الأوربية مع ما جاءت به من حقوق الإنسان وفرضته الحياة من تطور في التشريعات والأنظمة . ولكن عند مراجعة أي من المصادر الأساسية في الفكر الإسلامي سواء كان القران الكريم أو السنة النبوية الشريفة وما ورد عن الأئمة الأطهار والصحابة والإثراء العلمي الذي تركوه لنا ، سنجد إن هناك سبق كبير لقضية حقوق المستهلك وحمايته وخصوصا من حالات الغش ، فقد يركز منهج حماية المستهلك في الغرب والمجتمعات الحديثة على بعض الأنواع ذات العلاقة بالغش والتضليل أو ما تعارف عليه المجتمع ، ولكن المنهج الإسلامي له نظرة أعمق واشمل من خلال تحقيق مصالح الناس والعمل على جلب المنافع ودرء المفاسد وإذا كانت المصالح توزع في نظر المشرع بين الضروريات والحاجيات والتحسينات أصبح ملزما إن حفظ مقاصد الحياة من كل ما يضرها ويفسد طباعها من أركان نظام حماية المستهلك والمنبثق من تصور الإسلام للحياة والإنسان وان هناك أصول عامة وقواعد وضوابط قننت لنظام حماية متكامل ووضحت فيه المسؤولية وما يترتب على كل تجاوز لحقوق الله وحق الناس والمجتمع . فالاسلام هو القانون الام الذي تستمد منه القوانين الوضعية اصولها ومنهجها ولقد كانت نظرة الفقه الإسلامي عميقة تجاه المشاكل المختلفة التي تعني بالمستهلكين وحاجاتهم لان الإسلام لم يترك مجالا إلا وكان له فيه رأي أو قول في تحديد مساراته ومقوماته وحدود الحلال والحرام في المعاملات . وأسس نظام خاص للرقابة أطلق عليه نظام الحسبة . لذلك سيتم تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب يتناول المطلب الأول مفهوم

الغش في الشريعة الإسلامية ويبين المطلب الثاني حماية الشريعة للمعاملات ومن ثم نتطرق لمفهوم نظام أو مؤسسة الحسبة .

المطلب الأول

مفهوم الغش في الشريعة الإسلامية

الغش ما يخلط من الرديء بالجيد وقال ابن حجر الهيثمي :" الغش المحرم أن يعلم ذو السلعة من نحو بائع أو مشتري فيها شيئا لو اطلع عليه مريد ما اخذ بذلك المقابل ". (١) .

وعن أبي هريرة قال :" نهى رسول الله صلى الله علية وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر " والغرر من غره اي خدعه وأطعمه بالباطل " .

ويعرف بأنه تقديم الباطل في صورة الحق ، وفي البيوع يعرف ببيع الغرر وهو كل بيع احتوى جهالة أو تضمن مخاطرة أو قمار (٢) .

ونهى الرسول (صلى الله عليه وسلم) عن بيع النجش والنجس في اللغة الإثارة وهو أيضا إثارة الطائر ليقع في الفخ وهو إثارة المشتري ليقع بحيال البائع فيشتري بسعر مرتفع عن طريق رفع السلعة في المزاد من رجل يحضر المزاد ولا يريد الشراء وإنما يريد أن يرفع السلعة فيقول قولا يرفع فيه السلعة ولا يشتري باتفاق مع البائع أو بدون اتفاق ، ومن الصور الحديثة للنجش المحظورة شرعا اعتماد الوسائل السمعية والمرئية أو المقروءة التي تذكر أوصافا رفيعة لا تمثل الحقيقة أو ترفع الثمن لتغري المشتري وتحمله على التعاقد (٣) .

وحذر النبي (صلى الله عليه وسلم) من الغش وتوعد فاعله وذلك إن النبي (صلى

---

(١) انظر : زاهر الشهري ، الغش ..تعريفه ، مظاهره ومضاره ، دار القاسم ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://saaid.net/rasael/178.htm

(٢) انظر : المحامية هداية ، الغش التجاري بين الشريعة والقانون ، منتدى جنة العدالة ، الدرر السنية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

www.dorar.net

(٣) انظر : شبكة مزاد الكويت ، فلنتجنب الحرام (بيع النجش) الغش ..؟ ، مناقشات ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/vb/showthread.php?t=309784http://www.mazadq&.com

الله عليه وسلم) مر على صبرة طعام فادخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال : " ما هذا يا صاحب الطعام ؟ " قال : أصابته السماء يا رسول الله قال :" أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غش فليس مني " وفي رواية " من غشنا فليس منا " وروى مالك والبزاز عن ابن عباس أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال :" خمس

بخمس ما نقص قوم العهد إلا سلط الله عليهم عدوهم ، ولا حكموا بغير ما انزل الله إلا أفشى فيهم الفقر وما ظهرت الفاحشة في قوم إلا ظهر فيهم الطاعون ، وما طففوا الكيل والميزان إلا منعوا النبات واخذوا بالسنين ، ولا منعوا الزكاة إلا حبس الله عنهم المطر " (١) .

ومن أوائل الغش التجاري كان في قوم شعيب كانوا يخدعون المشتري ويبخسون الناس أشياءهم وكانوا يطففون المكيال والميزان قال تعالى : " والى مدين أخاهم شعيبا قال يا قوم اعبدوا الله ما لكم من الله غيره قد جاءتكم بينة من ربكم فأوفوا الكيل والميزان ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها ذلكم خير لكم إن كنتم مؤمنين " (٢) ولكن كذبه قومه فأخذتهم الرجفة وهي عذاب من الله نزل بهم قال تعالى :" فكذبوه فأخذتهم الرجفة فأصبحوا في ديارهم جاثمين " (٣) والرسول الأعظم (صلى الله عليه وسلم) بعد أن ارسى قواعد العقيدة هاجر إلى المدينة المنورة ليبني دولة مثالية يحتذى بها . فآيات الإحكام كلها نزلت في المدينة والمجتمع المسلم كان مثالا في التطبيق قال احد الأنصار كنا أسوا الناس كيلا حتى انه ليكون لأحدنا مكيالان يشتري بواحد ويبيع بالأخر وما أن نزلت فينا " ويل للمطففين " حتى أصبحنا أحسن الناس كيلا ووزنا روى النسائي عن ابن عباس قال :" لما قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة كانوا من أخبث الناس كيلا فانزل الله تعالى :"ويل للمطففين " فأحسنوا الكيل بعد ذلك (٤) . انزل الله سورة المطففين لوقاية المجتمع من هذه الجريمة البشعه وهذه الآيات تربية وإعداد لهذا المجتمع وغرس التقوى في قلوب المسلمين فإذا ما التزم هذا المجتمع تقوى الله تبارك وتعالى في هذا الجانب من المعاملات وفي الجوانب الأخرى صارت بيئة المعاملات

(١) انظر : الشبكة العربية للتنمية المجتمعية ، تعريفات شرعية ، تعريف الغش التجاري ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

www.ydbyd.net/dar/showthread.php?p=845

(٢) انظر : سورة الأعراف الآية (٨٥) .

(٣) انظر : سورة العنكبوت الآية (٣٧) .

(٤) انظر : الشبكة العربية للتنمية المجتمعية ، المصدر السابق .

وغيرها نظيفة نزيهه طاهرة .

وروي عن أئمة أهل البيت أحاديث كثيرة فيما يتعلق بالغش وتحريم ذلك واثر هذا على المجتمع والأفراد وكذلك في الدنيا والآخرة وعن هشام بن الحكم قال : كنت أبيع ألسابري في الضلال فمر بي أبو الحسن الأول موسى (عليه السلام) راكبا فقال لي : " يا هشام إن البيع في الضلال غش والغش لايحل ". وقال أبو عبد الله الحسين (عليه السلام) " ليس منا من غش مسلما " وقال أيضا (عليه السلام) " ومن بات وفي قلبه غش لأخيه المسلم بات في سخط الله وأصبح كذلك حتى يتوب " (١) .

فما ذكر من الآيات القرآنية الكريمة والسنة النبوية الشريفة يتبين أن الشريعة الإسلامية الغراء حرمت الغش بشكل قطعي وجعلته منافيا للعدالة والأخلاق الفاضلة فالأجدر بالإفراد أن تراقب الله عز وجل في إعمالها قبل أن يكون عليها رقيب من البشر

المطلب الثاني

حماية الشريعة للمعاملات

عالجت الشريعة الإسلامية موضوع المعاملات وهو ما يعرف اليوم بالمصطلح القانوني " موضوع حماية المستهلك " قال تعالى :"وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسرو الميزان "(٢) وقال تعالى " إن الله لايحب من كان خوانا أثيما " (٣).

وكان الرسول (صلى الله عليه وسلم) يعلم النجارين والبائعين المعاملات والبيوع ألمحلله ويوضح لهم ألمحرمه ويحثهم على عدم الغش لان هذا تعد على حقوق الآخرين وبضمنها حق الله .

والغش كونه خيانة وإخفاء للعيب وإظهار للشيء على غير طبيعته قد يكون بالفعل وقد يكون بالقول أو بأي سلوك أخر يتنافى مع عقيدة الإسلام.

فالشريعة الإسلامية سبقت القانون في حماية المستهلك بل أنها تحمي المستهلك من نفسه ومن المنتج ومن التاجر فتضمنت الشريعة الإسلامية مجموعة من القواعد

---

(١) انظر : الشيخ الحر ألعاملي ، وسائل الشيعة ، ج١٢ ، دار الكتب العلمية ، ص٤٢٩-٤٣٠ .

(١) انظر : سورة الرحمن ، الآية (٩) .

(٢) انظر : سورة النساء ، الآية (١٠٧) .

والمبادئ والضوابط التي لو طبقت تطبيقا شاملا حققت الخير للمنتج والمستهلك وللفرد والمجتمع .

فالشريعة الإسلامية تحمي المستهلك من نفسه ويعرف المستهلك بشكل مبسط بأنه كل شخص يقتني سلعا أو خدمات لإشباع حاجاته وتحقيق أغراضه المشروعة في مختلف مراحل حياته (١) . والمستهلك المسلم الصالح الورع الملتزم بشرع الله يسلك سلوك سوي عند اختيار ما يشتريه ، ومن الضوابط الشرعية في هذا المقام أن يلتزم بقاعدة الأولويات حيث يبدأ بالإنفاق على الضروريات ثم الحاجيات ثم الكماليات ولا يسرف ولا يبذر عند الشراء ، كما انه يتجنب شراء المحرمات والخبائث ملتزما بقول الله عز وجل " ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث " (٢)

وقوله تعالى " وكلوا واشربوا ولا تسرفوا انه لايحب المسرفين " (٣) وقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) " كل ما شئت واشرب ما شئت دون إسراف اومخيلة " (٤) ولا يمكن أن يوجد هذا المستهلك المنضبط بشرع الله إلا عن طريق التنشئة الصالحة تربية وتعليما على المنهج الإسلامي .

والشريعة الإسلامية تحمي المستهلك من المنتج ، فالإسلام أمر المنتج بتجنب إنتاج المحرمات والخبائث ، كما أمر الرسول (صلى الله عليه وسلم) بإتقان الصنع قال (عليه الصلاة والسلام) :" أن يحب من أحدكم إن عمل عملا إن يتقنه " كما أمر بعدم الغش فقال (صلى الله عليه وسلم) " من غشنا فليس منا " فيجب ترشيد النفقات حتى تكون الأسعار في متناول المستهلك العادي ولا يبخس العامل أجرة ، إن التزام المنتج بهذه الضوابط الشرعية فيه حماية للمستهلك من المحرمات والخبائث كما يحميه من السلع الرديئة وكذلك من المنتجات المغشوشة ومن الأسعار العالية ، وهذا يحقق لكلاهما الخير والبركة .

---

(١) انظر : رمضان عبد الرحمن ، الشريعة سبقت القانون في حماية المستهلك وحقوقه ، مقال منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/index.php?/records/view/id/4216/http://www.shareah.com

(٢) انظر : سورة الأعراف ، الآية (١٥٧) .

(٣) انظر : سورة الأعراف ، الآية (٣١).

(٤) انظر: رمضان عبد الرحمن ، مصدر سابق .

كذلك تحمي الشريعة الإسلامية المستهلك من التجار فقد تضمنت الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط التي تحكم المعاملات في الأسواق مع التجار ، فقد أمر الإسلام بحرية المعاملات في الأسواق وان تكون خالية من الغش والتدليس والجهالة والغرر والمعاملات الربوية وكل صيغ أكل أموال الناس بالباطل وصيغ الميسر ، فحرمت الشريعة الإسلامية الغش لأنه صورة من صور ضياع الأموال فقال الرسول (صلى الله عليه وسلم) :" من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليرفعه عليهم كان حقا على الله أن يقعده من النار يوم القيامة " وعندما حرم الإسلام بيع النجش وبيع الغرر وغير ذلك كل هذا لحماية المستهلك ، إن التزام التاجر بالقواعد الشرعية للمعاملات في الأسواق يحقق الأمن للمستهلك ويحافظ له على ماله يقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) :" إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من اتقى الله وبر وصدق " (١) .

وان الغش في البضائع والسلع وبخس الناس أشيائهم أفعال لم تضع لها الشريعة الإسلامية عقابا محددا ، فهي تندرج ضمن ما يسمى بجرائم التعازير في الإسلام وسميت العقوبة تعزيرا لان من شانها أن تدفع الجاني وتردعه عن ارتكاب الجريمة والعودة إليها . وهي عقوبة غير مقدرة شرعا تجب حقا لله أو لأدمي في كل معصية ليس فيها حدا ولا كفارة غالبا أو هي عقوبة يقدرها ولي الأمر (٢). وعقوبة من يغش في البيوع بكتمان عيوبها أو فيمن يغش في الصناعات مثل الذين يصنعون الأطعمة من الخبز والشواء أو اللذين يصنعون الملبوسات من النساجين والخياطين وسواهم من أصحاب الصناعات أو من يغش في الوزن الضرب أو الحبس أو الإخراج من السوق أو غلق المحل أو التشهير به في حدود شرع الإسلام أما محل الجريمة فهو السلع الرديئة سواء المغشوشة منها أو الفاسد فقد أفتى طائفة من الفقهاء بجواز إتلافها مثل المنسوجات الرديئة الصنع التي يجوز تمزيقها أو تحريقها مستدلين على ذلك من تحريق عبدالله بن عمر لثوبه المعصفر بأمر النبي (صلى الله

عليه وسلم) وإراقة عمر بن الخطاب للبن الشوب بالماء . أما الرأي الراجح في الفقه فهو إن الإتلاف ليس واجبا على الإطلاق بل إذا لم يكن في المحل مفسد جاز إبقاؤه عن طريق التصدق به فان في التصدق به إتلاف على صاحبه وإما في إتلاف عمر بن الخطاب للبن المغشوش فان الفقراء عنده في ألمدينه كانوا قليلين ولهذا جوزت هذه الطائفة من الفقهاء التصدق به وكرهوا تلافه (٣) .

---

(١) انظر: رمضان عبد الرحمن ، المصدر السابق .

(٢) انظر : بصائر علي محمد ألبياتي ، مصدر سابق ص٢٥ .

(٣) انظر : بصائر علي محمد ألبياتي ، مصدر سابق ، ص٢٧ .

ومما تقدم بيانه يمكن القول إن الشريعة الإسلامية لن تال جهدا في توفير الحماية للثقة الواجبة في المعاملات وحمايتها للصحة العامة عن طريق تقرير مبادئ عامة وأساسية للتعامل منها النهي عن الغش والخداع وبخس الناس أشياءهم .

المطلب الثالث

نظام أو مؤسسة الحسبة

بنيت الحسبة في صدر الإسلام على الأمر بالمعروف والنهي وترمي إلى التقوى في المعاملات بين الناس في علاقاتهم الاجتماعية والتجارية ، فالإسلام تميز عن غيره من البيانات الأخرى باهتمامه المزدوج لأمور الدين والدنيا فلم تكن تعاليمه مقصورة على العبادات من صلاة وصيام وزكاة ولا على التهذيب الخلقي للفرد والمجتمع ولكن هذه التعاليم إلى جانب كل ذلك أولت عناية كبيرة للأمور الدنيوية من نظم وقواعد قادرة على ضمان مجتمع صالح تسوده العدالة والمساواة .

ويعرف الماوردي الحسبة بأنها الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله ، ونفس التعريف عند ابن خلدون حيث يقول أنها وظيفية دينية لأنها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ويركز على أنها وظيفة دينية لأنها تعمل بالشرع الإلهي وتشترط الحكم بالشريعة (١) .

ويدخل في الحسبة كل الأمور المتعلقة بالحياة العامة للناس ، فالمحتسب مصلح اجتماعي وأخلاقي ، وليس شرطي كما هو الشأن بالنسبة لرجال المراقبة . ولكي يصلح المحتسب المجتمع يجب أن يكون صالحا عارفا بأحوال الناس والحياة العامة ومؤهلا تأهيلا أخلاقيا ودينيا وعلميا واجتماعيا. ولذلك لاتتوفر شروط المحتسب إلا في قليل من الناس لان الأمر يدعي الإلمام بأحوال الناس وقضاياهم

---

(١) انظر : ا.د . محمد فائد ، د. بو غزة خراطي ، توجيه المستهلك في الميدان الغذائي ، الطبعة الأولى ، ص٦ ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.ampoc.net/guide.htm

من مختلف المعاملات . ويقتضي عمل المحتسب تجربة وأخلاق واستقامة فوق المؤهلات المعرفية والعلمية المكتسبة .

ولما كانت الحسبة امرأ بالمعروف ونهيا عن المنكر وإنها عمل ذو مهاره أخلاقية وفنية لذا وجب على المحتسب أو من يشغل هذا العمل ومن في معيته بمجموعة من الشروط والسمات والمواصفات التي اتفق عليها جمهور الفقهاء (١) منها إن يكون عارفا بأحكام الشريعه ليعلم ما يأمر به وينهى عنه وان يكون بالغا قادرا ذا رأي وصرامة في الدين ومؤمنا يشهد له الجميع بالتقوى والإصلاح وحسن الخلق وان يكون عفيفا لا يقبل الرشوة ويلزم العاملين معه ويبتعد عن الشبهات ويكون له معرفه في مجال السوق أو النشاط الذي يشرف عليه وان يكون مواظبا لسنة الرسول (صلى الله عليه وسلم) .

وقد تدخلت الشريعة الإسلامية عن طريق رجال الحسبة أو الاحتساب لقمع الأساليب الملتوية التي يلجا إليها بعض البائعين والتجار ترويجا لبضائعهم وذلك بهدف الاغتناء والإثراء على حساب المستهلكين عندما يختل التوازن بين العرض والطلب (٢) .

وتنبثق فلسفة الحسبة من أركان الدين الإسلامية فقد قال سبحانه وتعالى :" ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " (٣) وقولة تعالى : " كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر " (٤) وقال الإمام علي (عليه السلام) : " أفضل الجهات عند الله الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر " .

والحسبة اقتصاديا جزء من الاقتصاد الإسلامي ويكون على رأسها المحتسب مسئولا عن متابعة تنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية في إنتاج السلع والخدمات المنتجة

ومن مواصفات فنية وطرق وأساليب التعامل في توزيعها وتداولها وتنظيم شبكات التوزيع ، كما تشمل أعمال المتابعة . كذلك العاملين أنفسهم حيث يتوجب أن يكونوا

(١) انظر : د.سالم محمد عبود ، حماية المستهلك في الفكر الإسلامي ، دار الدكتور للعلوم ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٢٢٠-٢٢١ .

(٢) انظر : عزالدين امنخفاد ، مصدر سابق ، ص٤ .

(٣) انظر : سورة آل عمران ، الآية (١٠٤) .

(٤) انظر : سورة آل عمران ، الآية (١١٠) .

مؤهلين أخلاقيا وفنيا لأداء مهمات الإنتاج والتبادل طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تتجسد بخطة أو قرارات اقتصادية تصدرها الدولة الإسلامية.

وكان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نفسه يتولى أمر الحسبة ويتجول في الأسواق بين الناس ينظم لهم سوقهم وعلاقاتهم وحياتهم ويوجه البعض ويثني على البعض الأخر ويقوم الأمر فهو منهج تطبيقي . وعندما ازدادت المخالفات أراد الرسول (صلى الله عليه وسلم) الحد منها ومعالجتها بحكمة وبنظام مؤطر ومحدد فعين عمر بن الخطاب (رض) بمهمة مراقبة سوق المدينة المنورة ، وعين سعيد بن العاص على سوق مكة المكرمة . وهذا دليل على أصالة نظام الحسبة العربية الإسلامية .

المبحث الثالث

الآثار القانونية لحماية المستهلك

المستهلك هو كل شخص يقتني سلعا أو خدمات لإشباع حاجاته وتحقيق اغراضة المشروعة في مختلف مراحل حياته .

وهناك فرق بين الاستهلاك والإنفاق رغم أن الظاهر إنهما متفقين في المضمون والمعنى العام . ولكن في الواقع إنهما من حيث المضمون فالاستهلاك هو استخدام

السلع والخدمات من اجل إشباع الحاجات ، إما الإنفاق فيقصد به تلك المبالغ النقدية التي تخرج من الذمة والتي يتم إنفاقها فعلا بقصد إشباع الحاجات .والذي يدقق في هذين التعريفين يجد إن الاستهلاك يعتمد على ذوق المستهلك وسلوكه وطبيعة المفاضل بين السلع المتوفرة وان الغاية منه هي كيفية الحصول على الإشباع الأمثل من خلال اختيار الفرد بين ما يدفعه وما يحصل عليه من سلع وخدمات ، أما الإنفاق فهو مجموع المال الذي يتم صرفه على كل هذه السلع بعد أن يكون المستهلك قد حدد اختياراته ومفاضلته بينهما (١) .

(١) انظر: سالم محمد عبود ، مصدر سابق ذكره ، ص١٥ .

وللمستهلك حقوقا وواجبات وللتشريعات دور في حمايتها . لذلك سيتم تقسيم المبحث إلى ثلاث مطالب يتناول المطلب الأول حقوق المستهلك والمطلب الثاني واجبات المستهلك ومن ثم وفي مطلب ثالث القواعد القانونية المتعلقة بمكافحة الغش التجاري .

المطلب الاول

حقوق المستهلك

أضحت حماية المستهلك حقا معترفا به من حقوق الإنسان حيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة مجموعة من الحقوق الخاصة بالفرد بصفته مستهلكا في قرار لها وهو القرار ٣٩ / ٣٢٨ لسنة ١٩٨٥ وهذه الحقوق هي :

ـ الحق في تامين الحاجات الأساسية وتشمل هذه المأكل والملبس والمسكن والصحة والتعليم ولضمان استيفاء هذا الحق طالبت الأمم المتحدة الدول باتخاذ إجراءات تكفل استيفاء هذا الحق كإنشاء مؤسسات رقابية واعتماد المعايير الدولية للجودة وضمان توفر هذه الحاجات بشكل دائم وبأسعار مناسبة (١) .

ـ الحق في السلامة (حق الأمان) ومقتضى هذا الحق هو حماية المستهلك من المخاطر التي تسببها المنتوجات والسلع والخدمات وحث القرار الدول على إصدار التشريعات التي تضمن الحق في السلامة .

فينبغي أن تقوم الحكومة باعتماد السياسات التي تضمن كفاءة توزيع السلع والخدمات للمستهلكين ويمكن استخدام إجراءات محددة لضمان عدالة توزيع السلع والخدمات الأساسية عندما يكون التوزيع مهددا بالخطر ، ويمكن أن تشمل هذه السياسات المساعدة في إنشاء المرافق المناسبة للتخزين والبيع بالتجزئة وتحسين مراقبة الشروط التي تقدم بموجبها السلع والخدمات وخاصة في المناطق الرئيسية

---

(١) انظر : فارس حامد عبد الكريم ، حماية المستهلك وحقوقه الإنسانية في الشريعة والقانون ، دراسات ، وكالة أنباء براثا ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http ://burathanews.com/news-article-67851.html

وتشجيع الأنشطة التجارية والتعاونية المتعلقة بذلك (١) .

ـ الحق في الحصول على المعلومات ويعني ذلك أن تدون على المنتوج أو الكتيبات التوضيحية الملحقة به معلومات صحيحة وايجاد قواعد معلومات للمستهلك ومنع الإعلانات التضليلية .
فالمستهلك بحاجة إلى تبصيره واعلامة بكافة المعلومات والبيانات الهامة والمؤثرة في إقدامه على التعاقد .

ـ الحق في الاختيار أي الحق في انتقاء المنتوج أو السلعة من نوع واحد التي تلائمة من حيث الجودة والسعر .
فهناك ممارسات تعتمد بالأساس أسلوب استدراج المستهلك والزامة بإبرام عقد ما كان ليبرمه لو كان رضاءه سليما وبالتالي لابد من منحة فرصة للتروي والتفكير والاختيار من اجل إبرام العقد .

ـ الحق في التمثيل والمشاركة في اتخاذ القرار فينبغي الاستماع إلى رأي المستهلك وإشراكه في إعداد السياسات الخاصة بالاستهلاك وللمستهلكين إنشاء جمعيات لحماية حقوقهم وإيصال أصواتهم للجهات المختصة .

ـ الحق في التعويض فلابد أن تكفل التشريعات حق المستهلك في الحصول على تعويض عادل في حالة تضرره من الخدمات والسلع التي اقتناها فضمان التدابير القانونية والتنظيمية التي تمكن المستهلك من الحصول على التعويض عند الاقتضاء بحيث تكون منصفة وسريعة التنفيذ وتلبي حاجات المستهلكين من ذوي الدخل المحدود وتعتبر من المهام الرئيسية للدولة التي يجب أن تشجعها لحل المنازعات بطريقة عادلة وهذا يتطلب التعاون مع المستهلك لتعريفه بالإجراءات المتبعة لحل الخلافات التجارية وواجباته في هذه ألحاله .

هذا وجدير بالذكر إن تقرير المنظمة العربية للتنمية الزراعية تضمن مبدأ منع حدوث الضرر حيث يشترط هذا المبدأ تدخل النظام السياسي لكبح جماح حرية المنتج والمستهلك عند حصول الضرر أو التهديد بحصول الضرر أو الأذى للمستهلك من جراء الصفقات التجارية الضارة أو غير المشروعة (٢).

---

(١) انظر : د.م عبد اللطيف باوردي ، حماية المستهلك (المفاهيم والواقع الراهن والمؤشرات المستقبلية) ، منتديات الجلفة ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :
http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=120893

(٢) انظر : تقرير المنظمة العربية للتنمية الزراعية ، التقرير السنوي ، دراسة نظم الرقابة على الأغذية لحماية المستهلك ، جامعة الدول العربية ، الخرطوم ، ٢٠٠٠ ، ص٢٨ .

ـ الحق في التثقيف وهو الحق في التمتع بالمعارف والمعلومات الكافية لتوخي سلوك استهلاكي رشيد وواعي ولتساعده على الاختيار الأمثل للخدمات والسلع للخدمات المتنوعة وبما يلائم وضعه الاقتصادي .
فحسب تقديرنا وضع برامج إعلامية هادفة لتوعية وأعلام المستهلكين تمكن المستهلك من اختيارا لسلع بشكل واع لحقوقه ومسؤولياته بما يؤمن توفير حاجات فئات المستهلكين ويمكن إدخال مثل هذه البرامج في المناهج التعليمية بحيث تشمل مواضيع الصحة والتغذية والوقاية من الأمراض التي تنقلها الأغذية ووسائل غشها ومخاطرها ومنعكساتها على البيئة عموما . كما إن اطلاع قطاع الأعمال التجارية والصناعية على البرامج الملائمة لهم ومشاركتهم بها تعتبر من المتطلبات التي ينبغي التشجيع لها .

ـ الحق في العيش في بيئة نظيفة ويكفل هذا الحق للمستهلك ضمان العيش في بيئة سليمة خالية من التلوث من خلال الاستخدام الموازن للموارد ومكافحة مصادر التلوث وللمستهلك الحق في الاعتراض بشتى الوسائل القانونية على تلوث البيئة من المخلفات الصناعية وعوادم السيارات والمبيدات والأتربة لما توقعه من أضرار على صحته وصحة أسرته .

ومما تقدم فينبغي أن يكون لكل فرد حق في أن توفر له حاجاته الاستهلاكية وفق مواصفات متنوعة يجب أن لا يتدنى اقلها عن المعايير المتوسطة المقبولة ليكون له حق الانتقاء من بين خيارات متعددة وان تخضع السلع المستوردة لفحص الجودة ، كما ينبغي تضمين التشريعات المتعلقة بالرقابة نصوص لحظر الإعلان التجاري عن أي سلعة لا تحصل شهادة الفحص .

وقد أشارت المادة (٦) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ إلى حقوق المستهلك بنصها : " أولا : للمستهلك الحق في الحصول على ما يأتي : ا ـ جميع المعلومات المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة . ب ـ المعلومات الكاملة عن مواصفات السلع والتعرف على الطرق السليمة لاستعمالها أو لكيفية تلقي الخدمة بالشكل واللغة الرسمية المعتمدة . ج ـ ما يثبت شراؤه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة مبينا فيها قيمة وتاريخ ومواصفات السلعة وعددها وكميتها ونوعها وسعرها . د ـ الضمانات للسلع التي تستوجب طبيعتها مثل هذا الضمان وللمدة التي يتم الاتفاق عليها مع المجهز دون تحميلها نفقات إضافية " .

فبينت هذه الفقرة كل ما يتعلق بالسلعة من مواصفات وما يثبت تسليمها للمستهلك وهي بنفس الوقت تعتبر من واجبات المجهز أو المعلن بالإضافة إلى ذلك اقر القانون تعويض للمستهلك في حالة عدم حصوله على المعلومات الكافية عن السلع والضمانات التي تستوجب طبيعتها وهذا ما أشارت إليه الفقرة (ثانيا) من المادة السادسة من القانون المذكور والتي نصت على انه : " ثانيا : للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة أعادة السلع كلا أو جزءا إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق ب هاو بأمواله من جراء ذلك " .

بالإضافة إلى ما تقدم فللمستهلك الحصول على خدمات ما بعد البيع إذا كان هناك اتفاق يقضي بذلك بين المجهز والمعلن وهذا ما نصت عليه الفقرة (ثالثا) من المادة السادسة بقولها " ثالثا : الحصول على خدمات ما بعد البيع وفق الاتفاق المبرم مع المجهز " .

وكذلك ومن جهه أخرى فللمستهلك الحرية الكاملة في اختيار السلعة من دون أي تدخل من المجهز وهذا ما أكدت عليه الفقرة رابعا من المادة السادسة بنصها " رابعا : حرية اختيار السلعة أو الخدمة المعروضة مقابل ثمنها دون أي تدخل من المجهز " .

المطلب الثاني

واجبات المستهلك

إن إدراك المستهلك لحقوقه ومسؤولياته هو حجر الأساس في ضمان هذه الحقوق ، واهم واجباته (١) هي :

ـ التأكد من مصدر البضاعة بقراءة البيانات الخاصة ببلد المنشى .

ـ طلب فاتورة الشراء الأصلية من البائع .

ـ التجول بالسوق لفترة كافية لاختيار السلعة المناسبة والسعر المناسب .

---

(١) انظر : هيئة التقييس لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، حقوق وواجبات المستهلك الخليجي ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.gcconsumer,com
/portal/page/portal/consumer/right.htm

ـ عدم الشراء من العمالة الهامشية .

ـ عدم الانسياق وراء الإعلانات المغرية في جميع السلع .

ـ التأكد من مضمون الضمان من البائع قبل شراء السلعة .

ـ البحث عن مواصفات السلعة التي يرغب شرائها .

ـ فحص ألسلعه والتأكد من سلامتها بل مغادرة المحل التجاري .

ـ التأكد من تاريخ الصلاحية قبل الشراء .

ـ التعاون مع الجهات المسئولة عن حماية المستهلك بالإبلاغ عما يجده مخالفا ، فللحفاظ على حقوق المستهلك عليه التعاون مع الجهات الرسمية وغير الرسمية للمساهمة في الحد من الممارسات التجارية التي تضر بحقوق المستهلك .

من جانب أخر هناك واجبات على المجهز والمعلن تجاه المستهلك بهدف حماية الأخير كتزويد المستهلك بمعلومات صحيحة ووافية وواضحة تتناول البيانات الأساسية للسلعة أو الخدمة وطرق استخدامها ، وكذلك الإعلان عن الأسعار في مكان بارز ، ويتوجب على المحترف الذي يعرض سلعا مستعملة أو مجددة أو تتضمن عيبا لاينتج عنه ضرر على صحة المستهلك وسلامته والإعلان عن حالة السلع المذكورة بشكل ظاهر وواضح على السلعة (١) .وقد أشارت المادة السابعة

من قانون حماية المستهلك العراقي على واجبات المجهز والمعلن وهي :أولا : التأكد من تثبيت البيانات والمواصفات والمكونات الكاملة للمنتج وخاصة بدء وانتهاء الصلاحية وبلد المنشأ قبل طرحها في السوق ، أو قبل إجراء عملية البيع أو الشراء أو الإعلان عنها .ثانيا : الالتزام بالمواصفات القياسية العراقية لو العالمية لتحديد جودة السلع المستوردة أو المصنعة محليا ويكون الجهاز المركزي للقييس والسيطرة النوعية هو المرجع لهذا الغرض وله الاستعانة بالجهات ذوات العلاقة .ثالثا : اتخاذ اسم وعنوان تجاري وقيدهما في السجلات الأصولية لدى الجهات المختصة ومسك السجلات المعتمدة لنشاطه .رابعا : الاحتفاظ بوصولات البيع والشراء أو نسخها وعرضها أو تقديمها إلى الجهات الرسمية المختصة عند طلبها أو تمكينها من الاطلاع عليها في محله دون أية معارضة .

---

(١) انظر : نادر عبد العزيز شافي ، مصدر سابق ، ص٢.

خامسا : عدم الترويج بأي وسيلة من وسائل الإعلام والنشر والدعاية للسلعة أو الخدمة التي لاتتوفر فيها المواصفات القياسية المحلية أو الدولية المعتمدة .

سادسا : أن يدون على جميع مراسلاته ومطبوعاته وإعلاناته اسمه التجاري وعنوانه وأية علامة يعتمدها قانونا إن وجدت .

سابعا : الحضور بنفسه أو بمن يمثله قانونا أمام الجهات المختصة أو ذوات العلاقة بعمله خلال سبعة أيام من تاريخ تبليغه للإجابة عن أية مخالفة لأحكام هذه القانون أو لإعطاء أية معلومات بشان السلعة أو الخدمة التي يقوم بتجهيزها أو الإعلان عنها .

ثامنا : السماح للجهات الرسمية ذوات العلاقة بإجراء الكشف والتفتيش في مكان عمله للحصول على عينات من مخزونه ومعروضه بغية إجراء الفحوصات عليها لدى الجهات المعتمدة رسميا لتقرير صلاحيتها للاستهلاك البشري .وبالإضافة إلى كل الواجبات المذكورة على المعلن أو المجهز فانه يكون مسؤول مسؤولية كاملة عن حقوق المستهلكين لبضاعته أو سلعته أو خدماته طيلة فترة الضمان المتفق عليها وهذا ما أكدت عليه المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك المذكور أنفا .

المطلب الثالث

القواعد القانونية المتعلقة بمكافحة الغش التجاري في القانون العراقي

لظاهرة الغش التجاري أثار ضاره بالأفراد وامن واستقرار المجتمع وجودة المنتجات الوطنية في الداخل والخارج وإهدار للموارد فهذه الأفعال تؤثر من ناحية على الاقتصاد القومي للبلد بأحداث خلل فيه وعدم التوازن بين المراكز القانونية المختلفة بإثراء طائفة من التجار المخادعين على حساب طائفة أخرى من التجار الشرفاء التي تراعي حدود الامانه في معاملاتها التجارية ومن ناحية أخرى فلها تأثير سلبي على أفراد المجتمع جمهور المستهلكين بإصابتهم بأضرار بالغة في صحتهم وذمتهم المالية . لذلك سن المشرع العراقي عدة قوانين لحماية المستهلكين منها قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ لضمان حقوق المستهلك الأساسية وحمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تؤدي إلى الأضرار به ، ورفع مستوى الوعي الاستهلاكي . وقد حددت المادة العاشرة من القانون المذكور عقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لاتقل عن مليون دينار أو يهما معا كل من يمارس الغش والتضليل في حقيقة المواد المكونة والمواصفات المعتمدة في السلع والخدمات أو بيعها أو الإعلان عنها ..الخ من أعمال الغش المنصوص عليها في المادة التاسعة سالفة الذكر سابقا .

وقد أشار القانون إلى تشكيل مجلس يسمى (مجلس حماية المستهلك) (١) يتولى مهام وضع السياسات وبرامج العمل الكفيلة بحماية المستهلك وحقوق تنظيمها وتلقي الشكاوي والتحقيق فيها واتخاذ القرارات والتوصيات المناسبة في شانها وكذلك توجيه الإنذار إلى المخالف بوجوب إزالة المخالفة خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ أو تحريك الدعوى (٢) وللمجلس تشكيل لجان تفتيش تابعة له تتولى الاطلاع على مواصفات السلع ومراقبة مدى توافر الشروط الخزينة في المخازن وأماكن العرض (٣) وتبليغ الجهات المختصة عن السلع التالفة وغير المشروعة لشروط السلامة الصحية ومتابعة إجراءاتها .

وقد أشارت المادة (٤٦٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ إلى عقوبة الغش التجاري بالحبس مدة لاتزيد على سنتين وبالغرامة على كل من يغش في المعاملات التجارية .

وكذلك نصت المادة (٥٠ / ٤) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٠ على معاقبة من غش أو قلد احد الأدوية أو المستحضرات الطبية أو المواد الكيمياوية أو باع شيء منها مغشوشا أو مقلدا .

وأيضا نصت المادة (٧ / أولا) من قانون رسم الموازيين والمقاييس والمكاييل التجارية رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٨ المعدل على عقاب التلاعب بأدوات الوزن أو القياس أو الكيل بشكل يجعلها غير صحيحة .

ونصت المادة (١٧) من قانون وسم المصوغات رقم (٨٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل على عقاب من احدث في المصوغات بعد وسمها تغييرا أو تعديلا سواء بطريق الإضافة أو الإبدال أو بأي طريقة أخرى .

---

(١) انظر : انظر المادة الرابعة من قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ .

(٢) انظر : المادة (٥ / اـ ثالثا) من قانون حماية المستهلك

(٣) انظر : المادة (٥ / ب ـ ٢،١) من القانون المذكور .

إضافة إلى ذلك نصت المادة (٩٩) من قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ والأنظمة الصادرة بالاستناد إليه على عقاب الغش في المواد الغذائية أو بيع وتداول الأغذية المغشوشة . وألزمت تعليمات وزير الصحة رقم (١) لسنة ١٩٩١ الخاصة بتنظيم عمل الباعة المتجولين بان تكون المواد الغذائية المعروضة للبيع من مصادر مجازة صحيا .

ونستنتج مما ذكر أعلاه إن العقوبات المقررة بمكافحة الغش التجاري غير رادعه ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقضي على هذه الظاهرة الخطيرة فالعقوبات المذكورة في المادة (١٠) من قانون حماية المستهلك والمادة (٤٦٧) من قانون العقوبات المذكوره عقوبات هزيلة ولا تتناسب مع الجرم المرتكب فبيع وترويج الأغذية الفاسدة أو الأدوية المغشوشة أو استيراد المنتجات منتهية الصلاحية لاتقل خطورة عن الاتجار بالمخدرات فكلها سموم تفتك بصحة الإنسان لذلك لابد من معاقبة تجار تلك الأغذية الفاسدة بنفس عقوبة الاتجار بالمخدرات لذلك ينبغي إعادة النظر في العقوبات التي وردت في القانون كونها لا تتناسب مع جسامة وخطورة الأفعال المجرمة وتشديدها خاصة إذا أدت تلك الأفعال إلى وفاة شخص أو أكثر ، وتفعيل دور الرقابة وعمل المجلس الذي نص على تشكيله القانون للحد من حجم خسائر الغش التجاري .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول انشات إلى جانب تفعيل قانون حماية المستهلك شركة خاصة لتفشي ظاهرة الغش التجاري ففي المملكة العربية السعودية انشات شركة " حماية العالمية " (١) بتشجيع من وزارة التجارة والصناعة السعودية لمكافحة الغش التجاري والتقليد وهي تعتبر أول شركة سعودية في منطقة الشرق الأوسط متخصصة في تقديم خدماتها للشركات المتضررة من ظاهرة الغش التجاري والقرصنة وتقليد منتجاتها . والاعتداء على العلامات التجارية في الأسواق المحلية والإقليمية مما يؤثر على الاقتصاد وحماية المستهلك كما أنها تعد أول شركة عربية تهتم بمحاربة الغش التجاري وتقديم الخدمات التدريبية والدعم والمساندة للشركات والهيئات وتعد مرجعا استشاريا للهيئات الحكومية ووسائل الإعلام وترتبط بجامعة الدول العربية ومنظمة الكمارك والغرف الدولية وهيئة الغذاء والدواء والكمارك السعودية .

---

(١) انظر : زينب مكي ، مصدر سابق .

المبحث الثالث

الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري من الناحية الدولية (منظمة التجارة العالمية)

بانتهاء الحرب العالمية الثانية شهد العالم تغييرات جذرية في بنيته الاقتصادية حيث بدأت الدول العظمى وضع أسس للعلاقات الاقتصادية الدولية والتوقيع على الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات (الجات) ، فما هي هذه الاتفاقية وما هي مبادئها . هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذه المبحث والذي قسم إلى مطلبين يتناول المطلب الأول التعريف باتفاقية الجات ومن ثم في المطلب الثاني مبادئ منظمة التجارة العالمية .

المطلب الأول

التعريف باتفاقية الجات

الجات (GATT) هي اختصار عن اللغة الانكليزية (Generral Agreement on Tariffs and Trade) الاتفاقية العامة للتعرفة الكمركية والتجارة وعقدت في عام ١٩٤٧ بين عدد من البلدان تستهدف التخفيف من قيود التجارة الدولية وبخاصة القيود الكمية مثل تحديد كمية السلعة المستوردة وهو ما يعرف بنظام الحصص وقد تضمنت خفض الرسوم الكمركية على عدد من السلع (١) .

وتشتمل هذه الاتفاقية على بعض أحكام ميثاق هافانا وتساعد الأمم المتحدة الدول الأعضاء على إدارتها ، تطورت لتصبح اليوم ما يعرف بمنظمة التجارة العالمية

---

(١) انظر : ويكيبيديا ، الموسوعة الحرة ، الجات ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://ar.wikipedia.org/wiki/%d8%ac%d8%a7%d8%aa

(WTO) واتخذت من مدينة جنيف في سويسرا مقرا لها وهي اتفاقية غير ملزمة لأعضائها وهي اتفاقية للتجارة في السلع وشهدت عددا من التطورات التي ألت في النهاية لإنشاء منظمة التجارة العالمية ابتداءا من مفاوضات جنيف وانتهاءا بجولة أورجواي الأخيرة ١٩٩٤ والتي تم الاتفاق فيها على إنشاء منظمة التجارة العالمية حيث أكدت تلك الوثيقة الختامية للجولة والتي ورد في مادتها الأولى إن ممثلي الحكومات والجماعات الأعضاء في لجنة المفاوضات اتفقوا على إنشاء منظمة التجارة الدولية وقد حددت الوثيقة نطاق عمل المنظمة ومهامها وهيكلها التنظيمي وعلاقاتها بالمنظمات الأخرى وطرق اكتساب العضوية ، وبالفعل تم تنفيذ هذه الاتفاقية في يناير ١٩٩٥ حيث وثقت المنظمة كل اتفاقيات الجات السابقة .

ويمكن إيجاز شروط الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية بثلاث نقاط رئيسية هي (١) :

ـ قبول الاتفاقية الموقعة في إطار المنظمة كحومة واحدة ويبلغ عدد هذه الاتفاقيات (٢٤) اتفاقا تحكم التجارة في السلع والخدمات والجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية والجوانب التجارية للاستثمار.

ـ تقديم التزامات محددة يجري التفاوض حولها مع الدول الأعضاء في مجال التجارة في السلع (التثبيت الكمر كي) .

ـ الاتفاق على التزامات محددة في مجال الخدمات والتي تقضي بفتح قطاعات الخدمات وإخضاعها لشروط النفاذ إلى الأسواق والمعاملة الوطنية وذلك بالاتفاق مع الدول الأعضاء في المنظمة .

وهناك عدة فوائد من الانضمام لمنظمة التجارة العالمية منها حرية اختيار السلع والخدمات المتوفرة في السوق المحلي الذي أصبح جزءا لايتجزا من السوق العالمية ويتمتع المستهلك باختيار أفضل السلع والمنتجات وأكثرها كفاءة وجودة واقلها سعرا . إضافة إلى ثقة المستهلك في السلع المتوفره التي سينحسر عنها الغش التجاري والتقليد والتلاعب بالأسعار حيث تخضع هذه السلع المحلية والأجنبية إلى قواعد وشروط وضوابط قاسية مثل اعتمادها للمواصفات والمقاييس العالمية والتدابير الصحية والصحة النباتية وحماية حقوق الملكية الفكرية وجميعها من الاتفاقيات

---

(١) انظر : محمد غسان الحبش ، الاقتصاد السوري ومتطلبات الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية ، جمعية العلوم الاقتصادية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

.htmhttp://mafhoum-com/syr/artides-oz/habash/habash

الأساسية للمنظمة .

كذلك زيادة فرص دخول جميع المنتجات المحلية من سلع وخدمات إلى أسواق (١٤٨) دولة في المنظمة تتمتع بسقوف كمركية منخفضة وسياسات تجارية واقتصادية مميزة بانفتاحها ولا تخضع الصادرات إلى إجراءات تعسفية من قبل دولة ما .إضافة إلى الاحتكام إلى هيئة حسم المنازعات التجارية في المنظمة والتي تتميز بسرعة اتخاذ القرار وتنفيذ الإجراءات الرامية لإنصاف الدول الأعضاء بالمنظمة (١).

المطلب الثاني

مبادئ منظمة التجارة العالمية لحماية المستهلك

تقوم منظمة التجارة العالمية على عدد من المبادئ أهمها (٢) :

١ـ مبدأ عدم التمييز : وينطوي هذا المبدأ على عدم التمييز بين الدول الأعضاء في المنظمة ، أو منح رعاية خاصة لإحدى الدول الأخرى وبحيث تتساوى كل الدول الأعضاء في الجات في ظروف المنافسة بالأسواق الدولية فأي ميزة تجارية يمنحها بلد لبلد أخر يستفيد منها دون مطالبة باقي الدول الأعضاء .

٢ـ مبدأ الشفافية : يقصد بهذا المبدأ الاعتماد على التعريفه الكمركية وليس على القيود الكمية (التي تفتقر الى الشفافية) أي أن تكون التعريفة محددة على الكيف إذا اقتضت الضرورة تقييم التجارة الدولية ، وبذلك ينبغي على الدول التي يتحتم عليها حماية الصناعة الوطنية ، أو علاج العجز في ميزان المدفوعات أن تلجا لسياسة الأسعار والتعريفة الكمر كية مع الابتعاد عن القيود الكمية مثل الحصص (حصص الاستيراد) ويرجع ذلك إلى انه في ظل قيود الأسعار يمكن بسهولة تحديد حجم

---

(١) انظر : فواز العلمي الحسني ، أسئلة عامة حول انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية ، المملكة العربية السعودية ، وزارة التجارة والصناعة ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

.phntotruewww.mci.gov.salwto/press o3

(٢) انظر : منظمة التجارة العالمية ، التجارة العالمية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.tajeir.com/wto1.htm

الحماية أو الدعم الممنوح للمنتج المحلي .

٣ـ مبدأ المفاوضات التجارية وهذا المبدأ معناه اعتبار منظمة التجارة العالمية هي الإطار التفاوضي المناسب لتنفيذ الأحكام أو تسوية المنازعات .

٤ـ مبدأ المعاملة التجارية التفضيلية أي منح الدول النامية علاقات تجارية تفضيلية مع الدول المتقدمة وذلك بهدف دعم خطط الدول النامية في التنمية الاقتصادية وزيادة حصيلتها من العملات الأجنبية.

٥ـ مبدأ التبادلية يقضي هذا المبدأ بضرورة قيام الدول الأعضاء بالاتفاقية بتحرير التجارة الدولية من القيود أو تخفيضها ، ولكن في أطار مفاوضات متعددة الإطراف تقوم على أساس التبادلية بمعنى أن كل تخفيف في الحواجز الكمر كية أو غير الكمركية لدولة ما لابد وان يقابله تخفيف معادل في القيمة من الجانب الأخر حتى تتعادل الفوائد التي تحصل عليها كل دولة وما تحصل إليه المفاوضات في هذا الصدد ، ويصبح ملزما لكل الدول ، ولا يجوز بعده إجراء أي تعديل جديد إلا بمفاوضات جديدة .

ويتم اتخاذ القرارات في المنظمة بالأغلبية المطلقة للمصوتين ، أما بالنسبة لعضوية المنظمة فهي تكون للدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة وعلى الدول المنظمة للمنظمة الالتزام بكل الاتفاقيات التي تم إبرامها منذ عام ١٩٤٧ وحتى تحول الجات إلى منظمة التجارة العالمية .

ويلاحظ انه ليس هناك إجبار للدولة على دخول المنظمة ، فالعضوية تكتسب بشكل طوعي وتخضع لمدى رؤية الدولة لاستفادتها من عدمها من الانضمام للمنظمة ، إلا انه واقعيا لايمكن لأي دولة أن تظل خارج منظوم الاقتصاد العالمي .

وهناك تسع دول عربية منظمة للجات وهي الأمارات والبحرين وتونس ومصر والمغرب وموريتانيا والكويت وجيبوتي وقطر إضافة إلى خمس دول في طريقها للانضمام هي الأردن والجزائر والسودان وسوريا والسعودية .

ومما تقدم نخلص إلى انه أصبح واضحا أهمية المستهلك كانسان وان احترام كينونته ومشاعره وعدم تعرضه لأشكال الغش والخداع والتضليل بما يؤثر سلبا على إنسانيته وصحته وبيئته وأفكاره والجوانب الاعتبارية والمادية في حقوقه التي أقرتها الشرائع والأديان السماوية والقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية وخصوصا أن جمهور المستهلكين يشكلون مجموعة الأفراد على اختلاف أعمارهم ورغباتهم انطلاقا من فرضية انه لايمكن أن نتصور ابدا أن هناك واحدا من الإفراد غير مستهلك .

ونطمح أن ينظم العراق إلى منظمة التجارة العالمية خصوصا وقد ساد السوق العراقي أنواع مختلفة من السلع الرديئة ومن مناشيء مختلفة حفاظا على حماية المستهلك مما يصيبه من أضرار نتيجة اقتناءه هذا النوع من السلع .

الخاتمة

خلص البحث إلى عدد من الاستنتاجات والمقترحات نلخصها بالاتي :

أولا: الاستنتاجات :-

١ـ هناك عدة معاني أو صور للغش التجاري منها الخديعة والحيله وغيرها وجميعها تحمل معنى الغش والتي من شانها تضليل المستهلك وحمله على التعاقد .

٢ ـ إن فعل الغش قد لايقع بفعل ايجابي فقط وإنما قد يقع بشكل سلبي ويتمثل بالإخفاء أو السكوت عن بعض العناصر الأساس التي من الضروري ان يعلم بها المتعاقد الأخر ، ويتحقق ذلك في حالة البائع الذي يعرف العيوب ألخفيه للبضاعة أو الشيء المباع ويخفيها عن المتعاقد معه .

٣ـ أصبح واضحا أهمية المستهلك كانسان وان احترام كينونته ومشاعره وعدم تعرضه لأشكال الغش والخداع والتضليل بما يؤثر سلبا على إنسانيته وصحته وبيئته وأفكاره والجوانب الاعتبارية والمادية في حقوقه التي أقرتها الشرائع والأديان السماوية والقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية وخصوصا إن جمهور المستهلكين يشكلون مجموعة الإفراد على اختلاف أعمارهم ورغباتهم انطلاقا من فرضية انه لايمكن أن نتصور أبدا أن هناك واحدا من الأفراد غير مستهلك .

٤ـ إن الشريعة الإسلامية حرمت الغش بشكل قطعي وجعلته منافيا للعدالة والأخلاق الفاضلة فالأجدر بالأفراد أن تراقب الله عز وجل في أعمالها قبل أن يكون عليها رقيب من البشر .

٥ ـ إن وضع برامج إعلامية هادفة لتوعية وإعلام المستهلكين تمكن المستهلك من اختيار السلع بشكل واع لحقوقه ومسؤولياته بما يؤمن توفير حاجات فئات المستهلكين ويمكن إدخال مثل هذه البرامج في المناهج التعليمية بحيث تشمل مواضيع الصحة والتغذية والوقاية من الأمراض التي تنقلها الأغذية ووسائل غشها

ومخاطرها ومنعكساتها على البيئة عموما . كما أن اطلاع قطاع الأعمال التجارية والصناعية على البرامج الملائمة لهم ومشاركتهم بها تعتبر من المتطلبات التي ينبغي التشجيع لها .

٦ ـ ينبغي أن يكون لكل فرد حق في أن توفر له حاجاته الاستهلاكية وفق مواصفات متنوعة يجب أن لا يتدنى اقلها عن المعايير المتوسطة المقبولة ليكون له حق الانتقاء من بين خيارات متعددة وان تخضع السلع المستوردة لفحص الجودة ، كما ينبغي تضمين التشريعات المتعلقة بالرقابة نصوص لحظر الإعلان التجاري عن أي سلعة لا تحصل شهادة الفحص .

٧ ـ ونستنتج مما ذكر أعلاه إن العقوبات المقررة بمكافحة الغش التجاري غير رادعه ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقضي على هذه الظاهرة الخطيرة فالعقوبات المذكورة في المادة (١٠) من قانون حماية المستهلك والمادة (٤٦٧) من قانون العقوبات المذكوره عقوبات هزيلة ولا تتناسب مع الجرم المرتكب فبيع وترويج الأغذية الفاسدة أو الأدوية المغشوشة أو استيراد المنتجات منتهية الصلاحية لاتقل خطورة عن الاتجار بالمخدرات فكلها سموم تفتك بصحة الإنسان لذلك لابد من معاقبة تجار تلك الأغذية الفاسدة بنفس عقوبة الاتجار بالمخدرات لذلك ينبغي إعادة النظر في العقوبات التي وردت في القانون كونها لا تتناسب مع جسامة وخطورة الأفعال المجرمة وتشديدها خاصة إذا أدت تلك الأفعال إلى وفاة شخص أو أكثر .

المقترحات :

١ ـ تفعيل قانون حماية البيئة ودور المجلس الذي نص على تشكيله القانون وان يضع موضع التنفيذ وان لايركن في طي النسيان .

٢ ـ تشجيع تطوير أوضاع السوق بحيث توفر للمستهلكين مجالات أكثر للاختيار وبأسعار أدنى .

٣ أن الأجهزة الرقابية غير كافية لحماية المستهلك في المرحلة ألراهنه ولابد من اعتماد آلية جديدة في ضوء التحديات المستقبلية .

٤ ـ تشديد العقوبات التي وردت في القانون لكونها عقوبات هزيله لاتتناسب مع جسامة الجرم المرتكب .

٥ـ يلاحظ في نص المادة (٤٦٤) ان المشرع حدد حالات الغش في المزايدات او المناقصات بالتي لا تتعلق بالحكومة او الدوائر الرسمية او شبه الرسمية والاجدر لو كان نص المادة يشير الى الغش في المزايدات او المناقصات بشكل عام فنص المادة يوحي باجازة الغش في تلك الحالات فالافضل اعادة صياغة نص المادة لتشمل جميع المزايدات والمناقصات بصوره مطلقه .

٦ـ نطمح أن ينظم العراق إلى منظمة التجارة العالمية خصوصا وقد ساد السوق العراقي أنواع مختلفة من السلع الرديئة ومن مناشىء مختلفة حفاظا على حماية المستهلك مما يصيبه من أضرار نتيجة اقتناءه هذا النوع من السلع .

المصادر

القران الكريم

(١) د.احمد لطفي السيد مرعي ، جرائم التزوير في المملكة العربية السعودية ، موجز محاضرات ألقيت على السادة أصحاب الفضيلة قضاة ديوان المظالم في الدورة التدريبية في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://faculty.ksu.edu.sa/ahmedmarei/pages

(٢) أسئلة وإجابات في شرح القانون المدني ، منتديات قعدة نت ، قعدة نت التعليمي ، كليات قعدة نت ، كلية الحقوق ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/vb/show thread.php ? t = 10077 .www.zadethet.com

(٣) الشبكة العربية للتنمية المجتمعية ، تعريفات شرعية ، تعريف الغش التجاري ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

www.ydbyd.net/dar/showthread.php?p=845

(٤) الشيخ الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، ج١٢ ، دار الكتب العلمية .

(٥) العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري / لسان العرب ، المجلد السادس ، دار صادر بيروت ، ١٩٥٦ ، ص٣٢٣ .

(٦) المحامية هداية ، الغش التجاري بين الشريعة والقانون ، منتدى جنة العدالة ، الدرر السنية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

www.dorar.net

(٧) المصدر صحيفة الوطن السورية ، المرصد السوري لحقوق الإنسان ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/1-2-2010 – Syrian % 20 http://www.syriahr.com
observatory14.htm

(٨) بصائر علي محمد ألبياتي، جريمة الغش التجاري في السلع ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨ ، ص٣٠ .

(٩) تقرير المنظمة العربية للتنمية الزراعية ، التقرير السنوي ، دراسة نظم الرقابة على الأغذية لحماية المستهلك ، جامعة الدول العربية ، الخرطوم ، ٢٠٠٠ .

(١٠) رمضان عبد الرحمن ، الشريعة سبقت القانون في حماية المستهلك وحقوقه ، مقال منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/index.php?/records/view/id/4216/http://www.shareah.com

(١١) زاهر الشهري ، الغش ..تعريفه ، مظاهره ومضاره ، دار القاسم ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://saaid.net/rasael/178.htm

(١٢) زينب مكي ، الغش التجاري يكلف العالم أكثر من ٧٨٠ مليار دولار سنويا ، شبكة الأعلام العربية ، ٢٠١٠ ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/show-news.asx?nid=286404&pg=1http://www.moheet.com

(١٣) د.سالم محمد عبود ، حماية المستهلك في الفكر الإسلامي ، دار الدكتور للعلوم ، بغداد ، ٢٠١١.

(١٤) د.سالم محمد عبود ، د.منى تركي الموسوي ، مدخل إلى حماية المستهلك ، مركز بحوث السوق وحماية المستهلك ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٦٢ .

(١٥) شبكة مزاد الكويت ، فلنتجنب الحرام (بيع النجش) الغش ..؟ ، مناقشات ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

/vb/showthread.php?t=309784http://www.mazadq&.com

(١٦) د.م عبد اللطيف باوردي ، حماية المستهلك (المفاهيم والواقع الراهن والمؤشرات المستقبلية) ، منتديات الجلفة ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :
http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=12093

(١٧) عزالدين امنخفاد ، حماية رضا المستهلك ، بحث لنيل الاجازة في القانون ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،جامعة محمد الأول ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.targuistcity.net/vb/archive/index.php/t-5057.htm

(١٨) فارس حامد عبد الكريم ، حماية المستهلك وحقوقه الإنسانية في الشريعة والقانون ، دراسات ، وكالة أنباء براثا ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http ://burathanews.com/news-article-67851.html

(١٩) فواز العلمي الحسني ، اسئلة عامة حول انضمام المملكة لمنظمة التجارة العالمية ، المملكة العربية السعودية ، وزارة التجارة والصناعة ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

www.mci.gov.salwto/press o3 .phntotrue

(٢٠) محمد راضي مسعود ، التدليس المبطل للعقد قانونا وقضاءا ، منتدى الأحكام والمبادئ القانونية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://kanoun.roo7biz/montada-f6 topic-t2400.htm

(٢١) محمد غسان الحبش ، الاقتصاد السوري ومتطلبات الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية ، جمعية العلوم الاقتصادية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://mafhoum-com/syr/artides-oz/habash/habash .htm

(٢٢) ا.د . محمد فائد ، د. بو غزة خراطي ، توجيه المستهلك في الميدان الغذائي ، الطبعة الأولى ، ص٦ ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.ampoc.net/guide.htm

(٢٣) منظمة التجارة العالمية ، التجارة العالمية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.tajeir.com/wto1.htm

(٢٤) نادر شافي ، جريمة الغش ومكافحتها ، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.barasy.com/forum/showthread.php?t=3160

(٢٥) نادر عبد العزيز شافي ، الحماية القانونية للمستهلك ، مجلة الجيش ، العدد ٢٥٩ ، ٢٠٠٧ ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.lebarmy.gov.lb/article.asp?ln=ar&id=13133

(٢٦) هيئة التقييس لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، حقوق وواجبات المستهلك الخليجي ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://www.gcconsumer,com
/portal/page/portal/consumer/right.htm

(٢٧) الشيخ الحر ألعاملي ، وسائل الشيعة ، ج١٢ ، دار الكتب العلمية ، ص٤٢٩-٤٣٠ (٢٥) ويكيبيديا ، الموسوعة الحرة ، الجات ، منشور على الانترنيت ، اسم الموقع :

http://ar.wikipedia.org/wiki/%d8%ac%d8%a7%d8%aa

مجلـــــــــة الحقـــــوق

- جهة الاصدار - كلية القانون / الجامعة المستنصرية .
- الرقم الدولي - ISSN 2075 - 1532
- سنة الاصدار : 2005
- نوع الاصدار - مجلة فصلية (تصدر كل ثلاثة أشهر) .
- أهداف المجلة - الاهتمام بالثقافه والبحوث القانونية ذات الرصانة العلمية .
- لغة النشر - اللغة العربية .
- نطاق التوزيع - كليات القانون ومراكز البحوث القانونية في العراق .
- تقييم البحوث - يتم من قبل أساتذة متخصصين في مختلف فروع القانون .
- مصادر التمويل - ذاتية .
- سعر النسخة - عشرة الآف دينار.
- إنجازات المجلة - تنشر بحوث الترقية للتدريسيين في القانون من كافة انحاء العراق وتنشر بحوث المؤتمرات العلمية والندوات في الكلية .
- النشر في المجلة يحفظ حقوق الباحث القانونية والعلمية .

البريد الالكتروني :hiqouq@googlemail.com

الموقع الالكتروني :hru. Z. 2d2@yahoo.com

مدير التحـرير

الدكتور عبد الحميد محمود حسن

أستاذ القانون الخاص المساعد

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

(رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد)

١٦٤٧ لسنة ٢٠١٢