

المسؤولية الجنائية عن جرائم غسيل الأموال

أ.م.د. تميم طاهر أحمد
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

تندرج ظاهرة غسيل الأموال ضمن الظواهر التي أقلق العالم في الآونة الأخيرة، لكونها جريمة دولية تفشت في عصر العولمة وهي من أخطر الجرائم التي تهدد الأمن العالمي فضلاً عن انعكاساتها الاقتصادية والاجتماعية المدمرة.

تأتي أهمية هذا الموضوع من ارتباطه بما تقوم به جماعات الإجرام المنظم من أنشطة مختلفة أخذت تفرق مختلف الدول والمنظمات والهيئات الدولية. وتعتبر هذه الظاهرة من الظواهر العالمية التي ترافق ظهورها مع ظاهرتين عالميتين هما التطور العلمي والتقني، والعولمة التي ترتب عليها عولمة النظم المصرفية مما زاد من التفاعل بين الدول، وسهل انتقال رؤوس الأموال بينهما، توافق ذلك مع تنافس حركة الجريمة الاقتصادية المنظمة الذي أتاح لعصابات الجرائم المنظمة ممارسة أنشطتها من خلال جمع الأموال بطرق غير مشروعة والعمل لاحقاً على تغيير صفاتها، لتظهر وكأنها متولدة من مصدر مشروع في ظل ظروف لا يوجد فيه تنظيم قانوني موحد على المستوى الإقليمي أو الدولي لمعالجتها.

فأصبحت مشكلة غسيل الأموال ظاهرة متطورة وبشكل مترابط وفعال من المشكلات المثارة في الوقت الحاضر والتي تمس أمن كافة الدول، يستوي في هذا الدول المتقدمة أو الدول النامية.

كما تعتبر ظاهرة غسيل الأموال من صور الجرائم الاقتصادية، وهي ترتبط بالجريمة المنظمة^(١)، وإن كانت الأخيرة أكثر اتساعاً وشمولاً وهي من جرائم الاعتداء على الأموال التي تقع في صميم القسم الخاص لقانون العقوبات. وحيث أنها من الجرائم التي قد تتخطى حدود الدولة الواحدة فهي أيضاً تدخل في نطاق القانون الدولي الجنائي.

كما أن جريمة غسيل الأموال تعتبر من الجرائم الوثيقة الصلة بالقانون التجاري وبحركة التجارة العالمية. لذا تقع على عاتق المصارف التزامات محدودة يجب إتباعها لضمان مكافحة غسيل الأموال.

لذا فإن التوافق بين السياسة الجنائية والسياسية الاقتصادية يعتبر مقدمة طبيعية لتحقيق نتائج إيجابية في مكافحة الجرائم ذات البعد الاقتصادي وتعتبر ظاهرة غسيل الأموال من الصور الإجرامية المستحدثة التي يجب أن يتصدى لها التشريع الاقتصادي والجنائي معاً حيث تتزايد خطورتها نظراً لبعدها الذي يتخطى حدود الدولة الواحدة حيث تنسم بالطابع عبر الوطني والذي يقتضي تعاوناً دولياً فعالاً.

ونظراً للآثار السلبية التي تترتب على عمليات غسيل الأموال، على اعتبار أنها ظاهرة تتجاوز في تأثيرها العام الحدود الوطنية الخاصة التي تمارس فيها، بل تتجاوز كافة حدود الزمن الماضي والحاضر، وتمتد بتأثيرها إلى المستقبل، فهي لم تعد قاصرة على الإجرام المحلي بل امتدت إلى الإجرام المنظم الدولي، بحيث أصبحت تفرق مختلف دول العالم، الأمر أدى إلى نمو إرادة المجتمع الدولي لمكافحة هذه الجريمة والحد من خطورتها، وقد نشطت في الأعوام الأخيرة الدعوات الموجهة إلى الدول لمكافحة غسيل الأموال وكثرت المؤتمرات والاجتماعات واللجان المشكلة عالمياً في إطار الأمم المتحدة من أجل مساعدة الدول غير القادرة على مكافحة غسيل الأموال والضغط عليها في حال عدم تعاونها. وهذا النشاط الدولي لمكافحة غسيل الأموال سببه ضخامة الأموال التي يتم غسلها سنوياً.

إن هذه الأموال تصب جميعاً في حسابات عصابات ومنظمات إرهابية عالمية و تنظيمات سياسية ودينية ذات اتجاهات مختلفة تساهم في التحكم في بعض الأنظمة السياسية في العالم وأصبح من اليسر انتقال

١. د. إبراهيم حامد طنطاوي - المواجهة التشريعية لغسيل الأموال في مصر - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٣ - ص ٥.

رؤوس الأموال عبر الدول مما أدى إلى تنافس حركة الجريمة الاقتصادية المنظمة بهدف تغيير صفة الأموال التي تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة وإعادة تدويرها في مجالات وقنوات استثمارية شرعية تبدو كأنها قد تولدت من مصدر مشروع. مع وجود قناعة بعدم قدرة الدول على مكافحتها بشكل فردي. وقد ظهر هذا التوجه من خلال التعاون الدولي وفي إطار المنظمات والهيئات الدولية وعلى شكل اتفاقيات دولية عامة أو متعددة الأطراف حيث أقرت بضرورة مواجهة هذه الجريمة التي تركز على محاور أساسية ومتكاملة تشمل تحديث القوانين الجنائية الوطنية سواء كانت موضوعية أم إجرامية وتسعى لتعزيز دور النظام المالي وزيادة التعاون الدولي. لذلك كان لابد من وجود تشريعات وقوانين في كل دولة تمنع وتعاقب من يقوم بعملية غسل الأموال أو يشترك أو يسهل هذه العملية، لما ذلك من آثار بالغة على الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والسياسي على مستوى العالم.

وبما إن جريمة غسل الأموال من الجرائم الاقتصادية إلا إن مواجهة القانون الجنائي لهذه الظاهرة ستكون أكثر فعالية من حيث أنه يعالج النواحي الأساسية لحسن سير الحياة الاجتماعية من خلال حماية المصلحة العامة بإحداث التوازن بين الحقوق والحريات والواجبات من جهة ولقدرة القانون الجنائي على تحقيق الردع بشقيه العام والخاص لمن يرتكب جريمة أو يحاول ارتكابها من جهة أخرى. ومن اللافت للنظر قصور النظرية العامة للجريمة عن استيعاب العديد من الظواهر الإجرامية المستحدثة وليدة التقدم التقني وتعدد الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية للفرد عموماً والتي تعد جريمة غسل الأموال إحدى أمثلة تلك الظواهر.

أن تناول هكذا موضوع في إطار دراسة معمقة يواجه الكثير من المصاعب والإشكالات نظراً لحدائته ولسرية الأشخاص والمنظمات التي تمارسه ولكون التعاون الدولي في بدايته، كما أن الكثير من التشريعات الوطنية حديثة العهد والتجربة وما زالت تفتقر إلى الأجهزة والآليات وإلى ضعف التفاعلات البيئية. كما أن الباحث في هكذا موضوع سيجد الكثير من العوائق في البحث العلمي وأدواته خاصة فيما يتعلق بالمصادر من حيث ندرتها أو سريتها خاصة كونه ينتمي إلى إحدى دول العالم الثالث والتي هي أرض خصبة لممارسات هكذا أنشطة والسبب الفساد الإداري والاقتصادي فيها ولقوة المنظمات والقوى المالية التي تفوق أحياناً قدرتها قدرة أجهزة الدولة وأحياناً تكون الأجهزة الرسمية جزءاً منها أو حاضنه مهمة لأنشطتها. لهذا ستكون هذه الدراسة نظرية وشبه شاملة لطبيعة هذه الجريمة على المستويين الدولي والوطني من حيث النشأة والتطور والأركان والتشريعات الوطنية والدولية وهي مزيج من القانون الجنائي الدولي والقانون الدولي الجنائي^(١) في إطار مقارنة وتحليلي.

نتناول في الفصل الأول تحديد مفهوم جريمة غسل الأموال من حيث الجذور التاريخية والنشأة والتطور والتعريف والآليات والوسائل المستخدمة في هذه الجريمة مع تسليط الضوء على علاقتها بالسرية المصرفية وأركانها وعلاقتها بالجريمة المنظمة.

الفصل الأول

١ - ((هناك مصطلحين أساسيين هما : القانون الدولي الجنائي والقانون الدولي، فالأول يمس النظام الدولي، بينما القانون الجنائي الدولي يمس النظام العام الداخلي (قواعد القانون الجنائي الداخلي) وتنازع هذه القوانين وعلية يكون القانون الدولي الجنائي فرعاً من فروع القانون الدولي، والثاني فرعاً من فروع القانون الجنائي وإن هذا الفرق يلاحظ في الغرض والمضمون في الفقه الفرنسي حيث أن القانون الجنائي الدولي وفق المصطلح الفرنسي، علم يدرس تنازع القوانين الجنائية الداخلية والحلول التي تحل بها الدول هذا التنازع سواء في جانب واحد أو باتفاق أو اتفاقية. وبهذا المعنى يكون القانون الجنائي الدولي فرعاً من القانون الداخلي، لأن الدول هي التي تسن سيادياً القواعد التي تطبق على تنازع القوانين هذا أو هي التي تبرم ما يتعلق بذلك من الاتفاقات، أم القانون الدولي الجنائي فيستكشف مجالاً مختلفاً تماماً، فهو لا يعني بتنازع القوانين الداخلية بل مجاله جرائم القانون الدولي العام أي الجرائم التي تؤثر في الجنس البشري من جراء خطورتها البالغة أو طابعها البغيض والوحشي للغاية ولذلك فالرأي بصفة عامة أن تحديد هذه الجرائم وتوصيفها يدخلان في إطار القانون الدولي، وهذا ما يفسر سعي المجتمع الدولي إلى إيجاد نظام دولي لقمع هذه الجرائم ((. د. مرشد السيد، القضاء الدولي الجنائي، دراسة التحليلية المحكمة الدولية الخاصة بيوغسلافيا مقارنة مع محاكم نوتمبرغ وطوكيو ورواندا، الدار العلمية والدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٢، ص ١٢.

تحديد مفهوم جريمة غسيل الأموال

في خضم انشغال بعض دول العالم بالسعي لترسيخ دعائم النظام المالي الجديد، من خلال فرضه لقواعد سياسة واقتصادية واجتماعية تهدف إلى حرية انتقال الأفراد والسلع في ظل التقدم الهائل الذي فاق ما سبقه من قرون مقترنا بظاهرة العولمة التي أصبح العالم في ظلها وكأنه قرية مترامية الأطراف مرتبطة مع بعضها ارتباطاً وثيقاً من خلال ثورة الاتصالات والمعلومات. رافق ذلك ظواهر عدة منها ظاهرة غسل الأموال التي شكلت خطورة وتأثيراً سلبياً على نواحي الحياة المختلفة في مختلف دول العالم و بسبب أهمية هذا الموضوع لارتباطه بالنشاط غير المشروع وما تقوم به جماعات الإجرام المنظم المحلية و الدولية من أنشطة مختلفة تؤرق مختلف الدول والمنظمات والهيئات الدولية. في ظروف لم تعد فيه الحدود الإقليمية تشكل عائقاً أو عقبة لممارسة هذا النشاط غير المشروع.

أن التأثير الذي أحدثته هذه الظاهرة على المجتمع الدولي لازمه تغيير في أشكال الجريمة امتزجت فيها الصفات المميزة لكل من الجريمة المحلية والدولية في ظاهرة جديدة تدعى غسل الأموال أو تبييض الأموال وتشابكت فيها العلاقات وتشجعت المجموعات الإجرامية سواء منها الوطنية أو الدولية، كما أصبح محل ارتكاب الجريمة بالنسبة لهذه الجماعات الإجرامية عبارة عن أسواق لمزاولة نشاطاتها.

أن تنامي الحاجة إلى مواجهة الأجرام الدولي المنظم وما يرتبط به من نشاط لجريمة غسل الأموال يؤكد أهمية كل عمل يتناول بالشرح والتحليل والوسائل القانونية المتاحة للسيطرة على هذا النوع من الانماط الإجرامية.

لهذا سنتناول في هذا المبحث نشأة وتطور هذه الجريمة من ناحية تاريخية والقاء الضوء على مفهومها وتعريفها والمراحل والطرق التي تسلكها بهدف اكتساب هذه الاموال الصفة الشرعية، وكيفية استثمار الضوابط المصرفية مثل السرية المصرفية للنفاد من خلالها والقاء الضوء على نطاق هذه السرية والإفصاح عن المعلومات ونطاق تجريم افشاء المعلومات ونطاق هذه السرية والإفصاح عن معلومات ونطاق تجريم افشاء المعلومات والاستثناءات الواردة عليها.

اما المبحث الثاني فسوف نتطرق لأركان هذه الجريمة من خلال تحليل فكرة البناء القانوني لهذه الجريمة وبيان عناصر الأركان المكون لها وعلاقة جريمة غسل الاموال بالجريمة المنظمة، وعلى كونها جريمة عابرة للحدود.

المبحث الأول- صيرورة جريمة غسيل الأموال

ظاهرة غسل الأموال أو تبييض الأموال قديمة قدم احتياج الإنسان إلى أخفاء مصادر أنشطة غير المشروعة. وهي عبارة عن ارتكاب أي فعل أو الشروع فيه يقصد من ورائه أخفاء أو تمويه أصل حقيقة أموال مكتسبة خلافاً للشرع أو النظام وجعلها تبدو وكأنها مشروعة المصدر. وهذه الأموال هي وليدة جريمة سابقة أو مصدر غير مشروع وغير نظامي.

ولما كانت أهمية هذا الموضوع تقتضي توضيح جوانبه بشكل مفصل سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول النشأة والتطور، أما في المطلب الثاني نتناول الآليات والوسائل المتبعة لتمرير هذه الجريمة.

المطلب الأول- نشأة وتطور جريمة غسيل الأموال

لكل جريمة تاريخ ونشأة وتطور، لذا وجدنا من الضروري ألقاء نظرة على الجذور التاريخية لجريمة غسل الأموال وكيفية نشوء هذه الجريمة والأسباب التي دعت إلى خلقها، مع ضرورة التمييز بينها وبين جريمة تمويل الإرهاب، لغرض الوقوف على خواص كل من الجريمتين، وتسليط الضوء على مفهومها وتعريفها وذلك من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول _ الجذور التاريخية لغسيل الأموال والتمييز بينها وبين جريمة تمويل الإرهاب :

نتطرق إلى فكرة تاريخية عن نشأة غسل الأموال والسبل التي كان يستخدمها غاسلي الأموال وأول ظهور لاستخدام مصطلح غسل الأموال والتمييز بينها وبين جريمة تمويل الإرهاب.

أولاً _ الجذور التاريخية لجريمة غسيل الأموال :

إن ظاهرة غسل الأموال ليست وليدة القرن الحالي، بل ظهرت قبل هذا القرن ولكن بصورة وممارسات مختلفة فلا يمكن الجزم متى حصلت أول عملية غسل الأموال، فالبعض^(١) يشير إلى أن بعض الحضارات القديمة عرفت هذه الظاهرة حيث كان التجار أبان الإمبراطورية الصينية يلجئون إلى هذه الظاهرة لإخفاء أموالهم عن طريق استثمارها في مناطق بعيدة وخارج الإمبراطورية خشية مصادرهما من قبل الحكام، في حين أن هناك من يرجع^(٢) هذه الممارسة إلى أكثر من ٣٠٠ عام مضت عندما كان التجار في الصين يقومون بإخفاء قاعدات أنشطتهم التجارية مع محاولات أخرى لنفس السبب أعلاه، كما وضح آخرون^(٣) أن هذه الظاهرة ظهرت في أوروبا في العصور الوسطى عندما كانت الكنيسة الكاثوليكية تحرم الربا وتعتبره خطيئة مما أضطر معه المرابون إلى أخفاء الفوائد التي يحصلون عليها من خلال طرق تضليلية وأساليب وممارسات غير مشروعة.

أما في العصر الحديث فإن عمليات غسل الأموال ترجع إلى سنة ١٩٣٢ حيث بوشرت بشكل منظم بواسطة شخص يدعى (meyer lausky)^(٤)

ظهر مصطلح غسل الأموال في الولايات المتحدة الأمريكية خلال فترة السبعينيات وذلك عندما لاحظ رجال مكافحة المخدرات أن الذين يبيعون للمدمنين بالتجزئة يجتمع لديهم في نهاية كل عملية فئات صغيرة من النقود الورقية والمعدنية، ولكون فئات النقد الصغيرة عادة ما تكون ملوثة بآثار المخدرات التي ربما ما تكون عالقة في أيدي تجار التجزئة، فقد حرصت المغاسل على غسل النقود الملوثة بالبخار أو الكيماويات قبل إيداعها في البنوك التي توجد في حساباتهم^(٥).

وتمثل عمليات غسل الأموال مشكلة متعددة الجوانب بالنسبة للدول التي تتم فيها هذه العملية، ففي بريطانيا والدول الأوروبية بلغ حجم الأموال التي تم غسلها نحو ٣٠٠ مليار دولار في عام ١٩٩٧، اختصت بريطانيا بمبلغ ٢٢٦ مليون دولار^(٦) وهذا ما أكدته تقرير لوزارة الخزانة الأمريكية لعام ١٩٨٩. ولو أردنا وبشكل أعمق تحقيق نشأت هذه الجريمة وأسبابها لوجدنا أن الإنسان في بحثه عن السلطة والمال بالإنسان أدت به إلى تبني مبادئ ومعايير كانت تعتبر في الماضي من العيوب والمحرمات التي يخجل الإنسان في التحدث عنها علانية ومنها مبدأ ((الغاية تبرر الوسيلة)) لكن مع تطور المجتمع الإنساني ظهرت أنماط جديدة في التعامل والمواقف التي أدت إلى رفع مستوى الإنسان المعاشي وإن كانت على حساب الغير ماديا أو معنويا. فالتطور الحاصل كان ذو اتجاهين اتجاه إيجابي يهدف إلى تحسين حياة الإنسان ورفع مستوى معيشته وتأمين حاجاته ومتطلباته الشريفة واتجاه سلبي هدفه البحث عن وسائل مهما كان شكلها للوصول إلى قوة السيطرة وبسط النفوذ على الآخرين وفي مقدمة ذلك التنافس الاقتصادي والمالي عند البعض الأمر الذي أدى إلى احتكار أساليب ملتوية للوصول إلى غاياتهم الغير شريفة بصرف النظر عن أخلاقية

- ١ - رمزي الأقسوس، غسل الأموال جريمة العصر - دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ط١، سنة ٢٠٠٢، ص ١٣.
- ٢ - مها كامل، عمليات غسل الأموال : الإطار النظري - مجلة السياسة الدولية، القاهرة، العدد ١٤٦، أكتوبر ٢٠٠١، ص ١٦٢.
- ٣ - مصطفى طاهر المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، القاهرة ط بلا، ٢٠٠٢، ص ٢٤.
- ٤ - كان يمثل هذا الشخص حلقة الوصل بين المافيا الأمريكية والمافيا الإيطالية خلال الحرب العالمية الثانية وذلك لتسهيل دخول القنوات البحرية للحلفاء لجزيرة اصقيلية، ومن أجل ذلك كان يتم اللجوء للبنوك السويسرية من أجل أخراج النقود من الولايات المتحدة الأمريكية وإيداعها في بنوك سويسرية من خلال قروض وهمية، وبفضل هذه الأموال المعاد توجيهها استطاع إقامة مدينة لألعاب القمار في منطقة Las vegas الأمريكية أنظر أمجد قطيفان الخريشة / جريمة غسل الأموال / دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٦ ص ٣٤.
- ٥ - د. حمدي عبد العظيم : غسل الأموال جريمة العصر البيضاء، مجلة وجهة نظر، الشركة المصرية للنشر العربي والدولي، القاهرة، العدد (١٦) لسنة ٢٠٠٠ ص ٤٢.
- ٦ - كن واتمور : الجريمة المنظمة، محاضرة أقيمت في الدورة التي تنظمها وزارة الداخلية بدولة الإمارات، مجلة الشرطة س ٢٨ يونيو ١٩٩٨، ع ٣٣ ص ٤٢.

التعامل ومصالحة الفرد والأنظمة الاقتصادية التي تتبعها، وبذلك يستطيع هؤلاء الحصول على مبالغ مالية طائلة من مصدر غير مشروع. وما يشهده العالم في جميع مجالات الحياة وصيرورة العالم بما يشبه القرية الكونية برزت أنشطة إجرامية لم تكن موجودة قبل ذلك ولم يحدد المشرع الجنائي القوانين التي تقف في مواجهتها الأمر الذي ترك المجال أمام مرتكبي الجرائم وبالذات جماعات الأجرام المنظم لارتكاب جرائم دون أن تطلبهم يد القانون. ولحداثة هذه الجريمة وكونه اسماً ومصطلحاً غير معروف لدى الكثير من الناس حتى بالنسبة للقائمين على تطبيق القانون وتنفيذه ولوجود علاقة وثيقة بين غسيل الأموال والجريمة المنظمة فقد أصبحت هذه هي من مشاكل القرن الحالي لما يتركه هذا النشاط الإجرامي من أثر اقتصادي واجتماعي وسياسي وإن مصطلح غسيل الأموال يرجع من حيث مصدره إلى عصابات المافيا^(١) كون هذه العصابات تتحكم بأموال نقدية طائلة ناجمة عن أنشطة غير مشروعة وفي مقدمتها تجارة المخدرات والقمار والأسلحة والأنشطة الإباحية والابتزاز وتجارة المشروبات والسجائر المهربة والسيارات المسروقة والنقود المزيفة وشملت أيضاً عمليات الاتجار الإجرامي في السلع والخدمات غير المشروعة كالاتجار في الأسلحة البيولوجية والكيمائية والنووية والاتجار في التحف والآثار وتقديم خدمات السياحة الجنسية^(٢) وغيرها.....

كما تعد جرائم الفساد السياسي وما ينتج عنها من فساد إداري من الجرائم التي لها علاقة وثيقة بالأموال القذرة وذلك بما يعنيه من الاستغلال للوظيفة العامة الأمر الذي يؤدي إلى انتشار الرشوة وسعي الموظفين إلى تحقيق مكاسب شخصية من خلال العمل الوظيفي مما يؤدي إلى تضخم ثرواتهم ويدفعهم إلى غسلها من خلال أنشطة مشروعة حتى لا يتم التعرف على حقيقة مصدر أموالهم. وجريمة غسيل الأموال لا تقف عند حد امتلاك شخص لمال غير مشروع وإدخاله في النظام المالي للدولة، بل هذا مفهومه البسيط. وهي في الحقيقة تتعدد أنماطها وتطال المسؤولية مرتكبيها والمساهمين فيها والمتدخلين والمنتهجين، ولعل الوقوف على أنماط جرائم غسيل الأموال يستدعي ابتداء تحديد المقصود بغسيل الأموال من الواجهة القانونية وبيان مراحل تنفيذها.

ثانياً – التمييز بين غسيل الأموال وجريمة تمويل الإرهاب :

ارتبطت جريمة غسيل الأموال بجرائم الإرهاب الدولي وبالرغم من وجود تباينات واضح بين الجريمتين فقد استخدمت جريمة غسيل الأموال في تمويل العديد من العمليات الإرهابية ولإبراز نقاط الخلاف بين الجريمتين نتطرق كمثال لأحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ التي وقعت ونيويورك وما بعدها وفي أجواء مرتبكة ضبابية، اتخذت إجراءات من العديد من الجهات المصرفية في تتبع والتحفظ على الأصول والودائع الخاصة ببعض المنظمات والهيئات المتصلة بما أطلق عليها من تسمية ((الجماعات الإرهابية)) أو تلك التي لها صلة وتقوم بتمويل تلك العمليات والخلط هنا بأنها تدابير لمكافحة غسيل الأموال، في حين أنها في حقيقة الأمر كانت تدابير لمواجهة جريمة أخرى وهي جريمة غسيل الأموال وجريمة الإرهاب وباختصار فأن التباين بين الجريمتين يمكن إيجازه بالنقاط الآتية :

أ- الأموال المستخدمة :

القاعدة العامة بالنسبة لعمليات غسيل الأموال أنها تتم من أموال متحصلة من جريمة، ولكن لهذه القاعدة استثناءات قد تكون هذه الأموال المغسولة أموالاً قانونية. ومن مثال ذلك ما تقوم به أجهزة الدولة الوطنية من نقل وتحويل أموال خاصة بعمليات متعلقة بأمنها القومي والتي تقتضي السرية وعدم البوح بمصدر تلك الأموال والجهة المستفيدة منه وما يتبع ذلك من ضرورة فرض التعقيم والسرية على تلك الصفقات والمبالغ المقدر لها. وعلى الجانب الآخر فالقاعدة العامة لعمليات تمويل الإرهاب أنها تتم بأموال شرعية يتم جمعها عن طريق الجمعيات الخيرية، وفي بعض الأحوال عن طريق صناديق الزكاة أو جمع التبرعات، وبالتالي فمسألة تتبع تلك الأموال والتحري عنها في غاية الصعوبة لأنها أموال عادية تسلك

١ - د. إبراهيم طنطاوي : الواجهة التشريعية لغسيل الأموال في مصر / دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ٢٠٠٣ ص ٧.

٢ - د. محمد محي الدين : غسيل الأموال – تاريخه وتطوره وأسباب تجريمه وطرق مكافحة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، سنة ١٩٩٩ ص ١٥٠.

المجرى الطبيعي الذي تسلكه الأموال القانونية. بيد أن هناك استثناءات لتلك القاعدة وهو تمويل الإرهاب من خلال أموال غير شرعية، والمثال على ذلك قامت به جماعة (FARC) الكولومبية بتمويل التمرد وذلك لحماية مهربي المخدرات^(١).

ب- العمليات المستخدمة :

تتسم عمليات غسل الأموال بالتعقيد الشديد بهدف إخفاء مصدر تلك الأموال أو الجهة النهائية المستفيدة منها، ومن أجل ذلك تكون تلك العمليات في أغلب الأحوال عمليات نقل سريع للأموال فيما بين الحسابات المختلفة، أو عبر الحدود الوطنية، ومن خلال استبدال العديد من العملات، أو من خلال دمج تلك الأموال في أصول مادية أو معنوية ثابتة أو منقولة سواء بالبيع أو الشراء.

و غالباً ما تكون قيمة تلك الأموال المغسولة كبيرة، وقد تخضع تلك الأموال لعملية تجميل كتجزئتها مثلاً لعدم إثارة الاشتباه فيها.

وعلى نقيض من ذلك تتسم معظم عمليات تمويل الإرهاب، بانتهاج المجرى المضاد في فتح الحسابات أو نقل أو تحويل الأموال. وغالباً ما تكون قيمة تلك الأموال متواضعة وذلك نظراً لأن معظم العمليات الإرهابية لا تكلف مبالغ ضخمة من الناحية المادية. ومع ذلك فتأثير تلك العمليات على المجتمع والاقتصاد مؤثر للغاية^(٢).

ح - الدافع إلى ارتكاب الجريمة :

المكسب المادي هو الدافع الرئيس من وراء عمليات غسل الأموال، والغرض الأعم من ارتكابها هو إخفاء الشرعية على مصدر تلك الأموال وإخفاء معالم الجريمة، في حين أن الدافع من وراء عمليات تمويل الإرهاب هو في معظم الحالات الإيمان بقضية. وقد تكون هذه القضية ذات أهداف سياسية^(٣) أو قائمة أساس ديني. وهنا تجدر التفارقة بين مرحلتين هامتين من أجل مراحل تمويل الإرهاب: المرحلة الأولى وهي مرحلة جمع الأموال، وفيها يتم جمع الأموال من خلال قنوات عديدة ولأسباب تتسم غالبيتها بالبراءة أو لأسباب إنسانية مثل مساعدة اللاجئين أو إعانة الفقراء، ومن ثم لا يمكننا أن نعتبر الشخص العادي المتبرع مشاركاً في تمويل الإرهاب نظراً لغياب ركن العلم لديه بالهدف النهائي من وراء جمع المال.

أما المرحلة الثانية فيتم فيها توجيه تلك الأموال لتمويل أنشطة وعمليات إرهابية وبالقطع يتمتع القائمون على هذا النشاط بتوفير ركن العلم لديه بالهدف النهائي من وراء جمع المال. أما المرحلة الثالثة فيتم فيها توجيه تلك الأموال لتمويل أنشطة وعمليات إرهابية وبالقطع يتمتع القائمون على هذا النشاط بتوفير ركن العلم لديهم. والغرض النهائي من تمويل الإرهاب هو ارتكاب جريمة على النقيض من غسل الأموال والتي يكون غرضها النهائي إخفاء معالم جريمة.

هـ - الغاية من مكافحة غسل الأموال، هو التوصل إلى متحصلات الجريمة والقضاء على الحافز المادي من وراء ارتكاب جريمة غسل الأموال، ومن ثم فالغاية غير المباشرة من مكافحة غسل الأموال هي الإقلال من ارتكاب الجريمة عن طريق القضاء على حافزها المادي بينما الغاية من مكافحة تمويل الإرهاب هي القضاء على الموارد المادية المستخدمة في ارتكاب العمليات الإرهابية، ومن ثم فالغاية هنا غاية مباشرة وهدف عملي لمنع ارتكاب العمليات الإرهابية.

١ - م. شريف بسيوني، إدوارد وفيتز - الجريمة المنظمة ومظاهرها الدولية في القانون الجنائي الدولي ٨٨٣ (م. شريف بسيوني - الطبعة الثانية ١٩٩٩) ص ١٨.

٢ - من النتائج السلبية للعمليات الإرهابية فضلاً عن الخسائر البشرية، الخسائر المادية الشديدة في القطاع الاقتصادي : ترتب على مذبحه الأقصر في صعيد مصر فقدان مصر الموارد المادية الناتجة من القطاع السياحي لأعوام متتالية، فضلاً عن إفلاس العديد من الشركات والنشاطات المرتبطة بالسياحة : وعقب أحداث ١١ من سبتمبر ٢٠٠١ حدث كساد اقتصادي ملموس وانخفاض في أداء الاقتصاد الأمريكي، وبالتالي الاقتصاد العالمي، بالإضافة إلى إفلاس العديد من شركات الطيران الأمريكية والدولية.

٣ - اعتمد الجيش الأيرلندي لفتترات عديدة في تمويل عملياته ضد الحكومة البريطانية في أيرلندا الشمالية على التمويل والتبرعات القادمة إليه من الجالية الأيرلندية بالولايات المتحدة الأمريكية.

خامساً : على المستوى القانوني فقد تم تحديد وتعريف جريمة غسل الأموال على المستوى الدولي والوطني على عكس جريمة الإرهاب والتي ما زالت موضوع خلاف كبير بين مختلف دول العالم وهيئاته في تصنيف الكثير من الحركات المسلحة بين كونها حركات تحرر وطني أو حركات إرهابية.

الفرع الثاني – ماهية جريمة الأموال :

تتم دراسة ماهية أي جريمة من خلال مرتكزين المفهوم والتعريف وذلك لاستعراض موقف الفقه والتشريعات المختلفة من مدى مشروعية الفعل أو عدمه وعليه ستتحصر دراستنا للماهية على هذين المرتكزين حصراً.

أولاً : مفهوم جريمة غسل الأموال :

ويقصد به مجموعة العمليات ذات الطبيعة الاقتصادية التي تتبع صفة أموال تم الحصول عليها بطريقة غير مشروع لتظهر كما لو كانت نشأت أصلاً عن مصدر مشروع^(١) لذا يتطلب من مرتكب جريمة غسل الأموال إدخال هذه الأموال غير المشروعة بطريقة أو أخرى في حركة التداول المشروع لرأس المال وأتباع طرق فنية وتمويهية يصعب تتبعها أو معرفة مصدرها بعد كسبها صفة المشروعية.

والهدف الأساس من عملية غسل الأموال هو قطع أي ارتباط أو صلة بين الأموال الناتجة عن أنشطة إجرامية وبين مصدرها الغير مشروع، ونجاح هذه العملية هو سهولة تحريك هذه الأموال غير المشروعة بحرية تامة في اقتصاد الدولة دون تعرضها للعقاب.

وبناء على ذلك تتطلب عملية غسل الأموال توفر العناصر التالية^(٢) :

أولاً : أموال ناتجة عن أنشطة غير مشروعة.

ثانياً : أشخاص يضعون أيديهم على هذه الأموال ويعلمون أنهم لا يستطيعون استخدامها بحالتها الراهنة.

ثالثاً : أشخاص يتولون مهمة غسل الأموال من خلال أنشطة مشروعة لإخفاء حقيقة مصدرها.

ويحظى موضوع غسل الأموال باهتمام على المستويين الدولي والوطني، ويمكن ذلك في أهمية الموضوع، والذي يعد موضوعاً متشابكاً من الناحية القانونية والاقتصادية أو المالية، ولبيان مفهوم غسل الأموال لا بد من بيان جوهر عملية غسل الأموال وهو قطع الصلة ما بين الأموال المتحصلة من أنشطة إجرامية وبين مصدرها غير المشروع من أجل إضفاء صفة الشرعية على تلك الأموال^(٣)، مما سيؤدي بالنتيجة إلى إخفاء الرابطة بين المجرم وجريمته من جهة وبين استثمار المتحصلات أو العائدات التي تم الحصول عليها من خلال الأفعال الإجرامية في مشروعات مستقبلية مختلفة من جهة أخرى^(٤). لا بد من الإشارة إلى أن هناك خلاف حول ملائمة المصطلح للتجريم، حيث أن تشريعات الدول غير الناطقة باللغة الانكليزية والفرنسية قد ترجمت المصطلح المستخدم إلى لغة التشريع ومنها التشريعات العربية، حيث استخدمت غسل الأموال للدلالة على معنى Money laundering في اللغة الانكليزية^(٥)، إلا أن جانباً في الفقه، ينتقد استخدام لفظ " غسل الأموال " مؤثراً عليه استخدام مصطلح " تطهير الأموال غير المشروعة " قياساً على تطهير الإجراء المعيب مما لحق به من العيوب، ويستخدم البعض مصطلح تبييض الأموال للدلالة على نفس المعنى.

وهناك فرق بين مفهوم غسل الأموال من المنظور القانوني ومفهوم غسل الأموال من المنظور الاقتصادي، فيعتبر البعض^(٦) أن المنظور الاقتصادي هو المفهوم التقليدي والذي أخذ في الاعتبار النطاق

١ - د. فؤاد شاكر : غسل الأموال وأثره في الاقتصاد القومي، مطبوعات البنك المركزي المصري، معهد دراسات المصرفيو ١٩٩٥ - ١٩٩٦، نبدأ من ص ١.

٢ - إبراهيم طنطاوي : المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر - مصدر سابق، ص ٧.

٣ - إبراهيم طنطاوي : المصدر السابق، ص ٨.

٤ - د. مصطفى طاهر - المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، القاهرة. ط بلا ٢٠٠٢، ص ٨.

٥ - د. حسام الدين محمد احمد : شرح القانون المصري، رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٢ في مكافحة غسل الأموال. دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ص ٢٠.

٦ - د. حسام الدين محمد أحمد : المصدر السابق - ص ٢٠.

الزمني لعملية غسل الأموال، بمعنى أن المنظور الاقتصادي لغسيل الأموال قد غلب عليه الطابع الفني لوسائل غسل الأموال إلا أنه من الوجهة العملية ليس بالضرورة أن تتم عملية غسل الأموال بالترتيب المرهلي المتمثل بالتوظيف والتمويه والدمج، والمفهوم الاقتصادي مستمد من مفهوم غسل الأموال لمجموعة العمل المالي الدولي (FATF) وهو ما يمكن أن يستخلص من التشريعات التي جرمت غسل الأموال من أن الممارسات الغالبة لمرتكبي هذه الجرائم كانت تتم على النحو السابق في ثلاث مراحل^(١).

أما مفهوم غسل الأموال من المنظور القانوني ففيه اختلاف حيث تأخذ بعض الدول بالمفهوم الضيق لغسيل الأموال وتقتصر هذه العمليات على محاولة إخفاء المتحصلات من الاتجار غير المشروع في المخدرات دون بقية الجرائم، وتأخذ أخرى بالمفهوم الواسع بحيث تشمل المتحصلات لكافة الأعمال الإجرامية^(٢).

١ - المفهوم القانوني الضيق لغسيل الأموال :

يقصد بالمفهوم هنا أن الأموال غير المشروعة هي الأموال المتحصلة من جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية والتي يسعى الغاسل لإخفاء حقيقتها كي تبدو أموالاً مشروعة، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨ وتعتبر المصدر الأول للتعريف القانوني لغسيل الأموال^(٣)، على الرغم من أنها لم تستخدم المصطلح بصورة مباشرة في أي من موادها بل استخدمت الوصف اللفظي للفعل المادي لهذه الجريمة والمستمد من المواد الأولى والثالثة من نفس الاتفاقية، حيث نصت المادة ١/ف على: ((يقصد بتعبير الأموال أياً كان نوعها مادية كانت أو غير مادية، منقولة أو ثابتة، ملموسة أو غير ملموسة والمستندات القانونية أو الصكوك التي تثبت تلك الأموال أو أي حق متعلق بها)) وجاء في الفقرة (ع) من نفس المادة : (يقصد بتعبير المتحصلات أي أموال مستمدة أو حصل عليها بطريق مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة منصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٣)، وتحدثت المادة (٣) من نفس الاتفاقية عن مجموعة الجرائم المتعلقة بالمخدرات والمؤثرات العقلية، وحثت الاتفاقية الدول الأطراف على اتخاذ التدابير المتعلقة بتجريم الأفعال التالية : تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها مستمدة من أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) وكذلك إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف بها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة فيها مع العلم بأنها مستمدة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (أ). بالنظر إلى التعريف نجد أنه مفراطاً في التضييق حيث أقتصر على الأموال غير المشروعة المتأتية من جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية.

وسارت على النهج السابق الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية ١٩٩٤، وهو ما يتضح من خلال المواد الأولى والثانية والخامسة، وغير ذلك من موادها، والتي تتطابق مع نظيرتها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية. ويرى خبراء التدريب في برنامج الأمم المتحدة الدولي لمكافحة غسل الأموال بأنها عبارة عن : ((عملية يلجأ إليها من يتعاطي الاتجار غير المشروع بالعقاقير المخدرة لإخفاء مصدرها غير المشروع، أو استخدام الدخل في وجه غير مشروع، وهو بعبارة أبسط التصرف في النقود بطريقة تخفي مصدرها وأصلها الحقيقي))^(٤).

٢ - المفهوم القانوني الواسع لغسيل الأموال :

١ - د. حسام الدين محمد أحمد : المصدر السابق - ص ٢٧
 ٢ - مها كامل، عمليات غسل الاموال، الإطار النظري، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، أكتوبر ٢٠٠١ العدد ١٤٦، ص ١٦١.
 ٣ - Schroeder, William R. Money laundering crime, EBSCO Database, may 2002 <p2 and kern Alexander, the legalization of intonation of Anti-money laundering Renime, university of Cambridge, September 2000, P6.
 ٤ - د. محمد فتحي عيد الإجراء المعاصر، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأجنبية، الرياض ١٩٩٩ ص ٢٨٠.

يختلف المفهوم الواسع لغسيل الأموال فيما بين الدول على اعتبار أن المتخصصات (العائدات المالية) تنتج عن جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات أو المؤثرات العقلية وغيرها من الجرائم، والتي تعتبر سبباً لغسيل الأموال والتشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه لغسيل الأموال حيث قامت بالخط ما بين التعريف وصور السلوك الإجرامي أو أشكال السلوك الإجرامي لغسيل الأموال^(١) ويمكن تقسيم التشريعات في هذا المجال إلى ثلاثة اتجاهات هي كالتالي :

الاتجاه الأول : الإطلاق :

ويعني عدم التحديد المسبق للجرائم الأصلية مصدر المال غير المشروع، وقد أخذت بهذا الاتجاه بهذا الاتجاه اللجنة الأوروبية لمكافحة غسل الأموال حيث عرفت غسل الأموال بأنه : ((عملية تحويل الأموال من المتحصلات من أنشطة جرمية بهدف إخفاء أو إنكار المصدر غير الشرعي والمحظور لهذه الأموال أو مساعدة أي شخص ارتكب جرمًا ليتجنب المسؤولية القانونية عن الاحتفاظ بمتحصلات هذا الجرم^(٢))).

الاتجاه الثاني : التقليد أو الحصر :

ويقوم هذا الاتجاه على تعداد الجرائم الأصلية التي تصلح المتحصلات الناجمة عنها لغسل الأموال حيث أخذ بهذا الاتجاه قانون مكافحة غسل الأموال المصري في المادة (٢ / ب) عند تعريفها لغسيل الأموال حيث جاء فيها : (غسل الأموال : كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازة أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقة أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص ممن ارتكب الجريمة المتحصل منها (المال).

وحددت المادة (٢) من نفس القانون مجموعة من الجرائم منها زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار بها وجرائم استيراد الأسلحة والذخائر والمفرقات والاتجار فيها وصنعها بغير ترخيص وغيرها.

وأخذ بهذا الاتجاه المشرع اللبناني في المواد الأولى والثانية من قانون مكافحة الأموال اللبناني حيث حددت المادة الأولى المقصود بالأموال غير المشروعة، وهي الأموال الناتجة عن مجموعة محددة من الجرائم كزراعة المخدرات أو تصنيعها أو الاتجار بها وجرائم الإرهاب المنصوص عليها في المواد (٣١٤) و (٣١٥) و (٣١٦) من قانون العقوبات اللبناني وكذلك الاتجار غير المشروع بالأسلحة، في حين حددت المادة الثانية صور الأفعال التي يقصد من وراءها غسل الأموال.

الاتجاه الثالث : المختلط :

يقوم هذا الاتجاه على تجريم غسل الأموال الذي يقع على المتحصلات من نوع معين من الجرائم دون تحديد لمشتملات هذا النوع كالجنايات أو الجنح مثلاً^(٣)، وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع الفرنسي في القانون رقم ٣٩٢ / ٩٦ حيث عرف غسل الأموال بأنه : (تسهيل التبرير الكاذب بأي طريقة كانت لمصدر أموال أو دخول فاعل جنائية أو جنحة تحصل منها على فائدة مباشرة أو غير مباشرة كما يشمل التعريف تقديم المساعدة في عمليات إيداع أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجناية أو جنحة^(٤)).

١ - د. حسام الدين محمد أحمد - شرح القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص ٢٥

٢ - رمزي القسوس، غسل الأموال جريمة العصر. دار وائل للطباعة والنشر، ط ١، ٢٠٠٢، ص ١٣.

٣ - د. حسام الدين محمد أحمد : شرح القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص ٨٥.

٤ - د. أنور الهواري، ظاهرة غسل الأموال والتدخل التشريعي مقارنة بين التشريعات، بحث مقدم للحلقة العلمية، أساليب مكافحة غسل الأموال، مديرية الأمن العام، عمان، بالتعاون مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٣ - ٢٧ / ٦ / ٢٠٠١، ص ٤

وعرف بعض الفقهاء^(١) غسيل الأموال بأنه عملية من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع الذي اكتسب منه الأموال. وعلى بساطة هذا التعريف إلا أنه يشمل كافة الأفعال التي يلجأ إليها المجرمون لتمويه المصدر غير المشروع للأموال وإظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع أو المساهمة في توظيف أو إخفاء أو تمويل العائد المباشر أو غير المباشر لجناية أو جنحه.

إن الاختلاف الحاصل في مفهوم غسيل الأموال من دولة لأخرى وما يرتبط بهذا المفهوم من أفعال تجعل الاختلاف قائماً بسبب أن هناك بعض من الدول تستفيد من الأموال غير المشروعة من خلال استثمارها وتحقيق الأرباح وتشغيل الأيدي العاملة بالإضافة إلى أن هذه الأموال من الممكن أن تكون ناتجة عن الرشوة أو الاختلاس من قبل أصحاب القرار والنفوذ في بعض دول العالم الثالث، فتبقى أداة ضغط أو ابتزاز سياسي و اقتصادي في يد الدول الغربية التي أودعت الأموال بها^(٢). وعلى الرغم من الاختلاف إلا أن الجميع يتفق على أن عملية غسيل الأموال تهدف إلى إخفاء مصادر الأموال المشروعة ومحاولة إخفاء المشروعية عليها^(٣).

من العلم أن درجة قانونية هذه الأموال تختلف باختلاف مصادرها، وبوجه عام تكاد تتفق قوانين الدول المختلفة على إخفاء صفة الأموال القذرة على الأموال المتحصلة من تجارة المخدرات^(٤). أم بقية الجرائم والتي تصلح بأن تكون معيناً للأموال غير المشروعة ففيه خلاف بين التشريعات يعود لما تم ذكره سابقاً. وعملية غسيل الأموال تقوم على أساس الحصول على الأموال من مصدر غير مشروع تم محاولة الخداع والتحايل لجعل هذه الأموال تبدو وكأنها مشروعة وتحصلت بأساليب وطرق مختلفة من خلال اشتراك عدد من الأشخاص في الجريمة^(٥).

إن الأخذ بالمفهوم الواسع هو الأسلم، على أن لا يؤخذ بهذا المفهوم على إطلاقه بحيث يستوعب كافة المتحصلات الجرمية مهما كانت تافهة ولا بتقيده يؤدي إلى إفلات الكثير من المتحصلات من أيدي العدالة. وعل ذلك فإن الأخذ بالأسلوب الواسع في إيجاد مفهوم غسيل الأموال من خلال الأخذ بالاعتبار نوع الجريمة من حيث أنها جنائية أم جنحه.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول : أن غسيل الأموال عبارة عن فعل أو مجموعة من الأفعال أو المساهمة فيها عن قصد، بهدف إخفاء الصفة الشرعية على أموال تم اكتسابها بطريقة غير مشروعة بارتكاب جنائية أو جنحه معاقب عليها في التشريع الوطني أو الأجنبي. وهذا التعريف يأخذ بالمفهوم الواسع من خلال أخذه نوع الجريمة كأساس للتجريم، ويعالج الاختلاف التشريعي بين الدول فيما يعتبر مشروعاً أو غير مشروع، وأفعال الاشتراك الجرمي في هذه الجريمة.

ثانياً - تعريف غسيل الأموال :

غسيل الأموال Blanchiment des capitaux - Money laundening أو تبييض الأموال أو تطهيرها، مصطلح جرى تداوله مؤخراً في إطار علم القانون والاقتصاد وفي كافة المحافل الدولية والإقليمية والمحلية المهتمة بالجرائم الاقتصادية والأمن الاجتماعي والاقتصادي، على أساس أن عمليات غسيل الأموال ترتبط إلى حد كبير بأنشطة غير مشروعة عادة ما تكون بعيدة عن يد القانون المناهضة للفساد المالي فتحاول العودة مرة أخرى، وهي ترتدي ثوب المشروعية الذي تلقى عليه نفس القوانين التي كانت تجرمها وفي نطاق سريان هذا القانونين.

- ١ - د. محمد فتحي عيد، الإجرام المعاصر، مصدر سابق، ص ٢٣٠.
- ٢ - د. عقيل مقابلة جريمة غسيل الأموال في عصر العولمة، جامعة اليرموك، كلية الحقوق، ٢٠٠٢، ص ٤.
- ٣ - سعود العثمان، الدور الإشرافي والرقابي للبنوك المركزية في مكافحة غسيل الأموال، الحلقة العلمية، أساليب مكافحة غسيل الأموال، مديرية الأمن العام، عمان بالتعاون مع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، ٢٣ - ٢٧ / ٦ / ٢٠٠١، ص ١
- ٤ - د. خالد بن عبد الرحمن المشعل، جرائم غسيل الأموال، مجلة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض ص ١، ربيع الآخر ١٤٢١ هـ، العدد ٣٠، ص ٥٢٨.
- ٥ - د. خالد بن عبد الرحمن المشعل، المصدر السابق، ص ٥٢٨.

ولما كان مصطلح غسل الأموال من المصطلحات الذي ظهرت حديثاً، لذا اختلف الرأي. سواء على صعيد القانون أم على صعيد الاقتصاد – بشأن تحديد المقصود ليشمل التشريعات سواء كانت وطنية أم دولية، لذا نلقي الضوء على كل من التعريف الفقهي والتعريف التشريعي لغسيل الأموال :

١- التعريف الفقهي لغسيل الأموال :

جاءت التعريفات على صعيد الفقه الاقتصادي والقانوني في اتجاهات مختلفة :

- الاتجاه الأول : تناولت فعل الإخفاء الذي يتضمنه معنى غسل الأموال، مستنداً بذلك على مصدر الأموال غير المشروعة. لذلك جاء التعريف " تحويل أو نقل الأموال التي تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة أو المتهربة من الالتزامات القانونية إلى أشكال الاحتفاظ بالثروة للتغطية على مصادرها والتجهيل بها "(١).

ويذهب آخرون على أن غسل الأموال " كل عملية من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع الذي اكتسب منه الأموال "(٢).

كما يعرف غسل الأموال بأنه " كل عملية تحويل دون معرفة مصدر وحركة النقود بحيث يمكن استخدامها في النشاط الاقتصادي المشروع بدن خشية من أية عقوبات جنائية أو مدنية أو قانونية "(٣).

- الاتجاه الثاني : جعلت من الإخفاء منصباً على مصدر الأموال غير المشروعة وكذلك على حقيقة الأموال موضوع الغسيل، إذا ذهب خبراء التدريب ببرنامج الأمم المتحدة الدولي لمكافحة المخدرات إلى القول بأن غسل الأموال " عملية يلجأ إليها من يتعاطى الاتجار غير المشروع بالعقاقير المخدرة لإخفاء وجود دخل أو إخفاء مصدره غير المشروع أو استخدام الدخل ليحفظه يبدو وكأنه دخل مشروع، وهو بعبارة أبسط التصرف في النقود بطريقة تخفي مصدرها وأصلها الحقيقي "(٤).

أما هيئة التحقيق في الجريمة المنظمة في الولايات المتحدة فتعرف غسل الأموال، بأنه " عملية إخفاء وجود مصدر غير قانوني أو استخدام غير مشروع للدخل وإخفاء ذلك الدخل ليبدو دخلاً مشروعاً "(٥).

الاتجاه الثالث : جعلت من فعل الإخفاء منصباً على حقيقة غسل الأموال غير المشروعة لذا عرف غسل الأموال بأنه " سلسلة من التصرفات أو الإجراءات التي يقوم بها صاحب الدخل غير المشروع أو الناتج عن الجريمة بحيث تبدو الأموال أو الدخل كما لو كان مشروعاً تماماً مع صعوبة إثبات عدم مشروعيته "(٦).

وذهب رأي إلى تعريف غسل الأموال بأنه " عملية قبول الأموال القذرة – وهي كل مال ذو منشأ إجرامي لا تعرف أصوله – في الأسواق المحلية والدولية وبالذات المصارف لتمكين أصحابها بعد ذلك من استعمالها في شراء السلع "(٧).

٢- التعريف التشريعي لغسيل الأموال :

١ - د. السيد أحمد عبد الخالق : الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الأموال – كلية الحقوق – جامعة المنصور – ١٩٩٧
مشار إليه من د. سيد شوريجي عبد المولى، عمليات غسل الأموال وانعكاساتها على المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية،
المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، العدد ٢٨، ١٩٩٩، ص ٣ هامش رقم (١)

٢ - د. محمد فتحي عيد : الإجرام المعاصر، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٩٩٩، ص ٢٨٠

٣ - معهد الدراسات المالية والمصرفية : تحليل اقتصادي لتنظيف النقود، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، عمان، المجلد السادس، العدد (٢)، ١٩٩٨، ص ٤١، ويلاحظ على هذا التعريف فضلاً عن كونه قد قصر غسل الأموال على النقود فقط. فإنه يحدد جزاء عملية غسل الأموال بالقول ((أية عقوبات جنائية أو مدنية أو قانونية، فماذا يقصد بعبارة قانونية ؟ أليست العقوبات الجنائية والمدنية هي عقوبات قانونية؟ فكلمة قانونية زائدة لا داعي لوجودها. د. مفيد نايف تركي : غسل الأموال في القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦، عمان، ص ٣٠.

٤ - د. محمد فتحي عيد الإجرام المعاصر، مصدر سابق، ص ٣٠.

٥ - د. مفيد نايف التركي : غسل الأموال في القانون الجنائي، دراسة مقارنة – مصدر سابق، ص ٣٠

٦ - د. حمدي عبد العظيم : غسل الأموال جريمة العصر البيضاء، مجلة وجهة نظر، الشركة المصرية للنشر العربي والدولي القاهرة، العدد (١٦) لسنة ٢٠٠٠، ص ٤٤.

٧ - د. محمد محي الدين عوض : تحديد الأموال القذرة ومدلول غسلها وصور عملياته، مجلة الأمن والحياة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، العدد ١٨٨، عام ١٩٨٨، ص ٢٨.

عرف غسيل الأموال بوصفه اللفظي على صعيد الفقه والتشريع من قبل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع المبرمة في فيينا عام ١٩٨٨ في المادة الثالثة منها على ثلاث صور لغسيل الأموال تتمثل في ((تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها مستمدة من جرائم المخدرات، إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها واكتساب أو حيازة الأموال مع العلم وقت تسليمها بأنها مستمدة من جريمة المنصوص عليها في الاتفاقية))^(١).

ولم يكن موضوع غسيل الأموال وتحديد قاصراً على النطاق الفقهي أو التشريعي بل كان محور اهتمام المؤتمرات واللجان الدولية التي أنشئت لفرض مواجهة مثل هذه الظاهرة، فقد عرفت فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية (FATF) (financial Action Task force) غسيل الأموال بأنه ((تحويل الممتلكات مع العلم بأن مصدرها جريمة بهدف إلغاء أو إخفاء الأصل غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص مشترك في ارتكاب الجريمة لتجنب العواقب القانونية لأعماله وإلغاء أو إخفاء الطبيعة الحقيقية ومصدر ومكان وحركة وحقوق الممتلكات مع العلم أن مصدر جريمة أو حيازة أو استخدام ممتلكات مع العلم أن مصدرها جريمة من شخص ساهم في ارتكابها)).

وعرف إعلان بازل لعام ١٩٨٨ غسيل الأموال بأنه ((جميع العمليات المصرفية التي يقوم بها فاعلون وشركائهم بقصد إخفاء المصدر الجرمي للأموال وأصحابها)).

وعلى مستوى التشريعات الوطنية بصدد تجريم غسيل الأموال والعقاب عليه، فقانون غسيل الأموال الفرنسي رقم ٣٩٢ لعام ١٩٩٦ والذي أضاف باباً مستقلاً في القسم الخاص بجرائم غسيل الاعتداء على الأموال في القانون الجنائي الفرنسي لعام ١٩٩٤، عرف غسيل الأموال المادة ٣٢٤ فقرة ١ من القانون الجنائي الفرنسي بأنه ((تسهيل - بكل الوسائل- للتدبير الكاذب لمصدر الأموال والدخول لمرتكب جنائية أو جنحه الذي أمده بفائدة مباشرة أو غير مباشرة ويعتبر أيضاً من قبيل غسيل الأموال المساهمة في توظيف أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجنائية أو جنحه)). ويستخلص من نص هذه المادة مظهران للسلوك المكون لغسيل الأموال واستخدام عائدات الجريمة هما :

١- تمويه مصدر الأموال : وتغطي هذه الصورة كافة الأفعال التي تسهل بأي وسيلة كانت التبرير الكاذب لمصدر الأموال أو الدخول المتحصلة من جنائية أو جنحه ولم يحدد المشروع هذه الأفعال، ولا الوسائل التي تتم بها، وهكذا يبدو الركن المادي لهذا الجريمة أقرب ما يكون إلى الجرائم الغالب ذات الصياغة الفضفاضة. ويبدو ذلك من ناحيتين^(٢) :

الأولى : عدم تحديد طبيعة أفعال التمويه أو أنواعها أو حتى الوسائل التي تتم بها ولعل مرد الصعوبة هذا تحديد هو خصوصية النشاط المالي والمصرفي وإمكانية تدوير الأموال غير النظيفة وسهولة إحلالها في صور أخرى جديدة ومتابعة.

الثانية : عدم تحديد الجريمة الأولية التي تحصلت عنها الأموال غير النظيفة فقد اكتفى المشروع الفرنسي بالإشارة إلى كون هذه الأموال متحصلة عن جنائية أو جنحة دون أن يدقق نوع هذه الجنائية أو الجنحة أو يحدد طبيعة أي منها.

وعلى أي حال، فلا بد لقيام هذه الجريمة قانوناً من استخلاص سلوك التمويه أو (التبرير الكاذب لمصدر الأموال أو الدخول غير المشروع) من ناحية، وتحديد الجريمة الأولية التي تحصلت عنها هذه الأموال أو الدخول من ناحية أخرى.

فأما عن استخلاص سلوك التمويه أو التبرير الكاذب فهو يشمل كافة صور إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال غير النظيفة، أو مصدرها، أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها، ولم يتطلب المشروع وسيلة معينة لحصول هذا التمويه إذ يقرر.. ((بأي وسيلة كانت)). ويستوي أن يكون مرتكب الجريمة شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

١ - د. هدى حامد قشقوش : جريمة غسيل الأموال في نطاق القانون الدولي. مصدر سابق، ص ٥

٢ - د. سليمان عبد المنعم_ مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - مصدر سابق - ص ١١٩.

٢- المساعدة في عمليات إيداع أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو الغير مباشر عن جناية أو جنحة : من الملاحظ التداخل بين هذه الصورة للركن المادي لجريمة غسيل الأموال، وبين الصورة المتمثلة في تمويه مصدر الأموال غير المشروعة. وان بمقدور المشرع الاكتفاء بالصورة الأولى، لاسيما وأنها تشمل كل فعل يبرز بأي وسيلة كانت على نحو كاذب المصدر غير المشروع للأموال والدخول المتحصلة من جناية أو جنحة.

أما المشرع الألماني الذي اعتبر غسيل الأموال جريمة منذ عام ١٩٩٢ فقد عرف غسيل الأموال في المادة (٢٦١) من قانون العقوبات الألماني بأنه ((إخفاء أو طمس أثر أو منع إعاقة الكشف عن أصل أو موقع أو التسبب في إعاقة إيجاد الموقع أو المصادرة أو وضع البديل أو القبض على الممتلكات الناتجة عن جريمة خطيرة أقرتها شخص عضو في منظمة إجرامية وتطبق نفس القواعد على الشركاء في هذه الجريمة))^(١).

المطلب الثاني - آليات جريمة غسيل الأموال

من أهم المميزات التي تميز جريمة غسيل الأموال هو السبل والمراحل التي تمرر بها هذه الأموال غير المشروعة لضمان نجاح مشروعيتها، ومن خلال اصطناع أدلة غير صحيحة وبيانات متضاربة لقطع الصلة بأي بيانات توصل إلى المصدر الحقيقي للأموال غير المشروعة وبالتالي صعوبة تعقبها أو تتبع مراحلها، لذا نسلط الضوء على هذه المراحل والطرق مع تسليط الضوء على ماهية السرية المصرفية وعلاقتها بجريمة غسيل الأموال،

الفرع الأول - مراحل وطرق غسيل الأموال

تم عملية غسيل الأموال بعدة مراحل وطرق ، وبشكل عام تحلل أي عملية مكملة لغسيل أموال وفق ثلاث طرق رئيسية حيث تهدف هذه العملية عند انتهاء مراحلها إلى إضافة الصفة الشرعية على أموال الغير مشروعة وتتسم بطرق ووسائل مختلفة الأنواع لضمان نجاحا واجتياز كافة الحواجز القانونية وإتباع مسالك متقننة في اجتيازها وخلق حالة معاكسة ومغايرة للحقيقة لمنع تعقب المال القذر من تقديم بيانات غير صحيحة تمنع الوصول إلى حقيقة هذه الأموال وبالتالي صعوبة تعقبها وتتبع مراحلها وتكون هذه المراحل :-
أولا - مراحل عملية غسيل الأموال :-

١ : الإيداع - Placement :

وهي المرحلة الأولى التي يتم خلالها فصل الأموال غير المشروعة عن مصادرها غير المشروع، حيث تتضمن عملية الإيداع ضخ أموال غير مشروعة للمرة الأولى داخل النظام المالي الأمر الذي يعني توظيف هذه الأموال في صورة إيداعات بالمؤسسات المالية أو المصارف أو شراء أسهم أو شراء مؤسسات مالية أو تجارية. أو بشراء أصول ذات قيمة عالية مثل التحف أو المجوهرات الثمينة... الخ.

٢ : التمويه أو التغطية - Layering :

تقوم هذه العملية على تضليل الأجهزة الرقابية والأمنية والقضائية عن المصدر غير المشروع للأموال القدرة عن طريق سلسلة متتابعة ومعقدة من العمليات المصرفية، هدفها الفصل بين حصيلة الأموال غير المشروعة عن مصادرها. بعد أن تتم عملية ضخ المبالغ النقدية غير المشروعة داخل النظام المالي بنجاح. يتطلب غسيل الأموال إجراء العديد من العمليات التي تزيد في إقصاء المبالغ النقدية عن مصادرها غير المشروعة، حيث يكون الغرض من هذه المرحلة هو ازدياد صعوبة ربط هذه المبالغ بمصادرها غير المشروعة مثال : قد يقوم غاسل الأموال بشراء أو بيع الأوراق المالية أو المعادن النفيسة أو أي أصول أخرى عالية القيمة. كما قد يقوم أيضا بتحويل المبلغ النقدية حول العالم من خلال العديد من الحسابات المختلفة الموجودة لدى عدد من البنوك، والتي قد تكون مملوكة للعديد من الشركات الصورية.

٣ : الدمج - Integration :

١ - يورغن ميير : الجريمة المنظمة، التشريع الألماني الحديث وآفاق النظرة الأوروبية المنسقة، مجلة المحامون السورية، دمشق، العدد الأول والثاني لسنة ١٩٩٩، ص ٢٤-٢٣

وهي المرحلة الأخيرة في أي عملية كاملة لغسيل الأموال وتتمثل في إعادة إدخال المبالغ النقدية غير المشروعة في الاقتصاد المشروع، إلا أن الأموال عندئذ تبدو مشروعة وخاضعة للضرائب، ويعد الغرض من عملية الدمج هذه تمكين المجرم من استخدام المبالغ النقدية دون إثارة أي اشتباه قد يترتب عليه البدء في التحقيق مع وملاحقته، مثال : قد يقوم غاسل الأموال بإقامة مشاريع تعتمد على التعاملات النقدية بصورة كبيرة مثل المطاعم أو محال لإيجار شرائط الفيديو حيث يمكن دمج الأموال غير المشروعة مع أموال النشاط لتظهر بعد ذلك في صورة أرباح وهمية أو سداد للقروض، كما قد يعتمد هذا الشخص إلى إنشاء مجموعة من شركات الواجهة التي تقوم بعمليات استيراد / تصدير وهمية وتستخدم فوائير مزيفة وعمليات وهمية من أجل دمج المبالغ المشبوهة غير المشروعة وجعلها تبدو وكأنها أرباح عادية ناتجة عن تجارتهم^(١) وليس من المحتم أن تتم عملية غسيل الأموال على الترتيب المحلي السابق ذكره، لأن القول بوجود نموذج موحد لغسيل الأموال، يفترض وحدة الظروف في كل حالة ين فيها غسل الأموال، كأموال المراد غسلها وكمايتها ومن حيث الحاجة المراد إشباعها والنظام القانوني الذي يجري الغسيل في ظلها، وهذا الفرض غير واقعي لاختلاف الأشخاص القائمين على غسيل الأموال واستخدامات الأموال في تمويل مشروعات اقتصادية أو إعادة تمويل ارتكاب جرائم أخرى.

لذا فإن غسيل الأموال قد تتم بعملية واحدة تمثل في نفس الوقت المراحل الثلاث التي أشارت إليها لجنة العمل المالي الدولي (fatf) كما انه قد تندرج فيها مرحلتان في عملية واحدة^(٢) خاصة وأن هناك طرق تكنولوجية حديثة دخلت كعمليات غسيل الأموال الإلكتروني (عبر الانترنت) حيث يكون إجراء مراحل عمليات غسيل الأموال سهلا لسرعة إجراء العملية في مراحل الدمج والتمويه.. كما أن ظروف كل بلد من حيث سهولة الإجراءات القانونية والمالية أو تشديدها تساعد على أتمام الغسيل التي يمكن أن تتم باستخدام المجالين المصرفي أو باستخدام شبكة الانترنت. وبالتالي يمكن القول بأن جريمة غسيل الأموال تغطي في الواقع كل أنماط جرائم القانون العام للعقوبات.. وبالتالي تعد بمثابة نشاط تكميلي للجرائم السابقة المتمثلين بمصدر المال غير المشروع^(٣) فالغسيل لا يرد الا على مال غير مشروع كما تشمل أيضا المساهمة في توظيف أو أخفاء أو تمويل العائد أو غير المباشر لجناية أو جنحة^(٤).

ثانيا - طرق غسيل الأموال :

تتم عملية غسيل الأموال بطرق وأشكال مختلفة تتدرج من البساطة إلى التعقيد وبحسب وطبيعة العملية وقد كان للتكنولوجيا الحديثة دور خطير جدا في تطوير الأساليب التي تستخدم في غسيل الأموال. إن عملية غسيل الأموال لا تتم إلا من خلال النظام المصرفي والمؤسسات المالية المشروعة وليس دائماً ينطوي هذا النشاط على عمليات عبور الحدود وكثيرا ما قد تحدث عمليات عبور الحدود مرات عديدة في صفقات غسيل الأموال^(٥).

إلا انه قبل التطرق إلى طرق غسيل الأموال نود الإشارة إلى أن هذه الطرق ليست مذكورة على سبيل الحصر وإنما قد يكون هناك في جعبة مرتكبي الجرائم المنظمة وغيرهم الكثير منها فالأمر صراع مستمر بينهم وبين رجال مكافحة الإجرام وكلما كشف رجال المكافحة وسيلة أو طريقة من طرق غسيل الأموال،

١ - ويذكر في هذا الصدد أن غاسلي الأموال في مدينة مرسيليا في فرنسا، قاموا بفتح عيادات طبية تم ترميمها بإسراف، خصصت لنقل وزرع الأعضاء البشرية وتبين بعد ذلك أن معظم المرضى كانوا موجودين على الورق فقط وما إيرادات هذه العيادات الطبية إلا أموال غير مشروعة ناتجة عن تجارة المخدرات تم غسلها لتظهر بصورة مشروعة Thierry Gerber.cp.cit.p.3

٢ - د. محمود كبيش - السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال (دار النهضة العربية) - القاهرة ط٢، سنة ٢٠٠١ .
٣ - د. السيد أحمد عبد الخالف - الآثار الاجتماعية والاقتصادية لغسيل الأموال - مجلة البحوث القانونية الاقتصادية ع ٢٢ أكتوبر ١٩٩٧ ص ٥.

٤ - د. هدى حامد قشوقش : جريمة غسيل الأموال في نطاق التعاون الدولي - دار النهضة العربية - ط ٢ - ٢٠٠٢ - بند ص ٤.

٥ - د. محمد فتحي عيد، الإجرام المعاصر، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة ١٩٩٩، ص ٢٨٨.

كلما ابتكر المجرمون وسائل أصعب منها. عليه يمكن رد طرق غسل الأموال إلى أربع طرق كل منها يقسم إلى مجموعة من الأساليب بحسب الجهة التي يلجأ إليها أصحاب الأموال المطلوبة غسلها.

١. غسل الأموال عن طريق اللجوء إلى الجهاز المصرفي :-

يستطيع مرتكبو الجرائم أن يغسلوا أموالهم بالاستعانة بالجهاز المصرفي، وهذا يتم من خلال الأساليب التالية :-

أ- الحساب المصرفي المزدوج : ومؤدي هذا الأسلوب هو : أن يودع شخص ما الأموال غير النظيفة المتحصلة من الاتجار غير المشروع بالمخدرات وغيرهم من الجرائم الأخرى (ولتكن مليون دولار أمريكي على سبيل المثال) في حساب أحد المصارف ثم يقوم الشخص المودع نفسه تحت اسم مستعار بإقراض مبلغ يعادل نفس المبلغ المودع من المصرف ذاته ثم يقوم هذا الشخص برد قيمة الفوائد المستحقة على مبلغ القرض بواسطة الفوائد المتحصلة لحساب المبلغ الذي سبق إيداعه^(١).

ب- تضم الدول الغنية المستهلكة للمخدرات عمالة أجنبية مهاجرة تنتمي إلى الدول المنتجة للمخدرات، وهذا ما يتيح لعصابات غسل الأموال استعمال التحويلات المصرفية التي تجريها هذه العمالة في سبيل تنظيف أموالهم القدرة بفائض إيراداتها^(٢).

ج- يقوم مرتكبي الجرائم بنقل أموالهم أمتصله من نشاطهم الإجرامي، خارج بلادهم عن طريق اللجوء إلى المصرف الوطني ليقوم بنقل أموالهم وإيداعها في شركات أجنبية توجد في دول لا تستطيع السلطات الحكومية الاطلاع على دفاترها المالية، وفي مرحلة تالية يقترض هؤلاء المجرمون من هذه المصارف أو الشركات بصفة دورية تمكنهم من العيش برفاهية وإذا ما سئل أحدهم عن مصدر هذه الأموال أبرز ما يثبت اقتراضه لها ولكن الحقيقة إن هذا الشخص هو الذي يقترض نفسه.

٢. غسل الأموال عن طريق النظام المالي غير المصرفي :

على الدوام ترغب جماعات الإجرام المنظم، واللجوء إلى الطرق التي تعرضهم لأقل فرصة للظهور، وذلك وحينما تبنت الدول الكبرى نظاما فعالة في التعامل مع البنوك التقليدية والرقابة عليها بدؤوا يحركون أموالهم المراد غسلها نحو المؤسسات المالية غير المصرفية، ويمكن بيان ذلك على النحو الآتي :

أ- استخدام مكاتب ومؤسسات الصرافة Bureaux des changes ومكاتب السمسرة في غسل النقود، فكثيرا ما تقام مصارف العملات النقدية في مداخل التجارية فيتجنب بذلك المجرمون التعامل مع المؤسسات المالية المصرفية التقليدية^(٣) ولا يثير الشكوك لدى المصارف إيداع مبالغ نقدية ضخمة لأن المصرف معتاد على تبادل كميات كبيرة من النقد مع مؤسسات الصرافة، كما يتيح التعامل مع مكاتب الصرافة تحويل مبالغ نقدية كبيرة إلى حساب يفتح في أحد البنوك في دول أخرى باسم شركة وهمية.

ب- استخدام نوادي القمار والمراهنات الرياضية في غسل الأموال. وربما يكون هذا الأسلوب من أقدم الوسائل المستخدمة في غسل الأموال التي تتم من خلال كازينوهات وصالات المقامرة واليانصيب التي تم السيطرة عليها من قبل زعماء الجريمة المنظمة حيث يقوم غاسلي الأموال باستبدال النقد بفيشات القمار ثم

١ - د. سليمان عبد المنعم : مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ١٩٩٩ ص ٩

٢ - وقد تنبته الشرطة الفرنسية لنشاط مصرف باريس حيث قام بفتح فرع له خصص لتحويل مدخرات العمالة الأجنبية المهاجرة بهدف تسهيل العلاقات الاقتصادية بين فرنسا ودول إفريقيا وتعتبر مراكز لعقد صفقات المخدرات ومناطق عبور للمخدرات القادمة من آسيا في طريقها إلى أوروبا والولايات المتحدة، كما أثبتت التحريات والتحقيقات التي أجريت أن بعض المجرمين فتحوا حسابات بأسماء مستعارة واستطاعوا تحويل الأموال ذات المصدر غير المشروع برغم أنها مدخرات أجور وتبين غسل ٧٥٠٠٠٠٠٠ سبعة ملايين وخمسمائة ألف فرنك بهذا الأسلوب. د. محمد فتحي مصدر سابق ص ٢٩٠ - ٢٨٩.

٣ - لم تقتصر غسل الأموال على الجهاز المصرفي والنظام المالي غير المصرفي، فقد يتم غسل الأموال من خلال الأنظمة المصرفية السرية المعمول بها في جنوب شرق آسيا وجنوبها. يوجد هناك النظام المصرفي الصيني الذي يعمل عن طريق شركات تجارية ومكاتب صرافة العملات التي تدير العديد منها في نفس الأسرة الواحدة في بلدان ومناطق مختلفة ويوجد أيضاً في جنوب آسيا نظام مصرفي سري يعمل بـ (هوندي) وهو نظام مبني على الثقة المتبادلة ولا يترك أي آثار خطية. لمزيد من التفاصيل ينظر

تحويل هذه الفيشات بعد فترة قصيرة إلى أوراق نقدية أو شيكات مصرفية تمكن المجرمين بذلك من تبرير حيازة الأموال فيما لو سئلوا عن مصادرها. وقد يتم ذلك أيضا عن طريق قيام المنظمات الإجرامية بشراء تذاكر أو بطاقات اليانصيب والرهان الرياضي الفائز بعد دفع أكثر من قيمتها، وذلك بالاتفاق مع المؤسسات التي تصدر هذه التذاكر أو الشخص الذي يحمل البطاقة الراحبة^(١).

٣. غسيل الأموال عن طريق القيام ببعض التصرفات العينية :

في كثير من الأحيان يلجأ غاسلو الأموال إلى طرق لغسيل الأموال بعيدا عن المؤسسات المالية - سواء أكانت مصرفية أم غير مصرفية - ومن هذه الطرق القيام ببعض التصرفات العينية التي لا يمكن تصور القيام بها إلا في نفس الدولة التي اكتسبت منها المال غير المشروع. ومنها

ت- قيام غاسلو الأموال باستثمارها عن طريق شراء العقارات والمطاعم والنوادي الفاخرة وشركات إنتاج الأفلام السينمائية والتلفزيونية. وشراء الأعمال المفلسة وخاصة الفنادق بأنواعها ومحلات صرف العمالة والشركات ومعارض السيارات الفخمة وبالتالي تصبح هذه الأعمال المفلسة أعمالا ناجحة نظرا^(٢) لتضخيم إيراداتها جراء إضافة هذه الأموال ويدفع المجرمون الضرائب المستحقة عليهم مقابل الاستمتاع بأموالهم بعد غسلها وزوال خطر مصادرتها^(٣).

ث- اللجوء إلى أسلوب المضاربة الصورية في الممتلكات التي تتم عن طريق بيعها بالثمن الحقيقي لها، مثال ذلك أن يشتري تاجر مخدرات عقارا^(٤) قيمته الحقيقية أربعة ملايين دولار بسعر أسمى مثبت في العقد قدره مليون دولار على أن يسدد باقي المبلغ إلى البائع بعيدا عن أعين السلطات وبدون علمها، فيحتفظ تاجر المخدرات بالعقار لفترة يجري عليه بعض التحسينات ثم يقوم ببيع العقار بسعره الحقيقي وقد استخدمت هذه الطريقة على نطاق واسع في مدينة ميامي حيث أصبحت المباني في شوارع كاملة خاضعة لمضاربة أطلق لها العنان^(٥).

ج- قيام غاسلي الأموال بشراء التحف الثمينة والأحجار الكريمة واللوحات الزيتية لمشاهير الرسامين وذلك كمرحلة أولى. وفي مرحلة ثانية يقوم هؤلاء ببيع ما قاموا بشراؤه مقابل الحصول على صكوك مصرفية بنفس القيمة ثم يقومون بفتح حسابات لهم بقيمة هذه الكوك، وبالتالي يقوم أصحاب الصكوك بإجراء العديد ممن التحويلات المصرفية بواسطة البنوك المسحوب عليها وفروعها بحيث يصعب التعرف على المصدر الحقيقي لهذه الأموال^(٦).

د- إنشاء ما يسمى بشركات الدمى^(٧) : وهي شركات أجنبية مستترة يصعب على حكومات الدول الاطلاع على مستنداتها المالية إذ ليس لها نشاط ولا هدف تجاري فكل ما تبغيه هو غسل الأموال غير المشروعة وعلى وجه الخصوص الأموال الناتجة عن تجارة المخدرات، ويتم ذلك من خلال :

- ١- استثمار الأموال غير المشروعة من هذه الشركات في الأراضي والعقارات.
- ٢- قيام إحدى الشركات بطلب من فرعها الأجنبي بسعر مخفض وبطريقة صورية على أن يتم إيداع الفرق بين السعر المخفض والسعر الحقيقي في حساب سري للشركة في أحد البنوك الأجنبية ولا سيما في الدول التي تتمتع بنظام سرية الحسابات المصرفية.

١ - وبهذا الأسلوب عملت المنظمة الكوبية الإجرامية المتخصصة بغسيل الأموال، حيث تسيطر هذه المنظمة على عمليات بيع بطاقات اليانصيب وعندما يفوز بها شخص ما يتم الاتصال بهذا الشخص الذي يوافق على بيع البطاقة بعد أن توضح له مقدار المال الذي سيخسر كضريبة تدفع إلى السلطات الضريبية. Thierry Gerber opcit.p.37

٢ - د. محمد فتحي عيد - الإجرام المعاصر مصدر سابق ص ٢٨٨

٣ - د. محمد فتحي عيد - الإجرام المعاصر - مصدر سابق. ص ٢٨٩

٤ - د. حمدي عبد العظيم : غسيل الأموال في مصر والعالم - مصدر سابق - ص ٣٩ - ٣٨.

٥ - وتسمى أيضاً بالشركات الوهمية والتي تختلف عن الشركات الواجبة ويقصد بهذه الأخيرة الشركات التي لها كيانات منشأة بصورة قانونية وتشارك في تجارة مشروعة غير أن هذه المشاركة تفيد في المقام الأول كتغطية لعمليات غسيل الأموال أما الشركات الصورية أو الوهمية فهي لا توجد إلا باسم ولا يجري بشأنها أي شكل من أشكال التوثيق ولا تظهر إلا في وثائق الشحن أو أمر التحويل باعتبارها الجهة المرسلة إليها الشحنة أو المال أو وكيله الشحن أو طرف ثالث بغية عدم الكشف عن المستلمين النهائيين للأموال غير المشروعة د. محمد فتحي - مصدر سابق - ص ٢٨٦.

٢- غسيل الأموال الكترونياً :

إن هذه الطريقة من طرق غسل الأموال كانت محور اهتمام خبراء ومسؤولين من ٣٦ دولة اجتمعوا في سان فرانسيسكو بالولايات المتحدة الأمريكية في شهر نيسان ١٩٩٦ وتحت إشراف الأنتربول، وأوضح خلال المؤتمر أن مرتكبي الجرائم المنظمة الاقتصادية يستخدمون نوعاً "جديداً" من التكنولوجيا الالكترونية والتي تتعامل مع الأوراق النقدية من حيث تسمح بإيداع وانتقال أرصدة الأموال من شخص إلى آخر على مستوى العالم باستخدام شبكة الانترنت دون الحاجة إلى المرور عبر البنوك وهذا ما يفضله غاسلو الأموال ففي التحويلات الالكترونية تتوافر صفتي السرعة والسرية في اجراء عمليات غسل الاموال^(١). فيكفي إعطاء أمر عبر الانترنت لتفتح أمامهم نوافذ وآفاق متعددة للتجارة الالكترونية وللبيع والشراء واكتساب الحيازة والممتلكات بلا قيود مما يشكل بعض صور الركن المادي لجريمة غسل الأموال^(٢).

أما عن كيفية غسل الأموال الكترونياً عبر المراحل الثلاث لغسيل الأموال (الإيداع والتعميم والدمج)، فتتم بقيام غاسلي الأموال بإيداع الأموال النقدية في أحد البنوك غير الخاضعة للأنظمة الفيدرالية (الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً)^(٣) ثم يقوم هؤلاء باستخدام أجهزة الكمبيوتر الشخصية لشراء سلع أجنبية مع أنظمة حماية وتشفير قوية لضمان سرية معاملات النقود الالكترونية، وفي مرحلة تالية ومن خلال أجهزة الكمبيوتر الشخصية التي لا تترك أية آثار ورقية، يتم تحويل الأموال إلى بائعي هذه السلع ومن ثم تتم عملية بيع هذه السلع إلى شخص آخر وبالطريقة نفسها، وفي مرحلة أخيرة وبهدف حل أموالهم القدرة تناسب في النظام المالي المشروع يتم استثمار هذه الأموال في مشروعات ومشروعات باستخدام جهاز الكمبيوتر أيضاً وبدون الحاجة إلى تدخل وسيط كأحد البنوك مثلاً^(٤).

والمألة أيضاً تدور حول مشكلة قيام من يمارس الأنشطة غير المشروعة بغسيل الأموال، حيث يمارسون عملية الغسيل هذه كل من يمارس نشاطاً غير مشروع وقد أصاب ذلك التطور ملفت للنظر، بحيث أصبحت عملية غسل الأموال تتم من خلال أيدي نظيفة جداً"، فعندما ذهب محققون أمريكيون للتقصي عن غاسلي نقود كانوا يظنون أنهم سيجدون ذلك النوع من عتاة المجرمين الذين يتولون تجارة المخدرات في كولومبيا، ولكنهم وجدوا اناساً من طراز مختلف، منهم حاصل على شهادة الدكتوراه وغيرهم من التحصيلات العلمية والتخصصية في المحاسبة والقانون، ووضع أيديهم على صلة مباشرة بين غاسلي النقد ومهربي المخدرات، فغاسلوا الأموال يجمعون بين نشاطهم هذا وأنشطة أخرى خفية مثل الاستيراد والتصدير والوكالات السياحية أو الشركات الصرافة المشروعة^(٥).

الفرع الثاني - السرية المصرفية وجريمة غسل الأموال

غالبية الأموال الداخلة في عملية غسل الأموال هي ناشئة عن ارتكاب جرائم جنائية أو القيام بنشاط غير مشروع، ومشكلة غسل الأموال، ناشئة عن رغبة الحكومات في السيطرة على الجريمة المنظمة عن

١ - د. حمدي عبد العظيم : غسل الاموال جريمة العصر البيضاء - مصدر سابق - ص ٤١ - ٤٠ .

٢ - (فاروق سيد حسين): الانترنت الشبكة العالمية للمعلوماتية الهيئة العامة للكتب القاهرة، ص ٨٨.

٣ - تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أكثر الدول استخداماً للتحويلات الالكترونية إذ تتم فيها يومياً ٤٠٠٠٠٠٠ أربعة مائة ألف عملية تقريباً وتعد مدينة نيويورك أكبر مركز عالمي لغسيل الأموال. ينظر الجرائم المالية المنظمة محاضرة نظمها وزارة الداخلية. دولة الإمارات العربية المتحدة بمشاركة جنديين بريطانيين ١٩٨٠ نشر مجلة ملخص لها في مجلة الشرطة وزارة الداخلية، أبوظبي، العدد ٣٣٠ لسنة ١٩٩٨، ص ٤٢-٤٤

٤ - ينظر حسام العبد : غسل الأموال الالكترونية ومجلة البنوك الأردنية، العدد التاسع عشر ٢٠٠٠ ص ١٥-١٦ ولنفس المؤلف : غسل الأموال في الألفية الثالثة، مجلة البنوك الأردنية. العدد العاشر المجلد التاسع عشر، ٢٠٠٠، ص ١٧-١٨ .

٥ - د. ماجد عبد الحميد عمار : مشكلة غسل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك في القانون المقارن والقانون المصري : دار النهضة العربية القاهرة سنة ٢٠٠٦، ص ٧٦.

طريق متابعة مصادر الأموال التي يحاول اصحابها اضعاف المشروعية عليها، الأمر الذي يتطلب أن يكون هناك قدر من الايضاح بدرجة أو اخرى.

عند ايداع أو فتح أو التعامل من خلال المؤسسات المالية وفي مقدمتها البنوك بحيث تسمح بنجاح الحكومات في السيطرة على الأنشطة الغير مشروعة حيث سعت غالبية دول العالم المتحضر إلى وضع قوانين خاصة بكيفية التعامل مع خاصة سرية الحسابات المصرفية لمعالجة هذه المشكلة، لذا نرى أن الأساس القانوني الذي قامت عليه القوانين أختلف من دولة لأخرى، وكذلك الغرض الذي تسعى اليه التشريعات المختلفة.

و غالبا ما تتجه الدول إلى حماية سرية الحسابات المصرفية عن طريق اصدار تشريعات خاصة بتلك الحماية، وسواء كانت في قانون خاص كما في الولايات المتحدة الأمريكية، أو في نصوص متفرعة عن قوانين كما في تشريعات لوكسمبورج، أو في دول تعتمد حماية سرية الحسابات المصرفية " مثل سويسرا " على طبيعة العلاقة التعاقدية فيما بين البنك وعملية والتي قد يعتبرها البعض علاقة وكالة ويرى البعض الآخر أنها عبارة عن عقد ايداع أو قرض^(١). ومن الممكن أن تصدر لوائح تنفيذية على اجراءات ادارية تعمل على حماية سرية الحسابات المصرفية، الأمر الذي أدى أن تأخذ هذه الدول بعدة اتجاهات، فمنها يأخذ بالسرية المطلقة للحسابات المصرفية، ومنها الذي يخفف ويمسح للبنوك بالإفصاح عن المعلومات المصرفية في ظروف خاصة أو عند توافر شروط قانونية يحددها المشروع ويشتمل السر المصرفي بكل أمر أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم المصرف خلال العملية المصرفية أو بسببها أفضى بها العميل بنفسه للمصرف أو عن طريق الغير^(٢).

بالرغم من أن السرية المصرفية من القواعد المستقرة والصليقة بعمل البنوك، فلتزم البنوك بموجب القواعد العامة في القانون والأعراف المصرفية بحفظ أسرار العملاء وعملياتهم المصرفية، ما لم يكن هناك نص في القانون أو في الاتفاق يقضي بغير ذلك^(٣)

اذ أن لكل شخص الحق في حماية حرمة حياته بما فيها شؤونه المالية والاقتصادية ومنها معاملاته المصرفية مع البنوك ولا شك أن اطلاع الغير دون مبرر مشروع أو قانوني على أسرار عملاء البنك فيه اعتداء واضح على حرمة حياتهم الخاصة أو بما يترتب مسؤولية البنك.

ان إخلال البنك بهذا الالتزام يعتبر إخلال بالالتزام تعاقدية. وتثور مسؤولية البنك بتعويض العميل عن الضرر الذي يلحقه بسبب الإخلال بهذا الالتزام، سواء كان إخلال البنك بالمحافظة على السر المصرفي قد تنشأ عن تعمد أو عن مجرد إهمال وعدم اكرات.

حيث يعتبر أصلا في نطاق الأسرار المصرفية كل أمر أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم البنك من خلال عملية مصرفية أو بسببها سواء أفضى العميل بنفسه للمصرف أو عن طريق الغير، وتشمل السرية المصرفية ويدخل في نطاقها : رقم الحساب والودائع وقيمة مبالغها والتسهيلات المصرفية والقروض الممنوحة له وضماناتها والشيكات التي يسجلها العميل على البنك... وغيرها^(٤) وقد يسأل البنك عن افشاء السرية في مواجهة الغير الذين تربطهم به أية علاقة تعاقدية وعلى أساس المسؤولية التقصيرية^(٥).

ويذهب جانب آخر مكن الفقه إلى اعتبار البنك ملزما بالسر المصرفي ومسئولا أمام العميل عن افشائه في حالة فشل المفاوضات بينهما على أساس أن العميل يجري مع البنك عقد مسبقا على المفاوضات يتعهد بموجبه البنك بالتحكم حول المعلومات التي تصل اليه من هذا العميل في حالة فشل المفاوضات أو بطلان

١ - د. ماجد عبد الحميد عمار - مشكلة الأموال وسرية الحسابات بالبنوك في القانون المقارن والقانون المصري : دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٢ - ص ١.

٢ - علي جمال عوض : عمليات البنوك في الواجهة القانونية: دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٩٢٥.

٣ - د. سمية القلوبى : الأسس القانونية - القاهرة مكتبة عين شمس - ١٩٩٢ ص ٢٢٤

٤ - د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الواجهة القانونية : دار النهضة العربية - القاهرة، مصر، ١٩٨٨، ص ٩٢٨

٥ - كما في القانون المدني المصري في المادة ١٦٣ منه على أن ((كل خطأ يسبب الضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض)).

العقد المبرم بينهما^(١) وتؤثر مسؤولية البنك بتعويض العميل عن الضرر الذي يلحقه بسبب الإخلال بهذا الالتزام، وسواء كان إخلال البنك بالمحافظة على السر المصرفي قد نشأ عن تعمد أو عن مجرد إهمال وعدم اكتراث^(٢).

ويسأل البنك عن انشاء أحد موظفيه لأسرار العملاء وعلى أساس مسؤولية التابع عن الأخطاء الصادرة من تابعة^(٣)، طالما وصلت المعلومات أو الأسرار إلى علم التابع بمناسبة نشاطه أو عمله المصرفي مع البنك. أما إذا كان السر المصرفي قد وصل إلى علم التابع من مصدر آخر أو بوسيلة أخرى، فلا يكون البنك مسؤولاً عما حدث من إفشاء. كما لا تتور مسؤولية البنك عن إفشاء السر من جانب أحد تابعيه إذا حصل هذا الإفشاء بعد ترك الأخير العمل في البنك وذلك لانتفاء رابطة التبعية في الوقت الذي وقع فيه الخطأ المسبب للضرر.

ولما كان واجب حفظ الأسرار المصرفية داخلاً في نطاق التزام البنك بحفظ سر المهنة، فإن البنك قد يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في حالة عدم احترام هذا الالتزام. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري (من أن كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون منها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه). وعليه يخضع لهذا العقاب موظفي البنك بجميع مستوياتهم وسواء كانوا من مسؤولي الحسابات أو غيرهم إذا قاموا بإفشاء الأسرار أو المعلومات أو البيانات الخاصة بالمركز المالي للعميل أو بعملياته المتنوعة مع البنك والتي أتمهم العميل على حفظها لديهم.

ولكي تقوم الجريمة لابد من إثبات أن فعل الإفشاء كان مقصوداً^(٤)، ولذا فإن المخالفات غير المقصودة لقانون سرية البنوك لا تشكل جريمة مثل المخالفات الناشئة عن إهمال^(٥)، أو إذا كانت السرية المصرفية مبدأ مستقراً في المعاملات المصرفية، ولا يجوز إفشاء أسرار العمل الا في حالات محددة نص عليها القانون.

أولاً - نطاق السرية المصرفية :

يشمل نطاق السرية على عدة جوانب، هي نطاق السرية من حيث المعلومات ونطاق السرية من حيث الأشخاص سواء من ناحية عملاء البنك المستفيدين من حماية المعلومات السرية أو من ناحية موظفي البنك المسؤولين ويشمل نطاق السرية حالتين أخريين هما نطاق السرية من حيث الزمان ونطاق السرية الإقليمي.

أ- نطاق السرية من حيث المعلومات :

يختلف نطاق السرية من حيث المعلومات من دولة إلى أخرى - فبعض الدول تتولى التشريعات تحديد المعلومات التي يعتبر إفشاءها غير قانوني، والبعض الآخر يتولى القضاء تحديدها وعند القيام التشريعات المختلفة وكذلك الأحكام القضائية في رسم نطاق المعلومات السرية. قد يوسع البعض وقد يضيق البعض الآخر من هذا النطاق. فنرى أن حكومات الولايات المتحدة الأمريكية تعتمد بشكل رئيس إلى سيطرتها قدر الامكان على الحسابات والبيانات الموجودة في البنوك والتي تعكس أي أنشطة غير

١ - الياس نصيف _ الكامل في قانون التجارة (ج٣) عمليات المصارف. مصدر سابق ص ٣٣٦

٢ - د. إدوارد عيد، العقود التجارية وعمليات المصارف - مصدر سابق ص ٩٣٠.

٣ - القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ (المعدل) المادة ٢٠٥ (أولاً - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي، وطل كل تعدي على الغير في حريته أو في عضه أو شرفه أو في سمته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤلاً عم التعويض).

٤ - يكون الإفشاء المقصود ((رقم حساب العميل، المبالغ المقيدة في حسابه سواء دائنة أو مدينة، ودائع العميل، الخزينة الحديدية، للعميل، التسهيلات الإئتمانية والقروض الممنوحة له، مدى التزامه بسداد الأقساط ومقدارها، الشيكات التي يسحبها العميل، على البنك. كذلك يسري الالتزام بالسرية حتى على المرسلات المصرفية وإذا كانت السرية المصرفية مبدأ مستقراً من المعاملات المصرفية))

٥ - الياس نصيف - الكامل في القانون التجارة (ج٣) عمليات المصارف. مصدر سابق ص ٣٣٧

مشروعة، وتذهب في أحيان كثيرة إلى توسيع مدى تناول يدها فيما وراء اقليمها من جهة الكشف عن المعلومات السرية لحسابات عملاء البنوك حتى لو كانت هذه المعلومات تتمتع بالحماية من عدم الإفشاء وفقا لقوانين دول اجنبية^(١).

أما في قوانين لوكسمبورج فنطاق المعلومات السرية أكثر شمولاً " عنها في الولايات المتحدة حيث تعتبر كل المعلومات التي لا تكون معلومة للجمهور أو بصفة عامة التي يتوصل اليها نتيجة لمباشرة العمل مع العميل معلومات سرية واجبة الحماية. وتمتد السرية كذلك إلى المعلومات المتبادلة بين البنوك اذا تعلقت ببيانات سرية فردية أما في التشريعات السويسرية فان نطاق المعلومات السرية الواجب الحماية يتحدد من خلال اعترافها بنطاق السرية للفرد كجزء من أجزاء الحقوق الواجب الحماية ومن خلال اعترافها بنطاق السرية للفرد كجزء من أجزاء الحقوق الشخصية له، وهذا النطاق يشمل على الوجود الذهني للفرد وصحته وحياته الأسرية وشؤونه المالية، وهذا الحق في الخصوصية، ينعقد وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني السويسري والمادتين ٤١، ٤٢ من قانون الالتزامات السويسري^(٢).

ب- نطاق السرية من حيث الأشخاص :

ونطاق السرية من حيث الأشخاص له جانبان، الأول منهما، يتعلق بالأشخاص الملزمين بالسرية المصرفية، والثاني يتعلق بالعملاء المستفيدين بالحماية المقررة للمعلومات. السرية، ففيما يتعلق بالأشخاص الملزمين بالسرية المصرفية، تتفق التشريعات إلى حد كبير في تحديد هؤلاء الأشخاص. ففي لوكسمبورج ووفقا للقانون الصادر في ٢٤ نوفمبر ١٩٨٤ (المعدل) فانه يخضع لواجب المحافظة على السرية، كل موظف في البنك من الكاتب البسيط إلى مدير المصرف و أعضاء مجلس الادارة وينطبق نفس الشيء على مراقبي حسابات المصرف الخارجيين^(٣).

وفي سويسرا يعتبر الأشخاص الملزمين بالسرية المصرفية هم جميعهم الذين يستطيعون من خلال أدائهم لواجباتهم أو التزاماتهم القانونية التوصل إلى المعلومات المحمية^(٤). ووفقا لقانون العقوبات السويسري مادة (٣٢٠) يلتزم بالمحافظة على المعلومات السرية كل من الموظفين العموميين مثل أعضاء لجنة البنوك الفدرالية وكذلك مسؤولي البنك الوطني السويسري Swiss national bank ومفتشي الضرائب وذلك بخصوص المعلومات التي يمكن التوصل اليها اثناء تأدية عملهم^(٥). وعموما فان البنوك لا تكفل المصلحة لعملاء البنك، بالمعنى الضيق للفظه، وإنما تكفل أيضا مصلحة الغير ممن تكون لهم اتصالات بالعملاء أو من الذين يحصل البنك على معلومات سرية عنهم من خلال المسار العادي لأعمال البنك.

ح - من حيث النطاق الزمني :

ويستمر واجب المحافظة على السرية ما دامت ثمة مصلحة معقولة للأشخاص الذين تتعلق الأسرار بهم في المحافظة على تلك الأسرار. لذلك فان قانون الاتحاد السويسري للبنوك، قد نص في الفترة الثالثة من المادة / ٤٧ / صراحة على أن خلال الشخص الملزم بالسرية المصرفية يظل متابعا عليه حتى بعد انتهاء علاقته مع البنك سواء كانت وظيفة أو خلاف ذلك^(٦). وكذلك يظل الالتزام بالحفاظ

١ - د. ماجد عبد الحميد عمار - مشكلة غسيل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك في القانون المقارن والقانون المصري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢ - ص ٢٢

٢ - Dr. walter Meier. Banking secrecy in swiss and international taxation, interntconal - vel.7No.1p.17

٣ - Alex schmit and Luc friedcn. Luxem burg. op cit p 160

٤ - Dr. walter Mcier op. cit. p18

٥ - Dr. Hans Ruoolf Steiner. Switzerland, op. cit, p.197

٦ - Dr. Hause Rudolf Steiner op. cit, p196

Or walter meier op. cit. p18

حيث نصت الفقرة (أ) من المادة (٧) من قانون الأعمال المصرفية السويسري على أن (يظل انتهاك السرية المهنية معاقباً عليها حتى بعد انتهاء العلاقة الرسمية أو المهنية أو ممارسة المهنة)

على السرية بعد انقضاء العلاقة التعاقدية بين البنك و عميلة ما دامت للعميل مصلحة معقولة في الحفاظ على سرية المعلومات^(١).

د- النطاق الإقليمي :

تخضع جميع البنوك المرخص لها بمزاولة أعمالها في سويسرا سواء أكانت من الأشخاص الاعتيادية السويسرية أم من فروعها أبنوك أجنبية، للالتزام بالحفاظ على السرية المصرفية فيما يختص بأنشطة أعمال مكتبية في سويسرا وذلك وفقا للقانون الاتحادي السويسري للبنوك، غير أن سرية البنوك لا تمنع الرئيس الأجنبي للبنك الذي يعمل في سويسرا من ممارسة الرقابة الضرورية لحسن سير العمل أو الحماية الكافية لأموال دائني البنوك والمودعين، ولكن بشرط خضوع مسئولو المركز الرئيسي وموظفيه الذين يمارسون تلك الرقابة القانونية السويسرية المتعلقة بالسرية^(٢).

ووفقا للقانون السويسري بعد الاخلال بالسرية المصرفية جريمة ناشئة عن الوظيفة ويعني أن الطرف المضرور لا يكون عليه الا أن يتقدم بطلب للدعاء وبذلك تتأكد المصلحة العامة في عقاب أمثال أولئك المنحرفين، وبعبارة أخرى يكون هذا من واجب الحكومة في حماية الخصوصية الفردية^(٣).

ثانيا - الإفصاح عن المعلومات المصرفية :

ينصرف مفهوم الإفصاح عن المعلومات إلى قيام المصرف بتقديم المعلومات إلى شخص غير صاحب المعلومات، وسواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا وذلك دون أن يتعرض للمسائلة الجنائية أو المدنية.

ويتم هذا الإفصاح المشروع عن المعلومات في حالات متعددة، منها حالة وجود واجب عام، كما في حالة ارتكاب جرائم جنائية، وعلى أن يكون هذا الإفصاح وفقا لما رسمه القانون، وقد يكون الإفصاح أيضا بناء على طلب الحكومة وعادة ما يسمح القانون بقدر من الإفصاح في حالة النزاع في ما بين البنك و عملية. وفي كل الأحوال يجب أن تتم حالات الإفصاح عن المعلومات وفقا " للقانون ولا تتجاوز الغرض منها.

يرتبط الإفصاح عن المعلومات ن ومدى مشروعيته ونطاقه بمشكلة عالمية، هي مشكلة غسل الأموال، وهي المشكلة التي اصبحت محط انظار العالم في الوقت الحاضر. الأمر الذي حفز كثير من دول العالم أن تصدر من القوانين ما يكفل عدم نجاح غسل الأموال، وذلك على أساس أن الأموال التي يحاول القيام بغسلها هي أموال ناشئة عن ارتكاب جرائم جنائية أو القيام بنشاط غير مشروع، كتهريب المخدرات أو العمليات الإجرامية الأخرى الموضوعه قانونا ضمن الجرائم التي تدخل في مكافحة غسل الأموال رغبة من الحكومات في السيطرة على الجريمة المنظمة عن طريق متابعة ومصادرة الأموال التي يحاول أصحابها إخفاء المشروعية عليها، ولا بد أن يكون هناك قدر من الإفصاح بدرجة أو باخرى بحيث تسمح بنجاح الحكومات في السيطرة على هذا النوع من الجرائم. والإفصاح المشروع من البنك للمعلومات له حالات متعددة، منها أن يكون هناك نص قانوني يسمح بهذا الإفصاح، أو حالة وجود واجب عام على البنك في أن يفصح عن المعلومات.

وقد كانت الولايات المتحدة هي الدولة الرائدة في إصدار تشريعات Statutes وقوانين Acts لمكافحة غسل الأموال، إذ أصدرت في عام ١٩٧٠ قانون سرية الحسابات Bank Secrecy وتعدلاته المختلفة. وهذا القانون ينطبق على المؤسسات المالية فقط ويلزمها بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي يبلغ مقدارها عشرة آلاف دولار أو أكثر^(٤). كما قام الكونجرس الأمريكي بإصدار قانون مستقل لتجريم ومكافحة غسل الأموال (MLCA) Money laundering لعام ١٩٨٦. ولقد جرم هذا القانون أنواع من السلوك وهي :

أولا : عدم القيام أو الاشتراك في أي عملية تتضمن أو تنطوي على أموال متحصلة من مصدر غير مشروع.

ثانيا : منع النقل أو التحويل للأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع.

١ - المصدر السابق ص ٣٠

٢ - Dr. Hans Ruolf Steiner. Switzerland, op. cit, p.197

٣ - Walter meier op. cit p.18

٤ - د. جلال وفاء محمد ين : دور البنوك في مكافحة غسل الأموال - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٤ -

كما جرم القانون ما يعرف بعملية إعادة هيكليّة الإيداعات The structring of deposit ذلك أن غاسلي الأموال عادة ما يلجئون إلى تجزئة إبداعاتهم للتعتيم على الأموال غير النظيفة والهروب من أحكام التقرير بإيداع النقود التي تزيد عن مبالغ معينة، وبما يؤدي إلى اعاقّة تنفيذ السياسة التشريعية للسيطرة على عمليات غسل الأموال.

ثالثاً :- نطاق تجريم افشاء المعلومات المصرفية :-

يكون التجريم في النطاق الذي يتم فيه إفشاء أسرار تودع لدى من يمارسون مهناً" تفترض في عملاءهم اضطرارهم إلى ايداع اسرارهم لديهم، ويشترط أن تقوم الصلة بين السر ومباشرة المهنة. أن يكون السر مهنيًا^(١). فلا بد أن يتلقى المتهم المعلومات السرية باعتباره يمارس مهنة ما، كموظف البنك الذي يفتح اعتماد لعميل أو يتلقى منه أموالاً كإيداعات. وهذا الحكم مستمد من رغبة الشارع في أن يكفل المباشرة السليمة للمهن التي يضطر عملاؤها ايداع معلوماتهم السرية أو امكانية توصل ممارسي هذه المهنة إلى هذا النوع من المعلومات.

أ- أركان الجريمة :

تقوم هذه الجريمة بتوفر الأركان التالية ك

- الركن المادي ويقوم على :

- ١- الفعل : وهو عبارة عن افشاء سر من الأسرار^(٢).
- ٢- الصفة الخاصة لمركب الفعل : وهو عبارة أن يكون أميناً على السر بحكم عمله. ويتفق الفقه الجنائي، على أنه وقت يصبح السر مشاعاً بين الأفراد. ينتفي عنه صفة السر. ويصبح افشاءه افشاءه لا ينشئ المسؤولية القانونية^(٣).

أما فيما يتعلق بالعنصر الثاني وهو الافشاء فينصرف مفهوم الافشاء إلى أنه عبارة عن ((اطلاع الغير على السر والشخص الذي يتعلق به))^(٤). وهو نقل معلومات، ويجب أن تكون هذه المعلومات قابلة للانتقال، أو يجب أن يكون السر متعلقاً بشخص معين، وهو يعتبر المجنى عليه في الجريمة، ويفترض أن يكون نقل المعلومات السرية إلى الغير، والمقصود بالغير شخص لا ينتمي إلى هذه الفئة من الأفراد الذين ينحصر فيهم نطاق العلم بالمعلومات التي توصف بالسر.

والافشاء يجب أن يكون من ملتزم بالكتمان قانوناً كما عدت المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري من يحظر عليهم افشاء الأسرار كالأطباء أو الجراحين عبارة ((أو غيرهم مودعا اليه بمقتضى صناعة أو وظيفة سر خصوصي ائتمن عليه)) . لذا تسري العبارة على من يعد أميناً على السر بحكم الضرورة أو بحكم ممارسة مهنة أو صناعة اذا كانت هذه أو تلك عامة لخدمة الجمهور^(٥).

القصد الجنائي :

وتعتبر جريمة افشاء الأسرار جريمة عمدية، فلا قيام لها اذا وقع الافشاء عن اهمال أو عدم احتياط^(٦). ولا تقوم الجريمة ولو توافر الخطأ لدى مسئول البنك. ولا يسأل ايضاً عن الجريمة كذلك مسئول البنك الذي

١ - محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات - مصدر سابق - ص ٧٥٢.

٢ - فيما يتعلق بالسر فيعرفه الفقه الجنائي بأنه واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في غير عدد محدود من الأشخاص، إن كانت ثمة مصلحة، يعترف بها القانون، لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصور إلى ذلك النطاق. محمود نجيب حسني - المصدر السابق ص ٧٥٣

٣ - ويرى البعض أن السر، هو عبارة عن كل ما يضر إفشاءه بالسمعة أو الكرامة، وعموماً ما يلزم أن يكون من شأن الإفشاء أن يلحق ضرراً بشخص ما بالنظر إلى طبيعة البناء أو إلى ظروف الحال ويستوي أن يكون الضرر أدبياً أم مادياً : رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية، ط سابعة، دار الفكر العربي القاهرة، ص ١٩٢

٤ - محمود نجيب حسني : مصدر سابق ص ٧٥٩

٥ - رؤوف عبيد : جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال - مصدر سابق - ص ٢٩٣

٦ - رؤوف عبيد - المصدر السابق - ص ٢٩٧

يبحث إلى العميل رسولا يحمل ورقة دون فيها بعض اسرار عملية ما ولا يتخذ احتياطات كافية تحول دون اطلاق الرسول على هذه الأسرار^(١). ان القصد المتطلب في هذه الجريمة هو قصد عام.

رابعا – الآثار القانونية المترتبة على افشاء السر المصرفي :

يترتب على افشاء السر المصرفي ثلاث أنواع من المسؤولية :

أ- المسؤولية التأديبية :-

هي كل مخالفة يقوم بها الموظف أو العامل عند القيام أو الامتناع عن القيام بعمل، مما يجعله يستحق العقاب التأديبي.... لذا فان المشروع قد أشار في المادة ٤٩، ٥٠ من قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤^(٢)، بالمحافظة على المعلومات والبيانات المشمولة بالسرية المصرفية.

ولذا تعد المسؤولية التأديبية دعامة أساسية للحماية القانونية المصرفية بما قد يوقع جزاء تأديبي على الأمين على السر نتيجة تفصيله في المحافظة على السر المصرفي باعتباره تصرفاً من شأنه الاخلال بواجبات الوظيفة او المهنة^(٣). بالنسبة لموظفي المصارف الرسمية فإنهم يخضعون لقانون الخدمة المدنية العراقي ولقانون انضباط موظفي الدولة من ناحية فرض العقوبات التأديبية.

ب- المسؤولية القانونية :

وهي نوعان :

١- **المسؤولية العقدية** : يتطلب وجود عقد بين المصرف والعميل واجب التنفيذ نصوصه والتي هي إحدى اركانها هو التزام المصرف بأسس وقواعد التزامه بالسرية المصرفية تجاه الحفاظ على أسرار عملائه المالية والحفاظ عليها، وفي حالة أخلال البنك بهذه السرية أو نفذها تنفيذا جزئيا معيبا وبغض النظر عن نوع العقد، وسواء نص العقد على هذا الاتفاق صراحة أو ضمنا، وأن يترتب على ذلك ضرر مادي أو معنوي، والضرر بنوعية ينشأ عن اخلال المصرف بتنفيذه لالتزامه هذا، أي يجب توافر كافة اركان المسؤولية العقدية^(٤). وبما أن المصرف شخصا معنويا يمارس أعماله المصرفية من خلال موظفيه فيتحمل الجزاء المدني والمتمثل بالتعويض عما لحقه العميل عن ضرر جراء افشاء سره على اساس مسؤولية المتبرع (المصرف) عن أعماله تابعة^(٥). (الموظف) طبقا للقانون المدني العراقي.

٢- **المسؤولية المقتصرة** : قد لا يوجد بين العميل والمصرف حيث يقتصر الأمر مثلا على حد المفاوضات العقدية والتي يعلم المصرف من خلالها على أسرار العميل وغير ذلك. وحيث أن المفاوضات العقدية والتي يعلم المصرف من خلالها على أسرار العميل وغير ذلك. وحيث للمشروع المدني العراقي قاعدة قانونية في المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والتي تقتضي بـ (كل اضرار بالغير يلزم فاعل ولو غير مميز بضمان الضرر) فان افشاء هذا السر المصرفي من قبل الموظف وترتب عليه وجود ضرر لحق بالعميل ماديا أو معنويا ومرتبطا بفعل الأضرار برابطة السببية فان هذا الضرر يوجب الضمان على البنك على اساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة وفي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على

١ - محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات – مصدر سابق – ص ٧٧٢

٢ - نص المادة (٥٠) من قانون المصارف العراقية رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ ((يكون محظوراً على أي إداري أو موظف أو وكيل حالي أو سابق للمصرف تزويد أي معلومات أو بيانات عن العملاء أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو أي من معاملاتهم أو كشفها أو تمكين طرف من الإطلاع..... الخ))

٣ - محمد عبد الودود أبو عمر : المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر – عمان الأردن – ١٩٩٢ – ص ١٣٣

٤ - إبراهيم عبد نايل : المواجهة الجنائية لظاهرة غسب الأموال في القانون الجنائي الوطني والدولي، دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٩ – ص ٦

٥ - يقتضى قيام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعة فرض شروط ثلاث : أولها قيام علاقة التبعية بيد من يراد تحميله المسؤولية وبين من أحدث الضرر. ثانياً : صدور خطأ من التابع. ثالثاً صدور هذا الخطأ من خلال قيام خدمة التابع بخدمة متبوعة (نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي) د. عبد المجيد الحكيم، الأستاذ عبد الباقي البكري، الأستاذ المساعد محمد طه البشير، ج ١، ص ٢٩٠.

العميل ويتحمل المصرف المسؤولية الا اذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي^(١). ليس للمصرف أو موظفيه يد كفعل العميل المتضرر كأن يترك كشف حسابه في مكان ما.

ج- المسؤولية الجزائية :

لغرض قيام المسؤولية الجزائية لا بد من توافر أركان الجريمة وهما ركنان (المادي والمعنوي) ويتمثل الركن المادي بقيام الموظف المصرفي بإفشاء السر المصرفي وفي اطلاع الغير عليه، بأي طريقة كانت أو حتى على جزء منه الأمر الآخر يشترط القانون صفة الجاني وهو الشخص المؤمن على السر وقت ايداعه دون وقت افشائه حيث أن الالتزام بعدم الافشاء يستمر إلى ما بعد زوال هذه الصفة بالإضافة إلى وجوب توفر القصد الجرمي العام دون الخاص بركنية العلم والارادة، لكوننا أمام عمديه والشروع هنا غير معاقب عليه لأننا بصدد جنحة لا تقوم هذه الجريمة على أساس الخطأ أو الإهمال لذا نجد المشرع العراقي في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل (ولا يعاقب على الشروع الا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وبناء على ذلك يتحمل المصرف المسؤولية الجزائية الشخصية حيث ارتكب جريمة افشاء السر المصرفي عن وعي وارادة ومن ناحية أخرى تقوم المسؤولية الجنائية للمصرف باعتباره شخصاً معنوياً حيث يعبر عن ارادته من خلال وكلائه وتمثيله وموظفيه والذين يعملون باسم المصرف ولحسبه حيث أن جريمة افشاء السر المصرفي من الجرائم التي يمكن تصور ارتكابها من قبل المصرف.

خامساً - الاستثناءات الواردة على الالتزام بالسرية المصرفية :

الأصل أن السرية المصرفية من القواعد المستقرة واللصيقة الصفة في عمل المصارف، فتلزم المصارف بموجب القواعد العامة في القانون والأعراف المصرفية في حفظ الأسرار وعملياتهم المصرفية ما لم يكن هناك نص في القانون أو في الاتفاق يقضي بغير ذلك^(٢). لذلك يتوجب احترام السرية المصرفية حيث يلزم بالحفاظ على العمليات والوقائع التي تدخل في مجال النشاط المصرفي والتي أتصل علم المصرف بها أثناء ممارسته لمهام مهنية الا أن الالتزام بمبدأ السرية المصرفية ليس مطلقاً وإنما نسبي ترد عليه القيود والضوابط حيث تزول الأسباب الموجبة للحفاظ على السرية المصرفية في الحالات التالية :-

أ- الأشخاص الذين لا يحتج بالسرية المصرفية في مواجهتهم بالنسبة للأزواج والأهل هو استقلال الذمة المالية لكل من الزوج والزوجة حيث يحظر على المصرف الادلاء بأية معلومات سرية عن حسابات ومعاملات أي منهم المالية اذا تم ذلك. تفويض أو توكيل من احدهما إلى الآخر واذا كان حاسبهما مشتركاً أم الولي أو الوصي أو القيم فلا يستطيع المصرف أن يحتج بالسرية المصرفية في مواجهتهم عندما يكون العميل صغيراً " قاصراً " أو مجنوناً " أو معتوها " أو سفياً " أو ذي غفلة أو ذو عاهة مزدوجة فالمهم الاطلاع على كافة حسابات هؤلاء حتى يبلغ الصغير سن الرشد اذ أن يرفع الحجز عنه وكذلك الورثة حيث يعدون من الخلف العام بموجب القانون المهني العراقي حيث يخلف مرثهم في جميع الذمة المالية من حقوق والتزامات فشخصية الوارث استمرار لشخصية المورث ولهذا تثبت لهم حقوق العميل المتوفي ولا يحق للمصرف التمسك والاحتجاج بالسرية المصرفية في مواجهتهم الا اذا اتصلت بأمر خاص جداً " بالعميل أما وكيل التفليسة فهو وكيل قانوني عن المفلس حيث يقوم مقلم العميل قانوناً " فله حق الاطلاع على كافة المعاملات المصرفية للعميل المفلس أم بالنسبة للشركات فالمصرف يحتج فقط في مواجهة الشركاء في الشركات الأموال بالسرية المصرفية دون شركات الأشخاص حيث لا يستطيع المصرف ذلك.

١ - إشارة المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل إلى أن السبب الأجنبي وعددت صورة إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن أجنبي لا بد منه كافة سماوية أو حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك. نظرية الالتزام القانوني المدني العراقي - مصدر سابق ص ٢٦٧ رقم الإيداع في المكتبة الوطنية ١٥٤١ لسنة ١٩٨٠

٢ - د. سمية القليوبي : الأسس القانونية لعمليات البنوك - مصدر سابق - ص ٢٢٤ ويقرر البعض أن السرية المصرفية لها جذور وأساس في الشريعة الإسلامية، إذ تستند على فكرة حماية الحياة الخاصة وحماية الملكية الخاصة، وأنه لا يحد من إطلاق المحافظة على السرية إلا وجود مصلحة عليا للمجتمع في إفشاءها، إذا كان من شأنها الإضرار بالغير.

ب- حالات الاعفاء من الالتزام بالسرية المصرفية :

يجب على المصرف أن يراعي السرية المصرفية التامة لجميع حسابات العملاء والودائع والأمانات والخزائن ويحظر إعطاء أي بيانات بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلا أن موافقة العميل الخطية بأن يجيز للغير بالاطلاع على معاملاتهم المصرفية اللاحقة يعفى المصرف من التزامه بالسرية المصرفية طالما أن هذا الرضا صادر من نفس العميل لا من الغير، بارادة حرة مدركة لا يشوبها أي عيب سواء كان ذلك صريحا" أو ضمنيا وعلى المصرف أن تقيد بذلك ومع ذلك، يتعين الخروج على مبدأ السرية في حالات معينة يختلف نطاقها ومداه باختلاف حدود مبدأ السرية المطبق في العمل المصرفي في كل دولة فلا تسمح الدول التي تعتنق مبدأ السرية المطلقة للحسابات المصرفية بالخروج عنه أو السماح بأي استثناء الا في أضيق الحدود. فلا يجوز طبقا" للقانون اللبناني الصادر في ٣ أيلول ١٩٥٦ بشأن سرية المصارف، افتاء السرية الا في حالة وجود موافقة خطية من العميل للبنك عن المعلومات الخاصة بالعمليات التي يجريها مع المصرف أو بعض هذه العمليات، أو في حالة نشأت نزاع بين العميل والمصرف وبشرط أن يكون هذا النزاع متعلقا بعملية مصرفية بينهما معروضة أمام القضاء أو حالة افلاس العميل حيث لا يكون هناك مبرر للبقاء على السرية في مواجهة مدير التفليسة باعتباره ممثلا لجماعة الدائنين أو أمام قاضي التفليسة، وأخيرا يجيز القانون اللبناني اجابة السلطات القضائية لطلبها معلومات عن العميل في حالات الاثراء غير المشروع^(١).

كما تعتبر لكسمبورج الآن من أهم المراكز العالمية في العالم، لدرجة أن بنوكها أصبحت تضارع البنوك السويسرية في حجم الايداعات لديها وتجذب بنوكها غاسلي الأموال بالنظر إلى قوانين السرية المطلقة المطبقة فيها، اذ يعاقب القانون أي خرق أو أفتاء لسرية الحسابات ومن المؤلف في مصارف لكسمبورج أن يتم فتح الحسابات بأسماء زائفة، ولشركات وأفراد أجانب بأسماء مواطنين. كما أن الغالبية الساحقة من الحسابات المصرفية هي حسابات رقمية^(٢) كما لا تقدم لكسمبورج المساعدة للدول خرى في مجال الاجراءات الجنائية المتعلقة بالحسابات المصرفية، أما في المسائل والنزاعات المدنية المتعلقة بخرق القوانين المدنية والتجارية في لكسمبورج، فلا يلزم المصرف بتقديم أي معلومات إلى القضاء. كما أن هناك قيود كثيرة على تبادل المعلومات في اطار ذات المصرف وبين البنك المركزي الرئيسي للبنك وبين فروع وبالذات تلك الفروع التي توجد في دول أجنبية بحيث لا يجوز للمركز الرئيسي للمصرف على الاطلاع على حسابات العملاء أو معرفة مراكزهم المالية في الفروع^(٣). كما لا تقدم لكسمبورج المساعدة للدول الأخرى في مجال الاجراءات الجنائية المتعلقة بالحسابات المصرفية.

وعليه فقد استفاد غاسلو الأموال من تطبيق بعض الدول لمبدأ السرية المطلقة للحسابات المصرفية بصرامة، كما في لكسمبورج ولبنان وجزر كايمان، ولعل هذا ما دعا سويسرا حفاظا على سمعة مصارفها التخفيض من مبدأ السرية المصرفية بشكل مطلق وبحيث ينحصر هذا المبدأ فيها أمام غسيل الأموال في بعض الحالات^(٤)، فقد بدأت سويسرا في تقديم تعاونها دوليا لتدعيم موقف الحكومات الأجنبية ومساعدتها على ملاحقة بعض جرائم غسيل الأموال وبالذات تلك التي تأخذ طابعا سياسيا^(٥).

المبحث الثاني - أركان جريمة غسيل الأموال

١ - د. جلال وفاء محمد بن : دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال - مصدر سابق - ٨٧.

٢ - د. جلال وفاء محمد بن : المصدر السابق - ص ٨٩.

٣ - د. جلال وفاء محمد بن : المصدر السابق - ص ٨٩.

٤ - Bruce Zagaris. A brave new world

Recent Development in Anti-Money Loundening

٥ - في ١٥ أكتوبر ١٩٩٧ قامت الحكومة السويسرية بالإيعاز إلى بنوكها لتجميد حسابات رئيسة وزراء الباكستان السابقة بنزير بوتو وعائلتها بناءً على طلب حكومة الباكستان د. جلال وفاء محمد بن - دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال - مصدر سابق - ص ٩١.

أن نشاط غسيل الأموال بات بشكل جريمة مستقلة، تتميز عن غيرها من الأوصاف الجنائية التقليدية الأخرى أو على الأقل لا تلتبس معها وتمثل عدوان على مصالح اقتصادية واجتماعية وسياسية جديرة بالحماية، الأمر الذي حفز جميع دول العالم للوقوف وبقوة ضد هذه الجريمة لحماية مصالحها. ورغم كل السجلات المختلفة بين المذاهب من أن للجريمة ثلاث أركان وهي الركن المادي والركن المعنوي والركن الشرعي، والذي يعزز هذا الرأي هو أن القول بأن الركن الشرعي هو أحد أركان الجريمة. إلا أن الرأي الراجح والذي نميل إليه هو أن الجريمة تتكون من ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي، وبهذا الاتجاه أخذ المشروع العراقي في تحديد أركان الجريمة بصورة عامة^(١). لذلك قد جاء الاقرار بأن جريمة غسيل الأموال جريمة مستقلة بذاتها. الأمر الذي أوجب وجود نص قانوني يجرم هذا النشاط انطلاقاً من القاعدة القانونية ((لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص)).

كما أن هناك ركن مفترض في جريمة غسيل الأموال هو وقوع جريمة أصلية سابقة عليها، لهذا اعتبرت هذه الجريمة من الجرائم التبعية.

عليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منه الركن الأول لهذه الجريمة وهو الركن المادي لها من خلال تسليط الضوء على البناء القانوني لهذه الجريمة مروراً بعناصر الركن المادي معرجين على النتيجة الجرمية مع تسليط الضوء بأن هذه الجريمة من الجرائم المنظمة العابرة للحدود. أما المطلب الثاني فسنتناول فيه الركن المعنوي بشقيه العلم والارادة.

المطلب الأول - الركن المادي لجريمة غسيل الأموال

هو مجموعة من العناصر المادية التي تتخذ مظهراً خارجياً تلمسه الحواس على وجه من الوجوه يتحقق به اعتداء على المصالح التي يحميها المجتمع.

وجوهرة الركن المادي هو سلوك إجرامي يصدر من الفاعل تتحقق به نتيجة معينة يعاقب عليها القانون، ويتكون بين النشاط والنتيجة علاقة سببية تكون أساساً لمساعدة هذا الفاعل عن النتيجة. تقوم فكرة البناء القانوني على نص التجريم لقيام المسؤولية قانونياً يشمل ذلك ليس أركان الجريمة الأساسية من مادي ومعنوي فقط، بل ما يتضمنه النص أحياناً من شروط أو عناصر مفترضة أو خاصة يؤشر توافرها أو تخلفها على الجريمة وجوداً أو عدماً". فمن مجمل تلك المكونات يصبح السلوك المؤثر جريمة يستحق فاعلها الجزاء المقرر قانونياً. ولا يمكن استخلاص ذلك إلا بأجزاء المطابقة بين السلوك الواقع من ناحية، ونص التجريم من ناحية أخرى.

بما ان نشاط غسيل الأموال أضحي يشكل جريمة مستقلة تتميز عن غيرها من الأوصاف الجنائية التقليدية الأخرى أو على الأقل لا تلبس معها.

وإذا كانت الجريمة بصفة عامة، تتمثل في عدوان على مصلحة يحميها القانون ويختص القانون الجنائي بالنص عليها وبيان أركانها والعقوبة المقررة لفاعلها^(٢)، فإن الأمر لا يختلف في جوهرة بالنسبة لجريمة غسيل الأموال فهيب بدورها تنطوي على عدوان على مصالح اقتصادية واجتماعية متطورة وهامة وجديرة بالحماية القانونية.

وينصرف تعبير القانون هنا إلى قانون العقوبات والقوانين الأخرى التي تتكفل بإسباغ الحماية القانونية على مصلحة يرى المشروع جدارتها بتلك الحماية لكونها من الأعمدة التي ينهض عليها المجتمع والتي تتمثل في الأساس التشريعي لغسيل الأموال إلى القانوني أو الركن الشرعي لها.

ومن هنا فإن الإقرار بأن نشاط غسيل الأموال جريمة مستقلة بذاتها، لا يكفي لأن تخضع هذه الجريمة لاختصاص قانون العقوبات في ظل وجود مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على القانون) وإنما لا بد لذلك من وجود النص القانوني الذي يجرم فعل غسيل الأموال وهذا الحال غالبية التشريعات الجنائية، فانه يضعنا أمام صعوبة استخلاص أركان جريمة غسيل الأموال، لأنه كما هو معلوم أن هذه الأركان المتمثلة

١ - د. فخري عبد الرزاق الحديثي: قانون العقوبات العراقي - القسم العام مصدر سابق ص ١٧٧

٢ - د. حسن عبيد: الجريمة الدولية: دار النهضة العربية ت القاهرة - ١٩٩٢ - ص ٢

بالركن المادي والركن المعنوي لا يمكن استخدامها في ظل غياب النموذج القانوني للجريمة. فمن اللافت للنظر قصور النظرية العامة للجريمة عن استيعاب العديد من الظواهر الجرمية المستحدثة وليدة التقدم التقني وتعقد الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية للفرد عموماً" وظاهرة غسل الاموال أحد أمثلة ذلك. وإذا كان التشريع بالتجريم أحياناً هو الحل الناجح لمواجهة هذه الأنشطة الإجرامية الجديدة فلا مناص من اجراء التدقيق بين العديد من المبادئ القانونية التي قد تتعارض فيما بينهما ولا مفر من تطويع مفاهيم أخرى تقليدية وتحديثها إلى حد يمكننا ويمكنها من استيعاب هذه الأنشطة وتجريمها^(١).

الفرع الأول – عناصر الركن المادي

وهو التجريم الذي ينحاز إليه النظام الجنائي العراقي من خلال انضمام العراق إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية^(٢). وقد استجاب المشروع الجنائي في كثير من الدول لما دعت اليه اتفاقية فيينا فأصدر المشروع الفرنسي قانوناً "يجرم نشاط غسل الأموال بمختلف صورة (قانون ١٣ مايو ١٩٦٦ – المواد ٣٢٤ – ١ وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسي الجديد). ولهذه الجريمة كآية جريمة أخرى – ركنها المادي والمعنوي.

يتكون الركن المادي من العناصر الآتية.

أولاً – السلوك المكون للركن المادي لجريمة غسل الأموال : ويشمل ثلاث صور وتهدف إلى تضيق الخناق على كافة الأشخاص المرتبطين بعملية الغسيل أي كانت الوسائل المعقدة والحيل التقنية المصرفية التي يلجؤون إليها وهذه الصور هي :

(١) حيازة أو اكتساب أو استخدام الأموال المتحصلة عن إحدى جرائم الاتجار في المخدرات أو عن أي جريمة أخرى بصفة عامة وتواجه هذه الصور كافة القروض التي يقبل منها المصرف أو أي مؤسسة مالية أخرى أموالاً " يعلم مصدرها غير المشروع. وسواء تمثل ذلك في ايداع هذه الأموال في حساب مصرفي، أو في تأجير خزانة.

(٢) تحويل الأموال وتتمثل هذه الصورة في نقل عائدات إحدى جرائم الاتجار في المخدرات أو أي جريمة أخرى وذلك بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع في هذه العائدات أو القانونية لأفعاله. ولهذه الصورة أهميتها الخاصة من حيث مكافحة تدويل غسل الأموال وملاحقة المصرف الذي يقوم بالتحويل ولم يتم هذا الأخير لصالح مصرف ثان يقع في دولة أخرى.

(٣) إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال المتحصلة عن جريمة وميزة هذه الصورة أنها تواجه الظروف السابقة على عملية الغسيل بالمعنى الضيق للعملية. وهي تشمل بذلك كل تمويه ينصب على حقيقة الأموال والمتحصلات غير المشروعة، أو مصدرها أو ملكيتها وهكذا تبدو على نحو أو آخر في عملية الغسيل ويتسنى لها دون أن تتدرج في اعداد الصورتين الأولى والثانية.

ثانياً – المحل الذي يرد على السلوك (الأموال والعائدات عموماً) : لا شك في أن ركن محل غسل الأموال لا يمكن أن يكون إلا أموالاً غير مشروعة بالأموال غير النظيفة فمصدر هذه الأموال دائماً جرائم ترتكب في كثير من الأحيان من قبل منظمة إجرامية وفي أحيان أخرى لا يتوفر فيها عنصر التنظيم.

١ - يقصد بالركن المادي ما يدخل في بناءها القانوني من عناصر مادية ملموسة يمكن إدراكها بالحواس ويشتمل هذا الركن على السلوك والذي يرد على محل الجريمة ويترتب على هذا السلوك حدوث نتيجة معينة على نحو يمكن اعتبار هذا السلوك سبباً في إحداث النتيجة... د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - مصدر سابق - ص ٤٦٩

٢ - لذا نجد ان جميع الجهود بذلت في سبيل مكافحة غسل الأموال سواء على الصعيد الدولي أو الإقليمي، وحتى الوطني أخذت من اتفاقية فيينا القواعد الأساسية للوقوف ضد نشاط غسل الأموال، وهذه الجهود بمستوياتها الثلاث جاءت بعد انضمام الدول إلى اتفاقية فيينا وكانت النتيجة الحتمية لهذا الانضمام أن تأتي تشريعاتها وفقاً للنسق الذي جاءت به اتفاقية فيينا لا سيما وإن العراق قد انضم إلى هذه الاتفاقية. بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٦ والمنشور بجريدة الوقائع العراقية رقم ٣٠٦٤٦ في ٢٢ / ١٩٩٦.

وحقيقة القول أن جريمة غسل الأموال ارتبطت منذ وجودها بالأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع للمخدرات، لكثرة الأموال الناتجة عن هذه الجريمة اضافة لكونها تمد مرتكبي الجريمة بسبل القوة والنجاح الا أنها تبقى مع ذلك نقطة ضعف يعاني منها مرتكبو الجريمة، يمكن للسلطات المختصة استغلالها كدليل أدانة أكبر مما تنتج الأفعال الجرمية الأخرى، لذلك كان لا بد من قطع الصلة بينها وبين مصدرها غير المشروع.

أما المحل الذي يرد عليه السلوك فهو يشمل أموال أو عائدات أي جريمة، وعلى وجه الخصوص جرائم الاتجار بالمخدرات. ورغم أن مصطلح (الأموال) لا يثير في ذاته لبسا" (المتحصلات) يقصد به أي أموال مستمد أو تم الحصول عليها بطريق مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة منصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (٣) من نفس الاتفاقية^(١) كما يقصد بتعبير الأموال الأصول أي كان فرعها مادية كانت أو غير مادية، منقولة أو ثابتة ملموسة أو غير ملموسة والمستندات القانونية أو الصكوك التي تثبت تملك هذه الأصول أو أي حق متعلق بها وهكذا فإن التعريف المتقدم يسمح باستيعاب كافة صور المتحصلات دون قصرها على الأموال النقدية فقط أو المنقولة. ورغم هذا، فالتعريف السابق ككل تعريف ينطوي على خطر الإفلات منه بفضل التقنيات المصرفية المتطورة. وعليه يمكن القول أن محل جريمة غسل الأموال يشمل كافة صور الأموال ويعطي تعبير المتحصلات أو الأموال صورا شتى متغيرة بطبيعتها. وهو ما يعكس خصوصية نشاط غسل الأموال وتعقيدات آليات الوسط الذي يترعرع فيه وهو الوسط المالي أو المصرفي.

ثالثا:- الجريمة الأولية مصدر العائدات أو الأموال : وهي تمثل في أي جريمة كجرائم السطو المسلح والربا الفاحش واحتجاز الرهائن مقابل فدية وسرقة الأعمال الفنية. والاتجار غير المشروع في السلاح. وبخلاف هذه الأنشطة الاجرامية فان مصدر العائدات أو الأموال يتمثل على وجه الخصوص : في إحدى جرائم الاتجار كافة متنوعة من الأنشطة المتعلقة بالمواد المخدرة، والتي يمكن أن تعتبر بالتالي مصدرا" لغسيل الأموال. حيث يجرم قانون المخدرات حيازة او احراز، أو شراء أو تسليم أو نقل او انتاج أو استخراج أو فصل أو صنع أو جلب أو زرع مواد مخدرة^(٢)، والواضح أن هذا التعديد يتسم بالتنوع والشمولية ويكاد لا يترك فعلا من الأفعال المرتبطة بالمواد المخدرة دون تجريم. والعلاقة بين جريمة غسل الأموال والجريمة الأصلية تظهر في أن الجريمة الأصلية تظهر في أن الجريمة الأصلية تعد العنصر المفترض لجريمة غسل الأموال، وكذلك في علاقة السببية بأن الأموال غير المشروعة متحصلة عن الجريمة الأولية هي محل جريمة غسل الأموال. ويكون هناك استقلال في بعض العناصر، وإزاء هذا الاستقلال للجريمة الأصلية، والتي هي مصدر الأموال غير المشروعة والتي تعد العنصر المفترض لجريمة غسل الأموال فانه ولا بد لقيام الجريمة الثانية من توفر الجريمة الاولى بكافة عناصرها التي نص عليها القانون، وهذا يتطلب اثبات وجودها كما هو محدد بالنص القانوني. وبناء عليه فان هذه الجريمة الأولية تعد متوفرة سواء تم تحريكها الدعوى الجزائية أم لم يتم تحريكها مادامت قد توافرت عناصرها القانونية، لذا فانه لا تلازم بين أداء مرتكب الجريمة الأصلية

١ - الإجراءات المؤقتة والمصادرة : يتعين على البلدان المعينة اعتماد إجراءات مماثلة للإجراءات المنصوص عليها في اتفاقية فيينا، بالريمو، بما في ذلك الإجراءات التشريعية وذلك للسماح لسلطاتها المختصة بمصادرة الممتلكات المغسولة. والمتحصلات في غسل الأموال أو الجرائم الأصلية المفضية إليها، والوسائل المستخدمة أو التي اتجهت النية إلى استخدامها في ارتكاب هذه الجرائم أو الممتلكات ذات القيمة المكافئة بدون الإخلال بحقوق الغير من أصحاب النوايا الحسنة. وينبغي أن تتضمن تلك الإجراءات سلطة القيام بما يلي (أ) تحديد الممتلكات التي يسري عليها حكم المصادرة وتتبعها وتقييمها (ب) اتخاذ إجراءات مؤقتة مثل التجميد والضبط وذلك لمنع أي اتجار في هذه الممتلكات أو نقلها أو التصرف فيها. (ج) اتخاذ خطوات من شأنها منع أو أبطال الإجراءات التي تعرقل قدرة الحكومة على استرداد الممتلكات التي يسري عليها حكم المصادرة (د) اتخاذ كافة الإجراءات المناسبة للتحقيق.

ويجوز للبلدان النظر في اعتماد إجراءات تسمح بمصادرة مثل هذه المتحصلات أو الوسائط بدون الحاجة إلى إدانة جنائية أو تشترط على الجاني إثبات المنشأ المشروع للممتلكات المدعي بسرمان حكم المصادرة عليها وذلك بقدر توافق هذا الشرط مع المبادئ المنصوص عليها في قوانينها المحلية.

وتحقق المسؤولية الجنائية لمرتكب جريمة غسل الأموال^(١). ويثور التساؤل هنا في ظل استقلال الجريمة الأصلية عن جريمة غسل الأموال فيما اذا كان من الممكن اتحاد الجانبي في الجريمة الأصلية وجريمة غسل الأموال؟ حيث في هذا الصدد اتجاهاً^(٢).

الاتجاه الأول:- يقول بجواز اتحاد الجانبي في الجريمتين حيث لا يوجد ما يمنع من اتحاد فاعل الجريمة الأصلية وجريمة غسل الأموال.

أما الاتجاه الثاني :- فيتبنى موقفاً "مناقضاً" للأول بتأكيد على عدم جواز اتحاد الجانبي في الجريمتين وقد تبنى هذا الاتجاه الفقه والقضاء الفرنسيين تحت تأثير جريمة اخفاء الأشياء، والتي تقضي بأنه لا يجوز أن يكون الجانبي في الجانبية أو الجنحة التي تحصل منها الشيء محل الاخفاء هو نفسه الجاني في جريمة الاخفاء، اعتماداً على نشاط الجاني في الجريمة الأخيرة باعتباره امتداد للجريمة الأصلية^(٣).

رابعاً - النتيجة الجرمية: تعد النتيجة الجرمية أحد عناصر الركن المادي للجريمة وهي الأثر المترتب على نشاط أو سلوك المجرم، حيث أن هذا النشاط قد لا يترتب عليه تغير أو تعديل في العالم الخارجي كحمل أو حيازة سلاح ناري بدون ترخيص قانوني، أما اذا تمثل النشاط في حركة تصدر عن جسم الانسان فان من مقتضيات هذه الحركة أن تحدث تعديلاً أو تغيراً في العالم الخارجي كالوفات مثلاً ويسمى التغيير أو التعديل الذين نحن بصددهما بالنتيجة الجريمة.

ومن استقرار نصوص التجريم الخاص بغسيل الأموال نلاحظ أن المشروع قد يطلب بتوقيع الجزاء عن جريمة غسل الأموال، في الحالة التي يؤدي بها السلوك الاجرامي إلى أحداث نتيجة مادية محددة أي تحقيق ضرر معين^(٤). وفي بعض الأحيان لا يتطلب المشروع بتوافر جريمة غسل الأموال تحقق نتيجة مادية معينة، حيث ينصب التجريم على ذات النشاط الاجرامي للجانب، فعلاً أو امتناعاً وذلك بغض النظر عن أي نتيجة مستقلة يؤدي إليها هذا النشاط. وهكذا فان المسؤولية الجنائية تنطبق على جرائم غسل الأموال ليس عند تحقق نتيجة معينة فحسب ولكن أيضاً في حالة السلوك المجرم و عندما يكون من شأنه تعرض المصلحة محل الحماية الجنائية للخطر هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان النتيجة في جريمة غسل الأموال غالباً ما يترام تحققها فتحدث في مكان أو زمان مختلفين عن مكان أو زمان السلوك الاجرامي الآخر الذي يثير مسألة بالغة الأهمية تتعلق بالامتداد المكاني والزمني للنتيجة الجريمة في غسل الأموال وما ينشأ عن ذلك من مشاكل قانونية وفقهية ولتحديد عنصر النتيجة في جريمة غسل الأموال، فان الأمر يتطلب معرفة فيما اذا كانت من جرائم الضرر أو الخطر، اعتماداً على طبيعة الضرر الذي يلحق بالمعتدي عليه. وبحسب اتفاقية فيينا ١٩٨٨ فان جريمة غسل الأموال تجمع بين جرائم الضرر وجرائم الخطر وهذا الجمع يعكس مدى خطورة هذه الجريمة والآثار السلبية التي يترتب عليها لو تمت بشكل كامل^(٥)، أما المشروع المصري فانه اعتبر جريمة غسل الأموال من الجرائم ذات النتيجة المادية التي تتطلب تحقيق نتيجة معينة، وهي أحداث التغيير على جوهر المال المتحصل من الجريمة الأولية سواء كان ذلك بالاخفاء أو التمويه^(٦)، أما المشروع الفرنسي فانه لم يشترط تحقق نتيجة معينة بذاتها وانما جرم السلوك بحد ذاته^(٧) وبناء على ذلك فان النتيجة الجريمة في جريمة غسل الأموال تتمثل في تغير صورة المال الذي تم الحصول عليه من وسائل غير

١ - د. حسام الدين محمد أحمد - شرح القانون المصري رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٢ في مكافحة غسل الأموال - مرجع سابق ص ٩٧.

٢ - اخذ بهذا الاتجاه اتفاقية ستراسبورغ - راجع د. أشرف شمس الدين، تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٠، ص ٥٤.

٣ - د. حسام الدين محمد أحمد : مصدر سابق - ص ٩٧.

٤ - وكان هذا حال كل من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ في المادة الثالثة فقرة (١) وقانون العقوبات الفرنسي في المادة (٣٢١) فقرة (١) منه.

٥ - د. نائل عبد الرحمن : جرائم تبيض - مرجع سابق - ص ٢٠.

٦ - د. إبراهيم طنطاوي : المواجهة التشريعية لغسيل الأموال في مصر - مرجع سابق - ص ٦٩.

٧ - ملازم أول ياسر كلزي : جريمة غسل الأموال : كلية الرائد الركن باسل الأسد - سوريا - سنة بلا - ص ٣٣.

مشروعة ل يبدو في ظاهره انه تحصل بطريقة مشروعة، ومن ثم ادخال هذا المال في العملية الاقتصادية وظهوره في مظهر مشروع.

خامسا – السلوك الاجرامي : تتحقق جريمة غسيل الأموال ن شأنها معظم الجرائم بكل نشاط مادي يأتيه الجاني سواء اتخذ هذا النشاط صورة ايجابية، أي عن طريق اتيان فعل ينهي عنه القانون، أو صورة سلبية عن طريق الامتناع عن فعل أمر به القانون^(١) ويتخذ هذا السلوك اتجاهين من حيث ايجابيته أو سلبيته بغض النظر عن النتيجة التي يمكن أن تتحقق من ورائه.

أ- السلوك الايجابي :

يمكن جوهر غسيل الأموال في كل فعل يستهدف إخفاء مظهر مشروع عن الأموال المتحصلة عن جريمة، سواء كان ذلك من استخدام مختلف الوسائل التي يتبعها النشاط المصرفي حتى ولو كانت في ذاتها مشروعة، أو حيل التمويه المصرفي الأخرى غير المشروعة. وبصفة عامة باستخدام أي وسيلة كانت، ومن الصعب حصر الطرق التي يتم بها غسيل الأموال جراء اختيارات عديدة لعل أبرزها خصوصية وتعقيد النشاط المصرفي واعتماده في مظاهره الحديثة على صور التقدم التقني غير المسبوق كالتحويلات الالكترونية. يضاف إلى ذلك إمكانية تدويل نشاط غسيل الأموال من ناحية وسهولة توظيف محصلات الجرائم من الأموال غير النظيفة من ناحية أخرى.

ب- السلوك السلبي :-

يحتمل الامتناع مكانه هامة في جريمة غسيل الأموال، ولاسيما إذا ما تمت من خلال الجهاز المصرفي والمالي، لان مقتضيات حماية الأمن الاقتصادي والاجتماعي الذي تخل به جريمة غسيل الأموال تفرض على المشرع التوسيع في فرض الالتزامات على المؤسسات المصرفية والمالية بالذات بأعمال معينه أو اتخاذ احتياطات محددة يتطلبها تحقيق هذه الحماية ز وتتمثل في العقود عن اتيان ما أمر القانون القيام به، ولاسيما في ظل كثرة التشريعات والتعليمات والتوجيهات المصرفية سواء تلك الصادرة على مستوى التشريع الدولي أو التشريع الوطني لموجهة غسيل الأموال فالموظف المصرفي الذي يتقاعس عن الاخير عن كل صفقة مالية تتجاوز عشرة آلاف دولار في ظل التشريع الأمريكي او تتجاوز خمسة عشر مليون دينار عراقي في ظل قانون مكافحة غسيل الأموال العراقي رقم (٩٣) لعام ٢٠٠٤، يعد مرتكبا" لجريمة غسيل الأموال وكذلك الحال بالنسبة للموظف المصرفي الذي يمتنع عن القيام بالإجراءات اللازمة للتعرف على هوية العميل^(٢).

الفرع الثاني – علاقة جريمة غسيل الأموال بالجريمة المنظمة

الجريمة : ((هي سلوك انساني معاقب عليه بوصفه خرقا" أو تهديدا" لقيم المجتمع أو لمصالح أفراده الأساسية، أو لما يعتبره المشروع كذلك ووسيلة هذا النص الجنائي^(٣))).

والجريمة من ناحية ثانية سلوك انساني، فهي اذن صادرة عن انسان فلا يتصور وقوع الجريمة من غير الانسان، أو من الشخص المعنوي فيما لا خلا بعض الاستثناء^(٤) ويرى الفقيه الايطالي Grisplgui أن

١ - عرف المشروع العراقي في قانون العقوبات العراقي الفقرة ٤٥ من المادة ١٩ الفعل بأنه (كل تصرف حرمه القانون).

٢ - نصت المادة (٩) من قانون العقوبات مكافحة غسيل الأموال رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤ العراقي ((١- إذا قرر البنك المركزي العراقي أن المؤسسة المالية التي يراقبها خرقت هذا القانون، فإن له أن يتخذ وسائل الإجبار الملائمة على وجه الخصوص له أن : أ- يدر أمر بإيقاف النشاط الناتج عن هذا الخرق ب- يفرض عقوبة نقدية على المؤسسة المخالفة أو على شخص مرتبط أو مساهم بالنشاط المخالف لهذا القانون ج- يقيم نتائج أي نشاط إجبار بضمنها أسماء أي أشخاص متورطين د- إصدار أمر بأنه تم اكتشاف أن الشخص قد خالف القانون أو ساهم في مخالفة هذا القانون ولن يسمح له أن يتدخل في شؤون المؤسسة المالية هـ سحب الأذن للعمل كمؤسسة مالية إذا وجد إن هذه المؤسسة نفسها أو أن الأشخاص المسنولين عن إرادة أو تدوير أعمالها انتهكوا بصورة خطيرة أو متكررة التزامهم بموجب هذا القانون ٢- للشخص الخاضع لإجراء الالتزام الموصوف في المادة (١) و (٩) أن يستأنف الإجراء المتخذ لدى محكمة الخدمات المالية القسم (١٢) من قانون البنك المركزي العراقي.

٣ - د. سليمان عبد المنعم – دراسة ملحقه في قانون العقوبات – مصدر سابق – رقم المادة ٣١٨٨ ص ٢٤٠.

الجريمة ((كل فعل يتعارض مع مصالح أساسية للغاية تخص الجماعة في زمن معين، وتعلن الجماعة ممثلة في سلطتها التشريعية - قيام الجريمة اذا استبان لها أن هناك (عدم وفاق) عرضي بين سلوك ما وبين إحدى مصالحها اذا استبان للجماعة ذلك اصدرت (حكما) على الفعل بأنه يتعارض وتلك المصالح واعتبرته بالتالي جريمة يعاقب عليها جنائياً^(٦))).

ان الاهتمام الذي يحظى به موضوع غسيل الأموال، ينبع في الأساس من كونه الوسيلة الوحيدة الناجحة لمحاربة ما يسمى بـ (الجريمة المنظمة) التي مع ظهورها وضرورة احتفاظ مرتكبيها بالأموال الطائلة غير المشروعة تعد العنصر الحاسم لابقاء المنظمات الإجرامية على قيد الوجود^(٧).

أ- الجريمة المنظمة (Organized Crime) من الأنماط الحديثة للجرائم بجانب الجرائم التقليدية التي تنص عليها التشريعات الجنائية للدولة، وهي نتيجة للظروف والمعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية العالمية من خلال النمو الشامل للأنشطة الاقتصادية والمالية وما نتج عن ذلك من أسواق شراكة وتكتلات اقتصادية يصاحب ذلك التطور السريع والكبير في وسائل الاتصالات الحديثة، بما تعنيه من تجاوز للحدود الوطنية في التجارة والتحويل وشبكات المعلومات.

وهكذا اضحت الجريمة المنظمة البديل الحضاري الحديث الذي قدمته المدنية لاجرام العصابات القديم، وذلك من جراء اضافة خصائص الابتزاز والفساد واستغلال جوانب القصور في الأنظمة والتشريعات الموجودة حالياً والمبادرة باستخدام العلوم والتقنيات الحديثة في المجالات كافة^(٨). لم تعرف الجريمة المنظمة تعريفاً دقيقاً بسبب الخلاف الكبير على صعيد الفقه القانوني وعلى صعيد التشريعات الدولية والوطنية فعلى الصعيد الفقه هناك اتجاهان في تعريف الجريمة المنظمة^(٩).
الاتجاه الأول :

يعرف الجريمة المنظمة تعريفاً جامعاً " بين المنظمة الإجرامية والجريمة، حيث عرفها الأستاذ Donald R.cressey بأنها جريمة ترتكب من قبل شخص يشغل موقعا" في عمل قائم على أساس تقسيم العمل ومخصص لارتكاب الجريمة^(١٠) وبنفس الاتجاه يعرف John. Conkin الجريمة المنظمة بأنها ((نشاط إجرامي تقوم به منظمة شكلية تركز جهدها في المقام الأول للكسب بوسائل غير مشروعة^(١١))). وقد عرفها الدكتور محمد محي الدين بأنها تعريفاً يجمع بين المنظمة الإجرامية والجريمة ((أسلوب جديد من أساليب ارتكاب الجريمة، إذ أنها مشروع إجرامي يحتوي على أنشطة إجرامية يرتكبها عدة أشخاص غايتهم الربح غير المشروع وفرض السيطرة والهيمنة على سوق السلع والخدمات غير المشروعة على نمط المشروعات التجارية المشروعة وقد تندمج أو تمتد أو تتعاون عدة مشروعات لجماعات إجرامية منظمة

١ - فمن المسلم به في الفكر القانوني الحديث إمكان اعتبار الشخص المعنوي مسؤولاً مسؤولية دزائية في حالات خاصة يخضع فيها لجزاءات تتناسب مع طبيعة. وقد اعترف المشروع اللبناني بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بمقتضى المادة ٢١٠ من قانون العقوبات اللبناني وقرها المشروع المصري أيضاً في المادة ٦ مكرراً من قانون الغش والتدليس الصادر سنة ١٩٤١ والمعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤.

٢ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، و د. مصطفى عبد المجيد و د. أحمد محمد النكلاوي : الجريمة المنظمة (التعريف والأنماط والاتجاهات) : مركز الدراسات والبحوث، أكاديمية نايف العربية للعلوم، الأمنية، الرياض، ١٩٩٩، ص ٢٩ - ٣٠.

٣ - Thierry Gerber.op.cit.p24

٤ - لم يتم استخدام مصطلح العولمة إلا منذ فترة قصيرة إلى نهاية الحرب الباردة ويقصد بها تجاوز الحدود الوطنية من أجل السيطرة على أسواق العالم فالشركات متعددة الجنسيات تعتبر الأرض سوقاً لها... ينظر د. محسن عبد الحميد : الآثار الاقتصادية والاجتماعية للجريمة المنظمة عبر الدول ومجالات مواجهتها إقليمياً ودولياً، بحث مقدم إلى الحلقة العلمية التي نظمتها أكاديمية نايف العربية للعلوم الإقليمية. الرياض ١٩٩٠ ص ٨٩

٥ - لمزيد من التفاصيل ينظر د. كوركيس يوسف داود : الجريمة المنظمة (رسالة دكتوراه) دار العلمية الدولية للنشر ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ٢٠٠١، ص ١٤ - ٢٢.

٦ - Donald R.cressey. crimind organization, Heinemann Educations books, London 1972.p2-3

٧ - اللواء محمد امين البشري : مصدر سابق ص ١٥٠.

لتكامل من ناحية الانتاج والاتجار والتوزيع على هيئة الكارتلات الاقتصادية^(١)). وسار بهذا الاتجاه أيضا الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي اذ يقول تعد الجريمة منظمة اذا توفرت فيها الشروط الاتية^(٢) :

- ١- بالنسبة للسلوك الاجرامي المكون للجريمة.
 - أ- أن يكون وليد تخطيط دقيق ومتأن.
 - ب- أن يكون على درجة من التعقيد والتشعب.
 - ت- أن يكون تنفيذه قد تم على اتفاق نطاق واسع.
 - ث- أن تنطوي وسيلة تنفيذه على نوع من الحيلة يتجاوز المألوف في تنفيذ الجرائم العادية.
- ٢- بالنسبة للجنة :
 - أ- أن يكونوا جماعة يتجاوز عددها المألوف عادة في المساهمة الجنائية.
 - ب- أن يكون بينهم من اتخذ الاجرام حرفة يكسب منها أو اتخذ وسيلة يشفي بها مقاصده على المجتمع أو الدولة أو الانسانية.
 - ج- أن يكون على درجة من التنظيم وذوي مقدرة على التخطيط الدقيق وتشدد عقوبة من يقوم منهم بدر رئيس أو قيادي أو تخطيطي أو تنظيمي.
 - د- أما تتوافق ارادتهم على التدخل في الجريمة محل التنظيم.

الاتجاه الثاني :

ويعرف الجريمة المنظمة تعريفا تبرز فيه عناصر المنظمة الاجرامية دون اشارة إلى النشاط الاجرامي الذي يصدر عنها. وفي هذا يقول Waren only ((ان الجريمة المنظمة بشكلها الحديث ليست نوعا خاصا من النشاط بل هي تقنية للعنف والرعب والفساد، ولها القدرة على دخول أي عمل أو صناعة أو تحقيق أرباحا" طائفة^(٣))).

وفي الحقيقة ان الجريمة المنظمة ما هي الا مشروع اجرامي يضم بين ثناياه العديد من الجرائم التي لا تختلف عن الجرائم العادية من حيث كونها القيام بفعل أو الامتناع عن فعل يقرر القانون له جزءا جنائيا. الا أن الجرائم المنظمة تختلف عن الجرائم العادية من حيث كون السلوك الاجرامي لها وليد تخطيط دقيق ومتأن ومستمر يتجاوز الحدود الدولية في كثير من الأحيان. ومرتكب هذه الجريمة لا يمكن أن يكون فردا واحدا وانما مجموعة من أشخاص أكثرهم من محترفي الاجرام، ومنظمين بشكل دقيق يصعب معه التعرف على من يقود هذا التنظيم الاجرامي الذي يهدف بالاساس إلى تحقيق الربح واكتساب السطوة والمال. وعلى الصعيد التشريعي نجد أن التشريعات الوطنية قد سلكت في تعريفها للجريمة المنظمة أحد الاتجاهات الثلاث التالية^(٤):-

الاتجاه الأول :-

عدم ايراد تعريف الجريمة المنظمة ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه قانون العقوبات البولندي الجديد الصادر عام ١٩٩٧ وقانون العقوبات السلوفاكي وقانون العقوبات العراقي (المعدل) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩^(٥)

الاتجاه الثاني :-

- ١ - مقالة في مجلة الحياة والأمن العدد ١٤٧، ١٣ كانون الثاني ١٩٩٥ ص ٦٨.
- ٢ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيف و د. مصطفى عبد المجيد و د. أحمد محمد الكحلوي الجريمة المنظمة التعريف والأنماط والاتجاهات مركز الدراسات والبحوث أكاديمية نايف العربية للعلوم الاجنبية الرياض ١٩٩٩ ص ٢٩ - ٣٠
- ٣ - warden only in crime justice and society : (crime justice and society) - 1984 - 1985 - p - 123 University Massachusetts boston, General Hall, inc publishers.
- ٤ - د. كوركيس يوسف - الجريمة المنظمة - مصدر سابق ص ٢٢-٢٤
- ٥ - د. مفيد نايف تركي : غسيل الأموال في القانون الجنائي - دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠٠٦ - ص ٥٢.

عرف الجريمة المنظمة بدلاله المنظمات الاجرامية التي تضطلع بأنشطتها، وسار بهذا الاتجاه القانون الجنائي الكندي بموجب التعديل الذي ادخل فيه عام ١٩٩٧ بموجب Bill.c5 الخاص بالمنظمات الاجرامية اذ عرف الجريمة المنظمة في الفصل الثاني بأنها ((أي مجموعة أو جمعية أو هيئة أخرى مؤلفة من خمسة أشخاص أو أكثر سواء كانت منظمة بصورة رسمية أن تعتبر غير رسمية)) وكانت :
أ- أهد أنشطتها الرئيسية ارتكاب جريمة معاقب عليها بموجب هذا القانون أو أي تشريع صادر عن البرلمان بالسجن لمدة خمس سنوات فأكثر.

ب- أو كل الأعضاء المساهمين فيها أو كل الذين مارسوا أو ارتكبوا سلسلة من تلك الجرائم ((^(١))).
وبنفس الاتجاه سار المشرع الايطالي حيث عرف الجريمة المنظمة في المادة (٤١٦ مكرر) التي جاءت بعنوان ((التنظيم الاجرامي ذو نمط المافيا)) على أنها ((..... تعتبر ما فيوزية))^(٢) متى لجأ عناصرها إلى الترويع والاختصاص وقانون الصمت الناجم عنها لارتكاب جرائم بهدف التمكين بصورة مباشرة أو غير مباشرة من التصرف، أو مراقبة أنشطة اقتصادية، قروض عقود أشغال عامة أو خدمات عمومية بغرض الحصول على مبالغ غير مشروعة لحسابها الخاص أو لفائدة الغير^(٣).

الاتجاه الثالث :

ورد تعريف المنظمة في متن القانون الجنائي ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه قانون العقوبات الروسي حيث عرفت المادة (٢١٠) منه الجريمة المنظمة بقولها " جريمة ترتكب من قبل مجموعة منظمة ومتمدة أنشئت بهدف ارتكاب جرائم خطيرة ارتكبت من قب جمعية العصابات الاجرامية المنظمة والتي أنشئت لنفس الغرض " وسار على هدى هذا القانون العقوبات الليتواني وقانون عقوبات جمهورية الصين الشعبية.

أما على مستوى التشريع الدولي، فقد ورد تعريف الجريمة المنظمة في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الدول لسنة ٢٠٠١ اذ نصت المادة الثانية منها على أنه "يقصد بالجماعة الاجرامية المنظمة كل جماعة مكونة من ثلاثة أشخاص أو أكثر لمدة من الزمن وتعمل على ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم الخطرة المبينة طبقاً لهذه الاتفاقية من أجل الحصول على فائدة مالية أو مادية بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

ويقصد بالجريمة الخطرة السلوك الذي يشكل فعلاً أو نخالفة معاقبا عليه القانون بعقوبة سالية للحرية لا تقل عن أربع سنوات.

وعرفت منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الأنتربول) الجريمة المنظمة بأنها ((مصلحة أو مجموعة من الأفراد ينغمسون في عمل غير قانوني بشكل مستمر يهدف إلى تحقيق الأرباح دون احترام للحدود))^(٤).
ان جريمة غسيل الأموال وفقاً للطرق والآليات التي تتم به لا يمكن أن تكون الا جريمة منظمة فكل ما يشترط لقيام الجريمة المنظمة متوافر بالنسبة لجريمة غسيل الأموال فهذه الأخيرة يقوم بها عدد من الجناة يمارسون أعمالهم بشكل منظم ودقيق ومن ذوي الخبرة والاختصاص سواء في مجال القانون أم المحاسبة أم الاقتصاد أو أصحاب الخبرة بالممارسة والسرية وهي السمة الأساسية التي تمتاز بها عمل هؤلاء، فضلاً عن أن عملهم لا ينتهي بمجرد القيام بعملية غسيل الأموال لمرة واحدة وانما هو مستمر باستمرار تدفق الأموال

١ - د. كوركيس يوسف : مصدر سابق ص ٢٣.

٢ - كل ماله علاقة بالمافيا.

٣ - د. محمد إبراهيم زيد : الجريمة المنظمة تعريفها جوانبها التشريعية بحيث مقدم إلى ندوة الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها التي نظمها معهد الترتيب أكاديمية نايف للعلوم الأمنية بالتعاون مع وزارة الداخلية لدولة الإمارات العربية المتحدة أبو ظبي في الفترة من ٢٥ - ٢٨ رجب ١٤١٨ هـ الموافق ١٤ - ١٨ نوفمبر ١٩٩٨ منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية و الرياض ١٩٩٩، ص ٦٤.

٤ - د. نياز البدائية : التطور الاقتصادي والتنفيذ والجريمة المنظمة بحث مقدم إلى الحلقة العلمية حول الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها، مركز الدراسات والبحوث أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض ١٩٩٩، ص ٢٠٠.

غير المشروعة التي يجيبها مرتكبو الجريمة المنظمة من تجارة المخدرات والأسلحة وغيرها من الجرائم الأخرى الخطيرة.

ناهيك عما تحققه جريمة غسيل الأموال من ملاذ آمن للأموال غير المشروعة باضفاء صفة المشروعية عليها ومن ثم تكون بمأمن من أن تتأهل يد القانون وهذا الدور الذي يقوم به نشاط غسيل الأموال يرتبط بأحد السمات الأساسية للمنظمة الإجرامية في تحقيق الكسب المادي^(١). ويتضح فيما تقدم بأن جريمة غسيل الأموال هي من الجرائم المنظمة وهو من الأنشطة العابرة للحدود في أغلب الأحيان.

كما أن جريمة غسيل الأموال من الجرائم المنظمة القابلة أن تطلب ظرفها ذلك ان لم تكن جريمة دولية بالفعل^(٢) فالغالب في عملية غسيل الأموال ونوع الجريمة الأم مصدر المال على اقليم دولة ما بينهما يتوزع نشاط غسيل الأموال على أقاليم دول أخرى. فتعتبر الأركان المكونة للجريمة عبر الحدود، فطرق التقنية الحديثة ودخول وسائل الاتصالات بالغة الحداثة كالانترنت وغيرها في دائرة التعامل بين المصارف، الملاذ الذي نجد فيه الأموال غير المشروعة الأمان والكتمان والسرية، مضافا إلى ذلك التفاوت الحاصل بين تشريعات الدول التي يعتبر فيها نشاط غسيل الأموال دفعت مرتكبي الجريمة المنظمة لاستثمار هذا التفاوت استثمارا أمثل ويعودوا بنشاطهم حدود الدولة الواحدة.

هذا لا يغفل أن نشاط غسيل الأموال لا يتم داخل اقليم الدولة الواحدة. فالغسيل العيني للأموال غير النظيفة سواء كان باستثمار الأموال عن طريق شراء العقارات أو شراء المطاعم الفارهة أو شراء الأعمال المفلسة، لا يمكن أن يتم في كثير من الحالات الا داخل اقليم الدولة دون أن يتعدى إلى اقليم دولة أخرى.

الفرع الثالث – غسيل الأموال من الجرائم المنظمة العابرة للحدود :

كل ما يشترط لقيام الجريمة المنظمة متوافر بالنسبة لجريمة غسيل الأموال، إضافة إلى نوع الجناة المشتركين في هذه الجريمة هناك جناة مضافا اليهم من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال الاقتصاد والقانون والسرية هي السمات الأساسية التي يمتاز بها عمل المجموعات، وتبقى هذه العملية مستمرة باستمرار تدفق الأموال غير المشروعة التي تجنيها المجموعات الإجرامية من تجارة المخدرات وغيرها من الجرائم الأخرى المذكورة سابقا، وهذا الدور الذي يقوم به نشاط غسيل الأموال يرتبط بأحد السمات الأساسية للمنظمة الإجرامية وهو تحقيق الكسب المادي.

ولا يخفي أن هذا النشاط من الأنشطة العابرة للحدود نظرا للتطور التقني الهائل الذي بلغه العالم في شتى المجالات، ولا سيما في مجال المواصلات والاتصالات وصيرورة هذا العالم المترامي الأطراف إلى مجرد قرية كبيرة. وهذا ما أثر بدروة على النطاق الذي تحدث فيه الجريمة المنظمة، فلم تعد مقتصرة على النطاق الداخلي بل تعدت ذلك وامتدت عبر النطاق الدولي فظهر ما يسمى بـ (الجريمة المنظمة عبر الدول). ذهبت بعض الآراء^(٣)، من خلال نشاطات الجريمة إلى تقسيم هذا النشاط وفق الآتي :

- ١ - د. مفيد نايف تركي : غسيل الأموال في القانون الجنائي – مصدر سابق – ص ٥٩.
- ٢ - إن القول بأن جريمة غسيل الأموال دولية. لا يعني إنها كذلك بالمعنى القانوني وإنما هي دولية من حيث تجاوز نشاطها حدود الدولة الواحدة، فالجريمة المنظمة من ضمنها جريمة غسيل الأموال تختلف عن الجريمة الدولية. فالأولى جريمة داخلية ينص عليها القانون الجنائي الداخلي والقوانين المكملة له وتتعاون الدولة على مكافحتها عن طريق الاتفاقيات الدولية وإيقاع العقاب على مرتكبيها باسم المجتمع الداخلي لأنها مست أحد مصالحه الأساسية المحمية قانوناً. أما الجرائم الدولية فهي من جرائم القانون الدولي العام ويكفل القانون الدولي الجنائي بيان الجرائم الدولية والنص عليها وإيقاع العقاب عليها باسم المجتمع الدولي. كما يعد التشريع المصدر الوحيد للتجريم في نطاق الجريمة المنظمة. في حين ان الجريمة الدولية تستمد صفتها الجرمية من المعاهدات او الاتفاقات الدولية التي تجرمها أو من العرف في حالة غياب نص التجريم، وكذلك يترتب على قيام الجريمة المنظمة قيام المسؤولية الجنائية لمرتكبيها في حين إن الجريمة الدولية تنشأ عنها مسؤولية مزدوجة تتحملها الدولة ومقترف الجريمة، ينظر د. كوركيس يوسف الجريمة المنظمة – مصدر سابق – ص ٥٩-٦٠.
- ٣ - د. محمد محي الدين عوض : الجريمة المنظمة – مصدر سابق ١٦-١٧ كوركيس يوسف داود : الجريمة المنظمة – مصدر سابق – ص ٦٧.

١- أنشطة مساعدة ترمي إلى تحقيق الأنشطة الاجرامية الرئيسية، مثل التغلغل في مجال العقود الادارية وعقود الهيئات العامة، استخدام العنف والتهديد ضد المنافسين بقصد احتكار السلع والخدمات غير المشروعة.
٢- أنشطة اجرامية مساعدة ترمي إلى التستر على الأرباح التي جنتها من وراء أنشطتها الاجرامية، وتتمثل في جريمة غسيل الأموال، وفي الحقيقة أن نشاط غسيل الأموال يمثل وجهين لعملة واحدة. وهو من أنشطة الجريمة المنظمة الرئيسية. فاليوم تتآزر المؤسسات الاجرامية وتتكامل من حيث أنشطتها وتظهر في شكل اتحاد على هيئة نظام الكارتل الاقتصادي ويتم فيه توزيع الأدوار، فيقوم قسم منها بزراعة المخدرات ونتاجها، وقسم آخر يختص بترويجها وبيعها، وقسم ثالث يختص بغسيل الأموال الناتجة عنها، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل عمدت شبكات الاجرام المنظم إلى تأسيس بنوك مشبوهة تقوم على تمويل الأرباح غير المشروعة عبر شبكات الكمبيوتر لتوظيفها في أعمال مشروعات مشروعة بعيدا عن مكان جنيتها^(١)، وان نشاط غسيل الأموال يعتبر الوسيلة التي تمد شبكات الاجرام المنظم القوة والنجاح وذلك من خلال توفير الاموال الطائلة التي تاخذ صفة المشروعية بعد نجاح غسلها. فبدون هذه الاموال لا تستطيع المنظمات الاجرامية القيام بمهامها.

فالعالم في عملية غسيل الأموال وقوع الجريمة الأم مصدر المال غير المشروع على اقليم دولة بينما يتوزع نشاط غسيل الأموال على اقليم دولة اخرى الأمر الذي يؤدي إلى تبعثر الأركان المكونة للجريمة عبر الحدود، فالتحويلات التي تتم عن طريق البنوك الفورية الالكترونية ودخول وسائل الاتصالات الحديثة في التعامل بين المصارف الملاذ الذي تجد فيه الأموال غير المشروعة الأمان والكتمان والسرية، فضلا عن التفاوت الحاصل بين تشريعات الدول التي تتبعثر فيها نشاطات غسيل الأموال دفعت مرتكبي الجريمة المنظمة أن يتعدوا بنشاط غسيل الأموال حدود الدولة الواحدة.

المطلب الثاني- الركن المعنوي

الركن المعنوي للجريمة هو علاقة تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني، تتمثل في سيطرة الجاني على الفعل وأثاره وجوهر هذه العلاقة الإرادة، وتسمى هذه العلاقة بالقصد الجنائي، ويعرف القصد الجنائي في الشريعة الإسلامية بأنه تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبها، أما في النظم الجنائية يعرف القصد الجنائي بأنه إرادة الجاني لارتكاب الفعل المكون للجريمة، أي أن الفعل قد جاء متفقا مع ما يريد الفاعل.
والقصد الجنائي نوعين^(٢) :

أحدهما عام: وهو علم الجاني بأن المال موضوع الغسيل متحصل من نشاط إجرامي أو مصدر غير مشروع أو غير نظامي، واتجاه إرادته إلى ذلك.
والآخر خاص: وهو تعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص.

وبعض النظم القانونية تكثف لقيام القصد الجنائي بتوفر القصد العام، أي تكفي بعلم الجاني بالتجريم واتجاه إرادته إلى ارتكاب الفعل موضوع الركن المادي للجريمة، ومن هذه النظم القانون الفرنسي والقانون الألماني. بمعنى انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق غايات معينة، ومن هذه النظم القانون الأمريكي^(٣).
يتضمن الركن المعنوي العناصر النفسية للجريمة، ويعني ذلك أن الجريمة ليست كياناً مادياً صرفاً قوامه الفعل المادي وأثاره بل أنها كذلك كياناً نفسياً وهذا الركن سبيل المشرع إلى تحديد المسؤول عن الجريمة بحيث لا يسأل شخص عن الجريمة ما لم تكن هناك علاقة بين ماديات الجريمة ونفسية الجاني^(٤).

١ - د. عادل عبد الجواد محمد الكردوسي : واقعية المجتمع الإماراتي من مظاهر غسيل الأموال، بحث مقدم الى المؤتمر (الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة) للفترة من ٢١ - ٢٢ / ١ / ٢٠٠٢ م مركز بحوث الشرطة الشارقة الامارات العربية المتحدة، ص ٩-١٢ يونس عرب : جرائم غسيل الأموال. مجلة البنوك. الأردن. العدد التاسع المجلد التاسع عشر، ٢٠٠٠، ص ١٣.

٢ - المستشار عبد الفتاح سليمان : مكافحة غسيل الأموال - مصدر سابق، ص ٨٠

٣ - المستشار عبد الفتاح سليمان : نفس المصدر، ص ٨٠

٤ - د. محمود نجيب حسين - شرح قانون العقوبات - مصدر سابق - ص ٣٧٨

ويتخذ الركن المعنوي صورتين القصد والخطأ وكل منهما ذاتيته وعناصره ولهما الحدود الفاصلة في بناء المسؤولية الجنائية، والخلاف بينهما يعود لمقدار سيطرة الجاني النفسية على عناصر الركن المادي فمقدار السيطرة يكون أكبر في القصد عنه في الخطأ^(١).

يتحقق الركن المعنوي في جريمة غسيل الأموال العمدية بتوافر القصد الجنائي لدى الجاني باعتباره صورة معتمدة لمخالفة القاعدة القانونية^(٢)، ويعد القصد الجنائي أخطر صورة للركن المعنوي لأنه ينطوي على معنى العدوان المعتمد على الحقوق والقيم وذلك لأن إرادة الجاني تنصرف فيه إلى السلوك الإجرامي وإلى النتيجة المترتبة عليه^(٣).

ليس من شك أن جريمة غسيل الأموال غير النظيفة تمثل صنفاً متميزاً من الجرائم عموماً، ومن الجرائم الاقتصادية على وجه الخصوصية. ولكن السؤال الذي يثور هو معرفة ما إذا كانت هذه الخصوصية. ولكن السؤال الذي يثور هو معرفة ما إذا كانت هذه الخصوصية تبرر الخروج على الأحكام العامة للركن المعنوي ومن أهم الأحكام ضرورة توافر العلم كأحد عناصر العمد أو القصد الجنائي. وقد شهد عنصر العلم، ولا يزال انحساراً أو تقلصاً ملحوظين في مجال الجرائم الاقتصادية. ويعزى ذلك إلى سيادة القرائن والافتراضات التي أفضت جميعها إلى تكريس فعلي للمسؤولية المادية التي تضائل فيها إلى حد بعيد دور الركن المعنوي بها في جريمة غسيل الأموال للقول بتوافر القصد الجنائي لديه ومسؤوليته عن جريمة غسيل أموال عمدية.

لذا فإن العلم بالواقع - على خلاف العلم بالقانون - عنصر ضروري لا بد من توافره حقيقة لا افتراضاً لقيام الركن المعنوي للجريمة، فالعلم بعنصر الواقعة الجرمية هو العنصر المميز لركن العمد أو القصد وينصرف العلم إلى سائر عناصر هذه الواقعة كما يحددها النص الجنائي صراحاً أو حكماً^(٤) وينتفي القصد الجنائي بالتالي إذا وقع الشخص في جهل أو غلط في أحد العناصر الواقعة للجريمة^(٥).
وعليه يمكن تحديد عناصر القصد الجنائي بعنصرين:

الفرع الأول: العلم

العلم حالة ذهنية يعني نشوء علاقة بين أمر ما وبين النشاط الذهني لشخص من الأشخاص، فتصبح هذه الواقعة عنصراً من عناصر الخبرة الذهنية التي يخزنها الشخص بحيث يستطيع الاستعانة بها في حكمه على الأشياء وفي تحديد طريقة تصرفه إزاء الظروف المحيطة به.
ويتعين أن يحيط العلم بكل واقعة ذات أهمية قانونية في تكوين الجريمة، فكل ما يتطلبه النظام من وقائع لبناء أركان الجريمة ولاستكمال كل ركن منها عناصره يتعين أن يشمل علم الجاني.
والعلم إما علم بالوقائع أي العلم بالوقائع المادية كما حددها النظام، وإما علم بالقانون أي علم الجاني بأنه يخالف قاعدة نظامية.

والمقصود بالعلم بنشاط غسيل الأموال كعنصر من عناصر القصد الجنائي هو العلم بالوقائع وليس العلم بالقانون^(٦) لأن أحكام النظام تتفق دائماً مع تعاليم الدين والأخلاق مما يعني بديهية علم الجاني بها.

١ - د. نظام المجالي - شرح قانون العقوبات - القسم العام - مصدر سابق - ص ٤٠٩

٢ - د. محمود نجيب حسين - النظرية العامة للقصد الجنائي - مصدر سابق - ص ٢٥

٣ - نصت المادة (٣٣) في الفقرة (١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) وهي بصدد تعريف القصد الجنائي على أنه (القصد الجرمي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى).

٤ - د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - مصدر سابق - ص ١٥١

٥ - الغلط في الواقع هو ((الجهل أو الإدراك أو الفهم للظروف والأحوال أو عناصر الواقعة الداخلية في تكوين الجريمة)) د. عبد الرؤوف مهدي : المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية منشأة المعارف الاسكندرية - ١٩٧٦ - ص ٢٩٩ - ٣٠٠.

٦ - نصت المادة (٣١٣٥) من قانون غسيل الأموال النموذجي على أنه لا يجوز " الاستدلال من الظروف الواقعية على العلم أو النية أو القصد المطلوب "

وجريمة غسيل الأموال ذات طبيعة خاصة من حيث كونها جريمة تابعة لجريمة أولية هي الجريمة المصدر للأموال موضوع الغسل، وهذه الطبيعة الخاصة تستلزم أن يكون الجاني على علم تام بأن الأموال محل الجريمة متحصلة من نشاط إجرامي أو من مصدر غير مشروع أو غير نظامي.

كما يدخل في العلم كعنصر من عناصر القصد الجنائي العام علم الجاني بالنتيجة وتوقعه لها ويدل توقعه للنتيجة أنه أرادها، وهذه النتيجة هنا هي أخفاء أو تمويه طبيعة أو مصدر أو حركة أو ملكية أو مكان أو طريقة التصرف بالأموال أو المتحصلات مع علم الجاني أنها ناتجة عن نشاط إجرامي أو مصدر غير مشروع أو نظامي.

يتوافر القصد الجنائي بإتيان الفعل الإجرامي وتوقع الجاني النتيجة الإجرامية كأثر لازم لفعله أي إنتاجه الإرادة الواعية إلى الجريمة في كل أركانها وعناصرها، ولكي يكون متوقع نتيجة فعله فإنه من المفترض أن يكون عالماً بوقائع متعددة تكفل له هذا التوقع بحيث يترتب على جهله بها أو غلظه فيها عدم توفر القصد الجنائي لديه^(١).

أولاً- العلم بالمصدر الغير مشروع للأموال:

العلم أحد العناصر التي لا يقوم بدونها ركن العمد أو القصد الجنائي^(٢)، وعلى الرغم من اعتبار ذلك ضمن مسلمات الفكر الجنائي الحديث فالخلاف قائم حول نطاق هذا العلم، وما الذي يشملها والذي يمكن أن ينتج عنه. في الحالة الأولى يتصور الاعتذار بالجهل أو الغلط كسبب لانتفاء الركن المعنوي، بينما لا يقبل هذا الدفع بالجهل أو الغلط في الحالة الثانية. كما أن الخلاف قائم من ناحية أخرى حول طبيعة العلم بالقانون وما إذا كان يدخل في نطاق الركن المعنوي للجريمة أم يندرج من باب أولي في إطار المسؤولية الجنائية للفاعل^(٣).

ويمكن القول بصيغة عامة إن نطاق العلم في إطار النظرية العامة للجريمة يتحدد بإجراء التفرقة بين العلم والقانون من ناحية والعلم بالواقع من ناحية أخرى.

ثانياً- نطاق العلم في جريمة غسيل الأموال:

ليس من شك في أن جريمة غسيل الأموال غير النظيفة تمثل صنفاً متميزاً من الجرائم عموماً ومن الجرائم الاقتصادية على وجه الخصوص وقد أتيح الوقوف من قبل على مظاهر خصوصية هذه الجريمة لكن السؤال الذي يثور هو معرفة ما إذا كانت هذه الخصوصية تبرر الخروج على الأحكام العامة للركن المعنوي للجريمة. ومن أهم هذه الأحكام ضرورة توافر العلم كأحد عناصر العمد أو القصد الجنائي، وقد شهد عنصر العلم ولا يزال انحساراً أو تقليصاً ملحوظين في مجال الجرائم الاقتصادية، ويعزى ذلك إلى سيادة القرائن والافتراضات التي أفضت جميعها إلى تكريس فعلي للمسؤولية المادية التي تضائل فيها إلى حد بعيد دور الركن المعنوي. فهل نشهد جريمة غسيل الأموال بدورها وهي أيضاً جريمة اقتصادية مثل هذا الانحسار والنقل للركن المعنوي، ولعنصر العلم فيه على وجه التحديد إن ذلك يتطلب معرفة استظهار نطاق العلم بالقانون من ناحية، والعلم بالواقع من ناحية أخرى.

ثالثاً- وجوب توفر العلم بالعناصر القانونية:

لأشك ابتداءً في التأكيد على افتراض علم الأشخاص بالصفة الجرمية للسلوك وليس من المتصور بالتالي الدفع بجهل الشخص بكون التبرير الكاذب لمصدر الأموال غير النظيفة، أو الاشتراك في عمليات إيداع أو إخفاء أو تحويل هذه الأموال يشكل جريمة في قانون العقوبات حتى اشتمل التشريع الوطني تجريم وعقاب هذا السلوك لكن المشكلة تثور تحديداً لمعرفة ما إذا كان يمكن نفي الركن المعنوي لهذه الجريمة استناداً لما وقع فيه الفاعل من جهل أو غلط بشأن أحد العناصر القانونية غير الجنائية ومثال ذلك ما قد يدفع به الشخص من جهله بالقاعدة المصرفية التجارية التي تقرر وجوب التحري عن مصدر الأموال المودعة التي تزيد عن حد معين، أو المثيرة للشكوك والشبهات حول مشروعيتها مصدرها.

١ - د. مأمون سلامة - قانون العقوبات - القسم العام - دار الفكر العربي - ١٩٩٠ - ص ٣٣١.

٢ - د. محمود نجيب حسين - النظرية العامة للقصد الجنائي، مصدر سابق - ص ١١٦.

٣ - د. محمود نجيب حسين - المصدر سابق - ص ١٢٠.

وقد انحازت بعض الآراء الفقهية بضرورة توافر العلم بالعناصر القانونية غير الجنائية في مجال الجرائم الاقتصادية ويترتب على ذلك أن الجهل أو الغلط في قانون آخر غير قانون العقوبات وهو القانون الاقتصادي هو خليط مركب من جهل بالواقع ومن جهل بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات. وهو الأمر الذي يقضي قانوناً وفقاً لهذا الرأي إلى نفي القصد الجنائي باعتباره جهلاً بالواقع^(١).

ولربما كان الشريط الوحيد الذي يتطلبه الرأي، أن يقيم المتهم الدليل القاطع على سبق اضطلاع بالتحري الكافي وإن اعتقاده بمشروعية عمله كان يرتكز على أسباب معقولة^(٢). وقد تعددت الآراء التي حاولت تأهيل هذا الاتجاه: فمن القائل بأن القواعد القانونية غير الجنائية هي من قبيل ((الواقع)) الذي يجوز الغلط فيه أو الجهل به على نحو ينفي الركن المعنوي.

إلى قائل بالتفرقة بين الغلط المبرر واعتبار الجهل بقاعدة غير جنائية (قاعدة اقتصادية) مما يندرج تحت الغلط المبرر لكثرة التشريعات الاقتصادية وبطابعهم النسبي بينما يظل الجهل بالقاعدة الجنائية الحقة غير مبرر. وفي عبارة أخرى فالغلط المبرر هو وحده الذي ينفي الركن المعنوي إن هو غلط دون خطأ يكاد أن يتفق ولو من زاوية عدم التوقع فقط مع حالة القوة القاهرة. بينما الغلط غير المبرر هو ذاته الخطأ الذي لا يمكن الاعتداد به^(٣).

لذا فإنه في ظل غياب نص تشريعي يعترف بخصوصية الجريمة الاقتصادية غير الجنائية بوصفه أقرب ما يكون بالفعل إلى الجهل بالواقع الذي ينفي الركن المعنوي ويمكن للقضاء أن يقرر ما يشاء من ضوابط تستهدف من ناحية تطلب درجة معينة من الجهل الذي لا يجوز اختزاله في مجرد الغلط. وتقرر من ناحية أخرى استخلاص هذا الجهل من أسباب حدية ومعقولة يترك للمحكمة أمر تقديرها في ضوء السياق الظرفي لكل حالة.

رابعاً- وجوب العلم بالعناصر الواقعية:

على خلاف العلم بالقانون وما يحيط به من جدل، فالعلم بالواقع عنصر ضروري لا بد من توافره حقيقة – الافتراض - لقيام الركن المعنوي للجريمة وهكذا يبدو ((العلم بعناصر الواقعة الجريمة)) هو العنصر المميز لركن العمد أو القصد. وينصرف هذا العلم إلى سائر عناصر هذه الواقعة كما يحددها النص الجنائي صراحة أو ضمناً. وينفي القصد الجنائي بالتالي إذا وقع الشخص في جهل أو غلط في أحد العناصر واقعية للجريمة. ولما كانت العناصر تتساوى في قيمتها القانونية للجريمة فإن الجهل بأي منها أو الغلط فيه يتوحد أثره في نفس هذا القصد الجنائي.

ولئن اتفق الفقه واستقر القضاء على قبول الجهل بالواقع أو الغلط فيه على نحو ينفي الركن المعنوي للجريمة فالسؤال يثور لمعرفة ما إذا كان كل جهل أو غلط كبير أو صغر يرتب نفس الأثر، تجب التفرقة بين ما يمكن تسميه بالجهل أو الغلط المبرر أو المفوتل وبين الجهل أو الغلط^(٤).

يسوى القضاء الفرنسي في مجال الغلط في الواقع كسبب ينفي الركن المعنوي فيقبل كل غلط في عنصر واقعي للجريمة دون حاجة لإثارة التفرقة بين ما هو مبرر وغير مبرر من الغلط، وبالتالي يبقى الركن المعنوي منتقياً ولو بدا أن الغلط الذي وقع فيه الشخص ناشئ عن مجرد إهمال من جانبه.

وعلى العكس من هذا الاتجاه القضائي الذي يؤيده معظم الفقه، فقد ارتأى البعض التفرقة بين الغلط المبرر الذي ليس بوسع الشخص أن يتجنبه ويترتب على مثل هذا الغلط نفي الركن المعنوي، وبين الغلط غير المبرر الناشئ عن إهمال الشخص نفسه والمتمخض عن عدم احتياطه ومثلها الغلط لا ينفي الركن المعنوي ولا يحول دون توافر مسؤولية الشخص الجنائية.

١ - د. محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية في قانون المقارن - مطبعة جامعة القاهرة - ط ٢ - ١٩٧٩ - ج ١ - الأحكام العامة والإجراءات الجنائية - فقرة (٦٧) ص ١٠٩.

٢ - د. سليمان عبد المنعم: مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة: ظاهرة غسل الأموال دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية طبعة ٢٠٠٢ - ص ٤٨.

٣ - د. محمود نجيب حسين - النظرية العامة للقصد الجنائي - مصدر سابق - ص ١٥٦.

٤ - د. سليمان عبد المنعم - مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال الغير النظيفة - مصدر سابق - ص ١٥١.

ولا يزال القضاء الفرنسي في نطاق الجرائم الاقتصادية يؤكد على اتجاه السابق المتمثل في قبول الجهل أو الغلط في العناصر الواقعية للجريمة بما يترتب على ذلك من نفي الركن المعنوي بل أنه يتسامح في قبول هذا الجهل أو الغلط دونما اعتبار إذا كان ناشئاً عن إهمال الشخص وعدم قيامه بالاحتياطات الكافية، أي دونما تفرقة بين ما يسمى بالجهل المبرر والجهل غير المبرر^(١).

وعلى هدى مما سبق يمكن القول في شأن جريمة غسل الأموال بضرورة توافر العلم بسائر العناصر الواقعية الجوهرية التي تشهل نموذج الجريمة وتعطي لها خصوصيتها.

الفرع الثاني - الإرادة

هي من اسس قيام الركن المعنوي بوجود إرادة تتجه على نحو معين كما يحددها القانون بالنسبة للجريمة، حيث توصف الإرادة بأنها إرادة جرمية تقوم على الربط بين ماديات الجريمة وشخصيات المجرم وبالتالي فهي حلقة اتصال بينهما وتعتبر جوهر الركن المعنوي^(٢)، وهي المحرك الرئيسي للسلوك وإن كانت تعبير عن قوة نفسية إلا أنها تترجم في صورة ملموسة مما يؤكد حدوث سلوك معين عن وعي وإرادة، وإرادة النشاط تقتض بالضرورة العلم به.

وإرادة السلوك تعني اتجاه الإرادة إليه، وإرادة النتيجة تعني إرادة الاثر الطبيعي الذي يتمثل في حدوث النتيجة الإجرامية المترتبة عليه^(٣).

لا يكفي لقيام الركن المعنوي توافر العلم بالنشاط المجرم والنتيجة المترتبة عليه.

وإنما يجب فوق ذلك أن تصب إرادة الجاني على السلوك المكون للجريمة على النتيجة الناشئة عن هذا السلوك^(٤). وقد استقر القضاء منذ زمن بعيد على استبعاد وصف الجريمة إذا كان النشاط الذي أتاه المتهم غير إرادي أي لا يعبر في مواجهته عن إرادة مطلقة أو يعبر عن إرادة غير واعية ويمكن القول بصيغة عامة بانتفاء الإرادة الواعية التي ترتكب السلوك وتستهدف النتيجة المحظورة قانوناً في حالات الجنون وصغر السن والسكر كما يتخلف الركن المعنوي ولو كان النشاط إرادياً واعياً لكنه مشوب بعيب الإكراه.

إرادة إحدى صور النشاط المكون لركنها المادي وانصراف نية الفاعل أو غرضه إلى تحقق النتيجة المحظورة قانوناً. ومن هذه الزاوية تتمايز صور جريمة غسل الأموال فلئن كان من الممكن استخلاص النية الجرمية في حالتها تمويه مصدر الأموال غير المشروعة (في معنى تسهيل التبرير الكاذب للمصدر غير المشروع للأموال) وإخفاء هذه الأموال، فالأمر يبدو على غير ذلك في حالة إيداع أو (توظيف) أو تحويل أموال متحصلة عن جناية أو جنحة فإن صعوبات جمة لا ينبغي الاستهانة بها تعترض طريق استخلاص النية لارتكاب الجريمة والتثبت من توافرها. ويظهر في حالة قبول إيداع أو تحويل الأموال غير النظيفة، ولاسيما وإن هذه العمليات المصرفية تتم وفقاً لآليات متطورة كالتحويلات الإلكترونية والإيداع من وإلى حسابات رقمية وغير ذلك من التقنيات الحديثة التي تغزو ميادين النشاط المصرفي.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث جريمة غسل الأموال والتي تعد مخرجاً لمأزق المجرمين المتمثل بصعوبة التعامل مع متحصلات جرائمهم، خاصة التي تدر أموال باهضة، ونتيجة للطور الظاهري لغسيل الأموال خلال السنوات الماضية أصبحت مكافحتها من أهم الأولويات لدى الجهات التشريعية في كثير من دول العالم من خلال التعاون على المستويين الوطني والإقليمي والدولي، الأمر الذي أدى إلى إلزام غالبية دول العالم للوقوف بوجه الجريمة المنظمة، والتي تعتبر جريمة غسل الأموال أحد روافدها الأساسية، وأضحى تجريم غسل الأموال ذات المصدر غير المشروع ضرورة مطلوبة بسبب خطورته وأثاره السلبية علة كافة نواحي الحياة.

١ - د. سليمان عبد المنعم - المصدر السابق - ص ١٥٢

٢ - د. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١٩٨٤، ص ٣٧٩

٣ - المستشار عبد الفتاح سليمان : مكافحة غسل الأموال، مصدر سابق ص ٨٥

٤ - د. علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات، بغداد - مصدر سابق ص ٣٣٩

- بهدف الدخول إلى مفهوم جريمة غسل الأموال سلطنا الضوء على الجذور التاريخية من خلال وجود هذه الظاهرة أبان حكم الإمبراطورية الصينية وظهرها أيضاً في القرون الوسطى في أوروبا عن طريق المرابون الذين يحصلون على أموال من خلال طرق تضليلية وأساليب غير مشروعة.
- من حيث التعريف حيث خلصنا إلى أن تعريف غسل الأموال (هو عبارة عن فعل أو مجموعة من الأفعال أو المساهمة فيها عن قصد بهدف إخفاء الصفة الشرعية عم أموال تم اكتسابها بطريقة غير مشروعة بارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها في التشريع الوطني أو الأجنبي) أخذين بنظر الاعتبار أن هذه الجريمة لا تقتصر فقط على إخفاء المصدر غير الشرعي للأموال وإنما تتضمن معنى تمويه حقيقة هذه الأموال.
- وجدنا أن هناك ارتباط وثيق بين الجريمة المنظمة وجريمة غسل الأموال التي هي من أنشطة الجريمة المنظمة وان هناك العديد من الآثار الاقتصادية التي تؤثر سلباً على الدخل القومي وتوزيعه وعلى توظيف الأموال وعلى قيمة العملة الوطنية ويساعد أيضاً على زيادة الاستهلاك وزيادة التضخم وانتشار البطالة... الخ.
- أما من حيث التكيف القانوني لغسيل الأموال فإنه يتمثل في وصف غسل الأموال بكونه مساهمة تبعية في الجريمة مصدر هذه الأموال، والوصف الثاني يتمثل في عد غسل الأموال جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جنحة أو جناية. فان هذين الوصفين الجنائيين التقليديين سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، وإن كان وصف غسل الأموال بكونه جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جنحة أو جنحة أقرب من وصف المساهمة التبعية إلى غسل الأموال إذا ما تم هذا الأخير داخل حدود الدولة الواحدة خصوصاً في ظل هذا التطور الذي أصاب فكره الإخفاء الذي قاده القضاء الجنائي الفرنسي سواء فيما يتعلق بفعل الإخفاء أم محله أم مصدره، لذا يتطلب ضرورة تدخل المشرع الجنائي لتجريم نشاط غسل الأموال واعتباره جريمة مستقلة.
- من ناحية أخرى نتج سائر الدول الآن نحو التحرر الاقتصادي والحد من القيود، وفقاً لما تشير به المؤسسات الدولية مثل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، ولا شك أن اتخاذ إجراءات ضد غسل الأموال يعني في واقع الحال صدور تشريعات بأي حال من الأحوال إلى المساس بالحرية الاقتصادية أو التأثير بأي شكل على الأعمال المشروعة.
- وفي الوقت الذي تم فيه تجريم غسل الأموال الأمر الذي أدى إلى إشراك القطاع المالي والمصرفي بصفة خاصة في مكافحة غسل الأموال من خلال إلزام المؤسسات المالية بأنواع مختلفة من الواجبات مع مطالبة السلطات بأن تلعب دوراً في هذا الصدد. وعلى التشريعات الصادرة في هذا الشأن يتعين أن لا تؤدي إلى المساس بالحرية الاقتصادية أو التأثير بأي شكل من الأشكال على الأعمال المشروعة، فعلى الرغم من السرية المصرفية المطلقة لا ينبغي التمسك بها إلى أن إجراءات غسل الأموال لا تقتضي إلغاء تاماً لمبدأ المحافظة على سرية المعاملات المالية للعملاء. لكون السرية المصرفية ثروة وطنية ثمينة للاقتصاد الوطني وهي من أهم المبادئ التي يقوم عليها العمل المصرفي حيث تبتث الثقة أو الطمأنينة لذوي رؤوس الأموال على سرية أعمالهم المصرفية وكافة المعلومات ذات الصلة بثرواته. بالرغم من أن السرية المطلقة وفي كافة الأحوال لا ينبغي أن يتم التمسك بها إلا أن إجراءات مكافحة غسل الأموال يجب أن لا تقتضي إلغاء تاماً لمبدأ المحافظة على سرية المعاملات المالية للعملاء.
- وبما أن غسل الأموال تعد جريمة مستقلة، لذا فإنها كأي جريمة أخرى لا بد لها من أركان لقيامها، فقد تم استخلاص أركان هذه الجريمة من خلال نصوص اتفاقيه فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٨٨، وقانون غسل الأموال الفرنسي رقم ٣٩٢ لسنة ١٩٩٦ وتتمثل هذه الأركان في كل من الركن المادي والركن المعنوي فضلاً عن ركنها المفترض وهو وقوع جريمة أصلية سابقة عليها. أما في الجانب الدولي وجدنا أن الصفة الدولية ملازمة لهذه الجريمة الأمر الذي يلزم على التعاون فيما بين الدول للوقوف ضد هذا النشاط العابر للحدود، لذا نجد كثير من الجهود الدولية قد أنجزت من خلال الهيئات

والمنظمات العالمية التي تمثل المجتمع الدولي، وهذا ما تمثل في جهود الأمم المتحدة ولجنة العمل المالي (F.A.T.F) والاتفاقيات البنائية التي نتجت عن هذه النشاطات وفي أبرام اتفاقيه فينا واللجان والهيئات التي عقدت تحت مظلة الأمم المتحدة.

- يقوم القانون الجنائي الدولي، في شأن الجهود الدولية للسيطرة على العوائد غير المشروعة على نظام ذي ثلاث محاور حيث يتمثل المحور الأول في المعاهدات متعددة الأطراف التي تجرم أنواعاً معينة من الأنشطة والتصرفات، والتي عادة ما تضمن نصوصاً تتعلق بالتعاون بين الدول في المسائل الجنائية أما المحور الثاني فيتمثل بالمعاهدات الإقليمية والثنائية والتي تنظم التعاون بين الدول في المسائل الجنائية التي تسهل تبادل المعلومات وغير ذلك من أوجه التعاون بين الدول.

وعلى المستوى الإقليمي تمثلت جهود مكافحة غسل الأموال في كل من المجلس الأوروبي والاتحاد الأوروبي وجامعة الدول العربية، وإلى المجلس الأوروبي يعود الفضل في أعداد أول اتفاقيه خاصة بغسيل الأموال، والتي تخطت حدود الأموال الناتجة عن المخدرات إلى تجريم جميع الأموال الناتجة عن الجرائم المنظمة والجرائم الخطيرة. بالإضافة إلى تنظيمه لمسألة المساعدة في عمليات التحقيق والتحري ولعقوبة المصادرة... الخ.

أما الجهود الوطنية تمثلت فيما سنته كل دولة ضمن حدودها الإقليمية من تشريعات وما أنشأته من أجهزة لمكافحة غسل الأموال، توزعت بين التشريعات اللاتينية والتشريعات الانجلوسكونية والتشريعات العربية، وقد تميزت التجربة الفرنسية في مكافحة غسل الأموال بإغناء التجارب الأخرى في هذا الصدد نتيجة لما قدمته من جهود متميزة على صعيد مكافحة جريمة غسل الأموال ومن أهم ذلك هو في اعتراف المشرع الفرنسي بحجة الأحكام الأجنبية. بالإضافة إلى التجربة الأمريكية التي لا تقل أهمية عن التجربة الفرنسية. أما التجربة العربية في مكافحة جريمة غسل الأموال فقد جاءت متواضعة ومتأخرة بعض الشيء حيث أول هذه القوانين قد صدر عام ٢٠٠٢، وقد بنيت على أساس القوانين العربية أما من ناحية التطبيق الفعلي فلا زالت في خطواتها الأولى تحتاج إلى فترة زمنية لاحقة لتفعيل قانونها الوطني الخاص بمكافحة جريمة غسل الأموال بشكل فعلي على أرض الواقع. وللوصول إلى فاعلية أكبر في مكافحة جريمة غسل الأموال لابد من تطوير العديد من الآليات التي تضمنتها الاتفاقيات والتشريعات الوطنية والتي يمكن إجمالها بعدد من المقترحات المتمثلة بالنقاط الآتية:

- ١- تترك هذه الجريمة أثر سلبي على كافة مناحي الحياة، الأمر الذي يفرض ضرورة أن يشمل مفهوم هذه الجريمة كافة الأموال المتحصلة من جنائية أو جنحه، دون اقتصارها على أنواع محددة من الجرائم.
- ٢- الابتعاد عن النصوص العقابية الموجودة في القوانين الوطنية في مكافحة جريمة غسل الأموال، الأمر الذي يتطلب التزام الدول الأخرى باستصدار قوانين وطنية لمكافحة هذه الجريمة باعتماد الأسس الدولية والوطنية للدول ذات التجارب العريقة في مكافحة هذا النوع من الجرائم المنظمة.
- ٣- ضرورة تفعيل قانون أصول المحاكمات الجزائية لمواجهة ما تفرضه طبيعة جريمة غسل الأموال من تحديات في عدد من المسائل القانونية من أجل تحقيق فاعلية لمواجهة هذا النوع من الأجرام.
- ٤- أقرار مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي.
- ٥- أن تتطلب جريمة غسل الأموال القصد العام دون القصد الخاص الذي يؤدي إلى تضيق نطاق التجريم والذي يتعارض مع الرغبة في مكافحة غسل الأموال ويؤدي إلى إفلات كثير من حالات غسل الأموال.
- ٦- تكييف جريمة غسل الأموال على أساس أنها جريمة (مستمرة) الأمر الذي يترتب عليه أن نطاق العلم بالمصدر غير المشروع للأموال يتحقق في أي وقت يتم العلم فيه بعدم مشروعية الأموال، وهذا يعزز القصد الجرمي.
- ٧- أعاده النظر في قانون تسليم المجرمين بما يسهل من مهمة تسليم المجرمين مع مراعاة القوانين الوطنية بهذا الصدد، بما لا يمس السيادة الوطنية.
- ٨- علاج القصور المتعلق بالاختصاص الجنائي بحيث يكفل إمكان اعتبار كل دولة وقع على إقليمها أي عنصر من عناصر جريمة غسل الأموال مختصة بملاحقة الجريمة.

- ٩- التخفيف من غلو مبدأ إقليمية قانون أصول المحاكمات الجزائية لصالح التعاون الدولي اعتمادا على مبادئ التعاون بين سيادات والمعاملة بالمثل والاتفاقيات الدولية المختلفة وأي سبيل يحقق هذا الغرض.
- ١٠- الاعتراف بحجية الأحكام الأجنبية الصادرة من الدول الأخرى في إحدى الجرائم ذات العلاقة بغسيل الأموال على إقليم دولة ما، خاصة الدول التي تقع فوق إقليمها عمليات غسيل الأموال أو استخدام عائدات الجرائم أو أحد العناصر المكونة لهذه العمليات.
- ١١- عدم وجود اعتداء على الخصوصية المالية من خلال إفشاء السرية المصرفية في مثل هذا النوع من الجرائم، مع إباحة الاطلاع على سرية الحسابات المصرفية من جانب العاملين في وحده مكافحة غسيل الأموال على اعتبار أنهم من مأموري الضبط القضائي بشرط تقييد ذلك بأذن من جهة قضائية.
- ١٢- فرض العديد من الالتزامات على موظفي المصارف تهدف إلى الكشف عن هوية العميل تطبيقاً لمبدأ (أعرف عميلك).
- ١٣- إقامة نظام رقابة داخلية يكون من شأنه مراقبة مدى التزام موظفي المصارف بالتعليمات الصادرة بصدد التصدي لغسيل الأموال.
- ١٤- إنشاء حلقة اتصال محددة على شبكة الانترنت تربط البنوك والمصرف البنك المركزي بحيث يمكن الاطلاع على حسابات العملاء مع عدم الإخلال بخصوصية حسابات العملاء لدى البنوك وعدم التماهي في فرض القيود على المصارف حتى لا يعيق ذلك العمليات المصرفية والتجارية السليمة.

المصادر

أولاً : الكتب والأطروحات :

١. د. إبراهيم حامد طنطاوي - المواجهة لتشريعية لغسيل الأموال في مصر، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٣
٢. أمجد سعيد قطيفان الخريشة - رسالة ماجستير، جريمة غسيل الأموال (دراسة مقارنة)، عمان، دار الثقافة النشر و التوزيع سنة ٢٠٠٦
٣. الياس نصيف- الكامل في قانون التجارة (ج٣) عمليات المصارف، شرح قانون العقوبات، منشورات عويدات- بيروت سنة ١٩٨٣.
٤. إبراهيم عيد نايل - المواجهة الجنائية لظاهرة غسيل الأموال في القانون الجنائي الوطني الدولي، دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٩٩.
٥. د. جميل عبد الباقي الصغير- الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، بلا، ٢٠٠١.
٦. د. جلال وفاء محمد عابدين - دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندر ٢٠٠٤.
٧. حسام الدين محمد أحمد - شرح القانون المصري رقم، ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، قانون مكافحة غسيل الأموال النهضة العربية، القاهرة ط٢، سنة ٢٠٠٣.
٨. د. حسنين عبيد - الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٢.
٩. د. حمدي عبد العظيم - غسيل الأموال في مصر والعالم، القاهرة، ط١، سنة ١٩٩٧.
١٠. خالد عبد الرحمن المشعل- جرائم غسيل الأموال مجلة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية / الرياض
١١. رمزي القسوس - غسيل الأموال جريمة العصر- دار وائل للطبع والنشر، عمان ط١، سنة ٢٠٠٢.
١٢. عبد الرؤوف عبيد - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مبادئ القسم العام في التشريع ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٧٩.
١٣. د. سليمان عبد المنعم - النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط بلا ٢٠٠٠.
١٤. د. سعود العثمان- الدور الإشرافي والرقابي للبنوك المركزية في مكافحة غسيل الأموال الحلقة العلمية أساليب مكافحة غسيل الأموال مديرية الأمن العام عمان بالتعاون مع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ٢٣-٢٧/٦/٢٠٠١
١٥. د. سميرة القيلوبي - الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة ١٩٩٢.
١٦. سمير الخطيب - مكافحة غسيل الأموال، التعاون الأولي ودور المؤسسات المصرفية والمالية في مجال مكافحة منشأة المعارف/الإسكندرية السنة بلا

١٧. د. علي الخلف و د.سلطان الشاوي المبادئ العامة في قانون العقوبات، سنة ١٩٨٢.
١٨. د. عبد الرؤوف مهدي - المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٦.
١٩. د. كوركيس يوسف داود - الجريمة المنظمة (رسالة دكتوراه)، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١.
٢٠. د. محمود شريف بسيوني - الجريمة المنظمة ومظاهرها الدولية في القانون الجنائي الدولي، ط٢، سنة ١٩٩٩.
٢١. د. محمود شريف بسيوني - غسيل الأموال، الاستجابات الدولية وجهود مكافحة الإقلمية والوطنية، دار الشروق، القاهرة، ط١ ٢٠٠٤.
٢٢. د. علي جمال الدين عوض- عمليات البنوك القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٨.
٢٣. د. عوض محمد عوض - المبادئ العامة للجريمة في قانون الاجرائات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ط١، ١٩٩٩.
٢٤. د. علاء الدين شحاتة - التعاون الدولي في مكافحة الجريمة، ابتراك للطباعة والنشر، القاهرة، ط١، ٢٠٠١.
٢٥. د. فخري عبد الرزاق الحديثي- شرح قانون العقوبات (القسم العام) بغداد، مطبعة او فسيت الزمان، سنة ١٩٩٢.
٢٦. فاروق سيد حسين- الانترنت الشبكة العالمية للمعلومات، الهيئة العامة للكتب، القاهرة، ص٨٨.
٢٧. د. محمود كبيش- السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠١.
٢٨. د. مرشد احمد السيد - القضاء الدولي الجنائي، دراسة تحليلية للمحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا مقارنة مع محاكم نتومبرغ وطوكيو ورواندا، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ٢٠٠٢.
٢٩. مصطفى طاهر - ظاهرة غسيل الأموال، مطابع الشرطة للطباعة والنشر، القاهرة ط بلا، سنة ٢٠٠٢.
٣٠. د. مفيد نايف الراشد - غسيل الأموال في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٦.
٣١. د. ماجد عمار - السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٥٥.
٣٢. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية القاهرة، سنة ١٩٨٤.
٣٣. محمد سعيد نمور- أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ط٢، ٢٠٠٤.
٣٤. محمد عبد الودود ابو عمر - المسؤولية الجزائية عن إقشاء السر المصرفي (دراسة مقارنة) دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، سنة ١٩٩٢.
٣٥. د. مأمون سلامة - شرح قانون العقوبات- دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
٣٦. د. محمود نجيب حسين- النظرية العامة للقصد الجنائي، القاهرة دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٨.
٣٧. د. محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، ط٢، ج١، الأحكام العامة، والإجراءات
٣٨. نائل عبد الرحمن - الأعمال المصرفية والجرائم الواقعة عليها، ج١، دار وائل للنشر، عمان، ط١، وناجل رباح - ٢٠٠١.
٣٩. نظام المعالي المجالي- النظرية العامة للقصد الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٨.
٤٠. هدى حامد قشقوش- جريمة غسيل الأموال في نطاق القانون الدولي السياسية الجنائية في مواجهة الأموال دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٨

ثانياً- البحوث والمجلات :

١. السيد احمد عبد الخالق - الآثار الاقتصادية والاجتماعية لغسيل الأموال - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية حقوق المنصورة، العدد ٢٢، أكتوبر ١٩٩٧
٢. أنوار الهواري - ظاهرة غسيل الأموال والتدخل التشريعي مقارنة بين التشريعات - بحث مقدم للحلقة العلمية أساليب مكافحة غسيل الأموال مديرية الأمن العام، عمان بالتعاون مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ٣٢- ٢٠٠١ / ٦/ ٢٧.
٣. د. جمدي عبد العظيم- غسيل الأموال جريمة العصر البيضاء، مجلة وجهة نظر الشركة المصرية للنشر العربي والدولي القاهرة العدد ١٦ السنة ٢٠٠٠
٤. د. ذياب البدانية - التطور الاقتصادي والتنفيذ والجريمة المنظمة بحث مقدم إلى الحل العلمية حول الجريمة المنظمة وأساليب مكافحتها، مركز الدراسة والبحوث أكاديمية نايف للعلوم الأمنية الرياض ١٩٩٩، ص ٢٠٠

٥. عادل عبد الجواد محمد الكردوسي - وقاية المجتمع الإماراتي من مظاهر غسل الأموال بحث مقدم إلى مؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة للفترة من ٢١-٢٢/١/٢٠٠٢ مركز البحوث الشرطة الشارقة-الإمارات العربية المتحدة.
٦. كن واتمور - الجريمة المنظمة، محاضرة أقيمت في الدورة التي نظمتها وزارة الداخلية بدولة الإمارات، مجلة الشرطة س٢٨، يونيو ١٩٩٨، ع ٣٣، ص ٤٢، ع ٣٣، ص ٤٢
٧. ديمها كامل - عمليات غسل الأموال الإطار النظري- مجلة السياسة الدولية الق العدد ١٤٦ أكتوبر ٢٠٠١
٨. محمد محي الدين - غسل الأموال- تاريخه وتطوره وأسباب تجريمه وطرق مكافحته مجلة البحوث القانونية والاقتصادية حقوق المنصورة- سنة ١٩٩٩
٩. محمد محي الدين عوض- تحديد الأموال القذرة ومدلول غسلها وصور عملياته مجلة الأمن والحياة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ٨٢-٣٠ / أيلول / ١٩٩٦
١٠. مصطفى عبد المجيد - الجريمة المنظمة (التعريف والأنماط والاتجاهات) مركز الدراسة والبحوث أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية العدد ١٨٨ لسنة ٨
١١. د. محسن عبد الحميد - الآثار الاقتصادية والاجتماعية للجريمة المنظمة عبر الدول ومجالات واجهتها إقليمياً ودولياً، بحث مقدم إلى الحلقة العلمية التي نظمتها أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٩٩٩

رابعاً – القوانين :

- ١- قانون البنك المركزي العراقي (السابق) رقم (٦٤) لسنة ١٩٥١
- ٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل
- ٣- قانون المخدرات العراقي رقم (٦٨) لسنة ١٩٥٦ المعدل
- ٤- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل
- ٥- قانون المخدرات المصري رقم ١٢٨ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون، رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٦
- ٦- قانون غسل الأموال الفرنسي رقم ٦١٤ لسنة ١٩٩٠
- ٧- قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٤
- ٨- قانون غسل الأموال الفرنسي لسنة ١٩٩٦
- ٩- قانون غسل الأموال المصري رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٢
- ١٠- قانون البنك المركزي العراقي النافذ رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤
- ١١- قانون غسل الأموال رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤

خامساً – المصادر الأجنبية :

- DUNCAN E.ALFORD : ANTI MONY LAUNDERING REGULATIONS ABURDEN ON FINANCIL LUST IT UTIOUS VOLUME 19 NORTH CAROLINA GOURNAL OF INTEMATIONAL AND COMMERCIAL REGULATIONS 1993
- J.F THONY : LES POLITIGUES LEGISTATAIRES DE IUTTE CONTRE LE BLANCHEMENT EUROPE

بين المخالفات النظرية والمخالفات التطبيقية

دستور ٢٠٠٥ العراقي في الميزان

أ.م.د. حنان محمد القيسي

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

Abstract

after April 2003, Iraq entered into a new political and constitutional phase, which was confirmed by the issuance of the 2005 constitution, which entered a lot of detailed adjustments on the manner of the exercise of power, public authorities in the state, the field of human rights, and the form of the State,

So it was necessary to stop – after about seven years of implementation – to assess this Constitution, and the extent of its commitment regarding the above subjects.

It is noticeable that there are two types of violations that accompanied the 2005 Constitution, the first is related to the constitution's legislative formulations, the second was discovered during the years of the Constitution's application.

And without going into the details of the observations – that we have included in the study– we must emphasis two important things the first is that our search didn't include all the articles of the Constitution but a fraction of them, second, the document that we had put our hopes on it was disappointing, filled with lapses and errors – both those that are nominally be tolerated , or objectively inexcusable – which made us wonder why the determination on not to modify or re-examine it?

المقدمة

إن تطور حياة المجتمعات الانسانية وتحولها إلى مجموعات سياسية موزعة على دول تختلف بطبيعتها وشكلها، كما تختلف في حجمها وعدد سكانها، أوجد حاجة ملحة إلى وجود قوانين لتنظيم هذه المجتمعات الانسانية، فظهرت القوانين المنظمة للعلاقات الفردية أولاً، إلا إنها لم تكن كافية لوحدها لتنظيم كافة أنواع العلاقات التي تظهر في المجتمعات الانسانية، إذ أن التمايز ما بين الحكام والمحكومين أوجد الحاجة الى قواعد قانونية خاصة تطورت بتطور السلطات الحاكمة، سواء من حيث إختيارها، أو من حيث الاختصاصات التي تمارسها أو من حيث القيود الواردة على ممارسة هذه الاختصاصات.

كما أن الدستور في الوقت الذي يبين الأشخاص الذين يمارسون السلطة، من خلال بيان المؤسسات الدستورية في البلاد، فهو يبين المذهب الإجتماعي والإقتصادي والسياسي الذي يسود الدولة، أي إن الدستور يبين الفكرة القانونية التي تهيم على النظام السياسي في البلاد، إذ أن هنالك فكرة قانونية واضحة يصطبغ بها الدستور، وتبدو جلية في نصوصه وتهيمن على كل قواعده، بما يحقق هذه الفكرة إما صراحة أو ضمناً، إضافة الى أنه يحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، كما أنه ينظم حقوق وحريات الأفراد، بعبارة اخرى يحتوي الدستور على مجموعة من القواعد تهتم بتنظيم الظواهر السياسية الأساسية، خاصة منها ما تعلق بالدولة وأجهزتها أي الحكومة والسلطات العامة الاخرى.

فضلاً عن كل ما تقدم فإنه - أي الدستور - يمثل نظرة الأمة أو الشعب المستقبلية والطموحات المرجو تحقيقها، لأن الدستور بطبيعته يعد انعكاساً لحاجات الدولة والفرد في داخل المجتمع المنظم، وبما أنه يمثل القانون الأساسي في الدولة فهو يمثل - في حالة صدوره بطريقة ديمقراطية شرعية - ظروف الدولة المطبق فيها ويعد مُلبياً لاحتياجات الأفراد والصالح العام على حد سواء في هذه الدولة.

وإذا كان العراق بعد نيسان ٢٠٠٣ دخل في مرحلة سياسية ودستورية جديدة تأكدت بصدور دستور عام ٢٠٠٥ النافذ، إذ إنه أدخل الكثير من التعديلات التفصيلية على أسلوب ممارسة السلطة، والسلطات العامة في الدولة، ومجال حقوق الإنسان، بل وقد طالت تلك التعديلات حتى شكل الدولة، فقد كان من الضروري التوقف - بعد مضي سنوات سبع على نفاذه - لتقييم الدستور، وبيان مدى إلتزامه بالمبادئ المذكورة أعلاه.

والملاحظ أن هنالك نوعين من المخالفات التي رافقت دستور ٢٠٠٥، يتعلق الجزء الأول منها بالصياغات التشريعية التي إعتد عليها الدستور، إذ جاء - في العديد من مواضعه - مخالفاً للمبادئ الدستورية العامة من جهة، ولأبسط قواعد فن الصياغة التشريعية من جهة أخرى، إلا إن ذلك لم يكن خاتمة المطاف إذ شهدنا خلال سنوات تطبيق الدستور إن هنالك مخالفات للدستور ذاته، مما يستدعي وقفة دراسة وتحليل للبيان تلك المخالفات التي قد تنتقص من سمو الدستور العراقي، وأسبابها.

لما تقدم سوف نحاول تحليل تلك المخالفات بشيء من التفصيل، على أن نركز على أكثرها أهمية، ويرجع السبب في تركيز بحثنا على مواد بعينها دون سائر مواد الدستور إلى سببين يتمثل الأول في صعوبة تغطية كل مواد الدستور في ضوء القيود التي يجرى هذا البحث في ظلها، أي فيما تعلق منها بالأخطاء الموضوعية في الأغلب، أما السبب الثاني فيرجع إلى أن أغلب مواد الدستور قد أثير جدل كبير حول مضمونها بين المهتمين بالدراسات الدستورية، أما المخالفات - سواء النظرية منها أو التطبيقية - فإن حظها في هذا المجال كان أقل من غيره من الموضوعات.

وستتناول تلك المخالفات وفقاً للخطة التالية:

المبحث الاول

المخالفات النظرية لدستور ٢٠٠٥

لا يخفى على أحد من المختصين أن دستور ٢٠٠٥ جاء بمجموعة من المخالفات النظرية، أي تلك المخالفات التي تتقاطع مع بعض النظريات الدستورية المعروفة، وسوف يقتصر بحثنا على نوعين اثنين من هذه المخالفات، وكما سيأتي:

المطلب الأول - المخالفات الصياغية

تعد الصياغة التشريعية التجسيد العملي للسياسة التشريعية المتبعة، لما لها من مقومات ومهارات وقدرات لغوية وقانونية تمكن الصانع من نسج أحكام تعبر عن معنى النص وروحيته من دون لبس أو غموض، إذ لا يمكن للتشريع أن يكون جيداً إلا إذا صاحبه عملية تشريعية ذات صياغة قانونية جيدة، إذ يعد التشريع بمثابة الوسيط الذي تتم من خلاله التغييرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وهو الآلية التي تستطيع بواسطتها الحكومات والبرلمانات الإستجابة للإحتياجات المتغيرة والمتجددة لمجتمعاتها.

وصياغة النص التشريعي سواء أكان دستوراً أو قانوناً، يعتبر فن قائم بذاته يرتبط بجملة من الضوابط والمرجعيات لعل من أهمها الأمانة في التعبير عن الإرادة السياسية، وحسن الصياغة والهيكلية، وسهولة التطبيق وسلامة التوثيق بغية خدمة أعمال التطوير، ويمكن تعريف الصياغة التشريعية بأنها عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون الى قواعد صالحة، يمكن تطبيقها عملياً وعبر فترة ممتدة نسبياً دون لبس أو غموض.

ولا جدال في أنه لزاماً على البلدان التي تريد أن تحسن من جودة صياغة تشريعاتها أن تستثمر في تكوين الصائغين الذين لديهم الملكة والرغبة في القيام بمثل هذا العمل، وعليها أن تضع لنفسها برامج مدققة لإختيار عدد كاف من الأشخاص للقيام بهذه المهمة الصعبة وتخصيص الوقت اللازم لذلك حتى تتوفر الخبرة الضرورية لديهم من دون إستعجال، كما أن التفرغ لمثل هذه المهام يعد أمراً ضرورياً،^(١) إلا أن الأمرين لم يتوفرا بالنسبة للجنة كتابة دستور ٢٠٠٥، إذ أنها تشكلت من بين أشخاص لا خبرة لأغلبهم بالعمل التشريعي أو القانوني، كما أن الفترة التي كان عليهم الإنتهاء من كتابة الدستور خلالها كانت أقل من شهرين، وكان خيارهم الوحيد هو العمل بهيئة لجان مستقلة تعمل كل منها على جزئية معينة من الدستور.

وإذا كان الراجح لدى الفقه أن السلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بسلطات واسعة وهي تضع الدستور، ولها حرية إعتناق ما تراه مناسباً وملائماً لظروف الدولة من أنظمة وفلسفات والى حد ما، حيث

^١ - د. زهير اسكندر - صياغة النص التشريعي - مركز الدراسات القانونية والقضائية - من منشورات الانترنت - www.arabruleoflaw.org

أن لها الحق في أن تهجر النظام الملكي إلى النظام الجمهوري، وهي تستطيع أن تستبدل النظام البرلماني بالنظام الرئاسي، وهي تستطيع أن تأخذ بالفلسفة السياسية وحتى الاقتصادية التي تروق لها.^(١) ذلك لأن كل دستور هو نتاج للأوضاع الثقافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة به، وعلى وجه الخصوص مستوى التطور الذي بلغه النظام السياسي في الدولة وتقاليدها وخبراتها السياسية، ودرجة النضج السياسي لدى الرأي العام فيها.

أما لجنة كتابة الدستور فلم يكن لها مثل تلك الحرية إذ انها كانت تخضع في ممارستها لعملها من قيود وأفكار وسياسات وضعها قانون إدارة الدولة العراقية المؤقت لسنة ٢٠٠٤، سواء من حيث المؤسسات الدستورية أو من حيث التنظيم السياسي والإداري في الدولة، ومن ثم فلا يسعنا هنا سوى الإقرار بأن عملها كان صعباً.

وقد كان يقع على عاتق لجنة كتابة الدستور التزامات اخلاقية،^(٢) ذلك ان ايجاد اخلاقيات مهنية مشتركة لمن يساهم في صياغة القاعدة القانونية أياً كان مستواها في النظام القانوني، يعد جزء مهم من حل الصعوبات التي يواجهها الصانعون عند إعداد التشريعات، خاصة ما تعلق منها بالتشريعات التي تستهدف إحداث تحولات جذرية في المجتمع، كالدستور، ولا يخفى على أحد ان هنالك أكثر من خلاف ما بين اعضاء لجنة كتابة الدستور، سواء أعلق الامر بانتماعاتهم المختلفة، أم بنوع المصالح والإتجاهات والتيارات التي يمثلونها، أم على صعيد الرؤى والايديولوجيات، بل ان كل لجنة من لجان كتابة الدستور لم تطلع على عمل اللجان الاخرى، وكل ذلك إنعكس بالضرورة على الدستور، إذ نتج عن كل ذلك دستوراً مليئاً بالتناقضات.

ونعتقد ان المسؤولية الاخلاقية للجنة كتابة الدستور كانت تفترض خضوع اعضائها الى بعض القواعد في مجال الصياغة التشريعية، يتمثل اهمها في أن تدرك اللجنة أنها مسؤولة ليس عن شكل مشروع الدستور فحسب، وإنما عن موضوعه أيضاً، وقد فشلت اللجنة في الامرين معاً في أكثر من موضع من الدستور، وأن تدرك اللجنة أن لديها واجب الولاء الى الشعب (الموكل)، ويتمثل هذا الواجب الأصلي في واجبين فرعيين، الأول واجب الكفاءة في صياغة مشروع دستور قابل للتنفيذ بفعالية، والثاني

^١ - يرى بعض الفقه ان الحاجة إلى ممارسة ما تقدم من اختصاصات تظهر في حالة نشوء دولة جديدة، او استقلال الدولة عن دولة اخرى، او تغيير نظام الحكم. اضافة إلى الصور المتقدمة فقد يبادر النظام السياسي في دولة ما بإرادته الخاصة إلى وضع دستور جديد للدولة، رغم أنها ليست بالدولة الجديدة، ولم تستقل عن دولة أخرى، كما أن النظام السياسي فيها مازال هو ذاته، بل وربما مازالت اغلب الفلسفات التي تعتنقها السلطة هي ذاتها، إلا أن هنالك متغيرات معينة طرأت على الدولة، وعلى السلطة التأسيسية وضع دستور جديد يتلاءم مع هذه المتغيرات. راجع: د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - القانون الدستوري والنظم السياسية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ٤٤٥.

^٢ - هيثم الفقي - الصياغة القانونية - من منشورات الانترنت - <http://www.shaimaaatalla.com>

واجب السرية، وقد فشلت اللجنة في هذا الإلتزام أيضا، فلا يخفى على أحد أن طريقة تشكيلها تؤكد على ولاءات متعددة يقف في مؤخرتها الولاء للشعب.

ونعتقد انه كان على أعضاء لجنة كتابة الدستور أن يكونوا من الملمين - ولو بالقدر اليسير بمضامين الدساتير وطبيعة قواعدها وأهم موضوعاتها، كما فات لجنة كتابة الدستور عوامل تحقق الصياغة التشريعية الدقيقة، مثل أن تجمع في الصياغة الدستورية بين كمال التحديد وإتقان التكييف، فضلاً عن ان الدراسة المقارنة تعد من العوامل المساعدة في الصياغة الدستورية، وفقدان كل تقدم إنعكس بطبيعة الحال على الطريقة التي تمت بموجبها صياغة تلك الوثيقة المهمة، ما أفضى إلى وقوع أخطاء صياغية كبيرة بل وفادحة في نصوصها، ومن ثم يحمل الدستور، ويفعل الإشكالات العديدة التي ما زالت تثيرها الكثير من نصوصه، حتمية تعديله، فإذا كانت عملية إعداد هذا الدستور وصياغته قد تمت في ظروف معقدة وصعبة للغاية أقلها قصر المدة الزمنية وأسوأها وجود قوات الإحتلال وإدارتهم لشؤون الدولة والمجتمع وتدخلهم في كل مفردات صياغة الدستور، فان ذلك قد انعكس وبوضوح شديد على الدستور الذي جاء مليئاً بالأخطاء الصياغية، شكلية كانت أم موضوعية.^(١)

المطلب الثاني- المخالفات المبدئية

إذا كان الدستور يضم المبادئ العليا التي تسيّر على هداها المؤسسات الدستورية، فإن دستور ٢٠٠٥ قد إرتكب جملة من المخالفات، لعدد من المبادئ الدستورية العامة، نتوقف عند بعضها، وكما سيأتي بيانه:

أولاً - مخالفة مبدأ سمو الدستور:

الأصل أن السلطة التأسيسية عندما تضع قاعدة معينة في نصوص الدستور فإن ذلك يكون عن رغبة منها في إضفاء صفة سمو والعلوية التي تتمتع بها القواعد الدستورية، ولتكون بذلك أعلى درجة من غيرها في مراتب التدرج القانوني، ومبدأ هرمية القواعد القانونية، يربط القواعد القانونية المعمول بها في الدولة كافة بمصدرها الأساسي وهو الدستور، بما يطمئن المواطن على حقوقه وحرياته التي كفلها

^١ - مع ملاحظة ان المادة (١٤٢/١)اولا) من الدستور أوجبت أن يُشكّل مجلس النواب في بداية عمله لجنة من أعضائه تكون ممثلة للمكونات الرئيسية في المجتمع العراقي مهمتها تقديم تقرير إلى مجلس النواب، خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر، يتضمن توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن إجراؤها على الدستور وتحلّ اللجنة بعد البت في مقترحاتها. في حين اكدت المادة (١٢٦/١) ثانيا) من الدستور على الا يمس ذلك التعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين.

الدستور، لأنه مهما بعد نطاق القانون أفقياً أو أرتفع عمودياً، لا بد أن يبقى تحت سقف نص القاعدة الدستورية.^(١)

ولما كان الدستور هو أصل كل نشاط قانوني تمارسه الدولة فهو لذلك يعلو ويسمو على أوجه هذا النشاط كافة، إذ منه وحده تصبح هذه الأوجه صحيحة فهو القاعدة الأساسية التي يركز عليها النظام القانوني في الدولة، لذا فإن مبدأ سمو الدستور يعني أن يكون للدستور مكان الصدارة بالنسبة لسائر القوانين في الدولة ويتعين على جميع السلطات الحاكمة احترام نصوصه والتزام حدوده والتصرف في النطاق الذي رسمه. وهذا المبدأ لا يسود إلا في الأنظمة الديمقراطية^(٢). وهو من ثم يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها دولة القانون.

وإذا كان مبدأ المشروعية يعني أن تكون جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة متفقة مع أحكام القانون، وأن تسود القاعدة القانونية فوق ارادات الأشخاص القانونية كافة، فإن مبدأ سمو الدستور يعد أهم النتائج الحتمية والملازمة لمبدأ المشروعية^(٣). وهذا سمو الذي تتمتع به القواعد الدستورية، يستند إلى طبيعة هذه القواعد أو موضوعها، كما يستند من ناحية أخرى إلى الشكل الذي تتبلور فيه، ومن هنا قد يكون سمو الدستور موضوعياً أو شكلياً أو كلاهما في آن واحد.^(٤)

ويترتب على التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية وإعطاء الأولى المنزلة العليا ومكان الصدارة على سواها من القوانين الساندة في الدولة، أنه لا يجوز لهذه القوانين الأخيرة أن تخالف أحكام الدستور، إذ يجب أن تصدر القوانين العادية في نطاق الأحكام التي تتضمنها القوانين الدستورية وإلا كان ذلك خروجاً من السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها، وغدت القوانين الصادرة عنها في هذا الخصوص غير دستورية وباطلة.^(٥)

وقد أكد دستور ٢٠٠٥ على ما تقدم في المادة (١٣) منه والتي نصت على " أولاً : يُعد هذا الدستور القانون الأعلى والأسمى في العراق، ويكون ملزماً في أبحاثه كافة وبدون استثناء. ثانياً : لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه".

(١) انظر د. أمين عاطف صليبيا - دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون - المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - لبنان - ٢٠٠٢ - ص ٨٦

(٢) انظر د. ابراهيم عبد العزيز شيحا - القانون الدستوري - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٨٣ - ص ١٧٥ هامش (١)، ود. محمد كامل ليلة - القانون الدستوري - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٦٧ - ص ١١١

(٣) انظر د. عبد العزيز محمد سالمان - رقابة دستورية القوانين - ط ١ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٩٥ - ص ٦٠
(٤) انظر د. عزيزة الشريف - دراسة في الرقابة على دستورية التشريع - مطبوعات جامعة الكويت - الكويت - ١٩٩٥ - ص ١٩

(٥) انظر د. ابراهيم عبد العزيز شيحا - القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ص ١٨٥ - ١٨٦ ، ود. السيد صبري - مبادئ القانون الدستوري - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٤٩ - ص ٢١٩

الا ان الدستور عاد لينتقص من سموه مرتين على الاقل، الاولى حينما أقر في المادة (١١٥) منه بحق الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في تغليب قانونها في الصلاحيات المشتركة بينها وبين الحكومة الاتحادية،^(١) والثانية في المادة (١٢١/ثانياً) منه والتي منحت سلطة الاقليم حق تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الاقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الاقليم بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، ولعل ما تقدم يستدعي تعديل المادتين أعلاه بما يحفظ للدستور هيئته وسموه على غيره من القواعد القانونية القائمة في الدولة.

ثانياً - تنظيم الهيئات العامة:

ثار الخلاف بين الفقهاء عند تعرضهم الى مسألة تحديد ما هو دستوري بطبيعته، إذ ثار الخلاف بشأن موضوع الدولة وهل يعد هذا الموضوع ذو طابع دستوري أم لا؟ كما ثار الخلاف حول الحقوق والحريات العامة، ومدى ضرورة إيراد النصوص المتعلقة بها في صلب الدستور، فهل تعد موضوعات ذات طبيعة دستورية؟ كما أثار موضوع النصوص المتعلقة بالديمقراطية الاقتصادية والاجتماعية، فهل هي نصوص دستورية بطبيعتها أم إنها مجرد مبادئ توجيهية تقتضي تدخل المشرع العادي لتنظيمها؟^(٢) إلا أن موضوع تنظيم السلطات العامة لم يثر بشأنه أي خلاف، فهو موضوع دستوري بامتياز.

ومن ثم ينظم الدستور السلطات التي تتولى إدارة الدولة وتسيير شؤونها، فهو الذي يحدد آليات تكوين هذه السلطات (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، واختصاصاتها، ثم يبين طبيعة علاقة السلطات المتقدمة مع بعضها، إلا أن الدستور إحتوى الدستور أخطاء تتعلق بتنظيم السلطات العامة:

أ. فيما يتعلق بتشكيل السلطة التشريعية: فقد احتوى الدستور على خطأ صياغي موضوعي لا يمكن التسامح به، وهو إحالة تنظيم جزء من السلطة التشريعية الى جزئها الاخر، حينما احال في المادة (٦٥) منه تنظيم مجلس الاتحاد الى قانون يصدر من مجلس النواب.^(٣)

ونؤكد إن تشكيل مجلس الاتحاد (وهو جزء من السلطة التشريعية الاتحادية يمثل الأقاليم والمحافظات ويعكس الجانب الاتحادي لهذه الدولة) على يد مجلس النواب (الجزء الآخر من السلطة التشريعية الاتحادية والذي يمثل الشعب ويعكس وحدة الدولة)، يعني جملة من الاخطاء

١ - تنص المادة (١١٥) على " كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات الاخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والاقاليم تكون الاولوية فيها لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما".

٢ - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع: د. حسين عثمان محمد عثمان - النظم السياسية والقانون الدستوري - القانون الدستوري - الدار الجامعية - القاهرة - ١٩٨٩ - ص ٢٣ و ٢٤

٣ - اذ نصت المادة (٦٥) من الدستور على "يتم انشاء مجلس تشريعي يدعى بـ"مجلس الاتحاد" يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، وينظم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته، وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".

المتابعة، فمن حيث طبيعة الموضوع لا يمكن ان ينظم مجلس الاتحاد من قبل المشرع العادي، لان تنظيم السلطات حكراً على الدستور، ويدخل ضمن إطار موضوعاته الحصرية. ومن جهة اخرى، إن مثل تلك الإحالة يعني إن جزءاً مهماً وحيوياً من البرلمان الاتحادي (مجلس الاتحاد) سيكون تابعاً وخاضعاً للجزء الآخر منه (مجلس النواب)، وهذا ما لم نسمع به من قبل على اختلاف التجارب الدستورية، إذ تلجأ الدساتير الى تحديد اختصاصات كلا المجلسين، من دون إمكان خضوع أحدهما بالتبعية الى المجلس الآخر، مهما كانت إختصاصاته، ولا يخفى على أحد إن تلك التبعية وذلك الخضوع يذكرنا بالتجربة البرلمانية السابقة للعراق، إلا إن الفرق يظهر من حيث جهة التبعية، فمجلس الأعيان المشكل وفقاً لدستور ١٩٢٥ كان يخضع للملك - وهو أمر منطقي - على خلاف مجلس الإتحاد الذي سيخضع لمجلس النواب، بل لقد فاق مجلس الأعيان مجلس الإتحاد أهمية من حيث إن إختصاصاته نُظمت دستورياً على خلاف مجلس الاتحاد حيث أُحيل أمر تنظيمه للقانون، مما يستدعي تعديل المادة (٦٥) من الدستور، وإعادة تنظيم المجلس بالدستور.

ب. من حيث تشكيل المحكمة الاتحادية العليا: تعد تلك المحكمة جزء من السلطة القضائية الاتحادية، وقد اورد دستور ٢٠٠٥، بعض المتغيرات على تشكيل المحكمة عما كانت عليه في قانونها رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ حيث ادخل إلى جانب القضاة خبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء في القانون وترك أمر تحديدهم للقانون، ولا ريب في أن مثل هذا التكوين قد أثار جدلاً ونقاشاً كبيرين فيما يخص دور فقهاء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون هل هو دور استشاري؟ أم مشاركة المحكمة في قراراتها؟ وما هي طريقة إختيار قضاة المحكمة الاتحادية العليا وعددهم؟

وقد ثار الخلاف بين الفقه حول طبيعة دور خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون في المحكمة، بين من يراه إستشارياً، وبين من يراه لازماً لممارسة المحكمة عملها، وبين من يرى أن التنوع في الإختصاصات سيمد المحكمة بالخبرات والكفاءات ويمكنها من أداء رسالتها على الوجه الأسمى، ويرى إتجاه رابع أن بالإمكان تلافي هذا الجدل بتقسيم إختصاصات المحكمة الى قسمين، إختصاصات قضائية تمارس حصراً من قبل، وإختصاصات غير قضائية ويشترك فيها الجميع القضاة وخبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون في إتخاذ القرار كتفسير النصوص الدستورية، ويرد

على ذلك أن لا مجال لتقسيم عمل المحكمة، لأن ذلك يتنافى والمنطق القانوني إذ أن أية محكمة تشكل لتمارس عملها ومهامها الموكلة بها بموجب القانون من دون تفرقة بين أعضائها. (١)

وأخيراً نقول، أن لدينا بعض المآخذ على النص الدستوري بشأن إضافة فقهاء القانون والشريعة الإسلامية إلى تكوين المحكمة، تتمثل في أمرين أساسيين، الأول الأثر السلبي على أداء المحكمة الحالية والمهام الموكلة بها، حيث إن إدخال أفراد لا يمتنون القضاء وليس لديهم دراية قانونية في كيفية تفسير النصوص أو حل التنازع بينها يجعل وجودهم عبئاً على المحكمة، والثاني قد يسهم إختيارهم في إدخال نظام المحاصصة الطائفية إلى العمل القضائي خاصة بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، وهذا ما يبدو جلياً اليوم.

ولما تقدم فإننا نعتقد انه لا بد من إعادة النظر في المادة (٩٢/ثانياً) وحصر تشكيلها بالقضاة فقط.

ثالثاً - أركان النظام البرلماني:

يعرف النظام البرلماني بأنه ذلك النظام الذي يقوم على أساس التوازن والتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، (٢) ويعرف بانه نوع من أنواع الحكومة النيابية المنظمة أصلاً على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، (٣) ويعرف غيرهم النظام البرلماني بأنه النظام الذي يقوم على أساس التوازن والتعاون بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ذات الجهاز المزدوج. (٤)

ونتيجة النجاح الذي حققه البريطانيون في تطبيق النظام البرلماني على مدى قرون من الزمان، فقد حذت الكثير من الدول حذوها في الأخذ بهذا النظام، إلا أن تلك الدول تباينت في أسلوب إقتباس ذلك النظام الى إتجاهين، بين دول استنسخت النظام البرلماني الانكليزي وطبقته في بلدانها من دون الأخذ بنظر الإعتبار خصوصية تلك البلدان وإختلاف ظروفها عن الظروف السياسية في انكلترا، مما إنعكس على الجانب التطبيقي فأفضى الى فشل إعتقاد هذا النظام، وأخرى ذهبت الى تعديل النظام البرلماني بما

١ - إما الدور الاستشاري فيمكن للمحكمة الاتحادية ان تلجأ اليه في اية دعوى تقتضي ذلك حسب ما جاء بالمادة ١٤ من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ والتي جاء فيها (إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي المستشارين لديها او خبراء من خارجها فنقرر الاستعانة بهم ويكون رأيهم استشارياً).

٢ - د. نزيه رعد: القانون الدستوري العام - المبادئ العامة والنظم السياسية- ط٢- المؤسسة الحديثة للكتاب- طرابلس- لبنان- ٢٠٠٨- ص١٣١.

٣ - د. السيد صبري - حكومة الوزارة - بحث تحليلي لنشأة وتطور النظام البرلماني في انكلترا- المطبعة العالمية- مصر- ١٩٥٣- ص١.

٤ - د. نعمان احمد الخطيب- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- ١٩٩٩- ص٣٧٥.

ينفق وظروفها السياسية ورؤى القابضين على السلطة، وهو ما قاد الى تجارب ناجحة الى حد ما في الكثير من الدول التي اعتمدت هذا الاسلوب.

وإذا كان دستور ٢٠٠٥ النافذ قد صرح باعتماد النظام البرلماني،^(١) ولعل ذلك يقتضي منه الأخذ بأركان النظام الاساسية، والتي أجمع الفقه على ركنيه الاساسيين،^(٢) وهما ثنائية السلطة التنفيذية والتعاون والرقابة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية،^(٣) إلا أن الملاحظ أن الدستور العراقي وعلى الرغم من تصريحه باعتماد النظام البرلماني قد أدخل الكثير من التعديلات التفصيلية عليه، الى درجة هدمت العديد من العناصر الجوهرية في تلك الأركان، وذلك على التفصيل التالي:

١. إذا كانت القاعدة عدم مسؤولية رئيس الدولة سياسياً، والتي ظهرت كنتيجة للسلطة الفعلية للوزارة وتجريد رئيس الدولة من أية صلاحيات حقيقية تطبيقاً لقاعدة التوقيع المجاور التي تحرم رئيس الدولة من العمل منفرداً^(٤) الا أن الدستور العراقي خالف تلك القاعدة من خلال تقرير مسؤولية رئيس الجمهورية أمام البرلمان نتيجة للسلطات الفعلية التي يمتلكها ويمارسها بصورة منفردة عن الوزارة.^(٥) لذا كان من الواجب اعادة النظر بالدستور من هذه الناحية.

٢. إمكان حلول رئيس الجمهورية محل رئيس مجلس الوزراء عند خلو المنصب لأي سبب، ونعتقد أنه لا بد من الغاء نص المادة (٨١) من الدستور، إذ لا بد من وجود فصل عضوي بين المنصبين، وأن يحل محل هذا النص نص آخر يعطي الصلاحية لرئيس الجمهورية بتكليف شخصية تتوافر فيها الشروط المناسبة لحين تكليف مرشح آخر لتشكيل الوزارة خلال مدة معينة.

٣. عدم جواز الجمع بين عضوية مجلس لنواب والمنصب الوزاري مما يقتضي تعديل المادة (٤٩/سادساً) من الدستور بما يضمن جواز ذلك الجمع.

١ - نصت المادة (١) من دستور ٢٠٠٥ على " جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي . وهذا الدستور ضامن لوحدية العراق "

٢ - ولا بد من الإشارة الى انه وإن كان من الصعوبة بمكان حصر أسس النظام البرلماني أو أركانه، وذلك لتنوع الانظمة البرلمانية في التطبيق باختلاف دساتير الدول وطرق توصيفها لعناصر هذا النظام، إلا أن ذلك لا يعني وجود إختلافات جوهرية فيه بقدر ما يشير الى مرونة وبساطة وسهولة ارتكازه على أسس من فصل السلطة والمساواة بين أعضائها. راجع: د. اسماعيل الغزال: القانون الدستوري والنظم السياسية، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ١٩٨٢، ص ١٨١.

٣ - تملك السلطة التشريعية تجاه السلطة التنفيذية في النظام البرلماني مجموعة من وسائل التعاون والرقابة يتمثل أهمها في إختيار رئيس الجمهورية، وان كنا نعتقد أن طريقة إختيار رئيس الجمهورية في العراق تجعله تبعاً للبرلمان، لذا نعتقد أنه لا بد من تعديل المادة (٦١/ثالثاً) والمادة (٧٠) من الدستور بما يجعل إختيار رئيس الجمهورية بالاقتراع السري العام المباشر من قبل الشعب الذي يستمد شرعيته منه مباشرة، ولكي يتحرر من تلك التبعية.

٤ - د. وحيد رأفت و د. وايت ابراهيم- القانون الدستوري- المطبعة العالمية- الفجالة- ١٩٣٧- ص ٤٩٧.

٥ - تنص المادة (٦١/سادساً) من الدستور على " مساعلة رئيس الجمهورية بناء على طلب مسبب، بالأغلبية المطلقة لعدد اعضاء مجلس النواب".

٤. الحل الذاتي لمجلس النواب بحرمان السلطة التنفيذية من الوسيلة الأساسية التي تراقب بها عمل السلطة التشريعية، ويقابل حق الأخير في سحب الثقة من الوزارة ومسئوليتها السياسية بل وحتى مسؤولية رئيس الجمهورية، ونقترح إلغاء طريق الحل الذاتي لمجلس النواب، ومنح السلطة التنفيذية وسيلتها الطبيعية في الرقابة على السلطة التشريعية، من خلال تعديل المادة (٦٤) من الدستور.

ومن دون الخوض في الجدل الفقهي الذي رافق هذه المخالفة المبدئية، ومحاولة البعض إضفاء الشرعية عليها، نقول أن الدستور العراقي أخرج العراق من النظام البرلماني البحت إلى نظام نيابي هجين خلط فيه المشرع بين عناصر أكثر من نظام في محاولة للتوفيق بين النظام الدستوري والواقع السياسي، وإن لم تكن تلك المحاولة ناجحة، حيث مر النظام الدستوري والسياسي في العراق - وما زال - بأزمات مؤسسية عديدة تتطلب إعادة النظر في الدستور.

رابعاً - الخلط ما بين اللامركزيتين السياسية والإدارية:

ويعرف نظام اللامركزية الإدارية - بشكل عام - بأنه أحد أساليب التنظيم الإداري، ويقصد به تعدد مصادر النشاط الإداري، والذي يتم على أساس توزيع إختصاصات الوظيفة الإدارية بين السلطة المركزية وبين الهيئات الإدارية المتعددة، فيكون لكل منها إستقلالها في مباشرة إختصاصاتها الإدارية، وفي الإطار الذي تحدده السلطة المركزية.

أما اللامركزية السياسية (اللامركزية الدستورية - النظام الفيدرالي) فنظام دستوري وسياسي يتعلق بكيفية ممارسة الحكم في الدولة، من خلال آلية تنظيم العملية السياسية بين الحكومة المركزية والحكومات المحلية في الدولة الفيدرالية، ومن أهم خصائصها، توزيع السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية دستورياً بين الحكومة المركزية والحكومات المحلية.

وبإسقاط ما تقدم على الدستور العراقي نقول إن دستور العراق جاء متفرداً، إذ أنه أقر في مادته الأولى إبتداءً أن العراق دولة اتحادية واحدة، ثم أكد في المادة (١١٦) منه على " يتكون النظام الإتحادي في جمهورية العراق من عاصمة وأقاليم ومحافظة لامركزية وإدارات محلية"، على الرغم من إختلاف الإقليم عن الوحدات الإدارية اللامركزية، ولعل هذا الخلط الأول الذي وقع فيه الدستور ما بين نوعي المركزية.

وحدد إختصاصات السلطة المركزية من خلال إتباع طريقة التحديد الحصري وترك ما سواها للأقاليم، ومنطق الأمور يقتضي أن تكون هذه الإختصاصات حصرية للسلطة المركزية من دون منازع ولا شريك أولاً، وأن تكون لها الأولوية في التطبيق ثانياً، لكن لو أمعنا النظر في نصوص الدستور العراقي

لوجدناها إختصاصات تقرب إلى درجة الوهمية، لأنها تفقد للعنصرين المتقدمين، إذ أن هذه الإختصاصات ليست حصرية على السلطة المركزية ويمكن للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ممارستها، ومن ناحية أخرى فإن الأولوية في التطبيق عند التعارض تكون لقوانين الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وفقاً لنص المادة (١١٥) من الدستور كما أسلفنا.

من ناحية أخرى أشار الدستور إلى جملة الإختصاصات المشتركة ما بين الحكومة المركزية والإقليم، والتي يعني من الناحية الفعلية إنها ستكون من إختصاص الإقليم والمحافظات طالما إن الدستور أعطى الأولوية لقانون الإقليم والمحافظات وليس أمام السلطة الاتحادية إلا التسليم لقانون الإقليم والمحافظات في حالة إصرارهما على القوانين التي يشرعنها، ثم قضى الدستور على كل تماثل بينه وبين غيره من الفيدراليات حين أشرك المحافظات غير المنتظمة في إقليم في بعض من الصلاحيات التي كان من المفترض أنها مشتركة بين السلطة المركزية والأقاليم انطلاقاً من فكرة اللامركزية السياسية.^(١)

وهذا يعني إن الدستور منح المحافظات كل شروط اللامركزية السياسية التي مر ذكرها رغم إن المادة (١٢٢/١) ثانياً من الدستور أكدت على اعتماد مبدأ اللامركزية الإدارية، مما يعني إن الدستور وقع في خلط كبير بين مفهومي اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية، فالمحافظات غير المنتظمة في إقليم تعمل على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية كما أسلفنا، والإختصاصات التي تمارسها إختصاصات إدارية يتكفل القانون لا الدستور بتحديدتها، وعليه فإن زج المحافظات غير المنتظمة في إقليم في ممارسة نفس إختصاصات الأقاليم خلط بين نظامي اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية وطمس لمعالمها.^(٢)

لما تقدم ندعو الى اعادة النظر بتلك الإختصاصات المشتركة، والغاء ما تعلق منها بالمحافظات، لعدم التوافق ما بين الوضع الدستوري للأقاليم والمحافظات.

١ - وقد حددت المواد (١١٢ و ١١٣ و ١١٤) إختصاصات مشتركة بين كل من الحكومة المركزية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، مثل:

١- إدارة الكمارك بالتنسيق مع حكومات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.
٢- رسم السياسة البيئية لضمان حماية البيئة من التلوث والمحافظات على نظافتها بالتعاون مع الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

٣- رسم السياسة الصحية العامة بالتعاون مع الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.
٤- رسم السياسة التعليمية والتربوية العامة بالتشاور مع الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

٢ - لكن ننبه إلى أن التفسير الضيق لنص المادة ١١٥ يحول من دون شمول المحافظات بالإختصاصات المشتركة التي تشارك الأقاليم فيها السلطات الاتحادية. ويعود للمحكمة الاتحادية العليا أمر تفسير هذه المادة بالمعنى الضيق أو بالمعنى الواسع فيما إذا عرض الموضوع عليها طبقاً للمادة ٩٣ / رابعاً من الدستور. ونشير أخيراً في هذا الصدد إلى قرار للمحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٦/ اتحاديّة/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٤ فسرت فيه نص المادة (١١٥) من الدستور ، جاء فيه " من استقراء نص المادة (١١٥) من الدستور نجد إن الأولوية في التطبيق تكون لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة التعارض بينهما ما لم يكن قانون الإقليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم مخالفاً للدستور وذلك فيما يتعلق بالصلاحيات المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم ولا يعتبر القانون الذي سيشرعه مجلس المحافظة معدلاً أو لاغياً للقانون الاتحادي " .

المبحث الثاني

المخالفات التطبيقية لدستور ٢٠٠٥

يعد الدستور حجر الزاوية في بناء دولة القانون، وهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني، وبوصفه القانون الأساسي في الدولة يحتل الدستور قمة التنظيم القانوني، وتتمركز في نصوصه الأحكام التي تتضمن المقومات الأساسية للمجتمع اقتصادياً وسياسياً واجتماعياً، وتتحدد بموجب نصوصه حقوق الأفراد وحررياتهم، كما تتضمن هذه النصوص القواعد الحاكمة لإختصاصات السلطات العامة المختلفة وعلاقتها ببعضها البعض وعلاقتها بالأفراد.

ولما كان الدستور هو الذي يحدد سلطات الدولة ويبين إختصاصاتها فإنه يجب أن تخضع هذه السلطات للدستور ولا تخرج عليه، ويتعين أن تجري جميع أعمالها وتصرفاتها بما لا يخالف أحكامه التزاماً بمبدأ سمو الدستور الذي يرتبط بمبدأ المشروعية، ويعد أحد مظاهره.

وتتكون السلطات الاتحادية العراقية - وفقاً لأحكام المادة (٤٧) من دستور ٢٠٠٥ - من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وتمارس إختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، وهي ملزمة بلا ريب بالعمل وفقاً لأحكام الدستور، وألاً تخالفها، إلا أن مراجعتنا لأعمال السلطات الثلاث في ضوء دستور ٢٠٠٥ نجد أن هنالك مخالفات عديدة مارستها تلك السلطات لنصوص دستورية صريحة، ومن دون أية تبعات على تلك المخالفات، وهذا ما سوف نحاول بيانه فيما سيأتي:

المطلب الأول - المخالفات التشريعية

تتكون السلطة التشريعية الاتحادية في العراق من مجلس النواب ومجلس الاتحاد،^(١) وتمارس السلطة التشريعية مهام وضع التشريعات والرقابة على الحكومة من حيث الاصل، ومن دون الخوض في تفاصيل سبق الإشارة إليها، نقول ان جميع تلك الإختصاصات منحها الدستور لمجلس النواب تاركاً مجلس الاتحاد من دون اي تحديد، بل لم يكتف بذلك بل احوال الى مجلس النواب اقرار قانونه.

وعلى اية حال مارست السلطة التشريعية - وسنلتزم هنا بمجلس النواب لعدم تشكيل مجلس الاتحاد حتى الساعة - جملة من المخالفات التطبيقية للدستور، يتمثل بعضها في:

أولاً - التأخر في إختيار رئيس مجلس النواب: قرر الدستور أن يدعو رئيس الجمهورية مجلس النواب للانعقاد بمرسوم جمهوري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات العامة، وتعد الجلسة برئاسة اكبر الاعضاء سناً لانتخاب رئيس المجلس ونائبيه، ولايجوز التمديد لاكثر من المدة

^١ - المادة (٤٨) من دستور ٢٠٠٥.

المذكورة آنفاً،^(١) كما ألزم الدستور مجلس النواب بأن ينتخب في أول جلسة له رئيساً، ثم نائباً أول ونائباً ثانياً بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس بالانتخاب السري المباشر.^(٢)

أما فعلياً فقد انعقدت أول جلسة لمجلس النواب في ١٤ / حزيران، إلا أن المجلس لم يستطع إختيار رئيس له في تلك الجلسة خلافاً لأحكام الدستور، إذ شهدت هذه الجلسة أداء اليمين باللغتين العربية والكردية حسب إنتماء النواب العرقي، أما رئيس المجلس فلم يجر انتخابه إلا يوم ١١ من تشرين الثاني من العام نفسه، بعد ان تأجل الإختيار أربع مرات لعدم وجود التوافق، أي بعد قرابة خمسة أشهر، ولعل ما تقدم إنعكس على إختيار رئيس الجمهورية وفقاً لاحكام المادة (٧٠) من الدستور.^(٣)

ثانياً - إخفاق أو إمتناع مجلس النواب عن إقرار قانون مجلس الاتحاد: فمن المعروف عدم إكمال تلك السلطة - بمجلسيها - حتى اليوم، علماً أن الدستور ذاته قد ألزم مجلس النواب بوضع قانون مجلس الاتحاد خلال مدة لا تتجاوز دورة المجلس الأولى التي عقدها بعد نفاذ الدستور، وهذا ما قرره المادة (١٣٧) من الدستور.^(٤)

ثالثاً - عدم إقرار المسؤولية السياسية للحكومة إطلاقاً: لقد مارس مجلس النواب وبكثرة إختصاصه في الرقابة على أعمال الحكومة التي قررتها المادة (٦١/سابعاً وثامناً)،^(٥) إلا أننا نلاحظ مسألتان غاية في الأهمية، الأولى أن مجلس النواب لم يمارس نهائياً حقه في السؤال البرلماني للوقوف على حقيقة بعض المسائل المتعلقة بالعمل الحكومي، والثاني أن مجلس النواب - وعلى الرغم من إكمال الأدلة وإنهاء

١ - المادة (٥٤) من دستور ٢٠٠٥.

٢ - المادة (٥٥) من الدستور.

٣ - تنص المادة (٧٠) من الدستور على:

أولاً : ينتخب مجلس النواب من بين المرشحين رئيساً للجمهورية بأغلبية ثلثي عدد اعضائه .

ثانياً : إذا لم يحصل اي من المرشحين على الاغلبية المطلوبة يتم التنافس بين المرشحين الحاصلين على اعلى الاصوات ويعلن رئيساً من يحصل على اكثرية الاصوات في الاقتراع الثاني .

٤ - تنص المادة (١٣٧) من الدستور على "يؤجل العمل باحكام المواد الخاصة بمجلس الاتحاد اينما وردت في هذا الدستور إلى حين صدور قرار من مجلس النواب بأغلبية الثلثين بعد دورته الانتخابية الاولى التي يعدها بعد نفاذ هذا الدستور " .

٥ - تنص المادة (٦١) من الدستور على: " سابعاً : أ - لعضو مجلس النواب ان يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء والوزراء اسئلة في اي موضوع يدخل في اختصاصهم... ب - يجوز لخمس وعشرين عضواً في الأقل من اعضاء مجلس النواب طرح موضوع عام للمناقشة لاستيضاح سياسة واداء مجلس الوزراء أو احدى الوزارات.... ج - لعضو مجلس النواب وبموافقة خمسة وعشرين عضواً توجيه استجواب إلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء لمحاسبتهم في الشؤون التي تدخل في اختصاصهم... "، اما الفقرة ثامناً من نفس المادة فتنص على " أ - لمجلس النواب سحب الثقة من احد الوزراء بالأغلبية المطلقة ويعد مستقيلاً من تاريخ قرار سحب الثقة.. ب - ١ - لرئيس الجمهورية تقديم طلب الى مجلس النواب بسحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء . ٢ - لمجلس النواب بناء على طلب خمس " ١ / ٥ " اعضائه سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، ولا يجوز ان يقدم هذا الطلب الا بعد استجواب موجه إلى رئيس مجلس الوزراء... ٣ - يقرر مجلس النواب سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء بالأغلبية المطلقة لعدد اعضائه . ج - تعد الوزارة مستقيلة في حالة سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء".

الإستجابات وتحقق القناعات بالفعل المنسوب الى المستجوبين - لم يقرر أبداً مسؤولية أي من المستجوبين السياسية، فلم نسمع نهائياً بقرار المجلس بخصوص إستجواب ما، فكانت جميع تلك الإستجابات تنتهي بهدوء شديد يتناقض وبشدة مع الضجة الكبيرة التي تسبق الإستجواب أو ترافقه. وإن كان لنا تحديد سبب لذلك، فإنه بلا ريب لا يتعدى التوافقات السياسية التي أضحت اليوم وسيلة يفلت بموجبها المخالفين من حكم القانون.

رابعاً - تعثر العملية التشريعية: يعاني مجلس النواب من تعثر شديد في ممارسة العملية التشريعية وإصدار القوانين - على الأقل تلك التي تكمل الدستور منها - ويبدو ذلك جلياً من تتبع جلسات مجلس النواب وعدد القوانين التي قام بإقرارها.

ولنا ان نقر أن الدستور لم يحدد مدداً لإقرار القوانين التي ورد ذكرها في الدستور، الا أن ذلك لا يرفع عن المشرع إلتزام سنها أو الإستعجال في ذلك، ويمكن القول أن هنالك قوانين تستدعي من مجلس النواب الإسراع في تشريعها إما لعدم تنظيمها سابقاً بقانون أو لأن أحكام القانون تخالف الأحكام الجديدة التي جاء بها الدستور، ومن هذه القوانين ما أورده المادة (٩) من الدستور بشأن خدمة العلم، والمادة (٣٨) بشأن حرية التعبير والصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر والإجتماع والتظاهر السلمي، والمادة (٣٩) الخاصة بالاحزاب السياسية، وقانون هيئة ضمان حقوق الاقاليم وفقاً لأحكام المادة (١٠٥)، وقانون الهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الإتحادية وفقاً لأحكام المادة (١٠٦)، وغيرها كثير. علماً أن وهنالك عدد آخر من القوانين التي يلتزم مجلس النواب بإصدارها وإن لم تكن مستعجلة، مثل قانون حق الفرد في الخصوصية الشخصية المشار اليه في المادة (١٧)، وقانون اللجوء السياسي الوارد في المادة (٢١)، وقانون الضرائب والرسوم الوارد في المادة (٢٨)، وقانون رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة في المادة (٣٢)، وغيرها.

خامساً - تعديل الدستور: أوجب الدستور على مجلس النواب أن يشكّل مجلس النواب في بداية عمله لجنة من أعضائه تكون ممثلة للمكونات الرئيسية في المجتمع العراقي مهمتها تقديم تقرير إلى مجلس النواب، خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر، يتضمن توصية بالتعديلات الضرورية التي يمكن إجراؤها على الدستور،^(١) ثم تعرض التعديلات المقترحة من قبل اللجنة دفعة واحدة على مجلس النواب للتصويت عليها، وتعد مقرة بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس،^(٢) ثم تطرح - بعد موافقة مجلس النواب عليها

^١ - المادة (١٤٢/١ اولا) من الدستور.

^٢ - المادة (١٤٢/١ ثانيا) من الدستور.

- على الشعب للإستفتاء عليها خلال مدة لا تزيد على شهرين من تاريخ إقرار التعديل في مجلس النواب،^(١) ويكون الإستفتاء على المواد المعدلة ناجحاً بموافقة أغلبية المصوتين، وإذا لم يرفضه ثلثا المصوتين في ثلاث محافظات أو أكثر.^(٢)

وعلى الرغم من أن مجلس النواب شكل لجنة للتعديلات الدستورية وأن هذه اللجنة قد أنهت عملها، إلا إن تلك التعديلات لم تطرح على مجلس النواب ولا على الإستفتاء الشعبي رغم إنقضاء المدة المحددة في الدستور.^(٣)

المطلب الثاني - المخالفات التنفيذية

تمارس السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القوانين التي تضعها السلطة التشريعية، لتقوم من ثم برسم السياسات العامة في الدولة وتقديم الخدمات العامة والحفاظ على النظام العام.

وتتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، وتمارس صلاحياتها وفقاً للدستور والقانون.^(٤) وتعددت المخالفات التي مارسها السلطة التنفيذية للدستور إلا أننا سنقف عن أكثرها وضوحاً، وكما سيأتي:

اولاً - تشكيل الحكومة: حدد الدستور في المادة (٧٦) من آليات تشكيل الحكومة، والتي تبدأ بتكليف رئيس الجمهورية مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً بتشكيل مجلس الوزراء خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنتخاب رئيس الجمهورية، وبالفعل تم تكليف السيد المالكي بتشكيل الحكومة بعد أربعة عشر يوماً من إختيار السيد الطالباني رئيساً للحكومة في ١١ / ١١ / ٢٠١٠.

ليتولى بعدها رئيس مجلس الوزراء المكلف بتسمية أعضاء وزارته خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ التكليف،^(٥) وبالفعل تمكن المالكي من تشكيل الحكومة خلال أقل من شهر، حيث عرض رئيس مجلس الوزراء المكلف أسماء أعضاء وزارته، والمنهاج الوزاري، على مجلس النواب، ويعد حائزاً ثقتها عند الموافقة على الوزراء منفردين والمنهاج الوزاري، بالأغلبية المطلقة.^(٦) وصوت البرلمان العراقي على البرنامج الحكومي، قبل أن يتم التصويت على ٢٩ وزيراً، بالإضافة إلى رئيس الوزراء، الذي تولى بالوكالة

^١ - المادة (١٤٢/١٤٣) من الدستور.

^٢ - المادة (١٤٢/١٤٣) من الدستور.

^٣ - وقد أوردت لجنة صياغة الدستور تعديلات جوهرية على (٣٦) مادة، بل إن التعديل شمل حتى العناوين الأساسية للدستور وأسلوب تقسيم المواد الواردة فيه، فضلاً عن (٦٦) إضافة ما بين مادة جديدة أو إضافة على مادة قائمة، وطال التعديل حتى المواد المتعلقة بحقوق وحرّيات الإنسان التي حظر الدستور على هذه اللجنة المساس بها إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين، وبغض النظر عن الرأي القانوني والنوعي بتلك التعديلات، يمكن القول إن الكم التعديلي غير قليل وإن كان ذلك مؤشراً على شيء فانه يوشح على خلل كبير في اصل الدستور.

^٤ - المادة (٦٦) من الدستور.

^٥ - المادة (٧٦/٧٦) من الدستور.

^٦ - المادة (٧٦/٧٦) من الدستور.

الحقائب الوزارية الأمنية الثلاث (الداخلية والدفاع والأمن الوطني)، و ٣ من نوابه بالأغلبية المطلقة، مع تأجيل إعلان مرشحي ٩ وزارات.^(١) ولا يخفى على أحد المخالفات التنفيذية التي رافقت تشكيل الحكومة، بل وخلو بعض الوزارات أو ممارستها بالوكالة حتى لحظة كتابة هذه الدراسة.

ثانياً - إستكمال متطلبات تنفيذ المادة (٥٨) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية: حيث أُلزم الدستور السلطة التنفيذية إتخاذ الخطوات اللازمة لإستكمال تنفيذ متطلبات المادة (٥٨) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية بكل فقراتها.^(٢) على ان تمتد وتستمر تلك المسؤولية الملقاة على السلطة التنفيذية في الحكومة الانتقالية والمنصوص عليها في المادة (٥٨) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية إلى السلطة التنفيذية المنتخبة بموجب هذا الدستور على أن تنجز كاملة (التطبيع، الاحصاء وتنتهي باستفتاء في كركوك والمناطق الأخرى المتنازع عليها لتحديد إرادة مواطنيها) في مدة اقصاها ٢٠٠٧/١٢/٣١.

وتنص المادة (٥٨) قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على جملة من المهام التي تقع على عاتق السلطة التنفيذية، ومنها:

(أ) تقوم الحكومة العراقية الانتقالية، ومن بعدها الحكومة المشكلة بموجب الدستور، محاولة رفع الغبن عن بعض المناطق ومن بينها كركوك، من خلال إتخاذ الخطوات التالية:

١ . على الحكومة إعادة المقيمين إلى منازلهم وممتلكاتهم. وإذا تعذر ذلك، على الحكومة تعويضهم تعويضاً عادلاً.

٢ . إعادة توطين المرحلين قسرياً، أو تعويضهم، أو تسليمهم أراضٍ جديدةٍ من الدولة قرب مقر إقامتهم في المحافظة التي قدموا منها.

٣ . توفير فرص عمل جديدة لهم في تلك المناطق والأراضي.

٤ . أما بخصوص تصحيح القومية فعلى الحكومة إلغاء جميع القرارات ذات الصلة، والسماح للأشخاص المتضررين بالحق في تقرير هويتهم الوطنية وانتمائهم العرقي بدون إكراهٍ أو ضغطٍ.

(ب) معالجة التغييرات الادارية غير العادلة التي مارسها النظام السابق، على وفق آليات نصت عليها المادة (٥٨).

١ - وكانت جلسة البرلمان في ٢٠١٠/١٢/٢٢ شهدت تصويت النواب الذي بلغ عددهم ٢٦٦ نائبا بالاجماع على المالكي رئيسا للوزراء في الحكومة الجديدة وتولي وزارات الداخلية والدفاع والأمن الوطني بالوكالة، إلى حين تقديم مرشحين لها، كما صوت بالاجماع او بالأغلبية الكبيرة على روز نوري شاويس نائبا لرئيس الوزراء، وحسين الشهرستاني نائبا لرئيس الوزراء لشؤون الطاقة ووزير الكهرباء، وصالح المطلك نائبا لرئيس الوزراء.

٢ - المادة (١٤٠) من الدستور.

(ج) تؤجّل التسوية النهائية للأراضي المتنازع عليها، ومن ضمنها كركوك، إلى حين استكمال الإجراءات أعلاه، وإجراء إحصاءٍ سكانيٍّ عادلٍ وشفافٍ، وإلى حين المصادقة على الدستور الدائم، يجب أن تتمّ هذه التسوية بشكلٍ يتفق مع مبادئ العدالة، آخذاً بنظر الاعتبار إرادة سكّان تلك الأراضي".
ولا يخفى على أحد إن مما تقدم لم يتم لليوم، فلا إحصاء سكاني، وتطبيع متعثر، ناهيك عن عدم إجراء الإستفتاء في كركوك أو غيرها.

المطلب الثالث - المخالفات القضائية

تتكون السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الإدعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون،^(١) وهي سلطة مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون،^(٢) كما وأن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة.^(٣)

ومن دون الخوض في المساجلات السياسية التي تتهم القضاء العراقي بالتسييس مخالفة للإلتزام الدستوري سالف الذكر، فأنا نعتقد أن ربط تعيين رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس الإدعاء العام ورئيس هيئة الإشراف القضائي بموافقة مجلس النواب يؤدي بلا ريب الى مثل تلك السجلات أو يؤكد مثل تلك الاتهامات، ولعل المنتبِع للتصويت على قانون المحكمة الاتحادية العليا يجد أن أغلب الإعتراضات التي كانت تدفع الى تأجيل التصويت على القانون، كانت بسبب أعضاء تلك المحكمة، وتبعيتهم.

نقول أننا لن نتوقف عند ذلك الأمر بل سوف نناقش مخالفة المحكمة الاتحادية العليا للدستور من حيث ممارستها لعملها، والحقيقة إن إنشاء تلك المحكمة جاء أولاً من خلال قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، إذ نصت المادة الرابعة والأربعين منه على إنشاء محكمة اتحادية عليا مهمتها الرقابة على دستورية القوانين والنظر في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، فأصدر مجلس الوزراء - بناء على موافقة مجلس الرئاسة وحسب صلاحياته التشريعية - الأمر رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (قانون المحكمة الاتحادية العليا) وجاء في المادة (١) منه " تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها غير القانون".

^١ - المادة (٨٩) من الدستور.

^٢ - المادة (٨٧) من الدستور.

^٣ - المادة (٨٨) من الدستور.

ولم يبين قانون المحكمة وكذلك النظام الداخلي لها الإجراءات المتعلقة بترشيح أعضاء المحكمة واختيار الفائزين من بينهم، كما لم يحدد صفة الأعضاء، هل هم من القضاة حصراً، أم قانونيين، أم غير قانونيين، على الرغم من أنه عادة ما تاتي القوانين بالإفصاح بشكل واضح عن إرادة المشرع الدستوري. ولعل هذا دفع البعض للقول أن هذا الأمر ربما كان مقصوداً، إذ يعود بنا الى الإرث الدستوري العراقي في عام ١٩٢٥، بإضعاف الصفة المهنية للمحكمة من خلال إقحام عناصر غير قضائية، بل وغير قانونية، وإذا كان مما لاشك فيه أن يكون للفقهاء والباحثين القانونيين دور في هذا النوع من المحاكم، بحسب الطبيعة المعقدة للموضوعات التي تعرض عليها، والتي قد لا تفيد معها المهنية الروتينية المعتادة في القضاء، إلا أن طبيعة المحكمة تفترض العنصر القضائي دون سواه.

أما دستور ٢٠٠٥ فقد أشار الى هذه المحكمة في الفصل الثالث منه، والذي خصص للسلطة القضائية، ثم فصل إختصاصها وآلية تشكيلها، إذ تتشكل المحكمة من عدد من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وطريقة إختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.^(١)

الآن أننا لم نشهد حتى الساعة إصدار مثل ذلك القانون، وعلى الرغم من أن لا يد للمحكمة الاتحادية في ذلك، إذ أنها تعمل في إطار القواعد التي يلتزم مجلس النواب باقرارها، الا أنه يقع على عاتقها على الأقل السير وفق نمط محدد بعينه، فاذا كان تشكيلها حتى الساعة يتم وفقاً لقانونها، على الرغم من الإختلاف البين بين الطريقة التي حددها والطريقة التي رسمها الدستور، الا أنها أضحت تمارس إختصاصات هجينة، إذ نراها تمارس كل الاختصاصات التي نص عليها قانونها رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، وتلك التي نصت عليها المادة (٩٠) من الدستور، وهذا أمر غريب.

وعليه نجد إن نصوص الدستور أعلاه قد أوجبت إعادة النظر في تشكيل المحكمة الدستورية بطريقة جديدة غير الطريقة التي أقرها قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية الذي لا يزال نافذاً، وبذلك تكون تشكيله المحكمة الحالية وتكوينها وطريقة تعيين أفرادها - على رأي البعض - تتعارض مع أحكام المادة (٩٢) من الدستور، كما أن الدستور أناط بالمحكمة إختصاصات محددة، يتعارض بعضها مع تلك الإختصاصات التي نظمها قانون المحكمة، مما يستدعي رفع تلك المخالفة، والإسراع بإقرار قانونها الذي إستلزمه الدستور.

الخاتمة

لا يخفى على أحد الظروف التي رافقت وضع الدستور العراقي، والآمال العراض التي ملئت نفوسنا، من أن إقراره سيكون نقطة تحول في حياتنا، وأستشهد بما جاء في ديباجته دليلاً " ..نحن شعبُ

^١ - المادة (٩٢/ثانياً) من الدستور.

العراقِ الناهض تَوْأً من كبوته، والمتطلع بثقة إلى مستقبله من خلال نظامٍ جمهوري اتحادي ديمقراطي تعددي، عقَدنا العزم برجالنا ونسائنا، وشيوخنا وشبابنا، على احترام قواعد القانون .. وأن يتعظ لُغده بأسمه، وأن يسُنَّ من منظومة القيم والمُثل العليا لرسالات السماء ومن مستجدات علم وحضارة الانسانِ هذا الدستور الدائم، إنَّ الالتزام بهذا الدستور يحفظ للعراق اتحاده الحر شعباً وأرضاً وسيادةً".

ومن دون الخوض في تفصيلات الملاحظات التي أوردنا كل منها في موضعه في الدراسة، مع التأكيد على أنها لم تشمل جميع مواد الدستور بل جزء ضئيل منها، أقول كانت الوثيقة التي عقَدنا عليها الآمال مخيبة، مليئة بالهفوات والأخطاء - سواء ما كان منها شكلياً يمكن التسامح به، أو موضوعياً لا يغتفر - مما جعلنا نتساءل عن سبب الإصرار على عدم تعديله وإعادة النظر فيه؟ فهل هو يقيناً إيمان من قبل واضعيه - وهم اليوم أعضاء في السلطة التشريعية - بأنه دستور متين، أم لأن التوافقية والمحاصصة توغلت في بنى ومؤسسات الدولة العراقية؟

المصادر

١. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - القانون الدستوري والنظم السياسية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٦ .
٢. د. ابراهيم عبد العزيز شيحا - القانون الدستوري - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٨٣ .
٣. د. السيد صبري - مبادئ القانون الدستوري - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٤٩ .
٤. د. السيد صبري - حكومة الوزارة - بحث تحليلي لنشأة وتطور النظام البرلماني في انكلترا- المطبعة العالمية- مصر - ١٩٥٣ .
٥. د. أمين عاطف صليبا - دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون - المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس- لبنان - ٢٠٠٢ .
٦. د. اسماعيل الغزال - القانون الدستوري والنظم السياسية - ط١- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت- ١٩٨٢ .
٧. د. حسين عثمان محمد عثمان - النظم السياسية والقانون الدستوري - القانون الدستوري - الدار الجامعية - القاهرة - ١٩٨٩ .
٨. د. زهير اسكندر - صياغة النص التشريعي - مركز الدراسات القانونية والقضائية - من منشورات الانترنت - www.arabruleoflaw.org .
٩. د. عبد العزيز محمد سالم - رقابة دستورية القوانين - ط ١ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٩٥ .
١٠. د. عزيزة الشريف - دراسة في الرقابة على دستورية التشريع - مطبوعات جامعة الكويت - الكويت - ١٩٩٥ .
١١. د. محمد كامل ليلة - القانون الدستوري - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٦٧ .

- ١٢ . د. نزيه رعد- القانون الدستوري العام - المبادئ العامة والنظم السياسية- ط٢- المؤسسة الحديثة للكتاب- طرابلس- لبنان- ٢٠٠٨ .
- ١٣ . د. نعمان احمد الخطيب- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - ١٩٩٩ .
- ١٤ . هيثم الفقي - الصياغة القانونية - من منشورات الانترنت - www.shaimaatalla.com
- ١٥ . د. وحيد رأفت و د. وايت ابراهيم- القانون الدستوري- المطبعة العالمية- الفجالة- ١٩٣٧ .

الحماية الدولية من ظاهرة الاحتباس الحراري

أ.م.د. عدنان عباس النقيب

كلية القانون/ جامعة بغداد

Abstract

The International Protection from Thermal Retention Phenomenon

The follower of the environmental developments at the international level and the local one sees that they had the greatest impact in the emergence of the thermal retention phenomenon which found new climates that should cease its development and avoid its negative results at various levels. Thus, the international organizations called for studying this phenomenon and holding Stockholm conference 1972, where international conferences continued in holding afterwards to specify and dedicate the scientific and practical studies to stop the growing of the thermal retention phenomenon until the conference of Rio de Janeiro was held at early 1990s upon a UN invitation in order to conclude a framework agreement according to which the participating countries pledge to prevent the increase of earth temperature, then came the protocol of Kuto and obliged the participating countries till 2012 to lower the temperature and stop the gases produced

by their plants and technological projects so as to pave the way to control the climatic changes threatening the human future. Conferences and studies are still continuing this path in order to arrive at practical and legal obligated results for the main countries causing the most dangerous phenomenon witnessed by earth.

المقدمة

على الرغم من تمايز الحوادث الطبيعية، عن الحوادث التي يتسبب فيها خطأ بشري أو قصور تكنولوجي، إلا أن من المسلم به الآن، أن الأنشطة البشرية تتسبب إلى حد كبير في وقوع الكوارث الطبيعية ولما يترتب عليها من آثار.

ونظراً لأن الكوارث الطبيعية تقع في المقام الأول نتيجة التفاعلات الطبيعية بين الغلاف الجوي والغلاف الأرضي المائي والقشرة الأرضية، فإن أي تغير فيهم يطرأ على تكوين هذه الموارد الطبيعية قد يؤدي إلى تزايد هذه الأخطار، لذا أصبحت البيئة البشرية اليوم محفوفة بالمخاطر وأصبح مرفوع الكوارث الطبيعية والحوادث الصناعية المفجعة في أزيد مطرد.

وتعد الانبعاثات الناتجة عن النشاطات البشرية والعلمية والتكنولوجية القائمة بالتقنيات الحديثة السبب الرئيس في تغير المزيج المتشعب في الغازات الموجودة في جو الأرض بسبب التلوث الجوي الذي ينجم عن هذه العمليات والذي يؤدي إلى زيادة غازات الاحتباس الحراري التي تسبب ارتفاع درجة الحرارة وتغير المناخ العالمي، الذي يؤثر بدوره في نظام الحياة بكل مكوناته الحية وغير الحية.

كما أن قبول العالم باختفاء الغطاء الشجري وتوسيع الصحارى وتلوث الهواء والمياه يؤدي إلى تفاقم الأسباب المؤدية إلى ارتفاع درجة حرارة المناخ.

وقد أدت هذه التغيرات في التكوين الطبيعي لموارد البيئة إلى ازدياد الكوارث الطبيعية بشكل هائل خلال العقود الثلاثة الماضية^(١).

(١) حيث تشير سجلات الكوارث الطبيعية الكبرى إلى وقوع ١٦ حادثة في هذه الحوادث في الستينات و ٢٩ حادثة في السبعينات و ٦٨ حادثة في الثمانينات، كما ازدادت الخسائر الاقتصادية الناجمة عنها نطاق العالم كله، فقد قدرت حملة الخسائر في الستينات بنحو ١٠ مليارات دولار، وفي السبعينات بنحو ٣٠ مليار دولار، وفي الثمانينات بنحو ٩٣ مليار دولار، واستمرت الكوارث في الكرة الأرضية نتيجة ارتفاع درجات الحرارة كما في حادثة زلزال المحيط الهندي في ٢٦ ديسمبر (كانون الثاني) عام ٢٠٠٤، وضربت موجة مد عاتية شواطئ كل من اندونيسيا، الهند، سيريلانكا، وخلفت كما هائلاً من الدمار أكثر من ٣٠٠ ألف قتيل، وفي عام ٢٠١٠ ضرب أيسلندا بركاناً أدى إلى شل حركة الطيران في عموم أوروبا، وفي شهر مارس/ آذار سنة ٢٠١١ عادت الزلازل لتضرب قيعان المحيط الهندي والأطلسي الأمر الذي أدى إلى مد بحري دمر الكثير من الجزر اليابانية وأتى على المفاعلات النووية الموجودة على هذه الجزر ومنها مفاعل أوكوشيما.

وعلى الرغم من أن عملية التنبؤ بالتغيرات المناخية تعتبر عملية غاية في التعقيد إلا أن الدراسات والبحوث العلمية أثبتت حدوث هذا التغير، كما أكدت أن الانبعاثات الناجمة عن النشاطات البشرية هي التي سببت هذا التغير لهذا تقرر أهمية الحد من التغير المناخي من خلال بناء التعاون اللازم للتصدي لهذه المشكلة والحد من النشاطات التي تؤدي إلى تزايد الانبعاثات المسببة لها وبناءً على ذلك سنتناول هذا البحث في مبحثين:

المبحث الأول:- مفهوم ظاهرة الاحتباس الحراري.

المبحث الثاني:- الجهود الدولية للحد من ظاهرة الاحتباس الحراري.

المبحث الأول

مفهوم الاحتباس الحراري

لا شك أن تلوث البيئة يدخل حالياً في مركز اهتمامات الدول فهو يتعلق بكافة العناصر الداخلة في إقليم كل دولة، سواء كانت برية أو بحرية أو جوية أو نهريّة فقد بدأت حماية البيئة من التلوث العابر للحدود تأخذ أبعاداً عالمية منذ انعقاد مؤتمر ستوكهولم للبيئة البشرية في سنة ١٩٧٢، وسنتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب:-

المطلب الأول : تعريف ظاهرة الاحتباس الحراري

ظاهرة الاحترار الكوكبي (ظاهرة الدفيئة) أو الاحتباس الحراري: يطلق البعض على هذه الظاهرة تسميات أخرى كظاهرة البيت الزجاجي أو الاحتباس الحراري، ولكن لا بد أن نميز بين ظاهرة البيت الزجاجي وظاهرة الاحترار الكوكبي، فظاهرة البيت الزجاجي هي ظاهرة خاصة بكوكب الأرض الذي يتميز بتوافر الماء والهواء ودرجة الحرارة المناسبة حيث يحتفظ الغلاف الجوي المحيط بالأرض بجزء من الطاقة التي ترسلها أشعة الشمس ولا يعكسها إلى طبقات الجو العليا وتحتفظ الأرض بهذه الطاقة على شكل أشعة تحت الحمراء، وفي هذه الحالة يعمل الغلاف الجوي كالزجاج في البيت الزجاجي بمعنى أنه يسمح لأشعة الشمس بالنفاذ وتحتفظ بعد ذلك بجزء من هذه الأشعة على شكل حرارة ويمتاز الغلاف الجوي المحيط بالأرض باحتوائه على ما نسبته ٤% من بخار الماء الذي يحتبس جزءاً من الحرارة على شكل أشعة تحت الحمراء بحيث تصبح درجة حرارة الأرض ملائمة لعيش الكائنات الحية^(١).

أما ظاهرة الاحتباس الكوكبي فأنها تعزى لها نشطة البشر، حيث لاحظ العلماء في الثمانينات من القرن الماضي تزايد نسب بعض الغازات الدفيئة في الهواء الجوي مثل ثاني أكسيد الكربون

(١) أنظر: شارلس. هـ. ساوتريك، ترجمة د. قيصير نجيب صالح، سهيلة عباس أحمد الدباغ، د. طارق أحمد صالح، علم البيئة ونوعية بيئتنا، المكتبة الوطنية بغداد ١٩٨٤، ص ٥٩ وما بعدها.

والكلوروفلوروكربون والميثان وأكاسيد النيتروجين والأوزون التي تمتاز بقدرتها على امتصاص الأشعة الحمراء بدرجات متفاوتة.

ويعتقد العلماء أن غاز ثاني أكسيد الكربون يساهم بما نسبته ٥٠% من الارتفاع الذي نشهده في درجة حرارة الأرض، وينتج ثاني أكسيد الكربون بشكل رئيس من تنفس الكائنات الحية وعن حرق الوقود الأحفوري^(٢)، ويشير العلماء إلى أنه إذا أستمروا انبعاث غاز ثاني أكسيد الكربون بنفس المعدلات الحالية، فإن نسبته في الهواء الجوي ستتضاعف بحلول عام ٢٠١٥، وسترتفع درجة حرارة الأرض ما بين ١٥-٤٥ درجة مئوية.

ويشير العلماء إلى أن غازات الدفيئة تحتبس مجتمعة في حرارة مقدار ما يمكن توليد أكثر من ٣٠٠ ألف محطة نووية وتساهم الدول المتقدمة بنسبة كبيرة من الغازات الدفيئة كأمريكا الشمالية والدول الأوروبية والصيني وتبلغ انبعاثات الكربون بالنسبة للفرد الواحد في الولايات المتحدة الأمريكية حوالي ٢٠ ضعفاً أعلى مما عليه في الدول النامية.

وقد أاتفق المجتمعون في قمة الأرض عام ١٩٩٢ ريودي جانيرو على وقف انبعاث الغازات التي تساهم في ظاهرة الدفيئة في عام ٢٠٠٠ بحيث تصل إلى ما كانت عليه عام ١٩٩٠ ولكن بعد مرور كل هذه الأعوام لم يتحقق ذلك على أرض الواقع^(١).

المطلب الثاني: أنشطة الإنسان وتأثيرها في تفاقم ظاهرة الاحتباس الحراري

عندما نتحدث عن الاحترار الكوكبي فأننا نستدعي مباشرة الخلاف عما إذا كان البشر قد ظل يسهم في رفع درجة الحرارة فوق الأرض حيث يعتقد المشككون أن ما يجري من احترار هو جزء من الدورة الطبيعية لتغير مناخ الأرض التي لا نهاية لها.

وأن أسلافنا عاشوا عبر تسع فترات طويلة جليدية في الأقل خلال ٧٨٠ ألف سنة مضت تفصلها فترات دافئة أقصر كثيراً، وفي أثناء ذلك كان مناخ العالم في فترة انتقال من مناخ بارد إلى مناخ دافئ، ثم العكس ثانية، ويشير هؤلاء إلى أن النماذج التي يقدمها الحاسوب حول المناخ ضعيفة وغير مؤكدة وأن السجل المناخي يظهر أن هناك ارتفاع في درجة الحرارة أقل مما توحى به النماذج التي يقدمها الحاسوب، وأن التغذية الراجعة السلبية ستحمينا من تغير المناخ.

(٢) أنظر: ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٨.

(١) أنظر: د. إيمان محمد غيث، منى حسن أبو ذهيب، الإنسان والبيئة صراع أم توافق، دار الفكر، ط ٢، ٢٠١١، ص ١٣٨ وما بعدها.

حيث يعتقد البعض أن زيادة تكوين السحب قد تعمل على تبريد الأرض وحجب ضوء الشمس وأن محبظات العالم وغاباته تمتص كميات كبيرة من غاز ثاني أكسيد الكربون مما سيؤدي إلى خفض درجة حرارة الأرض^(١).

إلا أن معظم العلماء واثقون من وجود احترار كوكبي بفعل الإنسان هو أمر واقع حيث ازدادت درجة الحرارة في المائة والخمسين سنة الماضية وأن هذا الارتفاع في درجة الحرارة قد نتج جزئياً من تصرفاتنا، حيث يجري قطع الغابات لإخلاء الأرض من دون تخطيط واستخدام الفحم والبتروول وغيرها من الوقود الأحفوري مما رفع تركيز الغازات الدفيئة في الجو ليصل إلى مستوى قياسي في إسهامه في احترار الأرض.

ويذكر تقرير صادر عن منظمة الأغذية والزراعة (فاو) وقوع أعداد كبيرة من الحرائق بما فيها حريق (البيت الأسود) عام ٢٠٠٩ في أستراليا^(٢)، وهناك تحريات لحرائق اندلعت في بوتسوانا والبرازيل وإسرائيل واليونان والولايات المتحدة، تؤكد منظمة الفاو (أن نيران الحرائق الهائلة سببها البشر في الغالب ويزيد من تفاقمها تغير المناخ وعزت منظمة الفاو إلى أن جميع الحرائق الكبرى إلى يد البشرية كما وجد التقرير علاقة الجفاف بزيادة وتطويل فترة الحرائق الهائلة مع مساهمة الظروف الجوية الجافة الحارة في كثافة الحرائق).

وتوجد حالياً أدلة كثيرة على التغير المناخي كالارتفاع الكبير في درجة حرارة القطب الجنوبي في العقود الأخيرة وارتفاع درجة حرارة سيبيريا، والارتفاع السنوي في مستوى سطح البحر واختلاف توقيت الفصول الأربعة كما كان عليه في الماضي^(٣).

المطلب الثالث : تأثير ظاهرة الاحتباس الحراري في بيئة العراق

من التأثيرات المباشرة وغير المباشرة على الواقع الزراعي والصحي والبيئي للعراق والتي تعد من أهم الأمور التي تشكل ضغطاً كبيراً على البيئة العراقية من حيث أتساع رقعة التصحر والمناطق الجافة والمهددة بالتصحر^(٤)، بسبب تغير المناخ ولسوء الإدارة في قطاع المياه مما يعتبر عاملاً مهدداً بشكل واضح على الأمن الغذائي في البلد تزامناً مع الزيادة المستمرة لأعداد السكان حيث أنخفض إنتاجية الدونم

(١) هذه الحرائق أودت بحياة ١٧٣ شخصاً، وأكلت نيرانه العديد من البلدان وحرائق قياسية في روسيا حيث قتل ٦٢ شخصاً، واحتراق نحو ٢٣ مليون هكتار من الأراضي.

(٢) انظر: د.أيمن محمد غيث، منى حسن أبو ذهبيبة، الإنسان والبيئة صراع أم توافق، دار الفكر، ط٢، ٢٠١١، ص ١٤٠ وما بعدها.

(٣) انظر: مركز أنباء الأمم المتحدة، الفاو، وتقول (أن الحرائق الكبرى تساهم في تفاقم الاحتباس الحراري).

www.un.org/Arabic/news/archive/21/5/2011.

(٤) وصلت نسبة التصحر حوالي ٧٠% للأراضي الزراعية المروية، وما يتقارب الـ ٧٢% للأراضي الزراعية المطرية، و٩٠% في المراعي نتيجة شحة المياه.

الواحد من الأراضي في العراق إلى مستويات متدنية مقارنة بالدول المجاورة بسبب سوء إدارة الأراضي وتدهورها^(١).

أما اليوم فإن هناك تدهوراً كبيراً في الأراضي وخاصة المروية منها، فضلاً عما سبق فإن المؤشرات الإحصائية في وزارة الصحة تشير إلى وجود ازدياد واضح في عدد المرضى الراقدين بالمستشفيات من جراء الإصابة بأمراض الجهاز التنفسي^(٢)، مما يؤثر زيادة واضحة في عدد المرضى المصابين بأمراض الجهاز التنفسي وكما هو معروف أن الاحتباس الحراري وتغير المناخ له تأثير أكيد في ازدياد عدد المصابين بأمراض الجهاز التنفسي وخاصة أمراض الربو ومضاعفاته، وحول تصريحات المنظمات الدولية بجفاف نهري دجلة والفرات^(٣).

ومما سبق يتبين أن هناك شحة واضحة بمصادر المياه في العراق، كما أن التأثيرات المستقبلية المتوقعة للتغيرات المناخية تشير إلى إمكانية حصول نقصان وتذبذب مستقبلي واضح في كميات المتساقطات وزيادة بدرجات الحرارة مما سيعجل من تفاقم الهشاشة في قطاع مصادر المياه العذبة حيث أن كمية ونوعية مصادر المياه العذبة المتوفرة تعتبر ضمن حدود الخطر، فمعظم مساحة العراق تقع ضمن الصحراء وهناك أراضٍ تقع ضمن مساحة تستقبل مياه مطر لا تقل عن ١٥٠ ملم سنوياً. وكننتيجة لذلك فإن العراق يعتبر من البلدان التي تعتمد بشكل كبير جداً على البلدان المجاورة مثل تركيا وسوريا وإيران لتوفير مصادر المياه العذبة التي تتدفق إلى العراق مثل نهري دجلة والفرات ونهر القارون.

أن استمرار النقص في كمية المتساقطات فضلاً عن زيادة معدلات الاستهلاك في البلدان المتجاورة التي تعتبر بلاد المنبع لمصادر المياه المتوفرة في العراق سيؤدي إلى تفاقم حالة شحة المياه العذبة في العراق في المستقبل.

(١) حيث أشير في التقارير لعام (١٩٩٣)، أن القطاع الزراعي يساهم (١٨%) من الناتج القومي الأجمالي ويمثل (٢٤%) من قوة العمل وكمعدل الأراضي الصالحة للزراعة كانت مساوية إلى (٠,٣) هكتار/ فرد.
(٢) حيث أن عدد المرضى الراقدين لعام (٢٠٠٧) بلغ (١٧٩,٨١٧) مريضاً في مدينة بغداد مقارنةً لعام (١٩٩٨) والذي بلغ (١١٦,١٥٥) مريضاً.

(٣) رؤية وزارة البيئة المستقبلية أكدت إلى أن (٨٠%) من مساحة السهل الرسوبي والتي تعتبر سلة الغذاء بالنسبة للعراق تعاني من درجات مختلفة من التملح نتيجة لعوامل عديدة منها تغير المناخ وسوء الإدارة كما أن كون منابع النهرين الرئيسيين في العراق من دول مجاورة يعتبر تهديداً كبيراً لضمان إمكانية الحصول على موارد المياه بشكل مستمر حيث أوضح تقرير المنتدى العربي للبيئة والتنمية لعام (٢٠٠٨) الذي بين تحديات البيئة العربية وتحديات المستقبل توافر المياه العذبة في العراق قد تناقص بشكل واضح منذ عام (١٩٥٥) والذي كان خلاله كمية متوفرة من مياه عذبة سنوياً ولكل فرد مساوي (١٨,٤٤١م^٣/ فرد/ سنة)، بينما وصلت هذه القيمة إلى (٢,٤٠٠م^٣/ فرد/ سنة) في عام (٢٠١٠)، ومن المتوقع أن تصل إلى (١,٧٠٠م^٣/ فرد/ سنة في عام ٢٠٢٥).

فعلى سبيل المثال بينت التنبؤات المستقبلية لحالة مياه الشرب في العراق أنه مستقبلاً سيصل النقصان في تصريف مياه نهر الفرات إلى نحو: ٧٣-٢٩%، أن ما تم ذكره من عوامل فضلاً عن إلى العديد من التأثيرات الأخرى ستخلق تحديات واضحة في قطاع المياه في العراق خلال العقود القادمة. فضلاً عن ذلك فإن تحديات قطاع المياه في العراق تكمن في تفاقم حالة استخدام غير فعال أو غير الملائم للمياه في العراق، كما أنه ما يقارب الـ ٩٠% من المياه العذبة يذهب لقطاع الزراعة وان زيادة معدلات النمو السكاني وأشكال الهجرة كلها عوامل معقدة تؤدي إلى تعقيدات إضافية في إمكانية إدارة قطاع المياه في العراق، وبعض المؤشرات قد رصدت تأثير التغيرات المناخية الفعلية أيضاً في العراق، فقد تم رصد حالات الجفاف الشديد في معظم مواسم الجفاف الأخيرة.

ففي هذه السنوات أنخفض معدل هطول الأمطار جنباً إلى جنب مع انخفاض تدفقات الأنهار الرئيسية مما يؤدي إلى ندرة المياه ومن ثم إلى التصحر، أيضاً زيادة وتيرة العواصف الترابية وفقدان التنوع البيولوجي وبالرغم من ذلك فإن خطة التنمية الوطنية أقرت بأهمية التغيرات المناخية ولذا انضمت الحكومة إلى الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة المتعلقة بالتغيرات المناخية وعينت وزارة البيئة لتكون نقطة الاتصال^(١).

أما في الأهوار فقد أعلن ممثلون عن الأمم المتحدة والحكومة العراقية عن الاتفاق على تجديد رؤية جديدة للأهوار في البلاد بهدف تحقيق مستقبل أفضل لتلك المناطق، فيما أكدوا على صورة التنوع البيولوجي، فضلاً عن تحسين مستوى المعيشة والقضاء على الفقر للسكان هناك.

كما أعلنت الأمم المتحدة عن قيام إدارة متكاملة للمياه والمحافظة على التنوع البيولوجي والسلامة البيئية في الأهوار واستخدام التقنيات الحديثة والحلول المبتكرة والقضاء على الفقر وتحسين مستوى المعيشة، وتحسين التنسيق بين أصحاب المصلحة الرئيسيين والشراكة مع القطاع الخاص.

كما أكدت أن مستقبل منطقة الأهوار ليس مهماً فقط للمحافظة على المحافظات التي تقع فيها ولكن للعراق برمته مؤكدة إن هذه الخطوة مهمة نحو الأمام من شأنها أن تدفع عجلة الخطط والبرامج في منطقة الأهوار لصالح الشعب العراقي^(٢).

(١) انضمام العراق لاتفاقية التغيرات المناخية، وزارة البيئة العراقية.

www.iraqilaws.dorar.aliraq.net/?p=21194 13/5/2011.

(٢) وتغطي الأهوار مساحات في محافظات البصرة وميسان وذي قار تبلغ (٦٣٥،٨ كم^٢) وهي تزخر بالأسماك النهرية والكثير من الأحياء المائية الأخرى مثل الروبيان (الجمبري) فضلاً عنه أنواع مختلفة من النباتات أهمها (القصب والبردي) وتقصدها نتيجة لاعتدال مناخها أعداد كبيرة من الطيور المهاجرة التي تستقر وتتكاثر فيها خلال فصل الشتاء لتعود من ثم إلى مواطنها الأصلية ضمن هجرات كبرى تمتد نحو القارات كما كانت تستوطن الأهوار بعض أنواع الحيوانات التي اختفت مثل الأسود الآسيوية وظلت حيوانات وحشية أخرى تعيش فيها مثل القط البرية والغريزي وبنات أوى والخنازير وأنواع من الأفاعي.

وكان منات السياح العرب والأجانب يقصدون الأهوار خلال العقد السادس والسابع من القرن الماضي لجمال طبيعتها، إلا أنها تضررت كثيراً من جراء الحرب العراقية الإيرانية (١٩٨٠-١٩٨٨) كما قام النظام السابق بتجفيف مساحات واسعة منها

المبحث الثاني

الجهود الدولية للحد من ظاهرة تفاقم الاحتباس الحراري

أدركت دول العالم أهمية التعاون فيما بينها من أجل مكافحة التغير المناخي وذلك باستخدام وسائل تكنولوجيا حديثة من أنبعاث الغازات الدفيئة، وقد عقدت في سبيل ذلك عدداً من المؤتمرات الدولية كان آخرها بروتوكول كيوتو الذي عقد في اليابان عام ١٩٩٧، وقد كان مؤتمر المناخ العالمي الثاني الذي عقد في جنيف في الفترة من ٢٩ أكتوبر/ تشرين الأول إلى ٧ نوفمبر/ كانون الثاني ١٩٩٠، دق ناقوس الخطر منذراً بالعواقب الجسيمة للتغير المناخي المتوقع.

وقد عقد ذلك المؤتمر برعاية المنظمة العالمية للأرصاد الجوية، وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، ومنظمة اليونسكو، وغيرها من المنظمات الدولية، وشاركت فيه أكثر من ٧٠٠ عالم من ١٠٠ دولة وقد جاء البيان العالمي والفني الصادر عن ذلك المؤتمر أن معدل الزيادة المتوقعة لدرجة الحرارة خلال القرن القادم إذا لم يتم الحد من الزيادة المطردة للغازات الدفيئة ستكون زيادة غير مستوفية، ولم يحدث لها نظير خلال العشرة آلاف سنة السابقة، وأنها ستؤدي إلى تغيرات في المناخ يشكل تهديداً بيئياً خطيراً يمكن أن يعرض التنمية الاجتماعية والاقتصادية في كثير من مناطق العالم للخطر بل يمكن أن يهدد البقاء في بعض الجزر الصغيرة كجزر المالديف وغيرها. وسنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب..

المطلب الأول : اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ ١٩٩٢

لقد كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة سباقة في الاستجابة إلى هذه الدعوة وأطلقت في قرارها المرقم (٤٥/٢١٢ في كانون الأول/ ١٩٩٠) المفاوضات الرسمية بشأن عقد اتفاقية إطارية بشأن تغير المناخ من خلال اللجنة الحكومية للمفاوضات (INC) التي كان يرأسها الفرنسي جان ريبيرت، ففي شباط ١٩٩١ عقدت هذه الجمعية أول اجتماعها لدراسة المشكلة التي أظهرت أن هناك عدة عقبات تواجهها اللجنة أمام أبرام الاتفاقية التي تتمثل في:

- ١- الآثار الاقتصادية التي يمكن أن يترتب على أبرام مثل هذه الاتفاقية والتي تتعلق بالتكلفة الاقتصادية التي ستحملها الدول لأحداث التغيرات المطلوبة في القطاع الصناعي للحد من الانبعاثات.
- ٢- أن النتائج العلمية بشأن تأثيرات الغازات الدفيئة على المناخ العالمي ما زالت غير مؤكدة.

وتهجير الكثير من سكانها الذين يعرفون محلياً (بالمعدان) ويعتمد غالبيتهم في معيشتهم على الزراعة وصيد الأسماك والطيور المهاجرة وتربية الجواميس، وقد اختلف المؤرخون وعلماء الأنثولوجيا في تعيين أصولهم، لكن الباحثين العراقيين يرجحون أنهم أحفاد السومريين الذين بنوا حضارة عظيمة في بلاد ما بين النهرين قبل نحو خمسة آلاف عام. أنظر الأمم المتحدة والعراق يعلنان الاتفاق على وضع رؤية لتنمية مناطق الأهوار

٣- مطالبة العديد من الدول النامية التي لديها الاستعداد للموافقة على الاتفاقية بضرورة توفير الموارد اللازمة لها وتسهيل انتقال التكنولوجيا لمساعدتها في تحميل الأعباء اللازمة لتنفيذ مثل هذه الاتفاقية^(١).

٤- عدم وجود اهتمام كافٍ من قبل الرأي العام العالمي بهذه القضية^(٢)، وبعد خمسة عشر شهراً من المفاوضات تبنت الحكومات اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ في ٩/ أيار/ ١٩٩٢، التي فتح التوقيع عليها في مؤتمر البيئة والتنمية (UNCED) التي أطلق عليه قمة الأرض وعقد في ريو عام ١٩٩٢، ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في ٢١/ آذار/ ١٩٩٤، وبلغ عدد أطرافها بعد مرور عشر سنوات على تبنيها (١٨٦) دولة بضمنها دول الاتحاد الأوربي وهو ما يؤكد منهجها في العضوية العالمية^(٣)، ولقد وصفت هذه الاتفاقية بأنها اتفاقية إطارية، فهي تعد نظاماً أساسياً للتعاون يهتدي به الأطراف في إطار مكافحة تغير المناخ، فهي الخطوة الأولى في هذا الإطار ولذلك لم تلزم الأطراف بالتزامات محددة وإنما أتت بمجموعة من المبادئ والمسؤوليات المختلفة (تنوع المسؤوليات) التي ينبغي للأطراف العمل بموجبها.

وفي الفقرات الآتية سنبحث في القواعد الأساسية التي تناولتها الاتفاقية.

أولاً/ الأهداف والمبادئ:

١- الأهداف: لقد بينت المادة الثانية من الاتفاقية الهدف النهائي منها أو من أية وثيقة قانونية أخرى ذات صلة بالاتفاقية يتم تبنيها من قبل مؤتمر الأطراف في الاتفاقية هو الوصول إلى تثبيت تراكيز الغازات الدفيئة في الغلاف الجوي عند المستوى الذي يمنع حدوث تدخلات بشرية في نظام المناخ، إذ أن مثل هذا المستوى يجب أن تصل إليه خلال مدة زمنية كافية تسمح للنظام البيئي بالتوافق طبيعياً مع تغير المناخ، ومن جهة أخرى ضمان عدم تهديد إنتاج الغذاء ولتتمكن التنمية الاقتصادية من التقدم بطريقة مستدامة. إلا أن الاتفاقية لم تحدد ما المستوى الذي يعد خطراً، إذ أن تعريف الخطر يعد مسألة سياسية جامدة تتضمن اعتبارات اقتصادية واجتماعية فضلاً عن الآراء العلمية.

٢- المبادئ: ان مواجهة تغير المناخ في الواقع مهمة ليست سهلة، ونتيجة للطابع الإطاري للاتفاقية فقد حددت الاتفاقية عدد من المبادئ التي يجب على الأطراف أن يضعوها نصب أعينهم وهم يقومون بتنفيذ الاتفاقية، ومن هذه المبادئ:

(١) أنظر: بشير جمعة عبد الجبار، الحماية الدولية للغلاف الجوي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٠٩.

(٢) د.سعید سالم جويلي، التنظيم الدولي لتغير المناخ وارتفاع درجة الحرارة، المؤتمر الدولي للتنمية والبيئة في الوطن العربي، مركز الدراسات والبحوث البيئية، جامعة أسيوط، مصر ٢٠٠٢.

(3) Climate change secretariat, Guide to the climate change convention Kyoto protocol, Bann, 2002, p5.

• مبدأ التنمية المستدامة:- فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة الثالثة أن على الأطراف حماية المناخ العالمي لصالح الأجيال الحاضرة والمقبلة وأن تقوم بذلك على أساس من العدالة وعلى وفق مبدأ تنوع المسؤوليات وقدرات الأطراف الخاصة، ودعت بذلك الدول المتقدمة لأخذ الدور القيادي في نطاق مكافحة تغير المناخ.

• مبدأ الحذر:- لقد تطلبت الاتفاقية في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الأطراف أخذ الإجراءات الاحترازية لمواجهة ومنع أو خفض أسباب تغير المناخ والتلطيف من آثاره الضارة إذ أن عدم اليقين العلمي يجب ألا يؤخذ كسبب لتأخير مثل هذه الإجراءات عندما تكون الأضرار الناجمة عن تغير المناخ خطرة، فعلى الدول الأطراف أن تأخذ في حسابها السياسات والإجراءات للتعامل مع تغير المناخ التي يجب أن تكون فعالة وأن تحقق المنفعة وبأقل كلفة ممكنة، إذ أن الوصول إلى مثل هذه النتائج لا بد أن تأخذ هذه السياسات في حسابها مختلف القطاعات الاجتماعية والاقتصادية.

ثانياً/ مسؤوليات الدول على وفق الاتفاقية:-

لقد استخدمت المادة الرابعة في الاتفاقية التي حددت مسؤوليات الدول الأطراف عبارة (commitments) التي تعني التعهدات بدلاً من استخدامها لعبارة (obligations) التي تعني الالتزامات، وأن هذا الأمر يتماشى مع طبيعة الاتفاقية الإطارية التي لا تفرض التزامات، إلا أنها عبارة عن تعهدات أو مسؤوليات بتعهد بها الأطراف بالسعي إلى تحقيقها في ضوء هذه الاتفاقية.

لقد قسمت الاتفاقية الدول الأطراف منها على ثلاثة أنواع:-

النوع الأول:- الذي يشمل جميع الأطراف في اتفاقية الدول المتقدمة والدول النامية.

النوع الثاني:- هي الدول التي ضمها المرفق الأول من الاتفاقية وتشمل جميع الدول الصناعية والدول الاشتراكية السابقة والمحوّلة إلى اقتصاد السوق (EITS).

النوع الثالث:- هي الدول التي ضمها المرفق الثاني من الاتفاقية وتشمل الدول الصناعية فقط. فحددت الفقرة الأولى من المادة الرابعة منها مسؤوليات جميع الدول الأطراف في مواجهة مشكلة تغير المناخ مع مراعاة ظروف كل دولة. ومن أهم هذه المسؤوليات:-

١- القيام بإجراءات وقائية لمنع أو تقليل من مسببات تغير المناخ وتجنب أثارها السلبية على أن تأخذ هذه الإجراءات في اعتبار الإطار الاقتصادي والاجتماعي لكل دولة.

٢- أن تتضمن برامج التنمية الوطنية سياسات حماية المناخ مع مراعاة أن تحقيق التنمية الاقتصادية ضرورة لتبني هذه السياسات.

٣- ضرورة التعاون بين جميع أطراف الاتفاقية لحماية وتشجيع حرية النظام الاقتصادي الدولي.

٤- تشجيع التعاون التكنولوجي لتقليل انبعاثات الغازات الدفيئة من قطاعات الاقتصاد المختلفة كالطاقة والمواصلات والصناعة والزراعة والغابات وإدارة النفايات.

٥- ضرورة التوعية بخطورة المشكلة وأثارها من أجل أن تكون الشعوب في كل مكان على دراية بتأثير تصرفاتهم والأنشطة التي يقومون بها على المناخ والبيئة.

أما مسؤوليات دول المرفق الأول الذي يشمل الدول الصناعية والدول المحولة إلى اقتصاد السوق (EITS) التي أوكلت الاتفاقية لها الدور القيادي في مواجهة المشكلة، فحددت الفقرة الثانية من دون أي أُلزام قانوني والتي تهدف إلى إعادة مستويات انبعاث الغازات الدفيئة إلى مستويات عام ١٩٩٠ بحلول عام ٢٠٠٠.

وفي الوقت نفسه أعطت الاتفاقية للدول المحولة إلى اقتصاد السوق وضعاً خاصاً بإعطائها درجة من المرونة في تنفيذ تعهداتها وذلك من خلال إعطائها الحرية في اختيار سنة الأساس التي تناسبها لما بعد عام ١٩٩٠ أخذين بنظر الاعتبار الاضطراب السياسي والاقتصادي لهذه الدول في تلك المدة.

أما دول المرفق الثاني الذي يضم الدول الصناعية فقط، فقد حددت مسؤولياتها في الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة من المادة الرابعة من الاتفاقية والتي تضمنت تقديم المساعدات إلى الدول النامية لكي تتمكن من مواجهة التزاماتها بموجب الاتفاقية، كما يجب على هذه الدول اتخاذ كل الخطوات الممكنة من أجل تعزيز التنمية ونقل التكنولوجيا الصديقة للبيئة إلى كل من الدول المحولة إلى اقتصاد السوق والدول النامية.

المطلب الثاني : مؤتمر الأطراف للاتفاقية وبروتوكول كيوتو

١- مؤتمر الأطراف (COP)

لقد أنشئ هذا الجهاز بموجب المادة السابعة من الاتفاقية ويعد الجهاز الأعلى فيها، إذ أسندت الاتفاقية إلى مؤتمر الأطراف مهمة متابعة ومراجعة تنفيذ الاتفاقية وتكون اجتماعاته سنوية، وعقد أول اجتماع للأطراف في عام ١٩٩٥ في برلين الذي أتفق فيه على البدء في وضع الخطط الطويلة الأمد بشأن تغير المناخ لما بعد عام ٢٠٠٠، وفي عام ١٩٩٦ عقد الاجتماع الثاني في جنيف الذي تمخض عن إصدار إعلان جنيف الذي تضمن أن تكون الأهداف ملزمة من الناحية القانونية، وفي الاجتماع الثالث عام ١٩٩٧ في كيوتو وقع على بروتوكول كيوتو الذي تضمن التزامات محددة ملزمة للأطراف من أجل تنفيذ الاتفاقية وتحقيق أهدافها.

أما الاجتماع الرابع فقد عقد في بوينس آيريس عام ١٩٩٨ الذي كان بمثابة جولة جديدة من المفاوضات حول مسودة بروتوكول كيوتو، أن هذه المفاوضات قد اعتمدت أساساً على برامج لعل

الطموحة التي عرضت باسم خطط بوينس ايريس للعمل والتي ربطت المفاوضات حول قواعد البروتوكول مع تنفيذ بعض الوسائل المتعلقة بالاتفاقية كالأمر المالية ونقل التكنولوجيا.

وفي الاجتماع الخامس المنعقد في لاهاي عام ٢٠٠٠ فقد واجهت المفاوضات بشأن البروتوكول صعوبات كبيرة من الناحية السياسية والتي أدت بالنتيجة بشأن البروتوكول صعوبات كبيرة من الناحية السياسية والتي أدت بالنتيجة إلى فشل المفاوضات، أما في المؤتمر السادس المنعقد في بون عام ٢٠٠١ الذي صدر عنه اتفاق سمي باتفاق (بون) الذي أبتعد عن الجدل السياسي الذي كان وراء فشل المؤتمر السابق وأعتمد خطط بوينس ايريس التي اعتمدت عام ١٩٩٨ وبعد أشهر قليلة عقد المؤتمر السابع في مراكش في (تشرين الأول عام ٢٠٠١) الذي أعتمد بشكل أساسي على اتفاقات بون وتبنوا في هذا الاجتماع وثيقة عرفت بوثيقة مراكش التي تضمنت تفاصيل القواعد لبروتوكول كيوتو وكذلك النصائح مهمة لتنفيذ الاتفاقية^(١).

الالتزامات العامة

يقصد بالالتزامات العامة بموجب بروتوكول كيوتو الالتزامات التي تشمل جميع الدول الأطراف متقدمة ونامية وبالرغم من أن البروتوكول لم يعرض التزامات جديدة على الدول النامية إلا أنه في المديتين (١٠،١١) من البروتوكول ألزم جميع الدول الأطراف بتنفيذ التزامات محددة وتعد هذه النصوص هي فقط الالتزامات المتعلقة بالدول النامية والمتقدمة على حد سواء وذلك لإدخال الدول النامية ضمن نطاق التزامات البروتوكول وتمثل أهم الالتزامات العامة بما يلي:-

- ١- الحفاظ على خزانات ومصارف غازات الاحتباس الحراري لتخفيف استهلاك أكبر نسبة انبعاث من هذه الغازات.
- ٢- المشاركة في تطوير برامج التعليم والتوعية والتدريب للحد من تغير المناخ وتقليل الانبعاثات المسببة له بأوسع مشاركة شعبية ممكنة.
- ٣- إقامة نظم ومناهج بحث لتقدير انبعاث غازات الاحتباس الحراري ودراسة الآثار السلبية الناجمة عنها والتبعات الاقتصادية والاجتماعية للتدابير والسياسات المتخذة لمواجهة هذه المشكلة وإنشاء مؤسسات وهيئات وطنية لوضع برامج وخطط لتنفيذ التدابير المتعلقة بالتصدي للتغير المناخي على وفق لما يقرها البروتوكول من وسائل تنفيذ ومبادئ توجيهية.

(١) أنظر: سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، الحماية الدولية للبيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري، رسالة ماجستير، كلية القانون، بغداد ٢٠٠٣، ص ٩٢-٩٣.

- ٤- وضع برامج وتشريعات وطنية وإقليمية للتخفيف من انبعاث غازات الاحتباس الحراري على أن تتضمن هذه التدابير القطاعات المختلفة في الدول الأطراف فتشمل (الطاقة، الصناعة، الزراعة، إدارة النفايات، التكيف التكنولوجي مع التغيرات البيئية).
- ٥- يشجع البروتوكول الدول الأطراف على استخدام التدابير الاقتصادية للحد من انبعاث غازات الاحتباس الحراري من خلال فرض الضرائب على انبعاثات هذه الغازات وإلغاء الدعم المالي للقطاعات التي تصدر عنها هذه الانبعاثات.
- ٦- أعاد البروتوكول تأكيد تنفيذ الدول النامية لالتزاماتها بموجب البروتوكول يعتمد على مدى تنفيذ الدول المتقدمة لالتزاماتها بنقل التكنولوجيا السليمة بيئياً والموارد المالية إلى الدول النامية.
- ٧- تأكيد أهمية بناء القدرة في الدول النامية ومساهمة القطاع الخاص في إدخال التكنولوجيا السليمة بيئياً من خلال تشجيع التعاون على المستوى الدولي والقيام بالدراسات والبحوث اللازمة لإنجاز هذه المهام^(١)، بينما تشير المادة (١١) من بروتوكول كيوتو إلى أهمية توفر الدعم المالي والموارد الإضافية لتنفيذ التزامات الاتفاقية الإطارية.
- كما ألزم البروتوكول الدول الأطراف بالإبلاغ عن مدى تنفيذها للالتزامات المحددة، على أن تقدم قوائم لجرد انبعاثاتها بالتفاصيل المطلوبة والمحددة من قبل مؤتمر الأطراف ويعتبر الالتزام بالإبلاغ عن الانبعاثات من أهم الالتزامات العامة بموجب بروتوكول كيوتو^(٢).

المطلب الثالث : الصراع بين الدول النامية والدول المتقدمة

عند انعقاد قمة المناخ في كوبنهاغن كشفت بعض الوثائق التي تم تسريبها من أروقة المؤتمر تكشف أن هناك تلاعباً كبيراً في المصطلحات بالنسبة للإتحاد الأوربي ليبين أنهم أول من يدعم قمة المناخ ومستعدين لتوفير الدعم المالي السنوي لتقليل هذه الانبعاثات المسببة للاحتباس الحراري وتغير المناخ في العالم.

عندما تقوم دول الإتحاد الأوربي الغنية، بالوعد بأن هذا لا يعني كرمًا منها، فإن جزء كبير من النقود تم استقطاعها من مساعدات دول الإتحاد الأوربي الحالية المقدمة لهذه الدول، وبهذا التي لم تحصل الكثير من الدول الفقيرة في أفريقيا وآسيا مثلاً على العون الاقتصادي، الذي يطالب به رؤساء الدول والحكومات من جميع أنحاء العالم.

وهذه الوثائق بعد تسريبها شكلت خلافاً كبيراً بين الدول النامية والدول الصناعية مما دفع بالدول النامية إلى عدم التزامها بأية شروط في هذه الاتفاقية ما لم تزد الدول الصناعية دعمها المالي لتلك الدول

(١) المادة (١٠) من بروتوكول كيوتو.

(٢) أنظر: نرمين السعدي، بروتوكول كيوتو وأزمة تغير المناخ، مجلة بحوث السياسة الدولية المصرية، عدد ٤٥، يوليو/ تموز ٢٠٠١، ص ٢٠٥.

فضلاً عن أن الدول الصناعية عليها أن تبدأ بحفظ ٤٠% من انبعاثاتها الضارة فيما بعد سوف تلتزم الدول النامية والصغيرة بنود وثيقة كونها عن المرتقبة.

ومن ناحية أخرى يتوقع بعض الخبراء في العامل أن تصرف الاتحاد الأوربي بمثل هذه الطريقة بتقديم المساعدات المناخية على حساب المساعدات الدورية للدول الفقيرة تجعل هذا النهج أي استعمال النقود الخاصة بالمعونات والمساعدات وتقديمها على أنها مساعدات خاصة بالمناخ، يمكن في الحقيقة أن يؤدي إلى فشل الاتفاقية الدولية للمناخ فإن دول العالم تؤكد أن وثيقة الدنيمارك التي أقرتها رئيس الوزراء الدنيماركي تهدد اتفاقية المناخ وتعتقد معظم دول العالم غير الصناعية المشاركة في مؤتمر المناخ من خلال الناطق الرسمي باسم هذه الدول بأن مقترح وثيقة الدنيمارك للمؤتمر بأنها تخدم مصالح الدول الصناعية الكبرى وهذا الشيء واجه معارضة من قبل تلك الدول.

والدول الأفريقية اتفقت على مطالب مالية سرية والتي لن تتنازل عنها، وأن الزعماء الأفارقة لا يعينهم المناخ ولا تقليل الانبعاثات بل حضروا إلى المؤتمر من أجل ابتزاز الدول الصناعية وأخذ مساعدات إضافية ومما زاد من تعدهم وتمسكهم بمطالبهم تصرف الاتحاد الأوربي بتوفير الدعم للمناخ على حساب المعونات الأخرى.

أن هذه الدول تجهل بشكل كلي ما هي التأثيرات السلبية التي بدأت تطغي على المناخ العالمي، وليس لها أي علاقة بالموضوع وما كان حضورها إلا لزيارة الدنيمارك كفوج سياحي لا أكثر ولا أقل أو الابتزاز والحصول على أموال إضافية للمكاسب الشخصية كما فعلت المجموعة الأفريقية التي تقود مفاوضاتها مالي.

وهذا مما يدل على جهل قيادات تلك الدول بالكوارث التي تسببها تلك الانبعاثات أن هذه الدول مهما وصل العالم إلى اتفاق حول تقليل الانبعاثات، أنها مستمرة في نهجها الهدام للبيئة التي تسببه أثناء استخراجها الوقود الحفري.

وهذا التفسير يشمل جميع الدول العربية المصدرة للنفط والتي لن تحاول تغيير نهج استخراجها للوقود الرخيص المضر بالبيئة والتي ترفض استخدام الوسائل الصديقة للبيئة لاستخراج الوقود الحفري للنفط لأنه مكلف ويقلل الأرباح، بدأت الصورة تتوضح في اليوم الرابع من للمؤتمر حيث بدأ المؤتمر من أصحاب القرار بتقديم مبادرات مشروطة والتفاوض على تقليل نسبة الانبعاثات من ثاني أكسيد الكربون، لكن ليس حسب جدول الأعمال الذي طلب خفض الانبعاثات بنسبة ٤٠% فقد أعلن عن مبادرة مشروطة للإتحاد الأوربي من خلال الرئيس الفرنسي.

حيث تنص المبادرة على أن الإتحاد الأوربي مستعد لتخفيض ٣٠% من انبعاثات غاز ثاني أكسيد الكربون وليس ٤٠% لكن بشرط أن تقدم الدول الصناعية الكبرى بتقديم مبادرات مماثلة والمقصود بهذه

الدول هي الولايات المتحدة الأمريكية والصين لان هذه الدول هي اللاعب الأساسي في معادلة الاحتباس الحراري وهم سبب مشكلة الاحتباس الحراري بسبب انبعاثات غاز ثاني أكسيد الكربون من قبل مصانع تلك البلدان التي تكون بدورها السبب الرئيسي في تلوث البيئة^(١).

أما موقف الصين من خفض انبعاث ثاني أكسيد الكربون، فإن الصين اتخذت عدة قرارات حاسمة منذ عام ٢٠٠٥ حيث أعلنت الصين ومن خلال مجلس الدولة الصيني أن الصين خفضت وسوف تستمر في التخفيض من كثافة انبعاثات ثاني أكسيد الكربون لكل وحدة من إجمالي الناتج المحلي بها عام ٢٠٢٠ بنسبة تتراوح بين ٤٠ إلى ٤٢ في المائة مقارنة بمستويات ٢٠٠٥ وأضاف مجلس الدولة الصيني إن هذا "أجراء طوعي" اتخذته الحكومة الصينية بناءً على ظروفنا الوطنية الخاصة ويعتبر هذا الموقف مساهمة رئيسية في الجهود العالمية لمعالجة تغير المناخ واستقبال جيد يثبت حسن النوايا الصينية^(٢)، كما تجاوزت دول غنية وفقيرة انقسامات عميقة لإبرام صفقة للتخطيط لمفاوضات المناخ للأمم المتحدة لعام ٢٠١١ لتبني على اتفاقية ديسمبر (كانون الأول) في المكسيك وتجمد التركيز على قضايا أكثر صرامة.

وجاءت الصفقة التي تم التوصل إليها في بانكوك بعد قرابة أربعة أيام من المحادثات خلال الاجتماع الذي عقد في الفترة من ٣ إلى ٨ أبريل (نيسان) وقالت بعض الدول النامية أن هناك حاجة لها من اجل إعادة تقويم مفاوضات مناخ الأمم المتحدة بعد اتفاقات كانكون العام الماضي.

ويريدون جدول أعمال يتناول مصدر بروتوكول كيوتو لمكافحة الاحتباس الحراري وتعهدات الدول الغنية بخفض انبعاثات وتوضيح مصادر التمويل للدول الأفقر بدلاً من مجرد البناء على ما تم الاتفاق عليه في كانكون.

لكن دولاً غنية عديدة قالت أن بعض الدول النامية كانت تحاول ببساطة عمل تغير طفيف لما تم الاتفاق عليه في كانكون وهذا يقوض مفاوضات العام الجاري التي تتوج في مدينة دربان بجنوب أفريقيا منذ أواخر نوفمبر (تشرين الثاني) وينظر إلى كانكون على نطاق واسع على أنها إنقاذ للمفاوضات المشحونة غالباً من الانهيار^(١).

(١) ومن جهة أخرى أعلن مصدر مخول في الإتحاد الأوروبي بخصوص المساعدات المقررة أن تدعم بها دول الإتحاد الأوروبي الدول الفقيرة فقد قررت دول الإتحاد الأوروبي تقديم مساعدة بقيمة ٧,٢مليار يورو قسمة على ثلاث للبلدان الفقيرة لمساعدتها على التصدي لظاهرة الاحتباس الحراري.

(٢) أنظر: قمة كوبنهاغن تحاول إنعاش كوكبنا من الاحتباس الحراري، تقرير المهندس مصطفى كامل الشريف.

Iraker.Elaphblog.com/posts.aspx?u=32448a=33632. 21/5/2011

(١) وقال المصدر أيضاً إن المساعدة سوف تكون بقيمة ٢,٤ مليار يورو في السنة على مدى ثلاث سنوات ابتداء من عام ٢٠١٠ هذا القرار تم اتخاذه في ختام فعاليات قمة الإتحاد الأوروبي التي أنهت أعمالها في بروكسل بمشاركة رؤساء دول وحكومات الإتحاد وبهذا القرار يكون قادة الإتحاد أقرروا بزيادة في الدعم الأوروبي تفوق ٦ مليارات يورو كانت قد أقرتها الرئاسة السويدية للإتحاد الأوروبي في افتتاح أعمال المؤتمر، وهذا يعني أن الأوروبيين سيساهمون بثلاث المساعدات العالمية

لكنها تجنبت قضايا أكثر صرامة مثل أما تحديد أو استبدال بروتوكول كيوتو مع تنامي المخاوف من أن ميثاقاً جديداً أو تمديد كيوتو لم يتم الاتفاق عليه قبل انتهاء مرحلة الميثاق الأولى ويلزم كيوتو ٤٠ دولة صناعية تقريباً يخفض انبثاقات الفلزات بمعدل ٥,٢% أقل من مستويات ١٩٩٠ خلال خمس سنوات من ٢٠٠٨ إلى ٢٠١٢ وتهدف إلى مرحلة ثانية إلى زيادة هذه الانخفاضات بالنسبة للدول الغنية. وهو الميثاق الوحيد الذي يفرض التزامات قانونية على انخفاضات الانبعاثات وتعثرت محادثات الأمم المتحدة بسبب عدم الاتفاق على كيفية تمديد هذا الالتزام بجميع الاقتصادات الكبرى مثل الصين أكبر باعث للغازات المسببة للاحتباس الحراري، وتأتي الولايات المتحدة في المرتبة الثانية ولم تصدق قط على كيوتو.

وفي بانكوك كان هناك تركيز جديد على محاولة العثور على حل وسط بجدول الأعمال المتفق عليه الذي ينص على أنه يجب أن يكون هناك نقاش مستمر للخيارات القانونية لاتفاقية جديدة تمثل قيود الانبعاثات من قبل جميع الاقتصادات، وقالت (كريستيانا فيجيرييس) رئيسة المناخ بالأمم المتحدة أتفقت الأطراف في بانكوك على جدول أعمال يعمل نحو نتاج شامل في مؤتمر تغير المناخ التابع للأمم المتحدة في دربان^(١).

الخاتمة

لقد ظهر خلال دراسة ظاهرة الاحتباس الحراري أن التطورات الدولية والتغيرات المناخية التي أشتدت في القرن السابق المنصرم وفي القرن الحالي أصبح لزاماً على المجتمع الدولي منظمات وخبراء ودول إيجاد صيغ عملية قانونية تؤدي إلى وقف ظاهرة الاحتباس الحراري لأنها تهدد الكرة الأرضية جمعاء بشراً وكنائنات حية.

وهكذا تداعت المنظمات الدولية وعلى رأسها الأمم المتحدة إلى عقد اتفاقية إطارية لإلزام الدول بمحددات معينة لخفض الاحتباس الحراري كما أن بروتوكول كيوتو حدد النسبة بين الدول المتقدمة صناعياً والصين والدول النامية رغم الصراعات الشديدة التي ظهرت بينها من خلال المؤتمرات الدولية التي عقدت في كوبنهاغن وما بعد ذلك، لكن الدول كلها أما مسؤولية مشتركة أما شعوبها يفرض عليها الاتفاق في الحدود الدنيا لتدارك هذه الظاهرة المتصاعدة.

وبناءً على ما تقدم يوصي الباحث:-

١- استمرار الأمم المتحدة بتقديم الدراسات والمتابعات حول هذا الموضوع.

الإجمالية المقرر تقديمها للدول الفقيرة في إطار المفاوضات الدولية الجارية حول مسألة مكافحة الاحتباس الحراري، أنظر: قمة كوبنهاغن المصدر السابق.

(١) أنظر: أخبار البيئة (الاتفاق على جدول أعمال المناخ للأمم المتحدة لعام ٢٠١١)

320110409. 21/5/2011\Ara.reuters.com/article/internetnews/id/ARACAE7380

- ٢- فرض آخر اتفاقية قانونية ملزمة لكي تكون الدول سيما المتقدمة أما مسؤولياتها أزاء ما جنته من تطورات كبرى على حساب الدول الصغرى وكانت سبباً مباشراً لظاهرة الاحتباس الحراري.
- ٣- إنشاء محكمة دولية بينية على غرار المحاكم الدولية مع اختلاف في الأصول لمنع الدول من خرق التزاماتها الدولية بهذا الخصوص.
- ٤- تشجيع الدول وسلطاتها التشريعية على سن القوانين المساعدة لاستخدام وسائل الطاقة النظيفة بدلاً من الوسائل القديمة الملوثة للبيئة.

المصادر

الكتب باللغة العربية

- ١- د. إيمان محمد غيث، منى حسن أبو زهية، الإنسان والبيئة صراع أم توافق، دار الفكر، ط ٢٠١١، ٢.
- ٢- شارلس. ه. ساوتريك، ترجمة د. قيصر نجب صالح، سهيلة عباس أحمد الدباغ، د. طارق أحمد صالح، علم البيئة ونوعية بيئتنا، المكتبة الوطنية بغداد ١٩٨٤.
- ٣- ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧.

الكتب الأجنبية

- 1- Climate change secretariat, Guide to the climate change convention Kyoto protocol, Bann, 2002.

الرسائل والاطاريح

- ١- بشير جمعية عبد الجبار، الحماية الدولية للغلاف الجوي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧.
- ٢- سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، الحماية الدولية للبيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد ٢٠٠٣.

المجلات والدوريات

- ١- نرمين السعدي، بروتوكول كيوتو وأزمة تغير المناخ، مجلة بحوث السياسة الدولية المصري، عدد ٤٥، يوليو/ تموز ٢٠٠١.

المؤتمرات

- ١- د. سعيد سالم جويلي، التنظيم الدولي لتغير المناخ وارتفاع درجة الحرارة، المؤتمر الدولي للتنمية والبيئة في الوطن العربي، مركز الدراسات والبحوث البيئية، جامعة أسيوط، مصر ٢٠٠٢.

المواقع الإلكترونية

- 1- Ara.reuters.com/article/internet/news/id/ARACAE738013
- 2- www.alsumarianews.com/ar/5/23027/news.

3-www.iraqilaws.dorar.aliraq.net/?p=21194

4- Iraker.Elaphblog.com/posts.aspx?u=32448a=33632.

قمة كوينهاغن تحاول إنعاش كوكبنا من الاحتباس الحراري، تقرير المهندس مصطفى كامل الشريف

5-www.un.org/Arabic/news/archive

الحماية الدولية لحرية الدين والمعتقد

أ.م.د. محمد ثامر - كلية القانون/ جامعة ذي قار

أ.م.د. هديل الجنابي - كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

المقدمة

يمكن ان يطلق على عصرنا الراهن تسمية عصر حقوق الانسان فالسياسة الدولية اخذت تتبلور وتشكل طبقا لمفاهيم حقوق الانسان فأنتهاء الحرب بين المعسكرين الشرقي والغربي، والاعتراف بحق الشعوب بتقرير المصير، والقضاء على الدكتاتوريات في العالم دعا البشرية للاهتمام بحقوق الانسان بمختلف الاهداف والغايات والوسائل، الامر الذي حفزنا للكتابة بهذا الموضوع اذ ان اغلب الدراسات المقدمه عن حقوق الانسان تتسم بالسرد التاريخي للمفاهيم الواردة في الاعلانات والاتفاقات الدولييه دون اي تحليل لهذه الحقوق ودون تبيان لمضامينها بالاضافة الى ذلك اتهام الاسلام من قبل المستشرقين فقهاء الغرب بأنه دين لا يكفل الحرية الدينية طالما انه منع اتباعه من تغيير ديانتهم متى يشاؤون لامر الذي يتعارض مع م/١٨ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي اعطى الحق لكل شخص الحرية في تغيير دينة او عقيدته، ولكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به او الاتفاق معه لان القضية ابعد واعقد من ذلك بكثير وهذا ماسنعالجها في المبحث الاول من هذا البحث ثم نخرج ومن خلال المبحث الثاني على حماية حرية الدين والمعتقد في القانون الدولي، وذلك كمايلي :- وفق الترتيب التالي:-

المبحث الاول - حرية الدين والمعتقد في الشريعة.

المبحث الثاني - حرية الدين والمعتقد في المواثيق الدولية والتطبيق.

المبحث الاول

حرية الدين والمعتقد في الشريعة

وقد يستهدف الاسلام التنظيم الشامل لحياة الفرد في المجتمع، ليس في الجانب الروحي فقط وانما كذلك بالنسبة لصلاته وروابطه الاجتماعية والسياسية بالمجتمع ومن هنا يجب ألا يكون الفرد - من الناحية النظرية - على عداء أو تنافر مع هذا المجتمع.

ويحتوي المجتمع الاسلامي أي الأمة على الفرد، ولا يترك ذلك المجتمع لهذا الفرد خيارا في التمسك بالكيان الاجتماعي، وسواء كان الفرد على دين غير الاسلام أو كان مرتدا عن عقيدته فان ذلك لا يغير من الامر شيئا إذ أنه لا يزال جزءا من ذلك المجتمع. وبرغم عدم وجود تسلسل أو تدرج هرمي وعدم وجود رجال دين أو رؤوس حبرية بابوية كما هو الحال في المسيحية مما تبدو معه قوة الاسلام اقل من قوة الكنيسة في المسيحية، إلا أن المجتمع الاسلامي في الواقع أكثر سيطرة وهيمنة على حياة الفرد، فالقانون الاسلامي يشتمل على علاقات من كل نوع بدنا بالواجبات الدينية وممتدا الى قواعد السلوك المنزلية والسياسية وحتى الاقتصادية.

وإذا كانت الدولة حسب أبسط تعريف لها هي التنظيم السياسي للمجتمع فان مفهوم ((دين الدولة)) أو ((الدولة الدينية)) يكون جزءا أساسيا من العقيدة الاسلامية. ولهذا فعندما تتوافر أغلبية مسلمة في أي بلد تقوم الدولة باعلان الاسلام كدينها الرسمي فتصبح ((دولة اسلامية)) . ولقد حدث هذا بدرجات متفاوتة تتراوح بين اعلان الشريعة كمصدر وحيد للقانون كما في المملكة العربية السعودية وبين مجرد الاشتراط أن يكون أحد أعضاء الحكومة مسلما. كما في حالة رئيس جمهورية سوريا. ان جمهورية تركيا ((الدنيوية)) هي الاستثناء الذي يؤكد القاعدة. وحتى هناك فان الجهاز الاداري للدولة يتضمن ((مدراء عموميون للشئون الدينية)) يقومون باشباع الاحتياجات الروحية للمجتمع الاسلامي.

ولا تعني هذه الصفة العامة للمجتمع الاسلامي أن الاسلام نظام ((دكتاتوري)) بل نظام ((كلي)) . وكما يقول هـ. أ. ر. جيب ((تتسم كل الاراء التي تشكل النظرة الخيالية والمحتوى العقلي للانسان والتي تشكل سلوك الانسان بكونها مسيطرة من ناحية المبدأ. فهذه الآراء تفرض قواعدها ونظمها على كل أوجه النشاط الاجتماعي والمؤسسات المختلفة من المدرسة الابتدائية الى القانون والحكومة)) وهناك اختلاف جوهري بين توافق الفرد ومجتمعه الاسلامي من ناحية والطمس الكامل لشخصية الفرد في دولة دكتاتورية من ناحية أخرى. ففي مجتمع اسلامي يتميز بعدم وجود التسلسل الهرمي وليونة التنظيم تؤدي تطابق الفرد والمجتمع الى تحقيق معنى يسهل تقبله وليس الى تطابق يفرض عليه من الخارج.

وفي تركيب متكامل تماما وغير دكتاتوري كبناء المجتمع الاسلامي تكون ((قوة التفكير)) عرضة لمواجهة عقبة مزدوجة ازدواجا متناقضا : فهي تقع بين الشخصية ((الكلية)) للدين والتركيب ((غير الدكتاتوري)) للمجتمع. وأي محاولة لتغيير بناء المجتمع باسم الافكار القوية والتي كان من الممكن أن يتسامح فيها مجتمع غير دكتاتوري تصطدم بالاسس المقدسة والمحددة للنظام الاجتماعي وبالتالي تصبح غير محتملة. وهنا يبدأ التباين بين التسامح الديني والتعصب السياسي. فالمجتمع الاسلامي مجتمع متسامح تجاه الديانات الاخرى لانها لا تهدد العلاقات الداخلية بين تركيب المجتمع وعقيدته، والتي يثق الاسلام في قدرته على الدفاع عنها ضد العقائد الاخرى، ولكن نفس هذا المجتمع الاسلامي لا يتسامح في تلك الافكار

التي لو ترك لها العنان فانها قد تصبح مدمرة مخربة للبناء الاجتماعي ككل. هذا هو اصل مفهوم ((الافكار الخطرة)) وهي التي تكمن وراء صراعات طائفية عديدة داخل الاسلام نفسه. وهي أيضا العنصر الاساسي الذي لا بد من وضعه في الحسابان اذا ما حاولنا تفسير التعصب السياسي المعاصر والتحيز الشائع في العالم الاسلامي. وفي هذا النظام ((نظام الافكار الخطرة)) فانه لا بد أن ترتفع أي نظرية او برامج حزب أو جماعة تتعلق ببناء المجتمع وتنظيمه السياسي والاقتصادي الى مستوى الاعتقاد المطلق والمقدس اذا ما كانا نرغب لها الاستمرار. أما في مجال الافكار المجردة فان أي نظرية أو برامج حزب تكون عرضه للادانة حيث لا يمكن لها ان تواجه هذه الافكار. وفي هذا السمو لمستوى العقيدة يأتي العون من التطابق الاسلامي الاصيل بين الدين وبين تركيب المجتمع. (١)

أن حرية التفكير والضمير والدين ظاهرة اجتماعية لازمت البشرية منذ الأزل، واجهت كافة أنواع الإرهاب والقمع، وهذا لا يعني أن الإنسان لم يسلك طريق الغي ويعبد الأصنام والأوثان التي لم ينزل بها من سلطان، والتي حاربتها الرسالات السماوية لإخراج الإنسان من الظلمات إلى النور وتحرير الإنسان من عبودية أخيه الإنسان، كما أن بعض الأمم وخاصة في أوربا قاست وعانت من الإرهاب والقمع الفكري وتعد فترة القرون الوسطى خير مثال على ما عانت شعوب أوربا من القمع باسم الكنيسة التي كانت تفرض رأيها بالقوة على الناس باسم الدين، وكانت تطبق أقصى العقوبات على كل من يخالف رأيها، كما كانت تهدد بالإعدام كل من يعتقد دينا غير المسيحية أو يرفض اعتناق النصرانية.

إذا كان ما ورد في المادة الثامنة عشر من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكانت المادة الثامنة عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حول حرية التفكير والضمير والعقيدة قد أجمعت عليه الغالبية العظمى من أعضاء منظمة الأمم المتحدة من خلال الإعلان العالمي قبل ما يقرب من خمسين عاما، والدول الأطراف في العهد الدولي قبل حوالي ٤٥ عاما، فإن الدين الإسلامي قد أقر تلك الحقوق منذ أكثر من ألف وأربعمائة سنة، وعد حرية التفكير والضمير والدين أصلا عقديا، ففي مسألة المعتقد فإن الشريعة الإسلامية تنهى عن إكراه الناس وإجبارهم على اعتناق الدين الإسلامي بعدما تبين لهم الحق، وتحذر من اعتناق الدين نفاقا ورياء وتترك الخيار لكافة الناس في اختيار المعتقد بعدما تبين الرشد من الغي، وتترك لهم كذلك حرية التفكير، يقول القرآن الكريم (سورة البقرة الآية ٢٥٦) : (لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي)، ولو أراد الخالق جلت قدرته لدخل جميع من على الأرض من الناس دين الإسلام، ولكن له حكمة في إعطاء الناس الحرية فيما يختارون وما يسلكونه من طريق حيث قال (سورة يونس الآية ٩٩) : (ولو شاء ربك لأمّن من في الأرض كلهم جميعا أفانت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين)، ولا شك أن الإنسان بما وهبه الله من عقل وسمع وبصر قادر على التمييز بين الحق والباطل حتى يستطيع اختيار الطريق الصحيح، يقول تعالى (سورة الإنسان الآيتين ٢ و ٣) : (إنا

خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا (٢) إنا هديناه السبيل إما شاكرا وإما كفورا)، وتتكرر الآيات القرآنية في أكثر من سورة حول حرية الاعتقاد وعدم إجبار من لم يقتنع بالإسلام قائلا (سورة الكهف الآية ٢٩) : (وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر)، ويقول الحق (سورة الأنعام الآية ٢٩) : (لو شاء الله ما أشركوا وما جعلنا عليهم حفيظا وما أنت عليهم بوكيل)، ويقول الحق (سورة الشورى الآية ٤٨) : (فإن أعرضوا فما أرسلناك عليهم حفيظا إن عليك إلا البلاغ)، ويقول عز من قائل (سورة الغاشية الآية ٢١ و ٢٢) : (فذكر إنما أنت مذكر (٢١) لست عليهم بمسيطر)، ويقول سبحانه (سورة النساء الآية ٨٠) (من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظا) . والدين الإسلامي الحنيف ليس دين إرهاب وقمع وإكراه، بل دين يسر يقوم على مبدأ وسائل الإقناع والتزام جادة العقل من خلال منهج الحوار البناء، والتعبير الحر والجدال الموضوعي المنطقي في النقاش البعيد عن المهاترات وإثارة الفتن، والشريعة الإسلامية تشدد وتؤكد على قدسية هذا المنهج ؛ لذا أن الخالق يأمر رسوله محمدا - ص - بأن يدعو الناس إلى دين الإسلام بالحكمة ويخاطبه قائلا (سورة النحل الآية ١٢٥) : (ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن)، وعن مجادلة أهل الكتاب يقول الحق مخاطبا المؤمنين (سورة العنكبوت الآية ٤٦) : (ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آما بالذي أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن مسلمون) .

أما بالنسبة لمسألة المرتد عن دين الإسلام والتي نصت عليها تلك المادة بشكل عام بإعطاء كل فرد الحق في تغيير دينه أو معتقده، فالقرآن الكريم لم يأت بنص يحدد عقوبتها في الدنيا وإنما أتى بأكثر من نص حول العقوبة في الآخرة، والردة عقوبتها عند الله أنها عمل يستحق مرتكبه لعنة الله وغضبه عليه في الدنيا والعذاب الشديد في الآخرة، ويبين الله سبحانه في محكم آياته أن من يرتد عن الإسلام بعدما تبصر بهذا الدين واطمأن له قلبه واهتدى إليه فإن عقابه في الآخرة سيكون عظيما، وهذا بلا شك لا ينطبق على من ارتد بلسانه لا بقلبه خشية من الأذى، يقول تعالى (سورة النحل الآية ١٠٦) : (من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح صدرا فعليه غضب من الله ولهم عذاب عظيم)، ويقول تعالى (سورة البقرة الآية ٢١٧) : (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة)، ويقول (سورة فاطر الآية ٣٩) : (هو الذي جعلكم خلائف في الأرض فمن كفر فعليه كفره)، ويقول (سورة الروم الآية ٤٤) (من كفر فعليه كفره ومن عمل صالحا فلأ نفسه يمهدون) ويقول الحق سبحانه وتعالى مخاطبا رسوله محمد - صلى الله عليه وسلم - (سورة لقمان الآية ٢٣) : (ومن كفر فلا يحزنك كفره إنا مرجعهم)، ويقول (سورة المائدة الآية ٥٤): (يا أيها الذين آمنوا من يرتد منكم عن دينه فسوف يأتي الله بقوم يحبهم ويحبونه).

والآن وبعد ما تبين لنا من خلال الآيات القرآنية منهج الإسلام فيما يتعلق بحق الفرد في حرية الدين والضمير والتفكير، وجزاء المرتد عن دين الإسلام في الآخرة، فلماذا إذن تقرر السنة النبوية عقوبة الردة في الدنيا بحد القتل، على الرغم من أن تلك العقوبة لم ترد في القرآن الكريم ولم يتعرض لها أي نص في القرآن يحدد عقوبة لها في الدنيا، يتضح أن منطق وفلسفة الإسلام لا ينطلق من كون ذلك تقييدا لحرية الفرد بتغيير دينه، بل ينطلق أساسا من واقعة حدثت في صدر الإسلام كان مدبروها اليهود الحاقدون على الإسلام وأهله، الذين لجؤوا إلى المدينة في وقت دخل جميع أهلها العرب إلى الإسلام، فعندئذ فكروا بخبث للتآمر على المسلمين بحيث يدخل بعض منهم الإسلام ثم يرتد عنه بقصد زرع الشك بين المسلمين حديثي العهد بالإسلام ولتضليلهم في معتقدتهم وجمع المعلومات عن المسلمين والتجسس عليهم لتزويد العدو بها، واليهود لم يوفقوا مكائدهم بقصد أن يلبسوا على الناس وخاصة الضعفاء منهم، حيث اتفقت طائفة منهم على أن يظهر الإيمان أول النهار ويصلوا مع المسلمين صلاة الصبح، وعندما يأتي آخر النهار يرتدوا إلى دينهم، ويقول القرآن عن تلك الطائفة (سورة آل عمران الآية ٧٢): (وقالت طائفة من أهل الكتاب آمنوا بالذي أنزل على الذين آمنوا وجه النهار وكفروا آخره لعلهم يرجعون)، ويقول الحق عز وجل عن المنافقين (سورة النساء الآية ٨١) : (ويقولون طاعة فإذا برزوا من عندك بيت طائفة منهم غير الذي تقول)، ويخبر تعالى عن صفات المنافقين الذين يظهرون خلاف ما يبطنون (سورة النور الآية ٤٧) : (ويقولون آمنا بالله وبالرسول وأطعنا ثم يتولى فريق منهم من بعد ذلك وما أولئك بالمؤمنين)، ولذا فما كان أمام السنة المطهرة آنذاك لمنع مثل تلك المؤامرات الخطيرة وخاصة أنها تأتي لتحاول القضاء على الدولة الإسلامية الفتية وهي مازالت في مهدها إلا أن تطبق أقصى حد للعقوبة ضد هؤلاء الخونة والمتآمرين، وللتأكيد على أن من اعتنق الإسلام فإنه يحظر عليه تغييره، وهذا يعني كذلك أنه يجب أن لا يدخل الإسلام أحد إلا بعد سبق بحث عقلي وعملي ينتهي بالعقيدة الدائمة، وذلك ليقطع الطريق على المتآمرين والمضللين وأمثالهم من الدخول في الإسلام تحت طائفة العقوبة، استئصالا لعوامل الفساد في الأرض ممن دأبوا على السعي للإفساد فيها.

كما أننا إذا أخذنا بعين الاعتبار أن الدولة الإسلامية التي كانت عاصمتها المدينة المنورة في عهد النبي محمد - ص - والخلفاء الراشدين كانت تخوض حربا شعواء مع أعدائها والمتآمرين عليها من المشركين العرب واليهود اللاجئين، ومن بعد ذلك الروم والفرس، ندرك وبشكل لا لبس فيه أن المسلم المرتد عن دينه آنذاك هو في حكم من يرتكب خيانة عظمى ضد وطنه وأمتة في عصرنا هذا.^(٢) ومن هنا يتضح لنا أهمية تطبيق أقصى درجات العقوبة بحق مثل هؤلاء، وبما أن الأمر كذلك فإن الحكم على المرتد بهذا المعنى ليس حكما ضد حرية العقيدة، بل ضد الخيانة والتآمر على الوطن والأمة والدولة بقصد القضاء عليها وإشاعة الفساد وإهلاك الحرث والنسل في الأرض، فضلا عن التواطؤ من قبل المرتدين

والمنافقين مع أعداء الأمة أمثال اليهود ضد الدين، يقول تعالى (سورة البقرة الآيتين ١٩١ و ٢٠٥) :
 (والفتنة أشد من القتل)، ويقول : (وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا
 يحب الفساد)، ويقول الله تعالى عن اليهود المفسدين الذين مازلوا وسيظلون يحيكون المكائد ضد
 المسلمين (سورة المائدة الآية ٦٤) : (كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله ويسعون في الأرض فسادا
 والله لا يحب المفسدين).

ومادامت مسألة الردة وحكمها حدثت في صدر الإسلام بناء على ما جاء في السنة النبوية، وأنه لم
 يرد بها نص قرآني يحدد شكل العقوبة في الدنيا، وبما أن سبب سننها في صدر الإسلام كان بسبب ما
 حاكه اليهود والمنافقون ضد المسلمين كما بيناه سابقا، وأنه لا جدال في إجماع جمهور علماء المسلمين
 على عقوبة الردة واعتبارها حدا ولكن يبقى السؤال الذي يطرحه بعض المفكرين هل تنطبق عقوبة المرتد
 عن الإسلام على من يفعل ذلك في عصرنا هذا ؟ وللاجابة على ذلك نقول إنها مسألة بدأت تطرح على
 بعض علماء المسلمين ومفكريهم بما في ذلك المعاصرين منهم، فذهب جزء كبير منهم بتمسكه برأي
 الجمهور المتمثل بعقوبة القتل إذا ارتد عن دينه ثم استتيب فلم يتب بغض الطرف عن المبررات مهما
 كانت باستثناء المكره أو المجبر الذي يرتد بلسانه لا بقلبه خشية على نفسه أو أهله من الأذى الذي قد
 يصل إلى القتل، ويستند الفقهاء في ذلك إلى الحديث النبوي الموجه للمسلمين والذي يقول : ((من بدل
 دينه فاقتلوه))، ومنهم من يطرح تساؤلات حول المرتد إذا لم ينضم إلى صفوف أعداء الإسلام والمسلمين،
 ولم يحك المؤامرات ضد الدين، وكان خروجه عن الإسلام بشكل مسالم لا أذى فيه على مصالح البلاد
 والعباد، وبما أن الله سيحاسبه في الآخرة كما ورد في القرآن الكريم فهل يطبق عليه الحد أو أنه لا يجوز
 قتله، حيث إن مثل هذا النوع من الردة كما ذكر بعضهم لا يثبت بحديث الأحاد بسبب اختلاف الأمر عما
 كان عليه الوضع في عهد محمد - ص - والخلفاء الراشدين عندما كان بعض اليهود والمنافقين يدخل
 الإسلام بهدف التجسس على المسلمين والنيل منهم ثم بعد ذلك عن دين الإسلام.

ويزعم البعض ان كل ما في القرآن مثل : (اعراض، وتولى عنهم، وذرههم) وما اشبه ذلك منسوخ
 بآية السيف فلا يوجد كل سماح مع غير المسلم، وان جميع آيات السماح بالنسبة لغير المسلمين
 منسوخة، ويرون ان من واجب كل من يستطيع ان يحمل السلاح ان يحارب غير المسلم باستثناء الذمي
 ويقول له صر مسلما والا اقتلك، كما يدعي البعض ان آية السيف نسخت مائة واربعاً وعشرين آية في
 القرآن ثم نسخ آخرها اولها، وهذه الايات المنسوخة كلها متعلقة بالعلاقات السلمية بين المسلم وغير
 المسلم.

وهذا الاتجاه هو المنهج الذي اتخذه ابن حزم الاندلس في كتابه (الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم) وكذلك ابو جعفر النحاس وغيرها ممن ذهب الى ان كل آية نزلت بشأن حسن معاملة المسلمين مع غير المسلمين منسوخة. (٣)

بينما من تتبع بعمق جميع الآيات الواردة في القرآن الكريم الآمرة بالقتال كلها جاءت للدفاع الشرعي العام، كلما تعرض الإسلام والمسلمون للخطر في اوطانهم وارواحهم واعراضهم واموالهم ودينهم. ومن الواضح ان الإسلام هو دين السلم لانه مشتق من السلام وهو يأمر بني الإنسان بان تكون تحياتهم المتبادلة في الصباح والمساء (السلام عليكم)، ورد لفظ (السلام) ومشتقاته في القرآن الكريم في اكثر من (٨٠) آية، منها قوله تعالى، (سورة البقرة . الآية ٢٠٨). (يأيها الذين امنوا ادخلوا في السلم كافة، ولا تتبعوا خطوات الشيطان انه لكم عدو مبين)، وهذه الآية الكريمة تبين لنا بوضوح ان استخدام القوة في غير حالة الدفاع الشرعي يعد اتباعا لامر الشيطان وتوجيهاته وهو الد الاعداء للإنسان.

وهناك آيات اخرى تدل بصراحة على عدم جواز اللجوء الى القوة إلا في حالات الدفاع الشرعي، منها قوله تعالى، (سورة البقرة . الآية ١٩٠). (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا، إن الله لا يحب المعتدين)، وقد نهى القرآن الكريم عن كل تجاوز عن حدود الدفاع الشرعي وامر بان يكون رد العدوان مساويا للعدوان كما وكيفاء، وكل تجاوز عن القدر اللازم يحول المعتدي عليه الى معتمي والمعتدي الى المعتدي عليه، فقال سبحانه وتعالى : (سورة البقرة،- الآية ١٩٤). (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله ان الله يحب المتقين).

ويأمر القرآن الكريم المسلم بان يدعو غير المسلم الى طريق الصواب واعتناق الإسلام عن طريق النصح والوعظ والحكمة والمناقشات العلمية، كما في قوله تعالى : (سورة النحل . الآية ١٢٥). (ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن، ان ربك هو اعلم بمن ضل عن سبيله وهو اعلم بالمهتدين).

ولغير المسلم ان يعيش بسلام في كل مجتمع اسلامي ما لم يرتكب جريمة الاعتداء وله حرية ممارسة جميع شعائره الدينية بمقتضى معتقداته ما لم يخالف النظام العام والاداب العامة، والمبدأ الثابت في الإسلام : (ان لغير المسلم ما للمسلم وعليه ما على المسلم)، وقد حرم القرآن الكريم اكراه أي شخص على اعتناق الاسلام لسببين : أحدهما - ان الاكراه اذا كان يسيطر على جسم الإنسان فإنه لا يستطيع ان يسيطر على قلبه وما في باطنه من المعتقد الذي يعتقدده ؛ لان الدين او الإيمان ليس مجرد الشعارات والعبادات، وانما هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع بالله وبما يتفرع عن هذا الاعتقاد من المعتقدات الاخرى والتكاليف الدينية.

والسبب الثاني . ان اكراه أي إنسان على معتقد ديني أو سياسي وهو غير مقتنع به في باطنه يجعل منه إنسانا ازدواجيا (منافقا) يكون ظاهره مخالفا لباطنه، والازدواجي او المنافق في أي مجتمع اخطر من عدو هذا المجتمع، ومن الشواهد التاريخية على ذلك فشل المسلمين في معركة احد بسبب بعض المنافقين بينهم، ولهذين السببين ولغيرهما قال سبحانه وتعالى : سورة البقرة . الآية ٢٥٦ . (لا اكراه في الدين لقد تبين الرشد من الغي) .

وقد أراد الرسول . صلى الله عليه وسلم . اكراه بعض من قريش على الإسلام حبا في مصلحتهم فعاتبه سبحانه وتعالى بالاستفهام الانكاري، فقال له : (سورة يونس . الآية ٩٩) . (ولو شاء ربك لآمن من في الارض كلهم جميعا، إفانت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين) .

وقد بين سبحانه وتعالى للرسول في القرآن الكريم في آيات كثيرة بأن واجبه في الرسالة هو تبليغها للناس وعدم استخدام القوة الا في حالة الدفاع الشرعي، ومن ذلك الآيات قوله تعالى : (سورة النحل . الآية) . (وما على الرسول الا البلاغ المبين)، وقوله تعالى : (سورة النور . الآية ٥٤) . (فان تولوا فانما عليك البلاغ المبين)، وقوله تعالى : (سورة الشورى . الآية ٢٨) . (فان عرضوا فما ارسناك عليهم حفيظا ان عليك الا البلاغ) . وقد زعم بعض المتطرفين من المسلمين ان هذه الآيات وامثالها منسوخة بآية السيف، وهذا زعم باطل لا يعتد به، والقرآن في جميع آياته المتعلقة باحكام العلاقات بين الشعوب والامم يدعونا الى ان نؤمن بان الاصل في هذه العلاقات هو السلم، اما الحرب فهي استثناء لا تستخدم الا في حالة الدفاع الشرعي .

ونجد ان أسس هذه القاعدة الشرعية ستة وهي :

الأساس الاول : وحدة النسب، فجميع الاسر البشرية اخوة واخوات، وشيمة الاخوة هي التعاون والتحابب والتضامن والتكافل في استثمار خيرات الارض، كما قال سبحانه وتعالى : (سورة . الية ١٣) . (ياأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم) .

الأساس الثاني : وحدة المعدن، الذي خلق منه الإنسان فكل إنسان مصنوع من تراب اما بصورة مباشرة كخلق والدنا ادم . عليه السلام . أو بصورة غير مباشرة كأبي إنسان اخر لانه خلق ويخلق من عنصرين احدهما حيمن والثاني ببيضة الانثى، وهذان العنصران مكونان من المواد الغذائية التي يتناولها الإنسان، والمواد الغذائية مكونة من التراب فكل إنسان مصنوع من تراب بصورة غير مباشرة، فليس بعضه مصنوعا من الذهب والبعض الاخر من النحاس حتى يكون للاول حصة الاسد في خيرات هذه الدنيا او يعتبر نفسه افضل من الثاني، كما قال سبحانه وتعالى : سورة الروم . الآية ٢٠ . (ومن آياته ان خلقكم من تراب ثم انتم بشر تنتشرون)، وقد أكد الرسول العظيم . ص . في حجة الوداع هذين الأساسين للعلاقات البشرية قائلا : ((كلكم من ادم، وادم من تراب لا فضل لعربي على اعجمي ولا لأبيض على اسود الا بالتقوى)) .

الأساس الثالث : وحدة المصالح المشتركة، خلق سبحانه وتعالى الكرة الارضية وما في ظاهرها وباطنها لمصلحة الاسرة البشرية دون تفضيل احد على احد، فقال سبحانه وتعالى : (سورة البقرة . الآية ٢٩) . (هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا) .

الأساس الرابع : وحدة الصانع، قال تعالى : (سورة البقرة . الآية ٢١) . (ياأيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم) .

الأساس الخامس : وحدة المصير، وهو الموت والفناء بعد الوجود، قال تعالى : (سورة الملك . الآية ٢) . (الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم ايكم احسن عملا)، وقال : (سورة طه . الآية ٥٥) . (منها خلقناكم وفيها نعيدكم ومنها نخرجكم تارة اخرى) .

الأساس السادس : وحدة الجزاء، فإن كان العمل خيرا فجزاؤه خير وإن كان شرا فجزاؤه شر، قال تعالى : (سورة الزلزلة . الآية ٧ - ٨) . (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) .

ونستنتج من هذه الآيات وغيرها ان الإسلام ليس دين الارهاب، وما ورد من تعبير الارهاب في قوله تعالى : (سورة الأنفال . الآية ٦٠) . (واعدو لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم)، انما المراد به هو التخويف وليس الهجوم والاعتداء على الغير، فالقوة العسكرية بكافة انواعها من الوسائل الوقائية لان العدو اذا علم ان طرفه الاخر يملك ما يملكه هو من قوة حربية يكف نفسه عن التهديد والاعتداء ويجلس معه في المفاوضات وحل المشاكل بالطرق السلمية .

اما اذا وجد ان الطرف الاخر ضعيف فانه يتعامل معه معاملة من يكون فوق القانون وميثاق الامم المتحدة والاعراف الدولية .

هذا هو القرآن الكريم ولو جرد هذا الدستور العظيم الخالد من الخرافات التي ادخلت في تفاسيره، ولو عمل به المسلمون بصورة صحيحة لآمن به من يعيش في الارض تلقائيا لانه دين السلم والمحبة والنوام ودين العلم والفضيلة السلمية ونظام للحياة في العالمين الدنيوي والاخروي^(٤) . وتشير مؤتمرات الحوار الاسلامي المسيحي والتعايش والعمل سويا بين المسلمين والمسيحيين الى جملة من المرتكزات للحوار المشترك أهمها :

١ . الحاجة الى البيانات والمعلومات الصحيحة حول عقيدة كل من الطرفين، لان الجهل بالمعلومات غير الصحيحة يؤدي الى زيادة الهوة بين المسلمين والمسيحيين، ومن ثم فان هناك ضرورة لنشر الحقائق عن الديانتين من اجل تفهم موضوعي احسن للعقيدتين على ان يفهم الاسلام كما يؤمن به المسلمون، والمسيحية كما يفهمها المسيحيون .

٢ . يجب القضاء على الصورة السيئة للديانة وانه يجب على المسيحيين والمسلمين التعاون مع بعضهم لتصحيح هذا الوضع لان المسلمين يشعرون بأسى من الطريقة التي يحاول الاعلام الغربي ان يغير بها

الاسلام والمسلمين، وعليه فان جميع الجهود يجب ان تبذل من اجل تطوير معاهدة عالمية لاحترام جميع الرسل والمبشرين بالرسالات السماوية (٥)

٣ . يجب ان يكون المشاركون في الحوار من الممثلين الحقيقيين للديانات وان يختاروا من المنظمات التي ينتمون اليها.

٤ . ان روح الحوار تتطلب ان يكون المشاركون من رجال الدين وليس السياسيين، لان الهدف هو التقارب بين الديانات وخدمة الخالق.

٥ . من اجل ازالة العقبات في طريق الحوار فانه من الضروري متابعة اعلان عام ١٩٧٦، ويجب ايقاف جميع الانشطة التي تقوم بها جمعيات التبشير المسيحية في الدول الاسلامية سواء عن طريق التعليم او العناية بالصحة في اوقات الازمات والتي تؤدي الى اضعاف وتغيير العقيدة وثقافة المسلمين من خلال الفصل بين الاعمال الانسانية والدعاية او التحويل الى عقيدة اخرى.

٦ . يجب تشجيع الجهود للقضاء على جميع اشكال الاستعمار الثقافية والاقتصادية والسياسية التي يقوم بها الغرب من اجل فصل الثقافة الاسلامية عن المسلمين، وان يحل مكانه التبادل الحر للآراء والمهارات والتقنية بين المسلمين والعالم الغربي.

٧ . يجب على المسلمين والمسيحيين ان يتعاونوا لمواجهة التحديات ولمحاربة العدو المشترك، لا سيما تلك النابعة من العلمانية والمادية والشيعوية وذلك في صراعهم لا نشاء عالم اكثر عدالة وانسانية.

٨ . يجب على اصحاب الديانتين ان يعملوا من اجل احترام رغبة كل منهما والتعهد لتطوير مجتمعاتهم على اساس عقيدتهم الخاصة وديانتهم ومساعدة احدهما الآخر في هذا السعي سواء اكانوا اقلية ام اكثرية في مجتمع معين.

٩ . ان المسلمين يتوقعون بأن يحترم المسيحيون جهود المسلمين لتطوير مجتمعاتهم من اجل اقامة مجتمع اسلامي على اساس من الشريعة الاسلامية بشكل خاص والعمل على تطبيق احكام الشريعة الاسلامية عليهم.

١٠ . ان يتفق اصحاب كل من الديانتين على التعاون فيما بينهم من اجل العمل والنهوض في جميع المجالات الاساسية والانسانية، ولمساعدة بعضهم البعض للتخلص من معوقات تحقيق العدالة ولحماية الانسان وبشكل خاص في فلسطين وافغانستان وكشمير والفلبين وغيرها من مناطق العالم. من اجل الحصول على حقوقهم ومن اجل محاربة الفقر وانعدام العدالة في كل مكان.

وللتأكيد على استمرارية الحوار بين المسلمين والمسيحيين فانه من الضروري تطوير الوسائل او السبل لمتابعة التقدم، وللتأكيد على تنمية المبادئ المتفق عليها في هذا الحوار وغيره. فانه يجب تشكيل لجنة متابعة من مؤتمر العالم الاسلامي ومجلس الكنائس العالمي (١)

المبحث الثاني

حرية الدين والمعتقد في المواثيق الدولية والتطبيق

نصت المادة ١٨ إعلان العالمي لحقوق الإنسان على ((لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل هذا الحق حريته في تغيير دينه أو معتقده، وحرته في أظهر دينه أو معتقده بالتعبد وأقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملاء أو على حدة)) ونصت المادة ١٨ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ((١) لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحرته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرته في أظهر دينه أو معتقده بالتعبد وأقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملاء أو على حدة.

٢ . لا يجوز تعريض أحد لا كراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

٣ . لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في أظهر دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأداب العامة أو لحقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.

٤ . تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأحترام حرية الأباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة ((٨).

ونصت على ذلك أيضا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة التاسعة منها بفقرتين مؤكدتين بشكل خاص على حق الإنسان في تغيير دينه باختلاف واضح عن صياغة المادة الثانية عشرة في الإعلان أو العهد الدولي والتي نصتا على أن يكون للإنسان الحق في تبني دين معين ودون أن تشير الى حق الإنسان في تغيير دينه.^(٩) أما ميثاق الحقوق والحريات الأساسية للاتحاد الاوربي فقد نص على هذا الحق في المادة العاشرة منه وتحت عنوان حرية الاعتقاد والضمير والدين وبصياغة مقاربة أن لم تكن مطابقة لصياغة المادة التاسعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ونصت المادة الثالثة من الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان مشددة على الحق في ممارسة الفكر والمعتقد الديني بشكل علني أو سري أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان فقد نصت على هذا الحق في المادة الثانية عشر وبتفصيل بفقرات أربع خصوصا التأكيد على حق الأباء بتعليم أبنائهم وفقا لمعتقداتهم الدينية والاخلاقية ونصت المادة الثامنة من الميثاق الأفريقي لحقوق الشعوب (ميثاق بنغالا) ولكنها جاءت بصياغة مقتضبة جدا لم تشر الى حق الإنسان في تغيير دينه بقدر ما أشارت الى حقه في ممارسة تلك المعتقدات بشكل علني أو سري أما اتفاقية حقوق إنسان وحرياته الأساسية لدول الكومنولث والدول المستقلة فقد نصت في

مادتها العاشرة على هذا الحق مؤكدة على حرية اختيار الدين أو المعتقد وأن هذه الحرية لا تخضع لغير القانون أو لا تمارس إلا في حدود مصالح المجتمع الضرورية وبشرط أن لا تخل بالنظام العام وأمن العام والصحة العامة والأخلاق وأن لا تنتهك حقوق وحرريات الآخرين كما نص عليه الدستور الأمريكي في التعديل الاول الذي حظر على الكونغرس تشريع أي قانون يخل بحرية الإنسان بالمعتقد والفكر والدين أو إصدار أي تشريع يحرم ممارسة الشعائر الرئيسية.

وهكذا فالحق في حرية الدين والفكر والمعتقد يعني حرية الفرد في اعتناق دين معين أو عقيدة دينية أو روحية، غالباً، كما له الحرية أن لا يعتنق دين أو عقيدة دينية وهذا الاعتناق مسألة معنوية أو روحية تحتاج إليها النفس الإنسانية ومع ذلك فقد تظهر للوجود عند ممارسة الفرد لها وقد لا تظهر وتبقى كامنة في النفس فإذا أعتنق الشخص ديناً معيناً فقد يمارس الطقوس الدينية لذلك الدين والعمل بمبادئه وعند ذلك يخرج الموضوع من مجرد الاعتقاد الروحي بممارسة شعائر ذلك الدين فتبرر عند ذلك حرية العبادة، كما أن اعتناق الدولة لدين معين لا يعني حرمان الآخرين من حرية اعتناق دين آخر أو معتقدات أخرى وحررياتهم بممارسة شعائر تلك الديانة ولكن دون الإخلال بالنظام العام والاداب العامة كما نص الاعلان الفرنسي في المادة العاشرة منه على أنه لا يجوز أزعاج أي شخص بسبب آرائه وهي تشمل معتقداته الدينية بشرط أن لا تكون المجاهرة بها سبباً للاخلال بالنظام العام المحدد بالقانون.

فالحرية الدينية تتمثل في جوانب ثلاث هي :

- ١ . حرية الفرد في اختيار دين أو معتقد معين وذلك في حدود أحكام القوانين النافذة.
- ٢ . الحرية في عدم اعتناق دين أو معتقد أذ لا يجوز إجبار شخص لا يعتنق ديانه معينة على أداء اليمين القانونية على الكتاب المقدس الخاص بها ومن قبيل ذلك أبطال النيابة أو تولي الوزارة دون قسم على هذا الكتاب لشخص لا يعتنق الديانة المستندة على هذا الكتاب المقدس
- ٣ . حرية تغيير الديانة أو المعتقد دون التعرض لأكراه أو أذى.

وكانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أصدرت إعلان القضاء على جميع أشكال عدم التسامح والتمييز القائمة على أساس الدين أو المعتقد وجاء فيه عدة مبادئ تحظر التمييز بين الأشخاص على أساس ديني وأستناداً الى المادة الخامسة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ١٩٦٥ وأهم هذه المبادئ :

- ١ . التحذير في ديباجة الإعلان من خطورة عدم مراعاة أو التعدي على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وبوجه خاص الحق في حرية المعتقد أو الدين وشددت على خطورة ذلك التعدي لما يمكن أن يؤدي إليه من صدمات ومعاناة للإنسانية.

٢ . وجوب احترام حرية الاعتقاد والديانة احتراماً كاملاً باعتبارها أحد الأسس الجوهرية لحياة الإنسان، أنه من المهم جداً الترويج لمبادئ التسامح والاحترام فيما يتعلق بالأديان.

٣ . حظر أخضاع أي شخص للتمييز من أي دولة أو مؤسسة أو مجموعة من الأشخاص على أساس ديني أو معتقدات أخرى وأن عبارة ((التعصب والتمييز القائمين على الدين والعقيدة)) تعني أي استبعاد أو تقييد أو تفصيل يقوم على أساس الدين والمعتقد.

٤ . التزام جميع الدول بأن تتخذ جميع التدابير لمنع والقضاء على أي تمييز يقوم على أساس من الدين أو العقيدة في كافة المجالات الدينية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية.^(١٠)

وتنفيذاً لأحكام هذا الإعلان أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب الديني، وأكدت ديباجة هذا القرار على أن : " التمييز ضد البشر على أساس الدين أو المعتقد يشكل إهانة للكرامة البشرية وتتكرر لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة.. وضرورة اتخاذ الدول ما يلزم لمواجهة التعصب وما يتصل به من عنف قائم على أساس الدين أو المعتقد، بما في ذلك تدنيس الأماكن الدينية، وكذلك اتخاذ جميع التدابير لمكافحة الكراهية والتعصب.. وتشجيع التفاهم والتسامح والاحترام في المسائل المتصلة بحرية الدين أو المعتقد.

كما أصدرت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان قراراً بشأن مكافحة قذف (أو ازدراء) الأديان بتاريخ ١٢ ابريل ٢٠٠٥ يعتبر من أهم القرارات الدولية التي تحظر الإساءة إلى الأديان حيث عبرت اللجنة فيه عن بالغ قلقها بشأن النمط السلبي المتكرر ضد الديانات ومظاهر عدم التسامح والتمييز في الأمور المتعلقة بالدين أو العقيدة التي تتجلى في العديد من أنحاء العالم، واستهجانها الشديد للهجوم والاعتداء على مراكز الأعمال والمراكز الثقافية وأماكن العبادة لجميع الديانات، وكذلك استهداف الرموز الدينية. كما حث هذا القرار الدول والمنظمات غير الحكومية والكيانات الدينية والإعلام المطبوع والإلكتروني على الترويج لثقافة التسامح والسلام المبنية على احترام حقوق الإنسان واختلاف الديانات.

من جانب آخر يلاحظ ان الحرية الدينية كانت أول الحريات التي أقرت بها للإنسان في العصور الحديثة فحركة الإصلاح الديني التي ظهرت في أوروبا أدت في النهاية إلى الأخذ بمبدأ حرية الفرد أو الإنسان في الاعتقاد بالدين أو بالمذهب الذي يؤمن به وحرية في مباشرة الطقوس الدينية، وقد اعتبر كرومويل هذه الحرية قاعدة أساسية من قواعد الدستور الذي أراد ان يضعه، بينما يعلن فاتيل وهو من أنصار مدرسة القانون الطبيعي ان الحرية الدينية هي حق طبيعي وغير قابل للاعتداء عليه ونصت المادة العاشرة من إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر سنة ١٧٨٩ على أنه (لا يجوز ان يضايق شخص بسبب آرائه ومعتقداته الدينية).

أما في إنكلترا فقد تم إقرار الحرية الدينية حيث لا تعتبر ممارسة أية ديانة أو انكار الدين جريمة ما عدا القذف في حق دين معين فهذا يعد جريمة من جرائم النشر كما ان الممارسة العلنية للطقوس الدينية المختلفة أمر مسموح به وان العقيدة الدينية لا دخل لها في ممارسة الحقوق المدنية والسياسية وهكذا استقر الحال بإقرار الحرية والمساواة الدينيين في هذا البلد.

وفي استراليا لا يوجد ميثاق عام للحقوق والحريات لكن المادة ١١٦ من الدستور تكفل الحرية الدينية بنصها على ما يلي (لا يصدر الاتحاد أي قانون يؤسس دينا أيا كان أو يفرض التقيد بدين أو يمنع الممارسة الحرة ولا يطلب اجتياز أي طابع ديني كشرط للأهلية لتقلد مناصب أو مهام عامة تحت سلطة الاتحاد) ويكفل هذا النص مبدأ الحياد فيما يتعلق بالدين والحرية الدينية، على المستوى الاتحادي، بيد أنها تقتصر على توفير حماية قانونية محدودة نظرا لأنها لا تسري إلا على السلطات التشريعية للاتحاد وليس على السلطات والأنشطة الأخرى وبخاصة التنفيذية والقضائية. فضلا عن ذلك، فان الحماية الدستورية تسري على الاتحاد لا على الولايات والأقاليم التي تتمتع، من الناحية القانونية، بحرية التصرف في ميدان الحرية الدينية بما في ذلك فرض القيود. وفي عام ١٩٨٨، أوصت اللجنة الدستورية الاسترالية المكلفة بالاحتفال بالذكرى المئوية الثانية للاستيطان الأوربي بتعديل المادة ١١٦ من الدستور لكي تصبح الضمانات الممنوحة للحرية الدينية على المستوى الاتحادي سارية أيضا في جميع ولايات الاتحاد وأقاليمه، وفي الاستفتاء الذي أجرى عام ١٩٨٨ رفضت مسألة مد نطاق الضمانات الممنوحة للحرية الدينية على المستوى الاتحادي إلى مجمل ولايات الاتحاد وأقاليمه بأغلبية ٦٩ % من مجموع الأصوات لكن هذه الحماية المحدودة الممنوحة للحرية الدينية سيقابلها التقدم المحرز في مجال الحماية القانونية للحرية الدينية نتيجة للاحكام التي اصدرتها المحكمة العليا لاستراليا فيما يتصل بتعريف مصطلح الدين وبتفسيرات الأحكام الدستورية المتعلقة بتأسيس دين فقد طلب من المحكمة العليا في عام ١٩٨٣ في قضية كنيسة العقيدة الجديدة ضد لجنة الضرائب على الرواتب ان تفصل في نزاع على موضوع الضرائب وعرفت الدين بانه لا يمكن ان تقتصر صفة الدين على عقائد التوحيد وحدها، وأوضح القاضي ميسون والقاضي برنين ان المعيار الخاص بتقرير وجود دين يقوم على معيار مزدوج وهو : الإيمان بكائن أو شيء أو مبدأ خارق للطبيعة والخضوع لقواعد سلوك تجسد هذا الإيمان، ورأى القاضي مورفي انه يجوز لأي منظمة تدعي أنها منظمة دينية وتشكل عقيدتها وشعائرها استعادة أو انعكاسا لعبادات قديمة ان تطالب بحقها في الإيمان بكائن خارق للطبيعة أو أكثر بإله أو بكيان معنوي، وستعد دينا.

فيما يتعلق بالموقف من الحرية الدينية في الولايات المتحدة الأمريكية فقد فسرت الحرية الدينية أوسع تفسير إذ أدخلت في معنى الحرية الدينية بالإضافة إلى حرية العقيدة وحرية العبادة، حرية الدعاية الدينية حتى في حالة كون هذه الدعاية من جانب مجموعات دينية متطرفة، ففي عام ١٩٣٨ حكمت

المحكمة الاتحادية العليا ببطلان قرار إداري يمنع توزيع منشورات دينية تبشيرية من دون إذن سابق، وقالت المحكمة ان حرية الصحافة مكفولة في الدستور الأمريكي، وهي لا تشمل فقط طبع المطبوعات بل أيضا نشرها، فضلا عن توزيعها، وفي حكم آخر صدر عنها عام ١٩٤٣ حكمت بإعفاء بيع الكتب الدينية في الطريق العام من الرسوم المقررة لغلبة الطابع الديني على الطابع التجاري، وفي حكم صادر عام ١٩٤٤ أكدت المحكمة عدم جواز منع أشخاص من دخول مدينة أنشأتها شركة خاصة لسكنى عمالها ومستخدميها وحدهم متى كان دخول هؤلاء الأشخاص إليها لأغراض الدعاية الدينية لعقيدتهم، وفي عام ١٩٤٨ قضت المحكمة بجواز استخدام مكبرات الصوت وان القول بعدم امكانية استخدامها إلا بموافقة سابقة من الإدارة هو اجراء مخالف للقانون، وأكدت المحكمة على ان الجهة الإدارية لا تملك إلا تنظيم الساعات التي تستخدم فيها تلك المكبرات، ومكان استخدامها، ومدى ارتفاع صوتها.

عليه يبدو واضحا ان المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية قد حمت الحريات الدينية وقضت بضرورة احترام العقائد والديانات التي تتنوع في المجتمع الأمريكي إلا انه من الضروري ملاحظة ان حرية التعبير الديني يجب حمايتها إلا انه في الوقت نفسه لا توجد حماية بنفس المستوى للدين في مواجهة حرية الرأي والكتابة والتعبير، وعلى هذا الأساس لم تسمح المحكمة العليا عام ١٩٥٢ باخضاع عرض فلم سينمائي لموافقة الرقيب الذي يمكن ان يرفض عرض الفلم متى عده خارقا للمعتقدات. (١١)

أما في فرنسا فان للمجلس الدستوري موقفا معروفا من حرية المعتقد فهو يعتبرها من المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية وكذلك الحال مع مبدأ حرية التعليم فمنذ ان أعلنت فرنسا بموجب القانون الصادر عام ١٩٠٥ بانها دولة علمانية وفصلت بين الكنيسة والدولة، واعترفت بمبدأ حياد الشارع، يلاحظ صدور قرارات من السلطات الإدارية تقييد من خلالها الحريات الدينية وكان المجلس الدستوري هو الملاذ في فرنسا الذي يوفر نوعا من الحماية لهذه الحريات وقد ظهرت في فرنسا أول مشكلة تتعلق بارتداء الحجاب في المدارس عام ١٩٨٩ حيث طردت فتاتان مسلمتان من مدرستيهما ورفض وزير التربية البت في القضية وطلب رأي مجلس الدولة الفرنسي الذي بين في فتواه ان حمل التلاميذ للشعارات التي تظهر انتمائهم لديانة ما، لا يشكل بذاته تعارضا مع مبدأ العلمانية ومنذ هذه الفتوى استقر اجتهاد مجلس الدولة على قاعدة ان للتلاميذ الحق في اظهار انتمائهم الديني سواء بلبس الحجاب أو حمل الصليب أو رفع القلنسوة... وفي حالات أخرى كان مجلس الدولة الفرنسي يوافق المؤسسة التعليمية على قرارها بحظر حمل الشعارات أو لبس الحجاب وذلك في الحالة التي يترافق فيها ارتداء الحجاب مع اضطراب في النظام العام والمساس بمعتقدات وحريات الطلاب أو يحدث اضطرابا في القطاع التعليمي، أو لا يتوافق مع السير الطبيعي للدرس... والحقيقة ان مجلس الدولة لم يقم بإبطال قرار المدرسة الصادر عام ١٩٨٩ والقاضي بطرد الفتاتين المسلمتين. (١٢)

ويبدو من هذه العبارات التي استخدمها المجلس اللجوء إلى مفاهيم وصياغات عامة تتعلق بالأمن العام والمصلحة العامة للتقييد من الحريات الدينية للمسلمين.

ومن التطبيقات القضائية الحديثة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الحكم الصادر في القضية المتعلقة بتهديد مسيحيين باكستانيين بالطرد نحو بلدهم الأصلي حيث وجدت المحكمة أن تدرع الأجنبي المههد بالأبعاد إلى بلد يدعي أنه لا يستطيع فيه ممارسة شعائر دينية بحرية لا يمكن أن يضيف طابعا شرعيا على رؤية من شأنها توسيع أثر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وإلا فإن ذلك " قد يفرض على الدول الأطراف التزام بالتصرف فعليا باعتبارها ضامنة غير مباشرة لحرية العباد الدينية في بقية أنحاء العالم.

وقد كرست المحكمة الدستورية الألمانية ما حفظه القانون الأساسي للألمان وحدهم بعض الحقوق الأساسية كما أن للأشخاص المعنويين من الجنسية الألمانية فقط التمتع بكل الحقوق الأساسية المتفقة مع طبيعتهم ويعد هذا الأمر متفق مع التقاليد الألمانية وهي التقاليد التي بقيت مطبوعة جدا بالفقه البروسي الذي كان يرفض لمدة طويلة فكرة أن لكل إنسان حق ويقبل فقط بالأعتراف للبروسيين وحدهم بما يسمى بالحقوق الأساسية للبروسيين وعلى الرغم من أن المحكمة قد تسلك مسلك مختلف الأ إنها رفضت عام ٢٠٠٢ إعطاء قصاب مسلم اجازة لذبح الحيوانات وفق التعاليم الإسلامية.^(١٢)

(الخاتمة)

حاولنا من خلال هذا البحث المبسط توضيح نقطة جوهرية وهي علاقة القانون بحقوق الانسان وهي علاقة وثيقة، ثم وصلنا الى استنتاج مهم الا وهو احتواء الدين الاسلامي على فكر تقديمي استطاع احتواء كل حقوق الانسان وحرياتة الاساسية وقرر لها الضمانات الكفيلة بحمايتها، كما انه - اي السلام - تضمن وعالج وكفل حتى حرية الدين والمعتقد مع ان الاسلام فرض عقابا على الرده فان هذا الامر لايعني بأي شكل من الاشكال عدم ايمان الشريعة بحرية الدين والمعتقد فالدول الغربية جرمت وحاربت معتنقي الشيوعية بالرغم من ايمانها بالحريات السياسية والمذهبية والاعتقادية وذلك بهدف حفظ النظام السياسي والاجتماعي، كما حاولنا الوقوف على النصوص التي عالجت هذه الحرية _ اي حرية الدين والمعتقد _ بشيئ من التحليل والتفصيل واشرنا الى النقاط الايجابية التي حملتها هذه النصوص في ثناياها، كما نوهنا الى التطبيقات لهذه النصوص راجين ان نكون وفقنا في تقديم بحث مفيد بعد هذا الجهد المتواضع.

قائمة الهوامش

١ . د. ممتاز صويصال، حرية الرأي والتعبير والتجمع، مجلة الحقوق، العدد ٣، كلية الحقوق جامعة الكويت،

- ٢ - د. سالي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الانسان عبر الزمان الطبعة/٣ - دار الكتاب الجديد المتحدده - طرابلس - ٢٠٠٤ - ص ١٦٤.
- ٣ - د. مصطفى الزلمي، حق الحرية في القرآن الكريم، الطبعة/١، مطبعة خنساء، بغداد، ٢٠٠٤، ص ٣٦.
- ٤ - د. مصطفى الزلمي - مصدر سابق - ص ٣٦
- ٥ - اعلان طرابلس لعام ١٩٧٦ الذي عقد بين الرئيس معمر القذافي ورئيس جمهورية الفلبين حول الضمانات الثانوية للأقليات المسلمة في جنوب الفلبين.
- ٦ - د. بدرية العوضي، تقرير حول مؤتمر الحوار الإسلامي المسيحي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الاول، ١٩٨٢، ص ١٨٩، ١٩٠.
- ٧ - د. طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصدر، ٢٠٠٦ - ص ١١٤
- ٨ - د. احمد سليم سعيقان، الحريات العامة وحقوق الانسان (دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانون مقارنة)، الجزء الاول مشاورات الحلبي، لبنان، ٢٠١٠، ص ٣٦٤.
- ٩ - د. احمد سليم سعيقان، مصدر سابق - ص ٣٤٩.
- ١٠ - Francisco Forrst Martin and others, International Law human rights and humanitarian law, Combriedge university, press .New York,2006,P 693.
- ١١ - د. مازن ليلو و د. حيدر أدهم، المدخل لدراسة حقوق الانسان، دار منديل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٦٨.
- ١٢ - ميشال لوفينييه، حريات الفكر، مجلة القانون العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، العدد/٣، ٢٠٠٧، بيروت، ص ٨٨١.

قائمة المصادر

- ١ - د. احمد سليم سعيقان، الحريات العامة وحقوق الانسان (دراسة تاريخية وفلسفية وسياسية وقانون مقارنة)، الجزء الاول مشاورات الحلبي، لبنان، ٢٠١٠.
- ٢ - د. بدرية العوضي، تقرير حول مؤتمر الحوار الإسلامي المسيحي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الاول، ١٩٨٢.
- ٣ - د. سالي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الانسان عبر الزمان الطبعة/٣ - دار الكتاب الجديد المتحدده - طرابلس - ٢٠٠٤.
- ٤ - د. طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصدر، ٢٠٠٦.
- ٥ - د. مازن ليلو و د. حيدر أدهم، المدخل لدراسة حقوق الانسان، دار منديل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
- ٦ - د. مصطفى الزلمي، حق الحرية في القرآن الكريم، الطبعة/١، مطبعة خنساء، بغداد، ٢٠٠٤.

٧- د. ممتاز صويصال، حرية الرأي والتعبير والتجمع، مجلة الحقوق، العدد ٣، كلية الحقوق جامعة الكويت،
١٩٨٣

٨- ميشال لوفينيه، حريات الفكر، مجلة القانون العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، العدد/٣،
٢٠٠٧

٩- Francisco Forrst Martin and others, International Law human rights and humanitarian law, Combriedge university, press .New York,2006

قائمة اتفاقات وأعلانات

- ١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان.
- ٢- الاعلان الامريكي لحقوق وواجبات الانسان.
- ٣- اعلان طرابلس لعام ١٩٧٦ الذي عقد بين الرئيس معمر القذافي ورئيس جمهورية الفلبين حول الضمانات الثانوية للأقليات المسلمة في جنوب الفلبين.
- ٤- الاعلان الفرنسي لحقوق الانسان.
- ٥- اعلان القضاء على جميع اشكال عدم التسامح والتمييز.
- ٦- اتفاقية حقوق الانسان وحرية الاساسية لدول الكومنولث والدول المستقلة.
- ٧- الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان.
- ٨- الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان.
- ٩- اتفاقية القضاء على جميع اشكال عدم التسامح والتمييز.
- ١٠- ميثاق الحقوق والحرية الاساسية للاتحاد الأوربي.

الحماية الإجرائية لحق المؤلف في القانون العراقي والمصري

د. علاء حسين مطلق التميمي

المعهد العربي للدراسات القانونية

Abstract

Procedural protections of copyright law in the Iraqi and Egyptia

Summary:

Were not intellectual property rights in ancient times, the object of protection, but there is a need for such protection with scientific progress and the emergence of modern inventions according to which the possible dissemination of literature and works in all parts of the world in a different and sophisticated. It was the invention of the Printing Tools significant impact in drawing attention to the need to provide adequate protection for literary and intellectual property. It is no longer limited to copyright, but other pictures have emerged to exploit the copyright representative in width and rhythm, representation and transport over the air and through the publication of works and piped to the public. So began the author hopes for profit financially from the product of creation and creativity of the idea.

The appearance was the real copyright – as one of the images of intellectual property – in the eighteenth century after the French Revolution. Though part of the Principles of the view that the emergence of intellectual property began in the form of Arab-Islamic customs and protection system planned by the State, contrary to what some regarded as most correct of the emergence of intellectual property due to the Middle Ages in Europe. And demonstrates some of the prosperity of the Islamic civilization in the heart of Islam, in writing, creativity in all walks of life.

المقدمة

١- لم تكن حقوق الملكية الفكرية في العصور القديمة محلاً للحماية^(١)، وإنما ظهرت الحاجة إلى هذه الحماية مع التقدم العلمي وظهور المخترعات الحديثة التي بمقتضاها أمكن نشر المؤلفات والمصنفات في جميع أنحاء العالم بصورة مختلفة ومتطورة. فقد كان لاختراع أدوات الطباعة أثر كبير في لفت الأنظار إلى ضرورة توفير الحماية الكافية للملكية الأدبية والفكرية. فلم يعد الأمر مقصوراً على الطبع والنشر، وإنما ظهرت صوراً أخرى لاستغلال حقوق المؤلف ممثله في العرض والإيقاع والتمثيل والنقل عبر الأثير وغير

(١) أنظر: د. أبو الزبيدي على المتيت: الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية، ١٩٦٧م، ص ١٤.

ذلك عن طريق نشر المصنفات وإيصاله للجمهور. لذلك بدأ المؤلف يربو ربحاً مالياً من نتاج خلقه^(١) وإبداعات فكرة.

٢- وقد كان الظهور الحقيقي لحق المؤلف - باعتباره إحدى صور الملكية الفكرية - في القرن الثامن عشر بعد وقوع الثورة الفرنسية. وإن كان جانب من الفقه يرى أن نشأة الملكية الفكرية بدأت عربية إسلامية على شكل أعراف ونظام حماية مقرر لها من قبل الدولة على خلاف ما يرجحه البعض من أن ظهور الملكية الفكرية يرجع إلى العصور الوسطى بأوروبا^(٢). ويدلل البعض على ذلك بازدهار الحضارة الإسلامية في صدر الإسلام، في مجال حركة التأليف والإبداع في مختلف مناحي الحياة^(٣).

٣- وعلى المستوى الدولي، أنشئت الجمعية الأدبية والفنية في باريس عام ١٨٧٨م، ومن خلالها تم عقد اتفاقية برن في سبتمبر عام ١٩٨٦م لحماية المصنفات الأدبية والفنية، كما عقدت في جنيف في سبتمبر عام ١٩٥٢م الاتفاقية الدولية لحقوق المؤلف. وقد أعيد صياغة الاتفاقيتين السابقتين في باريس في ٢٤ يوليو عام ١٩٧١م. وقد أنشئت المنظمة العالمية للملكية الفكرية (W.I.P.O) عام ١٩٦٧م، وهي منظمة تابعة لهيئة الأمم المتحدة. كما عقدت اتفاقية التسجيل الدولي للمصنفات السمعية والبصرية في جنيف في ١٨ أبريل عام ١٩٨٩م. وأخيراً اشتملت اتفاقيات الجات (GATT) (دورة أوجواي عام ١٩٩٤م) على اتفاق خاص بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (Trips).

أولاً: هدف البحث :

يهدف البحث إلى دراسة وتحليل القواعد القانونية التي تحكم مختلف جوانب الحماية الإجرائية لحق المؤلف في القانون العراقي والمصري، وذلك في ضوء التشريعات التي تنظم عمل تلك الحماية، بغية التوصل إلى أجوبة لجملة من التساؤلات والتي هي محور البحث.

ثانياً: تساؤلات البحث:

يمكن صياغة مشكلة البحث في التساؤل الآتي: ما هي الحماية الإجرائية لحق المؤلف في القانون العراقي والمصري؟ ويتحقق ذلك من خلال عدة أسئلة فرعية وهي :-

- ١- ما هو نطاق الحماية الإجرائية لحق المؤلف؟ وما هي شروط تلك الحماية؟.
- ٢- ما هي صور الاعتداء على حقوق المؤلف المقررة له قانوناً؟ وما هي الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية؟.

(١) أنظر: في مدى مسؤولية حصول المؤلف على مقابل مالي لجهده الذهني في الشريعة الإسلامية، د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ١٩٨٨م، ص ١.

(٢) أنظر: د. عامر محمود الكسواني: الملكية الفكرية، ماهيتها، مفرداتها، طريق حمايتها، الأردن، عمان، ١٩٩٨م، ص ١٨.

(٣) أنظر: د. عمر عبيدات: الأصل التاريخي لقانون حماية المؤلف، مجلة حماية الملكية الفكرية، الأردن، عمان، رقم ٥٣، ص ١٣.

٣- ما هي صور الحماية الإجرائية؟ وما هي إجراءات تلك الحماية؟.

ثالثاً: منهجية البحث:

المنهجية التي أتبع في هذا البحث هي منهجية الدراسة التحليلية وذلك من خلال تفكيك الجوانب التي تحظى بخصوصية الحماية الإجرائية لحق المؤلف في القانون العراقي والمصري بغية التوصل إلى النتائج المتعلقة بهذا الشأن والتي تساعد إلى بلوغ الهدف المطلوب من البحث.

رابعاً: خطة البحث:

بناءً على ما تقدم فإن موضوع هذا البحث هو محاولة الإجابة عن التساؤلات التي تثار حول الحماية الإجرائية لحق المؤلف في القانون العراقي والمصري، فقد أثرنا أن نببحثها في ثلاثة مباحث، وعلى النحو الآتي: المبحث الأول- نطاق تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف وشروطها، وليبيان نطاق تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف وشروطها نببحثها من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول: بيان نطاق تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف، وفي المطلب الثاني: نخصه لبيان شروط تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف.

المبحث الثاني - صور الاعتداء على حقوق المؤلف المقررة له قانوناً والجهة المختصة باتخاذ الإجراءات، لبيان صور الاعتداء على حقوق المؤلف المقررة له قانوناً والجهة المختصة باتخاذ الإجراءات نببحثها من مطلبين؛ المطلب الأول: نببحث فيه صور الاعتداء على حقوق المؤلف المقررة له قانوناً. المطلب الثاني: نخصه لبحث الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية.

المبحث الثالث- صور الحماية الإجرائية لحقوق المؤلف المقررة له قانوناً، لبيان صور الحماية الإجرائية لحقوق المؤلف المقررة له قانوناً نببحثها من مطلبين؛ المطلب الأول: نببحث فيه إجراءات الحماية الوقائية (الوقائية). المطلب الثاني: نخصه لبحث إجراءات الحماية التحفظية.

المبحث الأول

نطاق تطبيق الحماية الإجرائية^(١) لحق المؤلف وشروطها

٤- الحماية الإجرائية لحق المؤلف ليست مطلقة ولكنها مقيدة بنطاق معين يحدده كل تشريع وفقاً لظروف كل مجتمع ويضع لها شروطاً معينة لا يستطيع المؤلف أن يتمتع بها إلا إذا توافرت هذه الشروط.

عليه سنلقي الضوء على نطاق تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف وشروطها من خلال مطلبين؛ المطلب الأول: نببحث فيه مجال تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف، المطلب الثاني: نخصه لبيان شروط تطبيق هذه الحماية، وعلى النحو الآتي:

(١) عرفت المادة (٥٠) من اتفاقية التريبس المقصود بالحماية الإجرائية: " هي الأوامر القضائية باتخاذ تدابير مؤقتة وفعالة".

المطلب الأول - نطاق تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف

٥- يتعلق مجال تطبيق أية حماية بالنطاقين المكاني والزمني للقانون الذي يقرر هذه الحماية، لذلك سنلقي الضوء على نطاق تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف من خلال فرعين؛ الفرع الأول: نبحت فيه النطاق المكاني لهذه الحماية. والفرع الثاني: نخصه لبحث النطاق الزمني لتلك الحماية، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول- نطاق الحماية الإجرائية من حيث المكان

٦- تتولى عادة التشريعات المختلفة في مجال الملكية الفكرية تحديد الإطار الإقليمي الذي تنطبق فيه الحماية التي تخلعها على المؤلفين والمبدعين. فعادة ما تشمل بالحماية المؤلفين الوطنيين والأجانب الذين تنشر مصنفاتهم أو تمثل أو تعرض لأول مرة بالدولة والمؤلفين الوطنيين الذين تنشر مصنفاتهم لأول مرة في بلد أجنبي حيث يغلب المشرع الوطني هذا المعيار الشخصي. أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر خارج الدولة، فالحماية المقررة لها مشروطة بالاتفاقيات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل^(١).

وقد تضمنت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منها التزام كل من البلدان الأعضاء بمنح مواطني البلدان الأخرى الأعضاء معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية. وقد نصت المادة الرابعة من ذات الاتفاقية أيضاً على أن أي ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة - فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية يمنحها بلد عضو لمواطني أي بلد آخر، يجب أن تمنح على الفور ودون أية شروط لمواطني جميع البلدان الأعضاء الأخرى^(٢).

الفرع الثاني- نطاق الحماية الإجرائية من حيث الزمان

٧- ينظم المشرع الداخلي النطاق الزمني لحماية حق المؤلف، يجعل نطاق الحماية يشمل جميع المصنفات الموجودة وقت العلم بقانون حماية حق المؤلف. بالأخذ بقاعدة الأثر الفوري المباشر للقانون تجعل أحكامه تسري على جميع المصنفات الموجودة وقت العمل به أي وقت نشره^(٣). وبالنسبة لحساب

(١) راجع: المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م المعدل بالقانون رقم ٨٣ الصادر في ٢٠٠٤/٥/١م.

(٢) يشمل تعبير الحماية في تطبيق المادتين (٣-٣) من اتفاقية تريبس الأمور التي تؤثر في توفير حقوق الملكية الفكرية واكتسابها ونطاقها ونفاذها، كذلك الأمور التي تؤثر في استخدامها حقوق الملكية الفكرية المنصوص عليها بالتحديد في اتفاقية تريبس.

(٣) راجع: المادة (٢٠-١/٢٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م، المعدلة بالقانون رقم ٨٣ في ٢٠٠٤/٥/١م.

مدى الحماية للمصنفات الموجودة وقت صدور القانون، فالقاعدة هي أن يدخل في هذه الفترة التي انقضت من تاريخ الحادث المحدد لبدء سريان المدة وتاريخ العمل بهذا القانون^(١).

فالأصل أن مدة الحماية المقررة للمصنف تبدأ في الانقضاء من تاريخ الحادث المحدد لبدء كوفاة المؤلف مثلاً - فإن كان هذا الحادث سابقاً على العمل بالقانون، فإن الفترة بين تاريخ الحادث وبين تاريخ العمل بهذا القانون تحسب ضمن مدة الحماية المقررة. وتنص دائماً نصوص قوانين حماية حق المؤلف على عدم رجوعيتها على الماضي بحيث تسري أحكامها على كل الحوادث والاتفاقيات التالية لوقت العمل بها، ولو كانت متعلقة بمصنفات نشرت أو عرضت أو مثلت لأول مرة قبل ذلك^(٢).

وقد عالجت المادة (٦٥) من الجزء السادس والخاص بالترتيبات الانتقالية من اتفاقية تريبس نطاق الحماية التي تقرها الاتفاقية من حيث الزمان. فقضت الفقرة الأولى منها على عدم التزام أي من البلدان الأعضاء بتطبيق أحكام هذه الاتفاقية قبل انتهاء فترة زمنية عامة مدتها سنة واحدة تلي تاريخ نفاذ اتفاق منظمة التجارة العالمية. ونصت في الاتفاقية أيضاً على مدد أخرى لسريان أحكامها على البلدان النامية تتراوح ما بين خمس أو عشر سنوات.

المطلب الثاني- شروط تطبيق الحماية الإجرائية لحق المؤلف

٨- عندما يمنح المشرع حمايته الإجرائية لحقوق المؤلف المادية والأدبية على مصنفه ضد كل اعتداء يتطلب لذلك تحقق شرطين أحدهما يتمثل في قيام المعتدي بتصريف في حق المؤلف بالمخالفة للنصوص التي تقصره على المؤلف وحده (فرع أول) وثانيهما عدم الحصول على موافقة كتابية من المؤلف من أجل مباشرة أي تصرف من التصرفات التي يقصر القيام بها على المؤلف وحده، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول- التصرف في حق المؤلف بالمخالفة لنصوص القانون التي تقصره على المؤلف وحده

٩- يتضمن حق المؤلف المالي استغلال المصنف بأية صورة من صور الاستغلال عن طريق نقله إلى الجمهور إما بطريقة مباشرة مثل عرض المصنف إلى الجمهور بصورة مباشرة سواء عن طريق التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقي أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية للتكلم أو للصوت أو للصور أو للعرض بأية وسيلة آلية كالسينما أو الفانونس السحري أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة (شاشة) التلفزيون بعد وضعها في مكان عام ويطلق على هذه الوسيلة جميعها (الأداء العلني).

(١) راجع: المادة (٤-٣/٢٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م، المعدلة بالقانون رقم ٨٣ في ٢٠٠٤/٥/١م.

(٢) راجع: المادة (٦/٢٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م، المعدلة بالقانون رقم ٨٣ في ٢٠٠٤/٥/١م.

وأما بطريقة غير مباشرة وهو ما يطلق عليه النسخ ويتم بنسخ صورة من المصنف تكون في متناول الجمهور سواء تم ذلك بطريقة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب أو التسجيل أو النسخ أو التثبيت على اسطوانات أو أشرطة مسموعة أو مرئية أو بأية طريقة أخرى^(١). ويشمل أيضاً حتى الاستغلال حق المؤلف وحده في ترجمة مصنفه إلى لغة أخرى^(٢) فالاعتداء المتمثل في نشر المصنف أو عرضه بأية وسيلة من الوسائل السابقة معاقب عليه ويفتح الباب لاتخاذ التدابير الإجرائية لتوفير الحماية للمؤلف.

الفرع الثاني - عدم الحصول على إذن كتابي من المؤلف أو ممن يخلفه

١٠ - لكي يمكن التصرف في حقوق المؤلف المادية، يتعين الحصول على إذن كتابي من المؤلف أو ممن يخلفه محدداً لنطاق الحق المنقول. فيجب لتام التصرف الذي ينقل حق المؤلف للغير أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حده يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه ومدة الاستغلال ومكانه^(٣). وقد يكون هذا التصرف بعوض أو بدون عوض. فقد يبيع المؤلف حقوق استغلال مصنفه إلى الغير مقابل مبلغ نقدي يحصل عليه، وقد يهب هذه الحقوق لشخص آخر بدون مقابل. ويعتبر هذا التصرف باطلاً إذا لم يكن مكتوباً كأن يكون شفويّاً حتى ولو أقره المؤلف نفسه^(٤).

والكتابة هنا تعتبر شرطاً لصحة انعقاد التصرف وليس لإثباته^(٥). وذهب البعض إلى أن البطلان يمتد أيضاً إلى حالة عدم التحديد صراحة وبالتفصيل لكل حق على حدة يكون محلاً للتصرف أو لم يحدد فيه مدى هذا الحق أو الغرض منه أو مدة الاستغلال أو مكانه^(٦).

١١ - وإذا كان المشرع قد اشترط أن يكون تصرف المؤلف في حقه على مصنفه مكتوباً وصريحاً وواضحاً، فإن الأمر لا يختلف بالنسبة للأذن بالنشر أو بالعرض لمصنفه، فيتعين أن يكون مكتوباً وواضحاً وصريحاً.

وكما ينتقل حق المؤلف المالي على مصنفه إلى خلفه من بعد وفاته، فإن الحق في منح الإذن بنشر أو بعرض المصنف ينتقل إلى خلفاء المؤلف من بعد مثل الورثة أو الموصى لهم أو باقي الشركاء

(١) راجع: المادة (١/٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م، المعدلة بالقانون رقم ٨٣ في ٢٠٠٤/٥/١م.

(٢) راجع: المادة (٢/٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م، المعدلة بالقانون رقم ٨٣ في ٢٠٠٤/٥/١م.

(٣) راجع: المادة (٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م، المعدلة بالقانون رقم ٨٣ في ٢٠٠٤/٥/١م.

(٤) أنظر: د. نعمان جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية، ١٩٧٤م، ج ٢.

(٥) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، بند ٢١٩ ص ٣٨٤.

(٦) أنظر: د. خاطر لطفي: قانونا حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات، ط ١، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ١٠٥.

في المصنف إذا لم يكن للشريك المتوفى ورثة. فإذا حدث ونشر أو عرض شخص من الغير المصنف دون أن يحصل على إذن من مؤلفه أو من خلفه، فإن المشرع وضع في يد المؤلف أو خلفه سلاحاً فعالاً يتمثل في إمكانية اتخاذ التدابير الإجرائية المختلفة لحماية حقه على مصنفه.

المبحث الثاني

صور الاعتداء على حقوق المؤلف المقررة له قانوناً والجهة المختصة باتخاذ الإجراءات

١٢ - يرجع مصدر هذا الالتزام إلى قانون حماية حق المؤلف والذي يقرر للمؤلف في حالة توفر شروط الحماية حقوقاً أدبية وأخرى مالية على المصنف^(١). مما يفرض واجباً تجاه الكافة باحترام هذه الحقوق وعدم الاعتداء عليها، ولما كان من الجائز قانوناً للمؤلف التصرف بالحقوق المالية دون الأدبية^(٢). فإن على المتصرف له - طالب إعداد المصنف - الالتزام ضمن نطاق هذا التصرف وهو ما تقرره القواعد العامة في القانون المدني، وترتب المسؤولية على الإخلال به^(٣).

١٣ - يختلف مضمون هذا الالتزام باختلاف الحقوق محل الاعتداء، باعتبار إن من غير الجائز التصرف بالحقوق الأدبية لكونها حقوقاً لصيقة بالشخصية وغير قابلة للسقوط أو التقادم، مما يعني عدم جواز المساس بأي من هذه الحقوق، ولا يتمتع سوى المؤلف وحده - وورثته من بعده - بدفع أي اعتداء عليها. أما الحقوق المالية فمن الجائز قانوناً التصرف فيها للغير، فإن واجب عدم الاعتداء على حقوق المؤلف ينحصر على الحقوق غير المتنازل عنها أو المرخص بها للغير.

١٤ - كما يتأطر الحق بعدم الاعتداء على الحقوق المالية ضمن مدة سريان الحماية القانونية، إذ بانقضاء هذه المدة تدخل الحقوق المالية - حقوق استغلال المصنف مالياً - في الملك العام ويصبح معها استغلال المصنف مالياً مباحاً للكافة من دون الحاجة إلى الحصول على موافقة المؤلف أو ترخيصه، ومن دون إن يشكل ذلك اعتداء على حقوق المؤلف^(٤)، كما ليس بالضرورة إن يقتصر الحق بدفع الاعتداء على الحقوق المالية على المؤلف وحده، وإنما ينتقل هذا الحق، في حالة التنازل عن حقوق الاستغلال المالي، إلى المتنازل له. ومن المفيد أن نشير إلى صور الاعتداء على الحقوق الأدبية والمالية تبعاً:

الفرع الأول - صور الاعتداء على الحقوق الأدبية

(١) في بيان الحقوق المقررة للمؤلف راجع البند (٤٠٧) لغاية البند (٤٣٦) من مؤلفنا بعنوان المصنفات بالتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.

(٢) راجع: د. علاء حسين مطلق التميمي: المصنفات بالتعاقد، المرجع السابق، البند (٤٢٠).

(٣) راجع: المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م، تقابلها المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣٣ لسنة ١٩٤٨م.

(٤) راجع: د. علاء حسين مطلق التميمي: المصنفات بالتعاقد، المرجع السابق، البند (٤٢٣).

١٥- تتمثل أغلب صور الاعتداء على الحقوق الأدبية المقررة للمؤلف، بقيام الغير بنشر المصنف قبل أن يقرر المؤلف نشره، أو إن تتم عملية النشر بصورة تختلف عن تلك التي عينها المؤلف. ووفقاً لهذا الغرض يكون هناك اعتداء على حق الاستغلال المالي للمؤلف فضلاً عن الاعتداء على حق تقرير طريقة نشر المصنف^(١). كذلك إذا حدد المؤلف موعداً للنشر قبل وفاته فإن من غير الجائز لورثته أو المتنازل له عن حقوق الاستغلال المالي، نشر المصنف قبل انقضاء ذلك الموعد.

١٦- وفيما يتعلق بحق المؤلف في نسبة بحثه إليه، فإنه يتمتع على الغير بما فيهم الورثة- الخلف العام- والخلف الخاص الادعاء بنسبة هذا المؤلف إليهم. ومن الأمثلة على ذلك أيضاً قيام الغير باستنساخ أجزاء من المصنف والاعتماد عليها لإعداد مصنف جديد ونسبته إليه، إذ تكون في هذه الحالة أمام اعتداء على الحق بنسبة المصنف لمؤلفه الأصلي، واعتداء على الحق باستنساخ و/أو تحويل المصنف^(٢). وبموجب حق المؤلف في احترام كيان بحثه، فإنه يتمتع على الغير المساس بهذا المصنف بأية صور من شأنها الإساءة إلى سمعة المؤلف الفكرية أو الإبداعية. وإذا ما تنازل المؤلف عن حقوق استغلال المصنف فإنه يتمتع على المتنازل له (طالب إعداد المصنف) إجراء أي تعديل- بالحذف أو بالإضافة- في المصنف إلا إذا كان مصرحاً له بذلك من قبل المؤلف.

ولما كان من حق المؤلف سحب مصنفه من التداول إذا طرأت أسباب أدبية خطيرة أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه، فإن من غير الجائز لمن آلت إليه حقوق استغلال هذا المصنف إن يتمتع عن السماح بذلك، ولاسيما إذا عرض المؤلف عليه التعويض الذي تقدره المحكمة^(٣). وترى محكمة النقض الفرنسية إن من الحقوق الأدبية للمؤلف إكمال المصنف الذي كلف بعمله، وطالما إن طالب إعداد المصنف لم يسمح بإكمال المصنف فيكون قد انتهك حقوق المؤلف الأدبية ويوجب التعويض^(٤).

(١) راجع: المادة (٧) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

(٢) راجع: المواد (١٠ - ٤٢) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

(٣) راجع: المادة (٤٣) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

(٤) راجع: حكم محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص:

-Arrêt N° 881 du 24 septembre 2009 (07-17.107) - Cour de cassation - Première chambre civile. Bull civ. 2009.

"que l'inachèvement du documentaire par la faute du producteur prive l'auteur de l'exercice légitime de ses droits moraux, notamment du droit de divulgation et lui cause un préjudice ouvrant droit à réparation et en déboutant MM. Y... et X... de leur demande de réparation de l'atteinte portée à l'exercice de leur droit moral en conséquence de l'inachèvement du documentaire par la faute de la société France 2, la cour d'appel a statué par le motif inopérant selon lequel l'exercice du droit moral supposait l'achèvement de l'oeuvre et ainsi violé par fausse application l'article L. 121 5, dernier alinéa, du code de la propriété intellectuelle et par refus d'application l'article 1382 du code civil".

الفرع الثاني- صور الاعتداء على الحقوق المالية

١٧- القاعدة التي تحكم الحقوق المالية، أن المؤلف يبقى يتمتع بكل الحقوق ما لم يتنازل عنه أو يرخص به من حقوق للغير. إذ تفسر التصرفات الصادرة عن المؤلف تفسيراً ضيقاً، وبالتالي يعتبر أي تجاوز على الحقوق محل التصرف اعتداء على حقوق المؤلف أو صاحب الحق عليها، ولا يتصور مثل هذا الاعتداء، في حالة التصرف بكافة الحقوق المالية المقررة، إذ يتنازل بموجب هذا الفرض المؤلف عن جميع صور الاستغلال المالي بحيث لا يعود له أيأ منها، وهنا يلتزم المؤلف فضلاً عن الغير، بعدم الاعتداء أو التعرض لطالب إعداد المصنف^(١).

١٨- أما في إطار عقود ترخيص استغلال المصنف بالتعاقد، فإنه ينظر إلى مضمون هذا الترخيص، فإذا كان محدداً بمكان معين أو وقت محدد، فينبغي على المرخص له عدم مباشرة حقوق الاستغلال المرخص بها خارج هذا النطاق، فضلاً عن ضرورة الالتزام بطريقة الاستغلال المسموح بها^(٢).

وفيما يتعلق باستخدام المصنف بالتعاقد، فإن من غير الجائز للغير استخدام المصنف بالتعاقد من دون ترخيص من المؤلف أو صاحب الحق على المصنف، على الرغم من سماح قانون حماية حق المؤلف باستعمال المصنف للأغراض الشخصية أو الخاصة أو الأغراض التعليمية^(٣)، إذ قد يؤدي ذلك إلى الاعتداء على حقوق المؤلف أو من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي. أما بخصوص الحق بتحويل المصنف بالتعاقد أو تطويره أو إعادة صياغته بلغة غير تلك التي كتب فيها، فإن مثل هذه الأعمال لا بد من إن تتم بموافقة أو ترخيص المؤلف، أو صاحب الحق بذلك، وبخلافه تشكل انتهاكاً لحقوق المؤلف^(٤).

المطلب الثالث- الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية

١٩- تختلف هذه الجهة باختلاف الدولة التي تولي اهتماماً بحماية حق المؤلف من حيث إعطاء هذا الاختصاص لجهة المحاكم أم لجهة إدارية. وسوف نعرض في هذا المطلب لبعض التشريعات العربية لبيان الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية وكيفية تقرير هذه الإجراءات.

الفرع الأول- التشريع المصري

٢٠- نصت المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية والأدبية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م على اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه في كل حالة ينشر أو يعرض فيها المصنف بدون إذن كتابي من المؤلف أو ممن يخلفه. فمن حيث

(١) راجع: المادة (٤٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

(٢) راجع: المادة (٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م، المعدلة بالقانون رقم ٨٣ في ٢٠٠٤/٥/١م.

(٣) راجع: المواد (١٣- ١٤) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

(٤) راجع: المادة (١٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

الاختصاص النوعي نجد أن قاضي الأمور الوقتية يختص اختصاصاً أصلياً بالأوامر الوقتية التي تقدم إلى المحكمة التابع لها والمختصة بنظر النزاع المتعلق به الأمر^(١). وقاضي الأمور الوقتية في المحكمة الابتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من ينتدب لذلك من قضاتها وفي المحكمة الجزائية هو قاضيها^(٢)، أما فيما يتعلق بالإجراءات التحفظية فقد اعتبرها المشرع من ضمن الإجراءات الوقتية التي يتعين تقديم طلب اتخاذها إلى رئيس المحكمة الابتدائية بوصفه قاضياً للأمر الوقتية.

٢١- يقدم طلب اتخاذ إجراء أو أكثر من الإجراءات الوقتية أو التحفظية في صورة عريضة من المؤلف أو من خلفه إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة. ويخضع نظر الطلب لنظام الأوامر على عرائض سواء من حيث إجراءات أو شروط إصداره^(٣). فرئيس المحكمة الابتدائية ينظر الطلب دون حاجة لحضور طالب الأمر أو من يراد صدوره ضده وفي غير جلسة دون حضور كاتب المحكمة. ويجب أن يصدر أمره في اليوم التالي لتقديم الطلب على الأكثر^(٤).

وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في قبول الطلب كلياً أو جزئياً أو رفضه. وفي حالة قبوله للطلب يتعين أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني المتعلق به الأمر المطلوب، فضلاً عن حالة وجود حاجة إلى تقرير الحماية الوقتية المطلوبة أي وجود خوف من وقوع ضرر يلحق بحق المؤلف أو خلفه، ولا يلتزم القاضي سواء قبل الطلب وإصدار الأمر على عريضة أو رفضه بتسبب قراره إلا إذا أصدره على خلاف أمر سبق صدوره. فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجدي وإلا كان باطلاً^(٥).

٢٢- ويجب أن يقدم الأمر الصادر بالإجراء الوقتي أو التحفظي خلال الثلاثين يوماً التالية لصدوره وإلا سقط الحق في تنفيذه^(٦). وينفذ الأمر المذكور فوراً بمجرد صدوره دون تنبيه أو إنذار، بل يعد الأمر على عريضة هنا مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون^(٧).

(١) راجع: المادة (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، المعدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢م.

(٢) راجع: المادة (٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ.

(٣) راجع: المواد (١٩٤ - ١٩٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ؛ تقابلها المواد (١٥١ - ١٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م.

(٤) راجع: المادة (١٩٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ تقابلها المادة (١٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(٥) راجع: المادة (١٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ؛ تقابلها المادة (١٩٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٦) راجع: المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ.

(٧) راجع: المادة (١٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ؛ تقابلها المادة (٢٨٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

ويمكن لرئيس المحكمة أن يأمر بتنفيذ الأمر على عريضة بموجب مسودته ودون إعلان. والأصل أن يصدر الأمر على عريضة دون كفالة ما لم ينص في الأمر على أن يقدم المؤلف أو خلفه كفالة مناسبة^(١). ويراعي في تنفيذ الأمر على عريضة بالإجراء الوتقي أو التحفظي القواعد العامة التي ينص عليها المشرع بالنسبة للتنفيذ الجبري أي أن التنفيذ يتم تحت إشراف قاضي التنفيذ وبمعرفة المحضر المختص وقد يعاونه خبير عند اللزوم أي إذا اقتضى الأمر ذلك.

وقد أجاز المشرع المصري لمن صدر ضده الأمر على عريضة متضمناً إجراء أو أكثر من الإجراءات التي تهدف إلى حماية حق المؤلف أن يتظلم من هذا الإجراء. كما تضمنت القواعد العامة إمكانية تظلم المؤلف أو خلفه من الأمر الصادر برفض طلب اتخاذ الإجراءات المطلوبة لحماية حقه.

١. وسائل مواجهة الإجراءات الصادرة لحماية حق المؤلف :

٢٣- تتمثل أهم هذه الوسائل في التظلم من الأمر الصادر بالإجراء الوتقي أو التحفظي حيث أجاز المشرع المصري في المادة (١٨٠) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري لمن صدر ضده الأمر على عريضة أن يتظلم من هذا الأمر أمام نفس المحكمة الآمرة. وللقاضي الأمر المرفوع إليه التظلم أن يستمع لأقوال طرفي النزاع "المؤلف أو خلفه من جانب - الشخص المنسوب إليه الاعتداء على حق المؤلف والذي صدر ضده الأمر بالإجراء من جانب آخر ويتمتع القاضي بسلطات عديدة عند نظره لهذا التظلم، فهو يستطيع أن يصدر حكمه، إما بإلغاء الأمر وكل الإجراءات التي قررها الأمر وإما إلغاء الأمر جزئياً وإما تأييد الأمر الصادر بالإجراء الوتقي أو التحفظي، فتتأكد بذلك الإجراءات التي تضمنها الأمر المتظلم منه - ويستطيع أيضاً العدول عن أمره السابق وتعيين حارس يتولى إعادة نشر أو عرض أو صناعة أو استخراج نسخ من المصنف محل النزاع على أن تودع حصيلة الإيراد الناتج في خزائن المحكمة إلى أن يفصل في أصل النزاع من المحكمة المختصة. ويعتبر قرار القاضي الصادر في التظلم حكماً قضائياً يجوز استئنافه أمام محكمة الاستئناف.

٢٤- ويمكن أيضاً للشخص الذي صدر في مواجهته الأمر أو للغير الذي تعلق حق من حقوقه بتنفيذ الإجراء الوتقي أو التحفظي، إبداء أشكال في تنفيذ الأمر الصادر من رئيس المحكمة الابتدائية، وذلك إلى قاضي التنفيذ باعتباره القاضي المختص بالفصل في منازعات التنفيذ الموضوعية أو الوتقية أياً كانت قيمتها^(٢)، سواء بإبدائه أمام المحضر عند قيامه بتنفيذ الأمر أو عن طريق إيداع صحيفته قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة. ويترتب على رفع الأشكال وقف التنفيذ إذا كان أشكالاً أولاً. ويستطيع أيضاً

(١) راجع: المادة (١٨٠) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ.

(٢) راجع: المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ.

الشخص الذي صدر ضده الأمر أن يتظلم منه ويطلب وقف نفاذه معجلاً باعتباره الأمر على عريضة الصادر به الإجراء مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون.

٢. إمكانية تظلم المؤلف أو خلفه من الأمر الصادر برفض اتخاذ الإجراء المطلوب لحماية حقه:

٢٥- استناداً للقواعد العامة التي تحكم الأوامر على عرائض والتي تجيز لطالب إصدار الأمر "في حالتنا المؤلف أو خلفه" أن يتظلم من قرار رئيس المحكمة الابتدائية برفض إصدار الأمر بالإجراء المطلوب كلياً أو جزئياً، فإن المؤلف أو خلفه يستطيع - إذا ما رفض رئيس المحكمة الابتدائية الأمر بالإجراءات التي طلبها من أجل حماية حقوقه على مصنفه - أن يتظلم من هذا القرار أمام المحكمة الابتدائية التابع لها رئيس المحكمة الآمرة.

٣. زوال الأثر المترتب على الأمر الصادر بالإجراءات الوقتية أو التحفظية :

٢٦- يرتب الأمر الصادر بالإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب أثره بمجرد صدوره وذلك لإمكانية تنفيذه في الحال دون انتظار لأي إجراء آخر. فإذا كان القرار متضمناً الأمر بإجراء وقتي كإجراء وصف تفصيلي للمصنف أو إثبات الأداء العلني أو وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته، فإنه بمجرد صدوره يرتب أثره مباشرة من خلال تنفيذه بمعرفة المحضر الذي يتقدم إليه طالب التنفيذ. كذلك إذا كان الأمر صادراً بإجراء تحفظي، كالحجز على المصنف الأصلي أو على نسخة أو على المواد التي تستعمل في إعادة نشر المصنف أو استخراج نسخ منه إذا كانت هذه المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف أو الحجز على الإيراد الناتج عن النشر أو العرض بعد حصوله بمعرفة خبير إذا اقتضى الأمر، فإن أثره يتحقق بإجراء الحجز والتحفيز على المصنفات أو الأدوات أو الحجز على المبالغ التي تمثل الإيراد الناتج عن النشر أو العرض، وكل ذلك بمعرفة المحضر المختص، إلا أنه لضمان جدية طلب المؤلف أو من يخلفه باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية الكفيلة بحماية حقوقه على مصنفه - ألزمت الفقرة الأخيرة من المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري المؤلف أو خلفه برفع دعوى بأصل النزاع أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور أمر رئيس المحكمة بالإجراء الوقتي أو التحفظي. فإذا التزم الطالب ورفع أصل النزاع خلال الميعاد المذكور أمام المحكمة المختصة استرثر الأمر. أما إذا لم يرفع أصل النزاع أو رفعه للمحكمة المختصة بالمخالفة للميعاد المنصوص عليه، زال كل أثر للأمر واعتبر كأن لم يكن وعاد كل شيء إلى ما كان عليه قبل الأمر^(١).

٢٧- فإذا كان الأمر متعلقاً بإجراء وقتي بوقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته، زال كل أثر لهذا الأمر، وبالتالي عاد النشر والعرض واستمرت صناعة المصنف. أما إذا تعلق الأمر بإجراء تحفظي بطل الحجز زالت كل آثاره بحيث يستطيع من صدر ضده الأمر أن يتصرف في المصنف أو في المواد

(١) راجع: المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ.

المستعملة في نشره أو في استخراج نسخه. ويزول الأثر المترتب على الأمر الصادر بالإجراء المطلوب لحماية حق المؤلف إذا ما رفضت المحكمة المطروح أمامها النزاع الحكم بتثبيت الحجز التحفظي الذي تضمنه الأمر. ويوقع الجزاء الخاص بزوال كل أثر للأمر الصادر بالإجراء بقوة القانون، فيكفي أن يثبت من صدر ضده الأمر عدم رفع دعوى أصل النزاع أمام المحكمة المختصة خلال الميعاد المنصوص عليه.

الفرع الثاني- الشريعة العراقي

٢٨- لا يختلف التشريع العراقي لحماية حق المؤلف عن نظيره المصري في تحديد الجهة المختصة بإصدار الأوامر المتضمنة إجراءات وقتية أو تحفظية لأي مصنف تعرضت حقوق المؤلف فيه أو حقوق ورثته أو خلفه للاعتداء. للمؤلف أن يتقدم للمحكمة المختصة هو أو أي من ورثته أو خلفه بطلب لاتخاذ الإجراءات التي تكفل حمايته من أي اعتداء. ويجب أن يتضمن هذا الطلب وصفاً شاملاً ومفصلاً للمصنف^(١). كما يجب أن يكون الطلب مشفوعاً بكفالة تضمن تعويض المشكو في حقه نتيجة تعطله أو عن الضرر الذي لحقه. ويجوز تقديم هذا الطلب إلى المحكمة قبل رفع الدعوى "المتعلقة بأصل النزاع" أو عند رفعها أو أثناء نظرها.

وللمحكمة سلطة تقديرية في الأمر باتخاذ أحد الإجراءات الوقتية أو التحفظية التي سبق لنا ذكرها أو أكثر من إجراء منها. فإذا قررت المحكمة ذلك قبل رفع الدعوى المتعلقة بأصل النزاع، وجب على المؤلف أو أي من ورثته أو خلفه أن يرفع دعواه خلال ثمانية أيام من تاريخ قرار المحكمة الصادر بالإجراء، فإذا لم تقدم الدعوى خلال هذه المدة تصبح الإجراءات التي اتخذتها المحكمة ملغاة حكماً^(٢) (مادة ٤٦/ب).

٢٩- وقد تضمنت الفقرة ج من المادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف العراقي حق المتضرر من أي إجراء تصدره المحكمة في الطعن عليه أمام المحكمة التي لها أن تسمع أقوال الطرفين لتنتهي إما إلى تأييد قرارها السابق أو إلغائه كلياً أو جزئياً أو تعيين قيم تكون مهمته إعادة نشر المصنف أو عرضه أو أدائه العلني على أن يودع الإيراد الناتج من ذلك في خزانة المحكمة حتى انتهاء المحاكمة "الدعوى". وتقرر المحكمة الجهة التي تعود إليها تلك الإيرادات في ضوء ما تحكم به في النواحي الأخرى من القضية.

(١) راجع: المادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

(٢) راجع: المادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ.

المبحث الثالث

صور الحماية الإجرائية لحق المؤلف من الاعتداء (حالة الاستعجال والخطر)

٣٠- جرى العمل على تقسيم طرق حماية حق المؤلف إلى طريقتين أساسيين أحدهما مدني والآخر جنائي. فالأول يتعلق بالمسئولية المدنية لمن يعتدي على أي حق من حقوق المؤلف الأدبية والمادية حيث يلتزم بتعويض المؤلف وخلفه عن الأضرار الناشئة عن هذا الاعتداء. والثاني يخص المسئولية الجنائية عن أعمال التقليد ومعاقبة المقلد أو مرتكب أي فعل من أفعال التقليد. كما جرى الفقه على إدخال الحماية الإجرائية التي ينص عليها المشرع في قانون حماية حق المؤلف ضمن الطريق المدني^(١).

٣١- يذهب جانب من الفقه إلى معالجة هذه الحماية الإجرائية كطريق مستقل من طرق حماية حق المؤلف، وهو ما نرى ضرورة تأييده نظراً لما توفره هذه الإجراءات سواء الوقتية أو التحفظية لحقوق المؤلف من حماية سريعة وفعالة. فهي وإن كانت سابقة على الحماية المدنية بحيث تعتبر هذه الأخيرة أمراً لازماً وتالياً عليها إلا أنها مستقلة وتتميز بطبيعتها الخاصة التي تجعل منها طريقاً قائماً بذاته من طرق حماية حق المؤلف.

٣٢- أجاز كلاً من المشرع العراقي والمصري والاتفاقيات الدولية الخاصة بحق المؤلف اتخاذ التدابير الإجرائية اللازمة لحماية حقوق المؤلف الأدبية أو تلك المتعلقة بالجوانب المالية من الاعتداء عليها إلى حين الفصل في الدعوى الموضوعية والتي قد يطول أمدها. علماً بأن هذه الإجراءات وردت في قانون حماية المؤلف العراقي النافذ على سبيل الحصر، إلا أنه لا يمنع من إتخاذ غير هذه الإجراءات في سبيل المحافظة على المصنفات من الاعتداء عليها^(٢).

وفي تقديرنا أن المشرع العراقي قد راعى في تقدير هذه الإجراءات ضرورة وضع حد سريع للاعتداء على حقوق المؤلف تحاشياً للأضرار التي قد تترتب على استمرار المعتدي في اعتدائه حتى تفصل محكمة الموضوع في أصل النزاع الذي قد يطول أمده، عليه فإن دراستنا للحماية الإجرائية لحق المؤلف تتطلب منا دراسة الحماية الإجرائية الوقائية لحق المؤلف ثم دراسة الحماية التحفظية لحق المؤلف، وذلك في مطلبين مستقلين، وعلى النحو الآتي:

(١) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية، المرجع السابق، بند ٢٤٦ ص٤٢٥.

(٢) راجع: المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ، والتي تنص على أنه: " لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع، بناءً على طلب ذو الشأن وبمقتضى أمر يصدر على عريضة، أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التالية، أو غيرها من الإجراءات التحفظية المناسبة، وذلك عند الاعتداء على أي من الحقوق المنصوص عليها في هذا الكتاب:..."

المطلب الأول- إجراءات الحماية الإجرائية الوقائية

٣٣- هي إجراءات قصد بها المشرع إثبات الضرر الناشئ عن الاعتداء على حق المؤلف وإيقافه مستقبلاً. وتتكفل عادة التشريعات المختلفة بالنص على هذه الإجراءات التي تشمل عادة^(١):

١. إجراء وصف تفصيلي للمصنف. ويقصد بذلك التعريف تعريفاً دقيقاً نافياً للجهالة يميزه عن غيره من المصنفات التي توجد في ذات مجاله. فإذا كان كتاباً في أي مجال من مجالات العلوم أو الفنون أو الآداب يمكن الأمر بوصفه وصفاً تفصيلياً يميزه عن غيره من الكتب الأخرى. وبالمثل إذا كان المصنف فيلماً أو عرضاً مسرحياً أو تمثالاً.

٢. وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته. فإذا كان المصنف كتاباً أمكن المطالبة بوقف نشره. أما إذا كان فيلماً سينمائياً أو عرضاً راقصاً أمكن وقف عرضه. فإذا كان المصنف شريطاً مسجلاً أمكن وقف صناعته وإنتاجه، فالأمر الوقتي هنا يتعلق بطبيعة المصنف سواء من حيث وقف النشر أو العرض أو الصناعة.

٣. إثبات الأداء العلني بالنسبة لإيقاع أو تمثيل أو إلغاء مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلاً.

٤. حصر الإيراد الناتج من الشراء أو العرض بمعرفة خبير يندب لذلك إذا اقتضى الحال. هذه الإجراءات الوقتية تتميز بسرعة إصدارها حيث يمكن الحصول على أي منها في اليوم التالي لتقديم الطلب بذلك. وهي في الأصل، لا ترد تحت حصر، ونص المشرع على بعضها لا يخرج كونه أمثلة لحالات أخرى لم ينص عليها.

٣٤- وقد أجاز المشرع العراقي، لحماية حق المؤلف والاتفاقيات الدولية الخاصة بحق المؤلف^(٢) من اتخاذ التدابير الإجرائية اللازمة لحماية حقوق المؤلف الأدبية والمالية والمتمثلة؛ في وقف التعدي على

(١) راجع: المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ.

(٢) راجع: المادة (٤٥) من قانون حماية حقوق المؤلف العراقي النافذ، والتي تنص على أنه: "يعتبر مكوناً الجريمة التقليدي ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تزيد عن مائة دينار كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية: ١- من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد الخامسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشر من هذا القانون. ٢- من باع أو عرض للبيع مصنفاً مقلداً أو أدخل إلى العراق دون إذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يفرضها هذا القانون. ٣- من قلد في القطر العراقي مصنفات منشورة بالخارج أو باع هذه المصنفات أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج. وفي حالة العود على الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كما يجوز للمحكمة في حالة العود الحكم بغلق المؤسسة التي استغلها المقلدون أو شركاؤهم في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائياً. ويجوز للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذي وقع بالمخالفة لأحكام المواد الخامسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشر التي لا تصلح إلا لهذا النشر ويجب مصادرة جميع النسخ المقلدة"؛ تقابلها المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ؛ والمادة (٥٠) من اتفاقية التريبس.

المصنف، وفي حظر نشر المصنف المقلد، أو وقف تداوله، ومصادرة النسخ المستوردة غير المشروعة، وإتلاف المصنفات المقلدة، أو إدخال التعديلات عليه، وهو ما سنبحثه تباعاً وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول- وقف التعدي على المصنف

٣٥- للمؤلف حق استثنائي على مصنفه، والذي يتمتع بالحماية القانونية، وأن له الحق في استخدام المصنف في الحدود التي يجيزها القانون استخداماً مشروعاً، وبالتالي فإن أي استخدام غير مشروع لمصنف مشمول بموجب قوانين حق المؤلف، يشكل اعتداءً على حق المؤلف، كما هو الحال في عملية نسخه أو القيام بعرض المصنف أمام الجمهور دون إذن المؤلف، فإذا ما تم الاعتداء، فإنه يكون للمؤلف أو ورثته الحق في اللجوء إلى الوسائل القانونية اللازمة للمحافظة على حقهم، ومن هذه الوسائل وقف التعدي على مصنفه، وذلك من خلال المحكمة المختصة.

والمحكمة المختصة حسب قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ، هي محكمة البداية وذلك من خلال طلب خطي يتضمن وصفاً تفصيلياً وشاملاً للمصنف المطلوب حمايته، وتميزه عن غيره كأن يكون كتاباً في فرع من فروع الفنون أو الآداب، يمكن تقديمه قبل أو خلال أو بعد رفع الدعوى، طالباً من المحكمة إصدار أمر قضائي عاجل بوقف التعدي على مصنفه. فإذا ثبت للمحكمة أن مقدم الطلب صاحب حق، وأن حقوقه قد تم التعدي عليها أو أصبح وشيكاً، فإن على المحكمة أن تأمر بوقف التعدي، أو الحفاظ على دليل له علاقة بفعل المعتدي^(١).

٣٦- وفي الأحوال التي يتمثل فيها الاعتداء على حقوق المؤلف أو صاحب الحق على المصنف، بنشر المصنف بصورة غير مشروعة، كعدم الحصول على موافقة أو إذن صاحب الحق على المصنف، أو تجاوز مضمون الترخيص بالنشر، فإن من حق المؤلف أو من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تقديم طلب للمحكمة المختصة (محكمة البداية) عن طريق القضاء المستعجل، بوقف نشر المصنف وتداوله كإجراء تحفظي إلى حين الفصل في الدعوى.

ويتطلب لصحة تقديم هذا الطلب أن يقدم من قبل صاحب الحق على المصنف- المؤلف أو من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي- ما يثبت صحة الخصومة من المدعي. مع بيان وصف تفصيلي للمصنف الذي نشر أو أعيد نشره بوجه غير مشروع^(٢). والمحكمة المختصة إذا تبين لها إنه قد تم التعدي على حقوق المؤلف مقدم الطلب أو أصبح وشيكاً، فلها أن تأمر بوقف التعدي، وهذا يتفق مع ما قرره قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ بالنسبة لدعوى الاستعجال. فضلاً عن تقديم كفالة لضمان نتيجة الدعوى

(١) راجع: المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م المعدل النافذ، والتي تنص على أنه: "١- تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق".

(٢) راجع: المادة (٤٦) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ المشار إليها سابقاً.

تتضمن ما يلحق المدعى عليه من ضرر إذا تبين أن المدعي غير محق في دعواه. فإذا وجدت المحكمة مبرراً لذلك حكمت بوقف نشر المصنف وتداوله، وتتنظر المحكمة في هذا الطلب بوصفه من الأمور المستعجلة من دون الدخول في أساس الحق أو أصل النزاع.

٣٧- ولا شك أن وقف التعدي يعتبر من أهم الوسائل الفعالة في حفظ حقوق المؤلف من الاستمرار في التعدي عليها، وذلك على سبيل الاحتياط، ريثما تنتهي المحكمة من النظر في أصل النزاع المطروح أمامها، وبعد ذلك لها أن تأمر بوقف التعدي نهائياً، وأمر المعتدي بالامتناع عن أي تعدٍ مستقبلي أو جديد على المحق المعني، إلا أنه يجب رفع الدعوى بأصل النزاع إلى المحكمة المختصة خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر للحكم^(١).

الفرع الثاني- طلب إدخال التعديل على المصنف

٣٨- ينحصر نطاق هذا الطلب في الأحوال التي يتمثل فيها الاعتداء بتحريف أو تعديل أو تشويه المصنف المطروح للتداول (للتنشر) من دون وجه حق، أي بأن يتضمن هذا التحريف إساءة إلى سمعة المؤلف وانتهاكاً لسلامة كيان المصنف بالصورة التي أرادها المؤلف^(٢). فمن المتصور أن يقوم طالب إعداد المصنف أو المتنازل له عن حقوق الاستغلال المالي بإجراء تعديلات على المصنف أو ربطه مع بحوث أخرى ومن دون أن تدخل مثل هذه العمليات ضمن الحقوق المتنازل عنها، مما يسمح للمؤلف بالرجوع على طالب إعداد المصنف أو الناشر بالتعويض.

وله في سبيل ذلك وكإجراء تحفظي أو وقائي، أن يتقدم بطلب إجراء التعديلات على المصنف والتي من شأنها إرجاع هذا المصنف إلى الحالة التي أجاز فيها المؤلف نشره، وهو ما ينصب على نسخ المصنف التي لم يتم تصريفها، أما تلك التي تم تصريفها فأنها تخرج عن نطاق هذا الطلب، وإن كان للمؤلف الرجوع على حائزها وذلك بما له من حق أدبي في احترام سلامة كيان بحثه، وإن كان من النادر اللجوء إلى ذلك لصعوبة الوصول إلى هؤلاء الحائزين.

وتجدر الإشارة إلى أن طلب إجراء التعديل على المصنف على النحو المبين أعلاه يعتبر كذلك من صور التعويض العيني وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه، إلا إن هذا الإجراء هنا يمثل إجراء تحفظياً سابقاً على الفصل في الدعوى، وليس حكماً تنفيذياً.

الفرع الثالث- مصادرة النسخ المستوردة من المصنفات غير الشرعية

(١) راجع: المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ المشار إليها سابقاً.
(٢) أنظر: د. حسام الدين الاهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٤٢٢.

٣٩- تعتبر مصادر النسخ المستوردة والمقلدة إجراء وقائي لحماية المصنفات الأدبية والفنية من التشويه والتحريف، وأجازت التشريعات والاتفاقيات حجز المصنفات والتسجيلات غير الشرعية المستوردة بغير تصريح من الأطراف المعنية كغيرها تسجيلات مخالفة للقانون^(١). أما بالنسبة لمصادرة النسخ غير المشروعة والتي تدخل حدود الدولة فإن هذا الإجراء يعتبر واجباً يقع على عاتق الدولة، من دخول المصنفات غير المشروعة إلى إقليمها^(٢).

الفرع الرابع- طلب إتلاف نسخ المصنف المستنسخ بوجه غير مشروع

٤٠- إتلاف المصنف يعني إعدام المصنف، بمحوه من الوجود حاضراً، ومنع نشوئه مستقبلاً، وفي الأحوال التي يتم فيها استخراج نسخ من المصنف بوجه غير مشروع أي من دون موافقة أو ترخيص المؤلف أو صاحب الحق على المصنف، فإن لهذا الأخير إن يطلب من المحكمة المختصة إتلاف نسخ المصنف الذي نشر بوجه غير مشروع والمواد التي استعملت لنشره بشرط إلا تكون صالحة لعمل آخر، على أنه إذا كان حق المؤلف (حق الاستغلال المالي) سينقضي في فترة تقل عن سنتين ابتداء من تاريخ صدور الحكم، فإن أمر الإتلاف يستبدل بوضع حجز حتى تنتهي الفترة الباقية.

(١) راجع: المادة (٣/٤٥) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ، المشار إليها سابقاً؛ والمادة (٣/١٣) من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، والتي تنص على أنه: "٣- التسجيلات التي تتم وفقاً للفقرتين (١) و (٢) من هذه المادة والتي يتم استيرادها، بغير تصريح من الأطراف المعنية، في دولة تعتبرها تسجيلات مخالفة للقانون، تكون عرضة للمصادرة"؛ كذلك راجع المادة (L.335-6) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي لعام ١٩٩٤م، والتي تنص على أنه:

-Art. (L.335-6): Modifié par Loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 - art. 38 JORF 30 octobre 2007. La juridiction peut prononcer la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction ainsi que celle de tous les phonogrammes, vidéogrammes, objets et exemplaires contrefaisants ou reproduits illicitement ainsi que du matériel spécialement installé en vue de la réalisation du délit.

(٢) راجع: المادة (٥١) من اتفاقية التريبس، والتي تنص على أنه:

Art. (51): Members shall, in conformity with the provisions set out below, adopt procedures to enable a right holder, who has valid grounds for suspecting that the importation of counterfeit trademark or pirated copyright goods, may take place, to lodge an application in writing with competent authorities administrative or judicial, for the suspension by the customs authorities of the release into free circulation of such goods. Members may enable such an application to be made in respect of goods, which involve other infringements of intellectual property rights, provided that the requirements of this Section are met. Members may also provide for corresponding procedures concerning the suspension by the customs authorities of the release of infringing goods destined for exportation from their territories.

كما يجوز للمتضرر "المؤلف أو صاحب الحق بالاستغلال المالي" أن يطلب بدلاً من الإلتلاف وفي حدود ماله من تعويض مصادرة نسخ المصنف والمواد التي لا تصلح إلا لإعادة نشره، وبيعها لحسابه ويجوز له كذلك أن يطلب وضع الحجز على الإيراد الناشئ من الإيقاع أو الإلقاء غير المشروع^(١).
على أن اللجوء إلى هذه الوسيلة لا يمنع من المطالبة بالتعويض، ويقرر قانون حماية حق المؤلف العراقي على ثمن بيع الأشياء ومبالغ النقود المحجوزة عليها ديناً ممتازاً، لا يتقدم عليه سوى امتياز الرسوم القضائية والمصاريف التي تنفق على تلك الأشياء ولتحصيل ذلك المبلغ^(٢).

المطلب الثاني- إجراءات الحماية الإجرائية التحفظية

٤١- ويقصد بها الإجراءات التي تهدف إلى مواجهة الاعتداء الذي وقع على حق المؤلف فعلاً وحصر الأضرار التي لحقت له لاتخاذ التدابير اللازمة لإزالة هذه الأضرار والمحافظة على حقوق المؤلف. وهي تتمثل في^(٣):

١. توقيع الحجز على المصنف أو على نسخة (كتباً كانت أم صوراً أم رسومات أم اسطوانات أو ألواح أو تماثيل أو غير ذلك) أو كذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف. وتثور هنا الصعوبة بالنسبة للمواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف ومدى إمكانية الحجز عليها تحفظياً" مثل الحروف المجموعة- البروفات-الأوراق المطبوعة".

وقد وضعت بعض التشريعات شرطاً هاماً يتمثل في ضرورة أن تكون المواد المطلوب الحجز عليها غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف، بمعنى ألا تكون هذه المواد صالحة إلا لنشر هذا المصنف أو استخراج

(١) راجع: المادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ، والتي تنص على أنه: " لمحكمة البدعاء بناء على طلب صاحب حق المؤلف أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذي نشر بوجه غير مشروع والمواد التي استعملت لنشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر ولها أن تأمر بتغيير معالم النسخ والصورة والمواد أو جعلها غير صالحة للعمل وذلك كله على نفقة الطرف المسؤول ولا تأمر المحكمة بالإجراءات المذكورة إلا إذا كان حق المؤلف سينقضي في فترة تقل عن سنتين ابتداءً من تاريخ صدور الحكم. وفي هذه الحالة يستبدل بهذه الإجراءات وضع الحجز حتى تنتهي الفترة الباقية. ويجوز للطرف الذي لحق به الضرر أن يطلب بدلاً من الإلتلاف وفي حدود ماله من تعويض مصادرة نسخ المصنف الذي نشره أو صورته والمواد التي لا تصلح إلا لإعادة نشره وبيعها لحسابه ويجوز له كذلك أن يطلب وضع الحجز على الإيراد الناشئ من الإيقاع أو الإلقاء غير المشروع. وفي كل الأحوال يكون التعويض ديناً ممتازاً بالنسبة لصافي ثمن بيع الأشياء ولمبالغ النقود المحجوز عليها ولا يتقدم على هذا الامتياز غير امتياز الرسوم القضائية والمصاريف التي تنفق للمحافظة على تلك الأشياء ولتحصيل ذلك المبلغ. ولا يجوز بأي حال أن تكون المباني محل حجز تطبيقاً لنص المادة الحادية عشرة من هذا القانون ولا أن تتلف أو تصادر بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعماري الذي تكون تصميماته ورسوماته قد استعملت استعمالاً غير مشروع. يجوز للمحكمة في كل الحالات بناء على طلب الطرف الذي لحق به الضرر أن تأمر بنشر الحكم بأسبابه أو بدونها في جريدة أو مجلة أو أكثر على نفقة الطرف المسؤول".

(٢) راجع: المادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ، المشار إليها سابقاً.

(٣) راجع: المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ.

نسخة منه. فلا يجوز الحجز على المطبعة ولا على الأوراق الموجودة بها ولا على ماكينات الطباعة بها. أما الأوراق المطبوع عليها أجزاء من المصنف أو الحروف المجموعة لطباعة المصنف والبروفات الخاصة به، فيمكن الحجز عليها.

٢. توقيع الحجز على الإيراد الناتج من النشر أو العرض والذي تم حصره بمعرفة خبير انتدب لذلك إذا اقتضى الأمر.

٣. يمكن فضلاً عن الإجراءات السابقة - اللجوء إلى القضاء لتعيين حارس قضائي يتولى حفظ نسخ المصنف لديه حتى يتم الفصل في النزاع القائم بين الغير والمؤلف. هذا ويمكن المطالبة باتخاذ الإجراءات التحفظية سالفه الذكر أو أحدها سواء تعلق الأمر بالاعتداء على الحق الأدبي للمؤلف أو بالاعتداء على الحق المالي.

وإلى جانب الإجراءات التحفظية التي نصَّ عليها القانون، يجوز اللجوء إلى القضاء لطلب إجراء آخر لم ينص عليه صراحة مثل طلب تعيين حارس تُحفظ عنده نسخ المصنف محل النزاع إلى أن يفصل في أصل النزاع من محكمة الموضوع المختصة.

٤٢ - عدم جواز الحجز على المباني :

تمنع التشريعات المختلفة الحجز على المبنى أو الحكم بإغلاقه أو تغيير معالمه أو مصادرته مُحافظه على حقوق المؤلف المعماري الذي يعتدي على رسوماته وتصميماته استعمالاً غير مشروع. وعلة ذلك أن المشرع وجد في إمكانية الحجز على المبنى أو إتلافه أو مصادرته - رغم المخالفة المرتكبة، باستعمال رسومات وتصميمات المؤلف المعماري على تصميمه أو رسمه الذي وقع عليه الاعتداء. لذلك غلب المشرع مقتضيات الصالح العام ومنع الحجز على هذا المبنى أو الحكم بإتلافه على مصلحة المهندس المعماري في رد الاعتداء الواقع على حقه في استعمال هذه التصميمات والرسومات. فقد رأى المشرع في التكاليف والمصاريف الباهظة التي تحملها صاحب المبنى رغم اعتدائه على تصميمات ورسومات المهندس المعماري - ما يبرر منع الحجز على المبنى أو الحكم بإتلافه أو مصادرته بحيث لا يكون أمام المهندس المعماري إلا اللجوء إلى طريق التعويض.

٤٣ - وتتعدد صور الإجراءات التحفظية التي يستطيع المؤلف أو طالب إعداد المصنف المتنازل له عن حقوق الاستغلال المالي، اللجوء إليها باعتبارها وسائل وقائية لمنع وقوع الاعتداء على هذه الحقوق أو لكونها وسائل تمهيدية للتنفيذ؛ وذلك عن طريق الحجز عليها وعلى المواد التي تستخدم في إعادة نشرها، كذلك الحجز على الإيراد الناتج من إستغلالها، لذلك لا بد لنا من بيان ماهية الحجز وشروطه، والمواد التي يجوز الحجز عليها، والمصنفات المستثناة من الحجز، وهو ما سنتطرق إليه وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول - مفهوم الحجز التحفظي للمصنف المقلد

٤٤- يختلف الحجز الذي يلجأ إليه المؤلف كإجراء تحفظي على نسخ المصنف المقلد وصوره، والآلات المستخدمة في ذلك، والذي ينظمه قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ، والذي يتمثل في لجوء الدائن إلى طلب التنفيذ الجبري الذي يتم عادة عن طريق الحجز على أموال المدين وبيعها واقتضاء الدين من ثمنها. والحجز في هذه الحالة محله مبلغ من النقود وتحدده قواعد قانونية المتمثلة في لجوء الدائن إلى طلب التنفيذ الجبري الذي يتم عن طريق الحجز على أموال المدين وبيعها واقتضاء الدين من ثمنها. في حين الحجز الذي يلجأ إليه المؤلف يهدف إلى وقف نشر المصنف محل الاعتداء ووضعه تحت يد القضاء عن طريق الحجز، وذلك بهدف وقف الاعتداء على المصنف المحمي ومنع المعتدي من التصرف بنسخ المصنف التي تم تقليدها، أو تداولها بين الجمهور لما يترتب على مثل هذا التصرف، والتداول غير المشروع من أضرار مادية وأدبية للمؤلف^(١).

الفرع الثاني- طلب إيقاع الحجز الاحتياطي

٤٥- يعتبر طلب إيقاع الحجز الاحتياطي من أهم الوسائل التي توفر الحماية للمؤلف أو من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي، لمنع الاعتداء. مما يتطلب ابتداء وجود اعتداء على حقوق المؤلف أو صاحب الحق على المصنف، كما يشترط أن يتم تقديم طلب الحجز من صاحب الحق وهو المؤلف ابتداء- وورثته من بعده- ومن آلت إليه حقوق استغلال المصنف، وذلك بعد إجراء وصف تفصيلي للمصنف الذي نشر بوجه غير مشروع^(٢). ويقدم طلب الحجز مشفوعاً بكفالة تتضمن ما يلحق المدعى عليه من ضرر إذا تبين إن المدعي غير محق في دعواه^(٣)، ويجوز تقديم طلب الحجز قبل إقامة الدعوى أو عند إقامتها أو أثناء السير في الدعوى أو بعد صدور الحكم فيها^(٤). ويكون القرار الصادر قابلاً للتظلم أمام نفس المحكمة التي أصدرت أمر الحجز^(٥).

(١) راجع: المادة (٤٦) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ، والتي تنص على أنه: " لمحكمة البداية بناء على طلب ذوي الشأن وبعد إجراء وصف تفصيلي للمصنف الذي نشر أو أعيد نشره بوجه غير مشروع أن تأمر بالحجز على المصنف الأصلي أو نسخه أو صورته وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر ذلك المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون المواد المذكورة غير صالحة للإعادة نشر المصنف فيما يختص بالإيقاع والتمثيل والإلقاء بين الجمهور يجوز للمحكمة أن تأمر بحصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجز عليه"؛ تقابلها المادة (٣/١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ.

(٢) راجع: المادة (٤٦) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ، المشار إليها سابقاً

(٣) يجب أن يقدم طالب الحجز كفالة رسمية وتأمينات نقدية مقدارها عشرة في المائة من قيمة الدين المطالب به أو يضع عقاراً قيمته النسبة المذكورة على الأقل. أنظر نص الفقرة الثانية من المادة (٢٣٤) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م.

(٤) راجع: المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ، والتي تنص على أنه: " يجوز طلب الحجز الاحتياطي قبل إقامة الدعوى أو بنفس عريضتها عند إقامتها كما يجوز طلبه أثناء السير في الدعوى أو بعد صدور الحكم فيها".

(٥) راجع: المادة (٢٤٠) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ، والتي تنص على أنه: " لكل من الدائن الذي قررت المحكمة رفض طلبه بالحجز الاحتياطي. والمدين المحجوز على أمواله، والشخص الثالث المحجوز تحت يده أن يتظلم من أمر الحجز في الجلسة المحددة لنظر الدعوى أو بتقديم عريضة خلال ثلاثة أيام من تبليغه بأمر الحجز إلى المحكمة التي

وينصب طلب الحجز على نسخ المصنف المنشورة بصورة غير مشروعة وكذلك المواد التي تستعمل في إعادة نشر واستنساخ المصنف موضوع الدعوى، أو استخراج نسخ منه بشرط إن تكون المواد المذكورة غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف. ومن الجائز للمحكمة المختصة إن تأمر بحصر الإيرادات الناتجة من عمليات نشر واستنساخ المصنف وإيقاع الحجز عليه. وفي هذه الحالة يتم إيداع الإيرادات المتحصلة في خزينة المحكمة حتى يتم الفصل في أصل النزاع من قبل محكمة الموضوع^(١).

الفرع الثالث- الحجز التحفظي على الحق المالي للمؤلف

٤٦- يمكن إيقاع هذا الحجز إما بطريقة الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين وإما بطريق حجز ما للمدين لدى الغير.

أولاً - الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين

٤٧- يتحقق ذلك في فرضين :

أ- إذا قرر المؤلف نشر مصنف بعد أن اكتمل وأصبح صالحاً للنشر ثم أبرم اتفاقاً مع أحد الناشرين، فيمكن للدائن أن يوقع حجزاً تحفظياً على نسخة المصنف الأصلية الموجودة لدى المؤلف تمهيداً لبيعها عند تحول الحجز إلى حجز تنفيذي. فإذا بيعت ورسا عليه المزداد، أمكنه طبع المصنف في نسخ ونشرها واستيفاء حقه مما تغله من أموال.

ب- إذا طبع المؤلف المصنف ونشر النسخ التي طبعها وكان بعضها موجوداً لديه، أمكن الحجز عليها تحفظياً تحت يده بمعرفة دائنه تمهيداً لبيعها واستيفاء الدائن حقه من حصيلة بيعها على أن يراعي أنه إذا زادت حصيلة البيع عن حق الدائن، فإن ما تبقى يعود للمؤلف أو خلفه.

ثانياً: الحجز على ما للمدين لدى الغير :

٤٨- يتصور هذا الحجز في أربعة فروض:

أ- إذا قرر المؤلف نشر مصنفه بصورة يقينية قبل وفاته - يستطيع دائنه أن يحجز على النسخ التي لم تنشر بعد أو على نسخة المصنف الأصلية تحت يد الورثة أو الناشر. فإذا رسا عليه المزداد أمكنه طبعها واستيفاء حقه من حصيلة بيع نسخها.

ب- إذا قرر المؤلف نشر مصنفه ثم تخلى عن طريق الحوالة الكلية عن حقه في استغلاله عن طريق الطبع والنشر لناشر معين مقابل مبلغ من النقود يستطيع الدائن أن يحجز تحت يد الناشر على كل ما

أصدرته وبيّن فيها وجه تظلمه من الحجز كله أو بعضه والمستندات المؤيدة لتظلمه ويجب أن يبلغ الحاجز بصورة من التظلم مع ورقة دعوة مبيناً بها الجلسة المحددة لنظر التظلم، وينظر التظلم طبقاً لأحكام التظلم من الأوامر على العرائض".

(١) راجع: المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ، المشار إليها سابقاً

يخص المؤلف من أموال، بل يستطيع الدائن أن يحل محل مدينة المؤلف في استعمال كل الدعاوى التي يمكن للأخير أن يستعملها لإجبار الناشر على الوفاء بالتزامه. كذلك الأمر إذا كانت الحوالة جزئية فيما يتعلق بجزء من الحق الذي تنصب عليه الحوالة.

ج- إذا وجدت نسخ المصنف الذي قرره المؤلف نشره لدى الناشر، يستطيع الدائن أن يحجز عليها تحت يد الناشر إذا كانت مملوكة للمؤلف. أما إذا كان للمؤلف نصيباً فقط من حصيلة بيع هذه النسخ، اقتصر الحجز على حصته فقط.

هـ- يستطيع الدائن الحجز أيضاً على ما يوجد بذمة الناشر للمؤلف من أموال متبقية من ثمن الحوالة التي قا بها المؤلف لصالحه أو من ثمن النسخ المباعة^(١).

ثالثاً: الجهة المختصة بإيقاع الحجز التحفظي على الحق المالي للمؤلف :

٤٩- ينعقد الاختصاص النوعي - في القانون المصري - لقاضي التنفيذ حيث تنص المادة (٢٧٥) مرافعات مصري على أن يختص قاضي التنفيذ دون غيره... بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ. أما عن الاختصاص المحلي، فهو يختلف بحسب ما إذا كان الحجز يتم على المنقول لدى المدين، فيختص قاضي التنفيذ الذي يقع في دائرته المنقول المطلوب الحجز عليه تحفظياً، أما إذا كان الحجز يتم على ما للمدين لدى الغير، اختص قاضي التنفيذ الذي يقع في دائرته موطن المحجوز لديه.

ولا يشترط لتوقيع الحجز التحفظي أن يتوافر لدى دائن المؤلف سند تنفيذي بحقه، بل يكفي في هذه الحالة أن يحصل على أمر بتوقيع الحجز من قاضي التنفيذ. وبطبيعة الحال إذا كان معه سند تنفيذي أو حكم قضائي غير نافذ، أمكنه إيقاع الحجز دون حاجة إلى أمر من قاضي التنفيذ.

رابعاً- إمكانية توقيع حجز تنفيذي على الحق المالي للمؤلف :

٥٠- يستطيع دائن المؤلف إذا كان معه سند تنفيذي أن يوقع حجزاً تنفيذياً على الحق المالي لدى المدين. فيمكنه أن يوقع مباشرة حجزاً تنفيذياً على نسخة المصنف الأصلية الموجودة لدى المؤلف والتي قرر نشرها وأبرم اتفاقاً مع الناشر بحيث ينتهي الحجز ببيعها. فإذا كان المشتري هو الدائن استطاع طبعها ونشرها واستيفاء حقه من أثمانها - أما إذا كان المشتري شخص آخر استوفى الدائن حقه من حصيلة بيع هذه النسخة الأصلية - كذلك الحال في جميع فروض الحجز على المنقول المادي لدى المدين.

وفي الحالات التي لا يكون فيها مع الدائن سند تنفيذي وأوقع حجزاً تحفظياً على الحق المالي للمؤلف متمثلاً في نسخ المصنف التي طبعها ولم يتم بيعها بعد ثم استطاع الدائن الحصول على سند

(١) راجع: نقض مدني مصري جلسة ١٢/٦م ١٩٩٢م، الطعن رقم ٢١٥، السنة ١٣، مجموعة أحكام النقض المصرية، ص ٨٩٠.

تنفيذي تحول حجه - بإعلانه لهذا السند وتكليف المؤلف بالوفاء - إلى حجز تنفيذي، وأمكنه بيعها واستيفائه لحقه وحقوق باقي الدائنين من حصيلة بيعها.

نفس الحال إذا كان الحجز الموقع على أموال المؤلف لدى الناشر أو على مصنفاة الموجودة لدى هذا الأخير بطريق حجز ما للمدين لدى الغير أي بدأ تحفظياً ولم يكن بيد الدائن سند تنفيذي ثم استطاع من خلال الدعوى الموضوعية التي رفعها على المؤلف أن يحصل على سند تنفيذي يثبت حقه في مواجهة المؤلف تحول حجه من حجز تحفظي إلى حجز تنفيذي.

الفرع الرابع- المواد التي يجوز الحجز عليها

٥١- الحق الأدبي للمؤلف بجميع عناصره يتميز بكونه من الحقوق اللصيقة بالشخصية ومن أهم خصائص هذه الحقوق عدم قابليتها للحجز، لأنها ليس لها قيمة مالية وبالتالي لا يمكن التصرف فيها. فقد نصت المادة (٤٠) من قانون حماية حق المؤلف العراقي على أنه يقع باطلاً كل تصرف في الحقوق الأدبية للمؤلف وهي حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه وحقه في تعديله أو تحويله وحقه في نسبه إليه. وعدم جواز التصرف يترتب عليه بالطبع عدم جواز الحجز على حق المؤلف.

وهذا ينصرف بطبيعة الحال إلى الحق الأدبي للمؤلف وبالنسبة للحق المالي للمؤلف الذي يتبلور في حقه في استغلال مصنفه بالصورة التي يرتضيها، هو حق قابل للتصرف فيه للغير أي جائز انتقاله للغير بناء على إذن كتابي من المؤلف أو ممن يخلفه. وهذا التصرف بطبيعة الحال لا ينفصل عن أخذ الإذن من المؤلف أو ممن يخلفه. وهذا التصرف بطبيعة الحال لا ينفصل عن الحق الأدبي للمؤلف المتمثل في حقه في تقرير نشر مؤلفه. فإذا قرر المؤلف نشر المصنف انتقلنا إلى حق استغلال هذا النشر وهو حق بطبيعته مالي يمكن تقويمه بالنقود. كما نص المشرع العراقي على جواز الحجز على نسخ المصنف الذي تم نشره ولا يجوز الحجز على المصنفات التي يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته.

فإذا كان المؤلف قد توفي بعد أن قرر بصورة يقينية نشر مصنفه. فإن دائنة يستطيع أن يحجز على النسخ التي طبعت ولم تنشر بعد أو الحجز على النسخة الأصلية لمصنف. فإذا رسا عليه المزاد يمكن أن يطبع نسخ من المصنف ثم نشرها لكي يستوفي حقه من ثمنها. فإذا كان الأمر كذلك، فإنه يمكن - من باب أولى - الحجز على المصنف لحساب الدائنين في حماية المؤلف إذا ثبت أن هذا الأخير قد قرر نشر مصنفه ولو لم يكن النشر قد تم بالفعل حيث ينصب الحجز على إمكانية نشر النسخة الأصلية لصالح الدائن الحاجز. ويقع عبء إثبات أن المؤلف قد استهدف نشر مؤلفه قبل وفاته على عاتق الدائن

طالب الحجز، لأنه يستعمل حقاً استثنائياً مشروطاً. وأخيراً إذا كان المؤلف قد أجاز نشر مصنفه وطبع منه نسخاً عديدة، فإنه بطبيعة الحال - يمكن الحجز على هذه النسخ ضماناً لاستيفاء دائنيه لحقوقهم.

٥٢- بين المشرع العراقي ماهية المواد التي يجوز الحجز عليها في المادة (٤٥) من قانون حماية حق المؤلف، كذلك المشرع المصري في المادة (١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، والمواد التي يجوز الحجز عليها سوف نبحثها على تباعاً في ثلاثة فروع، وعلى النحو الآتي:

أولاً: الحجز على نسخ المصنف المقلد:

٥٣- يقصد بذلك توقيع الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي الأصلي، مهما كانت وسيلة التعبير عنه سواء كان ذلك بالخطوط أو التصميم أو التسجيل أو غير ذلك من الوسائل التي ابتدعها المؤلف وانتقلت إلى الغير بصورة غير مشروعة، أو أن المصنف انتقل إليه بصورة غير مشروعة دون أن يحق له نشره^(١).

كذلك فإن الحجز لا يقتصر على المصنف الأصلي، وإنما يشمل النسخ والصور والتي تعني جميع ما يقوم به الغير من نشر بالاستناد إلى أصل المصنف أو إلى نسخة منه، كالكتب والمجلات والصحف، وعمل النماذج والتماثيل والتسجيل السينمائي والموسيقي والرسوم، إلا إنه لا يجوز للمؤلف أو خلفه توقيع الحجز على المصنف الذي يقوم المؤلف بنشر نسخة واحدة منه بغرض استعماله الشخصي.

ثانياً: المواد والأدوات التي أستعملت في الاستنساخ غير المشروع:

٥٤- يجوز بالإضافة على توقيع الحجز على المصنف المقلد، يمكن توقيع الحجز على المواد التي استعملت في استنساخه بصورة غير مشروعة سواء كان ذلك بالنشر، أو الأداء أو التسجيل الصوتي، أو البرنامج الإذاعي، إلا إنه يشترط حتى يتم الحجز على تلك المواد التي استخدمت في تقليد المصنف، أن لا تكون هذه المواد صالحة، إلا لإعادة نشر المصنف الذي تم استنساخه بصورة غير مشروعة، وأنها لا تصلح لغير ذلك^(٢). أما المواد التي لا يجوز حجزها، فهي تلك المواد التي استعملت في إعادة نشر المصنف ولكنها تستعمل لأغراض أخرى أو نشر المصنفات الأخرى، كالمطابع وأشرطة التسجيل الصوتي وآلة التصوير والاستنساخ والأدوات الخاصة بالموسيقى وأدوات النجارة والنحت وغيرها من الأدوات التي يمكن الاستفادة منها في أغراض لا تقتصر على إعادة نشر المصنف.

ثالثاً: مصادرة العائدات الناجمة عن الإستغلال غير المشروع:

(١) راجع: المادة (٣/١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ، والتي تنص على أنه: "٣- توقيع الحجز على المصنف أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي الأصلي أو على نسخة وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة للإعادة نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الإذاعي".

(٢) راجع: المادة (٤٦) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ المشار إليها سابقاً؛ تقابلها المادة (٣/١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ.

٥٥- في هذه الحالة، إذا لم يكن بالإمكان الحجز على المصنفات التي تنشر بصورة غير مشروعة بين الجمهور، كإيقاع أو التمثيل أو الإلقاء، فإن المحكمة تأمر بحصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجز عليه^(١).

والسبب في الحجز على تلك الإيرادات الناتجة عن الإيقاع، أو التمثيل، أو الإلقاء بين الجمهور، هو عدم إمكانية وضع الحجز على هذه المصنفات، وذلك لطبيعتها غير الملموسة، حيث إن الإيقاع أو الإلقاء أو التمثيل يلقى أمام الجمهور، ويفنى بعد إلقائه، وبالتالي استحالة الحجز عليها، ولذلك استعويض عن ذلك بالحجز على تلك الإيرادات الناتجة عنها، أما إذا كان الإيقاع أو الإلقاء أو التمثيل لا يهدف إلى مردود مالي أو ربح، فإنه لا يمكن طلب الحجز عليها، كما هو الحال في الإيقاع أو الإلقاء أو التمثيل الذي يحصل في اجتماع عائلي أو جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة.

الفرع الخامس - وسائل مواجهة الحجز التحفظي الموقع على الحق المالي للمؤلف

٥٦- تتعدد الوسائل التي يستطيع بها المؤلف مواجهة الحجز الذي أوقعه دائنه على حقوقه المالية سواء كان الحجز تحت يده أم تحت يد الغير - وتختلف هذه الوسائل - بطبيعة الحال - من قانون لآخر بحسب القواعد التي تحكم الحجز التحفظي. فيمكن للدائن أن يتظلم من الأمر الصادر بالحجز التحفظي على حقوقه المالية باعتباره أمر على عريضة أمام قاضي التنفيذ الذي أصدره. ويستطيع قاضي التنفيذ أن يرجع في أمره أو أن يعدله. وله أن يفعل ذلك ولو رفعت الدعوى الموضوعية بصحة الحجز. وإذا كان الأمر صادراً من قاضي الأداء، فإن المؤلف يستطيع أن يتظلم إليه أو إلى المحكمة التابع لها. ويستطيع المؤلف أيضاً أن يستشكل من أمر الحجز التحفظي، وله كذلك أن يطلب وقف تنفيذ أمر الحجز التحفظي عند تظلمه منه أمام قاضي التنفيذ الذي أصدره. ويمكن أيضاً الطعن على قرار قاضي التنفيذ الصادر في التظلم المرفوع من أمر إيقاع الحجز التحفظي.

الخاتمة

(١) راجع: المادة (٤٦) من قانون حماية حق المؤلف العراقي النافذ المشار إليها سابقاً؛ تقابلها المادة (٥/١٧٩) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري النافذ، حيث أن المشرع يوقع الحجز على الإيراد في جميع الأحوال؛ أما المشرع الفرنسي في تقنين الملكية الفكرية فهو يبين إن للمحكمة مصادرة كل أو جزء من العائدات الناتجة عن الاستغلال غير المشروع، أنظر:

-Art. (L335-6): Modifié par Loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 - art. 38 JORF 30 octobre 2007. La juridiction peut prononcer la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction ainsi que celle de tous les phonogrammes, vidéogrammes, objets et exemplaires contrefaisants ou reproduits illicitement ainsi que du matériel spécialement installé en vue de la réalisation du délit.

تناولنا في هذا البحث موضوع الإجراءات الوقتية والتحفظية في مجال حقوق الملكية الفكرية في بعض القوانين العربية، وترجع أهمية هذا الموضوع إلى حاجة المؤلف إلى وسائل فعالة تساعد على إثبات الاعتداء الذي وقع على نتاج فكره وإبداعه خلفه حتى يمكن وقف هذا الاعتداء في المستقبل، ويحتاج المؤلف أيضاً إلى طرق يواجه بها الأضرار التي لحقت من هذا الاعتداء لحصرها تمهيداً لإزالتها. وقد كان للقانون العراقي لحمايته حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١م دور رائد في بسط الحماية على حقوق المؤلف بما تضمنه من نصوص صريحة على ضرورة حماية حقوق المؤلف بصورها الأدبية والمالية المتعددة. وتدخل المشرع العراقي وأدخل العديد من التعديلات على هذا القانون في محاولة منه لسد بعض الثغرات التي نشأت عن عملية التطور والتقدم التكنولوجي وحتى لا يستفيد منها محترفي استغلالها بطرق غير مشروعة.

كما تضمن القانون المصري لحماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م نصوصاً تسمح بتوفير حماية إجرائية عاجلة ومؤثرة لكل مؤلف يتعرض مصنفه لأية صورة من صور الاعتداء. ويتعين في النهاية الإشارة إلى أنه مهما كانت النصوص تحوي العديد من صور الحماية الإجرائية لحق المؤلف - فمن المؤكد أن تطبيق هذه الحماية بالصورة المثلى يتطلب تضامراً جهود القائمين على تطبيق أنظمة حماية حقوق المؤلف بما يحول دون وقوع الاعتداء على هذه الحقوق وليس مجرد الانتظار إلى حين تطبيق هذه الحماية.

المراجع

أولاً: الكتب القانونية العامة والمتخصصة:

- ١- د. أبو الزبيدي على المتيت: الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية، ١٩٦٧م.
- ٢- د. حسام الدين الاهواني: الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
- ٣- د. خاطر لطفي: قانونا حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات، ط١، القاهرة، ١٩٨٨م.
- ٤- د. عبد الرشيد مأمون: أبحاث في حق المؤلف، الكتاب الأول، المصنفات المشتركة، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.
- ٥- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- ٦- د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ١٩٨٨م.
- ٧- د. علاء حسين مطلق التميمي: المصنفات بالتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٨- د. عامر محمود الكسواني: الملكية الفكرية، ماهيتها، مفرداتها، طريق حمايتها، الأردن، عمان، ١٩٩٨م.
- ٩- د. عمر عبيدات: الأصل التاريخي لقانون حماية المؤلف، مجلة حماية الملكية الفكرية، الأردن، عمان، العدد

- ١٠- د. عصمت عبد المجيد بكر ود. صبري حمد خاطر: الحماية القانونية للملكية الفكرية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١م.
- ١١- د. محمد حسام محمود لطفي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ٢٠٠٨م.
- ١٢- د. محمود عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.
- ١٣- د. نواف كنعان: حق المؤلف، دار الثقافة للنشر، الأردن، ٢٠٠٠م.
- ١٤- د. نعمان جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية، ج ٢، ١٩٧٤م.
- ثانياً: التشريعات:
- ١٥- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
- ١٦- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م.
- ١٧- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م.
- ١٨- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.
- ١٩- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م.
- ٢٠- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.
- ٢١- قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.
- ٢٢- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المعقودة في ١٩٧١م، والمعدلة بتاريخ ١٩٧٩م.

ثالثاً: التشريعات الأجنبية:

23-Intellectuel Propreté Code, 1994.

حكم محكمة النقض الفرنسية:

24-Arrêt N° 881 du 24 septembre 2009 (07-17.107) – Cour de cassation –
Première chambre civile. Bull civ. 2009.

معايير الوصف الإداري للعقد

د. ماهر فيصل صالح

جامعة الأنبار . كلية القانون/ الرمادي

Abstract

The administrative contract plays a great role in controlling and running the administrative activity where the administrations depends, in establishing contracts with others by which the administration will be able to establish, maintain and use public services. Because of the different opinions existing in the contracts and judicial disputes, it is necessary here to distinguish between the civil contracts and administrative contracts.

The distinction between the civil contracts and administrative contracts should depend on certain objective criteria not to be set – there are three standards for distinction – first, the presence of administration as one side in the contract. Second, relating the contract to general service activity third, the unfamiliar and unmentioned conditions included in the administrative contract other than civil contracts.

المقدمة

يلعب العقد الإداري دوراً مهماً في تسيير النشاط الإداري، إذ تعتمد الإدارة في ممارسة نشاطها إلى إبرام عقود مع الآخرين، تمكنها في النهاية هذه العقود من إنشاء وصيانة واستغلال المرافق العامة. وفكرة العقد الإداري هذه تقوم على أساس تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية المحضة، وذلك في حالة التعارض بينهم، فتستمد الإدارة من سلطتها العامة سلطات استثنائية، فلها والحال هذه تعديل العقد وتوجيه المتعاقد أثناء التنفيذ، وإيقاع جزاءات بإرادة منفردة تصل بها إلى حد إلغاء العقد وإن لم ينسب للمتعاقد خطأ.

وإن كانت الإدارة كما أوردنا ذات يد يكاد تكون مطلقة، فإن ذلك الإطلاق لا يرد على كل ما تقوم به الإدارة وتبرمه من عقود، فتطور وظائف الدولة وفق المفهوم الحديث لها، جعل تدخلها في الحياة العامة بأشكال جديدة لم تكن قد سلكتها من قبل، حتى غدا الحديث عن انتهاج الإدارة لما يسلكه الأفراد في علاقاتهم التعاقدية من أساليب القانون الخاص عند ممارستها لنشاطها أمر لا يثير غرابة في النفوس. ومن خلال ذلك كان من الواجب على من يهتم بهذا المجال أن يبحث عما يمكن أن يميز بين العقود المدنية والإدارية، إذ أن الإدارة عندما تبرم العقد فإنها في الحقيقة لا تتحرى في الغالب صفة العقد الذي تبرمه أو أن هذا الأمر لا يعني لها في شيء.

غير أن الاختلاف الذي يحدث في شأن طبيعة العقد والمنازعات القضائية يقتضي التمييز هنا بين العقد المدني والإداري لما له من مآرب في تحديد الجهة المختصة بالنزاع، وكذلك فيما لو كان للإدارة من الإجراءات المستندة للسلطة العامة ما يدعم موقفها في مواجهة من تعاقدت معه.

حيث إن أمر التمييز هنا لا يترك لغاربه، لذلك جاء بحثنا هذا للبحث عما يمكن إيجاده من معايير للتمييز بين العقد الإداري والعقد المدني، فسنتناول فيه المعايير التي دارت في فلك الفقه والقضاء، تاركين ما يميزه القانون بين هذين العقدين، على اعتبار أن القانون سبق سيفه في التمييز مسألة البحث.

هذا وإن الإجماع ينعقد فقهاً وقضاً على معايير ثلاثة للتمييز، ستكون وجهة البحث، بدأ من وجود الإدارة في العقد، مروراً بتعليق العقد بنشاط مرفق عام، حتى تكون النهاية عن مصادر الشروط غير المألوفة التي يمكن أن يحتويها العقد. على أن نجزل القول في أهمية كل معيار في هذا الميدان.

وربّ سائل يسأل عن الدافع الذي يكمن وراء بذل الجهود في البحث عن معايير الوصف الإداري للعقد والتي تميزه عن العقد المدني. وإلى ماذا سوف يؤدي هذا التمييز؟ بل ما هي قيمة التمييز إذا كانت الإدارة واحدة سواء في العقد الإداري أو المدني، ثم إن أركان هذان العقدان هي ذاتها واحدة؟!.

إنَّ ما يظهر من تشابه في حقيقة الأمر لا يبدو إلا من خلال ما يكونهما من عناصر أساسية، بيد أنَّ الاختلاف جوهرياً بينهما، ويرجع أمر هذا الاختلاف للقواعد العامة التي تحكم كل منهم، والتي يمكن إجمالها بالمظاهر التالية:

أولاً: من حيث القواعد التي تحكم تكوين وإبرام كل من العقدين، فإنَّ العقد المدني يتم بكل بساطة، في حين لا نجد في تكوين العقود الإدارية مثل هذا الأمر، فالعقود الإدارية تمرُّ بأكثر من عملية غالباً ما تكون فيها سمة التعقيد حاضرة، وتكون هذه المراحل على فترات زمنية مختلفة تبدأ من مرحلة التحضير والإعداد إلى التعاقد وغيرها.

ثانياً: من حيث القواعد الخاصة بآثار كل عقد منهما، إذ يبدو الاختلاف على أشده هنا، حيث إنَّ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقود المدنية والقانون الخاص هي غير ذات اعتبار في العقود الإدارية، إذ إنَّ المصلحة العامة هي من تكون محل اعتبار وجدير أن تنال الغلبة في مواجهة مصلحة الأفراد، فالشروط التي تمتاز بها العقود الإدارية تحدد سلفاً، بل إنَّ القانون يلزم في بعض الأحيان أن تضمن الإدارة عقودها حتماً بعض من هذه الشروط^(١).

ثالثاً: إنَّ الفقه والقضاء الإداري هو من وضع النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، لذلك تتميز العقود الإدارية بأن أحكامها غير مقتنة^(٢)، بخلاف الأحكام الخاصة بالعقود المدنية التي تحتويها مدونة القانون المدني.

رابعاً: إنَّ العقد الإداري يرتبط كما قلنا بالمصلحة العامة، هذا الأمر يقودنا للقول بضرورة ارتباط العقد الإداري دائماً بمرفق عام.

خامساً: إذا كان الأصل في أنَّ الأفراد يبرمون ما يشاؤون من العقود في حدود عدم الخروج على النظام والآداب العامة، فإنَّ الإدارة على الرغم من تنال من امتيازات فإنَّ هناك قيود ترد على حريتها فيكون الغالب على هذه القيود إنَّها تبرم لتحقيق الهدف الذي وجد الشخص العام من أجله.

سادساً: إنَّ لتحديد العقد الإداري وتمييزه أهمية كبيرة في تحديد القضاء المختص، خصوصاً في تلك الدول التي تأخذ بنظام قضائي مزدوج، وكذلك تبدو هذه الأهمية في استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي، وكذلك في استقلال القضاء الإداري عن الإدارة نفسها^(٣).

وقد ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة فصول، يختص الأول بدراسة معيار أطراف العقد، أما الثاني فيظم محل العقد (المرفق العام)، في حين يتناول الثالث معيار الشروط الاستثنائية.

الفصل الأول

معيار أطراف العقد (الشخص المعنوي العام)

يعد المبدأ العام في العقد الإداري أنه لا يعدو إلا أن يكون اتفاق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزامات، وإن كان في هذا يتفق مع العقد المدني إلا أن ما يميزه عن هذا الأخير هو صفة الطرف الذي يبرم العقد الإداري.

فالعقد لا يكتسب السمة الإدارية إذا كان طرفاه من أشخاص القانون الخاص، إذ لا بُدَّ على أقل تقدير أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وإن كان وجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد لينال الصفة الإدارية فمن باب أولى أن تضاف هذه الصفة إن كان طرفا العقد كلاهما من الأشخاص المعنوية العامة^(٤).

فوجود الشخص المعنوي العام شرط ضروري ولا غنى عنه هنا، وبالتالي لا بُدَّ من معرفة ماهية الشخص المعنوي العام في سبيل تحديد صفة العقد إن كان إدارياً أم لا، وفيما إذا كان وجوب قيام الشخص المعنوي بإبرام العقد بنفسه، ومتى يُعتد بوجود الشخص المعنوي العام في العقد حتى نكون أمام عقد إداري، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل تباعاً ثم نبين في النهاية تقييم هذا المعيار لتمييز العقد الإداري عن غيره.

المبحث الأول- ماهية الشخص المعنوي العام

تنصرف قواعد القانون الإداري لدراسة الهيئات الإدارية المختلفة، فوجود الأشخاص المعنوية العامة في القانون الإداري لها أهمية كبيرة في مجال تطبيقه، وتبدو هذه الأهمية واضحة جداً في علاقات الأشخاص المعنوية العامة مع أشخاص القانون الخاص الطبيعية منها والمعنوية^(٥)، فموظفو الإدارة سواء قاموا بأعمال قانونية أو مادية فإنما يتصرفون لحساب شخص معنوي عام، فتتنصرف آثار تصرفاتهم الوظيفية إلى هذا الشخص المعنوي الذي يعملون لحسابه من حيث الحقوق والالتزامات^(٦). وعلى هذا فسوف نوضح مفهوم الشخص المعنوي العام وعناصره ثم نتحدث عن أنواع الأشخاص المعنوية العامة.

المطلب الأول: مفهوم الشخص المعنوي وعناصره:

لا بُدَّ للوقوف أمام من يكون طرفاً في العقد الإداري أن نصل لمفهوم الشخص المعنوي العام من خلال تحديد مفهومه وتحديد دراسة عناصره وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الشخص المعنوي العام:

إنَّ فكرة الشخصية المعنوية حديثة العهد نسبياً، وقد قيلت فيها الكثير من الآراء لبيان طبيعة هذه الشخصية ومضمون جوهرها سواء من جانب الفقه أو القضاء.

فقد انقسمت الآراء في ذلك إلى قسمين، رأي أول يقول إنَّ هذه الشخصية غير حقيقية وإنَّما هي مجرد افتراض قانوني ومجاز وإنَّ المصلحة هي التي دفعت الدولة للاعتراف بها، أمَّا الرأي الثاني فيذهب

إلى أنّ الشخصية المعنوية حقيقة قانونية قائمة^(٧). وقد تعددت التعاريف حول معنى الشخص المعنوي، فمنها من قال إنّه يقصد بالشخص المعنوي كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال اعترف لها القانون بالشخصية القانونية تمكيناً لها من أجل تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله فتكون لها أهلية قانونية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات^(٨).

كما يعرف الشخص المعنوي بأنّه مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق هدف معين ويكون لها كيان ذاتي مستقل عن الأفراد المكونين له يسمح بتحقيق أهدافها^(٩).

وقد أورد آخرون تعريفاً للشخص المعنوي، بأنّه شخص غير آدمي يسلم له القانون بالشخصية القانونية التي تُتيح له قدرًا من الأهلية للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات^(١٠).

وقد أخذ المشرع العراقي بفكرة الشخص المعنوي حيث نظمت المواد (٤٧ - ٤٩) من القانون المدني أحكام هذه الشخصية بيد أنّها لم تضع للشخص المعنوي تعريفاً دقيقاً.
الفرع الثاني: عناصر الشخصية المعنوية:

في الحقيقة إنّ القانون لم يضيف الشخصية القانونية على الشخص المعنوي اعتباطاً، بل لا بُدّ من توافر عناصر معينة تعد أساسية لوجود الشخص المعنوي وبدونه لا نكون في مواجهة تلك الشخصية وهذه العناصر هي:

١. أن يكون لها غرض مشروع.

وهذا يعني أن يكون للشخص المعنوي هدف يسعى لتحقيقه، وأن يكون هذا الهدف مشروع، لأنّ الهدف المشروع هو الذي يكون جديراً بحماية القانون.

فالغرض المشترك هو الذي يجمع بين الأفراد المكونين للشخص المعنوي أو الأموال المرصودة لتحقيق هذا الغرض، فتقوم رابطة تجمعهم في شخصية واحدة لها ذمّة مالية مستقلة وتنظيم يكفل لها تحقيق أغراضها^(١١).

وتحدد الأعمال التي يمارسها الشخص المعنوي على سبيل التخصيص لتحقيق هدفه الذي لا بُدّ أن يكون مشروعاً، فنشاط الشخص المعنوي لا بُدّ أن يكون في دائرة الهدف والغرض وإن شذّ خارج هذه الدائرة سيكون معرضاً للحل قانوناً، ويستثنى من هذا الدولة باعتبارها شخص معنوي عام فيجوز لها ممارسة أنواع النشاطات المشروعة كافة^(١٢).

٢. اعتراف المشرع.

ويراد بالاعتراف هنا الإفصاح القانوني عن ميلاد الشخصية المعنوية وصلاحياتها لاكتساب الحقوق وتحمل عبء الالتزامات وممارسة نشاطها الذي اعترف لها بالشخصية المعنوية من أجله.

وقد اعتبر المشرع العراقي الاعتراف عنصراً أساسياً لقيام الشخص المعنوي في المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي.

وعلى ما سبق فقد يأتي الاعتراف بصورة قرار إداري أو قد يكون اعترافاً عاماً حينما يضع المشرع الشروط العامة الواجب توافرها لتكوين الشخصية المعنوية، أو إن الاعتراف قد يكون خاصاً بأن يصدر تشريعاً خاصاً بإنشاء الشخصية المعنوية^(١٣).

وبعد، فإنَّ الشخص المعنوي حينما ينال هذا الاعتراف تكون له أهمية بحدود ما عينه القانون، وينال امتيازات السلطة العامة ويعد العاملون فيه موظفون عموميون يخضعون لقوانين وأنظمة الخدمة والانضباط والتقاعد^(١٤).

المطلب الثاني: أنواع الأشخاص المعنوية العامة

أوردت المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي أنواع الأشخاص المعنوية العامة منها والخاصة، ولما كان هنما في هذا الموقع البحث عن أنواع الأشخاص المعنوية العامة فسوف نورد تلك الأنواع معتمدين على ما درج عليه الفقه والقضاء من تقسيم يعود كل ذلك إلى التنظيم الإداري المعمول به في الدولة، وبشكل غير مسهب تاركين كل تفصيل لا تسعه دراستنا:

أولاً: الأشخاص المعنوية الإقليمية:

وهي تلك الأشخاص التي يتعلق نشاطها بحدود جغرافية معينة وهي تشمل:

١. الدولة: وهي أهم الأشخاص المعنوية العامة، حيث تعد شخصيتها ركناً من أركان وجودها وفقاً لقواعد القانون الدولي، وتنشأ الشخصية القانونية للدولة بشكل آلي دون الحاجة لوجود نص يؤكدها، وهي شخصية معنوية كاملة تجعل الدولة أهلاً لمباشرة كافة الأعمال القانونية^(١٥).

٢. هيئات الدولة التي يمنحها القانون الشخصية المعنوية كالوزارات.

ثانياً: الأشخاص المعنوية المحلية أو المرفقية أو المصلحية:

أو كما يطلق عليها البعض اللامركزية الإدارية، وهي تنشأ لإدارة الوحدات المحلية في المحافظات أو أقاليم الدولة لتحقيق ما يعرف بالديمقراطية الإدارية، أو كما يطلق عليها باللامركزية المصلحية أو المرفقية، وهي تنشأ لتحقيق مصالح الأفراد عامة، في ظل رقابة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، وتعرف باسم الهيئات العامة أو المؤسسات والشركات العامة.

المبحث الثاني- إبرام العقد نيابة عن الشخص المعنوي العام

تحدثنا فيما خلا أننا لا نبحث عن الصفة الإدارية للعقد فيما لو لم يكن طرفا العقد أو أحدهما شخصاً معنوياً عاماً، بيد أنه ماذا لو تمَّ العقد نيابة عن هذا الشخص المعنوي وذلك حينما تختفي الإدارة

في ظل شخص من أشخاص القانون الخاص يقوم وكالة أو نيابة عنها في العقد، هذا ما سيدور بحثنا هنا في النيابة في التعاقد عن الإدارة بعد أن نتعرف على مفهوم الوكالة في القانون الإداري.

المطلب الأول: الوكالة في القانون الإداري:

لن نذهب بعيداً في التسليم بفكرة الوكالة في القانون الخاص، فهل يمكن نقلها بأكملها في مجال القانون الإداري بحيث تستوي الإدارة مع الأفراد، أم إنّ إدارة المرافق العامة لها من التفرد يقتضي التسليم بأنّ هناك قدر من التفاوت والاختلاف عند نقل هذه الفكرة من القانون المدني إلى القانون الإداري مع شيء من التشذيب حتى تنال القبول.

ولا نغلو إن قلنا إنّ فكرة الوكالة في القانون الإداري لم تنل الاهتمام إلا بعد تطور تدخل السلطة العامة بفعل التطور المعاصر^(١٦)، مما جعل فكرة الوكالة موضع اهتمام القضاء وتحليلات الفقهاء في بدايات القرن العشرين من خلال بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي التي يمكن تفسيرها على أنّها تأخذ بفكرة الوكالة في القانون الإداري.

وقد كانت محاولات الفقهاء إثبات ذاتية نظام الوكالة في القانون الإداري بالاستناد على إبراز ذاتية القانون الإداري في مواجهة القانون المدني بحيث ينال نظام الوكالة استقلاله في القانون الإداري عما يحكم الوكالة من قواعد في القانون المدني^(١٧).

فالأصل إن كان يعني قيام الإدارة العامة بنفسها بإبرام التصرفات القانونية المختلفة سواء كان ذلك التعاقد صادراً من السلطة المركزية أم كان صادراً من السلطة اللامركزية، المرفقية كانت أم محلية، بيد أنّه من المتصور أيضاً أن تنيب الإدارة غيرها في إبرام تلك التصرفات باسمها ولحسابها وبالتالي تنصرف جميع آثار هذا العقد للإدارة.

المطلب الثاني: النيابة في العقد الإداري:

لم يعد القضاء متشدداً حيال اشتراط إبرام العقد من قبل الشخص المعنوي العام، فقد أخذ يقر بإمكانية إبرام العقد من خلال شخص آخر^(١٨)، فأضحى القضاء الإداري كيف العقود التي يبرمها الأشخاص المتعاونة مع الشخص المعنوي العام في تسيير المرافق العامة باعتبارها عقوداً إدارية حينما يتصرف أحد الطرفين لحساب الشخص المعنوي العام، وجدير بالملاحظة أنّ أهم مجال تبدو فيه فكرة النيابة عن الإدارة جلية هو عقود الأشغال العامة^(١٩).

وسواء أكان أساس ذلك يعود إلى تفويض صريح من الإدارة لأحد المتعاقدين، أو يكون ضمناً باعتبار وجود توكيل أو تفويض ضمني يسمح باعتبار العقد إدارياً بالرغم من عدم ظهور الإدارة هنا، وإلى هذا انتهى مجلس الدولة الفرنسي^(٢٠).

ولقد ذهبت محكمة التنازع في فرنسا إلى هذا الاتجاه في حكم لها بشأن عقد أبرمته إحدى شركات القطاع المختلط مع منشأة خاصة حيث تتلخص وقائع القضية في أنّ هذه الشركة كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقررتي ماسي وأنتوني، وقد قامت بالتعاقد مع هذه المنشأة الخاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال، حيث اعتبرت هذه المحكمة في قرارها بأنّ هذا العقد إدارياً على اعتبار أنّ شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم ولحساب قررتي ماسي وأنتوني، ولحسابهما^(٢١).

وفي هذا الجانب يقول الأستاذ الفرنسي (Jean Rivero) يجب أن لا نخدع بالوضع الظاهر بل يجب أن نكشف عن يقف خلف المتعاقد ألا وهو الشخص المعنوي العام فلذلك يكون هو المتعاقد الحقيقي^(٢٢).

وشايح القضاء المصري زميله القضاء الفرنسي حيث صدر في حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٤ والذي جاء فيه (متى كان من الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين وتدخلت في أمر سلعة الشاي وبهدف توفير السلعة قد عهدت بذلك إلى لجنة توزيع الشاي ثم المعنيين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد فإنّ ذلك في تحقيقه يتضمن أمر تكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها هي عقود إدارية)^(٢٣).

كما أنّ هذه المحكمة أكّدت على إسباغ وصف العقد الإداري على ما يبرمه الفرد أو الهيئة الخاصة لمصلحة الإدارة باعتبارهما وكيلان عنها، وإنّ التعاقد إنّما هو في حقيقته لحساب الإدارة ومصحتها^(٢٤).

وفي حكم لها قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الكازينو موضوع الدعوى مقام في منطقة تعتبر من المنافع العامة ومقصود حق استغلالها على الشركة الطاعنة ومن ثمّ فإنّ التصريح للمطعون ضده بالانتفاع بهذه الكازينو قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة، مما يتوافر معه في هذا التصريح مقومات العقد الإداري باعتباره صادر عن جهة نائبة عن الدولة^(٢٥).

ونخلص مما تقدم بأن الإدارة قد لا تظهر في عقد من العقود ومع ذلك يعتبر هذا العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الإدارة وتوافر مقومات العقد الإداري، شرط أن يتم احترام القواعد القانونية الخاصة بالوكالة ضمن القانون المدني.

المطلب الثالث: متى يعد بوجود الشخص العام في العقد

في سابق القول أوردنا أنّ العقد يُعد إدارياً فيما لو كان الشخص المعنوي موجوداً بذاته في العقد، أو أن شخصاً من أشخاص القانون الخاص قد أبرم العقد بناءً على وكالة أو نيابة عن الإدارة بالمفهوم والفكرة التي أوجدها القضاء الإداري للوكالة في نطاق القانون الإداري، ولكن متى وفي أي وقت يعد

بوجود الشخص المعنوي العام في العقد لنصبح أمام مفهوم العقد الإداري، أي بمعنى أن هذا الشخص قد يكون طرفاً في العقد ابتداءً أو أنه قد ينال أو يفقد شخصيته هذه بعد إبرام العقد؟ فما هو التكييف القانوني وما هو أثر كسب الشخصية المعنوية أو فقدها هنا؟ وإذا ثار خلافاً بخصوص العقد من هي الجهة القضائية المختصة للنظر فيه؟!.

إنَّ البحث في الوقت الذي يعتد به بوجود الشخص المعنوي العام في العقد لا يعدو أن يكون إلا من خلال افتراضين وكالاتي:

الافتراض الأول: أن يتم إبرام العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، ثم يصبح بعد ذلك أحدهما من أشخاص القانون العام.

الافتراض الثاني: أن يتم حينما يفقد الشخص المعنوي العام وهو أحد أطراف العقد هذه الشخصية بعد إبرام العقد ويصبح من أشخاص القانون الخاص.

ومن خلال ما قد سلف نفضل القول بأن العبرة في تكييف العقد في كلا الافتراضين، يكون من وقت إبرام العقد وليس قبل أو بعد هذا الوقت، أي بمعنى أن تكون الصفة الإدارية للإدارة حاضرة وقت إبرام العقد وهذا الوقت هو من يعول عليه في الفصل بالأمر، فإذا تغيرت هذه الصفة بعد وقت التعاقد فالعبرة تكون لحظة إبرام العقد وتوقيعه^(٢٦).

وعلى ما تقدّم ير الفقه الفرنسي أنّ العقد الموقّع بين شخصين عاديّين يجب أن يعد من عقود القانون الخاص، وإن مجرد تدخل الإدارة في العقد لا يكفي لصبغ العقد بالصبغة الإدارية^(٢٧)، وهذا ما تبعته محكمة القضاء الإداري في مصر في أحكامها، حيث ذهبت إلى (أنّ تحول المؤسسة العامة التي أبرمت العقد إلى شركة مساهمة بمقتضى قرار رئيس الجمهورية ليس من شأنه أن يغير طبيعة العقد)، وكذلك حكمها في (أنّ العقد قد أبرم بين المؤسسة للأبنية العامة والمدعي فإنه يكون عقداً إدارياً ولا يغير من طبيعة العقد تحول مؤسسة الأبنية إلى شركات مساهمة، لأنّ العقد يكتسب الصفة الإدارية وقت إبرامه)^(٢٨).

المطلب الرابع: تقييم معيار وجود الشخص المعنوي العام لتمييز العقد الإداري

في جملة ما توصلنا إليه من حديثنا السابق أن الشخص المعنوي العام ضرورة لا غنى عنها في العقد الإداري، بمعنى أنّ العقد لا يكون إدارياً إلا حين يكون أحد طرفيه أو كليهما شخصاً معنوياً عاماً. بيد أن الحقيقة هي أنّ وجود الشخص المعنوي العام في العقد هو شرط مفترض وليس بمعيار، وبتعبير آخر إننا لا نبدأ في الحديث عن العقد الإداري إلا إذا كان فيه شخصاً معنوياً عاماً، فحين يتوفر لنا هذا الشرط يمكن لنا أن نشرع في الحديث أو البحث عن المعيار أو المعايير التي تميز العقد وبيان في ما إذا كان مدنياً أو إدارياً ذلك العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام، ومرد ذلك على أنّ الشخص المعنوي

العام قد يقوم بنشاطه مستخدماً ذات الإجراءات التي يتخذها أشخاص القانون الخاص، ويتعاقد وهو راغب بأن يخضع العقد لأحكام القانون الخاص حينما يرى أن أسلوب القانون الخاص هو أفضل له في تحقيق أهدافه كما لو كان فرداً عادياً من الأفراد، فيرتبط بعقود مدنية كارتباطه بعقد مع أحد الأفراد لبيع منتجاته. وقد أثار هذا الوجود خلافاً فقهيّاً، فذهب البعض على أنّ كل عقد تبرمه الإدارة يُعدّ عقداً إدارياً ما لم يثبت العكس بوجود قرائن أو عناصر تدل على أنّ الإدارة قصدت إبرام العقد وفقاً لقواعد القانون الخاص^(٢٩)، بيد أنّ هناك من يرد على هذا الاتجاه في القول بأن العقود إنما تبرم في الأصل على قدم المساواة بين أطرافها، ومنها بطبيعة الحال ما تبرمه الإدارة من عقود، فلو أجاز خروج الإدارة على هذا الأصل فيما تبرم من العقود لوجب تحديد معيار العقود التي تبرمها الإدارة في هذا الصدد، ولو تساءلنا متى تبرم الإدارة عقوداً تخضع للقانون الخاص لوجب البحث عن معيار يميز بين عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص وعقودها التي تخضع للقانون الإداري^(٣٠).

وعلى ما تقدم نوجز القول بأن وجود الشخص المعنوي العام في عقد ما لا يكفي وحده لتمييز العقد بأن يكون عقداً إدارياً، بل لا بُدَّ من البحث في معايير أخرى تصلح للتمييز، على أن يبقى هذا المعيار العضوي القائم على وجود الشخص المعنوي هو الركيزة الأساس لأي معيار آخر يُثار في مسألة تمييز العقود الإدارية، إذ أنّ الضرورة تقتضي البحث في معايير أُخرى للتعرف على إدارية العقد طالما إنّ وجود الشخص المعنوي في العقد لا يُعدّ مسلماً به في التمييز لما قد ثارت حوله من جدل فقهي وما نال دور الدولة وهيئاتها من تطور بالشكل الذي أقحمها في ميادين كانت لوقت غير بعيد تعدّ أبعد من أن تصل إليها، بسبب تعاضد دور الأفراد فيها واقتصارها عليهم.

الفصل الثاني

معيار المرفق العام واتصال العقد الإداري به

انتهينا في الفص السابق إلى عدم كفاية معيار وجود الإدارة كطرف في العقد للحكم عليه بأنه قد أصبح عقداً إدارياً، وإنّما قد توصلنا إلى حقيقة مفادها أنّه لا بُدَّ من البحث عن معايير أُخرى، ونجد أنّ ارتباط العقد الذي تبرمه الإدارة أو من ينوب عنها بمرفق عام من حيث إنشائه أو تنظيمه أو تسييره كان من المعايير التي تناولها الفقه والقضاء في القانون الإداري لتمييز العقد الإداري، لذلك سنتناول معيار المرفق العام بما يستحق منا ذلك من خلال البحث عن مفهومه وما له من أنواع لننصرف عقبها لبيان مظاهر اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ثم نضع تقييمنا لهذا المعيار.

المبحث الأول - مفهوم المرفق العام^(٣١)

لقد كان للمرفق العام دور كبير في إيجاد أساس للقانون الإداري في بواكير نشوئه ونال ما نال من عناية فقهاء القانون الإداري باعتبار ما سلف أو لأنّه كذلك أخذ به كمعيار لبيان الصفة الإدارية

للعقد، ولا بأس علينا ونحن نتناول مفهوم المرفق العام أن ننال منه بمقدمة بسيطة لتسير خطانا نحو البحث في مدلول المرفق العام لنضع له بعد ذلك تعريفاً يكون خاتمة لبلوغ مفهوم المرفق العام فيما نعرض بعدها الأنواع التي يمكن أن نجدها من المرافق العامة.

المطلب الأول: مدلول المرفق العام:

تعد فكرة المرفق العام من الأفكار الرئيسية في القانون الإداري، ورغم كل ما رافقها من تطورات عند نشأتها واستمرار وجودها، ولعل أكبر تأكيد على ما ناله المرفق العام من أهمية في اعتباره من النظريات التي دلت على خصوصية القانون الإداري^(٣٢).

وعدّ البعض فكرة المرفق العام أساساً للقانون الإداري، فهذه الفكرة ليست بغريبة على العقد الإداري وأعمال الإدارة^(٣٣).

وقد أرسى القضاء الفرنسي لفكرة المرفق العام أساسها في حكم محكمة التنازع الشهير في قضية بلانكو (BLANCO) عام ١٨٧٣م حيث اعتمدت هذه الفكرة في تحديد اختصاص القضاء الإداري، وخلاصة هذه القضية أنّ عربة تابعة لإدارة التبوغ في مدينة بوردو الفرنسية دهست طفلة وأصابتها بالأذى فرفع والد الطفلة شكوى أمام المحاكم المدنية مطالباً بالتعويض، فثارت مسألة تحديد القضاء المختص ورفعت القضية لمحكمة المنازعات للبت في موضوع الاختصاص فأعطت محكمة المنازعات الاختصاص للقضاء الإداري.

وبالرغم من هذه المكانة التي نالها المرفق العام في فقه القانون الإداري وقضائه فلم يكن لأنصار هذه القضية الاتفاق حول تحديد مضمونها وبيان عناصرها رغم كل ما جرت في هذا الشأن من عديد المحاولات.

وقد يكون مبنى ذلك عائد إلى التطور المضطرب الذي رافق هذه النظرية من أول ظهورها حتى غدا الفقه يتحدث عن أزمة في مفهومها من خلال عجز المرفق العام عن استيعاب أوجه النشاط الجديد كأساس للقانون الإداري^(٣٤)، لاسيما أنّها اقتربت أيضاً بتطور الدور الذي تقوم به الدولة والمهام الملقاة على كاهلها وما رافق ذلك من تطور لطبيعة الحاجات الجماعية التي أخذت الدولة مسؤولية إشباعها من خلال إنشاء المرافق العامة^(٣٥).

فنتيجة للمذهب الفردي الحر الذي نشأ وسادت أفكاره في القرن التاسع عشر والقائم على إعلاء شأن الفرد وجعله محورياً وأساس الدولة وغاية النظام السياسي وتفضيل مصلحته وعدم تدخل السلطة العامة في شؤون الأفراد وحيث كان النشاط الفردي محور العملية الاقتصادية، أما النشاط الذي تمارسه الدولة فهو النشاط المؤدي لإشباع الحاجات العامة وبقصد حماية الأمن الداخلي والخارجي وإقامة العدل بواسطة القضاء ومنها جاء ما يسمى بفكرة الدولة الحارسة^(٣٦)، فالدولة هنا لها سلطة وسيادة بالقدر الذي

يتيح لها إلزام الأفراد بعمل معين أو نهيه عن، فبرز هنا ما يعرف بأعمال السيادة التي جاءت كأحد الأسس المفترضة للقانون الإداري.

فالمرفق العام بطبيعته وفقاً للتصور كل نشاط بطبيعته ضروري للجماعة ولا يمكن بسبب هذه الطبيعة أن يتولاه أحد الأفراد.

وبعد الحرب العالمية الأولى وعلى أثر تلاشي مفهوم الدولة الحارسة نتيجة عجز مبادئ المذهب الفردي من توفير الضمانات الجوهرية لأفراد المجتمع وتعاضم الأفكار الاجتماعية والتقدم العلمي فقد كان لزاماً أن تخرج الدولة عن النطاق الذي ضرب حولها بعد الحرب الفرنسية^(٣٧)، وكان من هذا الخروج أن أضحت على الدولة أن تقدم لمواطنيها خدمات أساسية كالتعليم وتوريد الطاقة وغيره من مشروعات تنشئها أو تسييرها أو تشرف عليها، فبرزت هنا مرافق تختلف عن المرافق الإدارية البحتة وبشكل أنها تخضع للقانون العام والخاص كل في قدر محدد، الأمر الذي دعا الفقه للتحدث عن أزمة المرفق العام من خلال هجر النظرية التقليدية التي تقوم على أعمال السلطة وبالتالي إلى حاجة الدولة لقانون مستقل ومتميز عن القانون الخاص وذلك لاعتبارات تعدو إلى حسن سير المرفق العام وبالرغم من تكلم التطورات التي نالت الدولة الحديثة بداية القرن الماضي وانكماش نظرية المرفق العام فلا زال القضاء الفرنسي يوردها في أحكامه وباستمرار.

المطلب الثاني: تعريف المرفق العام

المرفق لغةً: ما ينتفع به، والمرفق من الأمر ما انتفعت به وفي المصحف الشريف يقول الله عز وجل: ﴿وَأَذِغْتُمْهُمْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ وَعَسَىٰ أَن يَرْتَدَّ إِلَيْكُمْ صَدَقَاتِكُمْ وَأَسَىٰ أَن يَمْسُقَ فَيْدُكُمْ فَيَكُونُوا لَكُمْ أَعْدَاءً بِمَا كَفَرُوا وَالسَّيِّئُ إِذَا ظَهَرَ لَكُمْ فِي ظُهُورِهِ أَن يُرْمَىٰ بِهِ﴾^(٣٨).

من خلال بحثنا فيما مضى عن مدلول المرفق العام يمكن لنا أن نخلص إلى أنه ليس من السهولة بمكان أن نضع تعريفاً للمرفق العام، ولعل هذا يكمن ويعود إلى أن عبارة المرفق العام مبهمة^(٣٩)، فقد استعمل الفقه والقضاء مفهومين مختلفين للمرفق العام في القانون الإداري، المفهوم الأول يبحث في تعريف المرفق العام من مدلول عضوي أو شكلي، أما الآخر فإنما يتناول المرفق العام من ناحية مادية أو موضوعية لذلك يغدو بنا الأمر أن ندور مع هذين المفهومين تعريفاً.

الفرع الأول: تعريف المرفق العام من خلال المفهوم العضوي أو الشكلي.

انقسم الفقهاء وجانب من القضاء في تعريف المرفق العام من خلال النظر إلى الهيئة أو الجهاز الذي يمارس نشاطاً عاماً ويكون تابعاً للدولة، لذلك فهم يذهبون إلى تعريف المرفق العام على أنه مشروع منشأه من الدولة بقصد تحقيق أغراض النفع العام^(٤٠).

في حين عرّفه البعض الآخر على أنه (منظمة عامة من السلطات والاختصاصات تكفل القيام بخدمة معينة تقدمها للجمهور بشكل منظم)^(٤١).

غير أنّ البعض عرّف المرفق العام من جانبه الشكلي بأنه (مجموعة الوسائل المادية والبشرية التي يؤدي بواسطتها الشخص الإداري مهامه)^(٤٢).

ولقد ساد في الفقه الفرنسي تعريف المرفق العام من خلال النظر إلى الجهاز الإداري الذي يضطلع بالنشاط زمنياً غير قليل تأثر بذلك بعض الفقهاء العرب، فمنهم من ذهب إلى تعريف المرفق العام بقوله: (المرفق العامة هي الهيئات والمشروعات التي تعمل بانتظام واطراد تحت إدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية الأخرى مباشرة، وتحت إدارتها العليا لسد حاجة الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة)^(٤٣).

والفقه عندنا في العراق كان فيه ممن تحمس لتعريف المرفق العام من خلال الأخذ بهذا المفهوم ومنهم الدكتور سعد العلوش حيث يذهب إلى عدم ترده بتعريف المرفق العام على أنه (منظمة مملوكة للدولة وتعمل تحت الإدارة العليا للحكام في صورتها المركزية واللامركزية خاضعة في كل هذا لنظام قانوني مخصوص حيث تشعب في ظله الحاجات الجماعية للأفراد بشكل منظم دائم وتحقق فيه المساواة بين المنفعين)^(٤٤).

وقد تراجع الأخذ بالجانب العضوي في تعريف المرفق العام لعدم إمكانية القبول بوجهة النظر هذه، فهي إن كان لها ما يبررها في مرحلة ازدهار نظرية المرفق العام في الفقه التقليدي للقانون الإداري، إلا أنّ التخلي عنها كان حتماً نتيجة إضفاء الصفة المرفقية على هيئات ترتبط بالإدارة ولكنها لا تهدف لتحقيق المصلحة العامة وإنما لمصالح مالية أو تجارية بحتة، هذا بالإضافة إلى أنّ القضاء الإداري أخذ يعترف بإمكانية قيام أشخاص القانون الخاص بإدارة المرفق العام الذي يستهدف تحقيق مصلحة عامة، كل هذا دفع بالاتجاه نحو تبني القانون الإداري تعريفاً جديداً يرتكز على مدلول آخر للمرفق العام.

الفرع الثاني: تعريف المرفق العام من خلال المفهوم المادي أو الموضوعي.

لم يكن للمفهوم العضوي القدرة على أن يبقى هو الملاذ الأمثل لاحتضان تعريف المرفق العام، فلقد عيب عليه كما طرقتاه سابقاً كونه أضحى لا يلبي الاتجاهات الحديثة لفقه القانون الإداري، فقدّر للمفهوم الموضوعي أن يكون هو محط أنظار هذا الفقه والمحور فيما يبني من تعريفات تسبغ على المرفق العام.

ويتناول هذا المفهوم تعريف المرفق العام من خلال النشاط الذي تمارسه الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة، فعدا المرفق العام يعرف على أنه (نشاط يستهدف تلبية الحاجات العامة وتحقيق الصالح العام، بصرف النظر عن الجهة التي تقوم به)^(٤٥). وتأسيساً على ذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي

بقبول مساهمة الأفراد والهيئات الخاصة في القيام بأنشطة تستهدف تحقيق الصالح العام، وتجلى ذلك في حكم المجلس الصادر في ١٣ حزيران ١٩٨٣ (حكم صندوق الخدمة الاجتماعية) والمتضمن اعتبار لجان التنظيم النقابي مرافق عامة^(٤٦).

ودرج أغلب الفقهاء في مصر إلى تعريف المرفق العام من خلال الاستدلال بالمفهوم الموضوعي له، فعرفه البعض على أن المرفق العام (نشاط تمارسه جماعة عامة بهدف إشباع حاجة من الحاجات التي تحقق مصلحة عامة)^(٤٧). وفي معرض تعريفه للمرفق يقول الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي (إن اصطلاح المرفق العام يستعمل للدلالة على معنيين، الأول: وهو الذي يميل له الدكتور الطماوي يطلق على كل نشاط من نوع معين تقوم به الإدارة لصالح الأفراد، أما الثاني: فهو يطلق على المنظمة أو الهيئة التي تقوم بهذا النشاط)^(٤٨).

وممن عرفه في الفقه العراقي من هذا المفهوم كل من أستاذنا الدكتور عصام البرزنجي وكذلك الدكتور علي بدير والدكتور مهدي السلامي فهم لا يخفون ميلهم نحو هذا الأمر فيعرفون المرفق العام (نشاط تتولاه الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى كالمحافظة أو البلدية أو المؤسسة العامة أو المنشأة العامة أو الهيئة العامة.. إلخ مباشرة أو تعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية العامة الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها لإشباع حاجات عامة لتحقيق الصالح العام)^(٤٩). والميل عندنا هو نحو الأخذ بهذا المفهوم لأن التطورات الاقتصادية والتجارية كانت الداعي لإيجاد المفهوم الموضوعي للمرفق العام من خلال قيام الإدارة بتنظيم نشاط معين بشكل مرفق عام ثم تعهد به للأفراد.

المطلب الثالث: أنواع المرافق العامة:

تتعدد المرافق العامة إلى أنواع مختلفة، فتقسم من حيث تنوع موضوع نشاطها أو طبيعة هذا النشاط إلى مرافق إدارية واقتصادية ومهنية، وكذلك تقسم من حيث دائرة النشاط الذي تقوم به على مستوى الدولة إلى مرافق قومية أو وطنية ومرافق محلية، وحيث إن التقسيم الأول هو الأكثر شيوعاً فسنتقصر بحثنا عليه فقط.

١. المرافق الإدارية:

وتعد من أقدم أنواع المرافق العامة وعليها قامت أصلاً نظرية المرفق العام، وهي تباشر نشاط يدخل في الوظيفة الإدارية للدولة مما يعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن القيام به على الوجه المطلوب حيث يعتبر من واجبات الدولة الأساسية، ومثالها دوائر الدولة المختلفة كالوزارات حيث تقوم بتقديم النشاط الإداري اليومي وخدمة المواطنين.

٢. المرافق الاقتصادية:

لقد كانت من نتيجة ولوج الدولة ميادين الاقتصاد والصناعة والتجارة وجود هذه المرافق حيث كانت هذه الميادين متروكة من قبل لمشروعات الأفراد، وتستخدم هنا وسائل القانون الخاص في إدارة هذه المرافق، ويعود تاريخ هذا النوع من المرافق لحكم محكمة المنازعات الفرنسية في القضية المعروفة بقضية (Bacdleloka) حينما قضت المحكمة السالف ذكرها بأن الدعوى ضد شركة نقل نهري تتعلق بمرفق صناعي وتجاري فإنها من اختصاص القضاء العادي لأن الإدارة تدير هذا المرفق بنفس الظروف والشروط التي يعمل بها أي تاجر أو صناعي^(٥٠).

٣. المرافق المهنية: وهي مرافق تهدف إلى توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة، حيث ظهر مثل هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي يتعرض لها أصحاب المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم لاسيما في فرنسا، وتتم إدارة هذه المرافق من خلال هيئات يكون أعضائها ممن يزاولون هذه المهن، ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة، مثل نقابات المحامين والمهندسين والأطباء وغيرها^(٥١).

المبحث الثاني - اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ومظاهر هذا الاتصال

بعد إن فرغنا من الكلام عن مفهوم المرفق العام، يمكن لنا الآن أن نتحدث عن ذلك الاتصال بين العقد الإداري وبين المرفق العام حتى عد المرفق العام معياراً ينال من خلاله العقد ما يبيغيه من أن ينعت بالعقد الإداري، وعلى هذا سنتناول في حديثنا القادم هذا الاتصال ومظاهره.

المطلب الأول: اتصال العقد الإداري بالمرفق العام:

حظي المرفق العام بدور فاعل بين معايير تمييز العقد الإداري حيث كان للقضاء أن درج علي هذا المعيار في ذلك التمييز رغم ما عيب على المرفق العام وعلى ما مرّت به نظريته في القانون الإداري على ما قد سلف أن سطرناه في سابق الكلام، فهذا مجلس الدولة الفرنسي يلقي حكمه على كاهل المرفق العام حينما يذهب لتكييف عقد ما على أنه غدا بارتباطه بالمرفق العام عقداً إدارياً، ففي عام ١٩١٠ ومن خلال نظره في عقد أبرام بين السيد (تيروند) ومدينة (مونبيليه) حول جمع والتقاط الحيوانات النافقة والكلاب الضالة من الأماكن العامة، وقد حدث نزاع بين المتعاقد والمدينة، فجاء حكم مجلس الدولة الفرنسي بأن المتعاقد بممارسته له النشاط إنما يساهم في تأمين الصحة العامة، وبالتالي فإن المهمة التي يقوم بها يمكن تكييفها بأنها مهمة مرفق عام، وحيث أن العقد مبرم مع شخص عام ويتضمن مثل هذه المهمة فإنه يعتبر عقداً إدارياً^(٥٢).

ثم كان لهذا المعيار بسبب ما رافق المرفق العام من أزمة طالت حتى مفهومه أن غدا مهملًا لمدة لا تزيد على ثلاثين عام^(٥٣)، إلا أن رد الاعتبار جاء لهذا المعيار وبقوة عبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية ما يعرف بالزوجين (Bertin)، إذ ذهب هذا المجلس إلى أن عد معيار المرفق العام كافيًا وحده

لتمييز العقد الإداري دون الحاجة للبحث عن معيار آخر يدعمه ويساند في هذا التمييز، وتتلخص وقائع هذه القضية بأنَّ عقداً شفويّاً كان قد أبرم من الزوجين مع مدير مركز إعادة التوطين الخاص بإيواء الرعايا الروس عام ١٩٤٤، وأثناء تنفيذ هذا العقد طلب مدير المركز من الزوجين تقديم إضافة في الطعام، غير أنّ وزير المحاربين القدماء رفض أداء مبلغ قيمة تلك الإضافة من الطعام، فأصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه بأنَّ العقد يعد إدارياً وذلك لاتصاله بالمساهمة في تنفيذ مرفق عام^(٥٤).

ولعهد قريب نسبياً نرى بأنَّ المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٩ كانون الأول ١٩٨١ تقول: (تستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص العقود ولكن من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به...)^(٥٥).

المطلب الثاني: مظاهر اتصال العقد الإداري بالمرفق العام.

إنَّ اتصال معيار المرفق العام وارتباطه بالعقد الإداري يكون من خلال الاشتراك والمساهمة في إدارة هذه المرافق أو تسييرها أو تنفيذ أهدافها، فالإدارة صاحبة الاختصاص الأصلي في تنظيم وإدارة المرفق العام.

وقد سارت بعض أحكام القضاء إلى اعتبار مجرد قيام المتعاقد بالاشتراك مع الإدارة في إدارة المرفق العام جدير أن يكسب العقد الصفة الإدارية^(٥٦)، ومثل تلك العقود التي تتمثل فيها المساهمة في إدارة المرفق العام بين الإدارة والمتعاقد هو عقد الأشغال العامة^(٥٧)، حيث لا شك في أنه يعد من العقود الإدارية.

ويبدو مظهر الاتصال أيضاً من خلال اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام عن طريق توريد مواد وآلات لازمة لسير المرفق العام بانتظام واطراد، فتبرم الإدارة من عقود التوريد ما يلزمها من أجل أن يستمر المرفق العام في سيره نحو تقديم خدماته^(٥٨).

فهذا المعيار كما يراه مؤيدوه يزيد اتساعاً فإذا كان هذا المعيار يتعلق بالمقام الأول بالعقود التي تعهد بها الإدارة للمتعاقد بإدارة المرفق العام إلا أنه قد نال تطبيقاً واسعاً في نطاق عقود الالتزام مع زيادة المرافق التي يعهد للأفراد بإدارتها، وكذلك تطبيق هذا المعيار في مجال عقود العاملين بالمرافق العامة ممّا أدى لإحداث تغييرات عميقة في تكييف هذه العقود^(٥٩).

وممّا سبق يتّضح أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام يعد ضروري لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد دون الأخذ بصورة معينة يمكن أن يتصل فيها العقد بالمرفق العام، وبالتالي فإنَّ القضاء الإداري إنّما يعمل على البحث والتحقق من مدى اتصال العقد بنشاط المرفق العام من خلال تفريد كل حالة عن غيرها من الحالات في مجال البحث عن تلك الصلة، فإذا انقطعت فإنَّ العقد المبرم يعد عقداً مدنياً كما هو الحال في العقود التي تبرمها الأشخاص العامة في إدارة أموالها الخاصة (الدومين الخاص) حيث تستخدم وسائل

القانون الخاص في إدارة الأموال مما يقطع صلتها بالمرفق العام وفي النهاية تخرج عن نطاق العقود الإدارية.

المبحث الثالث - تقييم معيار المرفق العام

في معرض ما قلناه آنفاً، أنّ نظرية المرفق العام قد شغلت كل من عنى بها وبالقانون الإداري بشكل عام، وأياً كانت وجهة انشغاله سواء في اعتبار المرفق العام أساساً للقانون الإداري أو اعتباره معياراً تتحد بموجبه طبيعة العقد، وقد كان أن اشتدّ الخلاف عند حقيقة كفاية المرفق العام في تكييف العقد بين مرجح يورد علل ترجيحه، ومجرّح يورد أسباب قدحه، وقد لا تأتي بجديد في رد هذا الخلاف لازمة المرفق العام والتي كانت نتيجة تطور دور الدولة وتنوع نشاطها الاقتصادي والاجتماعي، بشكل أدى لإحداث تغييرات كبيرة فيما قامت عليه فكرة المرفق العام من قواعد.

فالمرجحين لمعيار المرفق العام حاولوا أن يجدوا أكثر من سبب للاكتفاء به للتمييز واستبعاد ما دونه، ومن ذلك إنهم يذهبون إلى أن يعد العقد إدارياً إذا كان يتعلق بتحقيق هدف من أهداف المرفق العام بطريقة مباشرة وحالة، أما العقود التي لا تعمل على تحقيق هذا الهدف المباشر فهي ليست إلا عقود القانون الخاص وإن كانت نيّة الإدارة منصرفة بصورة غير مباشرة لتحقيق أهداف المرفق العام، بيد أنّ الكثير من أحكام القضاء كانت تنحو باتجاه معارضة هذا الأمر، علاوة على أنه لا يوجد ضابط ثابت لما يمكن عده هدفاً مباشراً أو غير مباشر للمرفق العام^(٦٠).

ثم حاول هؤلاء المؤيدين العمل على التمييز بين مرافق إدارية بحتة وأخرى اقتصادية، فعمدوا إلى القول بأن ما يتعلق بالأنواع الأولى هي عقود إدارية فيما تعد عقود مدنية ما يتعلق بالمرافق الاقتصادية بيد أنّ القضاء ردّ هو أيضاً في هذا الجانب حينما عدّ العقود المتعلقة بمرافق اقتصادية عقوداً إدارية إذا توافرت شروط استثنائية تختلف عن شروط الأفراد فيما بينهم^(٦١).

والحق يذكر هنا، أنّ معيار المرفق العام وبرغم ما قيل للنيل منه، ورغم كل ما تعرض له من أزمات شديدة كان محل اهتمام جانب كبير من القضاء^(٦٢)، حتى إنّ غالبية الفقه الفرنسي يرى بأن لهذا المعيار من الكفاية الذاتية ما تمكنه من تحديد العقد الإداري لوحده وتغني عن البحث في أمور أخرى معه. ومما لا شكّ في دور هذا المعيار هنا، إلا أنه قد لا يكفي للقطع والجزم في تكييف العقد، مما يجعلنا نصل في خاتم القول بالبحث فيما قد يعول عليه كمعيار آخر بعد أنّ دبّ الوهن في دور المرفق العام هنا، فلم يعد قادراً لوحده على أن يكون من معايير تمييز العقد الإداري.

الفصل الثالث

معيار الشروط الاستثنائية

نتيجة للانتقادات التي أُلقيت على معيار المرفق العام فقد انصرف الفقه والقضاء للبحث عن معيار آخر لتمييز العقد الإداري، وكان ملجأ القضاء ووجهته التالية نحو الشرط الاستثنائية أو الغير مألوفة التي يمكن أن يحتويها العقد، أو ما يعرف عند البعض بمعيار إتباع وسائل القانون العام. ولقد برز هذا الاتجاه في عام ١٩٠٣م بصدور قرار مجلس الدولة الفرنسي في القضية المشهورة باسم (Terrire) وتقرير مفوض الدولة (Romieu) التي صدر الحكم بالاستناد إليه، فقد أكد على ضرورة أن يحتوي العقد على شروط استثنائية حتى يعد عقداً إدارياً، وذلك إن فكرة المرفق العام وإن كانت ذات أهمية في أعمال الإدارة، إلا أن هذه الأخيرة قد تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إن هي رأت جدوى تلك الوسائل في تسيير المرفق العام^(٦٣).

فالإدارة بعدها سلطة عامة كان لها أن تستخدم وسائل القانون العام، فتضمن العقود التي تبرمها بشروط استثنائية غير مألوفة، ولكن ما هي هذه الشروط؟ وهل هي فعلاً تعد كذلك معياراً لتمييز العقد الإداري؟ وما هو حظها من التأييد والانتقاد؟! هذا كله ما سنتناوله تباعاً في هذا الفصل.

المبحث الأول - مفهوم الشروط الاستثنائية

يستلزم الفقه والقضاء على ضرورة أن تفصح الإدارة عن نيتها بأن تتضمن عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وذلك حينما تختار أسلوب القانون العام في إبرام تلك العقود^(٦٤).

غير أنه دار الجدل في الفقه والقضاء حول مفهوم هذه الشروط، وهذا الأمر يلزمنا أن نقف عند مفهوم كل منهم لهذه الشروط.

المطلب الأول: مفهوم الشروط الاستثنائية عند الفقه:

تتحد الأفكار الفقهية حول هذا المفهوم لتصب في اتجاهين، يذهب كل منهما ليعطي للشروط غير المألوفة فكرتها على وفق ما يراه، وهذان الاتجاهان هما:

الأول: ويرى أصحابه بأن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يستطيع الأفراد أن يضمونها عقودهم الخاصة، ذلك لأن إدراج مثل هذه الشروط في عقود الأفراد الخاصة يعتبر غير مشروع ومخالف للنظام العام، أو أن تلك الشروط تتسم بالسلطة العامة ويقتضي أن يكون أمر انتمائها مقصور على الإدارة دون سواها^(٦٥).

فهؤلاء يرون أن الشروط الاستثنائية إنما تنطوي على عنصر السلطة وتعد أحد أهم مظاهر تلك السلطة ومن ثم يستحيل تحققها في عقود الأفراد الخاصة^(٦٦).

الثاني: ويجنح أهله إلى عدم الاكتفاء بالقول وفق ما أورده أصحاب الاتجاه الأول، ولكن إن هذه الشروط أيضاً تشمل كذلك الشروط غير المألوفة أصلاً في عقود القانون الخاص، فتكون عندهم هذه الشروط هي تلك التي من الغرابة بطبيعتها بشكل تختلف فيه عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها في ظل القانون المدني والتجاري^(٦٧).

ونحن نميلُ بدورنا إلى من يرى بأن الشروط الاستثنائية هي التي تتسم بطابع السلطة العامة التي يمكن أن تدرج في عقود الأفراد لأنها تستمد وجودها من خلال السلطة العامة ممثلة بالإدارة كطرف في العقد، هذا بالإضافة إلى أن هذه الشروط حينما توجد في عقود الأفراد تؤدي إلى اختلاف مبدأ المساواة الذي يجب أن يسود العلاقات التعاقدية بين الأفراد.

المطلب الثاني: مفهوم الشروط الاستثنائية عند القضاء:

وفيما يعود للقضاء بخصوص مفهوم الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة، فإننا حين نقلب أحكام هذا القضاء في فرنسا ومصر لا يمكن لنا أن نخلص منهما بمفهوم واضح يربط عناصر الشرط الاستثنائي أو يحدد مقوماته، ومرد ذلك أن جل الأحكام التي صدرت من القضاء الفرنسي أو القضاء المصري تكتفي فقط عند حد الإشارة إلى احتواء العقد على شروط استثنائية، دون أن تحدد لنا تلك الشروط^(٦٨).

ومن محاولات مجلس الدولة الفرنسي في تعريف الشروط الاستثنائية ما ورد بحكمه الصادر في ٢٠/١٠/١٩٥٠ في قضية (Stien) حيث يقول هذا المجلس عن الشروط الاستثنائية (هي تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري)^(٦٩).

وعلى حين آخر فإن محكمة القضاء الإداري في مصر ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ١٠/٣/١٩٥٧ الذي جاء فيه (إنَّ العقد الذي يبرم بين مدير عام مصلحة السياحة والمتعاقد قد وصف بأنه عقد اتفاق على إيجار قطعة أرض، إلا أنه في حقيقته وجوهره عقد استغلال جزء من مرفق اصطياف بغرض الانتفاع والاستمتاع بشاطئ البحر، ويلتزم فيه المتعاقد بإقامة السكن على الأرض المؤجرة وفقاً للنماذج التي تعدها مصلحة السياحة وفي حالة المخالفة يلغى العقد وتصادر التأمينات بكل أنواعها، كما نصَّ العقد على أنه على المستأجر إزالة جميع المباني التي أنشأها إذا طلبت منه المصلحة ذلك في أي وقت)^(٧٠).

هذا بالإضافة إلى أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد ذهبت في حكم لها صدر بتاريخ ١٠/٣/١٩٩٧ للكلام عن الشروط الاستثنائية حينما جاء في هذا الحكم (وقد تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة ومنها حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار)^(٧١).

المبحث الثاني- صور الشروط الاستثنائية

لا بُدَّ أن يصل لعلماً أنَّ الشروط الاستثنائية في العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لحصر، بيد أنه يمكن ردها إلى قسمين، فمنها ما يتعلق بالشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة، أمَّا الأخرى فإنَّها تلك التي تحمل طابع القانون العام، وعلى هذا التقسيم سنتناول صور هذه الشروط.

المطلب الأول: الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

وتعود هذه الشروط في مجال العقود التي تبرمها الإدارة إلى الصور الآتية:

أولاً: شروط تتضمن امتيازات للإدارة قبل التعاقد معها.

وتعد هذه الشروط خروجاً على مبدأ المساواة بين المتعاقدين في نطاق العقود المدنية، فيعتبر رجحان كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أهم ميزة في العقد الإداري^(٧٢).

وقد تظهر هذه الشروط مع أول الخطوات في طريق إبرام العقد، ومثلها تلك الشروط التي تلزم مقدم العطاء في المناقصة أو المزايدة بالبقاء على إيجابه منذ تقديمه ولحين إرساء المناقصة بخلاف الإدارة فهي قد ترتبط بهذا الإيجاب بعد اعتماده أو قد لا ترتبط به إطلاقاً^(٧٣).

وقد يكون للإدارة لاحقاً وأثناء تنفيذ العقد حق تعديله بإرادتها المنفردة، أو إنهاء العقد قبل الموعد المحدد دون الحاجة إلى أعذار المتعاقد أو تنبيهه^(٧٤).

ثانياً: شروط تتضمن منح المتعاقد مع الإدارة سلطة في مواجهة الغير.

قد يتضمن العقد شروطاً تخول من تعاقد مع الإدارة قبل الغير نيابة عن الإدارة، فإذا كانت الشروط التي وردت في الفقرة أعلاه تعني استعمال الإدارة بنفسها مكنت الإدارة في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد، فإنَّ هذه الشروط هنا تمنح من يتعاقد مع الإدارة حق ممارسة ما هو حكر على الإدارة نيابة عنها، ومن الأمثلة على تكييف وضع الملتزم في عقد الامتياز في مواجهة المنتفعين بخدمة المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز^(٧٥).

المطلب الثاني: الشروط التي تحمل طابع القانون العام

وهي شروط ترتبط بنظريات القانون العام وتستوحي مبادئ وأحكام هذا القانون، فهي شروط تلجأ إليها الإدارة في عقودها الإدارية، ولا يمكن تفسير هذه الشروط إلا في ضوء نظريات القانون العام، فهذه الشروط تخرج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقود المدنية التي تبرمها الإدارة^(٧٦)، لذا فإنَّ تضمين العقود بهذا شروط هي دلالة على اعتبارات تسود العقود ألا وهي تحقيق النفع العام، ومن مثلها الشروط المرتبطة بالمصلحة العامة^(٧٧).

وبقي لنا قبل أن ننهي القول هنا بأنَّ بعض العقود لا تحتوي شروط استثنائية وإنما تحيل إلى دفاتر الشروط^(٧٨)، وهنا لا بُدَّ لنا أن نرجع على هذه الأخيرة للنظر في طبيعتها، وفيما لو كانت تحوي

شروط استثنائية يصبح معها العقد إدارياً، أم شروط مألوفة لا تغير من طبيعة العقد في شيء ولا تجعله إدارياً^(٧٩).

المبحث الثالث - تقييم معيار الشروط الاستثنائية

بعد إن فرغنا من عرض مفهوم الشروط المألوفة وصورها، يحق التساؤل هنا حول مدى كفاية هذا المعيار لتمييز العقد الإداري وهل هناك ما يؤخذ عليه؟ وهل حقاً أنه أصبح عنده القول الفصل في تمييز العقد الإداري؟!.

في بداية نشأة هذا المعيار كان الفقه يعده المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري، وأنه المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، فمضمون العقد هو الذي ينبأ عن وجود الشروط الخارجة عن القانون الخاص ونية الإدارة في أن تتمسك بمباشرة حقوق السلطة العامة التي تكشف بدورها عن الشروط الاستثنائية^(٨٠).

وإن كان هذا الاتجاه هو الذي سلكه الفقه الفرنسي، واتخذ القضاء الفرنسي معه خطأ موازياً في الكثير من أحكامه وسار على طريق معيار الشروط الاستثنائية لزمان غير قليل، ولكن الأمر الذي طرأ في ٢٠ نيسان عام ١٩٥٦ وفي حكم مجلس الدولة الفرنسي فيما يعرف بدعوى الزوجين بارتان عاد الجدول في مدى كفاية هذا المعيار، فبعد أن دفعت الوزارة المدعى عليها بأن العقد المبرم بينها وبين المدعين لا يتضمن شروطاً استثنائية وبذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض الدفع وذهب إلى أن العقد طالما كان مرتبطاً بمرفق عام فإن ذلك وحده كافياً ليأخذ هذا العقد الطابع الإداري من غير حاجة في البحث عما إذا كان يحتوي شروطاً استثنائية^(٨١).

ومن يمعن النظر في ملابسات هذا الحكم يجد أن معيار الشروط الاستثنائية هو من كان يرجع إليه لتمييز العقد الإداري، وقد يتبادر للذهن أيضاً مع هذا الحكم بأنه سوف لن يعد لهذا المعيار ذكر يقال، أو في أقصى تصور أن الوقت سيمضي طويلاً حتى تعود لهذا المعيار الثقة التي سبق إن نالها. بيد أنه بعد هذا الحكم السالف بعشرين يوماً فقط، اصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً آخر في قضية (Gondrand) يؤكد فيه على دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري.

حيث ذهب هذا المجلس في حكمه (إن العقد مدنياً لأنه لم يتضمن إحالة إلى دفاتر الشروط، وأنه ليس بين أحكامه ما يعد شرطاً استثنائياً)^(٨٢)، مما يؤخذ على هذا المعيار أنه يؤدي لنتائج متباينة، إذ أن الأمر لا يتعلق بمعيار رقمي من شأنه أن لا يثير الخلاف عند التطبيق، فقد يعد شرطاً من الشروط عند محكمة ما على أنه شرط غير مألوف في عقود القانون الخاص، غير أنه ليس كذلك عند محكمة غيرها^(٨٣).

هذا بالإضافة إلى ما قد توجد من صعوبات حينما يتم إدراج هذه الشروط في مجال العقود المدنية التي تبرمها الإدارة في سبيل إدارة الدومين الخاص والتي استقرّ القضاء في شأنها زمناً طويلاً على أنّها من عقود القانون الخاص، وهذا الأمر على ما يبدو أنّه راجع إلى أنّ هذه الشروط يجب أن تكون متفقة مع طبيعة العقد، وإلا فإنّ تضمين هذا العقد شرطاً استثنائياً يعتبر ضرباً من ضروب التعسف في استعمال الحق ويقرب العقد الإداري إلى عقود الإذعان المدنية^(٨٤)، وعلى رغم هذا فإنّ القضاء الحديث يعدها عقوداً إدارية تطبيقاً لمعيار الشروط غير المألوفة^(٨٥).

على أنّه رغم ما قيل من نقد لهذا المعيار، يمكن لنا ومن خلال متابعة الكثير من الأحكام القضائية أن نعد هذا المعيار بمثابة الظل لمعيار المرفق العام، أو هو الحلقة الثانية التي يدور حولها تمييز العقد الإداري، فالانتقادات لم تقض نهائياً على معيار الشروط الاستثنائية، وإنّما هو معيار ينال ما يستحق من أمر تمييز العقد الإداري عندما لا تكون هناك قدرة على حسم ما إذا كان العقد يتعلق بتنفيذ المرفق ذاته، حتى غدا هنا الكلام عن المعيار المتناوب لتمييز العقد الإداري، جوهره الأخذ في التمييز بين معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية، فقد يجتمعان لهذا الأمر أو أن يحمل كل منهما عن الآخر مهمة التمييز^(٨٦).

إلا إنّ هذا كله لا يعني بالضرورة أن ينم لعلمنا أن معيار الشروط غير المألوفة إنّما هو معيار مساعد، بل إنّ معيار فاعل، حتى أنّ القضاء كثيراً ما يستخدمه ويلجأ إليه لما فيه من اليسر، علاوة على أن يستطيع بمفرده إعطاء الصفة الإدارية لكل عقد^(٨٧).

الخاتمة

رغم ما ناله العقد الإداري من أهمية في مضمات القانون الإداري، فإنّ البحث عن معايير تمييزه كان لها من الأهمية ما حامت حول هذه المعايير آراء وتبنتها العديد من الأحكام التي نطق بها القضاء، فإنّ كان هنالك من يتبنى في وجهة نظره أحد معايير التمييز، فكان هناك من يخالفه، حتى أنّ القضاء لم يكن يدلي بدلوه في معيار واحد فقط، لذلك كان يقيم أحكامه على غير واحد من هذه المعايير.

وقد نال القصور عن الواجب المنفرد لكل تلك المعايير، حيث إن صحّ معيار واحد للتمييز في حالة ما، فإنّه لا يقوى على أن يمتد ليحكم حالات أخرى، فلم يكن معيار طرف الإدارة جديراً للتمييز لوحده ذلك لأنّ الإدارة هي الإدارة سواء إن أبرمت عقداً مدنياً أو إدارياً، وبالتالي فوجود الشخص العام لا يصحّ اعتباره معياراً للعقد الإداري وإنّما هو شرط يسبق التعريف، إذ قد توجد الإدارة ولا يوجد العقد الإداري، ولكن لا وجود للعقد الإداري بدون وجود الإدارة.

كما أنّ معيار المرفق العام بالرغم من إعادة الحياة له بيد أنّه لا يمكن القول بأنّ العقود التي لا تنطوي على مشاركة في تنفيذ المرفق العام ذاته هي عقود القانون الخاص بشكل قاطع.

أما الشروط الاستثنائية فإنها لا تصلح إلا حينما لا توجد المشاركة في تنفيذ المرفق العام ذاته، حيث إنها كثيراً ما لا تنهض منفردة في مجال التمييز.

ولكن هذه الانتقادات بمجملها لا تعني انهيار معيار العقد الإداري، وإنما هي تدل على الصعوبات التي تمر بها هذه المعايير مما تحتاج فيه الأعمال مشروط الإصلاح محل التخلي عنها.

إذ من غير المنطقي والحال هذه التعامل مع هذه المعايير كالتعامل مع المعادلة الرياضية، لأنّ الواقع كثيراً ما ينبأ بمشاكل تكون عصية على التجارب مع المنطق المجرد، فيكون المعيار الحقيقي ما هو إلا معيار تخييري مناط بالقضاء والذي عليه في هذه المهمة أن يوفق بين هذه المعايير الثلاثة وبين المنطق القانوني المجرد والمصلحة العامة.

فمناط الفصل في شأن تلك المعايير وأثر كل واحد منها في تمييز العقد الإداري إنّما هو نسبي غير مطلق، وقد لا يكون لمعيار منها أي وجود بدون وجود المعيارين الآخرين أو أحدهما.

هذا ما يمكن لنا أن نخلص إليه في بحثنا هذا، ونشهد أن ما كان فيه من سداد وتوفيق فمن الله وحده، وما كان من نقص وعيب فهو من عند أنفسنا فلا علم لنا إلا ما علمنا الله فهو الهادي إلى الإصابة والسداد.

الهوامش

١. د. علي محمد بدير وآخرون، القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة: ٤٧٢.
٢. إلا أنّ ذلك لا يمنع من تقنين بعض الأحكام من حيث إبرامها أو تنفيذها كتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨م.
٣. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الإداري (دراسة مقارنة) وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع: ٢٢٣.
٤. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠م: ٣١٧.
٥. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٨١.
٦. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (الكتاب الأول)، دار المسيرة، عمان، ط١، ١٩٩٨م: ٨٤.
٧. للمزيد انظر: د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٨٣ وما بعدها.
٨. د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦م: ١٢٢.
٩. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الأكاديمية العربية في الدنمارك، بدون سنة: ٢٦.
١٠. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٨٢.
١١. د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٣١.
١٢. د. خالد الظاهر، المصدر السابق: ٥٨، وانظر كذلك حكم المادة (٤٧ / الفقرات ب / ج / د) من القانون المدني العراقي.

- ١٣ . د. خالد الظاهر، المصدر السابق: ٨٥
- ١٤ . د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٣٢.
- ١٥ . للمزيد حول ذلك انظر: د. حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر، الجزائر، بدون سنة طبع: ٤٩.
- ١٦ . د. مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م: ٣٠.
- ١٧ . للمزيد حول مفهوم الوكالة في القانون الإداري راجع د. مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة، المصدر السابق: ٣٤ وما بعدها.
- ١٨ . د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٢٢٧.
- ١٩ . د. مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة، المصدر السابق: ٤٠.
- ٢٠ . للتوسع أكثر أنظر د. ماجد راغب الحلو. العقود الإدارية، ط ١، الدار الجامعية بيروت، ٢٠٠٧م: ١٨ وما بعدها.
- ٢١ . مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٩: ٤٧.
- ٢٢ . نقلاً عن د. فاروق أحمد ومحمد عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية: جامعة الموصل: ١٩٩٢: ٢٨.
- ٢٣ . سامي حسن نجم، أثر القرار الإداري بالنسبة للغير. رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥م: ١٧.
- ٢٤ . د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣: ١١ وما بعدها.
- ٢٥ . المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩٨٠/٦/٢١ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة لإبرام العقود، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م: ٢٨.
- ٢٦ . د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٢٧.
- ٢٧ . د. مصطفى عبد المقصود، معيار العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م: ٩٠.
- ٢٨ . مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات (١٩٦٦ - ١٩٦٩) نقلاً عن مصطفى عبد المقصود، معيار العقد، المصدر السابق: ٨٩.
- ٢٩ . د. شاب توما ناصر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط ١٩٨٠م، ١/٤٣٥ نقلاً عن د. فاروق أحمد المصدر السابق: ٢٩.

٣٠. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، ط ١، ١٩٨١م: ٦١، في رده على رأي للدكتور شاب توما منصور في الصفحة السابقة.
٣١. سنبحت في المرفق العام بحدود ما يتعلق بطبيعة دراستنا تاركين التفصيل في بعض الأمور (كالمبادئ التي تحكم المرفق العام) حتى لا نخرج عن نطاق بحثنا.
٣٢. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠: ٣١٩.
٣٣. د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٣.
٣٤. د. خالد الظاهر، المصدر السابق: ٧٧.
٣٥. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٣٧.
٣٦. للمزيد أنظر: د. سعيد السيد علي، المبادئ الأساسية وأنظمة الحكم المعاصرة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة ٢٠٠٥م: ٢٢٨ وما بعدها.
٣٧. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٣٨.
٣٨. سورة الكهف الآية: ١٦.
٣٩. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق: ٦٧.
٤٠. للمزيد انظر: د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ١٤ وما بعدها.
٤١. تعريف الفقه الفرنسي هوريو نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٥.
٤٢. تعريف الفقيه الفرنسي مورو نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٥.
٤٣. تعريف الأستاذ وحيد فكري رأفت، وللمزيد في هذا الجانب انظر: د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٤٣.
٤٤. نقلاً عن: د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٩١.
٤٥. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٤٥.
٤٦. المصدر السابق: ٢٤٥.
٤٧. تعريف الدكتورة سعاد الشرقاوي، نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٦.
٤٨. نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٥.
٤٩. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٤٧.
٥٠. للمزيد، راجع د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق: ٧١ وما بعدها.
٥١. د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق: ٧٣.
٥٢. نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق: ٣٨.
٥٣. المصدر نفسه: ٣٨.
٥٤. نقلاً عن محمد جمال الذنبيات، النظام القانوني لعقد القرض القانوني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠١: ٢٩ الهامش.

- ٥٥ . نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠٩: ٤٢٤.
- ٥٦ . د. أحمد سلامة، المصدر السابق: ٢٢.
- ٥٧ . تعرف عقود الأشغال بأنها اتفاق بين الإدارة واحد أشخاص القانون الخاص للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني لحساب الأشخاص الإدارية تحقيقاً لمنفعة عامة.
- ٥٨ . يعتبر مبدأ انتظام سير المرافق العامة باطراد من المبادئ التي تحكم هذه المرافق لكونها تنشأ أساساً لإشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات وهذا لا يتحقق إلا باستمرار عمل المرفق العام، حيث يعتمد الأفراد على الخدمات التي يقدمها المرفق العام وبالتالي فإن أي توقف يؤدي إلى إلحاق أضرار كبيرة بالأفراد.
- ٥٩ . د. مصطفى عبد المقصود، معيار العقد، المصدر السابق: ٧٣.
- ٦٠ . مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد إداري، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٩: ٥٩.
- ٦١ . د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٣١.
- ٦٢ . راجع ما سبق أن تكلمنا عنه في هذا البحث من اتصال العقد بالإداري بالمرفق العام.
- ٦٣ . مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٥١.
- ٦٤ . د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٢٤.
- ٦٥ . د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٤٨٥.
- ٦٦ . د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٤٦.
- ٦٧ . د. نواف كنعان، القانون الدولي، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمّان، ٢٠١٠: ٣٢٠.
- ٦٨ . د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٤٨٤.
- ٦٩ . نقلاً عن د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٤٠.
- ٧٠ . نقلاً عن د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٢٨.
- ٧١ . د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٤٤.
- ٧٢ . د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٢٩.
- ٧٣ . د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٤٩.
- ٧٤ . للمزيد انظر: د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق: ١٧٣ وما بعدها.
- ٧٥ . د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٥٠.
- ٧٦ . د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٥١.
- ٧٧ . د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٢٤.
- ٧٨ . وتعرف عندنا في العراق بالشروط العامة، ومنها الشروط العامة لأعمال هندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية والكيميائية الصادرة عن وزارة التخطيط.

٧٩. د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٣٢.
٨٠. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٦١.
٨١. راجع صفحة ١٦ من هذا البحث مضمون هذا الحكم.
٨٢. للمزيد أنظر: د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٦٦ وما بعدها.
٨٣. د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق: ٣٥.
٨٤. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٤٨٨.
٨٥. د. مصطفى عبد المقصود، معيار العقد، المصدر السابق: ١٣٤.
٨٦. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٧٠.
٨٧. المصدر نفسه: ١٧١.

المصادر والمراجع

* القرآن الكريم.

١. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
٢. د. حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر، الجزائر، بدون سنة طبع.
٣. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (الكتاب الأول)، ط١، دار المسيرة، عمان ١٩٩٨م.
٤. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥م.
٥. د. سعيد السيد علي، المبادئ الأساسية وأنظمة الحكم المعاصرة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٦. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة لإبرام العقد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٧. د. علي محمد بدير، و د. عصام البرزنجي، و د. مهدي السلامي، القانون الإداري العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع.
٨. فاروق أحمد ومحمد عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل ١٩٩٢م.
٩. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ط١، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧م.
١٠. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، رسالة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد ١٩٩٩م.
١١. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الأكاديمية العربية في الدمارك، بدون سنة طبع.
١٢. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الإداري، (دراسة مقارنة)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع.
١٣. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠٩م.

- ١٤ . د. محمد جمال الذنبيات، النظم القانوني لعقد القرض القانوني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠١م.
- ١٥ . مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة في إبرام العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥
- ١٦ . د. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
- ١٧ . د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٦م.
- ١٨ . د. نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة عمان: ٢٠١٠م.

الحماية القانونية للآثار في مواجهة تحديات الواقع

د.لمى عبد الباقي محمود

كلية القانون/ جامعة بغداد

ABSTRACT

The relics in many country of the world are considered as a cultural heritage, it is hardly devoid of any country from these relics of the previous nations and people. As long as man exists on earth there are relics of consecration of the verse in Surat AL-YASSIN()This heritage has a great importance highlight the bright side of nations on the humanitarian and cultural level. As many of these relics have various attacked of non-fundamentalist drilling or non-licensed or theft and smuggling, as well as the attack on these relics by sabotage, so it was necessary to create legislation to include legal rules to ensure that such protection.

In addition to that spreading cultural awareness across the whole country about the importance of these relics for the State and its physical and moral importance, as there are many archeological sites in areas with predominantly tribal and clan and prevent the competent authorities to

conduct archeological excavations and the addition must find a type of cooperation between States through the conclusion of international treaties and conventions which regulate the return of smuggled and stolen relics and find a better system for protection of relics.

المقدمة

تعد الاثار في اي بلد من بلدان العالم من الموروث الحضاري والتاريخي اذ يكاد لا يخلو اي بلد من البلدان من اثار الامم والشعوب السابقة. وما دام الانسان موجوداً على الارض فهناك اثار موجودة تكريساً لقوله تعالى في سورة يس (انا نحن نحي الموتى ونكتب ما قدموا واثارهم وكل شيء احصيناه في امام مبين) الاية (١٢). ولهذا الموروث اهمية كبرى في ابراز الوجه المشرق للامم على الصعيد الانساني والثقافي. ولما قد تتعرض له هذه الاثار من مختلف الاعتداءات المتمثلة بالتنقيب الغير اصولي او الغير مرخص او السرقة والتهريب وكذلك الاعتداء على تلك الاثار بالتخريب فكان لا بد من ايجاد التشريعات القانونية التي تكفل هذه الحماية وفضلاً عن ذلك لا بد من نشر الوعي الثقافي في عموم البلاد عن اهمية الاثار بالنسبة للدولة واهميتها المادية والمعنوية اذ ان هناك الكثير من الاثار في المناطق التي يغلب عليها الطابع العشائري والقبلي والتي تمنع الجهات المختصة من اجراء التنقيبات الاثرية وكذلك لا بد من ايجاد نوع من التعاون الدولي بين الدول من خلال ابرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تنظم اعادة الاثار المهربة و المسروقة و ايجاد نظام افضل لحماية الاثار.

المبحث الاول

التعريف بالاثار واهميتها المادية والمعنوية

لكي نعطي تعريفاً وافياً عن الاثار لا بد من معرفة المعنى اللغوي للآثار ومن ثم المعنى الاصطلاحي ولكون ان الاثار قد تشابه وتختلط مع غيرها فلا بد من تمييزها ومن ثم نتعرف على اهميتها المادية والمعنوية وهذا ما سوف نتناوله في المطالب الآتية.

المطلب الاول / التعريف بالاثار وتمييزها عما يختلط بها

لكي نعطي تعريفاً وافياً للآثار لا بد من تعريفه لغوياً واصطلاحاً. ويعرف لغة بوزن الامر والمآثور السيف واثر الحديد ذكره عن غيره والآثر بكسر الهمزة اي في اثره والآثر بفتحيتين ما بقي من رسم الشيء وضربة السيف والمآثرة تعني المكرمة^(١).

وتعرف الاثار - اصطلاحاً / اي شي خلفته الحضارات او تركته الاجيال السابقة مما يكشف عنه او يعثر عليه، سواء كان ذلك عقاراً او منقولاً يتصل بالفنون او العلوم او الاداب او الاحلاف او العقائد

او الحياة اليومية او الاجراءات العامة وغيرها مما يرجع تاريخه الى مائة سنة مضت متى كانت له قيمة فنية او تاريخية. ويجوز للسلطة الاثرية ان تعد لأسباب فنية او تاريخية اي عقار او منقول اثرًا اذا كانت للدولة مصلحة وطنية في حفظه وصيانته بصرف النظر عن تاريخه وتعد من الاثار ذات الشأن الوثائقي والمخطوطات كما تعتبر بقايا السلالات البشرية والحيوانية والنباتية من الاثار التي يجب المحافظة عليها وصيانتها شأنها شأن الاثار الاخرى^(١).

وتقسم هذه الاثار الى الاثار الثابتة، مثل بقايا المدن والمباني والتلال الاثرية والكهوف والمقابر والقلاع والاسوار والحصون والابنية الدينية والمدارس وغيرها سواء اكانت في باطن الارض او تحت المياه الداخلية والاقليمية، والاثار غير الثابتة وهي المنقولات التي صنعت لتكون بطبيعتها منفصلة عن الاثار الثابتة ويمكن تغيير مكانها بغير تلف وللسلطة الاثرية ان تعد الاثار غير الثابتة اثار ثابتة اذا كانت جزء من اثر ثابت او مكمل له او مقرونة له^(٢).

اما قانون الاثار العراقي فقد عرف الاثار بأنها الاموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها او صنعها او نحتها او انتجها او كتبها او رسمها او صورها الانسان ولا يقل عمرها عن (٢٠٠) سنة وكذلك الهياكل البشرية والحيوانية والنباتية.^(٣) ومن خلال هذه التعاريف نستطيع ان نضع ضوابط لتمييز الاثار عن غيرها وكالاتي:

١. المدة الزمنية التي مرت على هذه الاثار والتي حددها المشرع العراقي بـ (٢٠٠) عام.

٢. القيمة المادية والمعنوية لهذه الاثار.

وهذه الضوابط متلازمة اذ لا يمكن ان نفرد اونفصل احدهما عن الاخر ولنا على تعريف المشرع العراقي ملاحظة بأنه قد اختلف عن بقية التعريفات الاخرى والتي جعلت المدة الزمنية بحدود (١٠٠) عام كما انه لم يحدد المعايير التي من خلالها تحدد قيمتها المادية كما ان الاثار تختلف عن الممتلكات الثقافية والتي تمثل كل المنتجات المتأتية عن التعابير الذاتية الابداعية سواء اكان ذلك في الماضي او الحاضر وفي مختلف المجالات الابداعية والتي لها اهمية في المسيرة الثقافية^(٤) وكذلك تختلف عما هو موجود في المناطق من صور وملابس وتقنيات.

المطلب الثاني / الجذور التاريخية للاهتمام بالاثار

بعد استقرار الانسان في مكان معين بدأ مرحلة جديدة وهي البحث عن الوسائل التي تؤمن له

١ - الباب الاول من قانون الاثار العربي الموحد رقم ١ لسنة ١٩٨١.

٢ - المصدر نفسه

٣ - المادة ٤ / سابعاً من قانون الاثار والتراث العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢.

٤ - علي خليل اسماعيل / حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي بغداد، ١٩٩٩. ص ٢١

الحماية من مخاطر الحياة فضلاً عن الوسائل التي تجلب له الخير فأنقسمت هذه الوسائل الى وسائل مادية منحوتة من الصخر او الخشب وغيرها والى جانبها وسائل تؤمن الخوف الذي بداخله وتنظم مشاعره وهذه الوسائل هي الوسائل المعنوية، لذلك بدأ يسخر معتقداته نحو عبادة آلهة محددة كالشمس والقمر والبحار وغيرها ولكي يعبر عنها بدأ ينقشها على الحجر او تصويرها ونحتها وبمرور الزمن اصبحت هذه الاثار لها اهميتها من خلال التماثيل التي يتم العثور عليها (١) وان اهمية هذه الاثار ظهرت في القوانين والمعاهدات التي جاءت لتحديد ما يعد آثار من عدمه ومن الوسائل التي تستخدم لحماية هذه الاثار القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٢٦ وقانون الاثار رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ وقانون التعديل الاول رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٤ وقانون التعديل الثاني رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٥ وقانون الاثار رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ وكذلك قانون الاثار لجامعة الدول العربية الصادر سنة ١٩٨١، فضلاً عن عدد من المعاهدات الدولية كالاتفاقية التي اعتمدها المؤتمر العام خلال دورتها السادسة عشر في ١٤ تشرين الثاني سنة ١٩٧٢.

المطلب الثالث / الاهمية المادية والمعنوية للاثار

لقد ارتبط الاهتمام بالاثار في اول مراحلها بالجانب الديني وذلك من خلال صنع التماثيل بمختلف انواعها لعبادتها واكتسابها صفة التقديس كما تم جمعها في معابد خاصة لغرض عبادتها وتقديم الهدايا والنذور لها، ولا يقتصر ذلك على تلك التماثيل بل امتد الى قبور الملوك والحكام كما هو الحال في اهرامات مصر مما جعل الاهتمام واسعاً بها لكونها تشكل عاملاً ثقافياً اساسياً في صنع الحضارة وبلورتها ولذلك اصبحت لهذه الاثار اهميتها المادية العالية مما جعل من الواجب حمايتها من المجرمين والسارق والمهربين لاسيما بات هناك دول الان تقوم بشراء هذه الاثار ووضعها في متاحفها الخاصة (٢) أما الأهمية المعنوية فتبرز من خلال انها تمثل تراثاً للانسانية جمعاء وتشكل حلقة من حلقات التطور الثقافي للانسان.

ومما يؤكد الاهمية المعنوية ان ضياع أي أثر او فقده يشكل خسارة كبرى لاتعوضها الماديات ولقد بلغت هذه القيمة المعنوية ذروتها في الاهتمام بالاثار والممتلكات مما حرى بتشريعات الامم على ان تنص على حماية الاثار من كل اعتداء سواء أكان سرقة أو متاجرة او تشويه، ولذلك كان لابد من وجود التشريعات التي تحمي هذه الاثار لاهميتها المادية والمعنوية (٣).

المبحث الثاني / حماية الاثار من مواجهة التحديات

سوف نتناول في هذا المبحث ماهي اهم التحديات التي تواجه الاثار وكيف نواجهها من خلال

١ - د.بشير محمد السباعي - فلسفة قوانين الاثار - المركز العربي للدراسات العليا ص ٢٧.
٢ - د. بنهام أبو الصوف - ظلال الوادي العريق - دار الشؤون الثقافية - بغداد ١٩٩٢ ص ٣٥.
٣ - المصدر نفسه - ص ٣٦.

تامين الحماية الدستورية والقانونية لها لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى :-

المطلب الاول / التحديات التي تواجه الاثار

لقد اجتاحت الاثار في جميع اشكالها وانواعها حملة من التحديات التي من شأنها ان تطمس

المعالم الحضارية والتراثية لهذه الاثار ومن هذه التحديات:

١- التنقيب غير القانوني للاثار : نتيجة لعدم ادراك القيمة المادية والمعنوية للاثار لذلك طفت على السطح ظاهرة جديدة وهي التنقيب غير القانوني للاثار بحثاً عن المقتنيات الاثرية بكافة اشكالها اذ ان التنقيب عن الاثار يجب ان يتم من قبل الجهة التي رسمها القانون وهي الهيئة العامة للاثار ويتم من خلال الالية التي رسمها القانون للتنقيب^(١).

٢- السرقة والنهب للاثار : تتعرض الاثار بكافة انواعها الى عمليات السرقة والسلب وقد تحدث ظروف معينة تساعد على ذلك ومثال ذلك احداث عام ٢٠٠٣ التي امت بالعراق مما ادى الى السلب والنهب والسرقة.

٣- التدمير والتخريب جراء الحروب والاعتداءات الخارجية : كما هو الحال اثناء احداث ٢٠٠٣ التي مر بها العراق وكذلك الاعتداء على الاثار السورية ابان الاعتداءات الاسرائيلية على اثار الجولان^(٢) وكذلك الاعتداءات الاسرائيلية على الاثار الفلسطينية.

٤- الاعتداءات البيئية على الاثار وهذه الاعتداءات تمثل اخطر انواع الاعتداءات والمتمثلة بالايضاح الطبيعية كالعواصف الترابية والفيضانات والرياح والظمي وغيرها^(٣) والتي تؤدي الى ضياع معالم هذه الاثار واندثارها.

٥- تهريب الاثار من التحديات التي تواجه الاثار هي تهريب الاثار الى خارج البلاد وقد يكون هذا التهريب ليس الهدف منه هو جنائية الاموال وانما بقصد التخريب وانهاء التراث الانساني لذلك البلد لان قيمة البلد وتطوره يقاس بتراثه الحضاري.

٦- قلة الوعي الثقافي باهمية تلك الاثار وقيمتها الحضارية وهذا الوعي سواء اكان على صعيد المؤسسات المختصة بالتراث والاثار او على الصعيد الفردي أي على مستوى الافراد ويأتي ذلك من قلة الجامعات والكليات والمعاهد والمدارس التي تعنى بالاثار^(٤).

المطلب الثاني / الحماية الدستورية للاثار العامة

ضماناً لحماية الاثار فلا بد من تشريع القواعد القانونية الخاصة بحمايتها، ولكون الدستور يمثل

١ - انظر المادة (٢) من قانون الاثار العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢.

٢ - د. نزار حسن - الحماية القانونية للاثار وتحديات الواقع محاضرة القايت في الندوة المنعقدة في دمشق، جامعة تشرين في ٢٠١٠/١١/١٥.

٣ - د. نزار حسن - مصدر سابق.

٤ - البيان الختامي لاجتماع مؤتمر الحماية القانونية للاثار العربية لسنة ٢٠٠٤.

قمة الهرم القانوني ويمثل المبادئ العامة التي تنطلق منها التشريعات في وضع القواعد القانونية، لذلك اغلب الدساتير تضمنت مبادئ لحماية الاثار فقد نصت المادة (١١٣) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ على ان "تعد الاثار والمواقع الأثرية والبنى التراثية والمخطوطات والمسكوكات من الثروات الوطنية التي هي من اختصاصات السلطات الاتحادية وتدار بالتعاون مع الاقاليم والمحافظات وينظم ذلك بقانون " ومن تحليل نص المادة اعلاه نجد انه قد عدّ الاثار والمواقع الاثرية والبنى التراثية والمخطوطات والمسكوكات من الثروات الوطنية أي انه رفعها الى مقام الثروات الوطنية التي يجب حمايتها وبالتالي ما يسري على تلك الثروات من حماية يسري على الاثار بوصفها جزء من الثروة الوطنية، كما ان الحماية امتدت الى المؤسسات التي ترعى هذه الاثار فقد نصت المادة (٣٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ترعى الدولة النشاطات والمؤسسات الثقافية بما يتناسب مع تاريخ العراق الحضاري والثقافي وتحرص على اعتماد توجهات ثقافية عراقية اصيلة، وهذا لاينصرف على الدستور العراقي فقط وانما يشمل الدساتير الاخرى والتي تضمنت قواعد عامة بشأن الاثار.

المطلب الثالث / الحماية القانونية للاثار

لقد اوجد المشرع العراقي نصوصاً قانونية لحماية الاثار وهذه النصوص القانونية تمثلت بقانون الاثار رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ فقد اشارت المادة (٣) من القانون اعلاه الى:
اولاً / يمنع التصرف بالاثار والتراث والمواقع التاريخية الا وفقاً احكام هذا القانون ثانياً / يمنع مالك الارض التي يوجد في الاثر او التراث والموقع التاريخي من التصرف المادي فيها او اجراء الحفر فيها او تخريبها او تغيير معالمها.

كما ان المادة (١٥) من القانون اعلاه قد اشارت الى منع :

اولاً /التجاوز على المواقع الاثرية والتراثية والتاريخية بما فيها التلوث والاراضي المنبسطة التي عثر فيها على الملتقطات الاثرية وان لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية وكانت في ظروف يمكن للشخص المعتاد العلم بها.

ثانياً / القيام بالزراعة او السكن او اقامة البناء والمحدثات على المواقع الاثرية.

ثالثاً / استعمال المواقع الاثرية مستودعات للانقاض والمخالفات واقامة الابنية او مقابر او حفر مقالع فيها.

رابعاً / اقامة الصناعات الملوثة للبيئة او الخطرة على الصحة العامة في المناطق التي يقل عددها عن ثلاث كيلومترات من المواقع الاثرية والابنية التراثية من كل جهة.

خامساً / قلع الاشجار او المغروسات وازالة المنشآت من المواقع الاثرية وأجراء اي تغيير في المعالم

الاثريّة.

سادساً / قلع البناء الاثري او التراثي او التصرف بمواده الانشائية او استخدامه استخداماً يخشى معه تلفه او تضرره او تغيير ميزته. وقد حظرت المادة (١٧) من قانون الاثار حيازة الاثار من قبل الاشخاص الطبيعيّة او المعنوية وكذلك تحديد مسؤولية المقصر في حالة ضياع الاثار وايضاً حددت المادة (٢٢) عدداً من الامور التي يجب الامتناع عنها فضلاً عن عدد من القرارات التي وضعت عقوبات جنائية بشأن المتجاوزين على الاثار منها القرار رقم (٧٦) لسنة ١٩٩٤ وكذلك القرار رقم (٨١) لسنة ١٩٩٤ وكذلك صدور قانون الاثار العربي الموحد لسنة ١٩٨١ كما وهناك عدد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية حماية التراث العالمي والثقافي والطبيعي لسنة ١٩٧٢ واتفاقية منع استيراد وتصدير الاثار لسنة ١٩٧٠ والقانون الخاص لرد الممتلكات الاثريّة لسنة ١٩٩٥ واعلان اليونسكو عام ٢٠٠٣ بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي.

الخاتمة

بعد استعراض اهم المبادئ القانونية التي يمكن من خلالها معرفة التنظيم القانوني للآثار واهم التحديات التي تواجه الاثار ولكون ان الخاتمة لا يراد منها اعادة استعراض ما تم ذكره لذلك لا بد من تقديم عدد من المقترحات التي تساعد في حماية الاثار في مواجهة التحديات ومن هذه المقترحات ما يأتي:

- ١- نشر الوعي الثقافي بضرورة المحافظة على الاثار باعتبارها ثروة وطنية.
- ٢- تقديم الدعم للمؤسسات التي تعنى بالآثار لغرض القيام بالتنقيب عن الاثار والمحافظة عليها.
- ٣- انشاء جامعات وكليات مختصة بالآثار فضلاً عن المراكز التخصصية التعليمية.
- ٤- تشديد العقوبات الجزائية بشأن جرائم السرقة والتخريب والتهريب بالنسبة للآثار.
- ٥- ايجاد قانون عربي موحد للآثار والممتلكات الثقافية.
- ٦- ايجاد نوع من التعاون الدولي من خلال عقد المعاهدات والاتفاقيات الدولية لاعادة الاثار المسروقة.
- ٧- التعاون الثقافي والعلمي بين الدول بشأن الاثار.
- ٨- عقد المؤتمرات والندوات بشأن الاثار والعمل على تنفيذ توصياتها بكل جدية واهتمام.
- ٩- اطلاق حملة سنوية للتنقيب عن الاثار.
- ١٠- تشكيل هيئة مختصة لمتابعة الاثار الموجودة في الخارج.
- ١١- تشكيل لجنة او استحداث دائرة او قسم للحفاظ على الاثار من التحولات البيئية.

وفي الختام فان الاثار هي الموروث الحضاري والانساني والثقافي والمادي والمعنوي للشعوب والذي يعكس حضارتها وتطورها ولا بد ان نحمي تراث من سبقنا لكي نجد من يحمي تراثنا.

قائمة المصادر والمراجع

- ١- د. بشير محمد السباعي / فلسفة قوانين والآثار وتطورها / المركز العربي للدراسات ١٩٩٢ .
- ٢- بهنام ابو الصوف / ضلال الوادي العريق / دار الشؤون الثقافية ١٩٩٢ .
- ٣- د. بشار خليل / اثار المشرق العربي محاضرة القيت في دمشق ٢٠٠٨ .
- ٤- زهير البشير / الملكية الادبية والفنية / جامعة بغداد / كلية القانون ١٩٨٩ .
- ٥- شوقي الطيب / الحماية القانونية للآثار العربية / محاضرة القيت في مؤتمر حماية الاثار لسنة ٢٠٠٤ .
- ٦- د. طه باقر / مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة, ١٩٧٣
- ٧- نزار حسن / الاثار وتحديات الواقع / محاضرة القيت في كلية الحقوق جامعة تشرين.
- ٨- علي خليل اسماعيل / حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي ١٩٩٩ .

القوانين والاتفاقيات

- ١- الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥
- ٢- قانون حماية الاثار العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢
- ٣- قانون الاثار المصري رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ .
- ٤- قانون الاثار العربي الموحد لسنة ١٩٨١ ,
- ٥- القرار رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٤ .
- ٦- القرار ٨١ لسنة ١٩٩٤ .
- ٧- اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٤ .
- ٨- اتفاقية حماية الاثار لسنة ١٩٧٠ ,
- ٩- اتفاقية حماية التراث العالمي لسنة ١٩٧٢ .

الحماية المدنية لبرمجيات الحاسوب في القانون العراقي

دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وقانون حماية حق الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢

د.أكرم فاضل سعيد قصير/ مدرس القانون المدني والتجاري

د.طالب محمد جواد عباس / مدرس الحاسبات

كلية الحقوق / جامعة النهدين

The Coalition Provisional Authority (now defunct) to amend the number of many of the laws of the Iraqi state, including the Copyright Protection Act (No. 3) for the year 1971. What concerns us about the amendment is to amend Article II, which stipulates that: "These include the protection of works expressed in writing or the path of sound, drawing, photography or movement, in particular the following: 1-..... 2- Computer programs, whether the source or machine code that must be protected as literary".

As the nature of program development is characterized by the nature of the preparation of the various other works, especially the preparation is a business while the other preparation works such as civil works, unless evidence to the contrary does what you said.

Therefore, varied views on the style of protection required for software programs to the electronic of the following cases:

- I. The civil protection of the software according to the rules of contractual liability.
- II. The civil protection for software in accordance with the patents provision.
- III. Civil Protection of the software in accordance with the provisions of tort.
- IV. Civil protection for software in accordance with the rules of branding.
- V. Civil protection for software in accordance with legislation to protect copyright.

We examine the aspects of protection of the five software and differentiation, including for the purpose of determination of a civil protection appropriate for this software and in accordance with the provisions of Iraqi law (the law of copyright protection (No. 3) for the year

1971), amended by order of the Coalition Provisional Authority disbanded number (83) for the year 2004.

مقدمة

ونحن في بداية الألفية الثالثة، لا بد أن نؤشر بأن القرن الماضي، كان حقبة شديدة في الثراء العلمي والخصوبة المعرفية، وانه كان قرن العلوم بحق. ومن ابرز نتاجاته العلمية المفاهيم والأدوات التي حققت ثورة المعلومات، التي مهدت الطريق إلى عصر جديد هو عصر المعلوماتية. ولكل عصر من عصور التحول في المعرفة الإنسانية، مفاهيمه وتأثيراته الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وكذلك القانونية.

ولقد صاحب هذا التطور تزايداً ملحوظاً في الاعتماد على نظم المعلومات والتكنولوجيا القائمة على الحاسوب والبرامج التشغيلية والتطبيقية التي أتاحت للاستعمال بين الأفراد العاديين على مستوى معظم دول العالم المتقدم، وبعض الدول النامية لأداء الخدمات المتطلبة والتي لم تتوافر إلا من خلال البرامج المتطورة كوسائل رئيسة، ولن تستمر مسيرة هذا التقدم الكبير إلا بتوفير الحماية القانونية لها، حفاظاً على الجهد المبذول مالياً وفكرياً في إعداد هذه البرامج وإنتاجها للإفادة والاستفادة من ثمارها، بلا إفراط أو تفريط، وفي الحفاظ على الحقوق المتعلقة بها. وكان من الطبيعي أن يصحب هذا التطور العلمي ارتكاب بعض أنماط الجرائم التقليدية أو المستحدثة اعتماداً على هذا التطور ولذلك فأنا نصبح بحاجة ماسة إلى وضع نظام تشريعي يؤمن حمايتها من أي تهديد^(١). وبالفعل كان القانون الفرنسي من أوائل القوانين التي إعترفت بإبتكار برامج الحاسوب الالكترونية ومن ثم أسبغت عليها حماية حق المؤلف بموجب قانون ٣/تموز/١٩٨٥ وقانون ٢٣/أيلول/١٩٨٥^(٢) ولقد أصبحت برمجيات^(٣) الحاسوب، وما ينشأ عنها من نظم معلوماتية، حقيقة علمية وعملية فرضت نفسها على كافة أوجه النشاط المعاصرة، واعتمدت عليها معظم هذه النشاطات اعتماداً كلياً لاغنى عنه، ومن ثم نشأت الضرورة الحتمية لوجود تنظيم قانوني متكامل لهذه النظم والبرامج المعلوماتية، يغطي مختلف جوانبها، ويرسم حدودها ويحدث صور المسؤولية المتعلقة بها، ويبين طرق مواجهة هذه المسؤولية ووسائل الحماية المقررة لها^(٤).

يُقصد بتعبير حماية البرمجيات هي حماية المُنتجين لها بالدرجة الأساس وحماية مؤلفيها إذا ما احتفظوا بحقوقهم المباشر عليها من خطر تقليد الغير لبرمجياتهم أو للتأكد من أن من يشتري منتجاً برمجياً سوف يستخدمه طبقاً للشروط التي تم توريد هذا المنتج البرمجي إليه، دون ان يكون له الحق في توزيعه توزيعاً تجارياً إلا إذا أذن له المؤلف (محرر البرنامج) أو محلل النظم بذلك كتابةً وفق أحكام المادتين (٨) و (٣٨) من قانون حماية المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

مشكلة البحث وخطته:

على الرغم من أن وضع الحماية القانونية للبرمجيات في بلادنا متدنٍ عملياً، إلا أن القانون ينص على حمايتها^(٥)، ومن الواجب تسليط الضوء على أساليبها وعلى ما هو مطبق في الدول الأخرى، كي يستفيد العاملون في هذا المجال منها في الدفاع عن حقوقهم والذود عنها. إذ تتعدد أساليب الحماية القانونية للبرمجيات، ولكل واحدٍ من هذه الأساليب مزايا ومحاذير، سنحاول التطرق لها، كما ويستند كل أسلوبٍ إلى واحدٍ من القوانين، وأغلبها يتعلق بقوانين حماية الملكية الفكرية، ونظراً لطبيعة هذه البرمجيات وكونها من نتاج الفكر، فإن وسائل حمايتها قد تعددت بتعدد القوانين اللازمة لحمايتها، ومن أهم هذه القوانين: قانون حق المؤلف وقانون العلامات التجارية وقانون براءات الاختراع والقانون المدني الذي ينظم أحكام العقود والأعمال غير المشروعة (المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية). إلا أن هذه القوانين ليست جميعها صالحةً للتطبيق على البرامج الحاسوبية، وخصوصاً بعد صدور قانون حماية المستهلك (العراقي) رقم (١) لسنة ٢٠١٠ الذي أعطى الحق للمستهلك بإرجاع السلع إلى البائع الذي اشتراها منه إذا كانت المعلومات المقدمة بشأنها غير متطابقة معها هذا فضلاً عن حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق به أو بأمواله من جراء شرائه لهذه السلع^(٦) (المادة ٦/ثانياً منه). فهل نستطيع اعتبار برمجيات الحاسوب سلعاً استهلاكية أم خدمات؟ وهل يجوز ردها أو إرجاعها إلى البائع بمقتضى حق المستهلك في الإرجاع؟ ومن هذه النقطة بالذات تبرز لدينا ثلاث مشاكل قانونية رئيسية تستحق البحث.

المشكلة الأولى في البحث تتعلق بالإجابة عن مدى إمكانية حماية متلقي البرمجيات أي المشتري ومن يخلفه بحقوق المستهلك وفق قواعد قانون حماية المستهلك المشار إليه انفاً والمشكلة الثانية تتعلق بتكييف برامج الحاسبة الإلكترونية التكيف القانوني الصحيح وذلك لأن التكيف القانوني يرشدنا إلى القانون الاصلح للتطبيق باعتبار أن المقصود من التكيف القانوني هو تحديد القانون الواجب تطبيقه على الواقعة موضوع النزاع ولاسيما على تحديد أساس المسؤولية الناشئة بسبب الاعتداء على ملكية البرنامج. والمشكلة الثالثة في البحث تتعلق بتكييف التنازل عن ملكية برامج الحاسوب ودور الكتابة فيه هل هو شرط للاثبات أم للانعقاد؟

ولذلك سنحاول في هذا البحث عرض مشاكله وحلها في ضوء القانون العراقي واحكامه في مبحثين، وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول

تعريف الحاسوب وبرمجياته ووسائل الحماية القانونية لمستخدميه

شهد القرن الماضي ثورة من نوع غير مألوف اصطلاح على تسميتها بثورة المعلومات، كان بظلمها جهاز الحاسوب الذي تطور دوره بحيث تعدى إجراء العمليات الحسابية المعقدة ليشمل قضايا تهم الناس في جميع معاملاتهم بما فيها الاتصالات مروراً بالمعلوماتية التوثيقية والذكاء الاصطناعي الخ^(٧). في هذا المبحث سوف أعرض للتعريف بالحاسوب وبرامجه المتنوعة وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالحاسوب ومسمياته المتعددة

الحاسوب شيء مادي قابل للتعامل فيه أو من خلاله: كانت الاشياء التي تعامل بها الانسان منذ فجر التاريخ وحتى منتصف القرن السادس عشر كلها أشياء مادية الى أن ازدهرت الطباعة وانتشرت المكتبات وزادت الصناعات فظهر الى جانبها أشياء أخرى غير مادية كحق المؤلف على مُصنّفه وحق المُخترع على اختراعه^(٨). وبذلك أصبحت الاشياء، حتى منتصف القرن العشرين، تنقسم الى قسمين: أشياء مادية مثل العقار والسيارة والطائرة والحاسوب وأشياء معنوية مثل حق المؤلف على مصنّفه وحق المنتج على علامته الصناعية وحق محلل النظم والمبرمجين العاملين بمعينته على برامجه الحاسوبية. ونتيجةً لسرعة التعامل مع البيانات (بما فيها الجداول الاحصائية والنسب الاحتمالية المعقدة والمعادلات التفاضلية ونحوها) وكثرة المعالجات الحاسوبية عليها فقد تحولت هذه البيانات الى معلومات، ومن ثم بلغت ذروتها عندما أصبحت اموالاً معلوماتية لا يُقدر وجودها (غير المحسوس) بثمن^(٩).

والأموال المعلوماتية هي اموال مُتكونة من شقين مُتميزين بعضهما عن بعض: الأشياء المادية والأشياء المعنوية، إلا انه لا يمكن فصل روابط الارتباط بينهما، بأيّ وجه من الوجوه. وهكذا فقد ظهرت لدينا منذ منتصف القرن العشرين أشياء مادية وأخرى معنوية متلازمة لاتقبل الانفكاك وتُدعى بـ(الأموال المعلوماتية).

والحاسوب شيء مادي قابل للتعامل المالي فيه، بكل معنى الكلمة. فيصح التصرف به بيعاً ومقايضةً وشركةً وصلحاً ويجوز هبته ورهنه ونقل حيازته المادية ويُعد اختلاسه سرقةً إذا ما اقترنت بنية تملكه بغير رضاه مالكة^(١٠) (المادة ٣٩٩ عقوبات عراقية). أما إنكار وديعته أو استعارته فتعدُّ غصباً بعد إنقضاء مدة الوديعة أو العارية، فلو تلف الحاسوب بيد المُنكر فيضمن لصاحب الجهاز قيمته لأنّ يده عليه صارت بعد النكران يد ضمان بعد ان كانت يد أمانة (المادة ٢٠١ مدني عراقية). كما يُعد الحاسوب أداة رئيسة من أدوات التعاقد عن بعد وإجراء العمليات التجارية الداخلية منها والخارجية. فيجوز التصرف من خلاله بحركة النقود أو بالتجسس على الاسرار الصناعية او بالاعتداء على البرامج الحاسوبية او بسرقة البيانات المعالجة آلياً، وهذه بضعة تطبيقات غير مشروعة لإستخداماته. أما تطبيقاته المشروعة فلا حصر لها ولا عدّ. لذلك سنتوقف عند أشهر استخداماته غير المشروعة باعتبارها استثناءً محدوداً، على النحو الآتي:

١. فقد يكون موضوع التعامل في الحاسوب نقوداً؛ ومن تطبيقاته قضية مُحلل النظم الانكليزي تومسون الذي كان يعمل مُبرمجاً في أحد البنوك الكويتية عام ١٩٨٤ والذي صمّم برنامجاً خاصاً به وعن طريقه استطاع التلاعب في البيانات التي تتعلق بحسابات المصرف الذي كان يعمل فيه، وذلك بتحويل أجزاء من حسابات العملاء الى حساب آخر وهمي قام بإنشائه لهذا الغرض. وقد علق بدأ التحويل الى هذا الحساب مع تركه العمل في الكويت وعودته الى بريطانيا، وأكُتشف أمره من قبل سلطات التحقيق البريطانية^(١١).

٢. وقد يكون موضوع التعامل بالحاسوب أسراراً صناعية؛ ومن تطبيقاته قضية التجسس الالكتروني الفرنسية على احدى الشركات الامريكية التي تم ضبطها من قبل رجال مكتب التحقيقات الفدرالية الامريكية الـ(F.B.I) ووكالة الاستخبارات المركزية الـ(C.I.A) حيث تمكنوا من القبض على أعضاء جهاز الاستخبارات الفرنسية عندما كانوا متلبسين بجريمة التجسس الصناعي على المعلومات الداخلية السرية (أي الاسرار الصناعية المحمية) لإحدى الشركات الامريكية^(١٢).

٣. وقد يكون الحاسوب أداة للقيام بعمل غير مشروع (أي عمل ضار) مثل الاتلاف الالكتروني؛ ونقصد بـ(الاتلاف الالكتروني) هو كل فعل الكتروني يهدف الى تدمير البرامج والبيانات الالكترونية تدميراً كلياً يجعلها غير صالحة للاستعمال كلياً أو جزئياً بالتقليل من قيمة أدائها، ومن احدى أمثاله قيام أحد الطلاب في جامعة ويسكونسن (Wisconsin University) في الولايات المتحدة الامريكية، بتعطيل نظام الحاسوب التابع للجامعة المذكورة مُتعمداً ولأكثر من مرة، بغية تدمير مشروعات الطلبة^(١٣).

ولايجوز ان ننتج مما تقدم ذكره بأن جهاز الحاسوب يقتصر استخدامه على الأعمال غير المشروعة مثل سرقة النقود والتجسس الصناعي والاتلاف الالكتروني، فمثل هذا الاستنتاج غير صحيح البتة، بل بالعكس فإستخدامات جهاز الحاسوب كلها نافعة ولاسيما في تشغيل البرمجيات وإبرام الصفقات الجارية وتزويد المعلومات وايصال الخدمات عبر الشبكة العنكبوتية الى المستهلكين بأقل كلفة.

ولما كان الحاسوب جهازاً له صفة مادية وقيمة مالية بذاته يمكن استغلاله استغلالاً مشروعاً يؤدي بالنتيجة الى استئثار مشغله بأرباحه كما يمكن استغلاله استغلالاً غير مشروع يؤدي الى مُساءلة مشغله جنائياً ومدنياً، لذا بات من الضروري علينا أفراد مساحة واسعة للتعريف به -من الناحية العلمية- وبقصد معرفة تاريخ صناعته واستخداماته المختلفة.

لمحة تاريخية عن الحاسوب واستخداماته: إن أول أداة استعان بها الإنسان وما يزال في إجراء حساباته هي اليد، فكلمة (Digit) في اللغة اللاتينية تعني أصبعاً، أما أول أداة صنعها الإنسان للاستعانة بها في إجراء عملياته الحسابية فقد كانت آلة المعداد (Abacus).

في عام ١٦٤٢م قدم العالم الفرنسي (بليز باسكال) وهو في التاسعة عشرة من عمره أول حاسبة في العالم تقوم بعملتي الجمع والطرح وذلك على أساس مبدأ العمل الميكانيكي. في القرن التاسع عشر كانت هناك بحوث عديدة في مجال الحاسبات ففي سنة ١٨٢٣م قدم العالم الانكليزي (شارلز بابج) حاسبة تعتمد في عملها على بعض النظريات الرياضية. وفي سنة ١٨٩٠م قام هوليريث بصناعة حاسبة ميكانيكية جديدة لمساعدته في عمليات التعداد السكاني. أما أول حاسبة كهروميكانيكية (أي تقوم بعملها على أساس الفعل الكهربائي والميكانيكي) فقد كانت الحاسبة (مارك -١- MARK) وصنعت ما بين السنوات (١٩٣٧-١٩٤٤)^(١٤).

لم يحدث تفوق الأجهزة قفزة واحدة وإنما جاء على فترات زمنية وبذلك أمكن تقسيم أجيال الحاسبات الالكترونية إلى خمسة أجيال، بدءاً بالحاسبة UNIVAC سنة ١٩٥١ وانتهت في عام ١٩٨٠ بالحاسبات الشخصية وكذلك ظهور الحاسبات العملاقة (Supercomputer).

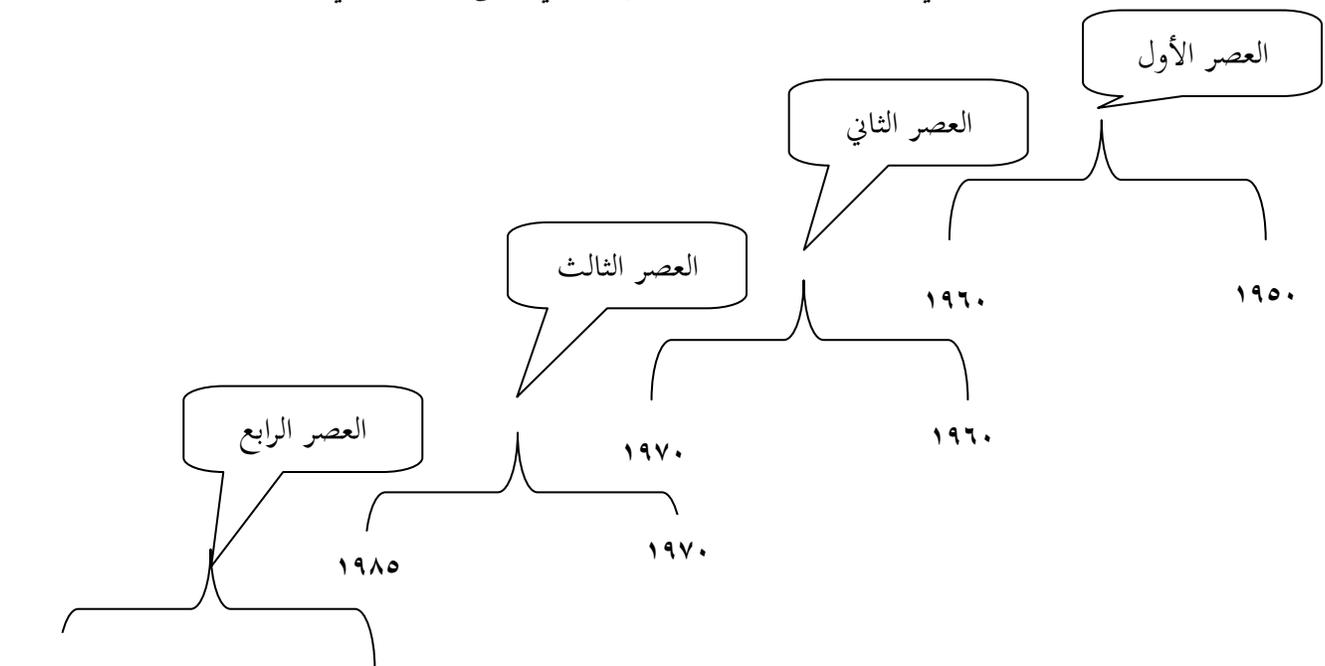
اختلف العلماء في كيفية تصنيف الحاسبات لذلك سنتعرض إلى تصنيف الحاسبات طبقاً للاتي:
أ. التصنيف طبقاً للتركيب (حاسب إلكتروني تناظري، حاسب إلكتروني رقمي، الحاسب المشترك).
ب. التصنيف طبقاً لأغراض الاستخدام (الحاسبات ذات الأغراض العامة، الحاسبات ذات الأغراض الخاصة).

ج. التصنيف طبقاً للحجم والطاقة (الحاسبات لدقيقة Microcomputers، الحاسبات المصغرة Minicomputer، الحاسبات الكبيرة Main Frames، الحاسبات الفائقة Super Computer)^(١٥).

تتعدد مسميات هذا الجهاز، فهو في اللغة الدارجة يسمى بالكمبيوتر، وهذه التسمية إنجليزية الأصل Computer، مشتقة من الفعل Compute بمعنى (يحسب)، ويقابل هذه التسمية بالفرنسية Ordinateur. أما على الصعيد العربي، فقد تعددت المسميات والمصطلحات، نظراً لغياب المؤسسات التي تُعنى بهذه المصطلحات منذ ظهورها على الساحة، فهناك من يطلق على هذا الجهاز مصطلح الحاسب لآلي، أو الحاسب الإلكتروني، وهناك من يطلق عليه مصطلح الحاسوب، وقد أحسن مجمع اللغة العربية صنفاً عندما أطلق على معجمه الصادر عام ١٩٨٧ (معجم الحاسبات)، لأن التسمية الأجنبية للحاسب لا تشير إلى أسلوب عمله، سواء أكان آلياً أم إلكترونياً، لاسيما وأن الجيل الخامس من الحاسبات لا يعمل آلياً أو إلكترونياً، إنما يعمل بالذكاء الاصطناعي، ولا يقتصر دوره على استرجاع ما يبرمج فيه فحسب. لذا فإن التسمية المناسبة لهذا الجهاز هي الحاسب أو الحاسوب كما أطلقت عليه المنظمة العربية للمواصفات والمقاييس^(١٦).

المطلب الثاني: التعريف ببرمجيات الحاسوب ونظام حمايتها بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية
 أولاً: التعريف : البرمجية (البرمجيات أو البرامجيات) مصطلح شمولي يستخدم لوصف جميع البرامج
 المرفقة بالحاسبات وجميع الوثائق الخاصة بتطوير وتصميم هذه البرامج. وفي حالات معينة يستخدم
 المصطلح لوصف البرامج المكتوبة فقط لبعض التطبيقات الخاصة بالمستخدم. ويمكن تعريفه أيضا بأنه
 مصطلح عام لمجموعة من الإيعازات التي تسيطر على الحاسوب أو على شبكات الاتصالات. أما البرنامج
 فهو مجموعة من الإيعازات التي توجه الحاسوب لانجاز واجبات محددة ويقدم أو ينتج نتائج محددة^(١٧).
 إن البرنامج بالنسبة للحاسوب بمثابة الروح من الجسد، لأن الاستخدامات المبتكرة والتميزة لهذا الجهاز
 في شتى مجالات الحياة، لا ترجع إلى عبقرية ذاتية لهذه الآلة، وإنما ترجع إلى عبقرية البرنامج، الذي
 يضعه المتخصص في هذا المجال، فيجعل جهاز الحاسوب قادراً على تحقيق ما يناط به من أعمال أو
 مبتكرات، فالبرنامج هو بمثابة حدقة العين الباصرة في الحاسوب، وهو القلب المحرك لكل العطاءات
 والمستجدات التي ينبض بها هذا الجهاز المتطور، ويمكن تعريف برامج الحاسوب بأنها: تعليمات مكتوبة
 بلغة ما، موجهة إلى تقني متطور ومتعدد الاستخدامات، لغرض الوصول إلى نتيجة محددة أو استخلاص
 معلومة معينة^(١٨).

ثانياً : تاريخ تطور البرمجيات^(١٩): مرت البرمجيات بربعة عصور وتطورت خلالها بسرعة كبيرة نتيجة
 زيادة عدد محلي نظم المعلومات والمبرمجين العاملين تحت اشرافه. والمخطط المرسوم ادناه يوضح
 المسافات الزمنية القصيرة التي تطورت البرمجيات خلالها، وهي على النحو الاتي :



١٩٨٥

العصر الأول:

خلال السنوات المبكرة من عصر الحاسوب، كان العديد من الناس ينظرون إلى البرمجيات كفكرة مستقبلية تأتي ثمارها فيما بعد. وكانت برمجة الحاسوب تعتبر فن من الفنون لبعض الوسائل النظامية الموجودة. ولم يكن تطور البرمجيات واقعياً في بدايته بشكل مرتب بأسلوب منهجي حتى أخذت الكلف تتصاعد سريعاً مما حفز المبرمجين للعمل بشكل صحيح ومناسب وبجهود ضخمة أدى إلى نجاحهم في أغلب الأحيان.

وأثناء السنوات الأولى من الجيل الأول أصبحت الأجهزة المادية للحاسوب (Hardware) شائعة للأغراض العامة. ومن الناحية الأخرى، كانت البرمجيات تصمم حسب الطلب لكل تطبيق وتوزع نسبياً بشكل محدود، وتباع إلى زبون واحد أو أكثر. وكانت أغلب البرمجيات التي يتم تطويرها في النهاية يتم استخدامها من قبل الشخص نفسه أو المؤسسة التي يعمل بها المبرمج. وكانت البرمجيات تكتب وتنفذ ويتم تصحيحها في حالة عدم اشتغالها من قبل المبرمج نفسه، بدون وجود خبراء ذوي كفاءة مثل محللي النظم (مبرمج أقدم، رئيس مبرمجين وغيرهم) يقومون بفحصها وتدقيقها والتأكد من صحة نتائجها بأنفسهم قبل طرحها إلى العمل.

وعلى أي حال، فإنه من المنصف أن نقر أن الكثير من الأنظمة المعتمدة أو المستندة على الحاسوب قد طورت أثناء هذا العصر. وإن بعضاً من هذه الأعمال لا تزال قيد الاستعمال اليوم وتعد إنجازاً بارزاً وتبريراً لمواصلة الإعجاب بها.

العصر الثاني تواصل تطور نظام الحاسوب خلال منتصف الستينات وإلى أواخر السبعينات. أدخلت مفاهيم جديدة لتفاعل الإنسان مع الآلة من خلال البرمجة المتعددة (Multiprogramming) والنظم المتعددة المستعملة فيه (Multi-user systems). وفتحت التقنيات التفاعلية لعالم جديد من تطبيقات ومستويات جديدة من البرمجيات والأجهزة المتطورة. وأدى استعمال أنظمة الـ (Real-time systems) إلى سهولة تجميع البيانات من المصادر المتعددة لها، وتحليلها وتحويلها، كما تمت السيطرة على العمليات والحصول على المخرجات في أجزاء صغيرة جداً من الثانية (Milliseconds) بدلاً من الدقائق. وأدى التقدم في تخزين المتصل (On-line storage) إلى الجيل الأول لأنظمة إدارة قاعدة البيانات ((Database Management Systems(DBMS)).

وتميز العصر الثاني أيضاً باستعمال برمجيات تجارية (أنظمة المصارف وأنظمة المستشفيات) المنتجة من قبل مؤسسات برمجية متخصصة (Software houses). وطورت البرمجيات للتوزيع الواسع في الأسواق، وشملت برامج لإغراض الحاسبات الكبيرة والحاسبات المصغرة ووصلت إلى مئات المستخدمين.

وتوجه رجال الأعمال في الصناعة، والتجارة والادارة، كما توجه الأكاديميون إليها أيضاً لتطوير حزمة برمجيات.

كما حصل النمو في النظم المستندة الى الحاسوب وبدأت البرمجيات تتوسع لتصبح على شكل مكتبات (Libraries) للبرمجيات. وأنتجت مشاريع تطوير البرمجيات عشرات آلاف من بيانات المصدر (Program source statements). وتم شراء منتجات برمجيات من خارج المؤسسة الحاسوبية أضيفت إليها مئات الآلاف من الجمل أو البيانات الجديدة لجعل التطبيق ينفذ ويعمل وفق حاجة تلك المؤسسة كما أن هذه البرمجيات المشتراة كانت قابلة للتغيير أو الاضافة عند اكتشاف أية عيوب فيها عند تنفيذها، كما أمكن جعلها تتكيف مع أجهزة المستخدمين.

وإن هذه الإجراءات أو النشاطات تكون في إطار ما يسمى بالصيانة. وبدأت الجهود المبذولة على صيانة البرمجيات تمتص الموارد في نسبة مقلقة.

ولكن من مساوئ ذلك العصر تلك الطبيعة الشخصية للعديد من البرامج التي جعلتها واقعياً غير قابلة للإدماة (صعوبة إجراء تعديل او إضافة، أو حذف) مما أدى إلى ظهور أزمة فيها. وأزمة البرمجيات تشير إلى مجموعة المشاكل المتعلقة في تطوير برمجيات الحاسبة، ولا تنحصر المشاكل في برمجيات لا تؤدي وظيفتها بشكل مناسب بل تشمل تلك المشاكل المتعلقة في كيفية بناء البرمجيات وفي كيفية المحافظة على حجم نمو النظام وكيف تعيش بسلام مع نمو الطلب إلى برمجيات جديدة.

أما العصر الثالث فيبدأ بتطور نظام الحاسوب في منتصف السبعينات ويمتد عبر أكثر من عقد كامل. وقد تميز هذا العصر بظهور حاسبات النظام الموزع المتعدد أو النظم الموزعة (Distributed systems) التي تنجز كل الوظائف بشكل متداخل (Concurrently)، وهذا ما زاد كثيراً من التعقيد في النظم المستندة الى الحاسوب. لقد حدث ذلك في هذا العصر نتيجة بروز استخدام الشبكات العالمية والمحلية بشكل واسع لاعتمادها على الاتصالات الرقمية ذات ساعات إرسال عالية وطلبات متزايدة للوصول الآتي، وهذا وضع طلبات ثقيلة ومسؤولية كبيرة على مطوري البرمجيات. رغم ذلك، وقد استطاعت البرمجيات والنظم العاملة أن تحافظ على الاستمرار والاستقرار في الجوانب الصناعية والأكاديمية التي تحتاج إليها.

اتصفت خاتمة العصر الثالث بالوصول والاستعمال الواسع الانتشار للمعالجات الدقيقة (Microprocessors)، وهذه المعالجات أنتجت مجموعة كبيرة من المنتجات الذكية (أنظمة ذكية) التي استخدمت في السيارات، الطباقات المايكروف، الإنسان الآلي، وأجهزة وصل الدم التشخيصية. لكن لاشيء أكثر من ظهور الحاسوب الشخصي وانخفاض كلف الأجهزة، وبهذا أصبح الوصول إلى الحاسبات بشكل سهل ومتاح إلى عامة الناس و هذا لم يتجاوز إلا بأقل من عقد.

والعصر الرابع لتطور نظام الحاسوب ابتعدنا عن الحاسبات الفردية وبرامج الحاسوب نحو التأثير الجمعي للحاسبات والبرمجيات والماكينات المكتبية القوية أو محطات العمل الالكترونية التي تعمل تحت سيطرة نظم تشغيل متطورة ومرتبطة مع شبكات محلية وعالمية، واقتراها بتطبيقات برمجية أصبحت انموذجاً متقدماً. وبينما العصر الرابع يتقدم بدأت تقنيات جديدة بالظهور. التقنيات الكيانية أو الشئية (Object-oriented) تزيح اتجاهات تطوير البرمجيات الأكثر تقليدية بسرعة في العديد من مجالات التطبيق. وأخيراً تحركت برمجيات النظم الخبيرة والذكاء الاصطناعي من المختبر إلى التطبيق العملي، لكي تتعامل مع المشاكل الواسعة النطاق في العالم الحقيقي. اقترنت برمجيات الشبكة العصبية الاصطناعية بتطبيق المنطق الضبابي (Fuzzy logic) و هو أحد أشكال المنطق، يستخدم في بعض الأنظمة الخبيرة وتطبيقات الذكاء الاصطناعي، وفتح إمكانيات مثيرة لتمييز النمط وغيرها من متطلبات معالجة المعلومات المعقدة الخاصة بالجوانب الإنسانية. وقد قدمت برمجة الحقيقة الافتراضية (Virtual programming reality) ونظم الوسائط المتعددة طرقاً مختلفة في نقل المعلومات إلى المستخدمين (End-users) او ايصالها اليهم. وان الخوارزميات الجينية منحت الإمكانية من اجل البرمجيات في التطبيقات المعلوماتية الإحيائية (bioinformatics) وعلوم الحاسوب والهندسة والاقتصاد والكيمياء والصناعات التحويلية (manufacturing) والرياضيات والفيزياء وغيرها من الميادين.

ثالثاً: مراحل إعداد البرنامج : ليست الغاية المباشرة من الدراسة العلمية لمراحل إعداد البرمجيات هي معرفة مراحل إعدادها، وإن كانت المعرفة بها أمراً في غاية الأهمية بالنسبة لمُطلي النظم والمُبرمجين، وإنما بغية تحديد الاساس القانوني المناسب لحاسبة مشغل هذه البرمجيات عن فعل تشغيله واعتدائه على هذه البرامج. وهذا الاساس لايمكن تصوره إلا في أحد أمرين: أحدهما يقوم على مبدأ الخطأ الشخصي وآخرهما ينهض على مبدأ الضرر المادي لوحد.

لذا نرى من الضروري التطرق الوجيز لدراسة مراحل إعداد البرمجيات، إعداداً علمياً، لنتمكن من تحديد الاساس القانوني المناسب لتأسيس المسؤولية على المُعتدي ومن ثم معرفة موقف المُشرع العراقي منها.

يبدو من خلال استعراض مراحل إعداد برامج الحاسوب لتقوم بأداء المهام المكلفة بها، أنها تمر بعدة خطوات متتالية للوصول إلى البرنامج المطلوب وعلى النحو الآتي:

١. تحديد المشكلة. إن تحديد المشكلة أو وصف المشكلة وهي من مسؤولية المستخدم، فإذا كان المستخدم ليس هو الشخص القائم بالتحليل (تحليل المشكلة) عندئذ يجب تدوين المشكلة بالتعاون مع المحلل وهو اختصاصي مؤهل.

٢. تحليل المشكلة والتصميم. أن تحليل المشكلة وتصميم البرنامج يتضمن اعتبارات غاية في الدقة لإيجاد أفضل المقترحات لوضع المشكل في الحاسبة ومن ثم تصميم خطوات المعالجة وتركيب البيانات التي يتألف منها البرنامج، والنتيجة النهائية لتصميم البرنامج أن تكون على شكل مخطط انسيابي (Flow chart) يوضح خطوات المعالجة مع بعض الوثائق التفصيلية الدقيقة لشرح المعلومات والبيانات.
٣. وضع بيانات الفحص. قبل كتابة البرنامج يجب فحص وتمحيص البيانات المعقدة تحت كافة الظروف المعروفة أو المحددة بصورة مسبقة، وهذه يمكن تصورها آناً، وهي سهلة للغاية وعلى الأخص عندما يحتاج البرنامج إلى عدة عبارات مشروطة (If statement). إن الالتزام بفحص البرنامج على شكل مقاطع أو وحدات) سيكشف الأخطاء.
٤. كتابة البرنامج الأصلي (Source Program). تكتب اليوم كافة البرمجيات باللغات العليا (High Level Language) مثل كوبول^(٢٠)، الكول^(٢١)، فورتران^(٢٢)، C^(٢٣)، ++C^(٢٤) وغيرها وهذه اللغات جميعها تستخدم عبارات وكلمات انكليزية بسيطة. والفائدة العامة المتوخاة من الكتابة بهذه اللغات إذا قورنت بالكتابة بواسطة المجففات الثنائية هي أولاً أسهل كثيراً في الكتابة والقراءة والفحص، وثانياً فإن أي أخطاء ترتكب يمكن كشفها وتصحيحها بسهولة.
٥. الترجمة. قبل تشغيل البرنامج الأصلي وأعداد النتائج يجب وضع النسخة المترجمة للبرنامج بالنظام الثنائي للحاسبة أو البرنامج الهدف (Object Program).
٦. الربط والتحميل. البرنامج المترجم يقوم لأن يواجه الرئيسي وأخر فعالياته هو إطلاق فقراته المحذوفة واستدعاء برنامج آخر الذي يعمل لتنظيم الأعمال الروتينية الموضوعية من قبل البرنامج الأصلي.
٧. اشتغال البرنامج الهدف. إن معلومات الفحص الداخلة للبرنامج المكتوب، محملة الآن في الحاسبة وأوامر المبرمج بدأت لتشغيل البرنامج، البرنامج المكتوب يقرأ البيانات، يولد النتائج ويستمر في الاشتغال حتى حدوث خطأ، عندها يمكن أن يتوقف حيث تعاد النتائج إلى المبرمج الذي سبق أن فحص البرنامج، فإذا كانت النتائج غير صحيحة قام المبرمج بتعديل البرنامج الأصلي ويعيده ثانية حتى يصبح مطابقاً للمتطلبات.
٨. التوثيق. المرحلة الأخيرة هي أكمل توثيق البرنامج ويجب أن يتضمن على الأقل وصف وشرح المشكل والمخطط الانسيابي، ومواصفات وتفاصيل المعلومات وتعليمات التشغيل وملاحظات خاصة بالبرنامج^(٢٥).

ذكرنا في السطور السابقة كيفية إعداد البرنامج، والتي شملت ثمان مراحل، ولأجل توسيع الفائدة وتعميق المعرفة والتمييز ما بين البرنامج والبرمجيات كما عرفت سابقاً، هو باستعراض مختصر لمراحل تطوير البرمجيات مع بيان لدور هندسة البرمجيات في إتباع أسلوب الهندسة التقليدية (كهرباء، بناء، ميكانيك، نفط،...) الذي يمتلك هذا الأسلوب الهندسي أدوات ومعدات وصيغ رياضية في مهمة البناء. المراحل العامة التي تصف عملية (process) البرمجيات هي^(٢٦): التعريف (Definition)، التطوير (Development)، والصيانة (Maintenance)، والتي تطبق على جميع البرمجيات، ولكن المشكلة هي في الاختيار المناسب للنموذج (Model)، فهناك مجموعة من الأمثلة أو النماذج (Paradigms) والتي يمكن ذكرها بشكل مختصر وهي:

دورة الحياة التقليدية (Classical life-cycle or Waterfall or Linear sequential Model).

أ. دراسة الجدوى (Feasibility study): إن الهدف لهذه المرحلة هو إنتاج وثيقة دراسة الجدوى في تقييم الكلفة والمنفعة للتطبيق المقترح وتتضمن: تعريف المشكلة، الحلول البديلة ومنافعها المتوقعة، والاحتياجات/ الكلف/ تواريخ تسليم النظام لكل حل مقترح.

ب. تحليل المتطلبات والمواصفات (Requirements Analysis and Specification): الغرض من هذه المرحلة هو تعريف وتوثيق متطلبات النظام بشكل دقيق ويتم ذلك من قبل developer, customer لغرض وضع المواصفات للمتطلبات.

ج. مواصفات التصميم (Design Specification): بعد توثيق مرحلة المتطلبات تبدأ مرحلة التصميم والتي تنقسم إلى: التصميم المستوي العالي، والمفصل.

د. كتابة البرامج وفحص التراكيب (Coding and Modules Testing): كل خوارزمية من الخوارزميات^(٢٧) تكتب بلغة برمجية مثل PASCAL, C^(٢٨) ويتم فحص هذه البرامج بشكل مستقل لكل تركيب لغرض التعرف على أن المواصفات المثبتة لذلك التركيب هي متحققة.

هـ. التجميع وفحص النظام (Integration and System Testing): في هذه المرحلة يتم فحص متكامل إلى التراكيب (البرامج) المختلفة لغرض التأكد من ترابط النظام المطلوب (على سبيل المثال هنالك معطيات من تركيب (برنامج) تكون مدخلات في برنامج آخر).

و. تسليم النظام والصيانة (Delivery and Maintenance): بعد تسليم النظام تبدأ عملية الصيانة إن وجدت (تصحيحه، ملاءمة أو تكييفه، إضافة وتغيير).

إن النموذج أعلاه اتبع منذُ نهاية الستينات وتبين لاحقاً بأنه غير ملائم لتطوير فئات معينة من أنظمة البرمجيات. حيث أن هذه الفئات معقدة بشكل كبير فيها متغيرات عديدة يصعب تنفيذها باستخدام هذا الأسلوب البسيط، كذلك هذا النموذج غير صالح في تطوير برمجيات بمتطلبات ناقصة. لهذا ظهرت

نماذج أخرى متنوعة لكل منها تقنيات تتناسب مع حاجة المستفيد وطبيعة التطبيق منها: (النموذج الريادي، تجميع نظام من مكونات قابلة لإعادة الاستخدام، النموذج التزايدي، نموذج تطوير التطبيقات السريع (RAD)...الخ).

هذه الخطوات المتتابعة، أو الصور المرصودة على النحو السالف الإشارة إليه، تعمل متكاتفاً على قيام آلات الحاسوب بالمهام التي يريد المستعمل الاستفادة منها، ويمكن أن يطلق عليها اسم البرمجيات (Software) أو برامج الحاسوب. إن عمل الحاسبة لا يقتصر على كتابة البرنامج ومن ترجمته إلى لغة الآلة فهناك برامج خاصة لمراقبة إدخال وإخراج البيانات، وبرامج للتحكم في تنفيذ البرامج وبرامج خاصة للتحكم بمختلف الأجزاء المادية الأخرى. بصورة عامة يمكن تقسيم البرمجيات إلى مجموعتين رئيسيتين:

١. برمجيات النظام (System Software): يقصد ببرمجيات النظام مجموعة البرامج التي تساعد في تشغيل الحاسبة وتسهل استخدامها وتشمل لغة الآلة ولغات البرمجة العليا وبرامج الترجمة ونظام التشغيل^(٢٩).

٢. البرمجيات التطبيقية (Application Software): البرامج التطبيقية، فإنها تقوم بجعل النظام الآلي للحاسوب يعمل لاستخراج نتائج معينة، يرمي إليها مستخدم الحاسوب، بهدف الاستفادة منها في عمله، مثل استخراج المعلومات كالقضايا أو الأبحاث، أو القيام بطباعة هذه المعلومات على الورق، فوظيفة التطبيق الموضوعي هي المهمة الأساسية للبرمجيات التطبيقية^(٣٠).

فهل يصلح أساس المسؤولية الشخصية عن الاتلاف لحماية مُنتج البرمجيات؟

نقصد بـأساس المسؤولية التقصيرية هي الأسباب أو الاعتبارات التي تدفع المُشرِّع إلى القاء عبء التعويض عن الضرر سواء أكان مادياً أم جسدياً على عاتق شخص معين^(٣١). فقد ترجع هذه الاعتبارات إلى ما يمكن اسناده إلى متسبب الضرر من خطأ، فيكون أساس المسؤولية هنا هو الخطأ الذي يرتكبه هذا الشخص، وهذا هو الخطأ الواجب الإثبات^(٣٢). وقد ترجع إلى رغبة المُشرِّع في حماية المضرور، فلا يعتد كلياً أو جزئياً بعنصر الخطأ ويقيم أساس المسؤولية على عنصر الضرر وحده^(٣٣). وهذه هي المسؤولية القائمة على أساس مبدأ تحمل التبعة أو مبدأ الخطر.

إذ إن الأساس القانوني الذي تُبنى عليه المسؤولية الشخصية عن الأعمال غير المشروعة هو (الخطأ) في الفقه اللاتيني بوجه عام. وفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية كانت بكر الأفكار وأولها ثم تطورت وتعرجت بتطور الحضارة الإنسانية وازدهار الصناعة إلى الخطأ المفروض غير القابل لإثبات العكس. ونتيجةً لتقدم الصناعات وكثرة الاختراعات ووفرة المنتجات والخدمات تصدعت فكرة الخطأ الشخصي لأن تكون أساساً لأي مسؤولية مدنية ناشئة بسببها وإن كان بريقها لا يزال لامعاً وواضحاً لحد الآن رغم دعوات البعض إلى تأسيس المسؤولية التقصيرية على عنصر الضرر وحده^(٣٤). ولم يسلم هذا

الاساس من التنوع أيضاً، فظهرت نظرية المخاطر وتحمل التبعة في القانون الخاص ونظرية التضامن القومي في التعويض عن الاضرار في القانون العام.

أما القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل فقد أقام المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي على أساس غامض لا يتوافق مع مبادئ الفقه الاسلامي، وإن كان يبدو مشتقاً في الظاهر منه، هذا من جهة، ولا يتلائم مع مدلول فكرة الخطأ المعروفة في الفقه الغربي (اللاتيني) من جهة أخرى^(٣٥). فقد نصت المادة (١/١٨٦) منه على انه: ((إذا أتلّف أحد مالٍ غيره أو أنقصَ قيمته مباشرةً أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى)). وهذا النص، وإن كان يستعمل مصطلحات الفقه الاسلامي بامانة تامة (١٠٠%) فإنه يكاد أن يكون، قريباً من نظرية الخطأ الشخصي المعروفة في الفقه الغربي (اللاتيني). فما هو أساس المسؤولية في التقنين المدني العراقي؟ وجواباً عن هذا السؤال ينبغي علينا التوقف على ماجاء بنص المادة (١/١٩١) من التقنين المدني العراقي أيضاً والتي نصت على ما يأتي: ((إذا أتلّف صبيّ مميّز أو غير مميّز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله)). وبموجب هذا النص ينهار الركن المعنوي (أي ركن الادراك) في مسؤولية الطفل الصغير غير المميّز بينما يتطلب توافره في مسؤولية الشخص العاقل الراشد! وذلك لأن مسؤولية الطفل الصغير المميّز أو غير المميّز أو من في حكمهما لا تتطلب توافر عنصريّ التعمد أو التعديّ (المادة ١/١٩١ مدني عراقي) بينما تتطلب مسؤولية العاقل الراشد توافر عنصريّ التعمد او التعديّ شرطاً لمسؤوليته المدنية (المادة ١٨٦ مدني عراقي). وقد عبر الدكتور غني حسون طه عن هذا الموقف، بقوله: ((ويلاحظ ان هذا الحكم الذي أورده المشرع العراقي لمسؤولية عديم الأهلية أو ناقصها لا يخلو من غرابة. وذلك ان المسؤولية عن إتلاف مال الغير تتوقف، كما تقول الفقرة (الاولى) من المادة (١٨٦) على تعمد مباشر الاتلاف أو تعديه، بينما لا تشترط المادة (١٩١) لمسؤولية عديم الأهلية أو ناقصها التعمد أو التعدي. ومن هنا كانت معاملة كامل الأهلية أخف من معاملة عديم الأهلية أو ناقصها))^(٣٦).

ان مانص عليه التقنين المدني العراقي من حكم للإتلاف انما فيه تحوير كبير وعميق في أمر المباشر والمتسبب في الفقه الاسلامي. و الفقه الاسلامي، كما يعبر عنه المرجوم منير القاضي، يحكم بالضمان على المباشر مطلقاً، اي سواء أكان متعدياً ام غير متعدي، متعمداً للضرر ام غير متعمد. ولا يحكم على المتسبب بالضمان، الا اذا تعمد او تعدى في احداث هذا الضرر^(٣٧). كما يحكم عند اجتماع المباشر والمتسبب بالضمان على المباشر وحده. وإذا اجتمع مباشران او متسببان أُلزم كُلُّ منهما بحصته من الضمان بلا تكافل. كما قال الله تعالى: ((كل نفس بما كسبت رهينة)) (المدثر ٣٨)، ولا سبب للتكافل.

موقف الفقه العراقي من التعدي: (تباين في الرأي):

أمّا القانون العراقيّ فإشترط لضمان الاتلاف ان يكون المتلف الفاعل عاقلاً وبالغاً لسن الرشد (المادة ١/١٨٦ مدني عراقيّ) ومتعدياً في فعله، او متعمداً في اتيانه. ومعنى كونه (متعدياً) مختلف فيه^(٣٨). فالتعدي، عند المرجوم منير القاضي، هو الا يكون له الحق في مزاوله الفعل الذي أدى به الى أحداث الضرر^(٣٩). وعند غيره هو تجاوز ما ينبغي له أن يقتصر عليه دون جواز شرعي، ولكنه يُعد، مع هذا في مصاف الخطأ^(٤٠). وهو عند الاستاذ الزلمي، كما سنرى، مساو للركن المادي من نظرية الخطأ الواجب الاثبات التي هي أساس العمل غير المشروع في الفقه الغربي^(٤١) المتكونة من الركنين المادي (أي التعدي) والمعنوي (أي الادراك). وهو أخيراً عند الاستاذ مصطفى أحمد الزرقا يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما وتحديد أي منهما في المقام الذي يراد استعماله فيه فالمعنى الاول له هو المجاوزة الفعلية الى حق الغير او ملكه المعصوم. والمعنى الثاني له قد يعبر عنه بالتعدي وهو العمل المحظور في ذاته شرعاً بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير ام لا. فالتعدي بالمعنى الاول (أي التجاوز هو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على حد سواء. وهذا هو موقف المشرع العراقيّ في المادة ١٨٦ المذكورة أنفاً) لا يشترط أن يكون مباشراً او متسبباً مادام كان قاصداً للاضرار بل يستوي عند وجود التعدي (الخطأ والعمد)^(٤٢). أمّا المعنى الثاني للتعدي وهو العمل المحظور فليس بشرط للمسؤولية في كل من المباشر والمتسبب بعد توافر التجاوز الى حق الغير او ماله المعصوم. فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى ولا يكون الفعل محضوراً شرعاً. ولكن (التعمد) متفق عليه، فهو أتيان الفعل بقصد أحداث الضرر حقيقة^(٤٣).

وأذا عدنا مرة أخرى الى حكم الاتلاف في التقنين المدني العراقيّ لوجدنا في أحكامه تحويراً على أصول قواعد الفقه الاسلاميّ. فهي تتطلب من الفاعل ان يكون متلفاً لمال غيره مباشرة او تسبباً سبباً لقيام الضمان عليه (وهذا ما يتوافق مع أحكام الفقه الاسلامي)، ولكنها تتطلب أن يكون أحداثه لهذا التعدي، سواء وقع مباشرة او تسبباً، أن يكون متعمداً في أحداثه هذا الضرر او متعدياً فيه (وهذا ما لا يتوافق مع أحكام الفقه الاسلامي). وبمعنى آخر أكثر وضوحاً أشترط المشرع العراقيّ لضمان المتلف، سواء أكان مباشراً أم متسبباً، للاتلاف أن يكون مدركاً لما يفعله، هذا إذا كان عاقلاً راشداً ولا يتطلب منه ذلك اذا كان طفلاً صغيراً قاصراً سواء أكان مميزاً أم لم يكن (المادة ١/١٩١) مدني عراقيّ. وبذلك فإن أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع في القانون العراقيّ قريب جداً من أساس العمل غير المشروع في الفقه الغربيّ اذا كان محدث الضرر عاقلاً راشداً (المادة ١/١٨٦ مدني عراقيّ). وهو مختلف عنه جذرياً اذا كان محدث الضرر طفلاً قاصراً سواء أكان مميزاً أم لم يكن (المادة ١/١٩١ مدني عراقيّ).

إن هذه المفارقة وإن كان قد تصدى لها معظم رجال الفقه العراقيّ وأندھش من نتيجتها^(٤٤) الا أن هناك رأياً لبعض فقھاننا لا يقولون بها ومن أشهرهم هو رأي الاستاذ الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

والاستاذ مصطفى أحمد الزرقا، الذان لايجدان تناقضاً او مفارقةً تدعوها الى الدهشة أو الاستغراب بين المادتين (١٨٦) و (١٩١) من التقنين المدني العراقيّ، وذلك لأن الاول منهما يُعرّف التعديّ بالمعادلة الاتية^(٤٥):

$$\left\{ \begin{array}{l} \text{الركن المادي من نظرية الخطأ الشخصي} \\ \text{عن العمل غير المشروع في الفقه الغربي} \end{array} \right\} = \left\{ \begin{array}{l} \text{التعدي في الفقه} \\ \text{الاسلامي والتقنين المدني} \\ \text{العراقي} \end{array} \right\}$$

إذ كتب الاستاذ مصطفى الزلمي عن هذا الموضوع، ما يأتي: ((وحسناً فعلَ المُشرّع العراقيّ حيث أخذ بما استقرّ عليه الفقه الاسلامي من إقرار المسؤولية التقصيرية لعدم الأهلية والاكتفاء بالعنصر المادي. وهو الإخلال بواجب قانوني الممثل بالفعل الضار (أو العمل غير المشروع) الذي سماه (التعدي) في المادة (١٨٦) وقضى بمسؤولية عديم التمييز في المادة (١٩١). وندعو المُشرّع في العالم العربي والاسلامي الى الاقتداء به^(٤٦). ويرأيه هذا تزول مفارقة التعارض الواضحة بين نص المادتين المذكورتين آنفاً^(٤٧). اما الاستاذ مصطفى احمد الزرقا فيرى في مؤلفه الشهير: الفعل الضار والضمان فيه، أنّ المتسبب يضمن بمجرد التعدي وان لم يتعمد وكذلك المباشر^(٤٨). وهذا هو التفسير الكامل عنده لهذه الحالة المقابلة لما جاء في المادة (١٨٦) من التقنين المدني العراقيّ، وذلك لانه صريح جداً برأيه عندما يقول: ((في أنّ التعمد في التسبب لا عبرة له، وانما العبرة فيه بالتعدي الذي به فسرنا التعمد المعبر عنه في مادة المجلة لاي المادة (٩٢) منها التي تنص على ان المباشر ضامن وان لم يتعمد في حين تنص المادة (٩٣) منها على ان المتسبب لا يضمن الا بالتعمد. ولا شك ان تنفير الدابة بالصراخ فيها حتى جفلت وأتلفت هو من التعدي^(٤٩). ونخلص من ذلك بأن رأي الاستاذ مصطفى الزرقا موافق الى حد كبير تقريباً مع رأي الاستاذ مصطفى ابراهيم الزلمي.

وليس من مهمتنا، في حدود هذا البحث الوجيز، معالجة اختلاف آراء الفقهاء العراقيين وتقويم وجهات نظرهم المحترمة وإبداء رأينا النهائي بشأنه ما دام حكم التعدي مختلف عليه بين رجال الفقه الى هذا اليوم. ومع ذلك نرى وجوب تحميل (التعدي)، في حالة الاتلاف بالتسبب عنصر الادراك المعنوي وتجريده منها في حالة المباشرة. وهذا الرأي هو الاقرب الى منطق الفقه الاسلامي وبه اخذ المُشرّع الاردني في المادة (٢٥٧) من التقنين المدني الاردنيّ والمُشرّع الاماراتي في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة الصادر بالقانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ (المادة ٢٨٣ منه والمطابقة بنصها لما جاء في المادة ٢٥٧ مدني أردني) والتي نصت على ان: ((١. يكون الاضرار بالمباشرة او التسبب. ٢. فأذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له واذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي او التعمد او ان

يكون الفعل مفضياً الى الضرر ((فالضرر الناشئ من أحوال التسبب، كما نراه، لا بُدَّ أن يكونَ مقترناً بإدراك الفاعل له وقصد اتيانه. ونحن في هذا لانستقرىء ولا نستنتج، بل نستند الى نص صريح. ففي القواعد الكُلية من مجلة الأحكام العدلية، المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد^(٥٠) (المادتان ٩٢ و ٩٣ منها). أما إذا كان سبب التعدي هو المباشرة المطلقة به واتيانه من قِبَل فاعله، فالضمان يكون عليه ولو لم يكن مُدركاً بما يقومُ به لأي سبب من الأسباب كالجنون أو الصغر أو عدم التمييز، وذلك لأن الضمان على المباشر مُطلقاً ولو لم يكن مُتعدياً أو مُتعمداً، لأنه يُحقق العدل. وكيف ننفي عنه الضمان وهناك القاعدة الفقهية الشرعية التي تقول ((الأعذار الشرعية لا تُنافي عصمة المحل)).

إذاً يمكننا القول، ان أساس المسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع الصادر من العاقل البالغ في التقنين المدني العراقي هو أساس مختلف عن أساس العمل غير المشروع في الفقه الاسلامي لوجود تحوير جوهري فيه، بحيث أصبح أساس المسؤولية الشخصية في التقنين العراقي أقرب لنظرية (الخطأ الغربية) (النظرية الرومانية الأصل) منه لنظرية الفقه الاسلامي القائمة على اساس التمييز بين المباشرة والتسبب على الرغم من استعارة المُشرع العراقي لمصطلحات الفقه الاسلامي لمعالجة أحكام هذا الموضوع برمته.

رأينا في تأسيس مسؤولية الاعتداء على برمجيات المؤلفين والمنتجين

ان مائريد الوصول إليه هو ان فعل العمل الضار يمكن تصور وجوده إلكترونياً ولكن لا يمكن تأسيسه على أساس (الخطأ المفترض) المعروف في الفقه الغربي كما لا يمكن تأسيسه على أساس (المباشرة) و (التسبب) المعروفين في التقنين المدني العراقي أيضاً، فكيف إذاً يمكن للقاضي العراقي ان يجد لهذا العمل أساساً في نصوص القانون العراقي مادام ليس له أصل في الفقه الاسلامي؟ هذا من جانب ومن جانب آخر نجد ان الفعل الضار المُنصب على البرمجيات يُرتكب عادةً عن بعد، وفي أحيان كثيرة لا يشعر بها المُتضرر كالمُنتج ومُحلل النظم والمُبرمج إلا بعدَ مرور فترة زمنية طويلة من ميعاد ارتكابها.

وبدورنا نرى ان للشخص المتضرر من الاعتداء على برمجياته، سواء أكان مُنتجاً أم مؤلفاً لها، الحق في تأسيس مُطالبته بالتعويض عن العمل غير المشروع الواقع عليها، وذلك بمقتضى أحكام قانون حماية المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل (المادة ٤٤ منه)^(٥١)، وعلى أي أساس منهما يختار المضرور (الخطأ الواجب الاثبات) أو (الضرر). وليس بخافٍ على احد ان الاساس الثاني يعني عن الاساس الاول ويُجبُّ عنه ايضاً لانه أنفع للمضرور وأيسر له، وأن كان الاساس الاول أنفع للعدالة وأصلح للمسؤول.

وان أفضل حل لهذه المشكلات هو تطبيق أحكام قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١، كما هو، دون محاولة اسناد أساس تطبيقه على احدى نصوص القانون المدني العراقي بإعتبار ان أي

تعدي أو أي فعل مادي غير مشروع يرد على البرامج أو استغلالها بدون إذن مُنتجها أو مؤلفها يستوجب المسؤولية المدنية (أي التعويض). وهذا مؤداه، ان أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن أعمال التعدي أو الاستغلال غير المشروع الواقعة على البرمجيات يجب أن يستند على عنصر الضرر المُجرد لوحده بمقتضى احكام قانون حماية حق المؤلف العراقي المشار إليه آنفاً (المادة ٤٤ منه). حيث تكفي مثلاً أعمال القرصنة أو التقليد أو النسخ لقيام المسؤولية التقصيرية على أساس (الخطأ الواجب الاثبات) بمفرده، كما تكفي هذه أيضاً، هي بذاتها، وسائر أعمال الاستغلال غير المشروعة لهذه البرامج من خلال التجسس أو القرصنة (Hackers) للمطالبة بالتعويض عن هذا العمل أيضاً على أساس عنصر (الضرر المُجرد) لوحده الذي يفيد الضرور بالدرجة الاساس لانه يغنيه عن إثبات الخطأ الذي يصعب إثباته عادةً والواضح مما سبق بيانه، ان أساس المسؤولية الشخصية عن الاتلاف بمقتضى احكام القواعد العامة (المادة ١/١٨٦ مدني عراقي) لا يصلح لان يكون اساساً لحماية مؤلف البرنامج او منتجه في القانون العراقي، طالما كان هناك نص خاص يؤسس المسؤولية على عنصر (الضرر) حسبما يوافق مصلحة المؤلف او المنتج المعتدى عليه. ومن الواضح ان مصلحة الضرور تكمن في اقامة المسؤولية على عنصر الضرر لوحده. اما في القانون المصري حيث لا يوجد نص خاص يتكفل بتأسيس مسؤولية الاعتداء على حق مؤلف البرنامج او منتجه بمقتضى قانون حماية حق الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢، لذا فإن المسؤولية تؤسس وفق القواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني المصري (المادتين ١٦٣ و ١/١٦٤ منه). ولا شك ان قيام المسؤولية المدنية يبنى على اساس ثبوت الخطأ (اي الخطأ الواجب الاثبات) ومن ثم يتحدد الحكم بالتعويض بموجبه استقلاً اذا رفعت الدعوى بشأنها امام المحاكم المدنية او بالتبعية اذا رفعت الدعوى بشأنها امام المحاكم الجنائية.

المطلب الثالث: وسائل الحماية القانونية الحديثة لمستخدمي البرامج الالكترونية مع الازدياد الكبير في حجم الإنتاج العالمي من البرمجيات سنةً بعد أخرى، وأتساع النشاطات المعتمدة على برامج الحاسوب، وما تشمله من تخزين وتبادل للنظم المعلوماتية، قد أصبح حقيقة مفروضة لاغنى عنها في العصر الحديث، الأمر الذي يستلزم بالضرورة البحث عن وسائل فعالة للحماية القانونية سواء لها أم في مواجهتها، ولذلك فقد ظهرت محاولات فقهية للمناداة بنظام تغطية ضمانية أو تأمينية لمنع الأضرار الجسيمة التي تلحق بالثروة المعلوماتية، ومن أهم هذه المحاولات الفقهية نستعرض ثلاثاً منها، وتتعلق أولهما باقتراح نظام خمسي لتغطية هذه الأضرار، وتتعلق الثانية بالمانداة بإدخال نظام التأمين الإجباري من المسؤولية المعلوماتية^(٥٢) وتتعلق الثالثة بمدى امكانية حماية متلقي البرمجيات وفق قواعد قانون حماية المستهلك باعتبار المتلقي مستهلكاً لها.

١. اقتراح نظام التغطية الضمانية المحددة الفترة (الضمان الخمسي):

حاول أحد الكتاب^(٥٣) اقتراح نظام ضمان خمسي لتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن البرمجيات، على غرار فكرة الضمان العشري المقررة للمسؤولية المدنية الناشئة عن أعمال البناء المادة (٨٧٠) مدني عراقي).

وتستند الفكرة الأساسية لهذا الضمان المقترح في أن: يضمن منتج البرمجيات وبائعها -لمدة خمس سنوات- سلامة البرنامج المبيع من جميع فيروسات الحاسوب لو لم يعلم بوجودها، وسواء كانت الأضرار الناشئة عن هذه الفيروسات متوقعة أم غير متوقعة، وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا أنقضت سنة من وقت حدوث الضرر، أو خمس سنوات من وقت تسليم البرنامج ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك^(٥٤).

٢. نظام التأمين الإجباري من المسؤولية المعلوماتية:

يعرف عقد التأمين بأنه: ((العقد الذي بمقتضاه يقوم شخصٌ معنوي -المؤمن- بالالتزام، في مقابل الحصول على مبلغ من المال هو قسط التأمين - بدفع تعويض محدد سواء للشخص المؤمن عليه والذي قام بتوقيع العقد أو البوليصا أو الأشخاص آخريين محددين في أو البوليصا. وذلك عند وقوع حادث غير معين وفي المستقبل يوصف على أنه خطر))^(٥٥).

إن هناك خطراً يهدد المجال المعلوماتي، وبالتالي فإن هذا الخطر يمكن تأمينه ببوالص تأمين مخاطر المعلوماتية^(٥٦). ولكن إذا كان من المعقول أن يتم التأمين بمعناه الحقيقي - على جهاز الحاسوب ضد خطر الحريق أو ضد كسر الجهاز، فإنه من الممكن أن يتم التأمين على البرمجيات ضد العيوب والفايروسات والتلفيات التي يمكن أن يتعرض لها^(٥٧). فقد نُودي بالتأمين الجبري كأفضل طريقة لحماية البرمجيات وتغطية المسؤولية المدنية المتعلقة بها.

ولاسيما قد سبق للفقهاء المعاصر أن نادى بالتأمين الإجباري من المسؤولية الناشئة عن بعض أوجه النشاط الحديثة التي تتميز بضخامة الأضرار الناشئة عنها وبصعوبة إثبات الخطأ أو معرفة شخص المسؤول أصلاً، مثال ذلك المسؤولية الناشئة عن الأخطار التكنولوجية، وكذلك المسؤولية الناشئة عن تلوث البيئة، وغيرها من المجالات الأخرى الحديثة. ولذلك يرى الفقهاء أن البرمجيات والنظم المعلوماتية والمسؤولية المدنية المتعلقة بها، يعتبر من المجالات المعاصرة النموذجية لتطبيق فكرة التأمين الإجباري^(٥٨).

٣. حماية مُشتري برمجيات الحاسوب وخلفه من خطر المعلومات الخاطئة المقدمة إليه:

هل يمكن حماية مُشتري برمجيات الحاسوب وخلفه بمقتضى قانون حماية المُستهلك؟

لقد أضفى المُشرِّع العراقيّ على برمجيات الحاسوب كلمته، بموجب الأمر رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٤ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة والذي عُديت بموجبه أحكام قانون حقوق المؤلف العراقيّ رقم (٣) لسنة ١٩٧١ تعديلاً أساسياً وجوهرياً، ولكن المُشرِّع لم يُعالج طبيعة عمل مُعد هذه البرمجيات: هل هو عمل مدني أم تجاري؟ إذ نجد في هذا الصدد ان الدكتور حسين منصور يذهب الى اعتبار مصنفات برامج الحاسوب أقرب ماتكون الى المؤلف الجماعي ((collective work)) حيث يشترك في اعدادها مجموعات من المُتخصصين لحساب شركات عملاقة تجارية تُنسب إليها وتحمل اسمها وملكيته وهي صاحبة الحق في التعاقد عليها^(٥٩). وعلى أساس هذا التّصوّر يعتبر مؤلف البرنامج (تاجراً) ولاسيما اذا كان المستفيد من اعداد هذه البرمجيات شخصاً مُعيّناً سواء أكان طبيعياً أم معنوياً، وهذا يسبغ على المؤلف صفة المهني والذي يُرتب القانون عليه التزامات عديدة مايهمنها منها التزامه بتبصير المستهلك عند شرائه لهذه البرمجيات وقبل صدور تعبير القبول منه (أي من المستهلك). أما المستفيد من البرنامج فيحتمل ان يكون مهنياً أم متخصصاً فيها دون ان تكون له مصلحة مالية في الاستفادة منها. وأياً كان هذا المستفيد فإنّ أعمال قانون حماية المستهلك بالنسبة له امر متعذر وذلك لأنه يؤدي الى الاخلال بحقوق الملكية الفكرية (Intellectual Property).

وقد دافع احد الكتاب عن التزام مجهز البرمجيات بتقديم المعلومات اللازمة الى المُتلقي وبتبصيره عن امكانيات البرمجيات بحماس بقوله: ((ولذلك يمكن في ضوء المبادئ السابقة ان نقرر بسهولة واضحة اماكن تطبيق الالتزام بالإعلام -الافضاء، التصبير- على عقد بيع برامج الكمبيوتر والمعلوماتية، استناداً الى ان بائعها هو شخص مهني مُحترف على دراية فنية عالية ينقل الى المستخدم -المشترى- برامج تقنية معقدة تشتمل على الجودة والتعقيد والابتكار، وهو ماقرره القضاء أيضاً^(٦٠).

ونسجل على الرأيّ المشار اليه انفاً خلوه من الجزاء القانوني إذ لم يُبيّن لنا الجزاء المُترتب على عدم تقديم بائع البرمجيات المعلومات اللازمة عن البرمجيات الى المُشترى قبل إقدامه على شرائها، ولكن من الواضح عندنا ان الجزاء المُترتب على عدم تقديم المعلومات او على تقديمها بشكل غير صحيح بقصد التدليس (باصطلاح الفقه الغربي) أو التغيرير (بلغّة الفقه الاسلامي) يؤدي الى الطعن في صحة العقد من خلال إبطاله بالبطلان النسبي (Relative nullity) (Avoidable) وفق أحكام المادة (١٣٨) من التقنين المدني المصريّ (في الفقه الغربي) او الى جعله موقوفاً على اجازة المُشترى او من يخلفه وفق أحكام المادة (١٣٤) من التقنين المدني العراقيّ (والمأخوذ حكمه من الفقه الاسلامي)، وهذا كله تطبيق للقواعد العامة في القانون هذا فضلاً عن حق المُشترى المضرور في مطالبة بائع البرمجيات بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به جراء امتناع البائع عن تقديم

المعلومات الصحيحة اليه وفق أحكام المسؤولية التقصيرية^(٦١). ولكن الالتزام بالاعلام او التبصير يعد، بموجب قوانين الاستهلاك، مقدمة لإقرار حق المشتري (المستهلك) في العدول عن العقد وإرجاع السلعة الى بائعها، وهذا هو الحق الأكثر أهمية بالنسبة للمستهلك^(٦٢)، وهنا نجد ان العلامات الدالة على تثبيت حق المستهلك في العدول عن العقد الذي أبرمه وإرجاعه السلعة الى بائعها لاتشير الى هذه الآثار، فليست كل علامة تشير دائماً بصحة الى معالمها، بمعنى آخر ان المعلومات المؤدية الى إعمال قانون حق المستهلك لاتجد طريقاً لها باتجاه القانون المذكور ولاسيما ان قانون الاستهلاك الفرنسي، وهو أول قانون للاستهلاك في النظام القانوني اللاتيني، قد استثنى في المادة (١٢١-٢٠-٢) منه^(٦٣) الرجوع عن العقد الذي يكون محله تسجيلات او برامج الكترونية مثبتة على شرائط او اسطوانات^(٦٤). والحكمة من استثناء العقود الواردة على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية وذلك بقصد منع المستهلك من عمل نسخة أو أكثر من التسجيل السمعي او البصري او برامج الكمبيوتر ثم يقوم بعد ذلك باستخدام حقه في العدول عن العقد والقيام بإرجاع الشريط او الاسطوانة، مما يمثل خرقاً لحقوق الملكية الفكرية^(٦٥).

وعوداً على بدء نجد ان الجزاء القانوني المترتب على عدم تقديم المعلومات الصحيحة الى مشتري البرنامج أو على امتناع البائع عن تقديمها الى المشتري بقصد التدليس عليه يؤدي الى إعمال الجزاء العام المترتب على التدليس. وهذا الجزاء، كما عرفناه، هو البطلان النسبي لهذا العقد في الفقه الغربي او اعتباره موقوفاً على اجازة المشتري (في حالة اقتراعه بالغبن) في الفقه الاسلامي والتقنين المدني العراقي (المادة ١/١٣٤ منه)، هذا فضلاً عن تعويض المضرور عن جميع الاضرار التي لحقت به. وقد سبق لنا الاشارة الى هذا الجزاء آنفاً.

ومن الواضح عندنا ان البرمجيات تمثل سلعاً غير مادية لايمكن حمايتها من خلال قوانين حماية حق المستهلك إلا بالنص عليها صراحةً، وهذا النص يتجنب تشريعه في دول العالم المتقدمة ولاسيما الدول المنضمة الى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية لأنه يؤدي الى الحاق الضرر بمنتجات المصنفات عامةً والمصنفات الرقمية خاصةً بمن فيهم مُنتجِي الموسيقى والبرمجيات. وعلى فرض وجود مثل هذا النص فإن الدولة التي تُشرعه تكون مسؤولة أمام المجتمع الدولي طبقاً لأحكام المسؤولية الدولية لإخلالها بإحترام حقوق الملكية الفكرية المحمية بموجب الاتفاقيات الدولية^(٦٦). ولكن تحصين منتج البرمجيات من نطاق قانون حماية المستهلك لايعني تحصينه من القواعد العامة للقانون التي تُلزم هذا المنتج بعدم التدليس على زبائنه سواء أكانوا مهنيين أم مستهلكين. وبهذا الصدد نجد ان مجلس الدولة الفرنسي يُقيد حق عدول المشتري عن الشراء ولايسمح له من الاستفادة من الخدمة المقدمة اليه بذريعة استعماله لحقه بإعتباره مُستهلكاً بموجب قانون حماية المستهلك دون ان يدفع مُقابلاً

مادياً لها، كإعادة برامج الحاسبات والأعمال الأدبية والفنية للبائع خشية إعادة نسخها أو تقليدها. لذلك فإن التوسع في هذا الحق ينبغي قصره على الخدمات التي لم يبدأ استهلاكها قبل إنقضاء المدة القانونية للإرجاع. ولهذا فإن حق الاسترداد أصبح قاصراً، في القانون الفرنسي، على الأموال دون الخدمات^(٦٧).

والعراق بإعتباره دولة عضو في منظمة الامم المتحدة ومؤهلاً للترشيح لعضوية منظمة التجارة العالمية فهو ملزم بإحترام التزاماته الدولية بصورة عامة^(٦٨) (المادة ٨ من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥) كما إنه ملزم بإحترام التزاماته المدنية والتجارية بصورة خاصة (المادة ٢٢ من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل) لذلك نجده يُعرّف (السلعة) في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ في المادة (١/ثانياً) منه بأنها: ((كل منتج صناعي أو زراعي أو تحويلي أو نصف مصنع أو مادة أولية أو اي منتج آخر ويمكن حسابة أو تقديره بالعد أو الوزن أو الكيل أو القياس يكون مُعداً للاستهلاك)) . وهذا التعريف يقصد منه إخراج البرمجيات وسائر المصنفات الاخرى من نطاق أعماله وبنفس الاتجاه نجد ان المُشرّع المصري عرّف (المنتجات) في قانون حماية المستهلك رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦، بأنها: ((السلع والخدمات المقدمة من اشخاص القانون العام أو الخاص، وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد)) .

وعلى أي حال، فمسؤولية مُنتج البرمجيات وموزعها قبل عميله المتعاقد معه سواء أكان مهنيًا أم مستهلكاً هي مسؤولية عقدية بالدرجة الأساس يُنظمها العقد المُبرم بينهما. ولاشك عندنا في حالة تضرر هذا العميل بسبب استعماله للبرنامج فإن له حق الرجوع عليه بدعوى المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه الناشء بعدم إلحاق الضرر بمن تعاقد معه. ويستوي أن يحدث الإخلال بفعل المُزود الشخصي أو بفعل غيره من التابعين أو حتى بفعل استخدام جهاز يحتكر المُنتج تشغيله متى كانت حراسته بيده^(٦٩) (المادة ١٦٨ مدني عراقي).

أمّا اذا لم يكن مُنتج البرنامج أو مؤلفه مُتعاقدًا مع المستفيد (أي مُستخدم البرنامج) فلا يمكن حمايته بمقتضى أحكام المسؤولية التعاقدية لإنتفاء وجود الرابطة العقدية بينهما بداهة. كما لايمكن حمايته أيضاً بمقتضى أحكام قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ لعدم امكانية شمول البرمجيات بأحكام السلع المحمية بمقتضاه. إلا ان للمستفيد، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، أن يرجع على البائع المزود له بمقتضى المسؤولية التعاقدية، إذا وعده بمواصفات خاصة في البرنامج وثبت عدم توافرها فيه (وهذا عيب خفي) أو بمقتضى قواعد الإخلال بأركان العقد، كالمبالغة في مواصفات البرنامج (وهذا تدليس ينهي عنه القانون). كما ان له أن يرجع على منتج البرنامج أو مؤلفه بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية أيضاً إذا لحق بالمستفيد ضرراً من جراء عقود أبرمت بين

المؤلف والمنتج والبائع المزود للبرنامج متى لم يكن طرفاً فيها، ولا سيما ان هذه العقود تعدّ وقائع مادية مفروضة عليه، ويمكن ان تلحق بالمستفيد ضرراً. وهذه الوقائع يجوز ان يحتج بها المستفيد تجاه المؤلف أو المنتج أو المسوّق الرئيس لهذا البرنامج طالما لم يكن المستخدم طرفاً فيها^(٧٠). ونستنتج مما تقدم ذكره نتيجتين:

⇒ النتيجة الاولى: لا يمكن شمول مشتري البرمجيات او خلفه بقانون حماية المستهلك حفاظاً على حقوق الملكية الفكرية لمنتج البرمجيات^(٧١).

⇒ النتيجة الثانية: لا يمكن تحصين منتج البرمجيات من الجزاء القانوني وبوجه خاص في حالة تدليسه على المشتري او على اي شخص اخر يخلفه اذ يكون مسؤولاً تجاههما قانوناً^(٧٢).

المبحث الثاني

أستحقاق الحماية المدنية للبرمجيات ووسائلها

إن برامج الحاسوب شأنها شأن غيرها من الأفكار الإنسانية المتطورة أو المتجددة، يمكن أن تحتوي على فكرة جديدة لم يسبق إليها مكتشف سابق، فتكون حينئذ بمثابة اختراع، وتدخل بهذا المعنى في رحابه، وتأخذ أيضاً حكمه، لكن البرمجيات في غالبيتها لا تخرج عن كونها مجرد تعبيرات جديدة لأفكار موجودة على الساحة أو مطروحة، يتم تناولها بأسلوب مبتكر، أو تنظيم خاص، وهي بهذا المعنى تنضوي تحت مفهوم المصنفات المحمية (مثل المؤلفات) وينبغي إضفاء الحماية القانونية عليها، شأنها في ذلك شأن غيرها من نتاج فكر الإنسانية السامي، بما يكفل لها الاستمرارية والتطور والتقدم المضطرد على مدار الزمان، وذلك إما بتشريعات خاصة، أو بمد مظلة التشريعات التي تحمي حقوق المؤلف أو غيرها من القوانين أو النظم الكفيلة بتوفير الحماية التامة للبرمجيات التي تتوافر فيها نفس الشروط والضوابط المطلوبة لحماية غيرها من المصنفات^(٧٣). وإن بيان مبحث ركائز وأستحقاق الحماية المدنية للبرمجيات ووسائلها يستلزم تناوله في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أستحقاق الحماية المدنية للبرمجيات

وعلى الرغم من إقرار شراح النظم المعلوماتية^(٧٤) بأن برامج الحاسوب تعتبر (عملاً ذهنياً) في المقام الأول، إلا أنهم اختلفوا في مدى طبيعة هذا العمل الذهني بالمعنى الضيق، وهل يدخل في حق المؤلف بالمعنى الدقيق، ويتمتع بعد ذلك بالحماية المقررة له، أم تغلب عليه أحكام الملكية الصناعية ويقرب من مجال الملكية الصناعية وما تضيفه على براءات الاختراع والعلامات التجارية من حماية؟^(٧٥) إن معظم التشريعات تعتبر البرمجيات ضمن المؤلفات والمصنفات لأنها تحمل نفس الشروط والضوابط بتوافر عناصر الابتكار (invention) مما يضيف عليها الحماية القانونية، عند وجود الابتكار^(٧٦) (وللابتكار في برامج الحاسب الالكتروني معنى خاص) فالابتكار في برامج الحاسب لايعني اضافة شخصية المؤلف على

البرنامج وإنما تعكس قدرة المؤلف على حل المشكلة (التي تشكل موضوع البرنامج) فيمكن تصور الابتكار في برامج الحاسبات الالكترونية ابداعاً باعتبار ان الابتكار لايعني ايجاد وضع جديد مستحدث لم يكن موجوداً في السابق^(٧٧) وإنما يُرادُ منه الحصول على التطبيقات اللازمة لحل المشاكل التي تواجه المستفيد من البرمجيات فيقصد بالابتكار، بصورة عامة، إضفاء الطابع الشخصي على خوارزمية البرنامج في صورة تعليمات وصفية له، أو تعليمات تؤدي إلى تسهيل إدراك وتطبيق هذا البرنامج الذي يشتمل بذاته على ما يميزه عن سواه من البرامج أو المصنفات المنتمية إلى ذات النوع، من حيث مقومات الفكرة التي عرضها، أو الطريقة التي انتهجها في هذا الشأن، أو غير ذلك من العناصر التي تميز البرنامج على ما عداه من برامج أخرى، لكي يتمتع بالحماية العامة المقررة في القوانين الوضعية^(٧٨).

لقد قطع المُشرعان العراقيّ والمصريّ بالنص صراحةً على حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات من خلال قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الطريق على ما قد يمكن أن يثار في الفقه أو القضاء حول امتداد هذه الحماية في المستقبل. إذ نصت المادة (٢/٢) من قانون حماية حق المؤلف العراقيّ رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل بالأمر رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٤ الصادر عن سلطة الانتلاف المؤقتة المنحلة، ما يأتي: «تشمل هذه الحماية المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة وبشكل خاص مايلي:

١. برامج الكمبيوتر، سواء برمز المصدر أو الآلة، التي يجب حمايتها كمصنفات أدبية. ((وبنفس الاتجاه إعتبر المُشرع المصريّ في المادة (٢/١٤٠) من قانون حماية الملكية الفكرية المصريّ رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ برامج الحاسب الالكتروني مصنفاً من المصنفات المحمية بموجب قواعد حماية حق المؤلف، بقولها: «تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الادبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية:

١. برامج الكمبيوتر.....» ((

والعبرة في استحقاق الحماية من عدمها تتوقف على توافر شروط المصنف المحمي في برامج الحاسوب أو قواعد البيانات وبصفة خاصة شرط الابتكار، وهو ما يدخل في اختصاص السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع. وتتسحب حماية البرمجيات الحاسوبية على كل مراحل أعداد البرنامج لا على مرحلة بعينها متى توافر شرط الابتكار بإحداها والتي تم ذكرها في المطلب الثاني من المبحث الأول.

وتستفيد من حماية حق المؤلف كل أنواع البرامج: برامج مصدر (source programs)، برامج هدف (object programs)، برامج ترجمة (translate programs)، برامج تشغيل أو تنفيذ (programs operating)، برامج تطبيق (application programs). وأياً كانت الدعامة المثبت عليها البرنامج: ورق أو شريط ممغنط أو خلافه سواء أكان الأمر يتعلق بالنسخة الأصلية من البرنامج أم

بنسخته الاحتياطية^(٧٩). مما تقدم ترجع هذه الأهمية وهذا الاهتمام بحماية البرمجيات لعدة عوامل أهمها ما يلي:

أولاً: أجتذاب الاستثمارات الأجنبية وتشجيع الاستثمارات الوطنية:

مما لا يدع مجالاً للشك أن النفقات المالية، الجهود البشرية المتطلبة لإعداد البرنامج تحتاج إلى استثمارات ضخمة، نظراً لطول عمليات الإعداد له، وصعوبتها بسبب تكلفتها المالية الباهظة^(٨٠)، بجانب خلق جيل من المبدعين للاستفادة من ذلك كله في ظل مناخ اقتصادي تسوده المنافسة الحرة.

ثانياً: حماية الاستثمارات المادية والبشرية المستخدمة في إعداد البرامج:

إن إعداد برنامج الحاسب يحتاج عادة لفريق عمل يقوم به من خلال مؤسسة تتكلف في الأبحاث والدراسات الخاصة بهذا البرنامج ما قد يصل إلى عدة ملايين من الدولارات للبرنامج الواحد. لذا فإن تطبيق الحماية القانونية لهذه الاستثمارات يؤدي إلى تهيئة الجو المناسب للابتكار والإبداع. الأمر الذي سيحد من ظاهرة استغلال الشركات الأجنبية للمستثمرين الوطنيين عن طريق فرض أسعار باهظة وغير حقيقة نظير نقل التكنولوجيا المتقدمة.

ثالثاً: توفير فرص العمل في صناعة البرمجيات:

يؤدي الترخيص لشركات البرمجيات العالمية الاستثمار في الدولة الحريصة على توفير الحماية وما يؤدي إليه ذلك من توفير فرص العمل في هذه الصناعة التي تعد الآن من أكبر الصناعات على المستوى العالمي.

رابعاً: خلق فرص عمل في القطاعات الموازية لقطاع البرمجيات:

أكدت دراسة حديثة أجرتها مؤسسة (برايس واترهاوس) أن كل وظيفة في قطاع صناعة برامج الحاسب في دول العالم بما في ذلك الدول المتقدمة تسهم في إيجاد وظائف أخرى في السوق المحلية مثل وظائف المساندة والتدريب والمبيعات والتوزيع والتسويق والاستشارات^(٨١).

خامساً: قصور الوسائل التقنية المتاحة في حماية البرمجيات من التقليد:

لم تستطع الوسائل التقنية الحديثة بكلّ سطوتها وتقدمها أن تحوّل دون تقليد (without imitation) البرنامج المحصّن، لأن مسألة دك الحصون لاتستغرق سوى ساعات أو مجرد وقت يسير، فلا يوجد حتى الآن من البرامج ما يمتنع عن التقليد أو النسخ مهما كانت وسيلة التقنية المستخدمة في تحصيله، لذلك لامناس من ضرورة البحث عن وسائل قانونية لحماية البرامج من التقليد^(٨٢)، لهذا السبب نجد ان المُشرّع العراقيّ قد جرّم أعمال القرصنة (piracy) الواردة على المصنّفات الادبية والفنية بما فيها برامج الحاسوب وعاقب مرتكبها، للمرة الاولى، بالغرامة المالية الفادحة التي لا يقل حدها الأدنى عن خمسة ملايين دينار ولا تزيد على عشرة ملايين دينار عراقيّ، وشدّد العقوبة عند العود، في المرة الثانية أو

الثالثة، بالسجن بمدة لاتقل عن خمس سنوات ولا تزيد على عشرة سنوات وبغرامة مالية لاتقل عن مئة مليون دينار ولا تزيد على مئتي مليون دينار او بإحدى هاتين العقوبتين وللمحكمة في حالة الادانة للمرة الثانية ان تحكم بغلق المؤسسة التي أستخدمت من قبل المقلدين او شركائهم في ارتكاب الجرم لمدة معينة او الى الأبد (المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل).

أسباب عديدة اشرنا إليها أعلاه مجتمعة، جعلت حماية البرمجيات تطرح بحدة، خاصة مع تطور تقنيات الحواسيب، وتنوع أشكال القرصنة والتقليد بشكل كبير، وكان لامناص من تدخل المنظمات الدولية والحكومات الوطنية لحماية ثمار الجهد الإنساني من الاستغلال والتشويه أو السطو والسلب.

المطلب الثاني: وسائل الحماية المدنية للبرمجيات وفق القواعد القانونية العامة
نظراً للطبيعة الخاصة للبرمجيات، وكذلك لحدائثة البحث القانوني حول هذه الطبيعة وطرق حمايتها، فقد لجأ أصحاب البرامج ومطوروها، إلى كل ما يمكن أن تتيحه الأنظمة القانونية القائمة من سبل للحماية، حتى وإن كانت لاتوفر كل ما هو مطلوب لإحكام الحماية على هذه البرامج^(٨٣). فما دامت برمجيات الحاسوب لها قيمة تجارية وعائد مادي، فإنه ينبغي أن يجني عائد هذا الحق صاحب هذه البرامج، طبيعياً كان أم معنوياً، ويكون من حقه وضع القواعد الخاصة بتنظيم استخدامه ونشرها واستغلالها مادياً والتصرف فيها. لذا لم يكن، في بادئ الأمر، إلا اللجوء إلى القواعد القانونية العامة في سبيل تأمين حماية مدنية للبرمجيات، وعلى الأخص قواعد المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية والقواعد الخاصة بالعلامات التجارية وبراءة الاختراع^(٨٤). وأخيراً استقرت حمايتها بموجب قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

ونختم هذا المطلب بالحديث عن الحماية التي استقر الرأي مؤخراً في معظم الدول التي ازدهرت فيها البرمجيات وهي حق المؤلف.

أولاً: الحماية المدنية للبرمجيات وفق قواعد المسؤولية العقدية:

أحد أهم الوسائل القانونية الأكثر شيوعاً وانتشاراً لحماية البرمجيات الحاسوبية اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية، حيث تضمن احترام البند المتعلق بسرية البرنامج، تحت طائلة المسؤولية العقدية (Contractual Responsibility) (المادتين ١٦٨ و ١٦٩ مدني عراقي) والمستغل للبرنامج يلتزم بمقتضى هذا البند بعدم تسريب البرنامج -أو الإفشاء به- الى الغير. وعلى أطرافه الالتزام بتنفيذ بنوده، وعلى هذا يمكن إضفاء الحماية المدنية على برمجيات الحاسوب من خلال أعمال بند السرية التعاقدية الذي يتم النص عليه في العقد، وعند مخالفته من قبل العميل، فإنه يخضع للمسؤولية العقدية التي تُعنى بتقديم التعويض المادي المباشر المتوقع عما لحق بمؤلف البرنامج من ضرر وما فاتته من كسب بمقتضى

إعمال النص الخاص بسرية محل التعاقد الذي ينصب على محتوى البرنامج وهو محل الحماية وفقاً للالتزام التعاقدى المنصوص عليه في وثيقة التعاقد^(٨٥).

وان كان جانباً من الفقه يرى، أن هذه الحماية التي يوفرها بند السرية التعاقدى، تعتبر حماية غير كافية، وذلك لأنها، من ناحية أولى، لما كانت مدرجة في العقد، فإنها تكون مقصورة على المتعاقدين طبقاً لمبدأ نسبية العقد بين أطرافه (المادة ٢/١٤٢ مدني عراقي)، فضلاً عن أنها -من ناحية ثانية- غير عملية وتؤدي إلى إعاقة وتعطيل وقت ومجهود ومال كل من المبرمج والعميل وانشغال أكثر من منتج بعمل برنامج معلوماتي واحد لعملاء مختلفين، وفي نفس الوقت تؤدي إلى قصر الحماية الناتجة عنها على الصفوة المختارة من العملاء القادرين على احترام بنود العقود المبرمة مع شركات البرمجيات مما يجعلها تتحمل ارتفاع أثمان البرامج بسببها، مما يؤدي في نهاية الأمر إلى عرقلة التقدم التقني للبرمجيات^(٨٦).

وبدورنا نرى ان الحماية المدنية للبرمجيات وفق قواعد المسؤولية العقدية (من خلال ادراج شرط السرية في وثيقة العقد) ماهي إلا شرطاً يلائم العقد ويؤكد مقتضاه (المادة ١٣١ مدني عراقي) ولاسيما ان المشرع العراقي قد أسبغ على المعلومات التجارية والصناعية الحماية القانونية على سريتها ولأول مرة بموجب قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل بموجب الفصل الثالث المكرر والمضاف بعد المادة (٥٤) منه بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة اتفاقاً (unfair agreement competition) اذ لا تنتفي مسؤولية الحائز القانوني بتعدي الغير على هذه المعلومات الا اذا ثبت انه بذل في الحفاظ عليها جهداً كافياً معقولاً^(٨٧) لا يقل عن جهد رب الاسرة الحريص في الحفاظ على اسرته.

الحماية العقدية لبرامج شركات البرمجيات من خطر استغلال المبرمجين العاملين لها:

يعتبر المبرمجون وطلاب كليات علوم الحاسبات وهندسة المعلومات الفئات الاكثر حظاً في العمل لدى شركات البرمجيات باعتبارهم عمالاً غير ماهرين فيها يأتمرون بأوامر مدراءهم المباشرين عليهم ويتبعونهم فنياً وادارياً. وقد تتيح فترة عملهم الاطلاع على بعض اسرار هذه الشركات، ومن ضمنها الاسرار المتعلقة بالبرمجيات. وقد تفاجأ احدى هذه الشركات بمنافسة احد المبرمجين فيها لنشاطها المتعلق في انتاج البرمجيات من خلال تمكنه من تطوير احدى البرامج التي انتجتها الشركة التي كان يعمل فيها مما يسبب ضرراً جسيماً بها لذلك تفضل هذه الشركات، بغية المحافظة على اسرارها، اشتراط عدم افشاء اسرارها وعدم منافسة المبرمج لها حتى بعد انقضاء عمله فيها لأي سبب كان.

والحقيقة ان هذا الشرط قد نصت عليه المادة (١/٩٠٩) من التقنين المدني العراقي، الا ان المادتين التاليتين له (٩١٠) و (٩١١) من القانون نفسه قد قيدت مضمون هذا الالتزام الى درجة كبيرة

قد تؤدي الى تعطيل تطبيقه في بعض الاحيان، اذ يشترط لصحة التزام المبرمج بأسرار الشركة التي كان يعمل فيها وعدم منافسته له، الشروط الاتية:

١. ان يكون المبرمج بالغاً سن الرشد، وقت ابرام العقد.
٢. وان يكون مقصوداً، هذا الشرط، من حيث الزمان والمكان ونوع العمل، على القدر الضروري لحماية مصالح شركة البرمجيات المشروعة.
٣. والا يؤثر هذا الاتفاق في مستقبل المبرمج من الناحية الاقتصادية تأثيراً ينافي العدالة.
٤. وان يقرر العقد للمبرمج تعويضاً عن هذا الشرط التقييدي الوارد على حريته في العمل يتناسب مع مدى هذا القيد (المادة ٢/٩١٠ مدني عراقي).

كما لا يجوز لشركة البرمجيات، بأي حال من الاحوال، ان تتمسك بهذا الاتفاق قبّل المبرمج اذا فسخ العقد او رفض تجديده دون خلل مرتكب من قبل هذا المبرمج يببرر للشركة فسخها لعقد العمل او امتناعها عن التجديد كما لا يجوز لشركة البرمجيات ان تتمسك بهذا الاتفاق اذا وقع منها اخلاً يببرر للمبرمج فسخ عقد عمله معها (المادة ٣/٩١٠ مدني عراقي). فوفقاً لاحكام القانون المدني العراقي فإن الاصل هو حرية العامل في العمل حتى بعد انتهاء مدة عقد العمل، الا ان هذه الحرية قد يرد عليها قيد ضعيف مثل قيد التزام العامل (المبرمج) بعدم المنافسة (اتفاقاً)^(٨٨). ويخضع لهذا الالتزام، كل مبرمج يرتبط مع شركة البرمجيات بعقد عمل، اياً كان نوع العمل الذي يقوم به، وياً كان عدد المبرمجين في الشركة وياً كانت طبيعة البرنامج (محل المنافسة غير المشروعة اتفاقاً) الذي يطلع عليه هذا المبرمج بحكم عمله^(٨٩). ويدخل تحت اسرار العمل كافة الاسرار المتعلقة بالشركة التي يعمل فيها هذا المبرمج، سواء أكان متخرجاً في احدى الكليات المختصة ام لم يكن، وسواء أكانت هذه الاسرار متعلقة بالبرامج ذاتها ام لم تكن وسواء أكانت هذه الاسرار، بالنسبة للشركة، تجارية ام صناعية متى اتصلت بمصلحتها او بسمعتها او حسن سير العمل فيها. ويتمثل مضمون الالتزام بالسرية في كتمان المبرمج على كل ما يصل الى سمعه وعلمه من معلومات او اسرار عن هذه الشركة والتزامه بعدم افشائها الى أي شخص او جهة الا بأذن منها وسواء اكان ذلك بمقابل ام بدون مقابل^(٩٠) والتزامه الاخر بعدم منافسة الشركة التي كان يعمل فيها مستغلاً اطلاعه على معلوماتها واسرارها.

ويبدو ان شرط عدم المنافسة التي تفرضه شركة البرمجيات على المبرمجين العاملين لديها شرط غير مفيد عملياً بالنسبة لها امام كثرة القيود الواردة عليه اذ لا تستطيع الشركة المتضررة من افشاء اسرارها او المتضررة من المنافسة غير المشروعة لها اتفاقاً، بمقتضى احكام القانون العراقي، الاستغناء عن نظام المنافسة غير المشروعة اتفاقاً المنصوص عليها في المادة (٩٠٩) من التقنين المدني العراقي واللجوء الى نظام المعلومات غير المفصح عنها (undisclosed information)، وهو نظام خاص

بالحفاظ على اسرار الشركة التجارية او الصناعية لتحول دون اعمال قواعد المنافسة غير المشروعة اتفاقاً الوارد ذكرها اتفاً. وهذا على خلاف ما هو سائد في القانون الفرنسي. اذ يوجد بجانب هذين النظامين نظام المسؤولية التقصيرية فيجوز لصاحب الاسرار التجارية (اي شركة البرمجيات) ان يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية على احد عماله (اي المبرمجين لديه) اذا تعرض للاعتداء على احدى اسراره من غير منافسيه التجاريين او الصناعيين. وهي حالة مستقلة عن نظام المعلومات غير المفصح عنها ايضاً. وبناءً على ذلك قرر القضاء الفرنسي مسؤولية العامل عن افشاء الاسرار الصناعية للمشروع الذي يعمل في خدمته استناداً الى احكام المسؤولية التقصيرية الوارد ذكرها في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من التقنين المدني الفرنسي^(٩١).

ويتضح مما تقدم ان هناك ثلاثة انظمة قانونية لحماية رب العمل (شركة البرمجيات) من خطر افشاء اسرارها او منافستها منافسة غير مشروعة من قبل احد العاملين (اي المبرمجين) فيها. اولهما: نظام المنافسة غير المشروعة (اتفاقاً) وثانيهما: نظام المعلومات غير المفصح عنها وثالثهما: نظام المسؤولية التقصيرية.

والواضح من هذه الانظمة هو تفاوتها في قوة الحماية تجاه رب العمل (شركة البرمجيات) فأقواها واحسنها بالنسبة لشركة البرمجيات هو نظام المعلومات غير المفصح عنها الا ان هذا النظام لا يطبق الا في مواجهة المشاريع او الشركات او المنشآت المنافسة التي تحصل على هذه المعلومات من خلال التجسس الصناعي^(٩٢) ويليها في القوة نظام المسؤولية التقصيرية الذي يأخذ به القضاء الفرنسي ويتعذر تطبيقه في العراق نظراً لأعتبار مشرعنا للمبرمج (عاملاً) لدى شركة البرمجيات التي يعمل فيها ويستتبع هذا التكييف شمول المبرمج بحماية خاصة له تقرها احكام القانون المدني العراقي (المادة ٩١٠ مدني عراقي وما يليها) والتي بمقتضاها يتعذر على شركة البرمجيات الرجوع على العامل الذي افشى اسرار برامجها او قام بمنافستها منافسة غير مشروعة بمقتضى احكام المسؤولية التقصيرية. واطرف طريقة لحماية شركة البرمجيات هي الاشتراط على عمالها من المبرمجين بعدم افشاء اسرارها وعدم منافستهم لها من جراء اطلاعهم على اسرار البرمجيات. وهذا الشرط انما هو شرط رضائي اضعفت من قوته الملزمة النصوص القانونية التي نظمها التقنين المدني العراقي في المادتين ٩١١ و ٩١٢ منه والتي سبق لنا الاشارة اليها حيث لم يكن متصوراً وقت اعداد هذا القانون قبل اكثر من نصف قرن وجود صناعة خاصة بالبرمجيات وهي اشياء غير مادية تدرك بالفكر لا بالحس كما لم يكن متصوراً ان افشاء المبرمج لهذه الاسرار او استفادته منها قد يسبب ضرراً جسيماً بهذه الشركة.

ثانياً: الحماية المدنية للبرمجيات وفق أحكام براءات الاختراع:

تتداخل في برامج الحاسوب عناصر الإبداع الفكري بالمعرفة التقنية في مجال البرمجة وإنشاء البرامج، مما يجعله بمثابة اختراع^(٩٣)، وهو يتخذ صوراً عديدة، كأن يؤدي إلى إنتاج صناعي جديد كلياً، أو يكون تطبيقاً جديداً لطريقة أو وسيلة صناعية معروفة. وعلى المخترع حماية اختراعه (protection of invention) وفق الطرق القانونية التي خولها له المشرع، حيث يمنحه وثيقة رسمية تصدرها الجهات المسؤولة في الدولة، بمقتضاها يستطيع استغلال اختراعه لمدة معينة وبقيود يحددها المشرع. كما له حق التمسك بالحماية القانونية لاختراعه، ضد كل أشكال التعدي عليه من قبل الغير^(٩٤). ورغم أن الكثير من التشريعات استبعدت برامج الحاسوب من دائرة الحماية بموجب براءة الاختراع، فإن الكثير من الآراء الفقهية نادت منذ طرح مسألة حماية برامج الحاسوب، بوجود حمايتها وفق قواعد قوانين براءات الاختراع حتى ولو اقتصر على أنواع ذات مواصفات خاصة من البرامج^(٩٥) ولكن بقيت هذه الآراء حبيسة المؤلفات والأبحاث القانونية وظلت بعيدة عن الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية. ويمكن استخلاص شروط الاختراع المستحق للحماية القانونية، وهي^(٩٦):

☞ الشرط الأول: بأن يكون مشتملاً على نشاطٍ إبداعي، أي أن يكون إنتاجاً جديداً مقارنة مع المستوى التقني المعروف، أو طريقة أو وسيلة جديدة بالنسبة إلى حالة التقنية، أو تطبيقاً جديداً لوسائل معروفة، أو أن يكون الاختراع عنصراً في تركيب صناعي جديد.

☞ الشرط الثاني: أن يكون هذا الابتكار جديداً وغير داخل ضمن حالة التقنية الصناعية.

☞ الشرط الثالث: أن يكون هذا الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي. (Industrial Applicability of) (on Invention).

☞ الشرط الرابع: ألا يكون الاختراع منافياً للنظام العام أو الآداب.

إذا توافرت هذه الشروط، منحت البراءة للمخترع لمدة عشرين سنة بموجب أحكام القانون العراقي (قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل، المادة ١٣ منه)^(٩٧) من تأريخ إيداع طلبه (Filing date) (application date).

وبدورنا وإن كنا لاننكر على تكيف بعض تطبيقات البرمجيات^(٩٨) بكونها اختراعات تستحق الحماية المقررة لها بموجب قوانين الملكية الصناعية (أي قوانين براءات الاختراع) إلا أننا لأنغالي في مطالبتنا في حماية البرمجيات من خلال البراءات الى أكثر من استحقاقها وذلك لان نسبة البرمجيات التي تسحق الحماية بقوانين الملكية الصناعية لا تتجاوز أكثر من ١% من حجم انتاجها الكلي في العالم. وعليه فإننا نميل الى ترجيح حماية البرمجيات بقوانين حماية حقوق الملكية الفكرية بشرط ان تكون مُبتكرة (Invention). والمقصود من الابتكار هنا هو الوصول الى التطبيقات العملية المقصودة من تشغيل

البرامج وإجراء التحليلات والاحصاءات والمعالجات عليها. وعلى هذا النحو تتميز البرمجيات بإعتبارها عملاً ذهنياً من غيرها من الأعمال الأخرى وخاصة الملكية الصناعية لكون البرمجيات تتمتع بالحماية حتى لو وجد عمل مشابه لها وسابق عليها، مادامت مُبتكرة، وذلك لأن الابتكار فيها وإن كان يُعتبر عنصراً شخصياً إلا ان الطابع النظري الشخصي فيه ينحسر الى أدنى مستوى له ويزداد الطابع الموضوعي العملي لمُبتكره الى أعلى مستوى له. فالابتكار في البرمجيات يعكس ذوق مؤلفه في تطبيق البرنامج وتحليله وإجراء المعالجات العملية والاحصائية عليه للبيانات المدخلة الى الحاسوب. إذاً نجد بوضوح ان طابع الابتكار في البرمجيات هو طابع عملي موضوعي بينما نجد ان طابع الابتكار في غيرها من المصنفات نظري ذاتي (شخصي) يمكن ان يأخذ شكل مؤلف ورقّي او مسرحي او سمعي او بصريّ او فنيّ او حتى شكل النقش على الحجر او على أية مادة أخرى بشرط ان يكون من الانتاج اليدوي.

ويترتب على تكييفنا لبرمجيات الحاسوب بكونها مصنفاً فكرياً محمية امكانية معالجة اي موضوع منها من أكثر من زاوية ومن قبل أكثر من شخص واحد بحيث يتناول كل واحد منهم، على حد عبارة الدكتور جمال محمود الكردي، ((من زاوية مختلفة وينتصر لرأي معين، وفي النهاية فإن كلاً منهم يكون قابلاً للتمتع بالحماية طالما كان مبتكراً وليد الاسهام الشخصي لمن قام به))^(٩٩).

بينما لو اعتبرنا تكييف البرمجيات الحاسوبية براءات اختراع، فهي على العكس من ذلك، يميزها عامل الحداثة والجدة، وهو عنصر موضوعي خالص. فلا يمكن ان يكون محلاً للملكية الصناعية سوى العمل الجديد او الشي المنبثق لأول مرة والذي لم يكن متواجداً من قبل^(١٠٠)، إذ لايسمح بإنتاج نفس البرمجيات، لو أُعتبرت مخترعات، بدعوى انها تقدم تحليلات او معالجات مختلفة لم تكن البرمجيات السابقة عليها تتضمنها. ولهذا نرى ان أفضل تكييف قانوني نرجحه للبرمجيات في حدود التطور التقني لهذا الزمان والمكان الذي نحيا فيه هو اعتبارها مصنفاً فنية محمية بموجب قوانين حماية الملكية الفكرية.

ثالثاً: الحماية المدنية للبرمجيات وفق أحكام المسؤولية التقصيرية:

تتسم المسؤولية التقصيرية (Dialectal Responsibility) باتساع نطاق تطبيقها على جميع الأعمال غير المشروعة، فهي تطبق في كل حالة يحدث فيها ضرر للشخص نتيجة النشاط الضار غير المشروع، لذلك فهي تقوم، بوجه عام، على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما. أما جزاء هذه المسؤولية فهو الزام من أحدث الضرر بتعويض المضرور، ويشمل التعويض كل الأضرار المادية والأدبية المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة بشرط ان تكون نتيجة طبيعية لذات العمل غير المشروع (المادة ١/٢٠٧ مدني عراقي)، ففي عدد من القضايا، توجه القضاء، نحو حماية حق التأليف بالقواعد العامة

للقانون^(١٠١) كقواعد المسؤولية التقصيرية التي ينظمها القانون المدني حيث اعتبر أن الاعتداء بحد ذاته خطأ يرتب ضرراً للمؤلف يستوجب التعويض فضلاً عن الجزاء الجنائي المقرر للتقليد^(١٠٢). وتعد أحكام المسؤولية التقصيرية من أهم الوسائل القانونية اللازمة لحماية للبرمجيات من القرصنة والتقليد والنسخ والاستغلال غير المشروع (المادة ١/٤٥ من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل)، حيث يعد الشخص القائم بهذه الأعمال مرتكباً لخطأ قانوني (جنائي ومدني) يعطي للمضرور (صاحب البرامج أو صاحب حق الاستغلال) الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة لذلك. وبهذا الاتجاه فقد نصت المادة (٤٤) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على ما يأتي: ((لكل مؤلف وقع التعدي على حق من حقوقه المقررة بمقتضى أحكام هذا القانون الحق بتعويض مناسب. ويؤخذ بالاعتبار، عند تقدير التعويض، المنزلة الثقافية للمؤلف والقيمة الأدبية والعلمية والفنية للمصنف ومدى الفائدة التي حصل عليها المعتدي من استغلال المصنف)) . والواضح من هذا النص ان الاعتداء على حق المؤلف يشكل عملاً غير مشروع أساسه الضرر الذي سبق لنا بيانه ويستوجب التعويض بسببه. وهذا التكييف، وعلى الرغم من صحته، لا يعني إهدار وجود حق غير مادي للمؤلف بل يضيف على حقه قوة الالتزام من خلال المسؤولية المدنية اي التعويض سواء أكان سبب التعرض لحق المؤلف خطأ المسؤول (أي تقليده للمصنف مباشرة) أم خطأ أحد تابعيه (كتقليد الشركات التابعة لشركة قابضة لاحدى البرامج الحاسوبية المحمية). وسواء أكان مصدر التعرض نتيجة مخالفة المسؤول لعقد أبرمه مع المؤلف (صاحب البرنامج) وهذه المسؤولية تعد عقدية أم لعمل غير مشروع ارتكبه المسؤول تجاه المؤلف عندما لا يوجد بينهما رابطة تعاقدية، وهذه المسؤولية تعد تقصيرية. وهي المسؤولية التي نهتم بها دون غيرها.

فإذا كان قيام الشخص بإنتاج البرامج ونسخها دون إذن صاحبها يعد خطأً ومن ثم يلتزم تبعاً لذلك بتعويض الضرر الذي ترتب عليه، فإن القيام بتوظيف عمال فنيين في صناعة برمجيات الحاسوب بعد إغرائهم بترك صاحب العمل بغية الاستفادة من المعلومات التي توصلوا إليها بمناسبة عملهم مع هذا الأخير بهدف منافسته والاستيلاء على أسرار صناعة البرمجيات يعد ضرراً لما يشكله من منافسة أو مزاحمة غير مشروعة^(١٠٣) (وهذا ما كانت تنص عليه المادة ٩٨ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغى) والذي لا يوجد نص قانوني، مع بالغ الاسف، في قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الناخذ يقابله.

رابعاً: الحماية المدنية للبرمجيات وفق قواعد العلامات التجارية:

باعتبار برنامج الحاسوب إنتاجاً فكرياً وسلعة تجارية تقوم بمهمة معينة، لا بد له من اسم تعريفى لدى الجمهور يميزه عن غيره، كما قد تكون له علامته الفارقة المميزة له عن غيره من البرامج

الأخرى^(١٠٤)، فالعلامة التجارية هي الاسم أو الإشارة المميزة التي يحملها المنتج، والتي تسمح بتمييزه عن المنتجات المقدمة من الشركات الأخرى. وكغيرها من المنتجات، تطلق الشركات على البرمجيات التي تصنعها اسماً مميزاً تُعرف به في الأسواق، ولا بُد لكل شركة من حماية هذا الاسم، لمنع الآخرين من تقليده (imitation) ومحاولة تسويق البرمجيات التي ينتجونها على أنها البرنامج المصنوع من الشركة (المادة ٤/مكررة وأولاً/١ من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل). ويعتبر أسلوب حماية البرمجيات هذا سهلاً وقليل التكلفة، إذ أن رسوم التسجيل تعتبر منخفضة بالمقارنة مع التكاليف التي تترتب على بعض أساليب الحماية الأخرى، فضلاً عن أن عملية التقليد تكتشف بسهولة، نظراً لأن القاضي يضع العلامتين المقلدة والأصلية أمامه، فيسهل عليه اكتشاف ما بينهما من تشابه وفروقات.

وإذا كان القانون لا يشترط تسجيل العلامة التجارية وبوجه خاص العلامة المشهورة (Famous mark) (المادة ٤ مكررة أولاً/٢ من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل) لأجل اكتساب ملكيتها وإنفاذ الحق فيها، إلا أن لعملية التسجيل مزايا إضافية تمنحها لمالك العلامة. ومن أهم هذه المزايا: إمكانية الملاحقة الجزائية في حال تقليد العلامة المسجلة أو المشهورة (المادة ٣٥ من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل)، وسهولة الحصول على قرارات قضائية بحجز البرمجيات التي تحمل العلامة المقلدة، فضلاً عن إتلافها ومنع دخولها وتوزيعها في الأسواق.

وإذا كان الأمر على ما سبق ذكره، أن التسجيل يسمح بحماية العلامة التجارية في العديد من الدول، وهناك أنظمة دولية تسمح بتسجيل العلامة التجارية في دول عدة من خلال تقديم طلب واحد فقط (ويقترّب القانون العراقي من هذا النظام وفق المادة ٦ مكررة من القانون). فإنه إذا سجلت العلامة التجارية الخاصة بأحد البرمجيات تسجيلاً سابقاً (Prior Registration)، فينال طالب هذا التسجيل الحماية القانونية التي تمنع الآخرين من استخدام علامة تجارية مطابقة أو مشابهة في قطاع صناعة البرمجيات كله، ولو كانت برمجيات الآخرين تستخدم في مجال مختلف^(١٠٥).

ونسجل على هذه الطريقة ومنها وضع منطقها القانوني الذي تقدمه في سبيل حماية البرمجيات، على الرغم من كل المزايا التي تقدمها لحمايتها. فالعلامات الفارقة هي إية إشارة أو مجموعة من الاشارات الموضوعية على السلع او الخدمات بغية تمييزها من السلع او الخدمات الاخرى ويمكن التصرف فيها بيعاً وrehناً كما يمكن الحجز عليها جزئاً احتياطياً وتنفيذياً مع المحل التجاري او مع احد فروعها كما تنتقل مل كيتها تبعاً لإنتقال ملكية المحل التجاري مالم تستبعد من الإنتقال بموجب شرط استثنائي صريح (المادتين ١٧ و ١٨ من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم ٢١ لسنة

١٩٥٧ المعدل) في حين يجوز التصرف بالبرمجيات الالكترونية بيعاً ورهنأ كما يجوز الحجز عليها بمفردها استقلالأ او مع غيرها من عناصر المحال التجارية.

وفوق كل ما ذكرناه بشأنها فالعلامة الفارقة هي وصف خارجي يطرأ على السلعة او الخدمة فيكسبها شهرةأ أما البرنامج الالكتروني وعنوانه فهو مكون بذاته ولا يمكن اعتبار عنوانه وصف خارجي يطرأ عليه مالم يكن مُبتكراً^(١٠٦) وحتى في هذه الحالة (حالة كون عنوان المصنف مبتكراً) فلا تصح المقارنة بينهما ايضأ.

ونخلص في كل ما ذكرناه الى عدم جواز حماية برمجيات الحاسوب من خلال العلامات التجارية او المؤشرات الجغرافية لأسباب المذكورة أعلاه.

خامساً: الحماية المدنية للبرمجيات وفق تشريعات حماية حق المؤلف:

إن الوسيلة المثلى لحماية البرمجيات من جميع صور الاعتداء، هي إخضاعها لأحكام قوانين حق المؤلف (Laws of Protection of Copyright)، وهذا ما لجأت إليه معظم الدول، حيث أدخلت على تشريعاتها في مجال حماية حق المؤلف، عدة تعديلات، نصت فيه صراحة على حماية برامج الحاسوب، كما أن مرونة تشريعات حق المؤلف، أدت إلى قبول مصنفات الحاسبات أو برامجها، وجعلتها من بين المصنفات المحمية^(١٠٧).

تعتبر الحماية القانونية لبرمجيات الحاسوب من خلال قانون حق المؤلف من أفضل طرق الحماية. فحق المؤلف يحمي جميع الأعمال ذات الطبيعة الأدبية والفنية، وقد نصت بعض الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة (اتفاقية التريس) (Trips) (المادة ١٠ من القسم ١ منها) والتي يجب على جميع الدول الراغبة بالانضمام إلى منظمة التجارة العالمية بالتوقيع عليها، على اعتبار برمجيات الحاسب الآلي، وسواءً أكانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة، خاضعة للحماية بموجب حق المؤلف باعتبارها أعمالاً أدبية.

ويتمتع محلل النظم بجميع الحقوق المالية والادبية لحق المؤلف اذا انفرد بتصميم البرنامج بمفرده (وهذه حالة نادرة التطبيق)^(١٠٨) بينما تستأثر شركة البرمجيات التي يعمل فيها هذا المحلل والمبرمجون الذين يعملون بمعيتة بالحقوق المالية بمفردها اذا ابتكر محلل النظم هذا البرنامج تحت اشرافها او بالتعاون مع غيره من محلي النظم العاملين في الشركة ذاتها او في اية شركة اخرى متعاقدة معها (وهذه حالة شائعة التطبيق)، وفي هذه الحالة يكون للشركة المذكورة الحق في الاستنثار بالحقوق المالية الناجمة من توزيع عوائد هذا البرنامج بينما يكون لمحلل النظم وفريق العمل الذي يعمل تحت اشرافه الحق في التمتع بالحقوق الادبية للمؤلف^(١٠٩). والحقوق المالية للمؤلف شيء والحقوق الادبية له شيء اخر مختلف عنه تماماً وان كان متصلاً به اتصالاً لا يقبل الانفصام. ويجدر بنا في الوقت الراهن ان نعرف

انتقال حقوق الملكية الفكرية على اساس انها شيء يمكن بيعه في صورة اصفارٍ واحاد دون ان تصطدم بالحق الادبي المحفوظ للمؤلف^(١١٠).

لايحمي حق المؤلف فقط نص البرنامج، وإنما تشمل الحماية عنوان البرنامج وجميع الرسوم والتصاميم التي قد تكون مرافقةً له، وتجميع وتنسيق المعلومات التي يتضمنها. والحماية بموجب حق المؤلف هو الأسلوب الذي أخذ به القانون العراقيّ لحماية برمجيات الحاسوب، إذ نص على حماية مصنفات البرمجيات الحاسوبية بما في ذلك وثائق تصميمها ومجموعات البيانات، على أن تشمل الحماية عنوان البرنامج إلا إذا كان العنوان لفظاً جارياً للدلالة على موضوع البرنامج^(١١١). أن قانون حق المؤلف يكفل للمبتكر طائفتين من الحقوق، هما الحق الأدبي (Moral Right)، والحق المالي، والحقوق الأدبية التي يتمتع بها المؤلف هي مايلي:

أ. حقه في نسبة البرنامج إليه حق الابوة (Paternity Right).

ب. حقه في تقدير طرح البرنامج وطرحه في الأسواق.

ج. الحق في الاحترام، أي احترام المؤلف ومصنفه.

د. الحق في سحب برنامجه ومنع تداوله التجاري.

أمّا الحقوق المالية المخولة له قانوناً، من أهمها حق الاستغلال المالي لمصنفه سواء عن طريق إصدار تراخيص النسخ التجاري، أو بوساطة منح تراخيص التحويل من لغة إلى أخرى أو الاستعمال، وتطبيق هذا الحق على البرمجيات، سيوفر لأصحابه حماية فعالة ضد كل عملية استغلال غير مشروعة لبرامجهم^(١١٢).

وتحمى برامج الحاسوب وقواعد البيانات وفقاً لقوانين حماية حقوق الملكية الفكرية -بوجه عام- طيلة حياة المؤلف ولمدة خمسين عاماً بعد وفاته ان كان المؤلف منفرداً بإعداده^(١١٣)، ولمدة خمسين سنة تبدأ من تأريخ طرحه للتداول أمام الجمهور أو من تأريخ إعداده أيهما أبعد إذا اشترك في تأليفه عدداً من محليّ النظم لمصلحة شخص طبيعي ام معنوي واحد ان كان المؤلف جماعة تعمل لمصلحته بإعتبار البرمجيات مصنفات جماعية، وهذا هو الراجح في تكييفها قانوناً (المادة ٣/٢٠ من قانون حماية جق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل).

ويترتب على اعتبار برامج الحاسوب مصنفات محمية بموجب قوانين الملكية الفكرية حتمية اعتبارها عنصراً من العناصر المعنوية للمحال التجارية الموزعة للبرمجيات والتي تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام عقد البيع ابراماً صحيحاً إذ تنتقل ملكية هذه البرمجيات تبعاً لانتقال ملكية المحل من البائع الى المشتري، غير ان هذه البرامج لا يكون انتقالها لازماً في احوالٍ اخرى تبعاً لنوع المحال التجارية وظروف استغلالها^(١١٤). الا ان هذه النتيجة يتعذر تطبيقها في العراق على محال توزيع البرمجيات منذ تاريخ نفاذ

قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الذي عطل الغاية الاساسية من الاعمال التجارية عموماً ومن الاستفادة من ثمرة المحال التجارية او الصناعية خصوصاً حيث لم يعد للمحل التجاري في العراق ثمة تنظيم قانوني. وبذلك اصبحت جميع المحال التجارية او الصناعية ومن ضمنها محال توزيع البرمجيات، بموجب القانون العراقي القائم، مجرد رفوف ودواليب وأقراص (CD) او (DVD) يتم التعامل معها كما يتم التعامل مع اي منقول مادي اخر ودون الاخذ بنظر لاعتبار لقيمة العناصر المعنوية المكونة لهذا المحل ومن اشهرها عنصرا الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وما يليها من حق في الايجار والملكية الفكرية المكونة له. وهذا ما يرفضه العقل السليم.

ولاهمية هذا الموضوع سنصمّ جدولاً يبين فيه الباحث أهم أوجه الحماية القانونية المختلف بشأنها في حماية البرمجيات (بمقتضى قوانين براءات الاختراع والعلامات التجارية وحق المؤلف) ودعاوى حمايتها المدنية منها (العقدية او التقصيرية) والجزائية تمهيداً لعرض موقف المُشرِّع العراقي بشأنها.

جدول حماية البرمجيات

يتضمن تكييف البرمجيات باعتبارها براءة اختراع او علامة تجارية او حق لمؤلف

انواع حقوق الملكية الفكرية	القانون الحاكم للحماية	الهدف من الحماية	شروط الحماية	كيفية الحصول على الحماية
براءة الاختراع (<i>patent</i>)	قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل	حماية المنتج ذاته او طريقة التصنيع	الحداثة والابتكار وحتمية التسجيل في جهاز التقييس والسيطرة النوعية	بالتبرئة او التسجيل (التبرئة منشئة للتسجيل) (By registration)
العلامات التجارية (<i>Trade mark</i>)	قانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل (مُعدّل) بالقانون رقم ٩ لسنة (٢٠١٠)	حماية رمز المنتج او الخدمة او صفته او اشارته او صوته المعبر عنه.	التحديد والوضوح والتمييز وعدم التناقض مع العلامات المسجلة الاخرى.	بالشهرة ولو لم تكن العلامة مسجلة او بالتسجيل ان لم تكن العلامة مشهورة.
حق المؤلف (<i>Author right</i>)	قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل	طريقة عرض الفكرة او العمل اذا ظهر بمصنف ما من المصنفات.	شرطها الابتكار. ولا عبرة بالابداع في المكتبة الوطنية (بعد التعديل).	تلقائياً بحكم القانون حتى ولو لم يودع المنتج البرنامج في المكتبة الوطنية.

دعاوى حماية البرمجيات

نوع الدعوى	الهدف من الدعوى	دفع المدعى عليه	الحكم الصادر في الدعوى	الاساس القانوني للدعوى	طرق العطن الاعتيادية (بما فيها التمييز)

مدنية مسؤولية عقدية	ارجاع الاحوال الى ماكانت عليه قبل التقليد فإن تغذّر ذلك يُصار الى التعويض عن الضرر المادي المباشر المتوقع اذا لم يتحقق الهدف من حماية حقوق الملكية الفكرية لمصمم البرنامج	ابرازه لعقد الترخيص او لاي اتفاق تحريري اخر	ابطال المصنف او براءة الاختراع او منع التداول او منع المعارضة أو الحكم بالتعويض أن كان له مقتضى.....	الحق الخاص	١- الاعتراض على الحكم الغيابي ٢- الاستئناف ٣- التمييز (امام محكمة التمييز الاتحادية)
مدنية مسؤولية تقصيرية	ارجاع الاحوال الى ماكانت عليه قبل التقليد فإن تغذّر ذلك يُصار الى التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المباشر والمُتوقع وغير المُتوقع اذا لم يتحقق الهدف من حماية حقوق الملكية الفكرية لمصمم البرنامج	ابرازه لعقد الترخيص او لاي اتفاق تحريري اخر	الزام المدعى عليه بتعويض الضرر الذي لحق بالمدعي.	الحق الخاص	١- الاعتراض على الحكم الغيابي ٢- الاستئناف ٣- التمييز (امام محكمة التمييز الاتحادية)
جزائية جناية	زجر المقلدين ومنعهم من التقليد.	ابرازه لعقد الترخيص او لاي اتفاق تحريري اخر	حكم جزائي بالغرامة او الحبس مع العقوبات التكميلية التي ينص عليها القانون مع الزام المدان بالتعويض ان كان له مقتضى	الحق العام	١- الاعتراض على الحكم الغيابي ٢- التمييز (امام محكمة الاستئناف الاتحادية بصفتها التمييزية)

موقف المُشرّع العراقيّ من حماية برنامج الحاسبة الالكترونية

من المعروف أنّ لكلّ برنامجٍ الكترونيّ خوارزمية تسبقه في الاعداد وخطّة تلازمه اثناء التصميم وتطبيق ينتج منه عند التشغيل. والخوارزمية فكرة تدور في ذهن المؤلف ومن ثم يقوم بكتابتها بلغة من اللغة التي تفهمها الحاسبة مثل لغة البيسك او الفورتران او الكوبل او الباسكال. وهذا يعني ان البرنامج مُصنّف فكري من سائر المصنّفات المعروفة الاخرى. إلا ان قانون حق المؤلف العراقيّ رقم (٣) لسنة ١٩٧١ لم يقرّ وجود هذا المصنّف بنص صريح على الرغم من أنّ القواعد العامة للقانون المذكور قبل تعديلها بالأمر رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٤ كانت تُبيح وجود أنواع أخرى من المصنّفات المحمية مادامت

تتمتع بالابتكار ولا سيما أن تكييف برمجيات الحاسوب بالمصنفات العلمية لم يكن تكييفاً راجحاً او متفقاً عليه وقت نفاذ هذا القانون. وبعد الاحتلال الانكلوأمريكي على العراق في ٩/نيسان/٢٠٠٣ قامت سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة بتعديل قانون حماية حق المؤلف المشار اليه آنفاً واعتبرت بموجب نص صريح أن برامج الحاسبة الالكترونية محمية بموجب أحكام هذا القانون (المادة ٢/٢ منه)، أي أسبغ المشرع عليها صفة المصنف المحمي (Copyrightable) بموجب قانون حماية الملكية الفكرية وكذلك أسبغ (أو أضفى) المشرع العراقي على قواعد البيانات (وهي معلومات مرتبة ومُتكونة من مؤلفات ادبية او فنية او موسيقية او علمية تتم معالجتها حاسوبياً)^(١١٥) الحماية القانونية باعتبارها مصنفاً من المصنفات المحمية بموجب قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ (المادة ١٣/٢ منه).

ولما كان محل حق المؤلف ينصب على شي غير مادي لذا فإن حمايته بدعوى الاستحقاق العينية متعذرة وغير ممكنة، مما حدى بالمشرع العراقي، الى الاستعاضة عنها بدعوى المسؤولية العقدية والتقصيرية هذا فضلاً عن حمايتها بالدعوى الجنائية. إذ كفل قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل الحق لكل مؤلف وقع التعدي على مصنفه او على أي حق من حقوقه المقررة بمقتضى القانون المذكور ان يُطالب المسؤول بالتعويض المناسب (Justified Remedy) الذي تقدره المحكمة في ضوء الاعتبارات المتعلقة بالمؤلف والمصنف والمعتدي (المادة ٤٤ من القانون) كما شدد المشرع العراقي الجزاء الجنائي، الذي أشرنا إليه من قبل، على مرتكب فعل التقليد المُجرم بغرامة مالية فادحة نصت عليها المادة (٤٥ من هذا القانون)^(١١٦).

ولم يكتف المشرع العراقي بحماية المصنف من خطر تقليده او اشتقاقه فحسب وإنما حمى، وبأوسع مدى ممكن، حقوق المؤلفين أيضاً فإشترط لصحة التعاقد في اي تصرف ناقل لملكية برنامج الحاسوب ان يكون مكتوباً وان تكون الكتابة فيه شرطاً من شروط صحة الانعقاد وليس الاثبات فحسب، كما ساوى المشرع العراقي بين حقوق المؤلفين العراقيين والاجانب الذين تنشر مصنفاتهم داخل العراق او خارجه بالضمانات المنصوص عليها في هذا القانون كافة ودون اي استثناء في المعاملة بين المؤلفين بسبب اختلاف جنسياتهم (المادة ٤٩ من هذا القانون). وأخيراً أجاز المشرع العراقي للقاضي المدني المختص بالقضاء المستعجل (قاضي البداءة) ان يلزم المعتدي بوقف انشطته المخالفة للقانون ومصادرة النسخ محل الاعتداء والادوات المستعملة فيه بدون تبليغ المسؤول المطلوب الاستعجال ضده وبغيابه في الحالات التي يتعذر فيها إثبات اعتداء المسؤول على حقوق المؤلف. وللمطلوب الاستعجال ضده الحق في الاعتراض على الاجراءات المتخذة ضده في غضون مدة زمنية معقولة بعد تبليغه بهذا الاجراء والتي لم يحدد لها القانون ميعاداً (المادة ٣/٤٦ من القانون).

ويمكن تقسيم حماية البرمجيات ضمن مجال حماية حقوق المؤلف على النحو الآتي^(١١٧):

ت	نوع البرمجيات	نوع الحماية	التراخيص	الأعمال الاشتقاقية ^(١١٨) (أي تحويل مصنف من نوع الى آخر كتحويل من الصيغة الورقية الى الالكترونية او بالعكس)	التداول والتعديل والتوزيع
١.	البرمجيات التجارية Commercial ware	حماية الحق الأدبي والمادي للمؤلف بواسطة قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١	يجب توافر اركان العقد الاساسية الرضاء والمحل والسبب فضلاً عن الكتابة (تراجع المادتين ٨ و ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي تقابل المادة ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢)	غير مسموح الا بموافقة منتج البرمجيات التحريرية بشرط احترام حقه الادبي الوارد عليها (المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل)	يتم وفقاً لاتفاقية الترخيص
٢.	البرمجيات المشتركة Shareware	حماية الحق الأدبي والمادي للمؤلف بواسطة قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١	يجب توافر اركان العقد الاساسية الرضاء والمحل والسبب فضلاً عن الكتابة (تراجع المادتين ٨ و ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل)	غير مسموح الا بموافقة منتج البرمجيات التحريرية بشرط احترام حق المؤلف الادبي الوارد عليها	تراجع أحكام المادة (٢٦) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ^(١١٩)
٣.	البرمجيات المجانية Freeware	تقتصر الحماية فيها على الحقوق المعنوية للمؤلف دون حقوقه المادية	يجوز تقليدها بشرط احترام الحق الادبي للمؤلف ولكن لايجوز للغير ان يقوم باشتقاقها إلا بموافقة المؤلف التحريرية (تراجع المادتين ٨ و ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف العراقي)	غير مسموح الا بشرط موافقة منتج البرمجيات التحريرية و بشرط احترام حق المؤلف الادبي الوارد عليها	يسمح فيها بالتداول دون ترخيص (للاغراض الشخصية) بشرط احترام الحق الادبي لمؤلف البرنامج
٤.	البرمجيات مفتوحة الكود (الشفرة) Open Source Ware	تقتصر الحماية فيها على الحقوق المعنوية للمؤلف دون حقوقه المادية	لايجوز نشرها أو اشتقاقها إلا بموافقة المؤلف تحريراً وفق أحكام المادتين (٨، ٣٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل والتي تقابل المادة (١٤٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢	غير مسموح بشروط الا بموافقة منتج البرمجيات التحريرية بشرط احترام حقه الادبي الوارد عليها	يسمح فيها بالتداول دون ترخيص بشرط احترام الحق الادبي لمؤلف البرنامج الالكتروني (للاغراض الشخصية)

لا توجد موانع قانونية على تداولها (بشرط احترام الحق الادبي لمؤلف البرنامج الالكتروني)	مسموح بشرط احترام الحق الادبي لمؤلف البرنامج	يسمح فيها بالاستخدام دون الحصول على ترخيص	لابد من تعريفها على أنها برامج الملك العام (لاحتياج الى ترخيص لكونها غير محمية)	لا تسرى عليها حماية حقوق المؤلف المادية بينما يجب حماية حقوقه الادبية حتى بعد انقضاء مدة حمايته القانونية (المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف العراقي)	برمجيات الملك العام Public domain Software	٥
---	--	---	---	--	--	---

بالإضافة إلى الوسائل والطرق التقليدية المشار إليها أنفاً سيتم التطرق إلى نظم حماية وضمان وتغطية حديثة، ملائمة وفعالة، وهي نظام الضمان الزمني المحدد الفترة ونظام التأمين الإجباري في المطلب الثالث.

المطلب الثالث: التنازل عن برمجيات الحاسوب

التنازل عن الحق المادي للمؤلف

لا تختلف شروط التنازل عن برمجيات الحاسوب عن شروط التنازل عن حقوق المؤلف المادية الواردة على مصنفاته المحمية، فالبرنامج او الكتاب صنفان من المؤلفات المحمية وكلاهما مشمول بأحكام الحماية القانونية للملكية الفكرية (حق المؤلف) ولاسيما ان المادة (٣٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل قد نصت على ما يأتي: ((للمؤلف ان ينقل الى الغير حقوق الانتفاع المنصوص عليها في هذا القانون إلا ان نقل احدي الحقوق لا يترتب عليه إعطاء الحق في مباشرة حق آخر. ويشترط لصحة التصرف ان يكون مكتوباً وان يُحدد فيه صراحةً والتفصيل كل حق يكون محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه وعلى المؤلف ان يمتنع عن أي عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف به)). وبذلك فإن شرط الكتابة هو الشرط الموضوعي للتنازل عن برمجيات الحاسوب او الترخيص بها (Licensing) فضلاً عن الشروط العامة لأي عقد من رضاء ومحل وسبب، مع ملاحظة ان شرط الكتابة هو الشرط الخاص للتنازل عن برمجيات الحاسب. والتنازل عن ملكية البرنامج لاتعني، بأي حال من الأحوال، تنازل المؤلف عن حقه الادبي الوارد عليه إذ لا يقتصر تنازله الا عن الحقوق المادية المتولدة منه.

ولكي نبين بوضوح موقف المُشرِّع العراقي من التنازل الشفهي عن حق المؤلف المالي على مصنفه لابد ان نشرح المصدر التاريخي للقانون العراقي، لذلك نضطر الى الرجوع الى القانون المصري

باعتباره مصدراً أصلياً من مصادر القانون العراقي (في بعض جوانبه). فقد اشترط هذا القانون لصحة التصرف في حق المؤلف المالي ان يكون التنازل عنه مكتوباً وقت التعاقد عليه، وهذا ما تضمنته المادة (٣٧) من قانون حماية حق المؤلف رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٤ الملغى كما تضمنته ايضاً المادة (١٤٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ القائم. فقد جاء في المذكرة الايضاحية (Explanatory note) المرافقة للقانون رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٤ الملغى والمنسجمة في مبادئها العامة مع احكام قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ النافذ، ما يأتي: ((قد اشترطت الفقرة الثانية من المادة (٣٧) لصحة التصرف في الحق المالي ان يكون التعاقد بشأنه بالكتابة وان يتضمن في صراحةٍ وبالتفصيل كل حق محل التصرف على حده مع بيان مداه والغرض منه وزمان الاستغلال ومكانه ذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينةٍ من امره وخاصة لكي لانوضع في العقد نصوص اجمالية غامضة ومجحفة للمؤلف))^(١٢٠).

وبذلك تكون المذكرة الايضاحية للقانون المصري المذكور قد قطعت صراحةً، وبلا لبس، الامر كله عندما اعتبرت (الكتابة فقط) في عقد التنازل عن حقوق المؤلف المالية شرطاً لصحة الانعقاد.

اما موقف المشرع العراقي، من شرط الكتابة، الذي اشارت اليه بوضوح المادتان (٨) و (٣٨) من قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ فمن الصعوبة علينا طرحه لأول مرة وذلك لتعارضها مع المبادئ العامة للتقنين المدني العراقي التي اخذت بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الاسلامي. ولا سيما ان الاخلال بشرط الكتابة يتقرر عندما يتمسك به المؤلف وحده او من يخلفه.

ان نظرية العقد الموقوف تتنافى مع نظرية العقد القابل للابطال. وذلك لان القابلية للبطان وفق التصوير الحديث تقتضي ان تلحق به الاجازة كما تلحق هي ايضا بالعقد الموقوف. الا ان طبيعة الاجازة في كلا العقدين مختلفة تماماً. فالاجازة في العقد الموقوف بمثابة الوكالة السابقة وتكون لترتيب الآثار بعد ان كانت متوقفة^(١٢١). فالاجازة في العقد الموقوف هي اشبه بالاسعافات الاولية التي يقوم بها المميز ليعيد الحياة الى المصاب (اي العقد الموقوف) بعد ان اوشك على فقدانها. اما الاجازة في العقد القابل للابطال فهي بمعنى الامضاء او الاختيار، والغرض منها لزوم العقد وعدم تعرضه للفسخ^(١٢٢). فالاجازة في هذا العقد هي اشبه بلقاح يقدم الى طفلٍ ما (اي العقد المشوب بالبطان) لكي يتجنب خطر اصابته بالمرض او العدوى فيموت بسببها بعد ان كان قوياً صحيحاً.

وإذا طرحنا فكرة الاجازة في كلا العقدين (اي العقد الموقوف والعقد القابل للابطال) جانباً، فإن ماهية كل واحد منهما تتنافى ايضا مع ماهية العقد الاخر. وذلك لان القابلية للبطان وفق التصوير الحديث تقتضي ان يكون العقد بحكم العقد الصحيح قبل ان يتم نقضه^(١٢٣)، كما تقتضي ان يكون نافذ الاثر وتفترض ان يكون قابلاً للاجازة او النقص مدة معلومة-بمقتضى المادة (١٤٠) مدني مصري- لذا

فالعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي أقرب ما يكون الى العقد النافذ غير اللازم في الفقه الاسلامي والتقنين المدني العراقي^(١٢٤).

وشروط الكتابة في عقد التنازل عن البرنامج الالكتروني ليس شرطاً للاثبات وإنما شرطاً لصحة الانعقاد ولا يتمسك به إلا المؤلف (أي محلل النظم والمبرمجين الذين يعملون تحت اشرافه). فالكتابة وإن كانت تُفِيد في إثبات وجود التصرف القانوني او انقضائه الذي تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار عراقي (المادة ٧٧ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل) إلا انه شرط لصحة الانعقاد ايضاً ولا يستفيد منه إلا مؤلف البرنامج. والجزاء المترتب على عدم تحققه في القانون العراقي، يُعدُّ جزاءً استثنائياً ومخالفاً لجزاء تخلف شروط الانعقاد والصحة في العقد المنصوص عليه في القانون المدني العراقي النافذ، فهو يختلف في مرحلة سابقة على تمسك المؤلف به عن المرحلة التي تلحقها. فقبل تمسك المؤلف به يُعتبر عقد التنازل كما لو كان عقداً صحيحاً مُنتجاً لآثاره القانونية كافة. أما لو تمسك مؤلف البرنامج به وطعن بعدم صحة تنازله نتيجة تخلف وجود الكتابة في اتفاق التنازل عن البرنامج، فإن العقد يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً. والواقع من الأمر، ان هذا الجزاء، كما يصفه المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري ليس إلا حكماً لتصرف افتقد الى شرط من شروط صحة انعقاده وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة اتفاق يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما فيؤول أمره في النهاية الى الصحة التامة أو البطلان المطلق^(١٢٥). وهذا يعني ان الجزاء المترتب على إنعدام الكتابة، وهو شرط من شروط صحة انعقاد التنازل عن البرمجيات، هو البطلان النسبي المعروف في الفقه الغربي (الفقه اللاتيني) المقرر لمصلحة مؤلف البرنامج. وهذا الجزاء لم يأخذ به القانون المدني العراقي نهائياً إلا انه يمكن ان يكون تكييفاً قانونياً لهذه الحالة ويلزمنا الأخذ به^(١٢٦).

الجزاء المترتب على تقليد البرامج / حالة عدم وجود سند كتابي صريح بالتنازل بيد المتنازل اليه
لقد حظرت المادة (٨) من قانون حماية حق المؤلف (العراقي) رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على الغير ان يقوم بتوزيع البرنامج او نسخه او نقل ملكيته او استيراده دون اذن كتابي صريح صادر من المؤلف او من يخلفه والا كان هذا التصرف عملاً غير صحيح يستوجب على فاعله المسؤولية الجنائية والمدنية وعلى نحو ما سبق لنا ذكره بالتفصيل سابقاً، لما يشكله من عمل غير مشروع بأعتبره قرصنة او تقليداً لبرامج الكومبيوتر. لذا يفترض بأن يحتفظ كل موزع بهذه البرمجيات بسند الترخيص او التنازل الكتابي اليه ولا يشفع له ادعاؤه بفقْدان هذا السند الا اذا اثبت ذلك بسبب لا دخل لارادته فيه (المادة ١٨/ثانياً من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل).

وقد رتب المُشرِّع العراقيّ اجراءات وجزاءات قانونية خاصة في حالة تقليد البرامج بصورة غير مشروعة بما فيها الادعاء بالترخيص الشفهي بتوزيع البرنامج او نسخه والتي سبق لنا الاشارة اليها. فمن هذه الاجراءات انه ترك لمحكمة الموضوع (محكمة البداية) الحق في ان تتخذ اي اجراء مناسب ضد القرصان مثل مصادرة النسخ التي قام بأستنساخها ومصادرة الادوات المستعملة في عمله غير المشروع هذا فضلاً عن مصادرة عائدات التعدي دون تبليغيه وبغيابه (المادة ٤٦/٤ من القانون) كما رتب المُشرِّع جزاءً جنائياً ومدنياً على شخص المسؤول عن اعمال القرصنة الواقعة على البرامج. اذ افرد المُشرِّع المادة (٤٤) من القانون التي تجيز للمؤلف مطالبة المسؤول (او القرصان) بالتعويض المناسب جراء عمله على ان يؤخذ بالاعتبار فيه، عند تقدير التعويض، المنزلة الثقافية للمؤلف والقيمة الادبية والعلمية والفنية للبرنامج ومدى الفائدة التي حصل عليها القرصان من خلال استغلاله لهذا البرنامج. كما نظمت المادة (٤٥) من هذا القانون الجزاء الجنائي وفرضت غرامة مالية على القرصان لا يقل حدها الأدنى عن خمسة ملايين دينار ولا تتجاوز عن عشرة ملايين دينار وفي حالة العود شدد المُشرِّع الجزاء المترتب على القرصنة بالسجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن مئة مليون دينار ولا تزيد على مئتي مليون دينار او بأحدى هاتين العقوبتين.

والحقيقة لقد نجح المُشرِّع العراقيّ عندما لم يميز في التمتع بالحقوق المنصوص عليها في هذا القانون بين المؤلفين العراقيين والاجانب كما لم يميز بين البرامج المنتجة او الموزعة في العراق او خارجه اذ يتمتع محللو النظم والمبرمجون الذين يعملون معهم سواء أكانوا عراقيين ام اجانب بنفس الحقوق التي نص عليها قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل سواء وزعت برامجهم في العراق أم خارجه (المادة ٤٩ منه). وبأمكان (المدعى عليه) في الدعوى المدنية او (المتهم) في الشكوى الجزائية ان يتخلص من اي اجراء او يطعن في صحة اي جزاء قانوني يتخذ ضده في حالة ابرازه لسند التنازل الكتابي الصادر عن محلل النظم او الشركة المنتجة للبرمجيات والذي يبيح له نسخ البرنامج او توزيعه او بيعه او نقل ملكيته للغير.

التكليف القانوني لأعداد البرمجيات والتنازل عنها

يرتكز الانتاج العالمي للبرمجيات على نوعين: الاولى برمجيات سابقة التجهيز لتلبية الاحتياجات الشائعة من المتطلبات الانسانية او الاقتصادية لتطبيقها وذلك مثل برامج الاحصاء وبحوث العمليات واكتشاف الفيروسات. والثانية برمجيات تصمم خصيصاً لعمل معين ويقصد تحقيق هدف معين ولغرض معين (special program)^(١٢٧). وذلك مثل برامج المحاكاة الخاصة التي تستخدم لحل مشاكل مشروع صناعي ما او برامج لتحديد الاحتياجات الخاصة من الكهرباء والماء ودرجة الحرارة والغذاء الذي يقدمه فندق ما لزيائنه.

والبرامج من النوع الاول (اي البرامج العامة) لا يتم التنازل عن حقوق الملكية الفكرية فيها عادةً الا بموجب اتفاق تحريري صريح عن التنازل عنها بحيث يذكر مؤلفها وبوضوح سواء أكان شخصاً طبيعياً كمحلل النظم أم شخصاً معنوياً كشركة البرمجيات بأنه يتنازل عن بعض او جميع حقوقه المالية الواردة على هذا البرنامج بشرط ان يحدد المتنازل ذكر كل حق مالي يريد المؤلف التنازل عنه. بينما البرامج من النوع الثاني (اي البرامج الخاصة) فتصمم لمصلحة العميل ابتداءً وانتهاءً. وهذا يعني تنازل المؤلف عن حقوقه المالية الواردة عليها مقدماً ما لم يحتفظ بحق ملكيته عليها بموجب شرط كتابي صريح بينهما.

والحقيقة ان التكييف القانوني لعقد اعداد البرامج او التنازل عنها لا يختلف او ينفصل عن نوع البرنامج المطلوب التعاقد عليه والمراد تطبيق حكم القانون الاكثر انطباقاً على اعداده او التنازل عنه. وذلك لان المقصود بالتكييف القانوني هو تطبيق حكم القاعدة القانونية على فرضيتها المتمثلة بالواقعة الحاصلة التي وصفها التكييف ضمن اطار الفرضية التي افترضها المشرع^(١٢٨). فالتكييف القانوني انما هو تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع.

وأياً كان نوع البرنامج عاماً من النوع الاول او خاصاً من النوع الثاني فإن دور مؤلفه (محلل النظم او شركة البرمجيات) يبقى مستقلاً تمام الاستقلال عن رقابة وتوجيه العميل. اذ لا يخضع مؤلف البرنامج لتوجيهات عميله، وانما يقوم بعمله بصورة مستقلة عنه، لذا نستبعد ابتداءً تكييف علاقته مع هذا العميل بكونها علاقة عمل لأفتقادها لعنصر التبعية، ولكن يستقيم تكييف عمل مؤلف البرنامج بكونه عقد مقاوله الى حد كبير^(١٢٩).

وإذا اقتصر دور محلل النظم على تقديم المشورة او النصح في تشغيل البرنامج او في الاستفادة من التطبيقات العملية المتولدة عنه فيكيف هذا العقد على اعتباره عقد اجارة خدمات اذ لا يمكن تصور استعمال برنامج ما بدون خطة واضحة لصيانتها ولاسيما اذا كان جزءاً من منظومة المعلوماتية^(١٣٠).

والحقيقة ان بعض عقود تقديم النصح والارشاد قد تتطلب من الناصح او المرشد (اي محلل النظم المختص او شركة البرمجيات المتعاقد معها) ان يقدم برنامجاً واحداً او اكثر لعميله. وفي هذه الحالة فإن ملكية هذا البرنامج تبقى للناصح او للمرشد ما لم يتضمن العقد المبرم بينهما بنداً صريحاً يتضمن انتقال ملكية البرنامج الى عميله المتعاقد الاخر^(١٣١).

ومن الجدير بالذكر قوله ان شراء الزبون لأحدى البرمجيات الجاهزة لا يبيح له سوى استعماله والاستفادة من تطبيقاته دون ان يستأثر بالحقوق المالية المتولدة عنه، لأن الاستئثار يتطلب تنازل المؤلف عن حقوقه المالية الواردة عليه كتابةً والا كان التنازل عنه قابلاً للإبطال استثناءً من القانون المدني العراقي على نحو ما سبق لنا ذكره.

الخلاصة والمقترحات

لقد تبين لنا من خلال هذا البحث الوجيز ان طرقَ الحماية القانونية للبرامج الالكترونية مازالت في طور التكوين ولم يكتمل نضجها بعد إذ لاتوجد تطبيقات عملية خاصة بضمان حق مؤلف البرمجيات من خطر تقليدها ولاتوجد قوانين خاصة تضمن حق مؤلف البرامج الحاسوبية او إقرار نظام التأمين الالزامي من مخاطر المسؤولية المعلوماتية الناشئة عنها لحد الآن كما لم تنظم التشريعات العربية والاقليمية المستمدة من قانون حماية المستهلك الفرنسي لسنة ١٩٩٢ حماية مشتري البرمجيات بإعتباره مستهلكاً لها يحق له إرجاع هذه البرمجيات في حالة وجود عيب فيها أو مخالفة للمعلومات التفصيلية المقدمة بشأنها.

ومن الواضح أنّ معظم القوانين العربية قد اعتبرت برامج الحاسوب الالكتروني مصنفاً من المصنفات المحمية بقوانين حماية الملكية الفكرية ومن ثم شملتها بالحماية الخاصة بها متى كانت مُبتكرة دون ان تلاحظ ان لمعنى الابتكار في البرامج الالكترونية خصوصية فريدة إذ لايمكن للمؤلف (محلل النظم والمبرمجين الذين يعملون تحت اشرافه) ان يسبغ على برنامجه طابعه الشخصي مهما بذل من الجهد ولكنه يستطيع ان يحل اي مشكلة من المشاكل الاجتماعية او العلمية او الاقتصادية التي تواجه المستفيد من خلال تطبيقه لهذا البرنامج. وهذا هو المقصود بالابتكار في البرامج الحاسوبية بوجه خاص. لذا فإن الابتكار فيها يتحقق بتشغيل البرنامج وأداء المقصود منه ممّا يجعل له قيمة مالية كبيرة يحسب لها الحساب إذ يصحّ ان تكون محلاً لعقد البيع او جزءاً من صفقة كأن يكون جزءاً من مكونات محل من المحلات التجارية او الصناعية او ان يكون جزءاً من مكونات الأموال المعلوماتية التي تشمل فضلاً عليه اجهزة الحاسوب والقياس والسيطرة والتوجيه وبذلك فإن بيع البرنامج ذاته او التنازل عنه تعني التنازل عن حق مؤلفه المادي لا الادبي. وهذا التنازل يستلزم ان يكون التعبير عنه كتابياً لامشاهدة حماية لمصلحة المؤلف (المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل). ولما كان البرنامج جزءاً من المنظومة التقنية الحديثة التي بها ومن خلالها تعمل الحاسبة الالكترونية، لذا ندعو السادة الباحثين الى بحث هذا الموضوع من جديد في ضوء هذه التقنية الحديثة ولاسيما عندما يكون البرنامج جزءاً من مكونات محل تجاري او صناعي او معمل او حقل او منظومة مكونات معلوماتية كما ندعو المشرّع العراقي الى التوسع في حماية البرامج الالكترونية وتنظيم استغلالها تجارياً او صناعياً ولاسيما في عقود تأسيس الشركات وعقود الاستثمار الدولية وخصوصاً في مجال البرمجيات والمعلومات والانترنت وذلك من خلال إعتبارها جزءاً من رأس مال الشركة عند تأسيسها او زيادة رأس مالها وخصوصاً إذا كان نشاط الشركة حاسوبياً دون الاخلال بحقوق صغار المساهمين وسائر دائني الشركة

وسوق الاوراق المالية في الطعن بصحة احتساب هذه البرامج من راس مالها اذا كان المقصود منه اضعاف المركز القانوني او الاقتصادي للشركة.

هوامش البحث

١. د. نوار دهام مطر الزبيدي، الحماية القانونية ضد إساءة استخدام الكمبيوتر، مجلة كلية الرافدين الجامعة للعلوم، العدد ٦ السنة الرابعة ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، ص ٧٩.
٢. يراجع كل من د.نعيم مغبغب، الملكية الأدبية والفنية والحقوق المجاورة (دراسة في القانون المقارن)، ط١، بيروت: بدون ذكر جهة النشر، ٢٠٠٠، ص ١١٢ (ملاحظة: أشار المؤلف المذكور الى احدى نصوص هذه القوانين باللغة الفرنسية)، ويُراجع أيضاً ياسر باسم ذنون، الطبيعة القانونية لبرامج الحاسبة الالكترونية ووسائل حمايتها، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد (١)، السنة (١٠)، عدد (٢٤)، ٢٠٠٥، ص ص(٢١٥-٢١٦). اسل عبدالكاظم كريم الصدام، الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص ٩٣ وص ٩٦.
٣. الكلمة التي غالباً ما تُستخدم في كل صفحة من صفحات البحث هي البرمجيات، والبرمجيات لاتتألف فقط من رموز في شكل قابلة للقراءة من الجهاز، ولكن كل التوثيق الذي يكون المكون الجوهرى لكل مشروع أيضاً . وبهذا فإن البرمجيات تتضمن وثيقة المواصفات، وثيقة التصميم، وكل أنواع الوثائق القانونية والحسابات. أما مصطلح النظام فإنه يستخدم لأن للاشاره لتوحيد أو دمج المكونات المادية والمعنوية (hardware- software). فعلى سبيل المثال نظام سيطرة الطيران في الطائرة يتضمن حاسبات وبرمجيات تنفذ عليها، راجع المصدر، Stephen R. Schach, "Classical and Object-Oriented Software Engineering 3rd Edition, Irwin McGraw-Hill, 1996, p21.
٤. د.نزیه محمد الصادق المهدي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني من ١-٣/مايو/٢٠٠٠م، ط٣، ٢٠٠٤م، ص ٥٠٧.
٥. للتفاصيل يُراجع د.واثبة داود السعدي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد (١٨)، العدد (١)، ٢٠٠٤، ص ٦٤.
٦. بينما لم ينص قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ في المواد (٧، ٨، ٩، ١٠) على التعويض صراحةً إكتفاءً منه بقواعد التعويض العامة المنصوص عليها في القانون المدني المصري (المادة ٢٠٣ منه).
٧. القاضي وليد عاكوم، التحقيق في جرائم الحاسوب، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، دبي-الامارات العربية المتحدة، ٢٦-٢٨ أبريل ٢٠٠٣، ج ١ (محور القانون الجنائي)، ص ٥١٩.

٨. يُنظر: د. عبد الزراق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨ (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٧، بند (١٦٤)، ص ٢٧٤. د. محمد كامل مرسي بك، الأموال، القاهرة: مطبعة الزغائب، ١٣٥٤هـ، ١٩٣٥م، بند (٣٩)، ص ٢٢. د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا (دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية)، ط ١، القاهرة: دار المستقبل العربي، ١٩٨٧، بند (٥٤)، ص ٦٧.
٩. وفي هذا المعنى نجد د. حسام محمد عيسى، المرجع السابق، بند (٥٦)، ص ٦٩ كتب ما يأتي: ((كذلك فمن غير المُجديّ هنا، من أجل استبعاد حق الملكية من ميدان الأشياء غير المادية -كالتكنولوجيا مثلاً- الاستناد الى الخصائص النظرية للمعرفة بشكل عام، على نحو مايفعله الاستاذ السنهوري {الوسيط، ج ٨، بند (١٦٦)}، ص ٢٧٩))، حين يُفرق بين عالم الفكر وعالم المادة. فالمادة على حد تعبيره ((تؤتي ثمارها بالاستحواذ عليها والاستثمار بها، أما الفكر فعلى النقيض من ذلك، يؤتي ثماره بالانتشار لا بالاستثمار، وبالانتقال من شخص الى آخر بحيث يمتد الى أكبر مجموع ممكن من الناس يقتنعون به ويستقرّ في أذهانهم)). ثم يستطرد بعد ذلك قائلاً: ((ان الفكر كما قدمنا حياته في انتشاره لا في الاستثمار به، وإذا كان صاحب الفكر هو الذي ابتدع نتاج فكره، فالانسانية شريكة له من وجهين، وجة تقضي به المصلحة العامة، إذ لا تتقدم الانسانية إلا بفضل انتشار الفكر، ووجه آخر يرجع الى ان صاحب الفكر مدين على نحو ما للانسانية، ففكره ليس إلا حلقة في سلسلة، تسبقها حلقات وتتلوها حلقات)) {الوسيط، ج ٨، بند (١٦٦)، ص ص (٢٧٩-٢٨٠)}. أقول من غير المُجديّ الاستناد الى هذه الخصائص النظرية، لأن مؤداها ليس امكانية خضوع المعارف لحق الملكية، ولكن استبعادها نهائياً من ميدان الحقوق المالية، لأن كل حق مالي هو في نهاية الأمر حق استثنائي. ثم ان هذا الرأي يخالف الواقع القانوني نفسه حيث تخضع المعارف والافكار للحقوق المالية، ويخالف فكر الاستاذ السنهوري نفسه الذي يعتبر الحقوق على الأشياء غير المادية -مثل حق المؤلف والمخترع- من قبيل الحقوق العينية)).
١٠. يُنظر الاستاذ بلال أمين زكي الدين، جرائم نظم المعالجة الآلية للبيانات في التشريع المقارن والشريعة الاسلامية، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص ١٠٧.
١١. المرجع السابق، ص ١٤٥ و ص ١٥٣.
١٢. يُنظر الرائد د. عايد رجا الخليفة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية (المسؤولية الناشئة عن اساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت) (دراسة مقارنة)، ط ١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ١٠٨.
١٣. المرجع السابق، ص ١٠٩.
١٤. خالد ضاري الطائي و عبدالرحمن حامد الحسيني، الحاسبة الالكترونية والبرمجة بلغة بيسك، ط ١، بغداد: مطبعة الديواني، ١٩٨٨، ص ٧.
١٥. د. علاء عبدالرزاق السلمي، تكنولوجيا المعلومات، جامعة العلوم التطبيقية، ط ١، كحلون، عمان، جامعة العلوم التطبيقية ١٩٩٩، ص ص (١٣٥-١٤٢).

١٦. أ.د. مصطفى محمد عرجاوي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، من بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت المنعقد للفترة من ١-٣/مايو/٢٠٠٠، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ط٣، ٢٠٠٤م، ص ص(٣٦٦-٣٦٧).

17. James A. Senn, Information Technology in Business, Prentice Hall., 1995, p60.

١٨. أ.د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ص (٣٦٧-٣٦٨).

19. Roger Pressman, Software Engineering, A practitioner Approach, 4th ed, Mc-Hill, 1998, pp(15-16)

٢٠. كوبول ((COBOL) Common Business Oriented Language)) لغة حاسبة صممت للإغراض التجارية. خالد ضاري الطائي وعبد الرحمن حامد الحسيني، مرجع سابق ص٣٧.

٢١. الكول ((ALGOarithmic Language(ALGOL)) هي لغة عالمية تستخدم للإغراض العلمية واسمها مقتبس من لغة الخوارزمية وقد استخدمت في البدء للتعبير عن خوارزميات برامج الحاسبة. راجع المصدر، F G Pagan, "A Practical Guide to Algol 68, Wiley,1976.

٢٢. فورتران ((Formula Translation (Fortran)) هي واحدة من لغات الحاسبة القديمة والتي صممت من قبل شركة IBM للتطبيقات العلمية والهندسية.

٢٣. لغة C هي لغة برمجة للأغراض العامة، تحتوي تعليماتها على اصطلاحات تشبه التعبيرات الجبرية، مدعمة بكلمات رئيسية keywords إنكليزية، مثل: if,else,for,do,while كما تحتوي على سمات إضافية، تسمح لها بالاستخدام على مستوى منخفض: راجع المصدر، بايرون س.جوتفريد، "البرمجة بلغة C"، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، ص٣٤، ١٩٩٣.

٢٤. ++C لغة برمجة كيانيه (شيئية)، و أصل الاسم هو 'C with classes'، تدعم هذه اللغة المقومات الأربعة للبرمجة الكيانية وهي: التغليف أو الكبسلة (Encapsulation)، وإخفاء البيانات (Data Hidden) والوراثة (Inheritance)، والتعددية الشكلية (Polymorphism)، راجع المصدر، E Balagurusamy, "Object-Oriented Programming With C++", Tata McGraw-Hill Publishing Company Limited, 1995, p15,.

٢٥. H Deitel, "Introduction to computer programming with the BASIC language", Prentice-Hall 1977.

٢٦. Roger Pressman, OP.Cit.,p p(29-42).

٢٧. الخوارزميات: العناصر والرموز الرياضية التي يتكون منها بناء البرنامج وهي كالأفكار والحقائق العلمية ليست محل حماية لأنها ليست موضعا للاستئثار (مادة ٢/٩ من اتفاقية تريس) لكنها متى ما نظمت على شكل أوامر ابتكارية لتحقيق غرض معين اصبحنا امام برنامج، وهو بهذا الوصف ان توفرت له عناصر الجدة

- والابتكار والاصالة محل للحماية شأنه شأن أي من مصنفات الملكية الفكرية الادبية الاخرى. راجع المصدر:
الملكية الفكرية الرقمية، www.mowhopon.net.
٢٨. PASCAL هي لغة تستخدم في الأغراض العامة، كما أنها لغة مرتفعة المستوى. وقد استخلصت هذه اللغة من لغة Algol-60. وتعد تعليمات لغة البسكال بطريقة تشبه التعبيرات الجبرية، مستخدمة بعض كلمات اللغة الإنجليزية التالية: BEGN, END, IF, ... وبهذا الشكل فإن لغة البسكال تشبه العديد من اللغات ذات المستوى المرتفع: راجع المصدر، بايرون س. جوتفريد، البرمجة بلغة الباسكال، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، ص ٢٤، ١٩٩١.
٢٩. خالد ضاري الطائي و عبدالرحمن حامد الحسيني، مرجع سابق، ص ص(٣٥-٣٦).
٣٠. أ.د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ٣٦٩.
٣١. ينظر د. اياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية على الاشياء وتطبيقاتها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص (دراسة مقارنة)، ط ١، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، بغداد: مطبعة بابل، ١٩٨٢، بند ١٢٧، ص ١٦٦.
٣٢. المرجع السابق.
٣٣. المرجع السابق.
٣٤. يُنظر د. جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر (دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية)، العراق: منشورات جامعة صلاح الدين، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، ص ١٥٣ وما بعدها.
٣٥. للتفاصيل يُنظر المرحوم د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١ (مصادر الالتزام)، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠٠٧، بند (٨٣٤)، ص ٤٩٨ وما بعدها. ويُنظر خلاف رأيه د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ١، بغداد: شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بدون ذكر لسنة الطبع، ص ص(٢٤٤-٢٤٥).
٣٦. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، ساعدت جامعة بغداد على نشره، بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٧١، بند (٨٥٧)، ص ص(٤٣٨-٤٣٩).
٣٧. المرحوم منير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام غير العقدية والاصناف المعدلة لأثار الالتزام)، القاهرة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٤، ص ٧.
٣٨. ومن المعروف ان التقنين المدني العراقي قد تأثر بالفقه الاسلامي بوجه عام وبالفقه الحنفي بوجه خاص باعتبارها مذهب الدولة العثمانية التي كان جزءاً محتلاً منها قبل الحرب العالمية الاولى. وهذا يقتضي دراسة مفهوم (التعدي في الفقه الحنفي).
- وفي هذا الصدد نجد ان ماهية (التعدي) في الضمانات للبغدادى لفظ غير متفق على معناه. فالتعدي في حالة اتلاف المال لا يخلو ان يكون مباشرة او تسبباً. فإذا كان التعدي مباشرة، فإن المباشر ضامن وان لم يعتمد بأعتبره مذهب الدولة العثمانية التي كان جزءاً محتلاً منها قبل الحرب العالمية الاولى. وهذا يقتضي دراسة مفهوم (التعدي في الفقه الحنفي).
- وفي هذا الصدد نجد ان ماهية (التعدي) في الضمانات للبغدادى لفظ غير متفق على معناه. فالتعدي في حالة اتلاف المال لا يخلو ان يكون مباشرة او تسبباً. فإذا كان التعدي مباشرة، فإن المباشر ضامن وان لم يعتمد بأعتبره مذهب الدولة العثمانية التي كان جزءاً محتلاً منها قبل الحرب العالمية الاولى. وهذا يقتضي دراسة مفهوم (التعدي في الفقه الحنفي).
- (المسألة ١٣١٥) واذا كان الاتلاف تسبباً، فإن المتسبب لا بضمن الا اذا كان متعدياً. وفي مسألة اخرى

تتعلق بالجناية عن النفس يقول الفقيه البغدادي (رحمه الله) ان المباشر ضامن وان لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن الا ان يتعدى (المسألة ١٥٢٦). فيتضح مما سبق ذكره ان التعدي في حالة الاتلاف هو فعلٌ ضار لا يستوجب ادراك الفاعل له في الاحوال كافة. وفي الجناية على النفس او ما دونها يجب ان يكون معناه القيام بفعل ضار ومقصود الاتيان به الاضرار بالنفس او ما دونها. للتفاصيل يراجع العلامة ابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي المتوفى سنة ١٠٣٠ هـ (١٦٢٠م)، المجلد الاول، تحقيق أ.د. محمد احمد سراج و أ.د. علي جمعة محمد، ط١، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، ص ٣٤٥ (المسألة ١٣١٥) و ص ٣٨١ (المسألة ١٥٢٥).

ويتبين من رأي العلامة البغدادي ان التعدي يتطلب ادراك الفاعل له في الجنايات الواقعة على النفس ولا يتطلبه في حالة اتلاف المال مباشرة لا تسبباً. ويقترب رأي الاستاذ الزلمي من هذا الرأي (سبق لنا ذكره في متن الموضوع).

٣٩. المرجوم مُنير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي، المرجع السابق، ص ٧.

٤٠. د. جاسم لفته سلمان العبودي، حول المداخلات في احداث الضرر تقصيراً (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الخامس عشر، العددان الاول والثاني، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ٢٨٨، والتي كتب فيها ما يأتي: ((ويذهب البعض الى ان الفقه الاسلامي يرتب المسؤولية على المباشر مطلقاً، اي سواء أكان متعمداً للضرر ام غير متعمد. وهذا القول غير دقيق في شقه الاخير، فالضمان يترتب على المباشر اذا تعدى سواء أكان متعمداً ام غير متعمد، ولكن لا يترتب عليه اذا لم يتعد، والتعدي في الامر هو تجاوز ما ينبغي ان يقتصر عليه دون جواز شرعي، وهو ليس التعمد بالذات. وقد اشرنا، قبل قليل، الى سبب الوقوع في الغلط بشأنه بحيث أستعمل كما لو كان يعني التعمد بالذات، ولكنه يعد مع هذا، في مصاف الخطأ بالنظر لما فيه من مساس بحقوق الغير دون وجه حق او عذر شرعي، وهذا بحد ذاته اخلالاً بالالتزام القانوني)). فالاستاذ جاسم العبودي يرى في ص ٢٧٨ من بحثه المشار اليه انفاً بأنه يمكن: ((التصريح بأن الفقه الاسلامي قد اتخذ موقفاً وسطاً بين نظرية الخطأ ونظرية تحمل التبعة)).

لذا فنحن امام (ازمة)، ازمة تفسير لمعنى التعدي كاساس للضمان عن الفعل الضار في الفقه الاسلامي. ولا سيما اننا نجد ان كل طرف من المحدثين، يسحب الفقه الاسلامي الى جانبه:

فالاستاذ مصطفى الزلمي يفسر لنا التعدي بأنه الركن المادي للخطأ المعروف في الفقه الغربي بينما يفسر لنا الاستاذ جاسم العبودي (التعدي) بأنه في موقف وسط بين نظرية الخطأ الواجب الاثبات وبين نظرية تحمل التبعة. واخيرا يفسر لنا الدكتور صبحي المحمصاني (التعدي) بالعمل الضار الذي لا يستوجب الادراك من فاعله دائما وهذا بخلاف الاتلاف في حالة التسبب (النظرية العامة للموجبات والعقود، في الشريعة الاسلامية (بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة)، ج ١ (يبحث في التصرفات الشرعية بوجه عام وفي التصرفات الفعلية والاعمال غير المباحة) بيروت: مكتبة الكشاف ومطبعتها، ١٩٤٨، ص ١٩٧).

لذا يستلزم لبيان وجهة نظرنا النهائية في تفسير احكام المادتين (١٨٦ و ١٩١) من التقنين المدني العراقي اتفاق مجتهدي الامة الاسلامية على تحديد المقصود بلفظة التعدي باعتبارها اساس المطالبة بالضمان عن الفعل الضار.

٤١. ينظر ايضاً د. جليل حسن الساعدي، ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الخامس عشر، العددان الاول والثاني، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ص (٤٥٧-٤٥٨)، اذ كتب فيه ما يأتي: ((اننا نذهب الى غير ذلك، ونرى انه يجب تفسير هذا التعدي من ناحيتين، ايجابية وسلبية، فمن الناحية الايجابية يعد الشخص متعدياً عند قيامه بعمل اذا ما تجاوز الحدود التي كان يجب عليه التزامها عند قيامه بذلك العمل. ومن الناحية السلبية يعد الشخص متعدياً اذا امتنع عن القيام بعمل كان يجب ان يقوم به..... والمادة ٢٠٢ تنص على انه: ((كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او اي نوع اخر من انواع الايذاء، يلزم بالتعويضات من احدث الضرر))). وواضح ان هذه المادة لم تشر صراحة ولا دلالة الى الخطأ ولا حتى الى التعدي، وانما اكتفى المشرع فيها بالفعل او بالترك المخالف للقانون. فهذه المادة تضع حكماً في تقرير مسؤولية كل شخص يأتي فعلاً ضاراً بالنفس سواء أكان هذا الشخص مميزاً او غير مميز، وذلك لعموم النص وعدم تقييده بشرط معين. وهذا النظر هو الذي يعطي تفسيراً معقولاً لتقرير مسؤولية عديم التمييز مع انتفاء العنصر المعنوي عنده)).

٤٢. ينظر الاستاذ مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه (دراسة وصياغة قانونية مؤصّلة على نصوص الشريعة الاسلامية وفيها انطلاقا من نصوص القانون المدني الاردني)، ط١، دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٨م، بند ٦، ص ٧٩.

٤٣. المرجع السابق.

٤٤. يُنظر المرحوم منير القاضي، مُلتقى البحرين (الشرح الموجز للقانون المدني العراقي)، المجلد الأول (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة)، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٥١-١٩٥٢، ص ٢٩٨ والاستاذ فخري رشيد مهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز (دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الأنكلوسكسونية والعربية)، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، بغداد: مطبعة الشعب، ١٩٧٤، ص ١٩٦، و د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، بند (٨٣٤)، ص ٤٩٩.

٤٥. يُراجع أ.د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المنطق القانوني (قسم التصورات)، بغداد: مكتبة المرشد للطباعة والتنضيد الالكتروني، بدون سنة طبع، ص ص (٩٨-٩٩).

٤٦. المرجع السابق.

٤٧. والرأي نفسه سبق ان تبناه اتجاه من الفقه العراقي: د. جليل حسن الساعدي، المرجع السابق، ص ٤٥٧ و الاستاذ فخري رشيد مهنا، المرجع السابق، ص ٤٥٧ ود. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بغداد: المتبة القانونية، ٢٠٠٧، ص ص (٢٨٤-٢٨٥).

- ٤٨ . ينظر الاستاذ مصطفى احمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، المرجع السابق، بند ٥، ص ٧٦.
- ٤٩ . المرجع السابق، بند ٥، ص ٧٧.
- ٥٠ . د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، المرجع السابق، ص ١٩٧.
- ٥١ . والتي نصت على ما يأتي: ((لكل مؤلف وقع التعدي على حق من حقوقه المقررة بمقتضى أحكام هذا القانون الحق بتعويض مناسب.....)) . والمراد من التعدي تأسيس المسؤولية على عنصر الضرر أو مجرد الخطأ بينما تؤسس المسؤولية في القانون الاردني على عنصر الضرر وحده بمقتضى أحكام المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ المعدل. فقد جاء في المادة المذكورة ما يأتي: ((للمؤلف الذي وقع الاعتداء على أي من الحقوق المقررة له على مُصنّفه بمقتضى أحكام هذا القانون الحق في الحصول على تعويض عادل عن ذلك على أن يُراعى في تقديره.....)) .
- وليس من شك عندنا ان تأسيس المسؤولية على عنصر الضرر أنفع لمؤلف البرنامج ومُنْتجِه أيضاً كما ان صياغة النص الاردني أفضل من صياغة النص العراقي في الكشف عن طبيعة هذا الاساس.
- ٥٢ . دنزیه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٥٣٨.
- ٥٣ . دنزیه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ص (٥٣٨-٥٣٩).
- ٥٤ . المرجع السابق.
- ٥٥ . أ.د. نبيلة إسماعيل رسلان، التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ط ٣، المجلد الثالث، ٢٠٠٤م، ص ٨٤٢.
- ٥٦ . أن المعلوماتية (تقنية المعلومات) تحوي عنصرين، الأول الكيان المادي (Hardware) الذي هو الجهاز بمكوناته المحسوسة، والثاني معنوي (Software) وهو الكيان المنطقي أو جميع العناصر غير المادية أو غير الملموسة واللازمة والتي لا غنى عنها لتشغيل الكيان المادي ومن اجتماعهما يمكن التعامل الفوري مع المعلومة، راجع المصدر السابق، ص ٨٥٥.
- ٥٧ . أ.د. نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع السابق، ص ٨٣٦.
- ٥٨ . دنزیه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ص (٥٤١-٥٤٢).
- ٥٩ . د. حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣، ص ٤١.
- ٦٠ . دنزیه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق ص ٥١٧.
- ٦١ . يُراجع د. علي الفتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧، ص ١٣٩.
- ٦٢ . يُراجع د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، ص ٣٢.

٦٣. لم نتمكن من الحصول على النص الأصلي للنص المذكور باللغة الفرنسية. ولكن أشار إليه صراحةً د.سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ٣٢٧.
٦٤. يُراجع د.سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص ٣٢٨ و د.محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية الالكترونية (الخطأ العقدي الالكتروني)، بحث منشور في مجلة المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية، دبي، الامارات العربية المتحدة للفترة من ٢٦-٢٨/أبريل/٢٠٠٣، ج ٢ (محور المعاملات المدنية)، ص ص(٣٣٣-٣٣٤).
٦٥. د.سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص ٣٢٧.
٦٦. مثل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريس) واتفاقية برن لحماية المصنفات الادبية والفنية ومعاهدة الويبو بشأن حقوق المؤلف واتفاقية روما لحماية فاني الأداء ومُنْتجَي التسجيلات الصوتية وهيئات الاذاعة ومعاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي. يراجع كارلوس م. كوريا، حقوق الملكية الفكرية (منظمة التجارة العالمية والدول النامية) (اتفاق التريس وخيارات السياسة)، ترجمة د. احمد يوسف الشحات، ط ١، الرياض، المملكة العربية السعودية: دار المريخ للنشر، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ص ١٤٥. و د. سهيل حسين الفتلاوي، منظمة التجارة العالمية، ط ١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٢٠٤ وما بعدها.
٦٧. نقلاً عن د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص ١٤٨.
٦٨. ومن بين الالتزامات الدولية المترتبة على العراق، في حالة انضمامه الى منظمة التجارة العالمية، السماح لهذه المنظمة في التدخل في الشؤون الداخلية المتعلقة بالاقتصاد العراقي بما فيها الملكية الفكرية ولاسيما ان لهذه المنظمة الحق في التدخل في شؤون الاقتصاد الداخلي لجميع الدول الاعضاء المنضمة اليها. لتفاصيل يراجع د. عاطف السيد، الجات والعالم الثالث (دراسة تقييمية للجات واستراتيجية المواجهة)، ط ١، القاهرة: مجموعة النيل العربية، ٢٠٠٢، ص ص (٨٥-٨٦) والمحامي فواز سالم كبارة، قانون التجارة الدولية (نشأته ومضمونه ورفقاؤه)، ج ١، المجلد الاول، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ١٤٤.
٦٩. د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص ٢٨٣.
٧٠. إذا تصورنا ان الغير (أي المستفيد) (وهو المستخدم للبرنامج) أجنبياً عن عقد ابتكار البرنامج أو إنتاجه أو تجهيزه وبيعه، فإنه رغم ذلك، ليس أجنبياً عن الاثر المترتب على وجود العقد. وهذا هو الاثر المادي للعقد. ومن ثم فإن تضرر المستفيد (مستخدم البرنامج) من الالتزامات الناشئة عن هذه العقود ولاسيما العقود المعدلة لفكرة تصميم البرنامج التي يبتغي الاستفادة منها، فله ان يواجه المتعاقد في مثل هذه الحالة بدعوى المسؤولية التقصيرية باعتبار ان هذه العقود وقائع مفروضة عليه (وهذا ما يُعرف بالأثر المادي للعقد). ومن هنا يختلف مركزه القانوني عن مركز المؤلف أو المنتج أو المزود باعتبارهم متعاقدين في العقود التي يرتبطون بها. لتفاصيل يُراجع د.صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية (دراسة

- تحليلية مقارنة في القانون المدني البحريني)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م، ص ١٤٩.
٧١. يراجع موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م، ص ص (١٨٨-١٨٩).
٧٢. يراجع المحامي محمد فواز المطالقة، النظام القانوني لعقود اعداد برامج الحاسب الالي، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ١٤٤ وما بعدها.
٧٣. د.مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ص (٣٧١-٣٧٢).
٧٤. المعلوماتية في معناها الواسع تعني التعامل الفوري مع المعلومة، وهي علم التعامل المنطقي مع المعلومات باعتبارها ناقلة المعارف الإنسانية، والعلاقة وثيقة بين القانون والمعلوماتية، فالقانون يحدد القواعد التي تحكم أنماط السلوك المختلفة والكثير من أنماط السلوك تتعامل الآن مع المعلوماتية كظاهرة تفرض نفسها على الواقع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والحربي، راجع أ.د.هدى حامد قشقوش، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت للفترة من ١-٣/مايو/٢٠٠٠، جامعة الإمارات العربية المتحدة-كلية الشريعة والقانون، ط٣، المجلد الثالث، ٢٠٠٤م، ص ٨٨٧.
٧٥. د. نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٥٢٧.
٧٦. لم يُعرّف المُشرّع العراقيّ (الابتكار) في قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل بينما عرفه المُشرّع المصريّ في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢، بأنه: ((الطابع الابداعي الذي يسبغ الاصاله على المصنف)) (المادة ٢/١٣٨ منه).
٧٧. وفي هذا المعنى نجد ان د.نعيم مغيب قد كتب في مصنفه: حماية برامج الكمبيوتر (الاساليب والثغرات)، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص ٤٤ ما يأتي: ((يتجاوز الابتكار من حيث ماهيته {على الابداع} فإنه يعلوه درجة ويتجاوزه من حيث المقدره العقلية والفنية المطلوبة بالاضافة الى المميزات الشخصية الواجب تلمسها في العملية الابداعية)).
٧٨. د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ٣٧٢.
٧٩. د. علي عبدالقادر القهوجي، الحماية الجنائية للكيان المعنوي للحاسب الالي من خلال حق المؤلف، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي-الإمارات العربية المتحدة، ٢٦-٢٨ أبريل ٢٠٠٣، ج ١ (محور القانون الجنائي)، ص ص (٩٩-١٠٢).
٨٠. د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ٣٧٥.
٨١. لواء.د.فؤاد جمال عبدالقادر، التطور التشريعي لحماية البرمجيات مع إشارة خاصة لمصر، البوابة القانونية-شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، ص ٦، www.tashraat.com.
٨٢. د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

٨٣. د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ٣٧٧. تعتمد شركات البرمجيات عادة وسائل مكملة للطرائق القانونية مثل تطبيق أسعار خاصة بالمؤسسات التعليمية، والتسويق الكمي بأسعار مخفضة للمؤسسات الكبيرة، ومنح رخص استخدام مستقلة عن عدد المستخدمين، وإقامة حملات لتوعية مستخدمي البرمجيات بأهمية الحصول على نسخ أصلية ومخاطر استخدام النسخ المقرصنة. كما تلجأ إلى حملات التفتيش المفاجئ لاكتشاف نسخ البرمجيات غير النظامية المستخدمة لدى المؤسسات والشركات.
٨٤. د. فايز عبدالله الكندري، الحماية المدنية لبرامج الحاسب الآلي في القانون الكويتي، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ط ٣، ٢٠٠٤م، ص (٥٤٦-٥٤٧).
٨٥. د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص (٣٧٩-٣٨٠).
٨٦. د. نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٥٣٣.
٨٧. المستشار فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني، ج ١ (عقود البرمجيات) (دراسة في الجوانب التعاقدية لبرمجيات الكمبيوتر)، ط ١، القاهرة: دار الكتاب الحديث، ٢٣ ١٤٤٥هـ، ٢٠٠٣م، ص ٤٨٢.
٨٨. المستشار فاروق علي الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٩١.
٨٩. د. همام محمد محمود، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ١٩٨٧، ص ٣٠٤ والمستشار فاروق علي الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٩٠.
٩٠. المستشار فاروق علي الحفناوي، المرجع السابق، ص (٤٩٠-٤٩١).
٩١. د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، بند (١٣٨)، ص ١٥٩ و د. حسام الدين الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، بند ١٣٣، ص ٨٩.
٩٢. زج المُشرّع العراقيّ بهذا النظام (اي نظام المعلومات غير المفصح عنها) زجاً وفي غير موضعه الصحيح في قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل. وجاءت نصوص هذا القانون على وجه العموم والنصوص القانونية المتعلقة بالمعلومات غير المفصح عنها على وجه الخصوص ركيكة ولاسيما انها جاءت نتيجة ترجمة حرفية (غير اصطلاحية) قام بها مترجمو سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة التي قام الاحتلال الانكلو امريكي بتشكيلها.
٩٣. الاختراع في التشريع المغربيّ بموجب المادة (٢١) من قانون حماية الملكية الصناعية، هو منتجات وطرائق او كل تطبيق جديد او مجموعة وسائل معروفة للوصول الى نتيجة غير معروفة تقنياً. كما عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية، العناصر الاساسية لحماية الاختراع، على انه فكرة جديدة تسمح عند تطبيقها، بحل مشكلة محددة في مجال التكنولوجيا، جنيف، ١٩٩٥، ص ٢٤١.

٩٤. تختلف وجهات نظر الفقهاء حول طبيعة البراءة من حيث هل هي عقد بين المخترع والإدارة، أم قرار إداري من جهات مختصة، أم عمل منشئ لا مقرر. ولتفاصيل هذه المواقف الفقهية، انظر: د. سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، ط٦، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، بند (٤٣) و (٤٤)، ص ص (٥٨-٥٩).
وأيضاً، محمد حسني عباس، الملكية الصناعية أو طريق انتقال الدول النامية إلى عصر التكنولوجيا، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، جنيف ١٩٦٧، ص ١٠.

٩٥. يُراجع حول هذا الموضوع د.نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية (الملكية الصناعية) (دراسة مقارنة بين القانون الاردني والاماراتي والفرنسي)، ط١، عمان: دار وائل للنشر، ٢٠٠٥، بند (٦٣)، ص ٦٨.
٩٦. أبشرى النية، برامج الحاسوب وقواعد الملكية الصناعية: تناغم أم تنافر؟، ص ٢،

www.justice.gov.ma

٩٧. ونصت المادة (١٣) من القانون رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل على ان: ((لاتنتهي مدة بقاء البراءة قبل مضي مدة (٢٠) سنة من تأريخ تسجيلها، إعتباراً من تأريخ ايداع الطلب للتسجيل بموجب أحكام هذا القانون)).

٩٨. نقصد بالتكليف القانوني وعلى نحو ما عبر عنه بوضوح د. محمد سليمان الاحمد بأنه الحاق الواقعة المعروضة على النزاع بوصف قانوني معين بحيث يجعلها تخضع لنمط قانوني معين في قانون معين تمهيداً لتطبيق حكم القاعدة القانونية عليها. فالتكليف في القانون (ولا سيما القانون الخاص) يقابل دور الطبيب في تشخيص المرض او دور الخياط في تقدير حجم القماش المطلوب لأعداد بدلة لشخص ما. للتفاصيل يراجع د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكليف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد ١، العدد ٢٠، السنة التاسعة، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م، ص ٩١ و ص ٩٩.

٩٩. د.جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية والاسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣، ص ص (١٨-١٩).

١٠٠. المرجع السابق، ص ١٩.

١٠١. راجع يونس عرب، مختارات عن دعاوى الملكية الفكرية التي تولتها مجموعة عرب للقانون

www.arablaw.org

١٠٢. يُراجع أ.د.فتح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون (دراسة مقارنة)، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ص (٧٦-٧٧)، ومؤتمر الكويت حول الطرق السريعة للمعلومات سجل الأوراق العلمية، ١٦-١٨ مارس ١٩٩٨،

www.kisr.edu.kw/Data

١٠٣. هذا ما قضت به المبادئ العامة للمنافسة غير المشروعة التي كان قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغى يتضمنها. يُراجع د. فايز عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ٥٤٩. راجع أيضاً د. نزيه

محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ص(٥٣٥-٥٣٨). ومع بالغ الاسف لقد اهمل المُشَرِّع العراقي في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ تنظيم قواعد المنافسة غير المشروعة بنص قانوني واضح كما اهمل في الوقت نفسه تنظيم عناصر المحال التجارية والصناعية وعطل الفروق الاساسية بين العمل المدني والعمل التجاري وحصر الاعمال التجارية في قائمة ضيقة وردت في القانون على سبيل الحصر بموجب المادتين (٥) و (٦) من قانون التجارة النافذ المشار اليه انفاً (مع ملاحظة ماجاء في الاسباب الموجبة لتشريعه) وساوى في اثبات التصرف القانوني المدني والتجاري بنفس القيمة البالغة خمسة آلاف دينار دون الاخذ بنظر الاعتبار خصوصية العمل التجاري (م ٧٧ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩). وهذا ادى الى انهيار منظومة القيم التجارية في السوق واحلال الفوضى في العلاقات بين التجار ولاسيما مع انكماش القانون التجاري الى أصغر منطقة عرفها القانون العراقي. ونعزو لقانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ كل هذه المشاكل.

١٠٤. مثلاً تسوق شركة مايكروسوفت الحزمة المكتبية (أوفيس Office)، بالعلامة التجارية للشركة مايكروسوفت، وبالعلامة الخاصة بهذه الحزمة، ولكل برنامج تتكون منه هذه الحزمة، اسمه المميز له. فمثلاً برنامج معالجة الكلمات "Ms Word" له علامته الفارقة عن برنامج الجداول الإلكترونية "Ms Excel"، أ. بشرى النية، المرجع السابق، ص ٥.

١٠٥. د. هشام الجبيري، " ماذا تعرف عن الطبيعة القانونية للبرمجيات ؟"، www.ejabat.google.com

١٠٦. يُراجع د. جمال محمد الكردي، المرجع السابق، ص ٢٤.

١٠٧. د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ص(٣٨٦-٣٨٧). وقد اثارت برامج الحاسوب جدلاً واسعاً في مطلع السبعينات بشأن طبيعتها وموضع حمايتها من بين تشريعات الملكية الفكرية، وترددت الاراء بين من يدعو لحمايتها عبر نظام براءات الاختراع لما تنطوي عليه من سمة الاستغلال الصناعي واتصالها العضوي بمنتج مادي صناعي، وبين من ذهب الى حمايتها عبر نظام الاسرار التجارية اذ تنطوي في الغالب على سر تجاري يتجلى بالافكار التي انبنى عليها او الغرض من ابتكارها، وبين داع الى حمايتها عن طريق الشروط العقدية التي تجد مكانها في رخص الاستخدام او اتفاقيات الاستغلال. لكن كافة هذه الاراء لم تصمد امام الراي الذي وجد في البرمجيات عملاً ابتكارياً ادبياً، يضعها ضمن نطاق مصنفات الملكية الادبية (حق المؤلف) ووفق اتفاقية ترينس فان البرمجيات محل للحماية ولمؤلفها كافة الحقوق المالية والمعنوية لمصنفات حق المؤلف اضافة الى حقه في اجازة او منع تأجيرها - شأنها شأن التسجيلات الصوتية والمرئية، راجع القاضي محمد حته، المصنفات الرقمية للحاسوب، كنانة أونلاين، www.kenanaonline.com

١٠٨. اسل عبدالكاظم كريم الصدام، المرجع السابق، ص ١٠٠.

١٠٩. رشا على الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، بند

(١٠٨)، ص ١٦٢.

١١٠. الاستاذ بركات محمود مراد، حقوق الملكية من منظور اسلامي، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي www.altasamoh.net.
١١١. د. هشام الجغبير، المرجع السابق، ص ص (٢-١).
١١٢. د. مصطفى محمد عرجاوي، المرجع السابق، ص ٣٨٦.
١١٣. الملكية الفكرية الرقمية، ص ١٧ www.mowhopon.net.
١١٤. يراجع د. علي حسن يونس، المحل التجاري، القاهرة: دار الحمامي للطباعة، ١٩٦٣، بند (١٦)، ص ٢٥. و د. صلاح الدين الناهي، الملكية المعنوية من الوجهتين العراقية والموازنة، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان ١ و ٢، نقابة المحامين العراقيين، ١٩٤٨، ص ١٧.
١١٥. للتفاصيل يراجع د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت (دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية)، ط، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، ٢٠٠١، ص ص (١٠٨-١٠٩).
١١٦. وبهذا يكون القانون العراقي متوافقاً مع احكام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريس). يراجع د. سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص ١٩٣ و كارلوس م. كوريا، المرجع السابق، ص ص (١٤٥-١٤٦).
١١٧. د. المهندس عارف الطرايبيشي، مستجدات حقوق الملكية الفكرية في تقانات المعلومات وصناعة البرمجيات الحاسوبية، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية، www.barasy.com، ص ٤. وراجع أيضاً المصدر السابق، القاضي محمد حته، المصنفات الرقمية للحاسوب، كنانة أونلاين، ص ٢، www.kenanaonline.com.
١١٨. لايجوز للناسخ او الموزع ان يقوم باشتقاق المصنفات عموماً والبرامج الالكترونية خصوصاً الا بموافقة الشركة المنتجة لها كتابةً وإلا كان الترخيض باطلاً بطلاناً نسبياً لافتقاده لشرط من شروط صحة الانعقاد (شرطة الكتابة). راجع المادتين (٨) و (٣٨) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
١١٩. والتي نصت على ماياتي: ((إذا اشترك عدة اشخاص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل دور كل منهم في العمل المشترك كان لكل منهم الحق في الانتفاع بالجزء الذي ساهم به على حده بشرط ان لا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك مالم يتفق على غير ذلك)).
١٢٠. يمكن الاطلاع على نص المذكرة الايضاحية المشار اليها انفاً في كتاب أ.د. شعبان عبد العزيز خليفة، تشريعات الكتب والمكتبات والمعلومات في مصر، المجلد الاول، ط ١، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧ م، ص ص (١٧٥-٢٠٠)، كما يمكن الاطلاع على الجزء الذي اقتبسناه حرفياً من المذكرة الايضاحية من المرجع نفسه، ص ١٩٥ منه.
١٢١. ينظر أ.د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج ١، المرجع السابق، ص ١٥٤.

١٢٢. المرجع السابق.
١٢٣. ونقض العقد القابل للإبطال لا يتم الا قضاءً او رضاءً (المادة ١/١٤٠ مدني مصري). ومدة ابطال العقد المشوب بالبطلان هي ثلاث سنوات وفق الاحوال المنصوص عليها في المادة (٢/١٤٠) مدني مصري.
١٢٤. ينظر د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني، ج ١ (نظرية الالتزام)، بغداد: مطبعة العاني، ١٣٧٤ هـ، ١٩٥٥ م، بند (٢٩)، ص ٢٩.
١٢٥. يُراجع د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ (نظرية الالتزام بوجه عام) (مصادر الالتزام)، ط ٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٤، بند (٣٠٠)، ص ٥٣٨.
١٢٦. لم يأخذ المُشرع العراقي بالبطلان النسبي كجزء على عدم تحقق شروط صحة الانعقاد اللازمة لتكوين العقد، ولكنه مع ذلك أخذ به -استثناءً في بعض التطبيقات المتفرقة- دون ان يقصد ان يكون منها نظرية خاصة متعلقة بجزء عدم تحقق شروط صحة الانعقاد. فمثلاً نصت المادة (٣/١٣٨) من القانون المدني العراقي على مايتي: ((ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية إذا أُبطل العقد لنقص أهليته ان يرد غير ما عادَ عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)). وكذلك نصت المادة (٤٥/أولاً) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل بالأمر رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤ على انه: ((يحق للمسجل والسلطة المختصة في الدولة بأسواق الأسهم والأوراق المالية الطعن في صحة الاكتتاب أمام المحكمة المختصة في حالة المساس بالحقوق المشروعة لأي شخص نتيجة مخالفة قواعد الاكتتاب، ولأيّ منهما ان يطلب من المحكمة إبطال الاكتتاب خلال خمسة عشر يوماً من تأريخ الاكتتاب، ويجب على المحكمة ان تنظر في مثل هذه الحالات على وجه السرعة، ويكون قرار هذه المحكمة قابلاً للتمييز لدى محكمة النقض، ويكون قرار محكمة النقض نهائياً)).
- ولقد سبقنا الفقه العراقي في الاشارة الى هذه المواضيع ومنه نستقي، فالاستاذ المرحوم حسن جاد يصرح بأن جزء البطلان في المادة (١٠٢) من بيان الشركات لسنة ١٩١٩ (الملغاة حالياً) هو البطلان النسبي في مؤلفه: شرح القانون التجاري العراقي، ج ١ (مجموعة المحاضرات التي أقيمت على طلبه الليسانس بكلية الحقوق سنة ١٩٤٠-١٩٤١)، بغداد: مطبعة التفيض الأهلية، بدون سنة طبع، بند (٣٠٣)، ص (٤١٠-٤١١) وكذلك الاستاذ الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي يقر بأن المُشرع العراقي أخذ بنظرية العقد القابل للبطلان (أو العقد الباطل بطلاناً نسبياً) عن غير قصد منه في المادة (٣/١٣٨) من تقنينه المدني. يُراجع مؤلفه: الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج ١، المرجع السابق، ص ١٧٨.
١٢٧. د. رشا على الدين، المرجع السابق، بند (٢٥٦)، ص ٤٣٩.
١٢٨. د. محمد سليمان الاحمد، المرجع السابق، ص ٩١.
١٢٩. يراجع محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص ٨٢. بينما نكيف عقد تطوير البرنامج (software development contracts) بكونه من عقود المقاوله ايضاً. للتفاصيل يراجع المستشار فاروق علي الحفناوي، المرجع السابق، ص ٤٨٦.

١٣٠. بينما اذا اقتصر دور هذا المحلل على اجراء تعديلات في تصميم البرنامج او في تشغيله فيكييف على اعتباره عقداً من عقود المعاولة.يراجع المستشار فاروق علي الحفناوي، المرجع السابق، ص ١٨٣ .
- ١٣١.د. رشا غلى الدين، المرجع السابق، بند (٢٥٥)، ص ٤٣٨ .

مراجع البحث

اولاً- الكتب

١. العلامة ابي محمد بن غانم بن محمد البغدادي المتوفى سنة (١٠٣٠هـ)، مجمع الضمانات، المجلد الاول، دراسة وتحقيق أ.د. محمد احمد سراج وأ.د. علي جمعة محمد، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
٢. أسل عبد الكاظم كريم الصدام، الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
٣. د. أياد عبدالجبار ملوكي، المسؤولية على الاشياء وتطبيقاتها على الاشخاص المعنوية بوجه خاص (دراسة مقارنة)، ط ١، بغداد: مطبعة بابل، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، ١٩٨٢ .
٤. بايرون س. جوتوفريد، البرمجة بلغة الباسكال، القاهرة: الدار الدولية للنشر والتوزيع، ١٩٩١ .
٥. الاستاذ بلال أمين زكي الدين، جرائم نظم المعالجة الآلية للبيانات في التشريع المقارن والشريعة الاسلامية، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨ .
٦. د.جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر (دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية)، العراق: منشورات جامعة صلاح الدين، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
٧. د.جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية والاسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣ .
٨. د.حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا (دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية)، ط١، القاهرة: دار المستقبل العربي، ١٩٨٧ .
٩. حسن جاد، شرح القانون التجاري العراقي، ج ١ (مجموعة المحاضرات التي القيت على طلبة الليسانس بكل الحقوق سنة ١٩٤٠-١٩٤١)، بغداد: مطبعة التفيض الاهلية، بدون سنة طبع.
- ١٠.د.حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣ .
- ١١.خالد ضاري الطائي وعبدالرحمن حامد الحسيني، الحاسبة الالكترونية والبرمجة بلغة بيسك، ط١، بغداد: مطبعة الديواني، ١٩٨٨ .
- ١٢.د.رشا على الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧ .
- ١٣.د.سامح عبدالواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨ .
- ١٤.د.سميحة الفليوبي، الملكية الصناعية، ط٦، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧ .

١٥. د. سهيل حسين الفتلاوي، منظمة التجارة العالمية، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
١٦. أ.د. شعبان عبدالعزيز خليفة، تشريعات الكتب والمكتبات والمعلومات في مصر، المجلد الاول، ط١، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
١٧. د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية (بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة)، ج١ (يبحث في التصرفات الشرعية بوجه عام وفي التصرفات الفعلية والاعمال غير المباحة)، بيروت: مكتبة الكشاف ومطبعتها، ١٩٤٨م.
١٨. د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت (دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية)، ط١، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، ٢٠٠١.
١٩. د. عاطف السيد، الجات والعالم الثالث (دراسة تقويمية للجات واستراتيجية المجابهة)، ط١، القاهرة: مجموعة النيل العربية، ٢٠٠٢.
٢٠. د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠٠٧.
٢١. الرائد د. عائد رجا الخاليلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية (المسؤولية الناشئة عن استخدام اجهزة الحاسوب والانترنت) (دراسة مقارنة)، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
٢٢. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١ (نظرية الالتزام بوجه عام) (مصادر الالتزام)، ط٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٤.
٢٣. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨ (حق الملكية مع شرح مفصل للاشياء والاموال)، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٧.
٢٤. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.
٢٥. المرجوم د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١ (مصادر الالتزام)، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠٠٧.
٢٦. د. علاء عبدالرزاق السالمي، تكنولوجيا المعلومات، ط١، كحلون، عمان: جامعة العلوم التطبيقية، ١٩٩٩.
٢٧. د. علي حسن يونس، المحل التجاري، القاهرة: دار الحمامي للطباعة، ١٩٦٣.
٢٨. د. علي الفتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧.
٢٩. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، ساعدت جامعة بغداد على نشره، بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٧١.
٣٠. المستشار فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني، ج١ (عقود البرمجيات) (دراسة في الجوانب التعاقدية لبرمجيات الكمبيوتر)، ط١، القاهرة: دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.

٣١. الاستاذ فخري رشيد مهنا، اساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز (دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقوانين الانكلوسكسونية والعربية)، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، بغداد: مطبعة الشعب، ١٩٧٤.
٣٢. د. فتوح الشاذلي وعفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون (دراسة مقارنة)، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.
٣٣. المحامي فواز سالم كبارة، قانون التجارة الدولية (نشأته ومضمونه وفرقاؤه)، ج ١، المجلد الاول، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، ٢٠٠٣.
٣٤. كارلوس م. كوريا، حقوق الملكية الفكرية (منظمة التجارة العالمية والدول النامية) (اتفاق التريبس وخيارات السياسة) ترجمة د. السيد احمد عبدالخالق ومراجعة د. احمد يوسف الشحات، الرياض، المملكة العربية السعودية: دار المريخ للنشر، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
٣٥. المحامي محمد فواز المطالقة، النظام القانوني لعقود اعداد برامج الحاسب الالي، ط ١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.
٣٦. المرجوم د. محمد كامل مرسي بك، الأموال، القاهرة: مطبعة الرغائب، ١٣٥٤هـ، ١٩٣٥م.
٣٧. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني، ج ١ (نظرية الالتزام)، بغداد: مطبعة العاني، ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م.
٣٨. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج ١، بغداد: مطبعة شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة، بدون ذكر لسنة الطبع.
٣٩. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ١١، بغداد: شركة الخساء للطباعة المحدودة، بدون ذكر لسنة الطبع.
٤٠. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المنطق القانوني (قسم التصورات)، بغداد: مكتبة المرشد للطباعة والتنضيد الالكتروني، بدون ذكر لسنة الطبع.
٤١. الاستاذ مصطفى احمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه (دراسة وصياغة قانونية مؤصَّلة على نصوص الشريعة الاسلامية وفقهاها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الاردني)، ط ١، دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٨م.
٤٢. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
٤٣. المرجوم منير القاضي، ملتقى البحرين (الشرح الموجز للقانون المدني العراقي)، المجلد الأول (الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة)، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٥١-١٩٥٢.
٤٤. المرجوم منير القاضي، محاضرات في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام غير العقدية والاصناف المعدلة لآثار الالتزام)، القاهرة: معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٣.

٤٥. د. نعيم مغبغب، حماية برامج الكمبيوتر (الاساليب والثغرات)، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.

٤٦. د. نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية (الملكية الصناعية) (دراسة مقارنة بين القانون الاردني والاماراتي والفرنسي)، ط١، عمان: دار وائل للنشر، ٢٠٠٥.
ثانياً - البحوث

١. أ. بشرى النية، برامج الحاسوب وقواعد الملكية الصناعية: تناغم ام تنافر؟ www.justice.gov.ma.
٢. د. جاسم لفته سلمان العبودي، حول المداخلات في احداث الضرر تفصيلاً (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الخامس عشر، العددان الاول والثاني، ١٩٩٩-٢٠٠٠.
٣. د. جليل حسن الساعدي، ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الخامس عشر، العددان الاول والثاني، ١٩٩٩-٢٠٠٠.
٤. د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني البحريني)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
٥. د. صلاح الدين الناهي، الملكية المعنوية من الوجهتين العراقية والموازنة، مجلة القضاء، العددان الاول والثاني، نقابة المحامين العراقيين، ١٩٤٨.
٦. المهندس عارف الطرابيشي، مستجدات حقوق الملكية الفكرية في تقانات المعلومات وصناعة البرمجيات الحاسوبية، الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية www.barasy.com.
٧. د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للكيان المعنوي للحاسب الالي، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية، ج١ (محور القانون الجنائي)، دبي، الامارات العربية المتحدة، ٢٦-٢٨ ابريل ٢٠٠٣.
٨. لواء د. فؤاد جمال عبدالقادر، التطور التشريعي لحماية البرمجيات مع اشارة خاصة لمصر، البوابة القانونية، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، www.tashreat.com.
٩. د. فايز عبدالله الكندري، الحماية المدنية لبرامج الحاسب الالي في القانون الكويتي، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ط٣، ٢٠٠٤.
١٠. القاضي محمد حته، المصنفات الرقمية للحاسوب، كنانة اونلاين www.kenananonline.com.
١١. د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية او طريق انتقال الدول النامية الى عصر التكنولوجيا، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، جنيف، ١٩٦٧.

١٢. د. محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية الالكترونية (الخطأ العقدي الالكتروني)، مجلة المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية، ج٢ (محور المعاملات المدنية)، دبي، الامارات العربية المتحدة المنعقد للفترة من ٢٦-٢٨ ابريل ٢٠٠٣.
١٣. د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكيف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد ١، العدد ٢٠، السنة التاسعة، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
١٤. د. مصطفى محمد عرجاوي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت المنعقد للفترة من ١-٣ مايو/٢٠٠٠، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ط٣، ٢٠٠٤.
١٥. أ.د.نبيلة اسماعيل رسلان، التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ط٣، ٢٠٠٤.
١٦. د.نزيه محمد الصادق المهدي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، للفترة من ١-٣/مايو ٢٠٠٠م، المجلد الثاني، ط٣، ٢٠٠٤.
١٧. د.نوار دهام مطر الزبيدي، الحماية القانونية ضد اساءة استخدام الكمبيوتر، مجلة كلية الرافدين الجامعة للعلوم، العدد ٦، السنة الرابعة، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
١٨. د.هدى حامد قشقوش، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، ط٣، ٢٠٠٤.
١٩. د.هشام الجغبير، ماذا تعرف عن الطبيعة القانونية للبرمجيات؟ www.ejabat.google.com.
٢٠. واثية داود السعدي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد (١٨)، العدد (١)، ٢٠٠٤.
٢١. القاضي وليد عاكوم، التحقيق في جرائم الحاسوب، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية، ج١ (محور القانون الجنائي)، دبي-الامارات العربية المتحدة، المنعقد للفترة من ٢٦-٢٨ ابريل ٢٠٠٣.
٢٢. د. ياسر باسم ذنون، الطبيعة القانونية لبرامج الحاسبة الالكترونية ووسائل حمايتها، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد ١، السنة ١٠، العدد ٢٤، ٢٠٠٥.
٢٣. المحامي يونس عرب، مختارات عن دعاوى الملكية الفكرية التي تولتها مجموعة عرب للقانون www.arablaw.com

ثالثاً- القوانين

١. امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٤.

٢. قانون التجارة (العراقي) رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغى.
٣. قانون التجارة (العراقي) رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ.
٤. قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل.
٥. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٦. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٧. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٨. قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة (الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥).
٩. قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية (العراقي) رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل.
١٠. قانون حماية المستهلك (المصري) رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦.
١١. قانون حماية الملكية الصناعية المغربي.
١٢. قانون حماية حق المؤلف (العراقي) رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
١٣. قانون حماية حق المؤلف (المصري) رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٤ (الملغى).
١٤. قانون حماية حق المؤلف (الاردني) رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ المعدل.
١٥. قانون حماية المستهلك (العراقي) رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
١٦. قانون حماية حق الملكية الفكرية (المصري) رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢.

رابعاً- المراجع الاجنبية:

1. E. Balagurusamy, Object-Oriented Programming with C++, Tata McGraw-Hill Publishing Company.
2. H. Deitel, Introduction to Computer Programming with Basic Language, Prentice Hall, 1977.
3. James A. Senn, Information Technology in Business, Prentice Hall, 1995.
4. Roger Pressman, Software Engineering, A Practitioner Approach, 4th edition, Mc-Hill, 1998.
5. Stephen R. Schach, Classical and Object-Oriented, Software Engineering, 3rd edition, Iwrin McGraw-Hill, 1996.

صور عيب الانحراف في استعمال السلطة " دراسة تطبيقية مقارنة بين التشريع و القضاء في العراق "

م.م. أريج طالب كاظم

م.م. اسيل عامر حمود

جامعة الانبار / كلية القانون _ الفلوجة

Aabstract

The complexity of administrative work, and the complexity of relations between the administration and personnel, and the multiplicity of administrative decisions and diversity, and the means used in administrative work in general, and technology including, in particular, became the abuse of power and diversion of public interest, of the manifestations and basic features of modern management. As is known, as a work of administrative decisions issued by the administrative department of the hand, the most important means used by the administration to carry out the tasks entrusted to it, for the purposes of the public interest.

In many cases, the Administration of administrative decisions through the discretionary powers enjoyed by, the use of these management powers granted to them under the laws and regulations to deviate the public interest, in order to achieve personal gains, and posing this act ultimately abuse and perversion of utmost administrative decision for the public interest, It shows a defect deviation power. This is the drawback of more defects common and most dangerous is also the distinctive character of many departments and businesses that come to her, which is one of the hidden defects associated with the psychology of the source of the

administrative decision in many cases, where cover administration it through the legalization of the rest of the elements of its decision.

In front of all of this, either the corruption that is branded by the administration, and in particular the administration in the Third World, and the persistent attempts to keep it away from places of corruption, had to be requiring the administration to the rules and legislative provisions about individual rights and freedoms for its deviation and domination, with the availability of judicial review challenge of the deviation.

المقدمة

تعدُّ القرارات الإدارية باعتبارها عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد هو الإدارة، من أهم الوسائل التي تستخدمها للقيام بالمهام الموكولة اليها وهو تحقيق المصلحة العامة، ولما كان لكل قرار هدف او غاية يسعى الى تحقيقها مصدر القرار الإداري مُستخدماً في ذلك سلطته لتحقيق الهدف المحدد له قانوناً وهو النتيجة النهائية للقرار، فإذا ما انحاد عن تحقيق المصلحة العامة التي اصدر القرار لأجلها مستخدماً بذلك سلطته التقديرية التي تمتع بها بموجب القوانين والأنظمة وحقق مأرب شخصية ومنافع لغيره بعيدة عن المصلحة العامة، عُدَّ هذا التصرف في النهاية انحراف بغاية القرار الإداري ومن ثم شاب قراره عدم المشروعية وكان حقيقياً بالإلغاء.

إن حقيقة أهمية البحث في عيب الانحراف في استعمال السلطة، انه يتصل بركن الغاية في القرار الإداري وهو يعتبر من أهم واخطر العيوب الأخرى، كونه أكثر حساسية ودقة، لأنه يتمتع بطابع متميز فهو من العيوب الخفية المستترة المرتبطة بنفسية مصدر القرار الإداري حيث تتستر الإدارة عليه من خلال إضفاء صفة المشروعية على بقية عناصر القرار الأخرى، وهذا الأمر سيقتضي من القاضي التغلغل برقبته للوصول الى الإغراض الخفية التي يستهدفها رجل الإدارة من جراء تصرفه، وهو المفترض فيه أن يسعى الى تحقيق المصلحة العامة، حيث تنصب رقابة القضاء في هذه الحالة على نفسية وذاتية مصدر القرار ومقاصده و نواياه و هي أمور من الصعب التحقق منها^(١).

وأمام هذا كله رأينا اختيار البحث في هذا الموضوع لأننا نرى ان هذا العيب لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه وانما من خلال الدفع من قبل صاحب المصلحة بهذا العيب الذي يشوب القرار الاداري وبسبب انتشار الفساد في الإدارات الآن وعلى وجه الخصوص إدارات العالم الثالث والتي من بينها العراق، سنحاول بيان الصور التي يظهر بها عيب الانحراف في استعمال السلطة، ليكون القارئ لهذا البحث على علم بها، وبكثرة الطرق التي تسلكها الإدارة لتتحرف بسلطتها عن المصلحة العامة من خلال القرارات التي

سنذكرها في البحث عن عيب الانحراف، وعليه سنقوم بتقسيم هذا البحث الى مبحثين متناولين في الأول منه ؛ تعريف عيب الانحراف بالسلطة، أما في المبحث الثاني ؛ فسنبحث صور عيب الانحراف بالسلطة، ونورد في خاتمة هذا البحث اهم ما توصلنا اليه من النتائج والمقترحات التي تعلقنا بموضوع الدراسة، والتي نرى في الأخذ بها فائدة علمية و عملية.

المبحث الأول

التعريف بعيب الانحراف في استعمال السلطة

لتعريف عيب الانحراف، يجب علينا تقسيم هذا المبحث الى المطالب الخمسة الآتية باحثين في المطالب الاول : تحديد مفهوم ركن الغرض في القرار الإداري، اما في المطالب الثاني : فسنتناول، السلطة التقديرية لعنصر الغرض في القرار الإداري، يليه في المطالب الثالث : سنبين مفهوم تعريف عيب الانحراف باستعمال السلطة ثم في المطالب الرابع : طبيعة عيب الانحراف بالسلطة واخيراً سنتناول في المطالب الخامس : العلاقة بين السلطة التقديرية للإدارة وعيب الانحراف بالسلطة.

المطلب الاول : ركن الغرض في القرار الإداري

لكل سلطة هدف عام وخاص تعمل على تحقيقه، ويكون بمثابة النتيجة النهائية لنشاطها الإداري، ذلك النشاط الذي يجد أساسه الشرعي في تحقيقه لإغراضه القانونية المطلوبة المتمثلة بالمصلحة العامة ورعايتها، ولما كان القرار الإداري هو وسيلة السلطة الإدارية القانونية التي غالباً ما تمارس بواسطتها نشاطها الإداري^(٢).

فإن الغرض من القرار كنتيجة منطقية لتلك الحقيقة القانونية لا يمكن أن يكون إلا المصلحة العامة او احد مظاهرها، وعليه فلقد عرف بعض الفقه القرار الإداري بأنه (إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث اثر قانوني ابتغاءً للمصلحة العامة، او هو عمل قانوني نهائي صادر بالإرادة المنفردة والملزمة للإدارة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إنشاء مركز قانوني معين او تعديله او إلغائه حين يكون ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاءً للمصلحة العامة).^(٣)

من هذا يبدو أن هدف القرار الإداري ليس المصلحة العامة بشكل محدد، وإنما غاية القرار هي الهدف الذي يسعى من خلاله مصدر القرار الإداري الى تحقيق المصلحة العامة.

فالغاية إذن تختلف عن النتيجة المباشرة للقرار الإداري او الأثر القانوني المترتب عليه، وهو ما يسمى بمحل القرار الإداري فليس الهدف مثلاً من أنظمة المرور هو الحد من حريات الافراد بتنظيم سلوكهم لحد معين . وهو الاثر القانوني . وإنما هو المحافظة على النظام العام ذلك إن السلطات التي تتمتع بها الإدارة ليست الا وسائل لتحقيق المصلحة العامة^(٤)، اما الجانب الاخر من الفقه فقد اتجه الى تعريف ركن الغاية من القرار الإداري بالاتي (هو النتيجة النهائية التي يسعى لتحقيقها رجل الإدارة او جهة

الإدارة من وراء إصدار قرارها. أي ان الغرض . النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة الى تحقيقها عن طريق الاثر المباشر (المحل) المتولد عن عمله^(٥)، أي انه جعل الغاية من القرار الإداري مرتبطة بالأثر القانوني له وهو (المحل) و اذا كانت فكرة الغاية من اتخاذ القرار الإداري مرتبطة بمحلله فإن هنالك أيضا علاقة ارتباط بين السبب والغرض من اتخاذ القرار، فقيام سبب معين يؤدي بالضرورة الى السعي نحو تحقيق غرض معين، فإذا كان السبب يمثل الجانب المادي من اتخاذ القرار بحيث يتم بمعزل عن إرادة رجل الإدارة، فإن الغرض يمثل الجانب الشخصي منه، أي انه يمثل الحالة النفسية لرجل الإدارة عند اتخاذه لقرار ما. أي ان هناك ترابط بين مشروعية الهدف من القرار والمصلحة العامة^(٦)، اما من حيث وجوده وتقييمه، فلو استهدفت الإدارة من العقوبة التأديبية غرضاً آخر غير غرضها القانوني، كأن يكون الغرض من ورائها الانتقام ليس الا، فإن ذلك يعني إن الإدارة اعتمدت لقرارها سبباً معدوماً او سبباً موجوداً ولكنها بالغت في تقييم خطورته^(٧).

غير ان هذا الارتباط قد لا يقوم دائماً بين السبب والغرض، فقد يكون هناك خطأ في تقييم السبب وتقدير قيامه ومع ذلك يكون مصدر القرار الإداري قد استهدف غرضه القانوني. فقرار إعلان المنفعة العامة في موقع نزع ملكيته، قد يشوبه عيب في تقدير قيمة الوقائع التي أدت الى إعلان المنفعة العامة ومع ذلك يكون غرض القرار صحيحاً من حيث ان الإدارة لم تستهدف غرضاً ذاتياً، ولكن على الرغم من الارتباط بين السبب والغرض الا انه ولاشك في انهما متميزان ومختلفان من حيث الجوهر. اذ ان السبب من القرار الإداري يشكل العنصر الموضوعي السابق على اتخاذ القرار، اما الغرض فيشكل العنصر النفسي والتالي لاتخاذه القرار^(٨).

المطلب الثاني: السلطة التقديرية لعنصر الغرض في القرار الإداري

ذهب اغلب الكتاب والمؤلفين في فقه القانون الإداري الى انه ليست هناك في القرار الإداري أية سلطة تقديرية في اختيار الغرض من قبل رجل الإدارة المختص، لان القرار الإداري يجب ان يستهدف الغرض المنصوص عليه قانوناً، وفي الحالة التي يغفل فيها النص القانوني تخصيص هدف معين لكل قرار على حدة، لا يكون لرجل الإدارة المختص الحرية في اختيار أي غرض يشاء دون تقييد، بل عليه اختيار الغرض الذي لا يخرج بأي حال عن استهداف تحقيق المصلحة العامة وإلا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة.

ومن الفقه من ذهب الى القول (ان أساس نظرية الانحراف بالسلطة يقوم على ان تحديد غرض العمل الإداري، هو عمل المشرع لا رجل الإدارة وانه بذلك يدخل ضمن السلطة المحدودة لا السلطة التقديرية)^(٩)، وترتيباً على ذلك نقول ان كل قرار إداري لا بد ان يكون مستهدفاً لغرض معين، او على الأقل

يهدف الى تحقيق المصلحة العامة في غياب التحديد الدقيق للغرض المعين، أي انه يعني عدم الاعتراف بوجود سلطة تقديرية للإدارة، باعتبار ان سلطة الادارة مقيد بفكرة المصلحة العامة^(١٠).

وبهذا الصدد نقول ان القاعدة القانونية عادةً ما تتخذ ثلاث صور أساسية من حيث تحديدها للغرض من القرار الإداري بحيث يكون اختصاص الادارة مقيد، او تنص على الإغراض بصورة عرضية وعامة مما يعطي للمشرع بهذا الصدد المجال للسلطة التقديرية وذلك اعتمادا على الجهة المنوط بها تحقيق تلك الإغراض ولأهمية الصلاحيات التي تمارسها، وكله ضمن اطار المصلحة العامة، اما الصورة الثالثة فتتمثل في إن النص القانوني يمنح الإدارة صلاحيات تقديرية واسعة بمعنى أن يكون لرجل الإدارة الحرية في استغلال هذه الصلاحيات وتوجيهها لأي هدف يشاء ضمن نطاق المصلحة العامة^(١١)، وكما هو معروف إن أي قرار اداري يقوم على خمسة أركان اساسية هي الاختصاص، والشكل، والسبب، والغاية، والمحل. فبالنسبة لركني الشكل والاختصاص فالإدارة لا تتمتع بأي سلطة تقديرية، بل دائماً مقيدة ذلك ان القانون يحدد الجهة المختصة بإصدار القرار وعليه فإن الادارة لا تملك الخروج عن حدود الاختصاص المحدد قانوناً. فإذا ما صدر القرار الاداري من جهة غير مختصة بإصداره قانوناً كان قرارها مشوباً بعيب عدم الاختصاص ومن ثم يكون باطلاً. كذلك بالنسبة للشكل والإجراءات فالادارة ملزمة بأتباع الشكليات المحددة قانوناً عند إصدارها لقرارها فوجود السلطة التقديرية للإدارة لا يعفيها من الالتزام بالقواعد الشكلية، اما فيما يتعلق بركني السبب والمحل فجد ان الادارة لا تتمتع بخصوصهما بصلاحيات تقديرية وكذلك فيما يتعلق بركن الغرض فإن الادارة لا تتمتع بخصوصه بصلاحيات تقديرية فهي عادةً مقيدة بقيد المصلحة العامة . كما سبق ان قلنا. ولكن هناك من الفقه من يذهب الى القول ان اختصاص الادارة لا يكون مقيداً بالنسبة للغرض الا في حالة تخصيص الاهداف، وقد يتم هذا التخصيص من قبل المشرع نفسه او عن طريق القضاء. فيما عدا ذلك فإن السلطات الإدارية أمامها من الأغراض عدداً يقل او يكثر بحسب الأحوال، فقد تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار غرض من عدة أغراض معينة ومحددة ضمن المصلحة العامة، وقد تتمتع الادارة باختصاصات معينة دون ان يحدد لها غرض معين او عدة اغراض معينة، ولكنها تكون مع ذلك خاضعة للقيد العام من عدم ممارسة اختصاصاتها لتحقيق أغراض شخصية او سياسية او دينية وفي هذه الحالة تكون متمتعة بحرية واسعة للاختيار بين عدة أغراض^(١٢).

فإذا ما انحرفت الإدارة عن الغرض من اتخاذ القرار الاداري انحرفت بذلك بالسلطة الممنوحة لها وهنا ستثار رقابة الانحراف بالسلطة لان مصدر القرار استهدف غرضاً مغايراً للغرض الذي من اجله منحت الإدارة صلاحية إصداره^(١٣).

ان هذا التقييد في ركن الغرض من القرار الإداري، لا ينفي تماماً العلاقة بينه وبين السلطة التقديرية للإدارة، ومن ثم العلاقة بينها وبين عيب الانحراف باستعمال السلطة وإدراك هذه الحقيقة، هي حقيقة الصلة بين الغرض والسلطة التقديرية هي ان بعض الكتاب يدخلون في تعريفاتهم الانحراف بالسلطة بفكرة السلطة التقديرية^(١٤).

المطلب الثالث : تعريف مصطلح عيب الانحراف في استعمال السلطة

بالرجوع الى الفقه الفرنسي^(١٥) والعربي الى جانبه^(١٦) نجد المصطلحات القانونية المتداولة في هذا الصدد هي تجاوز السلطة، والانحراف بالسلطة وإساءة استعمال السلطة او التعسف في استعمال السلطة، وبالعودة الى هذه المصطلحات والإشكاليات التي تثيرها، من حيث صحتها فيما يتعلق بإطلاقها على العيب الذي يصيب الغاية في القرار الإداري، فنقول فيما يتعلق بمصطلح تجاوز السلطة انه دلالة على العيوب التي تصيب القرار الإداري، اي بمعنى دلالة على أوجه الإلغاء بشكل عام وهي : عيب عدم الاختصاص، عيب الشكل والإجراءات، عيب السبب، عيب المحل، و أخيراً عيب الغاية. أي يقصد به بشكل أساسي الدعوى المرفوعة امام محاكم القضاء الإداري لإلغاء القرارات الادارية غير المشروعة^(١٧).

اما فيما يتعلق بالمصطلحين الأخيرين - الانحراف بالسلطة و إساءة او التعسف في استعمال السلطة - فيقتصر على التعبير المقابل الفرنسي (Abus des droit) أي هو العيب الذي يصيب الغاية في القرار الإداري، وفي المقابل حاول جانب من الفقه التمييز بين هذين المصطلحين بالقول (لا يقصد بعيب الانحراف مجرد استهداف أغراض لا تتعلق بالصالح العام و انما يقصد به ايضاً . وهذا هو الغالب . أن يخرج رجل الإدارة عن قاعدة تخصيص الأهداف) ثم يعترض على التسمية الأخيرة لأنها تجعل العيب مقصوراً على الحالة الأولى دون الثانية في حين أن معظم حالات الانحراف، هي تلك التي تجانب الإدارة فيها قاعدة تخصيص الاهداف. وكثيراً ما تكون الإدارة فيها حسنة النية، لان المعول عليه في عيب الانحراف الا يتطابق الهدف الذي تسعى اليه الإدارة . حسنت او اساءت نيتها . والهدف الذي خصصه القانون لممارسة السلطة التقديرية.

واذا كان عمل القاضي يقوم على مناقشة البواعث والدوافع، ومن ثم يتصف بالشخصية، فإن هذا الجانب من عمله هو موضوعي بحت^(١٨).

وفي العراق، وبالرجوع الى قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل، نجد انه نص على هذا العيب في المادة (٥) (رابعاً : تقدم هيئة الرئاسة في المجلس كل ستة اشهر وكلما رأت ذلك الى ديون الرئاسة تقريراً متضمناً ما أظهرته الاحكام والبحوث من نقص في التشريع القائم او غموض فيه او حالات إساءة استعمال السلطة...) كذلك المادة (٧ . هـ) (... ٣ - ان يتضمن الامر او القرار، خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او في تفسيرها او فيه إساءة او التعسف في استعمال

السلطة...)، من هذه النصوص يتضح لنا ان القانون العراقي اتجه الى استعمال مصطلح التعسف او إساءة استعمال السلطة كمرادف لمصطلح الانحراف في استعمال السلطة.

وواضح ذلك من القرارات الصادرة من مجلس شورى الدولة، ففي قرار لمجلس شورى الدولة يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام (... وحيث ان نقل المميز الى مركز التدريب المهني في الوزيرية كان بناءً على مقتضيات مصلحة العمل الذي قدرته الوزارة وفقاً لما ظهر لها من إجراءات التحقيق بشأن شكوى المميز ورفقائه وان هذا النقل لم يغير من عنوان وظيفته ولم يلحق به ضرراً مادياً ولم يكن تعسفاً في استعمال السلطة، وجاء بناءً على مقتضيات حاجة المراكز الأخرى) (١٩).

وكذلك ميز القضاء العراقي بين نية الادارة الحسنة والسيئة في استعمال السلطة التقديرية الممنوحة لها. والتي يجب ان لا تلحق ضرراً بالموظف وإنما يكون استعمالها للسلطة التقديرية لغرض تحقق المصلحة العامة، وتبين ذلك في قرار لمجلس شورى الدولة يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام (...القرار المتضمن نقل المميز عليه من مقر عمله في محافظة بغداد الى محافظة صلاح الدين ولصعوبة تطبيق هذا الأمر لاستحالاته من حيث الإقامة والمعيشة والنواحي الامنية في ظل الظروف الحالية التي تعيشها المنطقة المنقول اليها رغم ان النقل سلطة تقديرية بيد الادارة الا ان الإدارة ملزمة بتطبيق تلك السلطة بما لا يلحق ضرراً بالموظف، وحيث ان هذا النقل قد الحق ضرراً بالمميز عليه ولم يستند الى اسباب معتبرة لذلك يعد تعسفاً في استعمال السلطة...)(٢٠)، من هنا يتضح ان المشرع والقضاء اختارا مصطلح التعسف في استعمال السلطة، للدلالة على العيب الذي يصيب ركن الغاية في القرار الاداري.

اما الفقه فوجد ان الغالبية العظمى منهم استعمال مصطلح عيب الانحراف بالسلطة في تعريفاتهم، حيث عرفه البعض منهم بأنه (هو انحراف جهة الإدارة بالسلطة الممنوحة لها عن هدفها المقرر ابتغاء هدف آخر غير مشروع او غير مطلوب قانوناً) (٢١)، وقد عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه (ترتكب الادارة عيب الانحراف حينما تستعمل سلطتها لتحقيق أغراض غير التي حددها المشرع لهذه السلطات) كذلك عرفه الفقه الفرنسي هوريو (ترتكب السلطة الادارية عيب الانحراف حين تتخذ قراراً يدخل في اختصاصاتها، مراعية فيه الشكل المقرر وغير مجانية فيه لحرفية القانون، مدفوعة بأغراض اخرى غير التي من اجلها منحت سلطتها، أي لغرض اخر غير حماية المصلحة العامة، وغير المرفق الموضوع تحت إشرافها) (٢٢).

هذا وقد عرفه بعض الفقه العربي بأنه (هو استعمال رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به) . ذكرنا التعريف سابقاً . ونحن نرى انه من ادق التعريفات التي قيلت عن عيب الانحراف كونه أشار الى السلطة التقديرية التي تمتلكها الادارة والتي من خلالها تحقق غرض غير معترف لها به. وعرفه الدكتور ماجد راغب الحلو بأنه (عيب الغاية او انحراف السلطة او إساءة استعمال السلطة

. كما أطلقت عليه قوانين المجلس المتعاقبة . هو ان يمارس مصدر القرار السلطة التي خولها له القانون، في تحقيق أهداف غير التي حددها له^(٢٣).

اما الفقه العراقي فقد عرفه البعض بأنه (عيباً يصيب مقاصد رجل الادارة الذي يصدر القرار، عندما تكون مقاصده هذه مخالفة للغرض الذي حدده القانون او الذي يتفق مع القانون)^(٢٤)، وكذلك عرف بأنه (يظهر عيب الانحراف بالسلطة في حالة اصدرت السلطة الادارية لقرار إداري يدخل في اختصاصها ولكنها تصدره لهدف اخر غير الذي حدده القانون)^(٢٥)، من هذه التعريفات التي ذكرناها نقول ان عيب الانحراف في استعمال السلطة هو الأصح والأقرب للعيب الذي يصيب ركن الغاية في القرار الإداري ومن ثم انحراف القرار الإداري بغايته عن المصلحة العامة، ونحن نرى انه كان من الأولى بالمشرع العراقي والقضاء ان يسلك ما سلكه الفقه العراقي وما اتجه اليه الفقه والقضاء العربي أيضا^(٢٦) في استعمال مصطلح عيب الانحراف بالسلطة للعيب الذي يصيب ركن الغرض في القرار الاداري، ونحن نفضل هذا المصطلح بدلاً من إساءة استعمال السلطة او التعسف في استعمال السلطة، ذلك لانه عيب الانحراف أوسع من إساءة استعمال السلطة اذا ما أردنا التمييز بين كون مصدر القرار قد جانب المصلحة العامة بشكل تام، او خالف قاعدة تخصيص الاهداف في الوقت نفسه فنكون امام إساءة استعمال السلطة في الحالة الاولى، وانحراف بالسلطة في كلا الحالتين، وكذلك نجد ان إساءة استعمال السلطة عيب يرتبط بسوء نية مصدر القرار، اما الانحراف بالسلطة فيرتبط بإرادة مصدر القرار سواء كانت (حسنة ام سيئة).

اما بالنسبة للانحراف بالسلطة والتعسف في استعمال السلطة، فأنا نرى ان الانحراف يمثل ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به، اما التعسف فيظهر في حالة استعمال فرد لحقه استعمالاً تعسفياً، فالفرد هنا هو صاحب حق ولكنه يستعمل هذا الحق في طريق تضيي عليه صفة التعسف^(٢٧).

وتأسيساً على ما قلناه نرى ان عيب الانحراف يظهر عند انحراف القرار الاداري بغايته عن المصلحة العامة سواء بشكل كلي او انتهاكه لقاعدة تخصيص الاهداف، على اعتبار ان الادارة تسيء استعمال سلطتها بقصد، او تسيء بعض الإجراءات القانونية التي لا بد ان تتبعها لإصدار قرارها او تقوم بإهمال بعضها لتتحرف بغاية قرارها عن المصلحة العامة.

المطلب الرابع : طبيعة عيب الانحراف في استعمال السلطة

ذكرنا سابقاً ان عيب الانحراف بالسلطة يظهر عندما تتوجه ارادة مصدر القرار للخروج عن روح القانون وأهدافه، ومن ثم تسخير السلطة او استغلالها لتحقيق مأرب بعيدة عن المصلحة العامة، على اعتبار ان القواعد القانونية وما تفرضه من أحكام ليست غاية بحد ذاتها وإنما هي وسائل متوافرة بين يدي الإدارة لتحقيق المصلحة العامة^(٢٨).

ويعتبر عيب الانحراف بالسلطة من أدق العيوب التي تصيب القرار الإداري وأخطرها، ذلك انه يتعلق بمظهر القرار ومدى موافقة عناصره للقانون، كما انه لا يتصل بالوقائع او الظروف التي استند اليها، بل انه عيب يتصل بنية مصدر القرار ودوافعه الشخصية، ولهذا فإنه يتميز عن غيره من العيوب التي تصيب القرار الإداري بأنه يفترض بحثاً في نوايا مصدر القرار واستقصاء للبائع او الهدف الذي يرمي اليه متخذ القرار. و تأسيساً على ذلك فإن الرقابة القضائية هي رقابة فيما وراء القرار المتخذ، حيث تعتبر رقابة شخصية وليست موضوعية على اعتبار انها لا تنصب هنا على القانون ومن انصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي دي لوبادير والفقيه العربي محمد كامل ليله حيث يقول (ان رقابة القاضي للغاية تعتبر رقابة حساسة وتعتبر القمة . أي القاضي . يتدخل في نوايا وبواعث مصدر القرار ويعمل على تقديرها) (٢٩).

اما الفقيه (هوريو) فقد ذهب الى القول ان الرقابة على عيب الانحراف في استعمال السلطة ليست رقابة مشروعية، وانما هي رقابة على أخلاقيات مصدر القرار أي ان يبحث القاضي الإداري في سوء نية مصدر القرار، الا ان هذا الرأي لا يمكن قبوله كون ان الغاية من القرار الإداري هي عنصر من عناصر مشروعيته، على اعتبار ان التطبيق الصحيح للقاعدة القانونية يتوقف عليه تحقيق القرار الاداري للمصلحة العامة (٣٠)، كما ان هذا العيب يأخذ به بعين الاعتبار دون الأخذ بنية مصدر القرار سواء أكانت حسنة ام سيئة على اعتبار ان القرار الإداري قد انحراف عن الصالح العام.

اما رأي الفريق الاخر من الفقه، فأنهم لا ينفون ان الغاية تحتوي على عناصر موضوعية، وذهب الى التخفيف من الفكرة الذاتية او الشخصية للغرض من القرار الاداري وعيوبها من حيث صعوبة الرقابة عليها ذاتياً (٣١)، يتلخص هذا الرأي في ان التمييز بين الفكرتين للغرض من القرار الإداري فكرة للغرض شخصية، وفكرة اخرى موضوعية، فالفكرة الشخصية تتمثل في رغبة رجل الادارة الخاصة فيسخر القرار الاداري للوصول اليها، اما الغرض الموضوعي، فهو الذي يحققه القرار ذاتياً بقوة الأشياء بالاستقلال عن أفكار ورغبات مصدر القرار، أي ان هناك علاقة بين سبب القرار وغرضه لأنهما مقيدان ومحددان للإدارة، هنا ستكون رقابة موضوعية وليست شخصية (٣٢) الا انه بالرغم من ذلك فان القرار ينبغي ان يحقق أغراضه ذاتياً من خلال توافر سوابق موضوعية على اتخاذه (اسباب)، فالرقابة في الوقت الحاضر تتجه دائما الى البحث في تحقيق القرار لإغراضه الموضوعية ابتداءً. واستشهد فقهاء هذا القول (٣٣) للتدليل على صحة رأيهم بأحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي لم يضع في اعتباره الغرض الموضوعي وانما كان بحثه في السبب وصحة تكييفه القانوني وذلك لمعرفة ما اذا كان الإجراء يدخل في مجال تطبيق القانون كما ان مجلس الدولة ذهب من ناحية أخرى في أحكامه الى انه اذا لم يكن القرار قد استهدف الغرض الذي صدر من اجله فان ذلك يكفي لتحقيق الانحراف بالسلطة (البحث في الغاية الشخصية) وعلى ذلك فرقابة المجلس كانت تتصل بسبب القرار، ومن ناحية اخرى بالبحث في الغاية الشخصية.

المطلب الخامس: العلاقة بين السلطة التقديرية للإدارة وعيب الانحراف في استعمال السلطة تتبع أهمية الانحراف بالسلطة وخطورة عيبه من الناحية القانونية من حيث ارتباطه بغاية القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية بشكل أساسي، حيث أنه يعتبر الحقل الخصب لظهور عيب الانحراف بالسلطة، إلا أنه لا بد من التأكيد بأنه^(٣٤)، ومهما يكن مدى السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في مجال معين يجب عليها أن تقف عند الغرض من القرار الإداري، بمعنى أن الغرض من القرار لا يكون محلاً للسلطة التقديرية بأي حال من الأحوال.

وهذا ما أكدته القضاء العراقي حيث بين في أحكامه أن السلطة التقديرية للإدارة تجد حدها الطبيعي في الرقابة على عدم إساءة استعمالها أو الانحراف بها، إذ يجب أن يكون القرار الإداري مستهدفاً الغرض المحدد قانوناً، وفي حكم أصدره مجلس شوري الدولة بالمصادقة على قرار مجلس الانضباط العام جاء فيه (... وجد أن دائرة المدعية سبق أن منحتها كتاب بعدم الممانعة من الاشتراك في امتحانات الدراسات العليا في كلية القانون/الجامعة المستنصرية برقم (٦٦٠٨) في ٤/٩/٢٠٠٦، وبعد نجاح المدعية في الامتحانات وقبولها في الدراسات العليا الماجستير/القسم العام، رفضت الدائرة منحها الإجازة الدراسية وحيث أن المدعي عليه (مدير الدائرة) لم يمانع من اشتراك المدعية بالدراسات العليا و أيد أن لديها خدمة أكثر من عشر سنوات لذلك فأن رفض منحها الإجازة الدراسية بعد ذلك يعتبر تعسفاً، خاصة وأن دائرتها لها علم اليقين بأنها مستمرة في دراستها... و وفقاً لما شارت إليه المادة (٥٠ ف٢) من قانون الخدمة المدنية التي اجازت للوزير المختص منح الموظف الذي اكمل سنتين خدمة فعلية إجازة دراسية وإن كان ذلك سلطة تقديرية للإدارة إلا أنها مقيدة بعدم التعسف...)^(٣٥) ويجب أن نبين هنا أن الإدارة لا تتمتع بسلطة تقديرية بشكل مطلق فيما يتعلق بحرية الاختيار لأن هذا المجال، يبقى ضيقاً بطبيعته الحال^(٣٦)، إذ أن التصرف من القرار الإداري هو تحقيق المصلحة العامة ولكن ليس بذاتها، وإنما بتحقيقها، والإدارة لا تتمتع بشكل مطلق في اختيار أي هدف من الأهداف، إذ يتعين عليها اختيار الهدف الذي يكون أكثر تحقيقاً للصالح العام^(٣٧).

أن عيب الانحراف بالسلطة لا يتصور التحدث عنه إلا حين تتمتع الإدارة بقسط من الحرية في تقدير أعمالها. بمعنى أن عيب الانحراف هو عيب ملازم لفكرة السلطة التقديرية، أما حين تكون الإدارة محددة واختصاصها مقيداً فأن عيب الانحراف لا يمكن أن يثور بل لا يمكن تصوره^(٣٨)، وهذا ما جعل بعض الفقهاء يذهب إلى القول بعدم وجود علاقة بين هذا العيب والاختصاص المقيد^(٣٩)، على اعتبار أن الإدارة تكون ملزمة باتخاذ القرار طبقاً للقانون في حدود اختصاصها ووفقاً لقواعد الشكل المحدودة مسبقاً، واستناداً إلى أسباب صحيحة مع افتراض لا يقبل العكس بأن القرار استهدف الغاية المحددة له قانوناً. وعلى العكس يظهر هذا العيب حين تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية، على اعتبار أن هذه السلطة تعطي لرجل

الإدارة هامشاً من الحرية في اختيار الوقت المناسب لإصدار قراره، وحرية في تقدير خطورة بعض الوقائع وأهميتها وما يناسبها من وسائل كلها مشروعة. هذا يعني انه لا يمكن محاسبة رجل الإدارة على كيفية استعمال حقه في التقدير الا في نطاق الأهداف التي يسعى لتحقيقها من خلال قراراته التي يتخذها^(٤٠)، وفي الوقت نفسه نجد ان جانباً من الفقه^(٤١) له رأي مخالف لذلك، حيث انه لا يستبعد - مع تسليمه بأن هذا العيب لا يظهر الا في حالة تمتع الادارة بسلطة تقديرية - ظهور هذا العيب في حالة السلطة المقيدة للإدارة مع تعقيبه بعد ذلك بأن هذا العيب اذا ما ظهر من خلال هذه السلطة، فإنه يكون مقترناً بعيب المحل او عيب السبب، ولكن فيما يتعلق بهذا الرأي نجد انه نقل العيب الذي يصيب ركن الغاية الى ركني السبب والمحل، على اعتبار ان عيب الانحراف، يكون عادةً متصلاً بركني السبب والمحل، وهذا يعني بالنتيجة ان القاضي الإداري يمكن ان يلغي القرار مستنداً الى عيب المحل او السبب وليس على عيب الانحراف بالسلطة^(٤٢). واخيراً، ان الذي نريد ذكره هنا هو ان مفهوم مبدأ المشروعية يقوم على ان أي عمل أداري تقوم به الإدارة، لابد ان يكون متطابقاً مع منطوقه، حيث ان التصرف الذي تأتية الإدارة يجب ان يكون وفقاً للقواعد الشكلية المرعية قانوناً وان يستند الى حالات اما في القانون او في الواقع مع موافقة اثر هذا التصرف (محل) للقانون، فانه يجب في الوقت نفسه الا يكون الهدف من القرار مغايراً للمصالح العام، والآ كان هذا القرار غير مشروع لمجانبة الهدف من المصلحة العامة، ومن ثم يعد باطلاً وقابلاً للإلغاء، فالغرض من القرار الاداري اذن يجب ان يكون اما ضمن المصلحة العامة بشكل عام، او ان يكون محدداً تشريعياً بشكل مسبق، وان تتمتع الادارة بحرية الاختيار بين عدة أغراض متوفرة امامها، وهذا كله لا يعني انها تتمتع بحرية كاملة بعد ذلك بل يتعين على الادارة اختيار الهدف الذي يكون أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة.

المبحث الثاني

صور عيب الانحراف في استعمال السلطة

ان عيب الانحراف بالسلطة، يتمثل بشكل عام - كما ذكرنا سابقاً - عندما تتوجه ارادة مصدر القرار الى الخروج عن روح القانون وأهدافه، وتسخير السلطة واستغلالها لتحقيق مأرب بعيدة عن المصلحة العامة. ويعود ذلك الى ان المصلحة العامة مفهوم فضفاض يمكن ان يستغله رجل الادارة لتحقيق أغراض شخصية او الانتقام من الغير، مما يشكل ابتعاداً عن المصلحة العامة ومجانبة لها. الا ان هذا العيب لا يظهر فقط في هذه الحالات بل قد يحقق مصدر القرار الاداري المصلحة العامة ومع ذلك يوصف القرار بعدم المشروعية، وهذا ما يحصل عند مجانبة الهدف من القرار الاداري بعض الاهداف المخصصة والمحددة قانوناً وهو ما اصطلح على تسميته بقاعدة (تخصيص الاهداف)، و تأسيساً على ذلك فإن ركن الغرض من القرار الإداري يكون محكوماً بقاعدتين أساسيتين :-

أولهما : اذا كان الغرض غير محدد بغرض قانوني معين، فإن عيب الانحراف بالسلطة يظهر كلما استهدف رجل الادارة من إصداره لقراره غرضاً مخالفاً للنظام العام المتمثل (بالمصلحة العامة).
 ثانيهما : اذا كان الغرض محدد تحديداً خاصاً قانوناً فإن عيب الانحراف بالسلطة يظهر عندما تكون نية رجل الادارة قد اتجهت نحو تحقيق أغراض غير الغرض المحدد قانوناً حتى لو كانت تلك الاغراض تدخل ضمن اطار المصلحة العامة^(٤٣)، ولما كان المقصود بصور الانحراف بالسلطة الحالات التي يتقمصها هذا العيب في الحياة العملية^(٤٤)، لذا فأنا سنقوم ببحث هذه الصور وفقاً للمطالب الثلاث الآتية على التوالي، مخصصين المطلب الاول : لبحث صورة الانحراف الكلي بالسلطة عن المصلحة العامة (مجانبة المصلحة العامة)، اما في المطلب الثاني : صورة الانحراف بالسلطة عن الاهداف المخصصة (قاعدة تخصيص الاهداف)، اما في المطلب الثالث : فسنبحث عيب الإجراءات، إذ اضاف الفقه هذا العيب الى العيبين السابقين لاحقاً.

المطلب الاول: صورة الانحراف الكلي بالسلطة عن المصلحة العامة

تعتبر هذه الحالة من صور الانحراف في استعمال السلطة التقديرية، من اشبع صور عيب الانحراف ذلك لان التزام الادارة بتحقيق المصلحة العامة و رعايتها يعتبر من أهم الأسس التي من اجلها وجدت تلك السلطة^(٤٥)، على اعتبار انها على تماس مباشر بحقوق المواطنين وحررياتهم، فأذا ما تنكر رجل الادارة عن تحقيق المصلحة العامة وذلك بأن تتوجه ارادته " قصداً " لتحقيق أغراض بعيدة عن الصالح العام، كان قراره مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة^(٤٦).

هذا وسنتناول اهم الحالات التي يظهر فيها هذا الغرض من القرار مجانباً للمصلحة العامة في الفروع الآتية: الفرع الاول : انحراف الادارة بنشاطها المرتبط بعلاقتها بموظفيها وبالغير عن المصلحة العامة. اما في الفرع الثاني : انحراف الإدارة بنشاطها بعلاقتها بالسلطات الأخرى عن المصلحة العامة.

الفرع الاول: انحراف الادارة بنشاطها المرتبط بعلاقتها بموظفيها وبالغير عن المصلحة العامة

أما في هذا المجال فأنا سوف نتناول صورته وفق ما يلي :

أولاً : استعمال السلطة بقصد الانتقام

وهذه أسوأ صور الانحراف على الإطلاق، لان السلطات التي منحت لرجل الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، تستعمل في جلب الأذى والشر، فيستعمل رجل الادارة سلطته للإيقاع باعداءه، وإشباع شهوة الانتقام والتشفي استجابة لدعوى الضغائن الشخصية التي تعتريه^(٤٧)، وأكثر ما تكون تطبيقات هذه الصورة في مجال الوظيفة العامة مثالها في مجال فصل الموظفين لأسباب شخصية ففي حكم لمجلس الدولة الفرنسي قضى فيه بإلغاء قرار عمدة يصدر عشر قرارات متتالية في خلال عشرة اشهر بوقف احد الموظفين بغية الانتقام^(٤٨)، كذلك حالة احد المديرين الذي لم يكده يعين حتى سارع الى اصدار قرار بفصل

احد الموظفين ونفذ هذا القرار في اليوم التالي لإصداره، كل ذلك قبل ان يتسلم مهام منصبه. وفي قرارات للقضاء العراقي نجد ان مجلس شوري الدولة اصدر قراره الذي يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام بالغاء قرار (نقل موظف) باعتباره تعسفاً من الادارة باستعمال حقها في النقل والذي نلاحظ فيه الغرض الشخصي نحو الانتقام لدى مصدره، حيث اصدرت الادارة قراراً بنقل (المدعى عليه) بدرجة مدير تدقيق في شركة نفط الجنوب الى شركة مصافي الشمال بسبب تعاونه مع لجنة النزاهة في مجلس النواب لمتابعة قضايا الفساد الاداري والمالي دون ان يصدر منه أي تقاعس او اهمال في عمله (٤٩).

وكذلك قرار مجلس شوري الدولة المصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام (بالغاء قرار احالة موظف بعنوان مدير شؤون الافراد في ديوان محافظة واسط بطلب من السيد محافظ واسط الى وزير البلديات و الاشغال العامة، دون تقديم طلب منه او اكماله السن القانونية للإحالة على التقاعد) (٥٠)، كذلك قرار مجلس شوري الدولة المصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام والقاضي فيه (بالغاء نقل الموظف (المميز عليه) من مقر عمله في بغداد الى محافظة صلاح الدين، ولصعوبة تطبيق هذا الامر واستحالاته من حيث الإقامة والمعيشة والنواحي الامنية في ظل الظروف التي كانت تعيشها المنطقة المنقول اليها، ورغم ان النقل سلطة تقديرية بيد الدائرة الا انها ملزمة بتطبيق تلك السلطة بما لا يلحق ضرراً بالموظف، وحيث ان هذا النقل لم يستند الى اسباب معتبرة لذلك يعد تعسفاً في استعمال السلطة) (٥١) ثانياً : استعمال السلطة بقصد تحقيق نفع شخصي :

يحدث كثيراً عند ممارسة رجال الإدارة لاختصاصاتهم ان يستغلوا سلطاتهم لتحقيق نفع شخصي، او بقصد محاباة الغير. ومن السلطات التي تكثر إساءة استعمالها والانحراف بها عن المصلحة العامة، هي سلطات الضبط الإداري، فمن المعلوم ان رجال الادارة مهمتهم في مجال - الضبط الاداري - الحفاظ على الامن العام، الصحة العامة، والسكينة العامة ولكنهم تحت ستار من هذه الاغراض العامة، يسعون احياناً الى جلب المنافع لأنفسهم او لذويهم مثال ذلك في فرنسا كأن يصدر احد العمدة قراراً بتحريم الرقص خلال فترات معينة، ويبرره في الظاهر بحجة ان الرقص صرف الشباب من الجنسين عن العمل ولكن أسبابه الحقيقية كانت ترجع الى مطعم يعود للعمدة انصرف عنه الشباب الى المحلات التي تهيئ لهم فرصة الرقص (٥٢)، ان هذه الصورة من صور الانحراف لا يعقل ان تكون بواعث رجل الادارة حسنة ذلك لان تحقيق الأغراض الشخصية في مجال القانون الاداري على طرفي نقيض مع مبدأ حسن النية، ومن الامثلة على ايضاً قيام وزيرة التعليم العالي في الكويت بإصدار القرار رقم ٢٠١٠/٣٥٤ بتاريخ ٢٠١٠ /٧/٨ الذي فيه مخالفة لمبدأ المساواة والعدالة بين اصحاب المراكز المتماثلة، بل حرم هذا القرار أصحاب الحق وتم تطبيقه دون مراعاة للمصلحة العامة، وذلك فيما يتعلق بالبعثات الخارجية مع عدم مراعاة اصحاب النسب العالية في اختيار المبعوثين للدراسات الجامعية بشأن البعثات الخارجية (٥٣)، وكذلك نقل موظف

الى وزارة اخرى لم يكن الدافع منه سوى فسح المجال لترقيته، ثم اعادته الى وزارته الاولى بعد سبعة ايام ليشغل الدرجة الرابعة والتي ما كان ليحوزها اصلاً لو لم يتبع معه هذا الاجراء، وكالقرار الصادر بإنشاء وظيفة ادارية دون أي غرض من المصلحة العامة سوى تمكين احد الأشخاص من الحصول على وظيفة^(٥٤)، وفي قرار لمجلس شوري الدولة بين فيه هذه الحالة الذي صادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام بالغاء القرار الاداري الصادر بقطع راتب الموظف الذي يعمل "حارسا" في معهد الادارة التقني التابع لهيئة التعليم التقني ويشغل احد الدور السكنية التابعة للمعهد، كوسيلة لإرغامه على الخروج من الدار للاستفادة منها في تحقيق نفع شخصي له^(٥٥).

ثالثاً : استعمال السلطة لإغراض سياسية او دينية

تحقق هذه الصورة عندما تصدر الادارة قراراً لغاية حزبية بعيدة عن الصالح العام. وهذه الصورة تتحقق في الدول التي تتمتع بنظام يقوم على تعدد الأحزاب، حيث يظهر التنافس بين هذه الاحزاب على تولي انصارها الوظائف العامة في الدولة. فيبرز هنا الغرض السياسي الذي يستهدفه مصدر القرار الاداري الذي ينتمي لحزب سياسي معين، فهذا الاخير يحاول ان يبعد العناصر التي تنتمي الى الأحزاب الاخرى مفضلاً العناصر التي تنتمي الى حزبه السياسي فقط. فمثلاً تظهر هذه الصورة عندما يحاول الوزراء الجدد إبعاد أنصار الأحزاب والتي كانت تتولى الحكم سابقاً. فيعمدون الى فصل الموظفين الذين يشايعون هذه الاحزاب ويدينون بالولاء لها او بإحالتهم الى التقاعد وغير ذلك من الاحوال التي تخالف المصلحة العامة^(٥٦)، مثال ذلك القرار الصادر بفصل موظف في فرنسا وهو في نفس الوقت عمدة احدى القرى لمجرد منعه من ممارسة هذه الوظيفة الاخيرة، والقرار الصادر بتسريح موظف متقاعد مع الادارة، لأسباب سياسية^(٥٧)، وفي القضاء المصري نجد امثلة كثيرة في هذا المجال، ففي حكم للمحكمة الادارية العليا الذي تقول فيه (... فاذا كان من الثابت من ظروف الدعوى وملابسات اصدار قرار صرف المدعي من الخدمة، المطعون فيه انه صدر بصورة غير عادية تتم عن الخلاف في شأنه بين الوزارة وبين رئيس الجمهورية وقتذاك... فان هذا يؤيد صدق ما ينعاه المدعي على القرار المذكور من انه صدر بباعث حزبي...ومن ثم يكون قد صدر مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة، لانحرافه عن الجادة، لصدوره بباعث حزبي لا بغاية المصلحة العامة)^(٥٨)، وقد يكون الباعث من اتخاذ القرار الاداري دينياً ومثال ذلك القرار الصادر بايقاف مساعدة مدرسة بسبب ما لها من صفة مذهبية معينة، كما الغى مجلس الدولة الفرنسي القرار الصادر من احد العمد بمنع خروج احد المواكب الدينية الذي اعتبره مظاهرة سياسية ضده^(٥٩).

اما في العراق، فأننا لم نعثر على أي قرار للقضاء يشير فيه الى هذا النوع من صور الانحراف في استعمال السلطة - أي لاسباب سياسية ودينية -، لا قبل سقوط النظام السابق عام ٢٠٠٣ م ولا حتى بعد سقوطه، على الرغم من اننا على علم بإصدار العديد من القرارات الإدارية الخاصة بفصل الموظفين

خصوصاً لهذه الاسباب، وهذا بدوره يجعلنا نوجه أصابع اللوم للقضاء العراقي لأنه لم يجرؤ على إبداء هذه الصورة من الانحراف عند تسببه بوجوب بطلان القرار الاداري بسبب انحرافه عن الصالح العام.

الفرع الثاني: انحراف الإدارة بنشاطها بعلاقتها بالسلطات الأخرى عن المصلحة العامة

لم تقتصر حالات الانحراف على الحالات السابقة بل ان الإدارة قد ترتكب مخالفة للقوانين والأنظمة حتى في حالة علاقاتها مع السلطات الأخرى، ذلك ان الإدارة قد تصدر قراراً ادارياً لغاية تعطيل او التهرب من مواجهة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بحقها. على اعتبار ان أساس مبدأ المشروعية هو خضوع الجميع لحكم القانون وهذا بدوره ينطبق على الإدارة، على اعتبار ان الأحكام القضائية سواء أكانت صادرة من القضاء العادي ام القضاء الإداري تحوز حجية الشيء المقضي به. مثال ذلك القرار الصادر بنقل موظف الى ادارة معينة بقصد إبعاده عن إدارة أخرى وحرمانه من مزايا الترقى في درجاتها الى مكان ينحرم من الحصول على اية مزايا فيه ثم يصدر حكم قضائي بأنصافه وإلغاء قرار النقل، ولكن الإدارة اذ تصدر القرار بإعادة تعيينه في مكانه السابق، تصدر في نفس اليوم قراراً آخر بنذب المدعي الى الوظيفة التي سبق وان نقل اليها وأنصفه القضاء من هذا النقل^(٦٠)، ومثال ذلك أيضاً انه عند إلغاء تعيين احد الموظفين تعمد الإدارة الى تعديل شروط التعيين في هذه الوظيفة كي يمكن لها أن تعين من جديد هذا الموظف الذي أبطل تعيينه والذي كان من الواجب عليها تنفيذاً لحكم القضاء الإداري إقصائه من الوظيفة^(٦١) فالتحايل على قوة القضية المحكمة يمكن اذن ان يكون صورة من صور الانحراف بالسلطة، هذا وان واجب تنفيذ الاحكام القضائية يقع على عاتق الادارة الالتزام بتنفيذه، وهذا الالتزام لا يجد أساسه في المبادئ العامة للقانون والنشاط الإداري، بل كذلك في القوانين مثال ذلك ما أشار اليه قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٣٢٩)(١) - يعاقب بالحبس وبالغرامة او احدى هاتين العقوبتين كل موظف او مكلف بخدمة عامة استغل سلطة وظيفته في وقت او تعطيل تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة وإحكام القوانين والأنظمة او أي حكم او امر صادر من احدى المحاكم او من أية سلطة مختصة او في تأخير تحصيل الأموال او الرسوم ونحوها المقررة قانوناً. ٢- يعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف او مكلف بخدمة عامة امتنع عن تنفيذ حكم او امر صادر من إحدى المحاكم او من اية سلطة عامة مختصة بعد مضي ثمانية ايام من إنذاره رسمياً بالتنفيذ متى كان تنفيذ الحكم او الامر داخلاً في اختصاصه).

المطلب الثاني: صورة الانحراف بالسلطة عن الأهداف المخصصة

وفقاً لهذه القاعدة فإن الإدارة ملزمة عند اتخاذ قرارها بتحقيق أهداف خاصة ومحددة ذلك ان كل جهاز إداري مناط به القانون أهدافاً محددة، فإذا ما خرج عن تلك الأهداف المخصصة له يكون مشوباً بعيب الانحراف في استخدام السلطة^(٦٢)، ويجب ان نؤكد هنا ان الإدارة لا تتمتع بأي سلطة تقديرية فيما

يتعلق باختيارها لأهدافها، إذ يجب عليها أعمال قراراتها للأهداف المخصصة لها، وعلى هذا الأساس فإن أي قرار يكون خارج عن هذه القاعدة يكون مشوباً بعيب الانحراف، سواء أكان مصدر القرار حسن النية أو سيء النية، وتظهر هذه الحالة عند ممارسة الإدارة لنشاطها الضبطي أو في علاقاتها مع موظفيها، وعليه سوف نبث هذا الموضوع في فرعين وفقاً لما يأتي: -

الفرع الأول: الانحراف بسلطة الضبط الإداري

لقد منحت الإدارة سلطة الضبط الإداري للمحافظة على عناصر النظام العام (الامن العام، الصحة العامة، السكينة العامة) غير أن اتساع هذا المفهوم وشموليته قد يفسح المجال لسلطة الضبط الإداري في استغلال وتحقيق مآرب مغايرة لمفهوم النظام العام مكاسب مالية.

ويمكن تحديد ظهور هذا النوع من الانحراف حين تصدر سلطة إدارية محلية قراراً تبتغي من ورائه أن تحصل على موارد مالية، ويكون ذلك بتخفيض المصروفات التي تقع عليها بإنشاء إيرادات مالية لها أو زيادتها، وفي حكم أصدره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩ مايو ١٨٥٨ تحت عنوان (verne) إذ أصدر عمدة بلدية trauville قراراً يلزم كل من يريد الاستحمام على شاطئ البحر أن يدفع رسماً لصالح مؤسسة الاستحمام التي أنشأتها البلدية حتى لو لم يستعمل الأفراد أكشاك هذه المؤسسة، لا بقصد الامن والسكينة العامة بل لتحقيق غرض مالي لصالح خزانة هذه البلدة. إلا أن المجلس لم يجرؤ إعلان هذه النظرية بل استند في إلغاء القرار على حرية الانتفاع بشاطئ البحر والمخالفة لإحكام الالتزام دون التعرض إلى الغرض الذي هدفت إليه الإدارة^(٦٣)، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استقر على إلغاء قرارات تتضمن تحقيق مصالح مالية للإدارة وقام بمراقبة أغراضها عند اتخاذها لقراراتها، هذا وتوجد أمثلة كثيرة لهذه الصورة من الانحراف، مثال ذلك القرار الصادر برفض الترخيص باستيراد سلعة معينة ثم لا يكون الباعث عليه سوى خوف الإدارة من بوار سلعة مماثلة كانت قد استوردتها، و القرار الصادر بعدم الترخيص بإقامة سينما ثم يظهر أن عدم الترخيص كان يستهدف بالدرجة الأولى عدم منافستها لمسرح البلدية.

والذي نلاحظه على هذه القرارات مدى تمسك القضاء الفرنسي بعدم السماح لهيئات الضبط في استعمال وسائل الضبط المتاحة لاستهداف أغراض مالية هي في حد ذاتها مشروعة ولكنها غريبة عن أهداف الضبط إلا أنه تحت تأثير نظرية الظرف الطارئة وفي فكرة وجوب أعمال الشروط التعاقدية، وما أدتا إليه من مساهمة الجهات الإدارية المتعاقدة في تحمل جزء من الخسائر التي يعنى بها المتعاقدون، احتاج الأمر إلى استعمال سلطة الضبط لتحقيق أهداف مالية، فلم يحكم على الإدارة بالانحراف في استعمالها لسلطتها الضبطية^(٦٤)، وقد تظهر حالة الانحراف أيضاً في استعمال الإدارة لسلطتها لفض نزاع ذي صفة بين الأفراد ففي كثير من الأحيان يظن المديرون والعمد مدفوعين باعتبارات حميدة في جملتها، أنه يدخل في اختصاصهم فض نزاع قائم بين الأفراد، مستخدمين في ذلك سلطاتهم.

ولكن هنا مهما كانت دوافع الادارة في هذا المجال، الا انها استخدمت سلطتها في غير ما أعدت له، فهي تنحرف بها عن مراميها، وترتكب في نفس الوقت تعدي على السلطات القضائية التي من اختصاصها فض المنازعات التي تدور عادة حول نزاع على ملكية او مسقى... الخ^(٦٥).

الفرع الثاني : الانحراف بالسلطة في ميدان الوظيفة العامة

ان النشاط الإداري في مجال الوظيفة العامة لا يقل أهمية عن النشاط الضبطي للإدارة تحقيقاً للمصالح العام، وعليه تمارس الإدارة سلطتها في نقل الموظفين و ترفيعهم و أحالتهم على التقاعد الا انه يحدث كثيرا ان تستغل الادارة سلطتها في تحقيق أغراض لا تدخل ضمن اختصاصها، ومن ثم تنحرف عن الغاية الأساسية من اتخاذ القرار الإداري التي منحت السلطة من اجلها وعليه يظهر عيب الانحراف بغاية القرار الاداري عن المصلحة العامة في هذا الجانب، وذلك عند لجوء الإدارة الى نقل الموظفين نقلاً مكانياً او نوعياً لغاية إيقاع العقاب وليس لتحقيق غاية المشرع التي ارتآها من النقل في تحقيق المصلحة العامة، وذلك عن طريق توزيع الموظفين بين المراكز والوظائف المختلفة^(٦٦)، ويعتبر النقل التلقائي عقوبة تأديبية في كل من فرنسا و المانيا يجب فيه استيفاء كافة الضمانات التأديبية بشأن النقل لا كالعقوبة، اما النقل المصلحي فهو الذي يتم لإغراض تنظيمية تهدف الى حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب^(٦٧)

اما في العراق فلا يعتبر النقل التلقائي عقوبة تأديبية اذ ان المشرع أورد العقوبات الانضباطية على سبيل الحصر ولم يورد بينها عقوبة النقل^(٦٨)، الا انه اذا كان النقل لإغراض لا تتفق مع المصلحة العامة وإغراض شخصية عقوبة مبطنة او مقنعة ونوعاً من الانحراف بالسلطة. بالإضافة الى ذلك نجد ان حالة النقل يمكن ان تستخدم لإيقاع عقوبة على موظف من رئيسه الإداري، بصورة تظهر فيها بأنها عقوبة مقنعة او مخفية، وقد بين القضاء العراقي هذا النوع من العقوبات - المقنعة - التي لم يتناولها المشرع العراقي في أحكامه، ففي حكم صادر من مجلس شوري الدولة^(٦٩)، يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام الخاص بنقل المدعية من مدرستها الى مدرسة أخرى لتدريس مواد اختصاصها خارج المنطقة الخضراء والتي تقع مدرستها فيها، فكان قرار المجلس ما يلي (لما كان القرار المطعون فيه يرتب ضرراً للمدعية، فيعد عقوبة مبطنة رغم ان المدعي عليه قد وجه لها عقوبة لفت النظر، وحيث ان للإدارة سلطة تقديرية في نقل الموظف متى ما وجدت ان مصلحة العمل تقتضي بذلك الا أن هذه السلطة مقيدة بعدم الإضرار بالموظف وان لا تكون عقوبة مخفية، اذ ان لها الحق في عقوبة الموظف المخالف لإحكام القانون، الا ان النقل بمثابة العقوبة لا سند له في القانون، وحيث ان نقل المدعية الى مدرسة خارج منطقة عملها بحجة قيامها بتدريس مواد اختصاصها يؤدي الى الإضرار بها مادياً بتخلية الشقة التي تسكنها وان تطلب الأمر نقلها فيكون ضمن منطقة سكانها ولعدم جواز فرض عقوبتين على الموظف لفعل واحد...)^(٧٠).

كذلك، قد تقوم الإدارة بنقل الموظف من وظيفة الى اخرى ادنى منها وبرتب اقل يعد تنزيل للدرجة، هنا تظهر صورة انحراف الادارة بسلطتها لان النقل ليس عقوبة وهذا يسمى (بالنقل النوعي)، حيث كان من المفروض على الإدارة ان لا تنحرف بالسلطة التقديرية التي منحها لها المشرع بغية المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، وفي قرار صادر من مجلس شورى الدولة يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام تبين لنا منه هذا النوع من الانحراف والذي يخص الموظف (المميز عليه) الذي يعمل خبيراً لدى (المميز) وله خدمة وظيفية قدرها (٢٥) سنة وحاصل على شهادة دكتوراه وقد اصدر المميز امراً بنقله من وظيفة خبير الى وظيفة مدرس على ملاك التعليم المهني، وكان جواب المجلس بما يلي (حيث ان نقل الموظف من وظيفة الى وظيفة ادنى منها ورتب اقل مما كان يتقاضاه يعد تنزيل للدرجة، وحيث ان تنزيل الدرجة بمثابة عقوبة يتطلب فرضها على الموظف بناءً على تحقيق اصولي تجريه لجنة تحقيقية... حيث ان اللجنة التي أجرت التحقيق في الموضوع لم يتم تشكيلها وفق المادة (١٠) من القانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل، وان تجري تحقيقاً أصولياً مع المميز عليه... لذا فإن قرار المميز بنقل المميز عليه من وظيفته الى وظيفة أدنى مخالفاً للقانون ويضعه في إطار التعسف في استعمال السلطة...^(٧١)، كما وأشار القضاء الى صورة أخرى من صور انحراف الإدارة في استعمال حقها في نقل موظفيها، ففي القرار الصادر من مجلس شورى الدولة والذي يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام نص (بالغاء قرار وزير العدل الصادر بحق الموظفة التي كانت تعمل في دائرة المفتش العام في وزارة العدل والتي فوجئت بنقلها الى مديرية التسجيل العقاري في البياع بدون درجتها حيث قضى المجلس بالزام (المدعى عليه) تحديد عنوان اخر يماثل وظيفتها في الدائرة المنقول إليها)^(٧٢).

واخيراً، لا بد لنا ان نؤكد على ان السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في نقل الموظفين ليست مطلقة وإنما تخضع لرقابة القضاء لمراجعتها للتأكد من خلوها من الانحراف في استعمال السلطة، ففي قرار لمجلس شورى الدولة لا يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام (وجد المجلس ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان (المميزة) مدير اقدم في مصرف الرافدين فرع الكرادة، تم نقلها الى الإدارة العامة داخل المصرف ومن ثم نقلها الى دائرة التقاعد... وكان النقل بناءً على مقتضيات العمل، وحيث انها خريجة الادارة والاقتصاد - جامعة بغداد بكالوريوس وحاصلة على دبلوم في المحاسبة وخدمتها في المصرف متميزة من حيث كتب الشكر الموجهة اليها، لذلك كان على المجلس ان يتعمق في التحقيق والاطلاع على الأسباب والدوافع لنقلها غير المبررة...، فالمصلحة العامة تقتضي ان تنتقل هذه الموظفة التي مارست العمل المصرفي الى عمل مصرفي اخر وليس الى دائرة التقاعد ذلك لان السلطة التقديرية

للإدارة ليست مطلقة وإنما تخضع لرقابة القضاء لفحص القرار والتأكد من خلوها من التعسف في استعمال السلطة...^(٧٣).

المطلب الثالث: عيب الإجراءات

يقصد بهذا العيب لجوء الإدارة الى استعمال بعض الإجراءات عوضاً عن إجراءات أخرى ملزمة باتخاذها، وذلك للوصول الى أغراض تريد تحقيقها، وتبدو أهمية الانحراف بالإجراء في انه يُكشف بسهولة ووضوح اذا ما قورنت بصور الانحراف الأخرى، دون الحاجة الى البحث عن مقاصد متخذ القرار وغاياته، حيث ان الانحراف بالإجراء يشكل الدليل الموضوعي على الانحراف بالسلطة^(٧٤)، والذي نريد بيانه هنا هو ان ليس لهذه الحالة علاقة بعيب الشكل والإجراء، فلو أننا نظرنا الى الإجراءات والوسائل التي اتبعتها الإدارة في إصدارها للقرار لوجدناها صحيحة، اما اذا قارنا تلك الإجراءات الشكلية بالبواعث النهائية للإدارة من إصدارها لقرارها لوجدنا ان تلك الإجراءات لم تكن مخصصة ابدأً لتحقيق تلك الأغراض وإنما هناك وسائل وإجراءات معينة تجاهلتها الإدارة تماماً حين وضعت القواعد القانونية لتحقيق تلك الأغراض، فأذن هناك سبب ذاتي يكمن في بواعث الإدارة الأمر الذي يعنيه مفهوم عيب الانحراف بالسلطة^(٧٥).

لقد حظي موضوع الانحراف بالسلطة في استخدام الإجراءات باهتمام كبير كونه يعتبر من اكثر العيوب التي تصيب ركن الغاية من القرار الإداري استخداماً في نطاق السلطة الإدارية فتطبيقاته كثيرة خصوصاً فيما يتعلق الموظفين العموميين و اجراءات الضبط الاداري، وكذلك سهولة اثبات هذا النوع من الانحراف في الوقت نفسه. اضافة الى ان هذا العيب يظهر في حالة استخدام الادارة لصلاحياتها في الظروف الاستثنائية، وعليه سنتناول صور هذا النوع من الانحراف في فرعين باحثين في الفرع الاول، الانحراف في اجراءات الضبط الاداري، اما في الفرع الثاني، سنبحث الانحراف في استخدام الإجراءات في الوظيفة العامة، وفي الفرع الثالث، الانحراف باستعمال سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة.

الفرع الاول: الانحراف بإجراءات الضبط الاداري

تتلخص هذه الحالة في واقعة ان الإدارة قد استعملت اجراءً إدارياً لا ينبغي لها استعماله بالنسبة للغرض المشروع الذي ترمي الى تحقيقه، وإنما قد يصح استعماله بالنسبة لاستهداف غرض اخر غيره، ومن تطبيقات هذه الصورة مثلاً القرار الصادر برفض ترخيص بإعادة بناء منشآت على ساحل البحر كانت قد غرقت، باعتبار ان هذا القرار يتضمن معنى القرار بسحب الترخيص بأشغال المال العام، في حين ان قرار سحب الترخيص بأشغال المال العام له شروطه وإجراءاته الخاصة^(٧٦)، وفي العراق فأن القضاء العراقي لم يشير الى هذا العيب -عيب الانحراف بالإجراءات- بهذا الاسم، بل ان عيب مخالفة القانون في قرارات القضاء العراقي هو تكييف لهذه الصورة، وفي قرار صادر من المحكمة الاتحادية العليا، بخصوص قيام مجلس النواب باتخاذ قرار بحق احد أعضائه برفع الحصانة ومنعه من السفر بدون طلب من السلطة

الفضائية فأصدرت المحكمة قرارها بالاتي (... ان النظام الداخلي لمجلس النواب لا تخوله اتخاذ القرارات بحق احد اعضائه برفع الحصانة عنه) ومنعه من السفر الا بناءً على طلب من السلطة القضائية وفي حالات محددة وردت على سبيل الحصر، وليس من بينها الحالة موضوع الدعوى... لذا فقررت المحكمة إلغاء القرار الصادر من مجلس النواب^(٧٧)، وكذلك قرارها الاخر الذي تصادق فيه على قرار محكمة القضاء الاداري. حين اصدر مجلس محافظة البصرة قراراً يتضمن بحجب الثقة عن محافظ البصرة من منصبه والطلب من السيد رئيس الوزراء اتخاذ ما يلزم بصده، فكان قرارها الآتي (...حيث ان أمر سلطة الائتلاف المؤقتة، رقم ٧١ لسنة ٢٠٠٤ لم يرد فيه منح صلاحية لمجلس المحافظة بإصدار قرار بحجب الثقة عن المحافظ والطلب من السيد رئيس الوزراء اتخاذ ما يلزم بصده، إضافة الى ان القرار قد صدر خلافاً لإحكام النظام الداخلي لمجلس محافظة البصرة... لذا يكون هذا القرار فاقداً لسنده القانوني...)^(٧٨)، وفي قرار آخر للمحكمة الاتحادية العليا تقوم بالمصادقة فيه على قرار محكمة القضاء الاداري القاضي بإلغاء قرار وزارة العدل حين منعت الموظف (المدعي) من السفر خارج العراق بحجة ان له علاقة بحادثة وقعت في دائرته، وكان قرارها الاتي : (... ان منع سفر المدعي (المميز عليه) لاسند له من القانون وفيه تقييد لحرية السفر لخارج العراق والعودة...)^(٧٩).

الفرع الثاني: الانحراف في استخدام صلاحيات الإدارة في ميدان الوظيفة العامة

ان هذا النوع من صور الانحراف في الإجراءات تتخذها الإدارة فيما يتعلق بحقوق الموظفين وحياتهم الوظيفية وعلى وجه الخصوص النقل والإحالة على التقاعد، ولقد بينا في المبحث الثاني من هذا البحث كيفية انحراف الإدارة بسلطتها عند قيامها بنقل الموظفين مكانياً ونوعياً اذ كان النقل لاغراض لا تتفق مع المصلحة العامة. والذي يزيد بيانه هنا، هو ان النقل من مقتضيات الوظيفة العامة، على اعتبار ان العلاقة بين الإدارة وموظفيها من حيث الأساس علاقة تنظيمية فليس من واجب الإدارة بشكل عام تحسس رغبات موظفيها و أهوائهم فيما يتعلق بتغيير مراكزهم الوظيفية وبالنتيجة لا يحق للموظف الادعاء بحق مكتسب في الوظيفة التي عُينَ فيها لأول مرة، أي لا يحق له الاعتراض على نقله مكانياً ونوعياً، على اعتبار ان النقل من صميم اختصاصات الإدارة تستعمله لغايات مصلحة المرفق وسيره بانتظام واضطراد بمقتضى ما لها من صلاحيات تقديرية^(٨٠)، وبهذا الخصوص اصدر مجلس شورى الدولة قراره الذي يصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام حين اعترض (المدعي) الذي يعمل بوظيفة (م.م فني) في مركز التدريب المهني في الزعفرانية، على نقله الى مركز التدريب المهني في الوزيرية بأن (هذا النقل لم يعتبر عنوان وظيفة المدعي المميز ولم يلحق به ضرراً مادياً ولم يكن فيه تعسفاً في استعمال سلطة الادارة وجاء بناءً على مقتضيات حاجة المراكز الاخرى من المهندسين والفنيين)^(٨١) فمن حق رئيس

الدائرة نقل الموظف او تنسيبه الى دائرة اخرى ولا يعتبر في ذلك انحراف ما دام النقل يستند الى أسباب معتبرة، وما دام الموظف لم يتضرر من هذا النقل ومحتفظاً بمركزه الوظيفي.

ولكن قد تظهر خطورة هذا العيب عند قيام الادارة بنقل موظفيها لان اكثر التشريعات عادة لا تضع شكليات طويلة ومعقدة للنقل باعتبار ان هذا الاجراء يستهدف مصلحة العمل من حيث المبدأ. وعليه فإن غياب هذه الإجراءات المعقدة يغري رجل الادارة فيستخدم النقل لعقاب الموظف حين يرتكب مخالفة وظيفية مدعياً استهداف المصلحة العامة، علماً انه يكون مخفياً سوء نيته وهو متمثل بعقاب الموظف^(٨٢) وكذلك من صور هذه الحالة للانحراف، انحراف الادارة بسلطتها عند اصدارها قرار الاحالة على التقاعد، اذ هو صلاحية بيد الادارة تستعملها لغايات مصلحة الوظيفة العامة، من حيث اقضاء من لم يعد قادراً على القيام بأعباء وظيفته على اكمل وجه، وذلك بعد توافر الشروط القانونية التي يتطلبها القانون، وهنا يعني ان صلاحية الادارة بهذا الصدد تقديرية أي تستطيع الادارة تقدير مدى مقدرة الموظف على القيام بأعباء وظيفته، ومدى اعتبار وجوده في الوظيفة العامة يحقق المصلحة العامة من عدمه ذلك بعد توفر الحد الأدنى من مدى الخدمة التي يتطلبها القانون. وبخصوص ذلك اصدر مجلس شورى الدولة قراره المصادق فيه على قرار مجلس الانضباط العام، بإلغاء القرار الاداري الصادر (بحق المدعية (المميز عليها) الخاص بإحالتها على التقاعد من قبل مديرها الاداري دون اتباع الاجراءات التي نص عليها القانون، فالموظف لا يحال على التقاعد قبل اكماله سن الخامسة والخمسين من العمر وخدمته (٣٠) سنة الا بطلب يقدمه الى الوزير او رئيس الدائرة المختص وحيث ان إحالتها على التقاعد لم تكن بهذه الطريقة لذا فالقرار لا سند له من القانون^(٨٣).

وكذلك من التطبيقات القضائية على هذه الصورة من الانحراف بالسلطة، حكم المحكمة، الذي جاء فيه (لكي يعتبر القرار الإداري بمثابة الجزاء التأديبي المقنع ان يكون متضمناً عقوبة من العقوبات التأديبية المعينة، و إلا لكان جزاءً تأديبياً صريحاً و إنما يكفي ان يتبين للمحكمة من ظروف الأحوال وملابساتها ان نية الادارة اتجهت الى عقاب الموظف ولكن بغير اتباع الاجراءات و الاوضاع المقررة، بذلك فانحرفت بسلطتها في القرار لتحقيق هذا الغرض المستتر، فيكون القرار بمثابة الجزاء التأديبي المقنع، ويكون عندئذ مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ومخالفة القانون^(٨٤)).

وكذلك يجب ان لا يفوتنا ان نقول ان إحالة الموظف على التقاعد تكون بنفس الاداة التي تم تعيينه فيها والا اعتبر هذا انحرافاً من الإدارة بسلطتها وبهذا الصدد اصدر مجلس شورى الدولة قراره الذي نقض فيه الحكم الصادر من مجلس الانضباط العام والقاضي فيه (بإحالة المميز) مدير عام في الشركة العامة لتجارة المواد الإنشائية) على التقاعد دون التحقق من الاداة التي تم تعيينه فيها، فكان من واجب مجلس

الانضباط العام التحقق من الاداة التي تم تعيينه فيها، لان احالة الموظف على التقاعد يجب ان تكون بنفس الاداة القانونية التي تم تعيينه فيها) (٨٥).

الفرع الثالث: الانحراف باستعمال سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة

بدأت فكرة المنفعة العامة التي تخول الادارة سلطة نزع ملكية الأفراد، محددة وضيقة حيث كان يقصد بها توفير العقارات اللازمة لسير مرفق عام او لحماية مال من اموال الدومين العام، ولكنها اتسعت بعد ذلك وشملت معظم الأغراض التي ترمي الى النفع العام بأوسع معانيه (٨٦)، وتعتبر سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة من اخطر السلطات التي منحها المشرع للإدارة لأنها تبدو فيها سلطات وامتيازات القانون العام، فإذا ما علمنا ان حق الملكية من ابرز واهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد حيث تكفله القوانين الوضعية والدساتير، فمثلاً ما أشار إليه الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٢٣/ثانياً) (لا يجوز نزع الملكية الا لإغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون)، وعلى هذا فلو التجأت الادارة لاستعمال وسيلة غير تلك التي حددها المشرع لاستعمالها في نزع الملكية عن احد العقارات، عدّ هذا الإجراء انحرافاً منها بالسلطة، وتتلخص هذه الحالة في واقعة ان الإدارة قد استعملت إجراء إدارياً لا ينبغي لها استعماله بالنسبة للغرض المشروع الذي ترمي اليه حقيقة، مثال ذلك ان تلجأ الإدارة الى الاستيلاء المؤقت بدلاً من إجراءات نزع الملكية الواجب أتباعها (٨٧)، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في مثل هذه الحالة بأن لا تكون الادارة قد رصدت المبالغ اللازمة لنزع ملكية ارض تحتاجها لتقييم عليها مبانٍ لها، ثم تكون في عجلة من امرها فتحاول تدارك هذا الموقف فتلجأ الى الاستيلاء المؤقت، ثم تسارع فتقيم مبانيها عليها استناداً الى مجرد الاستيلاء، تاركة القيام بإجراءات نزع الملكية عندما تستطيع رصد المبالغ اللازمة لهذا الغرض، فهنا لاشك تبدو لنا حالة انحراف السلطة بالإجراءات اذ ان الاستيلاء المؤقت برأينا ما هو الا اجراء استثنائي تلجأ اليه الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية، حيث تستولي فيه الادارة على الاراضي او الاموال غير المنقولة دون حيازتها حيازة دائمة، اذ ان الحيازة النهائية لا تظهر الا في صورة نزع الملكية.

وفي القضاء العراقي نجد ان للمحكمة الاتحادية العليا حكماً بهذا الصدد حيث صادقت على قرار محكمة القضاء الاداري الخاص بـ (منع نزع الملكية الخاصة) عن طريق امتناع الإدارات (البلدية) عن منح اجازة بناء بحجة انها تريد استملاكها مستقبلاً، فلقد ادعى المدعي (المميز) امام محكمة بداءة الفلوجة... ان المدعى عليه مدير بلدية الفلوجة - اضافة الى وظيفته - امتنع عن منح اجازة بناء للعقارين العائدين له بحجة شمول العقارين استملاك مقدماً... معللاً ذلك بوجود مشروع لتطوير الكورنيش مما يتطلب استملاك مساحات من الارض لتنفيذ المشروع المذكور وان منح الاجازة ايضاً يخالف التصميم الاساسي للمنطقة... فقيام المدعى عليه برفض منح اجازة البناء... يكون تعسفاً في استعمال السلطة وان

قراره خاضع لرقابة القضاء^(٨٨)، وكذلك لمحكمة القضاء الاداري حكماً بهذا الخصوص عندما امتنعت مديرية التسجيل العقاري في محافظة كربلاء عن عدم منح اجازة بناء للمدعي، قررت المحكمة (ان حيازة المالك للقطعة حيازة صحيحة وسليمة لا يرقى اليها الشك خاصة وان معاملة نقل ملكيتها تمت بالدائرة المختصة والمسؤولة عن ذلك، عليه فان عدم منح اجازة بناء بدون سبب ومبرر قانوني يعتبر تعسفاً في اتخاذ القرار)^(٨٩)، بالإضافة الى ذلك فان الادارة قد تستخدم إجراءات خطة التنظيم بدلاً من اجراءات نزع الملكية وصولاً الى نزع ملكية العقار، بقصد تحقيق ارباح مالية تهرباً من تعقيدات اجراءات نزع الملكية، وفي قرار اصدره مجلس شورى الدولة، عندما طلب وزير العدل منها بيانه فيما يتعلق برفض المجلس البلدي لقاطع الكاظمية رفض إنشاء بعض المشاريع ومنها بناء محطة بنزين وبناء مجمع محاكم الكرخ وبناء مستشفى العدل على مشتل الحرية في المنطقة الواقعة بين الحرية ومنطقة المحاربين بسبب ان المنطقة هي المنتفس الوحيد للمنطقة فأجاب المجلس بأنه (لا يوجد سند قانوني لرفض المجلس البلدي في قاطع الكاظمية اقامة منشآت ومشيدات على القطعة المخصصة لوزارة العدل)^(٩٠)، وللمحكمة الاتحادية العليا ايضاً قراراً بهذا الخصوص نقضت فيه قرار محكمة القضاء الاداري جاء فيه (ان قيام المدعى عليه . اضافة الى وظيفته . بالغاء كتابه المرقم... وتغيير جنس قطعة الارض... في مقاطعة (١٤) في الوزيرية . الغزالية من زراعية الى سكنية فيعتبر تصرف المدعى عليه تعسفاً في استعمال حقه عند اصداره الكتاب المذكور... و استحصاله موافقة وزارة الاعمار و الماسكان بإنشاء حي سكني على القطعة المرقمة... وتشبيد (١٢٦) وحدة سكنية مع مركز صحي واسواق لغرض بيعها بالاقساط... وعند مفاتحة الهيئة العامة للإسكان وامانة بغداد لغرض تغيير جنس الارض من زراعية الى سكنية فان امانة بغداد رفضت ذلك . بحجة ان استعمال القطعة (البيساتين) حسب التصميم الاساسي لمدينة بغداد ووقوعها خارج حدود العمران... استناداً الى المادة (١١) من قانون التصميم الاساسي لمدينة بغداد المرقم ١٥٦ لسنة ١٩٧٦... والمادة (٢٥) من القانون المذكور. لذا يطلب المدعي تغيير قطعة الارض من زراعية الى سكنية مخالف لأحكام المادتين المذكورتين... بالإضافة الى المادة (٩٥) من قانون ادارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة ١٩٦٤، والمادة (٢) من القانوني رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ قانون تعديل ادارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة ١٩٦٤ التي فرضت غرامات مالية على الذي يستعمل الارض او البناء او المنشآت خلافاً للاستعمالات التي سمح به التصميم الاساسي لمدينة بغداد...)^(٩١).

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا حول عيب الانحراف في استعمال السلطة، تبين لنا انه من اكثر العيوب التي تصيب القرار الاداري شيوعاً و اكثرها خطورة على المصلحة العامة وعلى الحقوق والحريات العامة

للأفراد، وعلى هذا الأساس حقّ علينا ان نسجل اهم النتائج والملاحظات التي توصلنا اليها في بحثنا وفقاً لما يلي :-

١- ان المصطلح او التسمية الاصح للعيب الذي يصيب ركن الغاية في القرار الاداري هو الانحراف وليس الاساءة في استعمال السلطة - كما بينا ذلك سابقاً في البحث - لان معنى الانحراف أوسع من الإساءة، فالانحراف يظهر عندما تكون الادارة سيئة او حسنة النية، اما عيب الإساءة في استعمال السلطة فيظهر عندما تكون نية الادارة سيئة فقط.

٢- يعتبر عيب الانحراف في استعمال السلطة من العيوب المرتبطة بشكل أساسي بسلطة الإدارة التقديرية، أي بالصلاحيّة التقديرية التي تمتلكها الإدارة وليست المقيدة، على اعتبار ان هذه السلطة تعطي لرجل الإدارة هامشاً من الحرية في التدخل او الامتناع في اختيار الوقت الذي يراه مناسباً لإصدار القرار مع حريته في تقدير خطورة بعض الوقائع و أهميتها وما يناسبها من وسائل.

٣- ان عيب الانحراف، عيب خفي ومستتر لا يتصل بالوقائع او الظروف التي استند اليها القرار، وانما يتصل بنية مصدر القرار ودوافعه الشخصية لذا فإنه يتميز عن غيره من العيوب التي تصيب القرار الإداري بأنه يفترض بحثاً في نوايا مصدر القرار واستقصاء للباعث او الهدف الذي يرمي اليه، وعليه فالرقابة القضائية عليه هي رقابة فيما وراء متخذ القرار حيث تعتبر رقابة شخصية وليست موضوعية.

٤- هذا العيب يؤخذ به بعين الاعتبار دون الاخذ بنية مصدر القرار، سواء كانت حسنة ام سيئة على اعتبار ان القرار الاداري قد انحرف عن الصالح العام.

٥- من خلال ما اشرنا اليه من صور عيب الانحراف في استعمال السلطة، نرى ان انحراف الادارة بغاية قراراتها عن المصلحة العامة، تتمثل بشكل اساسي في نشاطها المرتبط بالوظيفة العامة وعلاقتها بموظفيها في حالات نقلهم و احالتهم على التقاعد او تغيير عنوانهم الوظيفي.

٦- واخيراً، فيما يتعلق بصورة عيب الانحراف بالإجراءات، فنرى انه من اسهل العيوب اثباتاً وخاصة فيما يتعلق بالحياة الوظيفية للموظف العام، لانه يُكشف بسهولة دون الحاجة الى البحث في نية مصدر القرار وغاياته.

الهوامش والمصادر

١. راجع د. محمود سامي جمال الدين - القضاء الاداري - منشأة المعارف ٢٠٠٨ - ص ٣٣٧.
٢. راجع خضر عكوبي يوسف - موقف القضاء العراقي من الرقابة على القرار الاداري - رسالة ماجستير - مطبعة الحوادث - بغداد ١٩٧٦ - ص ٣٤٦-٣٤٧.
٣. راجع د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة لقرارات الادارية " دراسة مقارنة" - الطبعة السادسة ١٩٩١ ص ٣١٥.
٤. راجع د. ماجد راغب الحلو - مبادئ القانون الاداري - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٤ - ص ٥١٤.

٥. راجع في هذا د. علي محمد بدير، مهدي يس سلامة، عصام عبد الوهاب البرزنجي - مبادئ القانون الاداري - الناشر العاتك لصناعة الكتاب - بدون سنة طبع - ص ٤٤٠.
٦. راجع د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - دار النهضة العربية ١٩٧٦ - ص ٤٨٨.
٧. رأي الفقيه بونار في مؤلفه :
- Bonnard, ledetournement de pouvoir, R.D.P- 1938, 138-144 اشار اليه
- د. عصام البرزنجي، السلطة التقديرية...، المرجع السابق، ص ٤٨٩.
٨. رأي د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف في السلطة - الطبعة الثانية ١٩٦٦ - ص ٧٣.
٩. راجع د. عصام البرزنجي - السلطة التقديرية - المرجع السابق - ص ٤٩١.
١٠. راجع د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف... - المرجع السابق - ص ٧٥ وما بعدها.
١١. راجع د. عصام البرزنجي - السلطة التقديرية... - المرجع السابق - ص ٤٩٣ وما بعدها.
١٢. راجع بهذا الخصوص د. عصام البرزنجي - السلطة التقديرية - المرجع السابق - ص ٤٩٢-٤٩٣ وما بعدها.
١٣. راجع د. محمد فؤاد مهنا - دروس في القانون الاداري - الجزء الثالث - مطبعة الجامعات ١٩٥٦/١٩٥٧ - ص ٢٢٩.
١٤. يقول د. سليمان الطماوي في تعريفه (عيب الانحراف بالسلطة، هو انه يستعمل رجل الادارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به)، راجع مؤلفه - نظرية التعسف في استعمال السلطة - ط ٢ - المرجع السابق - ص ٨١.
١٥. راجع د. سليمان محمد الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة امام مجلس الدولة والمحاكم القضائية - الطبعة الاولى ١٩٥٠ - ص ٢٦٤.
١٦. راجع د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - اوجه الطعن بألغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة - دار الفكر العربي ٢٠٠٢ - ص ٢٦٤.
١٧. راجع د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الاداري، " الكتاب الاول" - ملتزم للطبع والنشر - دار الفكر العربي ١٩٧٦ - ص ٨٤٥.
١٨. د. سليمان الطماوي - قضاء الالغاء - المرجع السابق - ص ٨٤٥ - ٨٤٧.
١٩. رقم القرار ١٥ / انضباط / تمييز / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦ / ٢ / ٢٠٠٦، ص ٤٠٩ - ٤١١، منشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، الصادرة من وزارة العدل ٢٠٠٨.
٢٠. رقم القرار ١٢٦ / انضباط / تمييز / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨ / ٥ / ١٩، ص ٤٣٤ - ٤٣٥، منشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة، المرجع السابق.

٢١. نقلاً عن خالد رشيد الدليمي - الانحراف في استعمال السلطة - رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد/ كلية القانون ١٩٩٨ - ص ٣٨.
٢٢. د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة ط ٢ - المرجع السابق - ص ٨١.
٢٣. راجع د. ماجد راغب الحلو - القضاء الاداري - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٥ - ص ٣٩٧
٢٤. د. عصام البرزنجي - السلطة التقديرية... - المرجع السابق - ص ٤٨٢.
٢٥. راجع خالد رشيد الدليمي - المرجع السابق - ص ٣٩.
٢٦. اصدرت المحكمة الاتحادية العليا في مصر حكماً بتأريخ ٢٣ يونيو ١٩٥٦ بقولها (... وانما يكفي ان تتبين المحكمة من ظروف الاحوال وملابساتها ان نية الادارة اتجهت الى عقاب الموظف، ولكن بغير اتباع الاجراءات والاوزاع المقررة لذلك فأنحرفت بسلطتها في القرار لتحقيق هذا الغرض المستتر، فيكون القرار بمثابة الجزاء التأديبي المقنع، ويكون عندئذ مشوباً بعيب اساءة استعمال السلطة)، راجع د. سليمان الطماوي - قضاء الالغاء - المرجع السابق - ص ٨٧٥.
٢٧. راجع د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف... - المرجع السابق - ص ١٥٨.
٢٨. راجع د. حمدي ياسين عكاشة - القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف، ١٩٨٧ - ص ٥٥٧.
٢٩. راجع خالد الدليمي - المرجع السابق - ص ٤٥.
٣٠. يعقب الدكتور سليمان الطماوي على ذلك بأنه (اذا كان عمل القاضي يقوم على مناقشة البواعث والدوافع، وبالتالي يتصف بالشخصية، فإن هذا الجانب من عمله هو موضوعي بحت) مؤلفه - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٨٤٧.
٣١. رأي الفقيه ايزنمان :
- Eisn Man, cours de droit , administrative, 1949-1950, op, cit, p 405.**
٣٢. راجع بهذا الخصوص د. عصام البرزنجي - السلطة التقديرية... - المرجع السابق - هامش ص ٤٨٦.
٣٣. رأي د. عصام البرزنجي - المرجع السابق - هامش ص ٤٨٧.
٣٤. راجع د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة ط ٢ - ص ٦٩.
٣٥. رقم القرار ٩٨/انضباط/تميز ٢٠٠٧ في ٦/٩/٢٠٠٧، قرارات فتاوى ومجلس شورى الدولة الصادرة من وزارة العدل لسنة ٢٠٠٧ - ص ٣٢١-٣١٣.
٣٦. راجع د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ القانون الاداري في جمهورية مصر العربية - مؤسسة الشباب الجامعية - بدون سنة نشر - ص ٧٨٦.
٣٧. راجع د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف... - المرجع السابق - ص ٦٢.
٣٨. راجع د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٩٥.

٣٩. راجع د. عبد الغني بسيوني - ولاية القضاء الاداري على اعمال الادارة - منشأة المعارف - ١٩٨٣ - ص ٢٨٦، د. نواف كنعان - القضاء الاداري في الاردن - ط الاولى - ١٩٩١ - دون ناشر - ص ٣٠٧ - ٣١٤.
٤٠. راجع د. سليمان الطماوي - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٨٤٢.
٤١. راجع د. ماجد راغب الحلو - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٢٧١.
٤٢. راجع د. محمود سامي جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ٢٧٤.
٤٣. راجع خضر عكوبي يوسف - المرجع السابق - ص ٣٦١.
٤٤. د. عمر الشويكي - القضاء الاداري "دراسة مقارنة" - دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٧ - ص ٣٦١.
٤٥. راجع د. سليمان الطماوي - نظرية الانحراف... - المرجع السابق - ص ١١١.
٤٦. خضر عكوبي يوسف - المرجع السابق - ص ٣٦٢.
٤٧. راجع د. محمود سامي جمال الدين - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٣٥٤.
٤٨. راجع د. سليمان الطماوي - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٨٥٣.
٤٩. القرار منشور بالعدد ٢/انضباط/تميز/٢٠٠٧ في ٢٥/١/٢٠٠٧، في مجموعة قرارات وفتاوي مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٧ - المرجع السابق - ص ٢٧٧-٢٧٨.
٥٠. القرار ٢٣٣ / انضباط/تميز/٢٠٠٥ في ٥/١٢/٢٠٠٥، مشار إليه لدى د. عصمت عبد المجيد بكر - موسوعة القوانين العراقية ٢٠٠٨ - ص ٢٩١.
٥١. قرار مشار إليه سابقا في البحث.
٥٢. راجع د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف... ط الاولى - المرجع السابق - ص ١١٤.
٥٣. القرار منشور في جريدة الشاهد، ٢٥/١٠/٢٠١٠ السبت بالعدد ٩٣٢، على الموقع : akshan_lawyer@yahoo.com
٥٤. راجع د. عصام البرزنجي - السلطة التقديرية... - المرجع السابق - ص ٥٢٢.
٥٥. القرار ٩٣/انضباط/تميز/٢٠٠٥، منشور في موسوعة القوانين العراقية د. عصمت عبدالمجيد - المرجع السابق - ص ٢٧٩.
٥٦. راجع د. محسن خليل - القضاء الاداري اللبناني "دراسة مقارنة" - دار النهضة العربية، بيروت ١٩٨٢ - ص ٥٣٦.
٥٧. راجع د. عصام البرزنجي - المرجع السابق - ص ٥٢٣.
٥٨. حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٦/٤/١٩٦٠ في القضيتان ٣،٤ نقلًا من خالد رشيد الدليمي - المرجع السابق - ص ٧٥.

٥٩. صدر القرار في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ في قضية (petit abbe)، د. سليمان الطماوي - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٨٥٩.
٦٠. راجع د. عصام البرزنجي - المرجع السابق - ص ٥٢٤.
٦١. راجع د. محسن خليل - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٥٣٦.
٦٢. راجع د. يوسف سعد الله الخوري - القانون الاداري العام - الجزء الثاني، ١٩٩٤ - ص ١٨٥.
٦٣. راجع د. خليل محسن - القضاء الإداري - المرجع السابق - ص ٥٣٨-٥٣٩.
٦٤. راجع د. عصام البرزنجي - المرجع السابق - ص ٥٢٨.
٦٥. راجع د. سليمان الطماوي - نظرية الانحراف... - المرجع السابق - ص ١٢٢.
٦٦. راجع د. ماجد راغب الحلو - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٤١٧.
٦٧. انظر خالد رشيد الدليمي - المرجع السابق - ص ٨٣.
٦٨. انظر قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.
٦٩. القرار رقم ١٥٣/انضباط/تميز ٢٠٠٨ في ٢٣/٦/٢٠٠٨ - راجع فتاوى وقرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨ - المرجع السابق - ص ٤٥١-٤٥٢.
٧٠. هذا النوع من النقل يسمى بالنقل المكاني.
٧١. رقم القرار ٢٦١/انضباط/تميز/٢٠٠٦ في ٢/١٠/٢٠٠٦، مجموعة فتاوى وقرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦ الصادر من وزارة العدل - ص ٥٢٣-٥٢٤.
٧٢. رقم القرار ٢٤٧/انضباط/تميز/٢٠٠٤ في ١٨/٩/٢٠٠٤، عصمت عبد المجيد - المرجع السابق - ص ٣٧٣.
٧٣. رقم القرار ٢٤/انضباط/تميز/٢٠٠٦ في ٦/٢/٢٠٠٦، راجع فتاوى وقرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦ - المرجع السابق ص ٤١٦-٤١٧.
٧٤. راجع د. محسن خليل - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٥٤٨. راجع د. محسن خليل - قضاء الالغاء - دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٩ - ص ٣٧٥.
٧٥. راجع خضر عكوبي - المرجع السابق - ص ٣٧٤.
٧٦. راجع د. عصام البرزنجي - المرجع السابق - ص ٥٣٣.
٧٧. العدد ٣٤/اتحادية/٢٠٠٨ بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٨، راجع علاء صبري التميمي - قرارات وراء المحكمة الاتحادية العليا مع بعض متون القوانين ذات العلاقة - بغداد ٢٠٠٩ - ص ٩١-٩٢.
٧٨. العدد ٢١/اتحادية/تميز ٢٠٠٧ في ٢١/١١/٢٠٠٧، راجع علاء التميمي - المرجع السابق - ص ١٩٣ - ١٩٥.
٧٩. العدد ٤/اتحادية/تميز ٢٠٠٦ في ٢٩/٣/٢٠٠٦، راجع علاء التميمي - المرجع السابق - ص ١٤٤ - ١٤٥.

٨٠. راجع د. عادل الطبطبائي - النقل متى يعتبر عقوبة تأديبية مقنعة - مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد الاول ١٩٨٢ - ص ١٦٧.
٨١. رقم القرار ١٥/انضباط/تمميز/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/٦، راجع فتاوى وقرارات مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦ - المرجع السابق - ص ٢١٤-٢١٥.
٨٢. راجع بنفس المعنى د. عصام البرزنجي - المرجع السابق - ص ٥٣٣.
٨٣. رقم القرار ١٨٩/انضباط/تمميز/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/١٧، راجع د. عصمت عبد المجيد - المرجع السابق - ص ٣٦٢-٣٦٣.
٨٤. راجع خضر عكويي - المرجع السابق - ص ٣٧٤-٣٧٥.
٨٥. رقم القرار ٤٧/انضباط/تمميز/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٢٠، راجع د. عصمت عبد المجيد - ص ٣٢٩-٣٣٠.
٨٦. راجع د. سليمان الطماوي - القضاء الاداري - المرجع السابق - ص ٨٧٠.
٨٧. راجع د. عصام البرزنجي - المرجع السابق - ص ٥٣١.
٨٨. العدد ١٨/اتحادية/تمميز/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/١٩، راجع علاء التميمي - المرجع السابق - ص ١٥٩-١٦١.
٨٩. رقم القرار ١٨/قضاء اداري/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٠، راجع د. عصمت عبد المجيد - ص ٤٣٧-٤٣٨.
٩٠. رقم القرار ٥٣/٥٢٠٥ في ٢٠٠٥/٩/٢١، راجع د. عصمت عبد المجيد - ص ١٥٩-١٦٠.
٩١. رقم القرار ٥/اتحادية/تمميز/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٥/١٧، راجع علاء التميمي - المرجع السابق - ص ١٣٣-١١٦.

التعاقد عبر البريد الالكتروني وإثباته

م.م. آمال عبد الجبار حسوني
قسم علوم الحاسوب /الجامعة التكنولوجية

Abstract

Contracting via e-mail and its confirmation

E-mail is to use the internet as an office mail since internet sends pictures, files, and programs to anyone who has an e-mail and can also receive messages and pictures and programs from any other user of

internet.

At the present time e-mail has been used to conclude contracts, for example, any company may send advertising messages for its products through the internet and receive offers from people who may interest, eventually reach to the conclusion of the contract.

And we will discuss this issue on the three axes, first axis focus on the concept of e-mail and its advantages and flaws besides ownership rights, The second axis deals with the conclusion of the contract via e-mail and its compatibility with the general rules of contracting or are there special rules for its conclusion.

The third axis deals with the confirmation of e-mail contracts, as there are several ways to confirm it such as electronic writing and electronic signature.

المقدمة

إن البريد الإلكتروني هو استخدام للانترنت كمكتب بريد إذ يقوم الانترنت بإرسال الرسائل إلى شخص لديه بريد الكتروني كما يمكنه أيضا تلقي الرسائل من أي مستخدم للانترنت. وقد تم استخدام البريد الإلكتروني في الوقت الحاضر في إبرام العقود فقد تقوم شركة مثلا بإرسال رسائل دعائية عن منتجاتها فيستطيع أي شخص باستخدام البريد الإلكتروني مراسلة الشركة من أجل إبرام العقد.

إذ ان التقدم التكنولوجي الهائل والسريع في وسائل الاتصالات في كل المجالات ومنها مجال التجارة والتعاقد وبسبب ما توفره من سهولة ويسر في التعاقد وما توفره من جهد ووقت ونفقات بالمقارنة مع الطرق التقليدية أدى إلى الأخذ بالوسائل الإلكترونية في التعاقد ومنها البريد الإلكتروني الذي يعد وسيلة اتصال سريعة ومتطورة وذات تقنية عالية إذ توفر الكثير من الجهد لأصحاب المعاملات التجارية، مما حدا بالكثير من التشريعات إلى الاعتراف به باعتباره وسيلة للتعاقد.

لذا سأتناول هذا البحث على ثلاثة محاور:

الأول_ مفهوم البريد الإلكتروني.

الثاني_ إبرام العقد عبر البريد الإلكتروني

الثالث_ إثبات التعاقد عبر البريد الإلكتروني

المحور الأول

مفهوم البريد الإلكتروني

البريد الإلكتروني هو اختصار للمصطلح **Electronic mail**، والبريد الإلكتروني يقوم على إرسال الصور والبرامج والملفات من شخص إلى آخر عن طريق بريده الإلكتروني بدلا من البريد العادي. فالبريد الإلكتروني لا يختلف عن البريد العادي إلا أنه أكثر تطورا إذ أنه بالإضافة إلى تضمينه للرسالة المرسلية إليك فهو يتضمن الرسائل التي سبق إرسالها والرسائل الملغية ونماذج للرسائل وقائمة بعناوين البريد الإلكتروني فكل ما يحتاجه الشخص لكي يصل إلى صندوق بريده الإلكتروني كلمة السر واسم المستخدم¹

وقد عرفه القانون الأمريكي بشأن خصوصية الاتصالات الإلكترونية الصادر عام 1986 والمقتن في موسوعة القوانين الفدرالية الأمريكي (U.S.C.C.A.N-2711-2510-SCODE SEC 18) (كل) وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تلفونية عامة أو خاصة وغالبا يتم كتابة الرسالة على جهاز الكمبيوتر ثم يتم إرسالها إلكترونيا إلى كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلى كمبيوتر المرسل إليه) أما القانون الفرنسي فقد عرفه بشأن قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 575 الصادر عام 2004 في المادة الأولى منه على أنه (كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة وتخزن عند احد خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها).

ويتميز البريد الإلكتروني بكونه يتكون من مقطعين فمثلا @yahoo.com.....

فإشارة@ تلفظ بالعربية آت وهي إشارة تدل على مكان المرسل توضع بين اسم المرسل والموقع الذي ترسل منه الرسالة.

والجزء الذي يقع على يسار إشارة@ يمثل اسم المرسل سواء كان اسما حقيقيا او مستعارا لتمييز الشخص عن غيره، أما على يمين إشارة@ فهو يشير إلى مقدم الخدمة وهو يتكون من اسم الدومين واسم المضيف وبعد اسم الدومين يأتي اسم النطاق الأعلى وهذا النطاق يشير إلى طبيعة النشاط فمثلا com يشير إلى إن نوع النشاط تجاري و edu يشير إلى إن النشاط متعلق بالتعليم وهكذا²

ولكي نتمكن من إرسال رسالة لابد من كتابة موضوع الرسالة على الحاسب الإلكتروني ومن الممكن أن يرفق بها ملفات أو وثائق تسمى (attachment) ولا بد أيضا من إعطاء الحاسب العنوان الإلكتروني للشخص المرسل إليه إذ يكفي النقر لإعطاء أمر بإرسال رسالة فيتم تبادل الرسائل في ثواني معدودة.

وبهذا فالرسالة تندرج تحت عنوان الشخص المرسل إليه ولكي يتمكن الشخص من قراءة الرسالة لابد له من استخدام برنامج بريده الالكتروني الذي يقوم بتحميل الرسالة على صندوق بريده الالكتروني الوارد، فبرنامج البريد الالكتروني للمرسل يتضمن جميع الرسائل الواردة مع تضمنه بقائمة للرسائل تتضمن بياناً للمرسلين مع التمييز بين الرسائل التي تمت قراءتها والرسائل التي لم تتم قراءتها بعد³.

والرسائل الالكترونية قد ترسل لشخص واحد وقد ترسل لأكثر من شخص وقد يتم إعادة إرسالها إلى مصدرها وقد ترسل إلى جهات أخرى، والرسالة الالكترونية تتضمن عادة بيانات عن الشخص المرسل وبيانات عن الشخص المرسل إليه وموضوعها وتاريخ إصدارها وحجمها والرسالة الالكترونية قد يتم إرسالها من الحاسب الشخصي للمرسل أو من أي حاسب آخر⁴.

ويتميز البريد الالكتروني بجملة من المميزات وهي:

١. السرعة والسهولة إذ ان الرسالة الالكترونية تصل في ثوان معدودة على خلاف البريد العادي الذي قد يصل في أيام او شهور أحياناً.
٢. قلة التكاليف إذ يعتبر البريد الالكتروني اقل تكلفة بالمقارنة مع البريد العادي.
٣. القابلية على تخزين الرسالة.
٤. القدرة على إرسال الرسالة لأكثر من شخص.
٥. هذه الوسيلة على خلاف البريد العادي تعمل في العطل والإجازات الرسمية.
٦. قلة نسبة الخطأ في توجيه الرسالة إذ انه بمجرد معرفة عنوان البريد الالكتروني للشخص المرسل إليه فلا يمكن تصور ان تضل الرسالة طريقها على خلاف البريد العادي إذ من الممكن تصور ان تصل الرسالة خطأ إلى شخص آخر⁵

وعلى الرغم من مميزات البريد الالكتروني إلا انه يتضمن جملة من العيوب وهي:

١. من الممكن خزن الرسالة في أكثر من مكان مما يؤدي إلى تكرار النسخ ومشاكل في التخزين.
 ٢. عند حذف الرسالة أو محوها أو التعديل عليها فهذا الأمر ليس نهائياً إذ من الممكن استرجاعها والاطلاع عليها مرة أخرى.
 ٣. ان مسالة سرية الرسالة الالكترونية ليس بالأمر المطلق فالشخص الذي أرسلت له الرسالة يستطيع إعادة إرسالها إلى أشخاص آخرين إذ ان الرسالة لا تكون سرية بين المرسل والمرسل إليه⁶
- وقد ثار التساؤل حول ملكية البريد الالكتروني والى من تعود ملكيته. فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار البريد الالكتروني ملكاً لصاحب العنوان البريدي وبالتالي فهو ينتقل إلى الورثة عند وفاة صاحبه فهو يخضع للأحكام القانونية الخاصة بالتركات فهو يعامل معاملة المذكرات الشخصية والشهادات والصور الفوتوغرافية التي تنتقل ملكيتها للورثة عند وفاة صاحبها.

بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى عدم اعتبار البريد الإلكتروني هو حق ملكية فلا ينتقل للورثة عند وفاة صاحبه فهو من قبيل المراسلات الخصوصية التي تخضع للقواعد القانونية المنظمة لسرية المراسلات فلا يجوز لغير المرسل الاطلاع عليها ومعرفة محتوياتها.

أما الاتجاه الثالث فلا يعتبر البريد الإلكتروني حق ملكية وإنما حق استعمال وانتفاع فلا ينتقل للورثة ويستند أصحاب هذا الرأي إلى انه في بعض الأحيان يكون صاحب البريد الإلكتروني ملزم بسداد مبلغ معين إلى جهة التسجيل لاستعمال البريد كما ان بعض المواقع لها حق إلغاء حساب البريد الإلكتروني عند عدم استعماله خلال فترة معينة⁷.

ونحن نميل إلى اعتبار البريد الإلكتروني من قبيل المراسلات الخصوصية التي لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة لكون صاحب البريد الإلكتروني قد يستعمل اسمه الحقيقي أو رمزا أو اسما مستعارا فهو هنا يريد لمراسلاته نوعا من السرية والخصوصية.

المحور الثاني

إبرام العقد عبر البريد الإلكتروني

من الممكن تصور إبرام العقد عبر البريد الإلكتروني فمثلا قد تقوم بعض الشركات بإرسال رسائل دعائية عن منتجات معينة فإذا رغب صاحب الشخص بهذا المنتج قام بمراسلة الشركة من اجل التعاقد، أما عن طريقة الدفع فقد حلت النقود الإلكترونية محل النقود العادية في السداد⁸. وفي الوقت الحاضر يتم إضافة التوقيع الإلكتروني لإثبات إبرام العقد ومن اجل نسبة الرسالة الإلكترونية إلى مصدرها⁹.

ويتميز إبرام العقد عبر البريد الإلكتروني بجملة من الخصائص وهي:

١. انه عقد يتم عن بعد حيث ينعقد هذا العقد ببعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما إذ يتم نقل إرادة الطرفين دون التواجد المادي لهم إذ ان مجلس العقد هو مجلس افتراضي¹⁰.
٢. انه عقد ينعقد بوسيلة الكترونية تعد هذه الخصوصية من أهم ما يميز هذا العقد عن بقية العقود التقليدية إذ انه ينعقد بوسائط الكترونية فمثله مثل العقد التقليدي لكن الاختلاف هو في وسيلة إبرامه باستعمال أساليب الكترونية¹¹.

٣. يتميز هذا العقد بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم فهو عقد عابر للحدود يتم بين شخصين كل منهما في دولتين مختلفتين¹²، ولكن هذه الصفة العالمية لاتجعله ينعقد دائما بين شخصين في دولتين مختلفتين فقد يتعاقد شخصين على إبرام العقد وهما في ذات الدولة.

٤. يعد هذا العقد من عقود المساومة إذ نجد إن طرفي العقد يتفاوضان ويتساومان على بنود العقد وشروطه بحرية تامة فالقابل غير ملزم بقبول العقد كما هو فيجوز له التفاوض على بنود العقد وشروطه مع الموجب لذلك فلا يمكن تصور وجود فكرة الإذعان في هذا العقد¹³.

والسؤال الذي يثور ماهو موقف التشريعات من هذا النوع من أنواع التعاقد ؟

لقد دفعت ثورة الاتصالات والمعلومات الحديثة والتقدم التكنولوجي في وسائل الاتصال إلى إنشاء العديد من الصفقات عبر الانترنت مما أدى إلى اعتراف العديد من الدول والمنظمات بهذا النوع من التعاقد وجواز الأخذ به إذ أصبح هذا النوع من التعاقد امراً مسلماً به، فقد أجاز القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996 التعاقد بوسائل الكترونية إذ نصت المادة 11 منه في سياق إنشاء العقود (وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في إنشاء العقد لايفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض)، أما التشريعات العربية فقد نصت المادة 7/1 من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية رقم 2 لسنة 2002 على انه (لا تفقد الرسالة الالكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد إنها جاءت بشكل الكتروني) أما قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 فقد نصت المادة 13 منه على انه (تعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي) 14.

مما تجدر إليه الإشارة إلى ان الفقه اختلف في التكيف القانوني لعمل الجهاز الالكتروني. فقد ذهب الاتجاه الأول إلى منح الجهاز الالكتروني الشخصية القانونية اللازمة لإبرام العقود إذ يعتبر الجهاز بمثابة شخص قانوني يتمتع بأهلية إبرام العقود ولكن هذا الرأي لايمكن الأخذ به إذ ان الشخصية القانونية مرتبطة بوجود ذمة مالية والجهاز الالكتروني لاذمة مالية له 15.

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى اعتبار الجهاز الالكتروني وسيلة لنقل إرادة المتعاقدين مثله في ذلك مثل الهاتف والفاكس فهو لايعبر عن إرادة ذاتية وإنما يعبر عن إرادة طرفي التعاقد وهذا الرأي قد اخذ به قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية إذ نصت المادة 13 منه (تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشيء إذا كان المنشيء هو الذي ارسلها بنفسه) 16.

أما الاتجاه الثالث فيعتبر الجهاز الالكتروني بمثابة نائب عن المتعاقد يتعاقد باسمه ولحسابه ولكن كيف لجهاز عديم الإرادة ان يبرم عقد وكالة بينه وبين المتعاقد الآخر، وهذه الفكرة تؤيدها نصوص قانونية في بعض التشريعات منها قانون البحرين الخاص بالمعاملات الالكترونية لعام 2002 في المادة 12 منه (يجوز ان يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل الكتروني كما يجوز ان يتم ذلك بين وكلاء الكترونيين) 17.

ونحن نميل إلى الأخذ بما اخذ به بعض الفقه العربي إلى اعتبار الجهاز الالكتروني مجرد وسيلة لنقل إرادة الطرفين إذ لايمكن تصور ان الجهاز الالكتروني الذي يتلقى الأوامر من المستخدم ان تكون له الإرادة لإبرام العقود.

أما عن إبرام هذا العقد فالتعاقد عبر البريد الإلكتروني لا يختلف عن التعاقد العادي فجميع القواعد العامة للعقود من حيث شروط الصحة والأركان والأثر المترتب على التعاقد تنطبق على هذا النوع من التعاقد فلا يوجد اختلاف بينه وبين العقود العادية إلا ما تعلق بالوسيلة الإلكترونية التي ينعقد بها فلا يوجد اختلاف من حيث ركني المحل والسبب ولكن يوجد اختلاف في ركن الرضا بسبب خصوصية وسيلة إبرامه، فالرضا هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادة طرفي العقد ويلزم لتوافر الرضا وان كان الكترونيا ان توجد إرادة تتجه إلى إحداث اثر قانوني¹⁸.

وتبرز خصوصية الرضا في طريقة التعاقد هذه من حيث الإيجاب والقبول ومجلس العقد وزمان ومكان انعقاد العقد وهذا ما سنتناوله تباعا.

أولا/ الإيجاب الإلكتروني:

عرفه التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلك رقم 7/1997 لسنة 1997 الإيجاب الإلكتروني بأنه(كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من ان يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان)

ويشترط للإيجاب الإلكتروني ما يشترط للإيجاب العادي بان يكون باتا ومحددا وجازما ولارجعة فيه أي تتجه إرادة الموجب إلى إبرام العقد أما إذا احتفظ الموجب بشرط انه غير ملتزم بما عرضه في حاله قبول الطرف الآخر فهذا ليس إيجابا وإنما دعوة إلى التعاقد.

والإيجاب الإلكتروني لايسري أثره بمجرد صدوره عن صاحبه فلا بد من إرساله عبر البريد الإلكتروني ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليه الإيجاب وينشا هذا الحق من لحظة علم الموجب له بهذا الإيجاب¹⁹.

ويجب ان يتضمن الإيجاب كل العناصر الجوهرية من اجل التعاقد فإذا كان عقد بيع مثلا فيجب ان يتضمن تحديد المبيع ووصفه وصف دقيق وتحديد ثمنه وطريقة سداد الثمن وهكذا، ويعد الإيجاب عبر البريد الإلكتروني إيجابا موجه لشخص او لأشخاص محددين فهو يرسل لشخص أو إلى أشخاص محددين إذ ليس من السهل إرسال الرسالة إلى عدد ضخم من الأشخاص بحيث يعتبر موجه إلى عامة الناس²⁰ ويقع على الموجب التزام بالبقاء على إيجابه إذا كان الإيجاب محدد المدة فيبقى الموجب على إيجابه حتى نهاية المدة فلا يجوز له العدول عن الإيجاب قبل نهاية هذه المدة²¹.

ثانيا/ القبول الإلكتروني:

القبول هو الإرادة الثانية التي تصدر من الشخص الذي وجه إليه الإيجاب ويجب ان يتضمن القبول النية القاطعة للتعاقد بان تكون باتة وجازمة ويجب ان يتطابق الإيجاب والقبول في شأن المسائل الجوهرية والرئيسة وعدم الاختلاف في المسائل التفصيلية.

والقبول يخضع للقواعد العامة للتعبير عن الإرادة بان يكون باتا ومحددا ومنتجا لأثاره القانونية وان يصدر القبول والإيجاب مازال قائما وان يتطابق الإيجاب مع القبول ولا يوجد أي تحفظات فهنا يبرم العقد²².

والقبول الالكتروني يتم عادة بالضغط على الإيقونة المخصصة لإعلان الموافقة وقد يشترط الموجب للتأكد من صحة القبول ان يتم الضغط مرتين لإعلان القبول لاحتمال ان يأتي الضغط في المرة الأولى سهوا او خطأ.

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات لتأكيد القبول مثلا ان يطلب منه الإجابة عن بعض الأسئلة مثل محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه أو ان يكتب القابل بعض البيانات على شاشة الجهاز كرقم ونوع بطاقته الائتمانية والغرض من هذا الأمر هو لتأكيد القبول ولكي يكون أكثر فاعلية وإعطاء القابل فرصة للتأكد والتروي لكي تتأكد رغبته في إبرام العقد²³.

والأصل في القبول انه يتم التعبير عنه صراحة او ضمنا أما في حالة القبول الالكتروني فلا يمكن التعبير عنه إلا بصورة صريحة ومباشرة تدل على المعنى المقصود²⁴، إذ من الصعب ان يتم التعبير عن القبول الالكتروني بصورة ضمنية لأنه يتم عن طريق أجهزة وبرامج الكترونية تعمل آليا ولا يمكن لهذه الأجهزة والبرامج استنتاج إرادة المتعاقد²⁵.

أما في حالة السكوت فهل يعتبر السكوت قبولا الكترونيا ؟

الأصل ان السكوت لا يصلح ان يكون إيجابا ولكن يصلح ان يكون قبولا في العقود التقليدية استثناء وخاصة إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ولكن في التعاقد الالكتروني لا يصلح ان يكون السكوت قبولا إذ ان الطابع الالكتروني للاتصال عبر شبكات الحواسيب الآلية وخصوصا التي تكون مفتوحة والتي يطرح عليها الكثير من العروض من الناس لاتسمح باعتبار السكوت قبولا²⁶.
ثالثا/أهلية المتعاقد:

من المتعارف عليه انه يشترط لانعقاد العقد صحيحا ان يصدر عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد وإذا كان التأكد من أهلية المتعاقد يسيرة في العقود التقليدية لكون مجلس العقد حقيقي إذ من الممكن التأكد من أهلية المتعاقد وجنسه واسمه ولكن هذا الأمر أكثر صعوبة في إطار التعاقد الالكتروني لكون المجلس حكمي وليس حقيقي إذ ان الانفصال المكاني قد يؤدي إلى التعاقد مع أشخاص قاصرين أو عديمي الأهلية او يكون الشخص اوالموقع وهميا²⁷. مما دفع بالمختصين لإيجاد طرق من اجل التأكد من أهلية المتعاقد في إطار التعاقد الالكتروني ومنها:

١. اللجوء إلى سلطة الإشهار وهي عبارة عن شخص ثالث محايد موثوق به من كلا الطرفين وهذا الحل قد اخذ به القانون المغربي رقم 53-05 لسنة 2007 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية

إذ عمل هذا القانون على إيجاد شخص ثالث موثوق به سماه مقدم خدمات المصادقة الالكترونية والذي فرض عليه الكثير من الالتزامات ومنها التحقق من أهلية المتعاقد²⁸.

٢. اعتماد نظام قانوني يعطي كلا المتعاقدين حق التأكد من أهلية المتعاقد الآخر بأي وسيلة أي ان لكل متعاقد استعمال أي وسيلة للتثبت من أهلية المتعاقد الآخر عن طريق مثلا بطاقات الائتمان أو إلزام المتعاقد بتسجيل بيانات معينه تكشف عن هويته مثل اسمه user name وكلمة المرور pass .word

وهذا ما قرره تفتين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 في نص المادة 18/12 منه والتوجيه الأوربي الصادر في 1997/ 20/5 حيث قرر ان لكل عرض لبيع منتج عن بعد على المورد ان يقدم بيانات متعلقة بشخصيته مثل اسم المنشأة وعنوانها والبريد الالكتروني وإلزام المستهلك بتقديم بيانات من اجل التعرف بشخصيته²⁹.

رابعاً/ مجلس العقد:

التعاقد عبر البريد الالكتروني عادة هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا في حالة عدم وجود اتصال مباشر بين المتعاقدين بالبريد الالكتروني، أما في حالة وجود اتصال مباشر عبر البريد وعدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به فهو تعاقد بين غائبين مكانا وبين حاضرين زمانا³⁰.
خامساً/ زمان ومكان انعقاد العقد:

أما عن زمان انعقاد العقد عبر البريد الالكتروني فان الراجح فقها وقانونا انه ينعقد من اللحظة التي تصل فيها رسالة القبول إلى صندوق البريد الالكتروني للموجب بغض النظر عما إذا كان الموجب قد قرأ الرسالة أم لا وهذا ما أخذت به لجنة CNUNDCI من خلال الفقرة 3 من المادة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية وأيضا تبنته اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية في الفقرة 2 من المادة 1031.

أما عن مكان إبرام العقد فقد أثار تحديد هذا المكان الكثير من الصعوبات وذلك لصعوبة تحديد المكان الذي ترسل منه الرسائل الالكترونية ومكان استلامها فكلاهما يتم في بيئة خارجية من الصعب تحديدها³².

وقد وضع قانون الاونسترال النموذجي للأمم المتحدة المتعلق بالتجارة الالكترونية حلولا من اجل تحديد مكان إرسال واستلام الرسالة الالكترونية في المادة 15 منه، إذ بين ان مكان استلام وإرسال الرسالة يحدده المتعاقدان باتفاقهما وعند السكوت فتعتبر الرسالة قد أرسلت من مقر عمل المنشئ وتم استلامها في مقر عمل المرسل إليه (المستلم) وعن تعدد مقر عمل المنشئ أو مقر عمل المستلم فيتم الاعتراف بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة أو مقر العمل الرئيس للمنشئ (المرسل) أو المرسل إليه وإذا لم يكن لهما

مقر عمل فيتم الاعتراف بمقر الإقامة المعتاد للشخص الطبيعي وبالمقر الرئيس أو مقر التأسيس بالنسبة للشخص المعنوي 33.

وعلى هذا الأساس فقانون الاونسترال قد حدد مكان انعقاد العقد بما يلي:

١. باتفاق الطرفين إذ أعطى القانون الأولوية للأطراف في تحديد مكان انعقاد العقد
٢. إذا لم يتم الاتفاق فمكان العقد هو مقر عمل المرسل إليه للرسالة
٣. إذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل فمكان العقد هو مقر العمل الأوثق صلة بالمعاملة وإذا لم يوجد فمقر العمل الرئيس
٤. إذا لم يوجد للمرسل إليه مقر عمل فمحل إقامته المعتاد هو مكان انعقاد العقد 34

وقد اخذ بهذه الأحكام المادة 18 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 وقانون المعاملات والتجارة الالكتروني الخاص بإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 في الفقرة 3،4 من المادة 17 منه، (3) ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، تعتبر الرسالة الالكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه (4) لأغراض هذه المادة:

- (أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، يكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة.
- (ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار إلى محل إقامته المعتاد.
- (ج) «مقر الإقامة المعتاد»، فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، يعني مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه.

إلا ان بعض الفقه فسر هذه المادة بان العقد ينقذ في المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموجب فهو المكان الذي يقترن فيه الإيجاب والقبول ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك 35

المحور الثالث

إثبات التعاقد عبر البريد الالكتروني

لم تعد الوسائل التقليدية في الإثبات هي الوسائل الوحيدة لإثبات وتوثيق العقود والتصرفات إذ ظهر في إطار التعاقد الالكتروني وسائل إثبات حديثة تتناسب مع حداثة هذه التصرفات لكونها تستخدم أجهزة ووسائل الكترونية متطورة 36.

والإثبات في العقود الالكترونية يعتره الكثير من الصعوبات بسبب حداثة هذه التكنولوجيا وتعقيدها وأيضاً فان أصحاب المعاملات يستطيعون استخدام الغش والدهاء بواسطة تقنيات معلوماتية متطورة وسريعة من اجل إخفاء أي عمل غير مشروع ومحو آثاره 37.

وتتمثل وسائل الإثبات الإلكتروني بالكتابة الالكترونية والتوقيع الإلكتروني:

أولاً/ الكتابة الالكترونية:

عرفت المادة 1/أ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 الكتابة الالكترونية بأنها (كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى وتعطي دلالة قابلة للإدراك).

وقد تبنت اغلب التشريعات مبدأ المساواة ما بين أكتابه الالكترونية والكتابة العادية، إذ منحتها القوة لترتيب كافة الآثار القانونية فهي لها نفس الحجية القانونية للإثبات في حالة الكتابة العادية 38.

إذ اخذ بهذا المبدأ قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في المادة 15 منه على انه (للكتابة الالكترونية وللمحركات الالكترونية في نطاق الإثبات في المواد المدنية والتجارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون)

وكذلك نص على هذا الحكم المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي إذ نص على انه (الكتابة تحت شكل الكتروني يكون لها نفس القوة في الإثبات الممنوحة للكتابة على دعامة ورقية شريطة ان يكون بالإمكان تحديد هوية الشخص الذي أصدرها وان يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة).

ويكون للكتابة الالكترونية ذات الحجية المقررة للإثبات في الكتابة العادية إذا كان من الممكن قرائتها وتدل بصورة واضحة على مضمون التصرف القانوني بمعنى ان تكون مدونة بحروف أو رموز معروفة ومفهومة لدى الشخص الآخر.

ويجب أيضا ان تكون الكتابة موجودة على دعامة الكترونية تضمن لها الاستمرارية وإمكانية رجوع الأطراف إليها عند الضرورة وهذا ما أكدته المادة 10/1أ من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 (عندما يشترط ان تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا).

ويجب أخيرا ان تكون الكتابة خالية من التعديل والتغيير في مضمونها من اجل توفير الثقة والأمان للمتعاملين للاعتماد عليه ومنحها الحجية القانونية 39.

ثانيا/ التوقيع الإلكتروني:

هو عبارة عن بيان مكتوب متمثلا بحروف أو أرقام أو نبرة صوت أو رمز اوشفرة بطريقة آمنة وهو مرتبط بصورة منطقية ببيانات المحرر الإلكتروني للدلالة على هوية الموقع ورضاه بمضمونه 40.

وقد عرفت المادة 2 من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 2001 التوقيع الالكتروني بأنه(بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز ان تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات وليبان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في البيانات).

وقد عرفته أيضا المادة 1/ج من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 بأنه(ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره)41.

وتبرز أهمية التوقيع الالكتروني في انه:

١. يحدد شخصية المتعاقد وهويته ويميزه عن غيره.

٢. يسمح بالتعاقد عن بعد.

٣. يوفر قدرا من الثقة والأمان في التوقيع ونسبته إلى صاحبه

٤. انه يمنح المستند حجية المحرر الأصلي ويجعل منه دليلا للإثبات له حجية الدليل الكتابي في حالة وجود نزاع42.

وللتوقيع الالكتروني عدة صور وهي:

أولا/ التوقيع البيومترى :

هو التحقق من شخصية المتعاقد وهويته عن طريق الخواص الذاتية والفيزيائية والصفات السلوكية والطبيعية التي يتميز بها الإنسان عن غيره لتحديد هويته.

إذ ان هذا النوع من التوقيع يعتمد على الخواص الذاتية وصفات الإنسان التي يتميز بها عن غيره مثل نبرة الصوت أو قرحية العين أو بصمة اليد أو ملامح وجه الإنسان إذ ان هذه الخواص تختلف من شخص إلى آخر، فيتم خزن هذه الخواص على الحاسب الآلي باستخدام طريقة التشفير ومن اجل التأكد من هوية الموقع يتم فك الشفرة والمطابقة ما بين الصفات المخزونة على الحاسب الآلي وصفات العميل المتعاقد وسماته، حيث لا يستطيع العميل إجراء المعاملة إلا في حالة المطابقة التامة بين سماته وصفاته والصفات المخزونة على الحاسب الآلي.

ثانيا/ التوقيع بالقلم الالكتروني:

تتم هذه الطريقة بان يقوم الموقع بكتابة توقيعه بقلم الكتروني حساس وضوئي على شاشة الحاسب الآلي عن طريق برنامج خاص فإذا تأكد انه توقيعه المعهود قام بالضغط على زر موافق حيث يقوم الحاسب الآلي بخزن التوقيع بصورة مشفرة بما به من انحناءات اوالتواءات ودرجة الضغط على القلم

إذ إن طريقة التشفير تقوم بالحفاظ على سرية وامن التوقيع وتستخدم هذه الشفرة للمقارنة والتأكد من صحة التوقيع ومطابقته للانحاءات والالتواءات الموجودة في التوقيع المشفر.

ثالثا/ التوقيع الرقمي:

يعتبر هذا التوقيع من أكثر أنواع التوقيع أهمية وأكثرها قدرة على تحديد هوية الأطراف بصورة مميزة إذ يستخدم هذا التوقيع مفاتيح سرية ولوغاريمتات وعمليات حسابية لتحويل المحرر المكتوب أو التوقيع إلى معادلة رياضية أو رسالة رقمية لا يمكن فكها وإرجاعها إلى حالتها الأصلية إلا من قبل من كان يملك مفتاح فك الشفرة وهي المعادلة الرياضية.

ويتضمن هذا التوقيع مفتاحين عام وخاص، فالمفتاح الخاص هو الذي يمثل التوقيع الالكتروني الخاص بالشخص والذي يميزه عن غيره.

أما المفتاح العام فهو الذي يتم نشره ويكون متاحا للكافة إذ إن الموقع يستطيع إرسال الرسالة الموقعة الكترونيا مع هذا المفتاح العام إلى المرسل إليه الذي يستطيع عن طريق هذا المفتاح العام فك الشفرة وقراءة الرسالة.

رابعاً/ التوقيع السري أو الكودي:

هو عبارة عن حروف أو أرقام أو كليهما يرتبه الشخص بشكل سري أو على شكل كود لا يستطيع احد معرفته إلا هو أو من يبلغه وقد ارتبط هذا التوقيع بالبطاقات الذكية التي تتضمن ذاكرة الكترونية مثل فيزا كارت وماستر كارت إذ يستخدم هذا التوقيع في المعاملات المصرفية وإبرام العقود التجارية وهي تستخدم من أجل السحب النقدي بإدخال البطاقة في المخصص لها في جهاز الصرف الآلي لسد ثمن سلعة او خدمة معينة⁴³.

أما عن موقف التشريعات من حجية التوقيع الالكتروني فقد اعترفت التشريعات التي أخذت بالتوقيع الالكتروني بحجيته الكاملة في الإثبات شأنه في ذلك شأن التوقيع العادي ومن هذه التشريعات القانون الفرنسي فقد اصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 272 لسنة 2001 وحدد الشروط اللازمة للتوقيع الالكتروني الموثوق به، وكذلك اصدر المشرع المصري قانون ينظم التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات رقم 15 لسنة 2004، وأيضا قانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بمارة دبي إذ أعطت المادة 10 من قانون المعاملات والتجارة الالكتروني الحجية في الإثبات للتوقيع الالكتروني إذا توفرت به الشروط التي يحددها القانون، كما اعترف التوجيه الأوربي الصادر عام 1999 في مادته الخامسة بالتوقيع الالكتروني وأعطته الحجية القانونية ذاتها الموجودة للتوقيع العادي إذا توافرت له الشروط التي ينص عليها القانون.

- وتتفق التشريعات التي تأخذ بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات على وجوب توفر مجموعة من الشروط في التوقيع الالكتروني لكي تكون له الحجية القانونية وهي:
١. ان يكون هذا التوقيع مرتبط بشخص موقعه ومحددا ومميزا له عن غيره من الأشخاص.
 ٢. ان يكون للموقع وحده دون غيره السيطرة على الوسيط الالكتروني.
 ٣. القدرة على كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات المحرر الالكتروني أو التوقيع الالكتروني⁴⁴

الخاتمة

نستنتج مما تقدم إن التعاقد عبر البريد الالكتروني لا يختلف عن التعاقد بوسائل التعاقد التقليدية لأمن حيث شروط الصحة ولا الأركان ولا الآثار إلا ما تعلق بتلك الخصوصية التي يتمتع بها لكونه ينعقد بوسيلة الكترونية وهذا النوع من التعاقد قد تبنته الكثير من التشريعات وقامت بالاعتداد به ولكن نلاحظ ان المشرع العراقي لم يتطرق لهذا النوع من أنواع التعاقد إذ يكاد ان يكون خاليا من أي تشريع متعلق بالبيئة الالكترونية.

لذا ندعو المشرع العراقي إلى تبني هذا النوع من أنواع التعاقد والأخذ به في التشريع خاصة وأنه أصبح معترفا به ومأخوذاً به في الكثير من التشريعات إذ فرضت البيئة الالكترونية وتطورها المستمر الاعتماد بهذا النوع من أنواع التعاقد.

إذ يمكن للمشرع العراقي الاستفادة من نصوص القوانين العربية التي أخذت بالوسائل الالكترونية في التعاقد مثل قانون التجارة الالكتروني البحريني لسنة ٢٠٠٢ وقانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ ونقترح أن ينص المشرع العراقي على:

١- البريد الالكتروني باعتباره وسيلة للتعاقد لها ذات الحجية المقررة للتعاقد بالوسائل التقليدية لما لهذه الوسيلة من أهمية في تسهيل إجراء المعاملات.

٢- اعتبار التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية من وسائل إثبات التعاقد الالكتروني تكون لها ذات الحجية المقررة لوسائل الإثبات الاعتيادية مع بيان الشروط والبيانات الواجب توافرها للتحقق من صحة التوقيع والكتابة الالكترونية وبيان حالات الطعن بصحتها والعقوبات الجنائية المقررة عند تزوير أو تغيير أو تحريف التوقيع والكتابة الالكترونية أو صدورهما من غير صاحبهما.

الهوامش والمصادر

- 1 - ينظر د خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر وورشة عمل التجارة الالكترونية وامن المعلومات، القاهرة، 2008، ينظر الموقع <http://faculty.ksu.edu.sa>
- 2 - ينظر د خالد ممدوح، بحث بعنوان موجز عن حجية البريد الالكتروني في الإثبات، ينظر الموقع

- 3 - ينظر د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 8.
- 4 - ينظر د خالد ممدوح، بحث بعنوان موجز عن حجية البريد الالكتروني في الإثبات، مصدر سابق.
- 15 - ينظر د خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق
- 6 - ينظر د خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، المصدر نفسه
- 7 - ينظر د خالد ممدوح، بحث بعنوان موجز عن حجية البريد الالكتروني في الإثبات، مصدر سابق.
- 8 - ينظر الأستاذة عائشة عيسى، بحث بعنوان التعاقد عبر الشبكة المعلوماتية (الانترنت) - ص 3، ينظر الموقع www.hamadilaw.com، و الأمثلة على النقود الالكترونية كثيرة منها:
- أ- بطاقات الخصم وهي بطاقات تمكن صاحبها من خصم قيمة مشترياته من حساباته في البنوك التي يودع فيها أمواله أو
- إضافة قيمة المشتريات إلى أرصدة حساب البائع لدى نفس البنك أو لدى بنوك أخرى
- ب- بطاقات الائتمان تمنح صاحبها أموالاً مقترضة من البنك المصدر
- ج- البطاقات مخزونة القيمة وهي بطاقات يتم تسديد قيمتها نقداً أو ان يتم خصم قيمتها من أرصدة حسابات المشتري بالبنك وهي تحمل قيمة ثابتة ومحددة
- د- الشيك الالكتروني هو يشبه الشيك العادي إذ يوقع الساحب على الشيك ويستخدم الحاسوب الشخصي في تحرير الشيك وطبع توقيع السحب عليه ويقوم المشتري بإرسال الشيك إلى البائع كوثيقة الكترونية حيث يقوم البائع بتقديمها إلى البنك الذي يتعامل معه المشتري للتأكد من صحة الشيك فإذا تم التأكد من صحة الشيك فيتم تحصيل قيمته
- هـ- الكروت الذكية هي كروت يمكن حملها بسهولة تحتوي على رقائق الكترونية وفيها ذاكرة من أجل تخزين المعلومات حيث تقوم بتحميل الأموال وإنفاقها باستخدام الحاسوب أو أي قارئ لها فيمكنه الاتصال بالبنك وخصم قيمتها و إضافتها من أي مكان- ينظر نفس المصدر.
- 9 - ينظر د خالد ممدوح، بحث بعنوان موجز عن حجية البريد الالكتروني في الإثبات، مصدر سابق.
- 10 - ينظر برني نذير، مفهوم العقد الالكتروني وانعقاده، ينظر الموقع <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>، وينظر د خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق.
- 11 - ينظر د خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق.
- 12 - ينظر الأستاذ الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، ينظر الموقع www.malak-rouhi.com 18 -، وينظر فراس فاضل الشطي، بحث بعنوان إبرام العقد الالكتروني، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، ص 3، ينظر الموقع <http://localhosti4664>
- 13 - ينظر، إسلام البلهاسي، العقد الالكتروني، ينظر الموقع <http://www.bilakoyod.net>

- 14 - ينظر علي كريمي- عناصر من التشريعات المنظمة للانترنت في بعض الدول العربية ص7-ص8، ينظر الموقع <http://www.maroc.reunis.fr> وينظر الأستاذ الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، مصدر سابق.
- 15 - ينظر الأستاذ الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، المصدر نفسه.
- 16 - ينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، د ت، دك، ص9، ص12.
- 17 - ينظر د. مصطفى مالك، إبرام العقد بشكل الكتروني، المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، طرابلس، 2009، ص21، ينظر الموقع <http://maktoobblog.com>، ويعرف القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC في المادة الثانية منه الوكيل الالكتروني بأنه (برنامج حاسوبي أو أية رسائل الكترونية أو إلية أخرى تستعمل أو تحدد أو تبرمج من قبل شخص لإنشاء الرسائل أو العروض أو الرد عليها دون مراجعة لها من أي فرد)
- 18 - ينظر خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، وينظر فراس فاضل الشطي، بحث بعنوان إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص5
- 19 - ينظر د. خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق.
- 20 - ينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص17-ص18.
- 21 - ينظر الأستاذة عائشة عيسى، التعاقد عبر شبكة المعلوماتية (الانترنت)، مصدر سابق، ص9.
- 22 - ينظر د. خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق.
- 23 - ينظر د. خالد ممدوح، عقود التجارة الالكترونية، المصدر نفسه، وينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص23-ص24.
- 24 - ينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص10.
- 25 - ينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص23
- 26 - د احمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني وتسوية منازعاته، د ن، د، ط-ص14.
- 27 - ينظر الأستاذة قارة مولود، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية، ينظر الموقع www.malak-rouhi.com وينظر د. مصطفى مالك، إبرام العقد بشكل الكتروني، مصدر سابق، ص11
- 28 - ينظر د. مصطفى مالك، إبرام العقد بشكل الكتروني، المصدر نفسه، ص11
- 29 - ينظر د إبراهيم أبو الليل - إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص26 وينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص15.

- 30** - ينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، المصدر نفسه، ص12 وينظر إسلام البلهاسي-العقد الالكتروني، مصدر سابق
- وينظر د. عبدالله بن إبراهيم عبد الله الناصر، العقود الالكترونية دراسة فقهية مقارنة، ص35 ينظر الموقع <http://faculty.ksu.edu.sa>
- 31** - ينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص46 و ينظر الأستاذ قارة مولود، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق.
- 32** - ينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص48.
- 33** - ينظر د. مصطفى مالك، إبرام العقد بشكل الكتروني، مصدر سابق، ص17.
- 34** - ينظر يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، نابلس-فلسطين، 2007، ص 65 ينظر الموقع www.najah.edu
- 35** - ينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص49.
- 36** - ينظر د. إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص55.
- 37** - ينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص29.
- 38** - ينظر الاستاذ الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية، مصدر سابق.
- 39** - ينظر يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مصدر سابق، ص72-ص73- ص74 وينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص31-ص32.
- 40** - ينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، المصدر نفسه، ص33.
- 41** - ينظر أيضا في تعريفه نص المادة 2 من التوجيه الأوربي لعام 1999 المتعلق بالتوقيع الالكتروني ونص المادة 2 من القانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بشان المعاملات والتجارة الالكترونية الخاص بإمارة دبي.
- 42** - ينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص35.
- 43** - ينظر يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مصدر سابق، ص86-ص87- ص88-ص89 وينظر فراس الشطي، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق ص36-ص37-ص38- ص39-ص40 وينظر الاستاذة عائشة عيسى، التعاقد عبر الشبكة المعلوماتية (الانترنت)، مصدر سابق، ص15.
- 44** - ينظر د إبراهيم أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مصدر سابق، ص59 وينظر فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص43.

إعفاء مزود خدمة التصديق الإلكتروني من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)

م.م. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي
الجامعة التكنولوجية /قسم هندسة السيطرة والنظم

Abstract

The title of this research is " Non civil responsibility of presenter certification services " (as a comparative study) It's contains the concept of presenter certification services in the compare Arabic legislations of electronic commerce or electronic signature, and the international treaties of first and second UNICITRAL in 1996 and 2001, its obligations, and its civil responsibility , in the first chapter. While the contains of the second chapter is the important sixth statements of presenter certification non civil responsibility. Finally the last chapter have a conclusion which contains some result and suggestions which may be benefit in practical legal life.

المقدمة

لا ينكر اثنان - في عالم اليوم - ما تشهده التجارة والمعاملات التي تجري في البيئة الالكترونية عبر شبكة المعلومات الدولية من اتساع وتطور وانتشار على مختلف الصعد والبيادين داخل هذه الشبكة، انعكس ذلك على أهميتها الاقتصادية والقانونية، بل وحتى السياسية والاجتماعية، بحيث أصبح من المؤلف اليوم أن نسمع بإبرام صفقات ذات أقيام عالية وخيالية، تجري كافة العمليات المتعلقة بها ابتداء من التفاوض وانتهاء بتنفيذ العقد في بعض الأحيان عبر الشبكة، وقد تناولت التشريعات المقارنة الخاصة بتنظيم التعامل الإلكتروني عبر الانترنت بنصوصها احكام العقود التي تعقد عن بعد بواسطة تلك الشبكة، في كافة صورها وأشكالها، وقد اقتدت تلك التشريعات بما ورد في الاتفاقيات الدولية التي أبرمت في ظل الأمم المتحدة، سواء ما تعلق منها باتفاقية الامم المتحدة للقانون النموذجي للمعاملات الالكترونية عام

١٩٩٦ واتفاقية الأمم المتحدة للقانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية لعام ٢٠٠١، حيث توحدت الاحكام تقريبا في تلك القوانين نتيجة للجهود الدولية المبذولة في هذا المجال، والغرض منها هو تسهيل عمليات التجارة الالكترونية وتوحيد أحكامها لأنها غالبا ما تأخذ طابعا دوليا كونها تربط بين اطراف لا تجمعهم دولة واحدة وإنما يكون أطرافها على الأغلب من جنسيات دول مختلفة.

ولما كان الأمر كذلك ؛ فقد حرصت تلك التشريعات على إضفاء قدر من الثقة والائتمان في التعامل الالكتروني، عن طريق ضمان سلامة التوقيعات الالكترونية التي تصدر من اطراف التعامل الإلكتروني، بقيام جهات متخصصة تسمى بمزود خدمات التصديق الالكتروني تتولى اصدار شهادات تصديق الكترونية تكون مهمتها تأكيد نسبة التوقيع الالكتروني الى صاحبه وضمان عدم تزويره او تحريفه، وتتحمل تلك الجهة المسؤولية المدنية عن إخلالها بأية التزامات فرضها عليها المشرع، ومنها اخلالها بالالتزامات المتعلقة بإصدار تلك الشهادات، وبنفس أشارت الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة إلى حالات إذا ما توفر احدها يمكن ان تؤدي الى اعفاء مزود خدمة التصديق الالكتروني من المسؤولية المدنية، ولا تلزم بتعويض الأضرار التي تصيب الطرف المعول أوالعميل صاحب الشهادة أوالغير، وهوما انعقدت هذه الدراسة لبيانها وتحديدها وتأصيلها من الناحية التشريعية والفقهية، ومن هذا تكتسب هذه الدراسة اهمية خاصة كونها تسلط الضوء على موضوع حساس ومهم من الناحية العملية والعلمية.

وعلى ذلك، فان بحث هذا الموضوع بصورة متكاملة وفق خطة علمية تتناول كل الجوانب المتعلقة به وتظهر اهميته العلمية والعملية يقتضي منا تقسيم البحث الى مبحثين، نتناول في الأول منهما مفهوم مزود خدمة التصديق الالكتروني، وقسمناه الى ثلاثة مطالب تناول اولها تعريف مزود خدمة التصديق الالكتروني وأما الثاني فخصصناه لدراسة الالتزامات المفروضة على مزود خدمة التصديق الالكتروني، وأما المطلب الثالث فعقدناه لبحث قيام المسؤولية المدنية لمزود خدمة التصديق الالكتروني، اما المبحث الثاني فقد خصصناه لبحث حالات إعفاء مزود خدمة التصديق الالكتروني من المسؤولية المدنية، وقسمناه الى ستة مطالب تناولنا في كل مطلب منها حالة من حالات الإعفاء، وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت ابرز النتائج والتوصيات التي خرجنا بها من هذه الدراسة.

المبحث الأول

مفهوم مزود خدمة التصديق الالكتروني

وسنتولى تقسيم دراستنا في مفهوم مزود خدمة التصديق الالكتروني إلى ثلاثة مطالب نتناول في الأول منها تعريف مزود خدمة التصديق الالكتروني وأما الثاني فنخصصه لدراسة الالتزامات المفروضة على مزود خدمة التصديق الالكتروني، وأما المطلب الثالث فنخصصه لقيام المسؤولية المدنية لمزود خدمة التصديق الالكتروني كما يأتي :

المطلب الأول- تعريف مزود خدمة التصديق الالكتروني

تناولت اتفاقية الأمم المتحدة للقانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية (UNICITRAL) ^١، وأغلب تشريعات التجارة الالكترونية والتوقيعات الالكترونية المقارنة ^٢ تعريف مزود خدمة التصديق الالكتروني، فقد عرفته اتفاقية التوقيعات الالكترونية بأنه " شخص يصدر الشهادات ويجوز ان يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية " ^٣، وذهب المشرع في إمارة دبي إلى تعريف مزود خدمة التصديق الالكتروني بأنه " اي شخص أوجهة معتمدة او معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية او اية خدمات او مهمات متعلقة بها وبالتوقيعات الالكترونية... " ^٤، وذهب المشرع التونسي الى تعريفه " كل شخص طبيعي او معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات اخرى ذات علاقة بالإمضاء الالكتروني ^٥، كما عرفه المشرع البحريني بأنه " الشخص الذي يصدر شهادات اثبات الهوية لأغراض التوقيعات الالكترونية او الذي يقدم خدمات اخرى تتعلق بهذه التوقيعات " ^٦.

ويذهب الفقه الى تعريف مزود خدمة التصديق الالكتروني الى انه " تلك الجهة التي تتمثل بطرف ثالث (واحد أو أكثر) إضافة الى طرفي المعاملة الالكترونية يتمتع بحيادية وموثوقية، يصدر شهادات تصديق الكترونية تؤكد خلال فترة زمنية صلاحية التوقيعات التي زود بها أطراف العلاقة، وتؤكد المصادقية والثقة الالكترونية في المعاملة التي يرومون الدخول اليها " ^٧. ويقترّب هذا التعريف من تعريف بعض الفقه له بأنه " طرف ثالث محايد وموثوق به، يقوم بطرقه الخاصة بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية ممن تنسب إليه " ^٨.

^١ و هو اتجاه حديث في وضع تعريف محدد لبعض المصطلحات التي تستخدم في صياغة القوانين، و هو ما يمنح دلالة مباشرة للمصطلح على المقصود منه، ويمنع الخلط بينه وبين ما قد يقترب منه من دلالات، و هو اتجاه ذهب إليه اتفاقية القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦، ثم سارت عليه ايضا اتفاقية قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام ٢٠٠١، و سارت على نهجه اكثر القوانين التي تناولت هذه الموضوعات، و نرى ان هذا الاتجاه يخالف ما هو متعارف عليه تقليديا في الفقه القانوني من ان تعريف المصطلحات هو من اختصاص الفقه و ليس من اختصاص المشرع، ولعل ما يبرر هذا التوجه الجديد حداثة مواضيع التجارة الالكترونية و تزايد صورها و كثرة انتشارها و تطورها، مما حدى بالمشرع على المستويين الداخلي و الدولي ان يضع تعريفا خاصا لكل مصطلح يستخدم في عالم التجارة الالكترونية، بحيث يؤدي مباشرة الى المعنى المقصود منه، دون تأويل او تفسير قد يخلق اختلافا في التطبيق في ضوء بيئة تتطور بشكل هائل و بوتيرة متسارعة.

^٢ و منها قانون المبادلات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠١، و قانون امارة دبي الخاص بالمعاملات و التجارة الالكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، و قانون التجارة الالكترونية البحريني لعام ٢٠٠٢.

^٣ و سمته مقدم خدمات التصديق في المادة ٢ / هـ منها.

^٤ و سماه مزود خدمات التصديق المادة ٢ منه.

^٥ و سماه مزود خدمات المصادقة الالكترونية الفصل ٢ منه.

^٦ و يعرف القانون البحريني أيضا مصطلح مزود خدمة شهادات معتمد، و هو مزود خدمة شهادات يتم اعتماده لإصدار شهادات معتمدة طبقا لأحكام... هذا القانون.

^٧ محمد خالد جمال رستم : التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية و الاثبات الالكتروني في العالم، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٦، ص ٤٥.

^٨ و هذا الطرف الثالث المحايد يتمثل بمزود خدمات التصديق CERTIFICATION AUTHORITY و هم أفراد او شركات او جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق معاملاتهم الالكترونية، لمزيد ينظر :

كما يعرفها البعض بأنها " جهات متخصصة تقوم بالتحري حول سلامة المعاملات الالكترونية من حيث مضمونها ومحتواها، وصحة صدورها ممن تنسب اليه، وتصدر بذلك شهادة تصديق الكترونية تشهد فيها بهذه السلامة والصحة، ويتم الاعتماد عليها في انجاز هذه المعاملات الالكترونية " ^١، وتقوم جهات التصديق الالكتروني بإصدار شهادات المصادقة الالكترونية ^٢، والجهات التي تتولى هذا التصديق متعددة اذ تقوم الشركات العملاقة والصغيرة التي تعمل في مجال البيئة الالكترونية والانترنت، بوضع برامج إحداث التوقيعات الالكترونية ومنح الشهادات بصحتها وموثوقيتها، ولكن السلطة التي تمنح الترخيص لتلك الشركات بإصدار هكذا نوع من الشهادات تكون واحدة في اغلب الدول ^٣ وتعمل شهادات التصديق الالكترونية على التعريف بصاحب التوقيع الالكتروني وتشهد بصحة هذا التوقيع في وقت نفاذها، وتثبت ارتباط التوقيع الالكتروني بمن نسب إليه.

Froomkin(M) : The essential role of trusted third parties in electronic commerce. 14

Oct 1996 , p 5 etc.

^١. ينظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، دار الكتب القانونية – مصر، ٢٠٠٧، ص ١٣١ و قارن مع د. ابراهيم دسوقي ابو الليل : توثيق التعاملات الالكترونية، ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون – جامعة الامارات ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣- المجلد الخامس ص ١٨٤٥ وما بعدها.

^٢. ومصطلح شهادة التصديق الالكترونية الذي تبنيها في هذه الدراسة يذهب اغلب الفقه الى استخدامه، و منهم د. عبد الفتاح بيومي حجازي : المرجع السابق، ص ٤٤٨ وما بعدها، و كذلك نضال اسماعيل برهم: احكام عقود التجارة الالكترونية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٨٠، ولكن هذا المصطلح لا يجمع عليه الفقه حيث يذهب البعض الى تسمية هذه الشهادة بشهادة التوثيق الالكترونية لأنها تشهد على صحة التوقيع الالكتروني و نسبته الى من صدر عنه،...، ينظر د. ابراهيم دسوقي ابو الليل : الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، جامعة الكويت، ٢٠٠٢، ص ١٨٧، وكذلك أياذ عبد الرزاق سعد الله: التجارة الالكترونية بين القانون النموذجي و التشريع الكويتي، بحث مقدم الى ندوة الجوانب القانونية والتنظيمية للاتصال الالكتروني من ٣-٥ نوفمبر ٢٠٠٠، ص ٦ وما بعدها، بينما يذهب آخرون الى تسميتها بشهادة التعريف الالكترونية لأنها تعرف التوقيع الالكتروني و تؤكد نسبته الى مصدره، و المقصود بالتعريف - حسب وجهة النظر - هذه يختلف عن التصديق لأن الأخير تباشره الدوائر الرسمية مثل دائرة الكاتب العدل عندنا في العراق و لا تمارسه جهات خاصة او شركات كما في حالة التصديق الالكتروني،...، لمزيد في ذلك ينظر د. صدام فيصل المحمدي و د. اسماء صبر علوان : شهادة التعريف الالكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق – كلية القانون / الجامعة المستنصرية، العدد ٨-٩ / ٢٠١٠ المجلد الثامن ، السنة الخامسة ص ٩٨ وما بعدها و قارن مع عدنان الحسيني : شهادات التعريف الرقمية و التجارة الالكترونية، مجلة انترنت العالم العربي ١٩٩٩.

^٣. وقد أشارت الفقرة ١ من المادة ٧ من القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية لعام ٢٠٠١ الى ذلك بقولها " ١- يجوز لـ (اي شخص او جهاز او سلطة تعينهم الدولة المشترعة جهة مختصة سواء كانت عامة او خاصة) تحديد التوقيع الالكتروني التي تفي باحكام... هذا القانون " حيث ان لكل بلد جهة تمنح التراخيص لمزاولة أعمال التصديق ففي مصر تتولى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بموجب المادة ٢ من قانون التوقيع الالكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، و يتولى مراقب خدمات التصديق في دبي هذه المهمة بموجب المادة ٢٣ من قانون امارة دبي الخاص بالمعاملات و التجارة الالكتروني سابق الذكر، و في تونس تتولى الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية بموجب الفصل ٨ من قانون المبادلات التجارية الالكترونية سابق الذكر، و اما في البحرين فتتولى وزارة التجارة و الصناعة ممثلة بوزيرها اصدار مثل هكذا تراخيص بموجب المادة ١٦ من قانون التجارة الالكترونية البحريني سابق الذكر.

وعلى ذلك تكون الشهادة الالكترونية التي يصدرها مزود خدمة التصديق الالكتروني مستند الكتروني تتفق ونظم المعالجة الالكترونية للمعلومات تتلاءم مع النظم الالكترونية الحديثة في التعامل المعاصر^١، وطبيعة المعاملات الالكترونية التي يجرى إبرامها عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية.

وقد أضحت تلك الشهادات صك أمان بالنسبة للمتعاملين عبر الشبكة الدولية، لأنها ستفيد أطراف المعاملة الالكترونية بصحة التواقيع والبيانات المتبادلة، وتحمل الجهة المصدرة للشهادات كافة التبعات القانونية والمسؤولية الناتجة عن أية اضرار يمكن ان تقع بسبب اي أخطاء يمكن ان تقع في هذه الشهادات^٢.

ولمزودي خدمة التصديق الالكتروني في الواقع العملي أهمية من نواح عديدة تتمثل بأهمية دورهم في :

١- تسهيل إبرام عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت :

وهذا الدور تضطلع به جهات التصديق الالكتروني من خلال إصدارها لشهادات التصديق الالكترونية باعتبارها جهة وسيطة ومحايدة، تشهد بصحة التواقيع الخاصة بأطراف تلك العقود، وتسمح من التأكد من نسبتها إليهم، مما يزيد من ثقة وائتمان العميل في المعاملة التي يعتمزم الدخول إليها، الأمر الذي يشجعه ويدفعه الى ان يصدر توقيعيه الى الطرف الآخر، ومن ثم تسريع إبرام العقد الالكتروني^٣، خصوصا اذا ما علمنا ان من مميزات العقود التي تبرم داخل البيئة الالكترونية أنها تتم بين أطراف لا يجمع بينهما مكان واحد، فهم متباعدون مكانيا ولا يعرف بعضهما بعضا مسبقا^٤.

٢- توفير اكبر قدر من الثقة والائتمان بين أطراف المعاملة الالكترونية :

ويتحقق ذلك من خلال الضمان الذي يقدموه عن طريق اصدار تلك الشهادات،^٥ وبالتالي تكون تلك الشهادات وسيلة لضبط امن التعامل الالكتروني (Electronic Security) من حيث صحة البيانات ؛ ومضمون التعامل وجديته أطرافه وأهليتهم، وبعده عن الغش والاحتيال.^٦

^١ لمزيد ينظر : د. عبد الفتاح بيومي حجازي : التجارة الالكترونية و حمايتها القانونية، دار الفكر الاسكندرية ٢٠٠٤، ص١٨٢، و د. خالد ممدوح ابراهيم : ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية ٢٠٠٨ ص١٥٥ و ص١٧٤.

^٢ Froomkin : op cit , p – 5.

^٣ فقد تفشل تلك الجهات في تحريها عن صحة التعاملات الالكترونية و تصدر شهادات غير مطابقة للواقع، و لا يتم اكتشاف ذلك الا بعد اتمام التعامل بموجب تلك الشهادات، و هنا تخل تلك الجهة بالثقة المشروعة التي اولها اياها المتعاملون، مما يحتم قيام مسؤوليتها تجاه من اصابه ضرر لأنه اعتمد في تعامله على تلك الشهادات... لمزيد من التفصيل ينظر : د. ابراهيم دسوقي ابو الليل : المرجع السابق، ص١٩ و ما بعدها.

^٤ د. عبد الفتاح بيومي حجازي : الحكومة الالكترونية، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية ٢٠٠٤، ص١٦١.

^٥ و جدير بالذكر ان التوجيه الاوربي الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩ بعدد ١٩٣٣/٩٩، ميز بين نوعين من التواقيع الالكترونية حيث سمي الاول بالتوقيع الالكتروني المتقدم (La signature electronique avancee) و هو التوقيع الذي تمنح بصده شهادة تصديق الكترونية معتمدة من احد مقدمي هذه الخدمة، و يكون لهذا التوقيع الحجية الكاملة في الاثبات حسب المادة ٢ / ٢ منه،... و أما النوع الثاني فهو التوقيع الالكتروني البسيط

٣- كما تساهم جهات التصديق الالكتروني في توفير اكبر قدر من الوقت والجهد والسرعة في التعامل، سواء من ناحية إبرام العقود او من ناحية تنفيذها، لاسيما في التعاملات المصرفية وتحويل الأموال.

ففي هذه المجالات تغدو الحاجة ملحة في الاعتماد على شهادات الكترونية عالية في الدقة ؛ تمكن العميل من النفاذ الى حساباته وبياناته المالية والقيام بعمليات النقل والتحويل المصرفي أو أية عمليات اخرى في بيئة آمنة ومستقرة وبسرعة عالية.^٢

٤- لجهات التصديق الالكتروني دور في أرشفة وحفظ الوثائق الالكترونية وضمان عدم التلاعب بها وتغييرها او تحريفها، إلا اذا كان ذلك صادرا ممن هو مخول بذلك^٣، مثل الأفراد المتعاملون او الجهات ذات العلاقة.

٥- وتؤدي جهات التصديق الالكتروني دورا في ضمان سلامة التوقيع الالكتروني، وتشهد بان التوقيع الالكتروني المقصود لم يتم التلاعب به او تغييره عن عمد او عن غير عمد^٤، ودورا في منع صاحب التوقيع الالكتروني من إنكاره او إنكار الرسالة التي ذيلت به، وذلك لان الشهادة التي تقوم بإصدارها جهة التوثيق تضمن ارتباط التوقيع بموقعه بما لا يقبل الشك.^٥

٦- وتساهم جهات التصديق ايضا في ضمان تفرد صاحب التوقيع الالكتروني بمسك منظومة إحداث التوقيع بصورة مطابقة ومتكاملة مع منظومة التدقيق في الإمضاء المعروفة في الشهادة بتاريخ تسلمها.

المطلب الثاني- الالتزامات المفروضة على مزودي خدمة التصديق الالكتروني

(La signature électronique simple) و هو الذي لم تصدر بصدده شهادة توثيق معتمدة و له حجية في الإثبات شرط ان لا يتم انكاره، اما اذا وجد توقيع متقدم و توقيع بسيط فيقدم الاول لأنه يحتوي على عناصر ثقة و امان اكثر من الاول،... لمزيد ينظر القاضي د. الياس ناصيف : العقود الدولية -العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت - لبنان ٢٠٠٩، ص ٢٣٧ و ايضا :

- Froomkin : op cit , p - 5.

١. حيث يقوم بعض مزودي خدمات التصديق بالتحري عن المواقع التجارية على الشبكة الدولية عن طريق تعقبها الكترونيا و التحري عن جديتها و مصداقيتها، فاذا تبين عكس ذلك فانها تقوم بارسال رسائل تحذيرية للمتعاملين داخل الشبكة، تبين فيها عدم مصداقية هذا الموقع لمزيد ينظر :

- Loeb (L) : Your right in the online world , Osborn Mc /Graw – hall , New York ,USA, 1995, p- 17 etc.

٢. Froomkin : op cit , p - 5 etc and Loeb :Ibid.

٣. قارن مع د. خالد ممدوح :المرجع السابق، ص ١٨٨.

٤. لأن التعامل الالكتروني يجري على الأغلب بين اطراف لا يعرفون بعضهم بعضا مسبقا و ليس بينهم تعاملات سابقة،... لمزيد ينظر :

- Angle(J) :why use digital (signature of electronic commerce) , journal of information law and technology.1999, p - 2 etc.

٥. لمزيد ينظر د. عباس العبودي : حجية السندات الالكترونية لمعطيات الحاسب الالي في الإثبات المدني، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، المجلد السادس، العدد ١٠ تشرين الثاني ٢٠٠٢، ص ٤٦.

والالتزامات التي فرضها القانون على مزودي خدمات التصديق الالكتروني تنقسم الى قسمين: أولهما : الالتزامات المفروضة على جهات التصديق الالكتروني والمتعلقة بنشاط وممارسة العمل من قبل تلك الجهات، اما القسم الثاني : فهي الالتزامات المتعلقة بإصدار شهادات التصديق ومضمونها، وسنبحث كل قسم من هذه الالتزامات في فرع مستقل كآآتي :

الفرع الأول- الالتزامات المتعلقة بنشاط مزودي خدمة التصديق الالكتروني

تضمنت اتفاقية الامم المتحدة للتوقيعات الالكترونية (UNICITRAL)^١ والقوانين المقارنة الخاصة بالمعاملات والتوقيعات الالكترونية جمعا من الالتزامات المتعلقة بنشاط مزودي خدمات التصديق الالكتروني واهمها:

١- الحصول على ترخيص مسبق من السلطات المختصة، وهذا الترخيص يخولها قانونا اصدار هكذا شهادات.^٢

٢- استخدام وسائل موثوق بها لإصدار وتسلم وحفظ الشهادات، مع اتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التحريف أو التلاعب أو التزوير، وان يوفر على وجه الخصوص أمورا ثلاثة :

أ- هوية مقدم خدمات التصديق الالكتروني.

ب- ان الموقع المبين في الشهادة يسيطر على بيانات إنشاء التوقيع في الوقت الذي صدرت فيه الشهادة.

ج - ان بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني كانت صحيحة في الوقت الذي صدرت فيه الشهادة اوقبله.^٣

٣- مسك السجل الالكتروني الخاص بشهادات التصديق الالكترونية، والذي يكون مفتوحا للاطلاع بصورة مستمرة ويحتوي على التوقيعات الالكترونية كافة، ويبين فيه من قام بهذه التوقيعات وما تم إلغاؤه منها او ما تم تعليق العمل به.^٤

٤- العمل وفق مبادئ التمثيل الممنوحة لها بموجب الترخيص، بالنظر الى سياساتهم وممارساتهم، وان تهين كافة المستلزمات البشرية والمادية والتقنية الكفوءة والجديرة بالثقة، مع مراعاة القدر المقبول

^١ المعقودة عام ٢٠٠١ سابقة الذكر.

^٢ و من امثلة هذه السلطات المختصة الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية في تونس، و مراقب خدمات التصديق في دبي، و هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر، و وزارة التجارة و الصناعة في البحرين.

^٣ قارن مع احكام المادة ٩ من اليونسترال لسنة ٢٠٠١ و المادة ٢٤ من قانون امارة دبي سابق الذكر، و لمزيد في ذلك ينظر : د. محمد حاتم البيات : المسؤولية المدنية عن الخطأ في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الالكترونية، مؤتمر المعاملات الالكترونية، جامعة الامارات، ٢٠٠٩، ص ٨٣٨ و ما بعدها.

^٤ ينظر المادة ١٠ من اليونسترال لعام ٢٠٠١ سابق الذكر و المواد (٧ و ٣٠) من القانون الأردني سابق الذكر، و المواد (٧ و ٨) من قانون دبي سابق الذكر و الفصل ٢٤ من القانون التونسي سابق الذكر، وللزيد في مفهوم هذا السجل و تكوينه ينظر خالد ممدوح ابراهيم : المرجع السابق، ص ١٧٥ و ما بعدها.

من الحيطة والحذر لضمان صحة ودقة وكمال كافة المواد موضوع التمثيل طيلة فترة تقديمهم لهذه الخدمة.^١

٥- توفير " حيثما تقدم الخدمة " وسيلة للموقع لتقديم إشعار تضمن له إلغاء خدمة التوقيع الالكتروني الآلية^٢ .

٦- التصريح بأية قيود على نطاق اومدى المسؤولية التي تقبلها تجاه اي شخص^٣ ، وذلك زيادة في الثقة والاطمئنان بين المتعاملين الكترونيا.

الفرع الثاني- الالتزامات المتعلقة بإصدار شهادة التصديق الالكتروني

وهذه الالتزامات تتمثل بالاتي :

- ١- إصدار الشهادة عند الطلب من جهة التصديق المختصة وفق القانون والمرخص لها بذلك.^٤
- ٢- ان تحتوي الشهادة على كافة البيانات التعريفية سواء بالجهة مصدرة الشهادة او بصاحب التوقيع الالكتروني، ويجب ان تتوفر في الشهادة على وجه الخصوص ما يأتي :
 - أ- الطريقة المستخدمة في تحديد هوية صاحب التوقيع الالكتروني.
 - ب- اي حدود اوتقييد على الغرض والقيمة التي يجوز من اجلها ان تستخدم بيانات إنشاء التوقيع اوتستخدم من اجلها الشهادة.

ج - ان بيانات إنشاء التوقيع صحيحة وما زالت سارية المفعول ولم تتعرض لما يثير الشبهة.^٥

د- اي حدود تقييد مجال اومدى المسؤولية القانونية التي تشترطها جهة إصدار الشهادة.^٦

- هـ - التأكد مما اذا كانت هناك وسيلة تمكن من خلالها صاحب التوقيع الإشعار بأن بيانات انشاء التوقيع الالكتروني كانت قد خضعت لأي مساومة تهدف الى التراضي اوالحل الوسط.^٧
- ٣- ان لا تكون الشهادة ملغاة اوتعلق العمل بها، اوكانت منتهية الصلاحية.^٨

^١. المواد (٩ و ١٠) من اليونسترال سابق الذكر و المادة (٢٤) من قانون امارة دبي سابق الذكر.

^٢. المواد (٨ و ٩) من اليونسترال سابق الذكر و المادة (١٩) من القانون المصري سابق الذكر و المادة (٢٤) من قانون دبي سابق الذكر.

^٣. المادة (٢٤ / هـ) من قانون دبي سابق الذكر و المادة (٤ / ٩) من اليونسترال سابق الذكر.

^٤. و جهات الترخيص هي سلطات رسمية ذات شخصية معنوية مستقلة مخولة بحكم القانون بمنح التراخيص لمن يرغب بمزاولة اعمال التصديق الالكتروني، ينظر هامش رقم ٢٣ من هذا البحث.

^٥. المادة (٢٤ / جـ) من القانون الاردني، و هنا تجدر الاشارة الى ان مزود خدمة التصديق الالكتروني يبقى ملتزما بالتحقق من سلامة و صحة المعلومات المقدمة اليه من العميل، و لا يعني تزويده بهذه المعلومات من قبل العميل اعفاؤه من المسؤولية عنها، لأن في ذلك مجانية لحقيقة هذا الالتزام و مغزاه القانوني، حيث ان المفروض ان يضمن مزود خدمة التصديق صحة المعلومات التي تضمنتها شهادة التصديق من تاريخ تسلمها، و ينبغي كما نرى عدم التفريق بين المعلومات التي يتلقاها مزود الخدمة من العميل نفسه او تلك التي يتلقاها المزود بطرقه الخاصة او نتيجة تحرياته . قارن في هذا الخصوص مع نص المادة (١ / ٩ / ب) من اليونسترال سابق الذكر.

^٦. المادة (٢٤ / ٣ / هـ) من قانون امارة دبي سابق الذكر.

^٧. المادة (٢٤ / ١ / جـ) من قانون امارة دبي سابق الذكر.

^٨. الفصلين (١٩ و ٢٠) من القانون التونسي سابق الذكر.

فقد تلغى الشهادة مثلا نتيجة طلب يقدمه صاحب الشأن ؛ وهوبطبيعة الحال نفس الشخص الذي طلب إصدارها ابتداء اومن يمثله قاتونا، ولما كانت هذه الشهادة ذات طابع شخصي، فلا بد ان يستجاب لطلب صاحبها بالغائها او تعليقها متى طلب ذلك، وكذلك الحال في حالة وفاة صاحب الشهادة^١، وأحيانا قد يعلق العمل بالشهادة في حال اذا ما صدرت الشهادة بناء على معلومات مزيفة اومغلوبة^٢، وقد تلغى الشهادة بعد تعليقها لانتهاك منظومة إحداث التوقيع او تغيير البيانات المتضمنة فيها^٣، وفي أحيان أخرى تنتهي صلاحية الشهادة بانتهاء مدة سريانها، لكن بشرط ان يذكر هذا القيد ضمن مندرجات هذه الشهادة وبياناتها، لأن هذا البيان هام جدا بالنسبة للأطراف المتعاملة.^٤

٤- استخدام الشهادة في المجال الذي صدرت فيه، فقد تصدر الشهادة لكي تكون تصديقا على منظومة احداث التوقيع الالكتروني، وقد تكون تعريفا للتوقيع الالكتروني وشهادة بصحة صدوره ممن نسب اليه، لذلك يجب ان تصدر الشهادة طبقا للمجال المطلوب صدورها فيه.^٥

المطلب الثالث- قيام المسؤولية المدنية لمزود خدمة التصديق الالكتروني

إنّ عدم وجود قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية لمزودي خدمة التصديق الالكتروني في التشريع العراقي، يدعونا الى بحث أحكام هذه المسؤولية على وفق القواعد العامة في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، فإذا كانت العلاقة القانونية عقدية مثل العلاقة ما بين مزود خدمة التصديق الالكتروني والعميل صاحب الشهادة الالكترونية، فإننا نطبق احكام المسؤولية العقدية، اما إذا كان الإخلال ناشئ عن خطأ حاصل في العلاقة بين المزود والغير فان احكام المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق، وهذا يعني أن المسؤولية التي يمكن ان تتحقق هنا، لا تكون على توصيف واحد وانما تكون عقدية اوتقصيرية بحسب الاحوال.

^١ الفصل (٢٠) من القانون التونسي سابق الذكر.

^٢ و الفرق بين المعلومة المزيفة و المعلومة المغلوطة ؛ هو ان الاخيرة معلومات صحيحة و لكنها تخص شخصا اخر، فإذا ما سلمت المعلومات ثم ادخلت لغير صاحبها لتشابه في الاسماء مثلا، فان ذلك يعني ان مزود الخدمة قد وقع في غلط و عليه المسارعة الى تعليق العمل بالشهادة، و الشهادة هنا صحيحة، و لكن البيانات الواردة فيها تخص شخصا اخر، فإذا قام الغير باستخدام الشهادة رغم علمه بالغلط شكل ذلك جريمة لاتخاذها اسما او صفة كاذبة، كأن يقوم شخص بتزوير بطاقته الشخصية او غير ذلك من الوثائق الرسمية، ثم يقدمها لمزود الخدمة، و تصدر شهادة التصديق فعلا بناء عليها... لمزيد في ذلك ينظر : د. عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، المرجع السابق، ص ١٧٦.

^٣ الفصلين (٥ و ١٢) من القانون التونسي.

^٤ الفصل (١٧) من القانون التونسي.

^٥ إذ توجد في العمل شهادات متعددة، و كل منها يوثق امرا معينا، و هي جميعها تصدر من جهات التصديق، و مثال ذلك شهادة توثيق الاصدار (digital time stamp) و التي توثق تاريخ اصدار التوقيع الالكتروني، و شهادة الاذن (authorizing certificate) و التي بمقتضاها تقدم معلومات اضافية عن صاحبها ؛ كعمله و مؤهلاته و التراخيص التي يعمل بموجبها، و شهادة البيان (attesting certificate) و التي تبين واقعة او حدث ما ؛ و وقت وقوعه، للتفصيل اكثر في هذه الشهادات ينظر :

وعلى ذلك فاننا سنبحث مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكترونية العقدية في فرع اول ثم نبحث مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكترونية التقصيرية في فرع ثان كالاتي :

الفرع الاول- قيام مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني العقدية

ما دام إصدار شهادة التصديق الإلكترونية يتم في إطار علاقة عقدية بين مزود خدمة التصديق الإلكتروني كطرف، وطالب الشهادة من اصحاب التوقيع الالكتروني كطرف ثان بناء على العلاقة التعاقدية الناشئة بينهما، فان ارتكاب اي طرف من هؤلاء الاطراف خطأ - وخاصة مزود خدمة التصديق الالكتروني - فإن ذلك من شأنه ان يثير مسؤوليته المدنية عموما ومسؤوليته العقدية خصوصا، لتوفر شروطها واركائها.

وتثار مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني العقدية تجاه صاحب الشهادة الالكترونية نتيجة لوجود عقد التصديق الالكتروني المبرم بينهما.

وتقوم المسؤولية العقدية لمزود خدمة التصديق الالكتروني بتوفر اركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وبإعمال هذه الركان وهي الخطأ العقدي الذي من اهم صورته بالنسبة لمزود الخدمة عدم اصدار الشهادة المطلوبة منه، والتأخر في اصدارها او اصدارها ولكن على وفق معلومات غير صحيحة كأن تكون مزورة او مغلوطة^١.

والتزام مزود خدمة التصديق الالكتروني باصدار شهادة التصديق من اهم الالتزامات الملقاة على عاتقها، حسب ما يذهب اليه الفقه في فرنسا، على اعتبار ان الشهادة تنشئ علاقة بين هوية الموقع والمعطيات والبيانات المستخدمة من اجل التحقق من سلامة هذا التوقيع^٢، لذا فانه حين يمتنع مزود خدمة التصديق عن إصدار هذه الشهادة دونما سبب، فان ذلك سيلحق الضرر بمن طلب هذه الشهادة، على اعتبار ان هذه الشهادة هي قوام التوقيع الالكتروني ومصدر الثقة فيه، وسبب تعويل الغير واعتماده عليه، وان الامتناع عن اصدارها سيؤدي - لا محالة - الى تجريد التوقيع الالكتروني من كل قيمة قانونية له^٣.

إضافة إلى أن امتناع مزود الخدمة عن اصدار الشهادة المطلوبة والتأخر في اصدارها يمكن ان يؤدي الى ضياع وقت طالب الشهادة، على نحو يعرضه لمخاطر تجارية متعددة اقلها، حالة ضياع فرصة

^١. يراجع الهامش رقم ٣٥ من هذه الدراسة.

^٢. Didier (G) : Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : Analyse de la loi du 9 juillet 2001 , publiée in la preuve , formation permanent CUP, Vol 54 mars , p- 19.

^٣. Parisienne (S) et Trudel(J) : L'identification et la certification dans le commerce électronique , QUEBEC, éd. Yuon Blaisint , 1996, p – 113.
متاح على الانترنت على الموقع :

التعاقد الالكتروني على صفقة معينة، كأن حصل على وعد بهذا التعاقد خلال فترة عرض محددة^١، كما يمكن ان نتخيل وقوع ضرر في جانب طالب الشهادة في حال كون المركز القانوني والاقتصادي للطرف الاخر قويا كأن يكون من اصحاب العلامات التجارية المشهورة عالميا، مما يضيف على شهادة التصديق قدرا كبيرا من المصداقية والامان، ويجعل امتناع مزود خدمة التصديق الالكتروني عن اصدارها والتأخر في اصدارها سببا في حرمان طالب الشهادة من تلك المزايا^٢.

كما يمكن للغير الذي اعتمد على تلك الشهادة، ان يقيم المسؤولية العقدية لمزود خدمة التصديق الالكتروني؛ إذا كان مرتبطا بعلاقة عقدية مباشرة مع جهة التصديق، كما لوتلقى هذه الشهادة مباشرة من موقع المركز على الانترنت، فنكون هنا امام مسؤولية عقدية وليست مسؤولية تقصيرية، ولا يجوز وفق احكام القانون المدني العراقي الجمع بين المسؤوليتين ولا الدمج بينهما^٣.
فالشهادة التي تحمل بيانات غير دقيقة، ستكون مبني قرار العميل " الايجابي " بالتعامل مع حاملها اوصاحبها^٤.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة العلاقة العقدية التي تربط مزود خدمة التصديق الالكتروني والعميل طالب الشهادة، فقد ذهب البعض الى ان اصدار شهادة التوقيع يعد بمثابة بيع سلعة من البائع (مزود خدمة التصديق الالكتروني) الى المشتري (العميل) كشخص ما من أصحاب التوقيعات الالكترونية المعولين^٥.

في حين يذهب البعض في فرنسا الى ان هذا العقد هو عقد تقديم خدمة الكترونية؛ لأنّ عمل جهة التصديق الالكتروني تجاه العميل والغير من شأنه ان يدعم مصداقية التوقيعات الالكترونية وتوثيقها، وذلك يسهم في الحد من المخاطر المحتملة المترتبة على نظم السداد الالكتروني^٦.

^١. Pierre (H) et Jean(M): La confiance sa nature et son rôle dans le commerce électronique , lex , electronica vol. 11. n- 2 , fall 2006.
متاح على الانترنت على الموقع :

www.lex-electronica.org/articles/v11-2valle.mackaa/htm

^٢.Antoine(G) et Gobert(D): Pistes de reflexion pour une de legislation relative a la signature digital et au regime des autorité de certification.
متاح على الانترنت على الموقع :

<http://www.droit.fund.net>

^٣. ينظر نص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، و المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، و المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨، و لمزيد في ذلك ينظر د. أحمد عبد الرزاق السنهوري : ج ١ نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، م ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ٢٠٠٠، ص ٨٥٨ وما بعدها.

^٤. د. محمد حاتم البيات: المرجع السابق، ص ٨٣٦.

^٥. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل: الجوانب القانونية في المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص ١٩٠.

^٦. د. محمد حاتم البيات : المرجع نفسه، ص ٨٣٧.

وهنا يثار تساؤل حول طبيعة التزام مزود خدمة التصديق الالكتروني " العقدي " هل هو التزام بنتيجة او هو التزام ببذل عناية ؟

يكاد يجمع الفقه واغلب قوانين التجارة الالكترونية المقارنة ؛ على أن التزام جهة التصديق هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بنتيجة، وهذا يعود إلى التكييف القانوني الخاص بالعقد المبرم بين مركز التوثيق والعميل، حيث لا يتردد الفقه باعتباره عقد مقاوله، مشيرا الى ان الالتزامات الناشئة عن هذا العقد هي من قبيل الالتزام ببذل عناية، وبغض النظر عن مقدار العناية المطلوبة، سواء أكانت هذه العناية هي العناية المعتادة المعقولة ام عناية المحترفين^١.

وبناء على ذلك ؛ فإننا نقر ان عبء الاثبات الخاص بالاخلال بمضمون الاتفاق العقدي يقع على عاتق صاحب التوقيع الالكتروني^٢، وبذلك يكون مزود خدمة التصديق الالكتروني منفذا لالتزامه باصدار شهادة تحمل بيانات دقيقة، اذا بذل العناية المطلوبة منه للتحقق من هذه البيانات مضمون تلك الشهادة، حتى ولو لم يكن مضمون تلك البيانات صحيحا، وبعبسه اذا لم يكن قد بذل العناية المطلوبة منه، فانه يكون قد ارتكب خطأ عقديا يستدعي قيام مسؤوليته العقدية.

اما عكس ذلك، اذا ما اعتبرنا التزام جهة التصديق الالكتروني بتقديم شهادات تحمل بيانات دقيقة من قبيل الالتزام بنتيجة ؛ فان هذا يعني ان عدم دقة البيانات التي تحملها الشهادة يعد إخلالا من جانب مركز التوثيق لالتزاماته العقدية، مما يحقق مسؤوليته العقدية، وعلى ذلك فان مركز التوثيق - مهما بذل من عناية لازمة للتحقق من صحة ودقة البيانات موضوع الشهادة - فانه سيعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية، لا سيما وان البيانات التي تحملها الشهادة الصادرة عنه تقدم له في الغالب من قبل الغير، المتمثل بصاحب التوقيع الالكتروني الذي صدرت الشهادة الالكترونية لتوثيقه.

وجدير بالذكر، أنّ القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية اعتبر التزام مزود خدمة التصديق التزاما ببذل عناية، استنادا الى ان جلّ ما يلتزم به، هو بذل العناية الكافية للتحقق من مدى صحة البيانات المقدمة من العميل^٣، ويترتب على ذلك انه لا مسؤولية تذكر على مزود الخدمة في حال قام بالعناية اللازمة والمعقولة، وخاصة عندما يكون ظاهر الحال لا يدل على ان البيانات المقدمة من العميل تدعو على الشك في احتمال تزويرها مثلا.

وأيا كان الأمر ؛ فإننا نرى أنّ التزام جهة التصديق الالكتروني هو التزام ذو طبيعة مزدوجة وتفصيل

ذلك :

^١ نفس المرجع : ص ٨٣٨.

^٢ نفس المرجع و المراجع الفرنسية التي أشار إليها ص ٨٣٨ والهامش رقم ٦١.

^٣ تنص ف ٢ من المادة ٩ من القانون النموذجي على ان " يمارس عناية معقولة لضمان دقة و اكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة فترة سريانها " و هو ما اخذت به المادة ١/٢٤ من قانون دبي سابق الذكر.

ان هذا الالتزام يمكن ان يكون التزاما بنتيجة، وذلك فيما يتعلق باصدار الشهادة حين طلبها من الطرف المعول، ويكون التزاما ببذل عناية في التحقق من مضمون الشهادة وبياناتها ومندرجاتها. لكن التعرف على طبيعة الالتزام يتطلب في واقع الحال الرجوع الى مضمون العقد وكذلك المصلحة التي سعى الاطراف الى تحقيقها من خلاله، وعليه فقد اتجهت بعض التشريعات ومنها قانون المبادلات الالكترونية التونسي في المادة (٢٢) منه الى القول بان التزام مزود خدمات التصديق الالكتروني هو التزام بنتيجة، بينما ذهبت قوانين اخرى الى القول بان هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية^١، ونرى انه يجب تحديد طبيعة الالتزام الخاص بالاتفاق بين مركز اصدار الشهادات الالكترونية وعملائه بالرجوع الى بنود هذا الاتفاق المبرم بينهما.

الفرع الثاني- قيام مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني التقصيرية

قدمنا انه يمكن ألا تكون مسؤولية جهة التصديق الالكتروني مسؤولية عقدية ؛ وإنما يمكن أن تكون تقصيرية، وهذه المسؤولية تنشأ عندما لا توجد علاقة عقدية بين جهة التصديق والغير المتضررين، ويندرج تحت وصف الغير هنا اي شخص لا تربطه علاقة مباشرة بعقد ما مع مركز التصديق الالكتروني ولم يعتبر مشروط لمصلحته من عقد لتوقيع الكتروني ما^٢.

فالقانون هوالمصدر المباشر والرئيس للالتزامات جهة التصديق، لذلك فان اي إهمال او تقصير يسجله على صعيد تلك الالتزامات من شأنه ان يقيم مسؤولية مزود خدمة التصديق وفقا لاحكام المسؤولية المدنية التقصيرية، متى توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

وعلى ذلك فانه ينبغي على كل متضرر ان يقيم البيئة على توافر اركان المسؤولية واولها وأهمها الخطأ التقصيري، اي الإخلال بالالتزام القانوني العام، المتضمن احترام حقوق الاخرين وعدم الاضرار بهم^٣، وهذا الالتزام بطبيعة الحال هوالتزام ببذل عناية، والاخلال به يشكل خطأ يوجب المسؤولية، ويقوم الاخلال به اذا لم تبذل جهة التصديق العناية اللازمة من الحيطة والتبصر، وهوما يجب على الغير المتضرر إثباته واقامة البيئة عليه، وذلك بإقامة الدليل على ان مركز التوثيق الالكتروني لم يبذل العناية

^١ . حيث تذهب هذه التشريعات الى ان تحديد ما يجب ان يبذله مزود خدمة التصديق الالكتروني، يجب ان يكون بمستوى العناية " المعقولة " المطلوبة منه قانونا، وهي عناية الشخص المعتاد، وهذا لا يكون الا في الالتزام ببذل عناية، ينظر في ذلك : التوجيه الاوربي لسنة ١٩٩٩ المادة ٢/١/٦ منه و القانون البحريني المادة ١٨/١ منه و قانون امارة دبي في المادة ١/٢٤ منه.

^٢ .د. آلاء يعقوب النعيمي : المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير، مجلة الحقوق البحرينية ٢٠٠٦، ص ٣٠٣ و ما بعدها.

^٣ . و هذا الالتزام كما يرى الدكتور السنهوري هو التزام عام ببذل عناية، مفاده ان يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، و كان من القدرة على التمييز بحيث يدرك انه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية، لمزيد في ذلك ينظر الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٨٨١ و ما بعدها.

اللازمة المعتادة وفقا لمعيار موضوعي يقاس به درجة الخطأ ان وجد^١، ولا شك بان ذلك ليس بعمل يسير على المتضرر " الغير " من سلوك مركز التصديق، لأنه اذا اثبت هذا الاخير أنه قام بالعناية المطلوبة منه يكون قد نفى خطأه.

وعلى فرض ان هذا الغير المتضرر نجح في اثبات خطأ جهة التصديق في حال اقامة البيئة على ان مركز التوثيق لم يبذل العناية ولم يراع الحيطة والتبصر في التحقق من البيانات المقدمة له (موضوع الشهادة)، فان ذلك الاثبات لا يكفي لوحده لاثبات الخطأ من جانب جهة التوثيق ؛ اذ على المتضرر ان يثبت الركن الثاني للمسؤولية اي الضرر وان ثمة ضرر محقق قد اصابه، وان هذا الضرر كان نتيجة لقيام خطأ تقصيري من جهة التصديق.

ولذلك فإنّ هذا الحال - وامام هذه المعوقات والصعوبات الكثيرة - يشكل نقطة ضعف في سياق الحماية القانونية التي يراد تقديمها للغير في بيئة التعامل الالكتروني، الامر الذي يشكل عائق من عوائق تطور وانتشار التجارة الالكترونية لأن المسؤولية بالنسبة لجهة التوثيق ستقوم على اساس المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ الشخصي والتي تتطلب اثبات الخطأ من جانب مزود خدمة التصديق^٢ وهوامر صعب وعسير حصوله.

لذلك أقامت بعض التشريعات منها قانون المعاملات الالكترونية، منها قانون امارة دبي لعام ٢٠٠٢ مسؤولية جهة التصديق على اساس المسؤولية المفترضة " اي على اساس فكرة الخطأ المفترض " لكن مع ذلك تبقى الصعوبات العملية كبيرة ويبقى هذا التخوف قائما حتى في حال المسؤولية عن الخطأ المفترض، وذلك لأنه حتى لو اعفي المتضرر من اثبات الخطأ فهويبقى مطالبا باثبات الضرر وانه متضرر بضرر محقق فعلا.

المبحث الثاني

إنتفاء مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني المدنية

تتنفي مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني في حالات عديدة، بموجب القواعد القانونية الواردة في القوانين الخاصة بتنظيم التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني والاتفاقيات الدولية، وسنتولى بحث هذه الحالات في المطالب الآتية :

المطلب الأول- خطأ الطرف المعول " طالب الشهادة "

إنّ خطأ طالب الشهادة الالكترونية ينفي العلاقة السببية بين فعل جهة التصديق والضرر الحاصل ؛ فإذا كان خطأ طالب الشهادة هو وحده السبب في إحداث الضرر " وهوامر مألوف في المعاملات التي تجري

^١ و وفق المعيار الموضوعي المتمثل بمعيار الرجل المعتاد، نقارن درجة خطأ الواقع مع سلوك مركز التوثيق المعتاد.
^٢ المادة ٩ / ٢ من القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية سابق الذكر و هذا الموقف نجد في قوانين التجارة الالكترونية المقارنة، قارن مع المادة ١ / ٢٤ من قانون امارة دبي سابق الذكر.

عبر شبكة المعلومات والاتصالات الالكترونية " كأن يطلب الطرف المعول الشهادة الالكترونية من خلال ربط حاسوبه الالكتروني مع تلك الشبكة، ويقوم حاسوبه بدوره بحوار تفاعلي مع برنامج حاسوبي من الجهة الاخرى^١، وهو يقوم بمعالجة وتعديل البيانات الخاصة بالسؤال المطروح وطرح البيانات المقصودة الى ان يصل الى النتيجة المطلوبة والتي يحتاجها الطرف المعول.

وعلى ذلك يجب ان يكون هذا الطرف المعول على دراية كافية بقدرة وكفاءة الوسائل الموضوعية تحت تصرفه، لأن نجاح الاستفسار واطار الشهادة يتوقف على كفاءة ومهارة من يديرون النهاية الطرفية.^٢ ويتمثل خطأ الطرف المعول مثلاً بعدم الاستخدام الصحيح للبيانات المطلوبة منه او الوصول الى الرمز المقصود او الاستفسار في ساعات عمل خاطئة او عدم مراعاة الشروط التقنية للطلب او تقديم بيانات خاطئة يترتب عليه تقديم شهادة غير صحيحة او عرض إجابات غير دقيقة.

وخطأ المضرور هنا وفق القواعد المقررة في القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية^٣، ينفي الرابطة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي لا تثار مسؤولية الطرف الاخر المدنية، حيث يتحمل الطرف المعول المسؤولية القانونية لتخلفه عن اتخاذ الخطوات المعقولة اللازمة للتحقق من موثوقية التوقيع الالكتروني، واتخاذ خطوات معقولة للتحقق من صلاحية الشهادة او وقفها او إلغاؤها ولم يراعي القيود التي تتضمنها تلك الشهادة .

وعلى ذلك تذهب التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية الى ان خطأ العميل يمكن ان يؤدي الى نفي المسؤولية عن مزود خدمة التصديق الالكتروني، فقد ذهبت المادة (٢١) من القانون الاماراتي^٤ الى القول بأنه " عندما يكون التوقيع الالكتروني معززا بشهادة، فان الطرف الذي يعتمد على ذلك التوقيع يتحمل نتائج إخفاقه في اتخاذ الخطوات المعقولة اللازمة للتأكد من صحة و نفاذ الشهادة، وما اذا كانت معلقة او ملغاة ومن مراعاة اية قيود فيما يتعلق بتلك الشهادة " .

وقد نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة الى ان " لتقرير ما اذا كان من المعقول لشخص ان يعتمد على توقيع او شهادة يولي الاعتبار اذا كان مناسباً الى :

أ- طبيعة المعاملة المعنية والتي قصد تعزيزها بالتوقيع الالكتروني.

^١ . كأن يكون ذلك البرنامج وسيطاً الكترونياً و الذي هو : " برنامج حاسوبي معد بوسائل الكترونية لغرض التنفيذ التلقائي لاجراء معين او الاستجابة لامر بصفة كلية او جزئية يتعلق بتداول رسالة بيانات الكترونية دون الحاجة الى تدخل بشري " ... لمزيد من التفصيل في ذلك ينظر د. صدام فيصل المحمدي : الوسيط الالكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق البحرينية، م ٨، ع ١، يناير ٢٠١١، ص ٨٥٢.

^٢ . د. عادل ابو هشيمه محمود حوته : عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٤، ص ٢٢١.

^٣ . المادة ١١ من اليونسترال سابق الذكر.

^٤ . قانون المعاملات الالكترونية الاماراتي الصادر سنة ٢٠٠٦. و هي مشابهة لنص المادة (٢ / ٢١) من قانون امارة دبي لسنة ٢٠٠٢ ،

- ب- قيمة أو أهمية المعاملة المعنية متى كان ذلك معروفا.
- ج - ما اذا كان الشخص الذي اعتمد على التوقيع الالكتروني والشهادة قد اتخذ خطوات مناسبة ليقرر مدى امكانية الاعتماد على التوقيع الالكتروني والشهادة.
- د- ما اذا كان التصرف الذي يعتمد على التوقيع الالكتروني قد اتخذ خطوات مناسبة للتحقق من ان التوقيع الالكتروني معزز بشهادة او كان من المتوقع ان يكون كذلك.
- هـ - ما اذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع والشهادة قد عرف او كان عليه ان يعرف ان التوقيع الالكتروني والشهادة قد عدلت أو ألغيت ."

وهذه الحالات يمكن ان يكون خطأ الطرف المعول سببا في قطع العلاقة السببية بين الخطأ الحاصل والضرر المرتكب مما يعفي جهة التصديق من المسؤولية المدنية.^١

المطلب الثاني- عدم وقوع اي اهمال من جانب مزود خدمة التصديق

إذا أثبت مزود خدمة التصديق انه لم يقع منه إهمال ؛ فان المسؤولية المدنية تنتفي، وتفصيل ذلك، هوان جهة التصديق تلتزم بمجموعة التزامات محددة ألزم المشرعون في القوانين المقارنة جهات التصديق ان تتقيد بها^٢، وسنتناول أهم ثلاثة التزامات يمكن ان تظهر بها فرضية الاهمال ممن عدمه، وكما يأتي :

أ- التأكد من صحة البيانات المدونة في الشهادة :

حيث ان أهم واجب لجهة التصديق الالكتروني هو التأكد من هوية الموقع وصحة توقيعه وسلطته في التوقيع، وهذا الواجب يمثل غاية الأطراف المعولة من اللجوء الى تلك الشهادات، لذا فان الجهة التي تصدر تلك الشهادات يجب ان توجد فيها بيانات صحيحة،^٣ وعادة ما تعتمد جهة التصديق في كتابة بيانات الشهادة على الوثائق المقدمة من ذوي الشأن^٤.

ويرى الفقه ان جهة التصديق لا تكون مسؤولة الا عن البيانات الصحيحة التي يقدمها لها العميل، الا ان على جهة التصديق فحص البيانات المقدمة اليها من خلال الوثائق المرسله والتحري فيما اذا كانت تلك البيانات مزورة او مغلوطة، فاذا ثبت التزوير من قبل مقدم الوثائق، فانه لا تقع على عاتق الجهة التي اصدرت الشهادة اية مسؤولية، اذا كان ظاهر هذه البيانات لا يدل على تزويرها وانتهاء سريانها بصورة

^١ .قارن مع المادة ١٨ / ٢ / ب من قانون التجارة الالكترونية البحريني سابق الذكر.

^٢ .قارن مع المادة ١٨ / ٢ / أ من قانون التجارة البحريني الالكترونية سابق الذكر.

^٣ .Fauss (A) : La signature électronique , transaction et confiance sur internet , dunod , paris , 2001, p – 97.

^٤ . و هناك وسيلتان يتمكن من خلالها ذوو الشأن من ارسال الوثائق المطلوبة الى الجهة التي تصدر الشهادة، الاولى عن طريق البريد العادي، اما الثاني فيتم ارسالها عم طريق الانترنت بواسطة البريد الالكتروني، و في بعض الاحيان يطلب مزود الخدمة – لاصدار بعض الشهادات – الحضور الشخصي للعميل امامه للحصول على المعلومات او البيانات.

معقولة^١، فإذا تبين للجهة تزوير البيانات المقدمة او الوثائق التي تتطلبها الشهادة فعليها الامتناع عن إصدار الشهادة، فإذا امتنعت لا تكون مسؤولة، وتعفى من اية مسؤولية قد تنشأ بسبب هذا الامتناع. ولا تقف مسؤولية الجهة الى هذا الحد بل يجب عليها المحافظة على البيانات التي وردت بالشهادة وتغييرها وتحديثها كلما اقتضى ذلك، ولتطلب الامر تحديثها يوميا.^٢

ب- التزام مزود خدمة التصديق بالسرية :

والمراد بالسرية في هذا المجال ؛ الحفاظ على البيانات الشخصية المقدمة من قبل العميل الى الجهة المختصة بإصدار الشهادات، والبيانات الشخصية هي البيانات ذات الطابع الشخصي للعميل صاحب الشهادة والتي تتمثل بالمعلومات المتصلة بشخص محدد الهوية او قابل للتحديد،^٣ ويقتصر استخدام الجهة التي تصدر الشهادات الالكترونية، للبيانات المسلمة اليها، على الحدود الضرورية لإصدار الشهادة وحفظها، وأخذ موافقة الشخص المعني اذا رغب في معالجة تلك البيانات خارج حدود إصدار الشهادة^٤. وذهبت بعض التشريعات العربية^٥، إلى حظر إفشاء أي معلومة يحصل عليها مزود خدمة التصديق الالكتروني بسبب طبيعة عمله إلا بموافقة صاحب الشأن الخطية او الالكترونية اوبقوة القانون، كما لو صدر حكم قضائي يجيز إفشاء المعلومات الخاصة بالعميل.^٦

وقد ألزمت اغلب التشريعات الجهة التي رخص لها باصدار الشهادات بعدم افشاء البيانات والمعلومات الخاصة بصاحب التوقيع الالكتروني او الوسائط الالكترونية، والتي قدمت لها بحكم عملها مع صاحبها للغير او استخدامها لغير الغرض الذي قدمت من اجله، وتتعرض الجهة المخلة بهذا الالتزام الى العقوبات الجزائية المقررة وفق هذه القوانين.

٣- الالتزام بايقاف العمل بالشهادة او إلغائها :

١. د. عيسى غسان الربضي : القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة - عمان ٢٠٠٩، ص ١٣٢.

٢. Fauss : op cit , p- 99.

٣. وقد ذهب الى ذلك قانون المبادلات التونسي في الفصل ١٥ و الذي ينص على " يتعين على مزودي خدمات المصادقة الالكترونية و اعوانهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت اليهم في اطار تعاطي انشطتهم...." وهو نفس اتجاه القانون الاردني الخاص بالمعاملات الالكترونية في المادة ٢٧ منه و قانون التوقيع الالكتروني المصري في المادة ٢١ منه، و قانون امارة دبي في المادة ٣١ منه بفقرتها الأولى و الثانية.

٤. و جعل المشرع التونسي في الفصل ٥٢ منه افشاء المعلومات جريمة يعاقب عليها القانون بعقوبة جنائية.

٥. حيث ذهب المشرع المصري في قانون التوقيع الالكتروني المادة ٢١ منه الى أن " بيانات التوقيع الالكتروني و الوسائط الالكترونية و المعلومات التي تقدم الى الجهة المرخص لها باصدار شهادات التصديق الالكتروني سرية، و لا يجوز لمن قدمت اليه او اتصل بها بحكم عمله افشاؤها للغير او استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله.

٦. و قد ذهبت المادة ٣١ من قانون امارة دبي للمعاملات الالكترونية الى " أ- يعاقب كل شخص تمكن بموجب اية سلطات ممنوحة له في هذا القانون من الاطلاع على معلومات في سجلات او مستندات او مراسلات الكترونية، و افشى متعمدا ايا من هذه المعلومات بالحسب و بغرامة لا تجاوز ١٠٠٠٠٠٠ درهم، او باحدى هاتين العقوبتين . و تكون العقوبة الغرامة لا تجاوز ١٠٠٠٠٠٠ درهم في حالة تسببه باهماله في افشاء هذه المعلومات. ب - يستثنى من احكام الفقرة أ من هذه المادة حالات التصريح التي تتم لأغراض هذا القانون، او اية اجراءات جزائية حول جرم ارتكب بالمخالفة لأي قانون، او لأغراض الاوامر الصادرة عن اية سلطة قضائية "

إذا توفرت لدى جهة التصديق سبب يقيني يدعوا إلى إيقاف العمل بالشهادة أو تعليق العمل بها أوحى الغائها، فيجب عليها أن لا تتوانى عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، فقد يتضح لمزود خدمة التصديق الإلكتروني وجود تغيير جوهري في بيانات الشهادة، كما لو علمت بتزوير الوثائق المقدمة لها من ذوي الشأن، أو تبين لها من تحرياتهما أن الشخص الذي صدرت الشهادة باسمه فقد أهليته أو أفلس أو فقد وظيفته.

وتنص التشريعات المقارنة على حالات تعليق العمل بالشهادة وحالات إلغائها، فنجدها مثلاً تذكر حالات تعليق العمل بالشهادة بـ :

١- بناء على طلب صاحب الشهادة ، وصاحب الشهادة هو الشخص ذاته الذي طلب إصدارها ابتداءً أو من يمثله قانوناً سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً.^١

٢- إذا كانت الشهادة قد صدرت بناءً على معلومات مغلوطة أو مزيفة، فإذا قام العميل باستخدام الشهادة رغم علمه بالغلط الحاصل فيها ؛ شكل ذلك جريمة لاتخاذها اسماً وصفة كاذبة .

والمعلومة المزيفة هي معلومة غير صحيحة ولا وجود لها في الواقع، كأن يقوم شخص بتزوير بطاقته الشخصية أو غير ذلك من الوثائق الرسمية ثم يقدمها لمزود الخدمة وتصدر شهادة التعريف بناءً عليها.^٢

٣- أن تستعمل الشهادة لغرض " التدليس " ؛ كأن يعمل صاحبها على إصدارها بموجب بيانات غير صحيحة لكن يقصد أن يستعملها لتحقيق غرض غير مشروع، كأن يقتنع الطرف الآخر بامتلائه مالياً الأمر الذي يدفعه إلى التعاقد معه.^٣

وفي الواقع العملي تعمل الجهات المختصة بإصدار الشهادات على وضع أرقام الشهادات الموقوف العمل بها أو الملغاة في لائحة مؤرخة على مواقعها الإلكترونية، حيث يتسنى للجميع تحديد الشهادات المعلق العمل بها أو الملغاة وهذه اللائحة قد تكون مختصة بنوع معين من الشهادات أو تكون عامة وقد تكون خاصة بجهة معينة أو مجموعة من الجهات.

٤- إذا ثبت تغيير بيانات الشهادة: والغرض من ذلك مطابقة البيانات لحالة واقع العميل صاحب الشهادة، ولكي تبقى الشهادة صحيحة طيلة فترة سريانها، فالمفروض أنه إذا ما طرأ أي تغيير على هذه البيانات وجب على صاحب الشهادة إعلام الجهة التي أصدرتها بالتغييرات التي حصلت عليها، فإن تقاعس عن ذلك فإن من حق تلك الجهة تعليق العمل بالشهادة لحين تصحيح البيانات التي طرأت عليها.^٤

^١ الفصل ٢٠ من القانون التونسي.

^٢ د. عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٧٦.

^٣ نفس المرجع، ١٧٥.

^٤ الفصل ٢٠ من القانون التونسي سابق الذكر.

أما حالات إلغاء العمل بالشهادة فهي :

١- طلب صاحب الشهادة : وهذا امر مرتبط بصاحب الشهادة لأنه هوالمعني بها اولا وتقدم بطلب اصدارها ابتداء، لذلك يمكن ان تلغى بناء على ارادته لأنها تحمل الصفة الشخصية لصاحبها وبالتالي هوالمعني بالغاؤها.^١

ويمكن ان يقدم العميل صاحب الشهادة الى طلب الغاء شهادته اذا ما حصل انتهاك لمنظومة احداث التوقيع الالكتروني مثلا، اوان يصرف العميل النظر عن الشهادة لانتفاء الغاية من اصدارها، وتقوم الجهة بعد ذلك بالغاء الشهادة بناء على طلب العميل نفسه او من يمثله قانونا، حتى وان تعلق بالشهادة حق للغير، لعدم وجود علاقة بين الغير والجهة التي اصدرت الشهادة، وليس للمتضرر سوى مراجعة صاحب الشهادة ومطالبته بالتعويض عما اصابه من ضرر جراء الغاء الشهادة.

٢- اذا تأكد لجهة التصديق وفاة صاحب الشهادة اوانحلال الشخص المعنوي، لأن الشهادة - كما سبق بيانه - تحمل الصفة الشخصية للعميل وبالتالي فليس هناك من داع لوجودها ويجب إلغاؤها، فاذا ما الحق الغير ضررا بسبب هذا الالغاء فليس عليه سوى الرجوع الى الورثة والشركاء لمطالبتهم بالتعويض.^٢

٣- كما تلغى شهادة التصديق بعد تمحيص دقيق في اي حالة من حالات التعليق السابق ذكرها، اذا ما ثبت للجهة اي حالة من الحالات المذكورة فتلغىها بشكل دائم.

فاذا قام مزود خدمة التصديق بتنفيذ هذه الالتزامات وتقيد بها فإنه تنتفي مسؤوليته ويعفى منها لقيامه بالمطلوب وتنفيذ التزامه هذا على اكمل وجه، ويخلاف ذلك يتحمل المسؤولية كاملة ويلزم بتعويض الاضرار التي تصيب حامل الشهادة وللغير المضرور أيضا من الشهادة المعلق العمل بها اوالملغاة، ولم يتم ذكرها اوالإشارة الى ارقامها ضمن القائمة التي سبق ذكرها، بحيث لم يتم التأكد من فاعليتها اومطابقتها لواقع حال العميل صاحب الشهادة، وهذه الالتزامات المتقدمة هي التزامات بوسيلة وليست التزامات بنتيجة، وهذا ما تشير اليه اتفاقية اليونسترال لعام ٢٠٠١ التي تنص على ان " يتعين على مقدم خدمات التصديق... ب- ان يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها اومدرجة في الشهادة " وهذا يعني ان الجهة تقوم بما يضمن عناية معقولة وخلافه تتحمل المسؤولية.

وجدير بالذكر هنا ؛ ان بعض الفقه يرى ان الاتجاه القانوني الذي يقضي باعفاء مزود خدمة التصديق الالكتروني من المسؤولية هنا - محل نظر - ونحن نؤيده في ذلك، لأن مزود الخدمة في مثل

^١ الفصل ٢١ من القانون التونسي سابق الذكر.

^٢ الفصل ٢١ من القانون التونسي سابق الذكر.

^٣ المادة ٩ / ١/ ب من اتفاقية القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية سابقة الذكر.

هذه الاحوال سيتملص وبسهولة من مسؤوليته، بمجرد انه ينفي الاهمال من جانبه باثباته انه بذل العناية المعتادة اللازمة والكافية لضمان دقة واكتمال البيانات المقدمة من العميل، مما له صلة بالشهادة وما يتعلق بها، ومما يساعد مزود الخدمة على التهرب من هذه المسؤولية وضعه كشخص اعتباري عام اوخاص بما له من إمكانيات مالية وموارد بشرية قادرة على نفي اي اهمال من جانبه، وحسب هذا الاتجاه سيكون التعويض للمتضرر بالنتيجة مستحيلا - على حد قول أنصار هذا الاتجاه - لأن المتضرر المكلف بعبء اثبات الخطأ في جانب مزود خدمة التصديق امام حائل دائم، والصحيح كما نرى هو اعفاء المتضرر من اثبات الخطأ في جانب المركز في مثل هذه الحالة، وان تكون مسؤولية المركز قائمة على الخطأ المفترض، وفي ذلك يسر في اثبات الضرر من قبل المتضرر، وتماشيا مع القواعد العامة في المسؤولية المفترضة.^١

وعلى الرغم من ان مزود الخدمة يتبع معايير وأساليب متعددة واجراءات عديدة متشددة لمنع وقوع مثل هذه الحالات وغيرها ؛ الا انه يمكن ان نتصور الفرضيات الآتية :

١ - استغلال احد الموظفين التابعين لمزود خدمات التصديق لوظيفته في إصدار وثائق تصديق مزورة،^٢ اوفشاء المعلومات ذات الطابع الشخصي لأصحاب الشهادات، والتي يفترض بمزود خدمات التصديق الالتزام بسريتها.

٢ - ارتكاب أحد موظفي مزود خدمة التصديق خطأ على نحو ادى الى اصدار شهادة توثيق غير صحيحة، بسبب فشله في حماية البيانات الخاصة بالتوقيع الالكتروني لمزود التصديق التابع له على نحو ادى الى اختراقه من قبل الغير، الذي انشأ شهادة تصديق مزورة^٣.

٣ - استعمال وثائق مزورة من قبل شخص ما ؛ منتحلا في ذلك هوية احد اصحاب التوقيعات الالكترونية المعتمدة من قبل المركز.

ففي هذه الأحوال تقوم مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني في مواجهة العميل اذا ما أصاب هذا العميل ضررا جراء هذا الخطأ.

المطلب الثالث - خطأ صاحب الشهادة

وخطأ العميل صاحب التوقيع الالكتروني، وهو المستفيد من شهادة التصديق الصادرة بصدد توقيعه الالكتروني، يمكن ان يكون سببا في إعفاء مزود خدمة التصديق الالكتروني الكلي اوالجزئي من المسؤولية، عندما يكون قد تسبب بالاضرار اللاحقة بها وساهم خطأه في حصول الحادث الضار، ووفق القواعد العامة في المسؤولية المدنية؛ يؤدي خطأ صاحب التوقيع أما إلى إعفاء مزود خدمة التصديق

١. د. محمد حاتم البيات : المرجع السابق، ص ٨٣١.

٢. نفس المرجع. و المرجع التي يشير إليها، ص ٨٣١.

٣. د. ابراهيم دسوقي ابو الليل : الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية...، المرجع السابق، ص ٢٠١.

الالكتروني من المسؤولية إذا أدى هذا الخطأ الى استحالة التنفيذ، اوالى الإعفاء الجزئي اذا تسبب خطأ العميل صاحب الشهادة بالتأخير.

حيث الزم قانون اليونسترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية^١ "على كل موقع ان يمارس عناية معقولة لاجتناب استخدام بيانات إنشاء توقيعه استخداما غير مأذون به، وان يبادر دون تأخير - غير مبرر - الى استخدام الوسائل التي يوفرها مزود خدمات التصديق، بمقتضى المادة (٩) من القانون النموذجي^٢ اوعلى اي نحو اخر، الى بذل جهود معقولة الى إشعار اي شخص يجوز للموقع ان يتوقع منه على وجه معقول ان يعول على التوقيع الالكتروني اوان يقدم خدمات تأييدا للتوقيع الالكتروني، وذلك في حالة :

١- معرفته بأن بيانات إنشاء توقيعه الالكتروني قد تعرضت للشبهة، كأن يحصل انتهاك لمنظومته الخاصة بإحداث التوقيع الالكتروني.

٢- كون الظروف المعروفة لدى الموقع تؤدي الى احتمال كبير بأن بيانات إنشاء التوقيع ربما تكون قد تعرضت الى ما يثير الشبهة ."

ويجب ان يمارس صاحب التوقيع الالكتروني عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه الى مزود خدمات التصديق من تأكيدات مادية اوبيانات ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها اويتوخى ادراجها في الشهادة، وهويتحمل المسؤولية اذا تخلف عن اداء هذه الالتزامات اوالاشتراطات.

المطلب الرابع- عدم حصول الضرر

١. المادة ٨ منه تحت عنوان سلوك الموقع.

٢. و جاء في المادة ٩ من اليونسترال تحت عنوان " سلوك مقدم خدمات التصديق ما نصه :

١- حيثما يوفر مقدم خدمات التصديق خدمات لتأييد توقيع الكتروني يجوز استخدامه لإعطاء مفعول قانوني بصفته توقيعا، يتعين على مقدم خدمات التصديق المشار اليه :

أ- ان يتصرف وفق التأكيدات التي يقدمها بخصوص سياساته و ممارساته. ب- ان يمارس عناية معقولة لضمان دقة و اكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها أو مدرجة بالشهادة. ج- ان يوفر وسائل يكون الوصول اليها متيسرا بقدر معقول و تمكن الطرف المعول من التأكد من الشهادة، مما يلي :

١- هوية مقدم خدمات التصديق. ٢- ان الموقع في الشهادة كان يسيطر على بيانات انشاء التوقيع في الوقت الذي اصدرت فيه الشهادة. ٣- ان بيانات التوقيع كانت صحيحة في الوقت الذي اصدرت فيه الشهادة او قبله.

د- ان يوفر وسائل يكون الوصول اليها متيسرا بقدر معقول و تمكن الطرف المعول من التأكد عند الاقتضاء من الشهادة او من سواها مما يلي : ١- الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع. ٢- وجود اي تقييد على الغرض او القيمة التي يجوز ان تستخدم من اجلها بيانات إنشاء التوقيع او تستخدم من اجلها الشهادة. ٣- ان بيانات انشاء التوقيع صحيحة و لم تتعرض لما يثير الشبهة. ٤- وجود اي تقييد على نطاق او مدى المسؤولية التي اشترطها مزود خدمات التصديق. ٥- ما اذا كانت هناك وسائل متاحة للموقع لتقديم اشعار بمقتضى الفقرة ١ / ب من المادة ٨ من هذا القانون. ٦- ما اذا كانت تتاح خدمة الغاء آنية.

هـ - ان يوفر حيثما تقدم الخدمات بمقتضى الفقرة الفرعية د / ٥ وسيلة للموقع لتقديم اشعار بمقتضى الفقرة ١/ب من المادة ٨ من هذا القانون ان يتضمن حيثما تقدم الخدمات بمقتضى الفقرة د/٦ اتاحة خدمة الغاء آنية. و- ان يستخدم في اداء خدماته نظما و اجراءات و موارد بشرية جديرة بالثقة.

٢- يتحمل مقدم خدمات التصديق التبعات القانونية لتخلفه عن الوفاء باشتراطات الفقرة ١.

لاشك ان مبنى المسؤولية المدنية هو حصول ضرر محقق واقع على شخص محدد يستوجب التعويض، ولما كانت مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني تقوم نتيجة الاخلال بالالتزام الملقى على عاتقها ببذل عناية معقولة لضمان سلامة واكتمال ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بشهادة المصادقة الالكترونية.

وبذلك تقوم مسؤوليتها لمخالفتها هذا الواجب على اساس الخطأ المتمثل بخرق واجب العناية المعقولة المطلوب منها مراعاته، اي اخلال جهة التصديق بضمان صحة شهادة المصادقة الالكترونية، الا ان مجرد خطأ او اهمال مزود الخدمة لا يترتب عليها مسؤوليته وانما يجب ان يترتب على ذلك ضرر محقق يلحق بالغير الذي اعتمد على شهادة التصديق اعتمادا معقولا.

و بموجب القواعد العامة ؛ فان الغاية من اقامة المسؤولية المدنية هي توفير السند القانوني للتعويض على الدائن بموجب الاضرار اللاحقة به نتيجة خطأ المدين^١، وقد اشترطت القواعد العامة للتعويض ان يتحقق وقوع الضرر، وان يكون منسوبا الى المدين والا فقد التعويض لأحد مقوماته مما يحول دون قيام المسؤولية على عاتق المدين.

المطلب الخامس- ثبوت السبب الاجنبي

والسبب الاجنبي بصورتيه القوة القاهرة وفعل الغير، اذا ما توفر لا يتحمل مزود الخدمة اية مسؤولية، متى ما اثبت انه لم يقترف اي خطأ او اهمال، وانه التزم بالأصول الفنية في عمله بما فيها مراعاة الأنظمة والقوانين التي تحدد الجوانب الفنية والادارية في اصدار الشهادات، ونبحث في هذا الفرض صور اعفاء مزود خدمة التصديق الالكتروني من المسؤولية في فرعين كالاتي :

الفرع الأول- القوة القاهرة

حيث تعتبر القوة القاهرة مانعا من موانع المسؤولية العقدية وفق القواعد العامة في القانون المدني العراقي، في حال تحقق شروطها، وحالت دون تنفيذ جهة التصديق لالتزاماتها التعاقدية. والمدين وهوالمزم باثبات القوة القاهرة والمتمثل بجهة التصديق الالكتروني هوالمزم باثبات القوة القاهرة وشروطها والتي من اهمها :

- الشرط الاول :عدم توقع الحدث :

حيث يجب ان يكون الحدث الذي منع جهة التصديق من اصدار الشهادة مثلا، غير متوقع عادة وقت طلب الشهادة، اي ليس ضمن ما يمكن ان يحدث في الظروف العادية، وقد يحدث ان يكون الحدث غير المتوقع لا يحمل هذه الصفة عند ابرام العقد، ولكن عند تنفيذ العقد يصبح بالامكان توقعه، عندها لاشك يطلب من مزود خدمة التصديق الالكتروني اتخاذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون حدوثه، ولا يعفى من

^١. قارن معه أحكام المادة ١٦٩ / ١ من القانون المدني العراقي سابق الذكر.

المسؤولية الا اذا اثبت انه بالرغم من توقعه لم يكن بإمكانه مقاومته، وذهب القضاء في فرنسا في قرارات عديدة، الى ان التذرع بالقوة القاهرة يكون مقبولاً اذا كان الحدث في اي حال غير قابل للمقاومة وان كان متوقعا^١.

- الشرط الثاني : عدم امكانية دفع الحدث :

فلكي يؤخذ بالقوة القاهرة يجب على مزود الخدمة ان يثبت عدم تمكنه من دفع الحدث الذي تسبب بعدم تنفيذه لالتزاماته، وهو ما يعني ان ابعاد الحدث كان خارجاً عن مقدوره بالنظر لوضعه الشخصي اولطبيعة هذا الحدث، فاذا ما حصل حريق في مركز ادارة مزود خدمة التصديق الالكتروني، أو حصل احتلال للموقع الذي يباشر فيه اعماله اوتم مصادرة الاجهزة من قبل السلطة، فان هذا الحدث يكون غير قابل للدفع يمكن ان يوصف بالقوة القاهرة، وينظر الى هذا الحدث بصورة موضوعية لتحديد ما اذا كان قابلاً للدفع ام لا، فاذا كان بطبيعته غير قابل لذلك ؛ شكّل قوة قاهرة، أما اذا كان بإمكان مزود الخدمة دفعه - كما لو اتخذ الاحتياطات اللازمة لمواجهته - فان حدوثه لا يعفيه من مسؤولية تنفيذ التزاماته، كما لا يعفى المزود من التنفيذ اذا كان الحدث الطارئ من شأنه فقط ان يجعل التنفيذ صعباً او مرهقاً للمدين. وترتبط قدرة مزود خدمة التصديق الالكتروني بدفع الحدث بإمكانية توقعه عند توقيع العقد، فاذا كان بإمكانه توقع الحدث في ذلك الوقت، فلا مجال للتذرع بالقوة القاهرة^٢، بالنظر الى إمكانية اتخاذ التدابير الواقية منه.

- الشرط الثالث : الطابع الخارجي للحدث :

والحدث لكي يشكل قوة قاهرة يجب ان يكون منبثقاً من عامل خارجي، بحيث لا يمت لمزود خدمة التصديق الالكتروني بصلّة، باعتباره اذا كان السبب بوقوعه بفعل خطئه او إهماله ؛ يكون مسؤولاً عن نتائجه، لان التزامه هوالتزام ببذل عناية " معقولة " وبالتالي فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان القوة القاهرة تنفي المسؤولية فيما اذا كانت السبب الوحيد للضرر، اذا ساهم فعل من يتذرع بها في إحداث النتيجة او جعل أضرارها اكثر فداحة، اقتضى خفض نسبة المسؤولية وبالتالي التعويض عن الضرر^٣. ففي حال تحققت الشروط المتقدم ذكرها للقوة القاهرة ؛ يعفى مزود خدمة التصديق الالكتروني وفق القواعد العامة في المسؤولية العقدية نتيجة لاستحالة قيامه بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بشهادة التصديق

^١. Cass civ 10 oct 1972 D. 1973. 379. et Cass civ 26 mai 1982. 19 mars 1985. B.3 , n - 27. Civ 21 Jan 1981. J C P. 1982 note Dejean de la batie. Cass civ 7 juin 1989 B 3 , n 128 et Civ 13 oct 1971 , D , 1972 , 75.

^٢. و هو ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في قضائها، لمزيد ينظر :

- Cass civ , 7 mars 1966 , J C P , 1966 , 14878 , OBS , ET Cass civ 9 mars 1994 , J C P , 1994 5 1227.

^٣. Cass civ 13 mars 1957 , J C P , 1957. 10084.

الالكترونية^١، الا في الحالات التي يكون فيها مزود خدمة التصديق متفقا مع العملاء بان يلتزم بضمان اصدار الشهادة حتى لوحدثت قوة قاهرة يمكن ان تعيق عمله، لأن التذرع بالقوة القاهرة ليس من النظام العام فيبقى الأطراف أحرار في تحديد نطاق المخاطر التي يتحملونها اويعفون منها.

الفرع الثاني- فعل الغير

والغير المقصود به هنا كل طرف أجنبي عن العلاقة بين مزود خدمة التصديق الالكتروني والطرف المعول طالب الشهادة^٢، بحيث يكون الفعل الذي قام به هذا الغير سببا في عدم إصدار الشهادة اوحصول الضرر، ويتحمل هذا الغير مسؤولية الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ العقد مسؤولية تقصيرية، ويعفى مزود الخدمة من تعويض هذه الأضرار بسبب تدخل هذا الغير وقيامه بالحيلولة دون تنفيذه لواجباته، وليس بالضرورة ان يتصف فعل الغير بالخطأ، وإنما يكفي ان يكون قد ساهم بصورة مباشرة اوغير مباشرة في الحيلولة دون قيام مزود الخدمة بالتزاماته.

من كل ما تقدم ؛ فان تطبيق القواعد العامة في القانون المدني، يقتضي منا القول ان مزود خدمة التصديق الالكتروني لا يسأل متى ما اثبت انه لم يقترب اي خطأ اواهمال^٣، اوان الضرر نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وذلك بان يثبت مزود الخدمة بانه التزم بالاصول الفنية في عمله، بما فيها مراعاة القوانين والانظمة التي تحدد الجوانب الفنية والادارية في اصدار الشهادات، ومع ذلك حدث الضرر كأن يعزى ذلك الى قوة قاهرة اوحدث فجائي اوسبب اجنبي، والاخير هوكل امر لا يد لمزود خدمة التصديق الالكتروني في حصوله، ويكون هوالسبب في حصول الضرر وهويقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر في حالة توفره.

وهذا السبب الاجنبي نفسه قد يكون قوة قاهرة كحرب اوفيضان اوزلزال اوحداث فجائي و يمكن ان يتمثل بفعل المضرور نفسه اوفعل الغير.^٤

ولا شك ان عدم تحمل مزود خدمة التصديق الالكتروني المسؤولية المدنية بالتعويض متى كان مصدره سبب اجنبي اوفعل المضرور نفسه اوغير ذلك، كما لواثبت انه لم يخالف اويقع منه اهمال، فان ذلك يتفق واعتبارات العدالة التي تأبى ان يتحمل شخص تبعة التعويض عن ضرر لم يكن هو مصدره اوسببا في حصوله.^٥

^١ . و قد اورد المشرع في امارة دبي نصا يتضمن هذا المعنى حين نصت المادة ٥/٢٤ / أ على ان "لا يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن اي ضرر :...ب : اذا اثبت... أن الضرر نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه "

^٢ . ينظر د. الاء يعقوب النعيمي : المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

^٣ . و قد اورد المشرع في امارة دبي نصا يتضمن هذا المعنى حين نصت المادة ٥/٢٤ / ب على ان "لا يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن اي ضرر :...ب : اذا اثبت انه لم يقترب اي خطأ او اهمال..."

^٤ . د. بيومي حجازي : المرجع السابق، ص ٢٢٣.

^٥ . د. بيومي حجازي : المرجع نفسه، ص ٢٢٤.

لذلك فان القانون النموذجي للتجارة الالكترونية قد رفع تبعة المسؤولية عن مزودي خدمات التصديق الالكتروني، متى كان ذلك الطرف المتعامل بالشهادة يجب عليه اتخاذ الخطوات المناسبة والمعقولة للتأكد من مصداقية التواقيع الالكترونية، والتأكد من صلاحيتها متى ما كانت هذه الصلاحية موضوع الشهادة هي المقصودة، للتعرف على الشهادة فيما لو كانت معلقة او ملغاة في وقت الطلب، أولم يراعي القيود المفروضة والمطبقة على هذه الشهادة فلا يسأل مزود الخدمة عنها.^١

المطلب السادس - الإعفاء الاتفاقي

يكون الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية سواء بالاتفاق على الاعفاء منها والتخفيف منها مشروعاً، ما لم يرد نص قانوني يمنعه،^٢ او كان بندا تعسفياً كأن يورد مزود خدمة التصديق الالكتروني نصاً ينفي فيه اويحد من مسؤوليته بصورة غير ملائمة في حال عدم قيامه بأحد الالتزامات المفروضة عليه او تنفيه لها بصورة سيئة، وبصفة عامة لا يعمل بالبند المعفي من المسؤولية اذا كان يعفي مزود خدمة التصديق الالكتروني من التزامات اساسية تضمنها العقد المبرم بينه وبين الموقع والطرف المعول، لأن هذا البند يعطل الغايات التي ابرم لأجلها العقد، والتي لولاها لما قام العقد.

وقد نصت اتفاقية الاونسترال لعام ٢٠٠١ في الالتزامات المفروضة على مزود خدمات التصديق على ضرورة بيان اي تقييد على نطاق المسؤولية التي يتحملها مزود خدمات التصديق بقولها " ١- ... يتعين على مقدم خدمات التصديق ... د- أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متيسراً بقدر معقول وتمكن الطرف المعول من التأكد عند الاقتضاء من الشهادة او من سواها مما يلي : ... ٤- وجود اي تقييد على نطاق اومدى المسؤولية التي اشترطها مقدم خدمات التصديق " وقد ذهب المشرع في إمارة دبي الى نفس الاتجاه واقر مبدأ جواز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية وأورد نصاً مشابهاً لنص القانون النموذجي بقوله " ٥- لا يكون مزود خدمات التصديق مسؤولاً عن اي ضرر : أ- إذا أدرج في الشهادة بياناً يقيد نطاق ومدى مسؤوليته تجاه أي شخص ذا صلة ومدى ذلك القيد...".^٣

الخاتمة

نود ونحن في خاتمة هذه الدراسة ان نسلط الضوء على ابرز النتائج التي توصلنا اليها في هذا

البحث ؛ وابرز هذه النتائج :

^١ .د. بيومي حجازي : المرجع نفسه، ص ٢٢٣.

^٢ .د. مصطفى العوجي : المرجع السابق، ص ٩٦ و ما بعدها.

^٣ . المادة ٢٤ / ٥ / أ من قانون إمارة دبي سابق الذكر و جدير بالذكر ان بعض التشريعات المقارنة و منها التشريع التونسي لم يشر من قريب او بعيد الى هذه الحالة وإنما أورد في الفصل ٢٢ منه مجموعة من الحالات حتم فيها مزود خدمة التصديق الالكتروني المسؤولية عن كل ما يمكن ان يتصور من اخطاء و اضرار تصيب اي شخص حسن النية، حيث جاء في هذا الفصل " يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤول عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها... من هذا القانون و... مسؤولاً عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق او الغاء شهادة... و... مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب الشهادة لشروط استعمالها او شروط إحداث إمضائه الالكتروني".

١- يصدر مزود خدمة التصديق الالكتروني شهادات التصديق الالكترونية، والتي هي مستند الكتروني تتفق ونظم المعالجة الالكترونية للمعلومات تتلاءم مع النظم الالكترونية الحديثة في التعامل المعاصر، وطبيعة المعاملات الالكترونية التي يجري إبرامها عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية، وتفيد أطراف المعاملة الالكترونية بصحة التواقيع والبيانات المتبادلة، ويتحمل مزود خدمة التصديق الالكتروني، كافة التبعات القانونية والمسؤولية الناتجة عن أية اضرار يمكن ان تقع بسبب اي أخطاء يمكن ان تقع في الشهادة.

٢- تقوم مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني العقدية والتقصيرية، بتوفر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ويتمثل الخطأ العقدي بالنسبة لمزود الخدمة عدم اصدار الشهادة المطلوبة منه، او التأخر في اصدارها او اصدارها ولكن على وفق معلومات غير صحيحة، كأن تكون مزورة او مغلوطة، اما المسؤولية التقصيرية، فهي المسؤولية التي تنشأ عندما لا توجد علاقة عقدية بين جهة التصديق والغير المتضررين، ويندرج تحت وصف الغير هنا اي شخص لا تربطه علاقة مباشرة بعقد ما مع مركز التصديق الالكتروني ولم يعتبر مشترط لمصلحته من عقد لتوقيع الكتروني ما.

٣- أختلف الفقه في تكييف التزام جهة التصديق الالكتروني هل هو التزام بنتيجة أم هو التزام ببذل عناية، ونحن نرى انه التزام ذو طبيعة مزدوجة ؛ حيث يمكن ان يكون التزاما بنتيجة، وذلك فيما يتعلق باصدار الشهادة حين طلبها من الطرف المعول، ويكون التزاما ببذل عناية في التحقق من مضمون الشهادة وبياناتها ومندرجاتها، ويمكن ان نرجع - عند الاختلاف- للتعرف على طبيعة الالتزام ؛ الى مضمون العقد وظروف التعاقد وكذلك المصلحة التي سعى الأطراف الى تحقيقها من خلاله.

٤- خطأ المضرور نفسه، سواء أكان الطرف المعول أو العميل صاحب الشهادة نفسه أو الغير، لأن الخطأ هنا ينفي الرابطة السببية بين الخطأ والضرر، وهنا يتحمل الطرف المعول المسؤولية القانونية لتخلفه عن اتخاذ الخطوات المعقولة اللازمة للتحقق من موثوقية التوقيع الالكتروني، واتخاذ خطوات معقولة للتحقق من صلاحية الشهادة او وقفها او إلغائها ولم يراعي القيود التي تتضمنها تلك الشهادة .

٥- وأخيرا؛ نرى أنّ الاتجاه القانوني الذي يقضي بإعفاء مزود خدمة التصديق الالكتروني من المسؤولية حينما يتمكن من نفي الإهمال المنسوب إليه ؛ محل نظر، لأن مزود الخدمة في مثل هذه الأحوال سيتملص وبسهولة من مسؤوليته، بمجرد نفيه للمسؤولية بإثباته انه بذل العناية المعتادة اللازمة والكافية لضمان دقة واكتمال البيانات المقدمة من العميل، مما له صلة بالشهادة وما يتعلق بها، ومما قد يساعد مزود الخدمة على التهرب من هذه المسؤولية، وضعه كشخص اعتباري عام او خاص بما له من إمكانيات مالية وموارد بشرية قادرة على نفي اي إهمال من جانبه، وهنا سيكون التعويض للمتضرر بالنتيجة مستحيلا ؛ لأن المتضرر المكلف بعبء إثبات الخطأ في جانب مزود خدمة التصديق أمام حائل

دائم، والصحيح - كما نرى - هو إعفاء المتضرر من إثبات الخطأ في جانب المركز في مثل هذه الحالة، وأن تكون مسؤولية المركز قائمة على الخطأ المفترض، وفي ذلك يسر في إثبات الضرر من قبل المتضرر، وتماشيا مع القواعد العامة في المسؤولية المفترضة.

تعليق حول

الطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة بين مقدمي العروض ولجان المشتريات

أ.م.د. شروق عباس فاضل

كلية القانون/الجامعة المستنصرية

كثيرا ما تثير العروض المقدمة من قبل الشركات المجهزة للمواد المختلفة، لدوائر الدولة والجامعات والمعاهد الكثير من المشاكل، تتمثل في عدم التزام احد الطرفين او كلاهما بتنفيذ التزامه، لعدم وجود المعرفة والثقافة القانونية بالالتزامات المترتبة على تلك العروض، ويرجع ذلك إلى عدم المعرفة بالطبيعة القانونية لتلك العروض.

لذا سوف نتطرق إلى هذا الموضوع من خلال عدة نقاط وهي كالاتي:

١- لو عدت هذه العروض إيجابا ملزما، فنقول في صدد ذلك بان الإيجاب هو التعبير النهائي او البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس معينة يتم به العقد إذا ما تلاقى معه القبول.^(١)

إنه هو عرض صادر من الموجب متضمنا عزمه النهائي على إبرام العقد بمجرد أن يطابقه قبول. وطالما كان الإيجاب تعبيراً باتاً عن الإرادة فيجب أن تتوافر في العرض المقدم من البائع الشروط اللازمة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، فضلا عن ذلك يلزم توافر ما يلي:

أ- أن يكون العرض باتاً أي أن يتضمن عزم الموجب (البائع مقدم العرض) النهائي والأكيد على إبرام العقد إذا صادفه قبول من لجنة المشتريات. ويكون كذلك إذا لم يكن مصحوباً بتحفظات صريحة او ضمنية، فلا بد هنا أن نميز بين الإيجاب البات والإيجاب المعلق وهو الإيجاب الذي يحتفظ فيه الموجب

١ - د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج١، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٦، ص٧، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ١٩٨٠، ص٣٨.

ببعض التحفظات، كالعرض الذي ينطوي على حق الموجب في اختيار شخص المتعاقد معه^(١) او الإيجاب الذي يحتفظ فيه الموجب بحق تعديل الثمن إذا تغيرت الأسعار، او تعليق إبرام العقد على عدم نفاذ البضاعة. وهذا الإيجاب بدوره غير ملزم فلمن أصدره حق العدول عنه كما يعدل المفاوض عن المفاوضات^(٢) وقد ذهب راي إلى انه مجرد دعوة إلى التعاقد لا إيجابا.

ب- كما يجب فوق ذلك إن يشتمل على العناصر التي تجعله صالحا لان ينعقد به العقد إذا صادفه قبول، وهذه العناصر هي على الأقل العناصر الجوهرية او الأركان الأساسية التي لا بد من توافرها لانعقاد العقد كتحديد الشئ المبيع والثمن والمدة ويضاف إليها كل شرط آخر يظفر بأهمية خاصة لدى الموجب حتى لو كان في ذاته أمرا ثانويا.

فإذا لم يتضمن هذا العرض المقدم من البائع او المجهز هذه العناصر الأساسية اللازم توافرها في العقد المراد إبرامه، لا يصلح أن يكون إيجابا بل مجرد دعوة إلى التعاقد.

ولا يشترط أن يتضمن العرض كل عناصر العقد بل يكفي فقط أن يشتمل على تحديد المسائل الجوهرية، على أن يتولى الطرفان تحديد المسائل التفصيلية او الثانوية فيما بعد. وإذا قام نزاع بينهما بشأن هذه المسائل قضت المحكمة فيها طبقا لطبيعة المعاملة وإحكام القانون والعرف والعدالة.

وفي خصوص القوة الملزمة للإيجاب، فان للموجب حرية العدول عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول الا إذا حدد الموجب (مقدم العرض) ميعادا لقبول الطرف الآخر (لجنة المشتريات) صراحة او ضمنا فيلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه حتى ينقضي الميعاد. تنص المادة ٨٤ من القانون المدني العراقي على انه (إذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد). وبمفهوم المخالفة أن الموجب إذا لم يحدد ميعادا للقبول او لم يكن هذا الميعاد مستفادا من طبيعة الحال وظروف المعاملة، فانه يسوغ له العدول عن إيجابه متى شاء ما دام لم يقترن بالقبول.

٢- لو عد هذا العرض دعوة إلى التعاقد، فان معيار التمييز بين الإيجاب و الدعوة إلى التعاقد يكمن فيما إذا كان العرض ينم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة، أي بمجرد أن يقبله من وجه إليه (لجنة المشتريات) أم عن مجرد التمهيد او التحضير له، فإذا كان الأمر الأول كنا بصدد إيجابا وان كان

١ - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام ج ١، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) ط ٢، مؤسسة دار الكتب/ الكويت، ١٩٩٨، ص ١٠٤.

٢ - د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - إثبات الالتزام)، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص ٥٢.

الأمر الثاني كنا بصدد مجرد دعوة إلى التعاقد. فالنية التي تصاحب التعبير هي مناط التمييز بينهما.^(١)

٣- لو عد العرض المقدم من البائع وعدا بالبيع، فنقول في صدد ذلك بان الوعد بالبيع هو عقد يلتزم به شخص أن يبيع لشخص آخر شيئا معيناً بثمن معين إذا أبدى الموعود له رغبته بالشراء خلال مدة معينة م/٧٨ مدني عراقي.

وفي الحقيقة إن اللجوء للوعد بالتعاقد عامة كثير في الحياة العملية لعدم توفر السيولة المالية وقت الوعد لدى من يرغبون شراء الأشياء ذات الإثمان المرتفعة فيلجأ الراغب بالشراء إلى الحصول على وعد بالبيع من مقدم العرض ويبرم عقدا تمهيديا يسمى عقد الوعد بالبيع حتى يتدبر الموعود له امره وتتوفر لديه السيولة المالية اللازمة.

ولاعتبار هذا العرض وعدا بالبيع لابد من توافر الشروط الآتية :

١- الاتفاق على طبيعة الوعد فالنية لابد أن تتجه إلى إبرام وعد بالبيع تمهيدا لعقد نهائي في المستقبل.

٢- الاتفاق في الوعد على المسائل الجوهرية في العقد (الثمن والمبيع).

٣- المدة التي تظهر فيها رغبة الموعود له ومن ثم إبرام العقد النهائي ولا يجوز الرجوع عن الوعد خلال المدة لأنه ليس بإيجاب، وإذا لم تحدد مدة بطل الوعد.

وقد أورد القانون المدني العراقي نظرية عامة للوعد بالتعاقد حيث نصت المادة ٩١ منه على انه (١- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها).

وفي الحقيقة أن الوعد بالتعاقد عامة مرحلة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي فهو يزيد على الإيجاب بأنه عقد يتم بإيجاب وقبول، وهو دون العقد النهائي لان الإيجاب والقبول فيه ينصبان على مجرد الوعد بالتعاقد^(٢).

من كل ما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها انه لأجل تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة بين مقدمي العروض ولجان المشتريات نقول :

١- انه لا اعتبار هذه العروض إيجابا لابد أن يكون عرضه باتا قاطعا ملزما لا رجعة فيه مما يجعله صالحا لاقتترانه بالقبول مع مراعاة الإيجاب المقترن بمدة والإيجاب غير المقترن بمدة. وان يشتمل

١ - د.مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية(نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية/مصر، ٢٠٠٥، ص ١٩١-١٩٢.

٢ - المرجع نفسه، ص ٣٠٨. ويراجع أيضا د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٤٩.

- على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد، وبالتالي فإن موافقة الطرف الآخر (لجنة المشتريات) على هذا الإيجاب تعد قبولا، وبالتالي ينعقد العقد.
- ٢- ولاعتبار العروض دعوة للتعاقد فيلجأ إلى نية الأطراف هل إن النية اتجهت إلى التمهيد للعقد النهائي او التحضير له، أم عزم صاحب الدعوة على إبرام العقد مباشرة. لأنها مناط التمييز بين الدعوة للتعاقد والإيجاب.
- ٣- ولاعتبار العروض وعدا بالبيع، فلا بد من تحقق شروط الوعد بالبيع السابق ذكرها فهل إن نية البائع مقدم العرض اتجهت إلى إبرام عقد البيع في المستقبل وهل قصدت لجنة المشتريات إبرامه في المستقبل أيضا، أم إن نية الأخيرة اتجهت إلى الشراء حال الاتفاق، وهل حددت المسائل الجوهرية في العقد والمدة التي تظهر فيها الرغبة أم إن لجنة المشتريات قصدت إبرام العقد بمجرد الاتفاق (قبولها عرض البائع). فالمسألة تختلف باختلاف ظروف التعاقد واتجاه نية الأطراف.
- ونحن بدورنا نرجح عد العرض إيجابا لان الواقع يشهد بأن البائع او المجهز (مقدم العرض) عندما يعرض البضاعة أمام المشتري (لجنة المشتريات) فهو يقصد بيعها وهو عازما على ذلك غالبا إذا قدم له الثمن المطلوب او حسب الاتفاق المبرم بينهما، وإلا فلا ضرورة لهذا العرض.
- ثم إن الواقع يشهد أيضا إن الاتفاق قد تضمن العناصر الجوهرية اللازمة للتعاقد، فهو إيجاب منه، بمجرد القبول وتطابقه مع الإيجاب ينعقد العقد.
- وكما هو متعارف عليه، أن نية لجنة المشتريات تنصرف إلى التعاقد مباشرة وليس في المستقبل الا إن الأمر يتطلب أحيانا القيام ببعض الإجراءات الأخرى والتي تقوم بها لجنة ضبط الأسعار لاختيار العرض المناسب تحقيقا للصالح العام.